

## 5. Sonderausgaben

## § 10

## [Sonderausgaben]

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366, ber. 3862; BStBl. I 2009, 1346), zuletzt geändert durch Betriebsrentenstärkungsg v. 17.8.2017 (BGBl. I 2017, 3214; BStBl. I 2017, 1278)

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

1. bis 1b. (weggefallen)
2. a) Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen oder zur landwirtschaftlichen Alterskasse sowie zu berufsständischen Versorgungseinrichtungen, die den gesetzlichen Rentenversicherungen vergleichbare Leistungen erbringen;
- b) Beiträge des Steuerpflichtigen
  - aa) 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 62. Lebensjahres oder zusätzlich die ergänzende Absicherung des Eintritts der Berufsunfähigkeit (Berufsunfähigkeitsrente), der verminderten Erwerbsfähigkeit (Erwerbsminderungsrente) oder von Hinterbliebenen (Hinterbliebenenrente) vorsieht. <sup>2</sup>Hinterbliebene in diesem Sinne sind der Ehegatte des Steuerpflichtigen und die Kinder, für die er Anspruch auf Kindergeld oder auf einen Freibetrag nach § 32 Absatz 6 hat. <sup>3</sup>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;
  - bb) für seine Absicherung gegen den Eintritt der Berufsunfähigkeit oder der verminderten Erwerbsfähigkeit (Versicherungsfall), wenn der Vertrag nur die Zahlung einer monatlichen, auf das Leben des Steuerpflichtigen bezogenen lebenslangen Leibrente für einen Versicherungsfall vorsieht, der bis zur Vollendung des 67. Lebensjahres eingetreten ist. <sup>2</sup>Der Vertrag kann die Beendigung der Rentenzahlung wegen eines medizinisch begründeten Wegfalls der Berufsunfähigkeit oder der verminderten Erwerbsfähigkeit vorsehen. <sup>3</sup>Die Höhe der zugesagten Rente kann vom Alter des Steuerpflichtigen bei Eintritt des Versicherungsfalles abhängig gemacht werden, wenn der Steuerpflichtige das 55. Lebensjahr vollendet hat.

<sup>2</sup>Die Ansprüche nach Buchstabe b dürfen nicht vererblich, nicht übertragbar, nicht beleihbar, nicht veräußerbar und nicht kapitalisierbar sein. <sup>3</sup>Anbieter und Steuerpflichtiger können vereinbaren, dass bis zu zwölf Monatsleistungen in einer Auszahlung zusammengefasst werden oder eine Kleinbetragsrente im Sinne von § 93 Absatz 3 Satz 2 ab-

gefunden wird. <sup>4</sup>Bei der Berechnung der Kleinbetragsrente sind alle bei einem Anbieter bestehenden Verträge des Steuerpflichtigen jeweils nach Buchstabe b Doppelbuchstabe aa oder Doppelbuchstabe bb zusammenzurechnen. <sup>5</sup>Neben den genannten Auszahlungsformen darf kein weiterer Anspruch auf Auszahlungen bestehen. <sup>6</sup>Zu den Beiträgen nach den Buchstaben a und b ist der nach § 3 Nummer 62 steuerfreie Arbeitgeberanteil zur gesetzlichen Rentenversicherung und ein diesem gleichgestellter steuerfreier Zuschuss des Arbeitgebers hinzuzurechnen. <sup>7</sup>Beiträge nach § 168 Absatz 1 Nummer 1b oder 1c oder nach § 172 Absatz 3 oder 3a des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch werden abweichend von Satz 6 nur auf Antrag des Steuerpflichtigen hinzugerechnet;

### 3. Beiträge zu

- a) Krankenversicherungen, soweit diese zur Erlangung eines durch das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch bestimmten sozialhilfegleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind und sofern auf die Leistungen ein Anspruch besteht. <sup>2</sup>Für 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. <sup>3</sup>Für 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; § 158 Absatz 2 des Versicherungsaufsichtsgesetzes gilt entsprechend. <sup>4</sup>Wenn 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).

<sup>2</sup>Als 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. <sup>3</sup>Hat der Steuerpflichtige in den Fällen des Absatzes 1a 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. <sup>4</sup>Beiträge, die für nach Ablauf des Veranlagungszeitraums beginnende Beitragsjahre geleistet werden und in der Summe das Zweieinhalbfache der auf den Veranlagungszeitraum entfallenden Beiträge überschreiten, sind in dem Veranlagungszeitraum anzusetzen, für den sie geleistet wurden; dies gilt nicht für Beiträge, soweit

- sie der unbefristeten Beitragsminderung nach Vollendung des 62. Lebensjahrs dienen;
- 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 nicht, soweit die Kirchensteuer als Zuschlag zur Kapitalertragsteuer oder als Zuschlag auf die nach dem gesonderten Tarif des § 32d Absatz 1 ermittelte Einkommensteuer gezahlt wurde;
  5. zwei Drittel der Aufwendungen, höchstens 4000 Euro je Kind, für Dienstleistungen zur Betreuung eines zum Haushalt des Steuerpflichtigen gehörenden Kindes im Sinne des § 32 Absatz 1, welches das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder wegen einer vor Vollendung des 25. Lebensjahres eingetretenen körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung außerstande ist, sich selbst zu unterhalten.<sup>2</sup>Dies gilt nicht für Aufwendungen für Unterricht, die Vermittlung besonderer Fähigkeiten sowie für sportliche und andere Freizeitbetätigungen.<sup>3</sup>Ist das zu betreuende Kind nicht nach § 1 Absatz 1 oder Absatz 2 unbeschränkt einkommensteuerpflichtig, ist der in Satz 1 genannte Betrag zu kürzen, soweit es nach den Verhältnissen im Wohnsitzstaat des Kindes notwendig und angemessen ist.<sup>4</sup>Voraussetzung für den Abzug der Aufwendungen nach Satz 1 ist, dass der Steuerpflichtige für die Aufwendungen eine Rechnung erhalten hat und die Zahlung auf das Konto des Erbringers der Leistung erfolgt ist;
  6. (weggefallen)
  7. Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung bis zu 6000 Euro im Kalenderjahr.<sup>2</sup>Bei Ehegatten, die die Voraussetzungen des § 26 Absatz 1 Satz 1 erfüllen, gilt Satz 1 für jeden Ehegatten.<sup>3</sup>Zu den Aufwendungen im Sinne des Satzes 1 gehören auch Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung.<sup>4</sup>§ 4 Absatz 5 Satz 1 Nummer 6b sowie § 9 Absatz 1 Satz 3 Nummer 4 und 5, Absatz 2, 4 Satz 8 und Absatz 4a 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 Absatz 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.<sup>2</sup>Voraussetzung 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. <sup>3</sup>Der 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. <sup>4</sup>Der Besuch einer Deutschen Schule im Ausland steht dem Besuch einer solchen Schule gleich, unabhängig von ihrer Belegenheit. <sup>5</sup>Der Höchstbetrag nach Satz 1 wird für jedes Kind, bei dem die Voraussetzungen vorliegen, je Elternpaar nur einmal gewährt.

(1a) Sonderausgaben sind auch die folgenden Aufwendungen:

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. <sup>2</sup>Der 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 Beiträge. <sup>3</sup>Der Antrag kann jeweils nur für ein Kalenderjahr gestellt und nicht zurückgenommen werden. <sup>4</sup>Die Zustimmung ist mit Ausnahme der nach § 894 der Zivilprozessordnung als erteilt geltenden bis auf Widerruf wirksam. <sup>5</sup>Der Widerruf ist vor Beginn des Kalenderjahres, für das die Zustimmung erstmals nicht gelten soll, gegenüber dem Finanzamt zu erklären. <sup>6</sup>Die Sätze 1 bis 5 gelten für Fälle der Nichtigkeit oder der Aufhebung der Ehe entsprechend. <sup>7</sup>Voraussetzung für den Abzug der Aufwendungen ist die Angabe der erteilten Identifikationsnummer (§ 139b der Abgabenordnung) der unterhaltenen Person in der Steuererklärung des Unterhaltsleistenden, wenn die unterhaltene Person der unbeschränkten oder beschränkten Steuerpflicht unterliegt. <sup>8</sup>Die unterhaltene Person ist für diese Zwecke verpflichtet, dem Unterhaltsleistenden ihre erteilte Identifikationsnummer (§ 139b der Abgabenordnung) mitzuteilen. <sup>9</sup>Kommt die unterhaltene Person dieser Verpflichtung nicht nach, ist der Unterhaltsleistende berechtigt, bei der für ihn zuständigen Finanzbehörde die Identifikationsnummer der unterhaltenen Person zu erfragen;
2. 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. <sup>2</sup>Dies gilt nur für
  - a) Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Mitunternehmeranteils an einer Personengesellschaft, die eine Tätigkeit im Sinne der §§ 13, 15 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder des § 18 Absatz 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.

<sup>3</sup>Satz 2 gilt auch für den Teil der Versorgungsleistungen, der auf den Wohnteil eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft entfällt;

3. Ausgleichsleistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs nach § 6 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 und § 23 des Versorgungsausgleichsgesetzes sowie § 1408 Absatz 2 und § 1587 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit der Verpflichtete dies mit Zustimmung des Berechtigten beantragt und der Berechtigte unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist. <sup>2</sup>Nummer 1 Satz 3 bis 5 gilt entsprechend;
4. Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs nach den §§ 20 bis 22 und 26 des Versorgungsausgleichsgesetzes und nach den §§ 1587f, 1587g und 1587i des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31. August 2009 geltenden Fassung sowie nach § 3a des Gesetzes zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich, soweit die ihnen zu Grunde liegenden Einnahmen bei der ausgleichspflichtigen Person der Besteuerung unterliegen, wenn die ausgleichsberechtigte Person unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist.

(2) <sup>1</sup>Voraussetzung für den Abzug der in Absatz 1 Nummer 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. geleistet werden an
  - a) Versicherungsunternehmen,
    - aa) die ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum haben und das Versicherungsgeschäft im Inland betreiben dürfen, oder
    - bb) denen die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb im Inland erteilt ist.

<sup>2</sup>Darüber hinaus werden Beiträge nur berücksichtigt, wenn es sich um Beträge im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 Satz 1 Buchstabe a an eine Einrichtung handelt, die eine anderweitige Absicherung im Krankheitsfall im Sinne des § 5 Absatz 1 Nummer 13 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder eine der Beihilfe oder freien Heilfürsorge vergleichbare Absicherung im Sinne des § 193 Absatz 3 Satz 2 Nummer 2 des Versicherungsvertragsgesetzes gewährt. <sup>3</sup>Dies gilt entsprechend, wenn ein Steuerpflichtiger, der weder seinen Wohnsitz noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, mit den Beiträgen einen Versicherungsschutz im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 Satz 1 erwirbt,

- b) berufsständische Versorgungseinrichtungen,

- c) einen Sozialversicherungsträger oder
- d) einen Anbieter im Sinne des § 80.

<sup>2</sup>Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b werden nur berücksichtigt, wenn

1. die Beiträge zugunsten eines Vertrags geleistet wurden, der nach § 5a des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes zertifiziert ist, wobei die Zertifizierung Grundlagenbescheid im Sinne des § 171 Absatz 10 der Abgabenordnung ist, und
2. der Steuerpflichtige gegenüber dem Anbieter in die Datenübermittlung nach Absatz 2a eingewilligt hat.

<sup>3</sup>Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 3 werden nur berücksichtigt, wenn der Steuerpflichtige gegenüber dem Versicherungsunternehmen, dem Träger der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, der Künstlersozialkasse oder einer Einrichtung im Sinne des Satzes 1 Nummer 2 Buchstabe a Satz 2 in die Datenübermittlung nach Absatz 2a eingewilligt hat; die Einwilligung gilt für alle sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Zahlungsverpflichtungen 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.

(2a) <sup>1</sup>Der Steuerpflichtige hat in die Datenübermittlung nach Absatz 2 gegenüber der mitteilungspflichtigen Stelle schriftlich einzuwilligen, spätestens bis zum Ablauf des zweiten Kalenderjahres, das auf das Beitragsjahr (Kalenderjahr, in dem die Beiträge geleistet worden sind) folgt; mitteilungspflichtige 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, die Künstlersozialkasse oder eine Einrichtung im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a Satz 2. <sup>2</sup>Die Einwilligung gilt auch für die folgenden Beitragsjahre, es sei denn, der Steuerpflichtige widerruft diese schriftlich gegenüber der mitteilungspflichtigen Stelle. <sup>3</sup>Der Widerruf muss vor Beginn des Beitragsjahres, für das die Einwilligung erstmals nicht mehr gelten soll, der mitteilungspflichtigen Stelle vorliegen. <sup>4</sup>Die mitteilungspflichtige Stelle hat bei Vorliegen einer Einwilligung

1. nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 die Höhe der im jeweiligen Beitragsjahr geleisteten Beiträge nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b und die Zertifizierungsnummer an die zentrale Stelle (§ 81) zu übermitteln,
2. nach Absatz 2 Satz 3 die Höhe der im jeweiligen Beitragsjahr geleisteten und erstatteten Beiträge nach Absatz 1 Nummer 3 sowie die in § 93c Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe c der Abgabenordnung genannten Daten mit der Maßgabe, dass insoweit als Steuerpflichtiger die versicherte Person gilt, an die zentrale Stelle (§ 81) zu übermitteln; sind Versicherungsnehmer und versicherte Person nicht identisch, sind zusätzlich die Identifikationsnummer und der Tag der Geburt des Versicherungsnehmers anzugeben,

jeweils unter Angabe der Vertrags- oder Versicherungsdaten sowie des Datums der Einwilligung, soweit diese Daten nicht mit der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung oder der Rentenbezugsmitteilung zu

übermitteln sind. <sup>5</sup>§ 22a Absatz 2 gilt entsprechend. <sup>6</sup>Wird die Einwilligung nach Ablauf des Beitragsjahres abgegeben, sind die Daten bis zum Ende des folgenden Kalendervierteljahres zu übermitteln. <sup>7</sup>Bei einer Übermittlung von Daten bei Vorliegen der Einwilligung nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 finden § 72a Absatz 4 und § 93c Absatz 4 der Abgabenordnung keine Anwendung. <sup>8</sup>Bei einer Übermittlung von Daten bei Vorliegen der Einwilligung nach Absatz 2 Satz 3 gilt Folgendes:

1. für § 72a Absatz 4 und § 93c Absatz 4 der Abgabenordnung gilt abweichend von der dort bestimmten Zuständigkeit das Bundeszentralamt für Steuern als zuständige Finanzbehörde,
2. wird in den Fällen des § 72a Absatz 4 der Abgabenordnung eine unzutreffende Höhe der Beiträge übermittelt, ist die entgangene Steuer mit 30 Prozent des zu hoch ausgewiesenen Betrags anzusetzen.

(3) <sup>1</sup>Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 2 sind bis zu dem Höchstbeitrag zur knappschaftlichen Rentenversicherung, aufgerundet auf einen vollen Betrag in Euro, zu berücksichtigen. <sup>2</sup>Bei zusammenveranlagten Ehegatten verdoppelt sich der Höchstbetrag. <sup>3</sup>Der 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 Nummer 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. <sup>4</sup>Im Kalenderjahr 2013 sind 76 Prozent der nach den Sätzen 1 bis 3 ermittelten Vorsorgeaufwendungen anzusetzen. <sup>5</sup>Der sich danach ergebende Betrag, vermindert um den nach § 3 Nummer 62 steuerfreien Arbeitgeberanteil zur gesetzlichen Rentenversicherung und einen diesem gleichgestellten steuerfreien Zuschuss des Arbeitgebers, ist als Sonderausgabe abziehbar. <sup>6</sup>Der Prozentsatz in Satz 4 erhöht sich in den folgenden Kalenderjahren bis zum Kalenderjahr 2025 um je 2 Prozentpunkte je Kalenderjahr. <sup>7</sup>Beiträge nach § 168 Absatz 1 Nummer 1b oder 1c oder nach § 172 Absatz 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 Absatz 1 Nummer 2 Satz 7 beantragt hat.

(4) <sup>1</sup>Vorsorgeaufwendungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 und 3a können je Kalenderjahr insgesamt bis 2800 Euro abgezogen werden. <sup>2</sup>Der 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. <sup>3</sup>Bei zusammen veranlagten Ehegatten bestimmt sich der gemeinsame Höchstbetrag aus der Summe der jedem Ehegatten unter den Voraussetzungen von Satz 1 und 2 zustehenden Höchstbeträge. <sup>4</sup>Übersteigen 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) <sup>1</sup>Ist in den Kalenderjahren 2013 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 Absatz 3 mit folgenden Höchstbeträgen für den Vorwegabzug

Kalenderjahr	Vorwegabzug für den Steuerpflichtigen	Vorwegabzug im Falle der Zusammenveranlagung von Ehegatten
2013	2100	4200
2014	1800	3600
2015	1500	3000
2016	1200	2400
2017	900	1800
2018	600	1200
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. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>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.

(4b) <sup>1</sup>Erhält der Steuerpflichtige für die von ihm für einen anderen Veranlagungszeitraum geleisteten Aufwendungen im Sinne des Satzes 2 einen steuerfreien Zuschuss, ist dieser den erstatteten Aufwendungen gleichzustellen. <sup>2</sup>Übersteigen bei den Sonderausgaben nach Absatz 1 Nummer 2 bis 3a die im Veranlagungszeitraum erstatteten Aufwendungen die geleisteten Aufwendungen (Erstattungsüberhang), ist der Erstattungsüberhang mit anderen im Rahmen der jeweiligen Nummer anzusetzen.



zenden Aufwendungen zu verrechnen. <sup>3</sup>Ein verbleibender Betrag des sich bei den Aufwendungen nach Absatz 1 Nummer 3 und 4 ergebenden Erstattungsüberhangs ist dem Gesamtbetrag der Einkünfte hinzuzurechnen. <sup>4</sup>Nach Maßgabe des § 93c der Abgabenordnung haben Behörden im Sinne des § 6 Absatz 1 der Abgabenordnung und andere öffentliche Stellen, die einem Steuerpflichtigen für die von ihm geleisteten Beiträge im Sinne des Absatzes 1 Nummer 2, 3 und 3a steuerfreie Zuschüsse gewähren oder Vorsorgeaufwendungen im Sinne dieser Vorschrift erstatten als mitteilungspflichtige Stellen, neben den nach § 93c Absatz 1 der Abgabenordnung erforderlichen Angaben, die zur Gewährung und Prüfung des Sonderausgabenabzugs nach § 10 erforderlichen Daten an die zentrale Stelle zu übermitteln. <sup>5</sup>§ 22a Absatz 2 gilt entsprechend. <sup>6</sup>§ 72a Absatz 4 und § 93c Absatz 4 der Abgabenordnung finden keine Anwendung.

(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.

(6) <sup>1</sup>Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa ist für Vertragsabschlüsse vor dem 1. Januar 2012 mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Vertrag die Zahlung der Leibrente nicht vor der Vollendung des 60. Lebensjahres vorsehen darf. <sup>2</sup>Für Verträge im Sinne des Absatzes 1 Nummer 2 Buchstabe b, die vor dem 1. Januar 2011 abgeschlossen wurden, und bei Kranken- und Pflegeversicherungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3, bei denen das Versicherungsverhältnis vor dem 1. Januar 2011 bestanden hat, ist Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 und Satz 3 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die erforderliche Einwilligung zur Datenübermittlung als erteilt gilt, wenn

1. die mitteilungspflichtige Stelle den Steuerpflichtigen schriftlich darüber informiert, dass sie
  - a) von einer Einwilligung ausgeht und
  - b) die Daten an die zentrale Stelle übermittelt und
2. der Steuerpflichtige dem nicht innerhalb einer Frist von vier Wochen nach Erhalt der Information nach Nummer 1 schriftlich widerspricht.

## § 29 EStDV

### Anzeigepflichten bei Versicherungsverträgen

iDF der EStDV v. 10.5.2000 (BGBl. I 2000, 717; BStBl. I 2000, 595), zuletzt geändert durch AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554)

<sup>1</sup>Bei Versicherungen, deren Laufzeit vor dem 1. Januar 2005 begonnen hat, hat der Sicherungsnehmer nach amtlich vorgeschriebenem Muster dem für die Veranlagung des Versicherungsnehmers nach dem Einkommen zuständigen Finanzamt, bei einem Versicherungsnehmer, der im Inland weder einen Wohnsitz noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, dem für die Veranlagung des Sicherungsnehmers zuständigen Finanzamt (§§ 19, 20 der Abgabenordnung) unverzüglich die Fälle anzuzeigen, in denen Ansprüche aus Versicherungsverträgen zur Tilgung oder Sicherung von Darlehen eingesetzt werden. <sup>2</sup>Satz 1 gilt entsprechend für das Ver-

sicherungsunternehmen, wenn der Sicherungsnehmer Wohnsitz, Sitz oder Geschäftsleitung im Ausland hat. <sup>3</sup>Werden Ansprüche aus Versicherungsverträgen von Personen, die im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes), zur Tilgung oder Sicherung von Darlehen eingesetzt, sind die Sätze 1 und 2 nur anzuwenden, wenn die Darlehen den Betrag von 25.565 Euro übersteigen. <sup>4</sup>Der Steuerpflichtige hat dem für seine Veranlagung zuständigen Finanzamt (§ 19 der Abgabenordnung) die Abtretung und die Beleihung unverzüglich anzuzeigen.

### § 30 EStDV

#### Nachversteuerung bei Versicherungsverträgen

idF der EStDV v. 10.5.2000 (BGBl. I 2000, 717; BStBl. I 2000, 595), zuletzt geändert durch 3. VO zur Änderung stl. VO v. 18.7.2016 (BGBl. I 2016, 1722; BStBl. I 2016, 725)

<sup>1</sup>Eine Nachversteuerung ist durchzuführen, wenn die Voraussetzungen für den Sonderausgabenabzug von Vorsorgeaufwendungen nach § 10 Absatz 2 Satz 2 des Gesetzes in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung nicht erfüllt sind. <sup>2</sup>Zu diesem Zweck ist die Steuer zu berechnen, die festzusetzen gewesen wäre, wenn der Steuerpflichtige die Beiträge nicht geleistet hätte. <sup>3</sup>Der Unterschied zwischen dieser und der festgesetzten Steuer ist als Nachsteuer zu erheben.

#### Krankenversicherungsbeitragsanteil-Ermittlungsverordnung (KVBEVO)

v. 11.8.2009 (BGBl. I 2009, 2730; BStBl. I 2009, 1530), geändert durch Art. 2 Abs. 9 FinModG v. 1.4.2015 (BGBl. I 2015, 434)

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 Gesetzes 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) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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) <sup>1</sup>Krankentagegeld ist eine Leistung, die den Verdienstaufschlag ersetzt, der durch Arbeitsunfähigkeit als Folge von Krankheit oder Unfall entsteht. <sup>2</sup>Krankenhaustagegeld ist eine in vertraglich festgelegter Höhe gezahlte Leistung für den Zeitraum einer medizinisch notwendigen stationären Heilbehandlung.

## § 3

## Ermittlung des Abschlags

- (1) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>Das Ergebnis ist auf die vierte Nachkommastelle zu runden und mit dem vom Steuerpflichtigen geleisteten Beitrag zu multiplizieren. <sup>4</sup>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) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Gleiches gilt, wenn in einem Tarif Krankentagegeld oder Krankenhausstagesgeld zusammen mit anderen Leistungen versichert ist. <sup>3</sup>§ 1 Absatz 2 Satz 1 bleibt unberührt. <sup>4</sup>Für Krankentagegeld, das zusammen mit anderen Leistungen in dem Basistarif im Sinne des § 152 Absatz 1 des Versicherungs-

aufsichtsgesetzes 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 BFH, München

Mitherausgeber: Dr. Uwe **Clausen**, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht,  
O & R Oppenhoff & Rädler AG, München

**Inhaltsübersicht**

**A. Allgemeine Erläuterungen zu § 10**

	Anm.		Anm.
<b>I. Grundinformation zu § 10</b>	1		
<b>II. Rechtentwicklung des § 10</b>		2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	
1. Entwicklung bis zum EStG 1934	3	a) Anwendung des § 10 auf beschränkt Steuerpflichtige	14
2. Änderungen des EStG 1934	4	b) Ins Ausland geleistete Sonderausgaben	15
3. Reformüberlegungen	6	<b>V. Verhältnis des § 10 zu anderen Vorschriften</b>	
<b>III. Bedeutung des § 10, Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht</b>		1. Sonderausgabentatbestände außerhalb des § 10, Sonderausgabenpauschbeträge	17
1. Bedeutung des § 10	8	2. Verhältnis zu § 12	18
2. Verfassungsmäßigkeit des § 10	9	3. Verhältnis zu anderen Vorschriften des EStG	19
3. Vereinbarkeit des § 10 mit Europarecht	10	<b>VI. Zurechnung der Sonderausgaben (Abzugsberechtigung)</b>	22
<b>IV. Geltungsbereich des § 10</b>		<b>VII. Verfahrensfragen</b>	25
1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich	13		

**B. Erläuterungen zu Abs. 1: Sonderausgaben-Tatbestände**

	Anm.		Anm.
<b>I. „Sonderausgaben sind“ (Abs. 1 Eingangssatz)</b>		1. Abschließende Aufzählung, Einteilungsmöglichkeiten	30

	Anm.		Anm.
2. <b>Kein Abzug von Nebenkosten als Sonderausgaben</b> .....	31		
3. <b>Aufwendungen</b>			
a) Abfluss, Besonderheiten bei Sachleistungen .....	33		
b) Abzugsberechtigung			
aa) Wirtschaftliche Belastung .....	35		
bb) Grundsätzlich kein Abzug von Ausgaben des Steuerpflichtigen für Dritte oder Ausgaben Dritter für den Steuerpflichtigen .....	36		
cc) Abzugsberechtigung bei den einzelnen Tatbeständen der Abs. 1, 1a .....	37		
dd) Ausgaben des Steuerpflichtigen als Rechtsnachfolger .....	38		
c) Abfluss; Behandlung von Vorauszahlungen			
aa) Abfluss von Sonderausgaben .....	40		
bb) Behandlung von Vorauszahlungen .....	41		
d) Mittelherkunft .....	43		
4. <b>Weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten</b> .....	45		
<b>II. Beiträge für die Altersvorsorge (Abs. 1 Nr. 2)</b>			
1. <b>Einordnung von Abs. 1 Nr. 2</b>			
a) Systematische Einordnung .....	50		
b) Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten			
aa) Rechtslage ab Veranlagungszeitraum 2005 .....	51		
bb) Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2004 .....	52		
c) Historische Einordnung .....	53		
d) Verfassungsmäßigkeit ..	54		
2. <b>Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen und vergleichbaren Einrichtungen (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a)</b>			
a) Gesetzliche Rentenversicherungen .....	56		
b) Landwirtschaftliche Alterskasse .....	57		
		c) Berufsständische Versorgungseinrichtungen .....	58
		3. <b>Beiträge zum Aufbau einer kapitalgedeckten Altersversorgung (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b)</b>	
		a) Rechtsentwicklung und Bedeutung der Regelungen zur kapitalgedeckten Altersversorgung .....	60
		b) Voraussetzungen für die Begünstigung kapitalgedeckter Altersversicherungen	
		aa) Beiträge des Steuerpflichtigen zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung .....	62
		bb) Altersrente als Regelleistung .....	63
		cc) Ergänzende Absicherung der Berufsunfähigkeit, verminderten Erwerbsfähigkeit oder von Hinterbliebenen (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa Satz 1 Halbs. 2) .....	64
		dd) Alleinige Absicherung der Berufsunfähigkeit oder verminderten Erwerbsfähigkeit (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. bb ab Veranlagungszeitraum 2014) .....	65
		ee) Verbot der Übertragung, Beleihung und Kapitalisierung (Abs. 1 Nr. 2 Sätze 2 bis 5) .....	66
		4. <b>Hinzurechnung steuerfreier Arbeitgeberanteile oder -zuschüsse (Nr. 2 Sätze 6 und 7)</b>	
		a) Grundsatz: Hinzurechnung der Arbeitgeberleistungen (Abs. 1 Nr. 2 Satz 6) .....	75
		b) Wahlrecht bei Rentenversicherungsbeiträgen für geringfügig Beschäftigte (Abs. 1 Nr. 2 Satz 7) .....	76

	Anm.
<b>III. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3)</b>	
<b>1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 3</b>	
a) Systematische Einordnung . . . . .	80
b) Historische Einordnung . . . . .	81
<b>2. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1)</b>	
a) Beiträge, Versicherungsverhältnis	
aa) Begriffsbestimmungen . . . . .	82
bb) Abgrenzung zwischen Beiträgen, Krankheitskosten, Selbstbeteiligungen, Beitragsertstattungen und Versicherungsleistungen . . . . .	83
b) Begriff der Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen	
aa) Krankenversicherungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a) . . . . .	85
bb) Gesetzliche Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b) . . . . .	86
c) Höhe des abziehbaren Beitragsanteils bei Krankenversicherungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Sätze 1 bis 4)	
aa) Grundsatz: Beiträge, die zur Erlangung eines sozialhilfegleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 1) . . . . .	88
bb) Bei gesetzlichen Krankenversicherungen Abzug der Beiträge nach dem SGB V (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 2) . . . . .	89
cc) Bei privaten Krankenversicherungen Abzug der Beitragsteile, die auf mit dem SGB V vergleichbare Leistungen entfallen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 3)	
(1) Regelungen in § 10 . . . . .	90
(2) Regelungen in der KVBEVO . . . . .	91

	Anm.
(3) Ermittlung des individuellen Abschlags nach § 3 Abs. 1 und 2 KVBEVO . . . . .	92
dd) Kürzung bei Krankengeldanspruch (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 4) . . . . .	96
<b>3. Behandlung der für Familienangehörige gezahlten Beiträge (Abs. 1 Nr. 3 Sätze 2 und 3) . . . . .</b>	<b>97</b>
<b>4. Beitragsvorauszahlungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 4) . . . . .</b>	<b>98</b>
<b>IV. Beiträge zu sonstigen Versicherungen (Abs. 1 Nr. 3a)</b>	
<b>1. Einordnung des Abs. 1 Nr. 3a</b>	
a) Systematische Einordnung . . . . .	100
b) Historische Einordnung . . . . .	101
<b>2. Begünstigte Versicherungssparten (Abs. 1 Nr. 3a Halbs. 1)</b>	
a) Kranken- und Pflegeversicherungen, soweit sie nicht nach Abs. 1 Nr. 3 zu berücksichtigen sind . . . . .	102
b) Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit . . . . .	103
c) Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen, die nicht unter Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b fallen . . . . .	104
d) Unfallversicherungen . . . . .	105
e) Haftpflichtversicherungen . . . . .	106
f) Risikoversicherungen, die nur für den Todesfall eine Leistung vorsehen	
aa) Begriff . . . . .	107
bb) Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten . . . . .	108
<b>3. Nicht begünstigte Versicherungssparten . . . . .</b>	<b>110</b>
<b>4. Übergangsregelung für Renten- und Kapitalversicherungen, die vor 2005 abgeschlossen wurden (Abs. 1 Nr. 3a Halbs. 2)</b>	
a) Regelungsinhalt und verfassungsrechtliche Beurteilung . . . . .	120

	Anm.		Anm.
b) Von der Übergangsregelung erfasste Versicherungsvertragsarten . . . . .	121		
c) Zeitliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Übergangsregelung . . . . .	122	b) Art der begünstigten Aufwendungen: Dienstleistungen zur Betreuung (Abs. 1 Nr. 5 Satz 1) . . . . .	144
d) Weitere Anwendung der für den Abzug dieser Beiträge bis 2004 geltenden Sonderregelungen		c) Keine Aufwendungen für Unterricht und Freizeit (Abs. 1 Nr. 5 Satz 2)	145
aa) Sonderregelungen nach Abs. 1 Nr. 2 Sätze 2 bis 6 aF . . . . .	123	d) Nachweiserfordernisse (Abs. 1 Nr. 5 Satz 4) . . . . .	146
bb) Beschränkungen nach Abs. 2 Satz 2 aF		<b>3. Höhe des Sonderausgabenabzugs (Abs. 1 Nr. 5 Sätze 1 und 3) . . . . .</b>	<b>148</b>
(1) Überblick . . . . .	125	<b>VII. Steuerberatkosten (Abs. 1 Nr. 6 aF) . . . . .</b>	<b>150</b>
(2) Voraussetzungen für das Abzugsverbot . . . . .	126	<b>VIII. Ausbildungskosten (Abs. 1 Nr. 7)</b>	
(3) Ausnahmen vom Abzugsverbot . . . . .	127	<b>1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 7 . . . . .</b>	<b>160</b>
(4) Rechtsfolgen bei schädlicher Verwendung . . . . .	128	<b>2. Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 1)</b>	
<b>V. Gezahlte Kirchensteuer (Abs. 1 Nr. 4)</b>		a) Begriff der Berufsausbildung . . . . .	162
<b>1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 4 . . . . .</b>	<b>130</b>	b) Einzelfälle Berufsausbildung . . . . .	163
<b>2. Begriff der Kirchensteuer</b>		c) Zusätzliche Fördertatbestände in früheren Fassungen von Abs. 1 Nr. 7 . . . . .	164
a) Steuern öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften . . . . .	133	d) Begünstigte Aufwendungen . . . . .	165
b) Billigkeitsregelung für Beiträge an sonstige religiöse Gemeinschaften . . . . .	136	e) Begrenzung des Abzugs auf einen Höchstbetrag . . . . .	168
<b>3. Kein Abzug der abgeltenden Kirchensteuer (Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2) . . . . .</b>	<b>137</b>	<b>3. Anwendung bei Ehegatten (Abs. 1 Nr. 7 Satz 2) . . . . .</b>	<b>170</b>
<b>4. „Gezahlte“ Kirchensteuer, Behandlung von Erstattungen . . . . .</b>	<b>138</b>	<b>4. Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 3) . . . . .</b>	<b>171</b>
<b>VI. Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5)</b>		<b>5. Anwendung von Abzugsbeschränkungen (Abs. 1 Nr. 7 Satz 4) . . . . .</b>	<b>172</b>
<b>1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 5</b>		<b>IX. Schulgeld (Abs. 1 Nr. 9)</b>	
a) Systematische Einordnung . . . . .	140	<b>1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 9 . . . . .</b>	<b>190</b>
b) Historische Einordnung . . . . .	141	<b>2. Voraussetzungen für den Abzug von Schulgeld</b>	
c) Verfassungsmäßigkeit von Abs. 1 Nr. 5 . . . . .	142	a) Kind, für das der Steuerpflichtige Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder Kindergeld hat . . . . .	195

	Anm.		Anm.
b) Schulen, die in freier Trägerschaft oder überwiegend privat finanziert sind (Abs. 1 Nr. 9 Satz 1) . . . . .	197	ordnungsgemäß vorbereiten (Abs. 1 Nr. 9 Satz 3) . . . . .	202
c) Belegenheit der Schule (Abs. 1 Nr. 9 Sätze 2 und 4) . . . . .	198	e) Anforderungen an die Anerkennung des Schulabschlusses (Abs. 1 Nr. 9 Satz 2) . . . . .	203
d) Anforderungen an den Schulabschluss (Abs. 1 Nr. 9 Sätze 2 und 3)		<b>3. Umfang des Abzugs</b>	
aa) Schulen, die zu einem allgemeinbildenden oder berufsbildenden Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss führen (Abs. 1 Nr. 9 Satz 2) . . . . .	201	a) Begriff des Schulgeldes (Abs. 1 Nr. 9 Satz 1) . . . . .	205
bb) Einrichtungen, die auf einen derartigen Abschluss		b) Ermittlung des abziehbaren Teils des Schulgeldes (Abs. 1 Nr. 9 Satz 1) . . . . .	206
		c) Kindbezogener Höchstbetrag (Abs. 1 Nr. 9 Satz 5) . . . . .	207

**C. Erläuterungen zu Abs. 1a:  
Sonderausgaben-Tatbestände, für die das  
Korrespondenzprinzip gilt**

	Anm.		Anm.
<b>I. Einordnung des Abs. 1a . . . . .</b>	<b>220</b>		
<b>II. Weitere Sonderausgaben (Eingangssatz des Abs. 1a) . . . . .</b>	<b>221</b>		
<b>III. Realsplitting (Abs. 1a Nr. 1)</b>			
1. Einordnung von Abs. 1a Nr. 1 und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht . . . . .	225	cc) Unbeschränkte Steuerpflicht des Unterhaltsempfängers (Abs. 1a Nr. 1 Satz 1) . . . . .	230
2. Voraussetzungen für den Abzug von Unterhaltsleistungen		c) Antrag des Gebers (Abs. 1a Nr. 1 Sätze 1 und 3) . . . . .	232
a) Begriff der Unterhaltsleistungen (Abs. 1a Nr. 1 Satz 1) . . . . .	227	d) Zustimmung des Empfängers (Abs. 1a Nr. 1 Sätze 4 und 5) . . . . .	234
b) Anforderungen an die Person des Unterhaltsempfängers		e) Angabe der Identifikationsnummer des Empfängers (Abs. 1a Nr. 1 Sätze 7 bis 9) . . . . .	235
aa) Geschiedener oder dauernd getrennt lebender Ehegatte (Abs. 1a Nr. 1 Satz 1) . . . . .	228	<b>3. Höchstbetrag für den Abzug (Abs. 1a Nr. 1 Sätze 1 und 2) . . . . .</b>	<b>237</b>
bb) Frühere Verbindung in einer nichtigen oder aufgehobenen Ehe (Abs. 1a Nr. 1 Satz 6) . . . . .	229	<b>IV. Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 2)</b>	
		1. Einordnung des Abs. 1a Nr. 2 und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	
		a) Systematische Einordnung . . . . .	240
		b) Historische Einordnung . . . . .	241
		c) Verfassungsmäßigkeit . . . . .	242



	Anm.		Anm.
<b>2. Rechtslage für Verträge, die ab dem Veranlagungszeitraum 2008 neu abgeschlossen werden</b>			
a) Anforderungen an die Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 2 Satz 1)			
aa) Versorgungsleistungen			
(1) Begriff der Versorgungsleistungen . . . . .	244		
(2) Art der Versorgungsleistungen . . . . .	245		
bb) Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhend . . . . .	247		
cc) Lebenslange Leistungen . . . . .	248		
dd) Wiederkehrende Leistungen . . . . .	249		
ee) Kein wirtschaftlicher Zusammenhang zu Einkünften, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben . . . . .	250		
ff) Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Empfängers . . . . .	251		
gg) Anforderungen an den Empfänger der Versorgungsleistungen; Versorgungsleistungen an Vermächtnisnehmer . . . . .	252		
hh) Rechtsbindungswille . . . . .	253		
b) Anforderungen an das übertragene Vermögen (Abs. 1a Nr. 2 Sätze 2 und 3)			
aa) Beschränkung auf betriebliche Einheiten . . . . .	255		
bb) Begriff der Übertragung . . . . .	256		
cc) Mitunternehmeranteile (Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. a) . . . . .	257		
dd) Betriebe oder Teilbetriebe (Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. b) . . . . .	258		
ee) GmbH-Anteile (Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. c)			
(1) Anforderungen an den übertragenen GmbH-Anteil . . . . .	259		
(2) Übertragung eines mindestens 50 % betragenden Anteils an einer GmbH . . . . .	260		
(3) Übergang der Geschäftsführertätigkeit . . . . .	261		
		ff) Wohnanteil von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft (Abs. 1a Nr. 2 Satz 3) . . . . .	262
		gg) Keine begünstigte Übergabe von Grundbesitz und Geldvermögen . . . . .	263
		hh) Nachträgliche Umschichtung des begünstigten Vermögens . . . . .	264
		c) Rechtsfolgen	
		aa) Rechtsfolgen bei nach Abs. 1a Nr. 2 begünstigten Vermögensübergaben . . . . .	266
		bb) Rechtsfolgen bei nicht nach Abs. 1a Nr. 2 begünstigten Vermögensübergaben	
		(1) Grundlegende Differenzierung zwischen Veräußerungsentgelt und Unterhaltsleistungen . . . . .	267
		(2) Rechtsfolgen bei wiederkehrenden Leistungen, die als Veräußerungsentgelt anzusehen sind . . . . .	268
		(3) Rechtsfolgen bei wiederkehrenden Leistungen, die als Unterhalt anzusehen sind . . . . .	269
		<b>3. Rechtslage für Verträge, die bis zum Veranlagungszeitraum 2007 abgeschlossen wurden</b>	
		a) Überblick . . . . .	270
		b) Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende Renten und dauernde Lasten (Abs. 1 Nr. 1a Satz 1 aF)	
		aa) Begriff der Renten und dauernden Lasten . . . . .	271
		bb) Weitere Voraussetzungen . . . . .	272
		cc) Kein Abzug nach Abs. 1 Nr. 1a aF bei Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung (Gegenleistungs- oder Veräußerungsrenten)	
		(1) Behandlung von Gegenleistungsrenten nach Abs. 1 Nr. 1a aF und anderen Vorschriften des EStG . . . . .	273

	Anm.
(2) Wiederkehrende Leistungen, die auf erbrechtlicher Grundlage erbracht werden . . . . .	274
c) Für Leibrenten Begrenzung des Abzugs auf den Ertragsanteil (Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 aF) . . . . .	276
d) Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen	
aa) Begriff und dogmatische Rechtfertigung . . . . .	277
bb) Voraussetzungen	
(1) Anforderungen an das übergebene Vermögen . .	278
(2) Spätere Veräußerung oder Umschichtung des übergebenen Vermögens	279
(3) An der Vermögensübergabe beteiligte Personen; Begriff der Versorgungsleistungen . . . . .	280
cc) Rechtsfolgen . . . . .	281
<b>V. Ausgleichsleistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 3)</b>	
1. Arten der begünstigten Leistungen . . . . .	285

	Anm.
2. Antrag des Verpflichteten und Zustimmung des Berechtigten . . . . .	286
3. Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Berechtigten . . . . .	287
4. Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2014 . . . . .	288
<b>VI. Ausgleichszahlungen im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 4)</b>	
1. Einordnung des Abs. 1a Nr. 4 . . . . .	290
2. Voraussetzungen für den Sonderausgabenabzug	
a) Bestimmte Ausgleichszahlungen im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs . .	291
b) Steuerpflicht der zugrunde liegenden Einnahmen bei der ausgleichspflichtigen Person . . . . .	292
c) Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht der ausgleichsberechtigten Person . . . . .	293

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

	Anm.
<b>I. Einordnung des Abs. 2 . . .</b>	<b>300</b>
<b>II. Kein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)</b>	
1. Grundregel (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 1) . . . . .	305
2. Sonderregelung für steuerfreie Zuschüsse zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 2) . . . . .	306

	Anm.
<b>III. Anforderungen an die Empfänger begünstigter Vorsorgeaufwendungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)</b>	
1. Empfängerkreis . . . . .	310
2. Versicherungsunternehmen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) . . . . .	311
3. Andere Empfänger (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b bis d) .	312

Anm.	<p><b>IV. Zertifizierung, Einwilligung in die Datenübermittlung (Abs. 2 Sätze 2 und 3)</b></p> <p>1. Für Beiträge zur kapitalgedeckten Altersvorsorge iSd. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Zertifizierung und Einwilligung in</p>	<p>die Datenübermittlung (Abs. 2 Satz 2) . . . . . 315</p> <p>2. Für Basis-Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge iSd. Abs. 1 Nr. 3 Einwilligung in die Datenübermittlung (Abs. 2 Satz 3) . . . . . 317</p>	Anm.
------	--	---	------

**E. Erläuterungen zu Abs. 2a:  
Datenübermittlung bei Vorsorgeaufwendungen**

Anm.	<p><b>I. Einordnung des Abs. 2a . . . 320</b></p> <p><b>II. Einwilligung und Widerruf (Abs. 2a Sätze 1 bis 3) . . . . 322</b></p> <p><b>III. Detailvorschriften zur Datenübermittlung (Abs. 2a Sätze 4 bis 6) . . . . 323</b></p>	<p><b>IV. Prüfung bei den Anbietern, Haftung der Anbieter (Abs. 2a Sätze 7 und 8) . . . 325</b></p> <p><b>V. Sonstige Regelungen zur Datenübermittlung . . . . . 326</b></p>	Anm.
------	---	--	------

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

Anm.	<p><b>I. Einordnung des Abs. 3 und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht</b></p> <p>1. Systematische Einordnung . . . 330</p> <p>2. Historische Einordnung . . . . 331</p> <p>3. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung auf einen Höchstbetrag (Abs. 3 Satz 1) . . . 335</p> <p>4. Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelung: Begrenzung des Abzugs auf anfänglich 60 % (Abs. 3 Sätze 4, 6)</p> <p style="padding-left: 20px;">a) Problematik der Übergangsregelung . . . . . 337</p> <p style="padding-left: 20px;">b) Bereits entschiedene Fragen . . . . . 338</p> <p style="padding-left: 20px;">c) Doppelte Besteuerung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen</p> <p style="padding-left: 40px;">aa) Vorgaben des BVerfG, verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe . . . . . 340</p>	<p>bb) Begriff der doppelten Besteuerung . . . . . 341</p> <p>cc) Rechnerische Grundannahmen für die Ermittlung des aus versteuertem Einkommen geleisteten Teils der früheren Altersvorsorgeaufwendungen . . . . . 342</p> <p>dd) Rechnerische Grundannahmen für die Ermittlung der steuerunbelastet zufließenden Teile der späteren Altersbezüge . . . . . 344</p> <p>ee) Besonderheiten bei Arbeitnehmern . . . . . 345</p> <p>ff) Besonderheiten bei Selbständigen . . . . . 346</p> <p>gg) Weitere Sonderfragen . . . . 347</p>	Anm.
------	--	---	------

	Anm.		Anm.
<b>II. Ermittlung und Kürzung des Höchstbetrags</b>		<b>III. Abs. 3 in der bis Veranlagungszeitraum 2004 (und im Rahmen der Günstigerprüfung weiter bis Veranlagungszeitraum 2019) geltenden Fassung</b>	
1. Berechnungsschema, Beispiele . . . . .	350	1. Ausgestaltung des Abs. 3 bis Veranlagungszeitraum 2004	
2. Allgemeiner Höchstbetrag (Abs. 3 Sätze 1 und 2) . . . . .	351	a) Anwendungsbereich . . . . .	361
3. Kürzung des Höchstbetrags (Abs. 3 Satz 3)		b) Höchstbeträge nach Abs. 3 Nr. 1–4 aF . . . . .	362
a) Persönlicher Anwendungsbereich der Kürzungsvorschrift . . . . .	353	c) Kürzung des Vorwegabzugs (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 aF) . . . . .	363
b) Umfang der Kürzung . . . . .	356	2. Verfassungsmäßigkeit des Abs. 3 in den bis Veranlagungszeitraum 2004 geltenden Fassungen . . . . .	365
4. Beschränkung des Abzugs während der bis zum Jahr 2024 laufenden Übergangszeit (Abs. 3 Sätze 4 und 6) . . . . .	357		
5. Abzug des steuerfreien Arbeitgeberanteils (Abs. 3 Sätze 5 und 7) . . . . .	359		

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

	Anm.		Anm.
<b>I. Einordnung des Abs. 4</b>		raum 2010 geltenden Regelung durch das Bürg-EntlG-KV . . . . .	384
1. Systematische und historische Einordnung . . . . .	380	<b>II. Großer Höchstbetrag (Abs. 4 Satz 1) . . . . .</b>	<b>385</b>
2. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Abzugsbeschränkung		<b>III. Kleiner Höchstbetrag (Abs. 4 Satz 2) . . . . .</b>	<b>388</b>
a) Verfassungswidrigkeit der bis Veranlagungszeitraum 2009 geltenden Beschränkungen des Abzugs von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung . . . . .	383	<b>IV. Behandlung von Ehegatten (Abs. 4 Satz 3) . . . . .</b>	<b>390</b>
b) Verfassungsmäßigkeit der ab Veranlagungszeit-		<b>V. Unbeschränkter Abzug von Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 (Abs. 4 Satz 4) . . . . .</b>	<b>391</b>

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

	Anm.		Anm.
<b>I. Einordnung des Abs. 4a . . . . .</b>	<b>400</b>	<b>II. Abzug nach den allgemeinen Regeln der Abs. 3, 4 nF . . . . .</b>	<b>402</b>

<p style="text-align: right;">Anm.</p> <p><b>III. Abzug der Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 3 aF, zusätzlich Abzug der Beiträge zu Rürup-Verträgen (Abs. 4a Sätze 1 und 3) . . . . . 403</b></p>		<p style="text-align: right;">Anm.</p> <p><b>IV. Abzug sämtlicher Vorsorgeaufwendungen (einschließlich der Beiträge zu Rürup-Verträgen) nach Abs. 3 aF (Abs. 4a Sätze 1 und 2) . . . . . 404</b></p>
---	--	--

**I. Erläuterungen zu Abs. 4b:  
Behandlung von Zuschüssen und Erstattungen**

<p style="text-align: right;">Anm.</p> <p><b>I. Einordnung des Abs. 4b . . 410</b></p> <p><b>II. Materiell-rechtliche Behandlung von Zuschüssen und Erstattungen (Abs. 4b Sätze 1 bis 3)</b></p> <p>1. Steuerfreie Zuschüsse für einen anderen Veranlagungszeitraum bei Vorsorgeaufwendungen (Abs. 4b Satz 1) . 411</p> <p>2. Verrechnung von Erstattungsüberhängen bei Vorsorgeaufwendungen (Abs. 4b Satz 2) . . . . . 412</p> <p>3. Hinzurechnung bestimmter Erstattungsüberhänge zum</p>		<p style="text-align: right;">Anm.</p> <p>Gesamtbetrag der Einkünfte (Abs. 4b Satz 3) . . . . . 413</p> <p>4. Behandlung der nicht von Abs. 4a Sätze 1 bis 3 erfassten Erstattungen . . . . . 414</p> <p>5. Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2011 . . . . . 415</p> <p><b>III. Datenübermittlung bei Zuschüssen zu oder Erstattungen von Vorsorgeaufwendungen durch öffentliche Stellen (Abs. 4b Sätze 4 bis 6) . . . . 417</b></p>
---	--	--

**J. Erläuterungen zu Abs. 5:  
Verordnungsermächtigung**

<p style="text-align: right;">Anm.</p> <p><b>I. Regelungsinhalt ab Veranlagungszeitraum 2010 (Aufteilung von Beiträgen zu privaten Krankenversicherungen) . . . . . 420</b></p> <p><b>II. Fortgeltender Regelungsinhalt des Abs. 5 aF iVm. §§ 29, 30 EStDV</b></p>		<p style="text-align: right;">Anm.</p> <p><b>1. Voraussetzung der Nachversteuerung bis 2009 . . . . 425</b></p> <p><b>2. Durchführung der Nachversteuerung</b></p> <p>a) Anzeigepflichten nach § 29 EStDV . . . . . 430</p> <p>b) Festsetzung der Nachsteuer nach § 30 EStDV. 431</p>
--	--	---

<b>K. Erläuterungen zu Abs. 6: Übergangsregelungen zu Vorsorge- aufwendungen . . . . . 440</b>
--

<b>L. ABC der Sonderausgaben . . . . . 500</b>
--

<b>A. Allgemeine Erläuterungen zu § 10</b>
--

1

### I. Grundinformation zu § 10

**Inhalt:** § 10 Abs. 1 enthält in Nr. 2–9 eine abschließende Aufzählung von SA-Tatbeständen; ferner enthält Abs. 1a in vier Nummern eine abschließende Aufzählung solcher SA, die dem Korrespondenzprinzip unterliegen. 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). Die Abs. 2, 2a, 3, 4, 4a, 5 und 6 enthalten Sonderregelungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen (s. den Überblick in Anm. 50); Abs. 4b behandelt Zuschüsse und Erstattungen. 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 EStRechts; die grundlegenden Tatbestände waren bereits im PrEStG 1891 enthalten (s. Anm. 3). Gleichwohl gehört die Vorschrift zu denjenigen des EStG, die am häufigsten geändert wurden (zur Rechtsentwicklung s. Anm. 4).

Sonderausgaben 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 zvE sind sie vom Gesamtbetrag der Einkünfte abzuziehen (§ 2 Abs. 4). Einzelne SA-Tatbestände dienen der Verwirklichung des subjektiven Nettoprinzips (insbes. Unterhaltsleistungen, Vorsorgeaufwendungen, Kinderbetreuungskosten, Ausbildungskosten; s. näher Anm. 8) und sind damit jedenfalls dem Grunde nach verfassungsrechtl. geboten. Andere der durch § 10 eröffneten Abzugsmöglichkeiten verdanken ihre Existenz hingegen 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 (s. näher Anm. 52).

2 Einstweilen frei.

## II. Rechtsentwicklung des § 10

### 1. 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. Ausführl. zur Rechtsentwicklung von 1891 bis 1934 s. 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 „Sonderleistungen“ wurde erstmals eine systematische Trennung von den Erwerbenaufwendungen 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-Pauschbetrag 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. Sonderausgaben-Tatbestände außerhalb des § 10 gab es noch nicht.

### 2. Änderungen des EStG 1934

4

**ÄndG v. 1.2.1938** (RGBl. I 1938, 99; RStBl. 1938, 97): Einschränkung des KiStAbzugs 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 Pauschbetrags (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 (StNeuordnungsgG) 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. StNeuordnungsgG 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).

**StNeuordnungsgG 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 StNeuordnungsgG 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).

**Gesetz zur Änderung 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 Höchst-



beträge 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 stfreien ArbG-Anteil zum Rentenversicherungsbeitrag gekürzt wurde (Abs. 3 Nr. 3 Buchst. d).

**Gesetz zur Änderung 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 fünf auf sieben Jahre (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b); Einführung eines neuen Abzugstatbestands für Steuerberatungskosten 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 zwölf Jahren (bei älteren Stpfl. sieben 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 mW 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 Er-

lebens- 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 stfreien 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 1 800/3 600 DM und des Vorwegabzugs auf 1 500/3 000 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 Bemessungsgrundlage, 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).

**Gesetz zur Förderung von Wohnungseigentum v. 23.3.1976** (BGBl. I 1976, 737; BStBl. I 1976, 259): Der Begriff des „Baudarlebens“ 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 2 100/4 200 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 9 000 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 2 500/5 000 DM (Abs. 3 Nr. 2).

**Gesetz zur Änderung 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.

**StEntG 1981 v. 16.8.1980** (BGBl. I 1980, 1381; BStBl. I 1980, 534): Erhöhung des Grundhöchstbetrags auf 2 340/4 680 DM und des Vorwegabzugs auf 3 000/6 000 DM (Abs. 3 Nr. 1, 2).

**Gesetz zur Änderung 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 ArbN-Sparzulage 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).

**Gesetz 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 „Baudarlehen“ (Streichung von Abs. 1 Nr. 3 Satz 2).

**Gesetz 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.

**Gesetz zur Änderung 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

27 000 DM neu gefasst (Abs. 1 Nr. 1); in Abs. 3 und 4 wurden redaktionelle Änderungen vorgenommen.

**Gesetz 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 sechs 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 Vorwegabzug 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).

**Gesetz zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts v. 28.10.1994** (BGBl. I 1994, 3267; BStBl. I 1994, 839): Einführung einer Bagatellgrenze für die schädliche Verwendung von LV (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 1 800/2 400 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.

**Gesetz zur Neuregelung der steuerrechtlichen 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).

**JStG 1997 v. 20.12.1996** (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 1523): Ausschluss der Begünstigung entgeltlich erworbener LV (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 18 000 DM.

**StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999** (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): In Abs. 1 wurde Nr. 5 (Steuerzinsen) 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. Gesetz 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. Gesetz 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.

**Gesetz zur Änderung der AO und weiterer Gesetz 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.

**Gesetz zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm v. 22.12.2005** (BGBl. I 2005, 3682; BStBl. I 2006, 79): Die Vorschrift über den Abzug privater Steuerberatungskosten (Abs. 1 Nr. 6) wurde mW ab VZ 2006 aufgehoben (s. dazu Anm. 150).

**Gesetz zur steuerlichen 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 mW 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.

**JStG 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) mW 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 Abgeltungsteuer).

**JStG 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 (Ausgleichszahlungen im Rahmen des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs), 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), Änderung 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 (Vertragszertifizierung und Einwilligung in die Datenübermittlung als 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.

**Gesetz 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.

**BürgEntdG-KV v. 16.7.2009** (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782): Die Abziehbarkeit von Krankenversicherungsbeiträgen wurde aufgrund von 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.

**JStG 2010 v. 8.12.2010** (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394): Anpassung von Abs. 1 Nr. 1b an die Neugestaltung der zivilrechtl. Regelungen über den schuldrechtl. Versorgungsausgleich; Begrenzung des Abzugs von Vorauszahlungen auf Krankenversicherungsbeiträge (Abs. 1 Nr. 3 Satz 4); Neufassung von Abs. 1 Nr. 4 (KiSt); Präzisierungen der Regelungen über die Einwilligung in die Datenübermittlung (Abs. 2 Satz 3 und Abs. 2a Satz 4).

**StVereinfG v. 1.11.2011** (BGBl. I 2011, 2131; BStBl. I 2011, 986): Einfügung von Abs. 1 Nr. 5 (Kinderbetreuungskosten) und Abs. 4b (Behandlung von Zuschüssen und Erstattungen).

**BeitrRLUmsG v. 7.12.2011** (BGBl. I 2011, 2592; BStBl. I 2011, 1171): Erhöhung des Höchstbetrags für Ausbildungskosten auf 6000 € (Abs. 1 Nr. 7); Streichung von Abs. 2 Sätze 4 und 5 (Korrektur eines Redaktionsversehens); Neufassung von Abs. 2a Satz 8 (Korrekturvorschrift bei Datenübermittlung).

**LSV-NeuordnungsgG v. 12.4.2012** (BGBl. I 2012, 579): redaktionelle Anpassung von Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b an die Neuorganisation der landwirtschaftlichen Sozialversicherung.

Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts v. 20.2.2013 (BGBl. I 2013, 285; BStBl. I 2013, 188): Änderung der Verweise in Abs. 1 Nr. 7 Satz 4.

**AltvVerbG v. 24.6.2013** (BGBl. I 2013, 1667; BStBl. I 2013, 790): Erweiterung von Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b auf Verträge über reine Berufsunfähigkeitsrenten; redaktionelle Änderung in Abs. 2a Satz 4 Nr. 1 (Datenübermittlung); Straffung der Übergangsregelungen in Abs. 3 Satz 4 und Abs. 4a Satz 1 im Hinblick auf den eingetretenen Zeitablauf.

**AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013** (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802): Klarstellung in Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a in Bezug auf Leistungen, auf die ein Anspruch besteht; Anpassung von Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a an europarechtl. Vorgaben; Anordnung der Datenübermittlung für Zuschüsse bzw. Erstattungen öffentlicher Stellen (Abs. 4b Sätze 4–6).

**KroatienAnpG v. 25.7.2014** (BGBl. I 2014, 1266; BStBl. I 2014, 1126): Redaktionelle Änderungen in Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 3 und Abs. 2a Satz 1; Anfügung des Abs. 6 (Übergangsregelungen für Rürup-Verträge und zur Anhebung der Altersgrenze).

**ZollkodexAnpG v. 22.12.2014** (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58): Die SA-Tatbestände, bei denen das Korrespondenzprinzip gilt (bisher Abs. 1 Nr. 1, 1a, 1b) wurden in den neu geschaffenen Abs. 1a (dort als Nr. 1, 2, 4) überführt; der Abzugstatbestand des Abs. 1a Nr. 3 (Leistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs) wurde neu geschaffen. In Abs. 1 Nr. 2 wurden die Sätze 3 und 4 (Kleinbetragsrenten) eingefügt. Der Höchstbetrag für Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 3 Satz 1) wurde erhöht. In Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 und Abs. 3 Satz 7 wurden redaktionelle Änderungen vorgenommen.

**FinModG v. 1.4.2015** (BGBl. I 2015, 434): Der in Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a Satz 3 enthaltene Verweis auf das VAG wurde an die Neufassung jenes Gesetzes angepasst.

**StÄndG 2015 v. 2.11.2015** (BGBl. I 2015, 1834; BStBl. I 2015, 846): In Abs. 1a Nr. 1 wurden die Sätze 7 bis 9 (Pflicht zur Angabe der Identifikationsnummer des Unterhaltsempfängers) angefügt.

**VerfModG v. 18.7.2016** (BGBl. I 2016, 1679; BStBl. I 2016, 694): Anpassungen an die Elektronisierung des Besteuerungsverfahrens in Abs. 2a, 4b und 6.

**BEPS-UmsG v. 20.12.2016** (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5): Der Abzug von Leistungen für den Verzicht auf den Versorgungsausgleich wurde von der unbeschränkten EStPflicht des Empfängers abhängig gemacht (Abs. 1a Nr. 3 Satz 1).

**BetriebsrentenstärkungsgG v. 17.8.2017** (BGBl. I 2017, 3214; BStBl. I 2017, 1278): Korrektur eines fehlerhaft gewordenen Verweises in Abs. 1 Nr. 2 Satz 7.

5 Einstweilen frei.

### 6 3. Reformüberlegungen

Die zahlreichen EStReformvorschläge aus der 15. Legislaturperiode (KIRCHHOF, Einkommensteuergesetzbuch, 2003; LANG ua., Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes, 2005; „Konzept 21“ der CDU/CSU v. 23.3.2004, BTDrucks. 15/2745; Reformentwurf der FDP v. 14.1.2004, BTDrucks. 15/2349, erneut eingebracht am 15.2.2006 als BTDrucks. 16/679; ebenso KIRCHHOF, Bundessteuergesetzbuch, 2011) 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.

In der 16. und 17. Legislaturperiode (2005 bis 2013) hatte sich die estl. Diskussion weitgehend auf das Unternehmenssteuerrecht konzentriert; die SA standen nicht im Blickpunkt. In der 18. Legislaturperiode (2013 bis 2017) gab es – politisch gewollt – die Festlegung auf eine weitestgehende Erstarrung des ESt-Rechts. Auch die aktuellen Diskussionen zu Beginn der 19. Legislaturperiode enthalten keine Hinweise darauf, dass die Rechtsentwicklung bei den SA über die – auch in der Vergangenheit häufigen – punktuellen bzw. technischen Änderungen hinausgehen könnte.

7 Einstweilen frei.

## III. Bedeutung des § 10, Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

### 8 1. Bedeutung des § 10

Sonderausgaben stellen Aufwendungen außerhalb der Einkunftserzielungssphäre dar, die als Kosten der Lebensführung (§ 12 Nr. 1, 2) ohne die Existenz von Sondertatbeständen 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:** Zwischen SA und agB (§§ 33–33b) besteht systematisch eine große Nähe, die an sich auch in der Stellung dieser – gegenwärtig weit auseinandergerissenen – Tatbestände im Gesetz ihren Niederschlag finden müsste (ebenso Gutachten der StReformKommission 1971, BMF-Schriftenreihe Heft 17, Rz. II 419 ff.; TIPKE, StW 1980, 1 [5]). Die Kerntatbestände sowohl der SA als auch der agB 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. 280 ff.; BFH v. 9.2.1994 – IX R 110/90, BStBl. II 1995, 47, unter 2.a; mit beachtlichen Gründen krit. zum Begriff des indisponiblen Einkommens WERNSMANN, StW 1998, 317; zur Systematisierung der SA-Tatbestände auch SCHEFFLER/KANDEL, StW 2011, 236).

In diese Kategorie gehören – wobei der Grad der Indisponibilität unterschiedlich ist und das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht bei allen genannten Aufwendungen die stl. Be-



rücksichtigung zwingend gebietet (s. Anm. 9) – die Abzugstatbestände für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3, 3a; zur systematischen Einordnung der Altersvorsorgeaufwendungen s.u.), Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5), Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Abs. 1 Nr. 7), Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten (Abs. 1a Nr. 1) und die Weiterleitung von Einkünften im schuldrechtl. Versorgungsausgleich (Abs. 1a Nr. 4).

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, DSStJG 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 KiSt (s. Anm. 130), Schulgeld (Abs. 1 Nr. 9), bestimmte Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 2; ebenso SÖHN, StuW 1985, 395 [403]), Spenden (§ 10b), selbstbewohnte Baudenkmale (§ 10f) und bestimmte Kulturgüter (§ 10g).

In den Subventionsberichten der BReg. (zuletzt 26. Subventionsbericht v. 28.8.2017, BTDrucks. 18/13456) sind §§ 10a, 10f, 10g unter der Bezeichnung „Steuervergünstigungen“ und § 10 Abs. 1 Nr. 3a, 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 StPfl. der späteren Alterseinkünfte seither jedenfalls ihrer Rechtsnatur nach der Einkunftserzielungssphäre zuzuordnen (s. Anm. 52).

**Bedeutung für die öffentlichen Haushalte:** Nach der letztverfügbaren ESt-Statistik für 2011 beliefen sich die abgezogenen SA auf insgesamt 154,9 Mrd. € (Statistisches Bundesamt, Fachserie 14, Reihe 7.1.1, 2015, www.destatis.de). Sie lagen damit weitaus höher als die Summe aller Einkünfte aus Gewerbebetrieb (123,5 Mrd. €), was die erhebliche Bedeutung der SA für die StPfl. und die öffentlichen Haushalte zeigt.

## 2. 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 Vorsorgeaufwendungen für das Krankheits- und Pflegerisiko (Abs. 1 Nr. 3) sowie Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten (Abs. 1a Nr. 1). 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. 52).

Alle anderen SA-Tatbestände sind uE verfassungsrechtl. nicht gegen eine Abschaffung geschützt. Allein das Kriterium der Unvermeidbarkeit (Indisponibili-

tät/Zwangsläufigkeit) von Aufwendungen zwingt noch nicht zu einer estl. Berücksichtigung (zutr. Einf. ESt. Anm. 285; zu weitgehend daher SÖHN, *StuW* 1985, 395 [401]; SÖHN in *KSM*, § 10 Rz. A 17 [9/2008]). 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 Verfügung 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 gesetzssystematischen Kommentierung verwiesen. Im Einzelnen:

- Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses beschränkt Stpfl.: Siehe Anm. 14.
- Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Abzug von Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5): Siehe Anm. 142.
- Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zum Realsplitting (Abs. 1a Nr. 1): Siehe Anm. 225, 230, 237.
- Beschränkung des Abzugs von Altersvorsorgeaufwendungen auf Höchstbeträge (Abs. 3 Satz 1): Siehe Anm. 335 (zur Rechtslage ab 2005), 365 (zur Rechtslage bis 2004).
- Übergangsweise Begrenzung des Abzugs von Altersvorsorgeaufwendungen auf anfänglich 60 % trotz voller StPfl. der späteren Alterseinkünfte (Abs. 3 Sätze 4 und 6): Siehe Anm. 337–347.
- Beschränkung des Abzugs sonstiger Vorsorgeaufwendungen auf Höchstbeträge (Abs. 4): Siehe Anm. 383.

### 10 3. Vereinbarkeit des § 10 mit Europarecht

Mit dem zunehmenden Einfluss des Europarechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen wird erkannt, dass – vor allem angesichts des grundsätzlichen 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 Aufwendungen iSd. Abs. 1a (Realsplitting, Versorgungsleistungen nach einer Vermögensübergabe, Versorgungsausgleich) auch bei Zahlung an Empfänger mit Wohnsitz in einem anderen EU-/EWR-Mitgliedstaat abgezogen werden (§ 1a Abs. 1 Nr. 1, s. Anm. 230, 251). Schulgeldzahlungen können auch bei Belegenheit der Schule in einem EU-/EWR-Staat abgezogen werden (Abs. 1 Nr. 9, s. Anm. 198). Begünstigte Vorsorgeaufwendungen kön-

nen nicht nur an inländ. VU bzw. -träger, sondern auch an Einrichtungen in anderen EU-/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: Siehe Anm. 14.
- Ausschluss von Anteilen an ausländ. KapGes. von der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen: Siehe Anm. 260.

Einstweilen frei.

11–12

## IV. Geltungsbereich des § 10

### 1. Sachlicher und persönlicher 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 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. 29). Aus dem Katalog des § 10 Abs. 1 kamen für eine Anwendung im KStRecht allenfalls die früheren SA-Tatbestände der Steuerberatungskosten (bis VZ 2005; uE zutr. FG München v. 14.2.2017 – 6 K 309/15, EFG 2017, 854, rkr.) sowie Renten und dauernde Lasten (bis VZ 2007) in Betracht, sofern diese Aufwendungen nicht bereits mit der Einkunftserzielung der Körperschaft in Zusammenhang standen. Zum Spendenabzug enthält § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG eine – weitgehend parallel zu § 10b ausgestaltete – Sonderregelung.

### 2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

#### a) 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. § 50 Anm. 80). 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 die Basisaufwendungen zur Alters-, Krankheits- und Pflegevorsorge (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a, Nr. 3) sowie der SA-Pauschbetrag nach § 10c abgezogen (§ 50 Abs. 1 Satz 4; s. § 50 Anm. 95).

**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 (in diesen Fällen ausl.) Wohnsitzstaat zur Berücksichtigung derartiger Verhältnisse am Besten in der Lage ist (EuGH v. 14.2.1995 – C-279/93 – Schumacker, Slg 1995, I-225, Rz. 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 Steuerinländern (EuGH v. 6.7.2006 – C-346/04 – Conijn, Slg 2006, I-6137, zum früheren SA-Abzug für Steuerberatungskosten 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). Auch der SA-Tatbestand des Abs. 1 Nr. 4 (KiSt) steht in einem gewissen Zusammenhang mit inländ. Einkünften und müsste daher nach der Conijn-Entsch. des EuGH potentiell auch für EU-Ausländer gelten. Gleiches gilt für Beiträge zur inländ. gesetzlichen Sozialversicherung bzw. zu einem Versorgungswerk, die auf inländ. Einkünften beruhen (zutr. Vorabentscheidungsersuchen FG Köln v. 3.8.2017 – 15 K 950/13, EFG 2017, 1656, Az. EuGH C-480/17; aA FG Düss. v. 30.4.2009 – 16 K 4273/07, EFG 2009, 1911, rkr.), sowie für Versorgungsleistungen, die ein beschränkt Stpfl. aufgrund der Übergabe von Vermögen zahlen muss, mit dem er inländ. Einkünfte erzielt (zutr. EuGH v. 31.3.2011 – C-450/09 – Schröder, Slg 2011, I-2497; EuGH v. 24.2.2015 – C-559/13 – Grünewald, BStBl. II 2015, 1071; ergangen auf Vorabentscheidungsersuchen des BFH v. 14.5.2013 – I R 49/12, BStBl. II 2014, 22; zur Nichtanwendung des § 50 Abs. 1 Satz 3 in diesen Fällen s. Anm. 251).

**Wechsel zwischen beschränkter und unbeschränkter Steuerpflicht:** Besteht während eines Kj. sowohl unbeschränkte als auch beschränkte StPfl., sind in die Veranlagung zur unbeschränkten StPfl. zwar auch die während der beschränkten StPfl. erzielten inländ. Einkünfte (nicht aber andere Einkünfte!) einzubeziehen (§ 2 Abs. 7 Satz 3), so dass nur eine einzige Veranlagung vorgenommen wird. Auch hier können aber nur die während der Zeit der unbeschränkten StPfl. abgeflossenen (nicht: entstandenen) SA abgezogen werden (ebenso zur früheren Rechtslage BFH v. 6.4.1984 – VI R 162/81, BStBl. II 1984, 587; BFH 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 b) Ins Ausland geleistete Sonderausgaben

**Grundsatz:** Sonderausgaben können auch dann abgezogen werden, wenn sie ins Ausland geleistet werden. Dies gilt zB für Zahlungen an ausl. Empfänger von Renten und dauernden Lasten (Abs. 1 Nr. 1a bis VZ 2007; zur Rechtslage ab 2008 s.u.), ausl. Steuerberater (Abs. 1 Nr. 6 bis VZ 2005) oder Ausbildungseinrichtungen (Abs. 1 Nr. 7). Gleiches gilt, wenn die Aufwendungen aus

ausländ. (im Inland nach einem DBA stfreien) Einkünften stammen (RFH v. 25.1.1933 – VI A 199/32, RStBl. 1933, 478).

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

- ▶ *Kirchensteuer:* 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. 133).
- ▶ *Schulgeld:* Die begünstigte Schule muss in einem EU-/EWR-Staat belegen sein (Abs. 1 Nr. 9).
- ▶ *Unterhaltsleistungen:* Der Abzug setzt wegen der korrespondierenden Erfassung der Einnahmen durch § 22 Nr. 1a grds. die unbeschränkte StPflcht des Empfängers voraus (Abs. 1a Nr. 1 Satz 1 mit Ausnahme für EU-/EWR-Ehegatten in § 1a Abs. 1 Nr. 1; zur Vereinbarkeit mit Europarecht s. Anm. 230).
- ▶ *Versorgungsleistungen:* Auch hier ist grds. die unbeschränkte StPflcht des Empfängers erforderlich (Abs. 1a Nr. 2 Satz 1); auch hier gilt aber eine Ausnahme für EU-/EWR-Empfänger (§ 1a Abs. 1 Nr. 1; s. Anm. 251).
- ▶ *Ausgleichsleistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs:* Der Abzug setzt seit VZ 2017 die unbeschränkte StPflcht des Empfängers voraus (Abs. 1a Nr. 3 Satz 1; s. Anm. 287; Ausnahme in § 1a Abs. 1 Nr. 1).
- ▶ *Ausgleichszahlungen im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs:* Auch hier ist die unbeschränkte StPflcht des Empfängers (Abs. 1a Nr. 4) bzw. dessen Wohnsitz in einem EU-/EWR-Staat (§ 1a Abs. 1 Nr. 1) erforderlich.
- ▶ *Vorsorgeaufwendungen können nur abgezogen werden, wenn das VU seinen Sitz in einem EU- oder EWR-Staat hat* (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a; s. Anm. 310).
- ▶ *Spenden (§ 10b):* Die empfangende Körperschaft muss nach dem (2010 erweiterten) Gesetzeswortlaut in einem EU-/EWR-Staat ansässig sein; der begünstigte Zweck darf allerdings weltweit verwirklicht werden (s. § 10b Anm. 46 ff.).
- ▶ *Begünstigungen nach §§ 10f, 10g:* Diese sind tatbestandlich auf inländ. Baudenkmale bzw. Kulturgüter beschränkt, was uE europarechtl. bedenklich ist.

Einstweilen frei.

16

## V. Verhältnis des § 10 zu anderen Vorschriften

### 1. Sonderausgabentatbestände außerhalb des § 10, Sonderausgabepauschbeträge

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).
- Ausgaben zur Förderung stbegünstigter Zwecke (§ 10b ab VZ 1951; zuvor § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e).

- Steuerbegünstigung 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 dienen, 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“.
- Steuerbegünstigung für schutzwürdige Kulturgüter, die weder zur Einkunftszielung 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 Sonderausgaben“. 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 enthält einen Pauschbetrag für SA nach § 10 Abs. 1 Nr. 4, 5, 7, 9, Abs. 1a sowie § 10b. Der Höhe nach ist dieser Betrag mit 36 € (für zusammenveranlagte Ehegatten/Lebenspartner 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; s. § 39b Anm. 31).

## 18 2. 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 (ua.) die SA-Tatbestände des § 10 Abs. 1 und des Abs. 1a Nr. 1 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.

**Gemischte Aufwendungen:** Schon vor der Rspr.-Änderung zu § 12 Nr. 1 Satz 2, seit der Aufwendungen, die sowohl beruflich/betrieblich als auch privat veranlasst sind, grds. aufteilbar sind (s. § 12 Anm. 60 ff.), wurde das früher von der Rspr. vertretene Aufteilungsverbot nicht angewendet, wenn Aufwendungen 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.; BFH v. 18.4.1996 – VI R 54/95, BFH/NV 1996, 740, unter 4.; BFH v. 30.4.2008 – X B 263/07, BFH/NV 2008, 1329, unter 1.c). Dies gilt nach der Locke-

rung der zu § 12 ergangenen Rspr. für den SA-Bereich natürlich erst recht. Die Aufteilung ist ggf. im Schätzungswege vorzunehmen.

**Beispiele:** Kosten eines Pkw-Unfalls auf dem Weg zum Steuerberater, wenn die Steuerberatungskosten 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 Einkunftserzielung 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; BFH 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. 80, 90 ff.). Soweit die frühere Rspr. keinen anteiligen BA-Abzug für Steuerberatungskosten gewährt hat, die sowohl betrieblichen als auch privaten Zwecken dienen (BFH v. 24.11.1983 – IV R 22/81, BStBl. II 1984, 301, unter 1.c; in kritischer Abgrenzung dazu BFH v. 6.4.1995 – VIII R 10/94, BFH/NV 1996, 22, unter 3.), ist dies durch die neuere Rspr. überholt.

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.).

Wenn die Aufwendungen teils zu den SA, teils zu den nichtabziehbaren Kosten der Lebensführung gehören, ist eine Aufteilung ebenfalls möglich (aA noch FG Düss. v. 24.8.1983 – VIII (XI) 418/78, 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).

### 3. Verhältnis zu anderen Vorschriften des EStG

19

**Verhältnis zu § 1a Abs. 1 Nr. 1:** Diese Normen lassen den Abzug von Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten, von Versorgungsleistungen sowie von Zahlungen bei Versorgungsausgleich abweichend von Abs. 1a Nr. 1 bis 4 auch dann zu, wenn der Empfänger zwar nicht unbeschränkt stpfl. ist, seinen Wohnsitz aber in einem anderen EU-/EWR-Staat hat (s. Anm. 230, 251).

**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 zvE anknüpft (BFH v. 4.11.1960 – VI 122/60 U, BStBl. III 1961, 6). Die sich in Fällen des fortgeltenden § 10 Abs. 5 aF iVm. § 30 EStDV (s. Anm. 420 ff.) ergebende Nachsteuer ist zur tariflichen ESt hinzuzurechnen, um die festzusetzende ESt zu ermitteln (§ 2 Abs. 6 Satz 1 aF).

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

**Verhältnis zu § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b:** Die dort angeordnete Abzugsbeschränkung für häusliche Arbeitszimmer gilt 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, Abs. 8 Satz 8, Abs. 4a:** Die dort enthaltenen Regelungen zur Berücksichtigung von Wegen zwischen Wohnung und Arbeitsstätte, Aufwendungen wegen einer doppelten Haushalts-

führung und Mehraufwendungen für Verpflegung gelten auch im Rahmen des Abzugs von Ausbildungskosten (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 Satz 4).

**Verhältnis zu § 9 Abs. 6:** Diese Vorschrift ordnet ein Abzugsverbot für Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung und ein Erststudium an. Im Zusammenspiel mit 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 darstellen (s. Anm. 162 und § 9 Anm. 606 ff.).

**Verhältnis zu § 11 Abs. 2:** Das Abflussprinzip (s. § 11 Anm. 105 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 (nachgelagerten) 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:** Soweit Unterhaltsleistungen (Abs. 1a Nr. 1), Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 2), Leistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 3) oder Zahlungen aufgrund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 4) vom Geber abgezogen werden können, sind sie beim Empfänger nach § 22 Nr. 1a stpfl.

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

**Verhältnis zu § 32 Abs. 4 Satz 2 aF:** Wegen der Verwendung des Begriffs „Einkünfte“ konnten SA bei der Ermittlung des bis VZ 2011 geltenden Grenzbetrags für die Gewährung von Kinderfreibeträgen oder Kindergeld grds. nicht abgezogen werden. Eine Ausnahme galt 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 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; BFH 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. Zu Einzelheiten s. § 33 Anm. 200 ff.

20–21 Einstweilen frei.



**VI. Zurechnung der Sonderausgaben (Abzugsberechtigung)** 22

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

Einstweilen frei.

23–24

**VII. Verfahrensfragen**

25

**Grundsätzlich kein Antragerfordernis:** Sonderausgaben sind grds. von Amts wegen abzuziehen, wenn dem FA bekannt ist, dass die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen; ein Verzicht (zB um bei Versäumung der Antragsfrist des § 46 Abs. 2 Nr. 8 aF die frühere Veranlagungspflichtgrenze zu überschreiten) ist nicht möglich (BFH v. 14.4.1993 – I R 120/91, BStBl. II 1993, 738). Lediglich Abs. 1a Nr. 1 (Unterhaltsleistungen) und Abs. 1a Nr. 3 (Leistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs) enthalten wegen der an den SA-Abzug anknüpfenden Versteuerung beim Empfänger ein Antragerfordernis (s. Anm. 232).

**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). Dies folgt auch aus § 10c Satz 1 („wenn der Steuerpflichtige nicht höhere Aufwendungen nachweist“).

**Vorauszahlungen/Lohnsteuerermäßigung:** Sonderausgaben nach § 10 und § 10b (mit Ausnahme der Vorsorgeaufwendungen) 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. 56f.). Diese SA können auch zur Gewährung eines Freibetrags beim LStAbzug führen (§ 39a Abs. 1 Satz 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. 42). Vorsorgeaufwendungen (insbes. Altersvorsorgeaufwendungen) werden beim LStAbzug hingegen nur in Höhe der Vorsorgepauschale des § 38b Abs. 2 Satz 5 Nr. 3 berücksichtigt; die Eintragung eines zusätzlichen Freibetrags für übersteigende Aufwendungen ist nicht möglich. Dies ist verfassungsrechtl. nicht zu beanstanden (BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, DStR 2016, 1731, Rz. 93 ff.; BFH v. 10.11.2016 – VI R 55/08, BStBl. II 2017, 715 mwN). § 37 Abs. 6 enthält eine Spezialregelung zur Anwendung des Höchstbetrags des § 10 Abs. 3 für Vorauszahlungszwecke.

**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 Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 2), 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 – 6 K 85/03, DStRE 2006, 691, rkr.).

Einstweilen frei.

26–29

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:  
Sonderausgaben-Tatbestände**

**Schrifttum:** SÖHN, Sonderausgaben (§ 10 EStG) und Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, *StuW* 1985, 395; HAACKE, Steuer mindernde 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; SCHEFFLER/KANDEL, Systematisierung der Sonderausgaben aus ökonomischer Sicht, *StuW* 2011, 236; HAAG, Sonderausgaben – Ein Gesamtüberblick nach aktueller Rechtslage, *SteuStud.* 2015, 24.

### I. „Sonderausgaben sind“ (Abs. 1 Eingangssatz)

#### 30 1. Abschließende Aufzählung, Einteilungsmöglichkeiten

**Keine abstrakte Definition, sondern Kasuistik:** Der Begriff der SA wird im EStG – anders als die in ihrer systematisierenden Funktion vergleichbaren Grundbegriffe BA (§ 4 Abs. 4), WK (§ 9 Abs. 1 Satz 1) oder agB (§ 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, 1a (und ggf. weiterer Tatbestände, s. Anm. 17) abschließend aufgeführten Aufwendungen (BFH v. 12.12.1973 – VI R 23/71, *BStBl.* II 1974, 300; BFH v. 14.11.2001 – X R 120/98, *BStBl.* II 2002, 413, unter II.2.a). Eine gemeinsame abstrakte Definition lässt sich für dieses Sammelsurium von Tatbeständen ohnehin nicht finden (ebenso bereits Bericht der EStKommission, *BMF-Schriftenreihe* Heft 7, 1964, 139), weshalb der Gesetzgeber dies auch zu keiner Zeit versucht hat. Vereinzelt Definitionsversuche in der Literatur (zB KÜCHENHOFF, *StuW* 1952, Sp. 449) haben sich als untauglich erwiesen.

**Einteilung in unbeschränkt und beschränkt abziehbare Sonderausgaben:** Ein Teil der SA-Tatbestände enthält keine Beschränkung der Abzugsbeträge der Höhe nach:

- Beiträge an Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3),
- Kirchensteuer (Abs. 1 Nr. 4),
- Versorgungsleistungen nach einer Vermögensübergabe (Abs. 1a Nr. 2),
- Ausgleichsleistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 3),
- Ausgleichszahlungen im Rahmen des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 4).

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

- Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2 iVm. Abs. 3): Höchstbeitrag zur knappschaftlichen Rentenversicherung (im VZ 2018: 23 712 €),
- sonstige Vorsorgeaufwendungen (ohne Kranken- und Pflegeversicherung; Abs. 1 Nr. 3a iVm. Abs. 4): 1 900 €/2 800 €,
- Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Abs. 1 Nr. 7): 6 000 €,

- Unterhaltsleistungen (Abs. 1a Nr. 1): 13 805 €,
- 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 selbstgenutzte Baudenkmale (§ 10f) oder bestimmte Kulturgüter (§ 10g): 90 % der Aufwendungen.

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

- Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5): 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:** Siehe Anm. 17.

## 2. Kein Abzug von Nebenkosten als Sonderausgaben

31

**Grundsatz: Kein Abzug von Nebenkosten:** 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 Dritter auf Zahlung von SA durch den Stpfl. (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 LV-Beiträgen; BFH v. 14.11.2001 – X R 120/98, BStBl. II 2002, 413, unter II.2.a, 3: Finanzierung von Versorgungsleistungen).

**Ausnahmen:** Die insoweit nicht ganz einheitliche Rspr. hat bei Abs. 1 Nr. 6 aF (Abzug von Unfallkosten auf der Fahrt zum Steuerberater, 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) Nebenkosten allerdings 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). Dies ist uE nicht zwingend (zur Kritik an diesen Entsch. s. die Voraufgabe (Stand 9/2009) Anm. 221, abrufbar im elektronischen HHR-Online-Archiv unter [www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm)). Teile des Schrifttums folgern aus diesen Entsch. hingegen, dass Nebenkosten bei sämtlichen SA-Tatbeständen abziehbar sein müssen, weil für eine Differenzierung kein Grund erkennbar ist (TIEDTKE/WÄLZHOLZ, DStR 1999, 1794).

**Fremdfinanzierung von Altersvorsorgeaufwendungen:** Schuldzinsen für ein Darlehen, mit dem Rentenversicherungsbeiträge finanziert werden, sind von der Rspr. auch schon vor dem zum VZ 2005 vorgenommenen Systemwechsel 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. 53).

32 Einstweilen frei.

### 3. Aufwendungen

#### 33 a) Abfluss, Besonderheiten bei Sachleistungen

Der Begriff „Aufwendungen“ verlangt hier (unter Geltung des Abflussprinzips) einen tatsächlichen Abfluss (eine Vermögensminderung). Er ist daher vom bilanzrechtl. Begriff des „Aufwands“ – der eine buchmäßige Gewinnminderung bezeichnet, die nicht notwendig mit einem tatsächlichen Güterabfluss verbunden sein muss – zu unterscheiden. Treffender wäre es gewesen, in § 10 den Begriff „Ausgaben“ zu verwenden. 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, 7: „Aufwendungen“; Nr. 9: „entrichtetes Entgelt“; Abs. 1a Nr. 1–3: „Leistungen“; Abs. 1a Nr. 4: „Zahlungen“; 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 s. Anm. 40 ff.; zur Behandlung von Erstattungen s. Anm. 410 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:** Sonderausgaben können auch in Form von Sachleistungen erbracht werden. Dies dürfte in der Praxis aber nur ausnahmsweise der Fall sein, zB bei Unterhaltsleistungen in Form der Überlassung einer Wohnung (s. Anm. 227) oder bei Altenteilsleistungen (s. Anm. 245). Für die Bewertung solcher Sachleistungen fehlt eine Regelung im EStG. Daher ist 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 (glA HUTTER in BLÜMICH, § 10 Rz. 28 [4/2017]). 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 (SÖHN in KSM, § 10 Rz. B 7 [9/2008]). Hierfür besteht angesichts der unmittelbar anwendbaren Regelung im BewG zwar kein Bedarf; im Regelfall führen aber beide Vorschriften zum selben Ergebnis.

34 Einstweilen frei.

#### b) Abzugsberechtigung

##### 35 aa) Wirtschaftliche Belastung

Das Vorliegen von „Aufwendungen“ setzt nach der Rspr. des BFH eine „tatsächliche und endgültige wirtschaftliche Belastung“ voraus (BFH v. 21.7.2016 – X R 43/13, BStBl. II 2017, 256 Rz. 15); dies ist durch das BVerfG gebilligt wor-

den (BVerfG v. 18.2.1988 – 1 BvR 930/86, HFR 1989, 271). Eine „endgültige“ wirtschaftliche Belastung ist uE nicht Voraussetzung für den SA-Abzug, da bei späteren Erstattungen stets eine Verrechnungs- oder Korrekturmöglichkeit besteht (s. Anm. 410 ff.). An der erforderlichen wirtschaftlichen Belastung fehlt es aber jedenfalls,

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

**Beispiel 1:** 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 2:** KiStFestsetzung trotz fehlender persönlicher KiStPflicht (BFH v. 22.11.1974 – VI R 138/72, BStBl. II 1975, 350; BFH 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; BFH v. 2.9.2008 – X R 46/07, BStBl. II 2009, 229; s. Anm. 138; nach endgültiger Erstattung aber Korrektur nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO; s. Anm. 410 ff.).

- soweit einer SA-Zahlung Erstattungen des Gläubigers gegenüberstehen (s. Anm. 410 ff.).

Im Anwendungsbereich von Abs. 1 Nr. 1a in der Fassung, die für bis 2007 geschlossene Verträge fortgilt, scheidet ein SA-Abzug auch dann aus, wenn den Renten oder dauernden Lasten eine Gegenleistung gegenübersteht (s. Anm. 273).

## bb) Grundsätzlich kein Abzug von Ausgaben des Steuerpflichtigen für Dritte oder Ausgaben Dritter für den Steuerpflichtigen 36

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; mit ausführlicher Begründung BFH v. 19.4.1989 – X R 2/84, BStBl. II 1989, 683: Versicherungsbeiträge; BFH v. 25.11.2010 – III R 79/09, BStBl. II 2011, 450: Zahlung von Kinderbetreuungskosten durch die nicht mit dem Stpfl./Kindsvater verheiratete Kindsmutter/Lebensgefährtin des Stpfl., die einen geringeren StSatz als der Stpfl. hat).

**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. Als zusätzliches Argument führt die Rspr. an, 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).

► *Kritik:* Die ganz überwiegende Auffassung im Schrifttum kritisiert dieses Erg., ohne allerdings systematisch durchschlagende Gegenargumente zu liefern; vgl. SCHMIDT, FR 1989, 498; LAMMINGER, BB 1996, 241; HEINICKE in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 10 Rz. 25; SÖHN in KSM, § 10 Rz. E 157 f. (11/2006); BAUSCHATZ in KORN, § 10 Rz. 156 (9/2015): Abzug, wenn eine Unterhaltspflicht besteht; differenzierend BRANDIS, StuW 1990, 57 (62 f.).

► *Stellungnahme:* Der Rspr. ist uE zuzustimmen (ebenso LINDBERG in FROTSCHER, § 10 Rz. 14 [12/2016]). Sie stimmt mit den allgemeinen Grundsätzen zum Dritt-aufwand und zum SA-Abzug überein, die zudem auch Möglichkeiten eröffnen, dennoch den Abzug zu erreichen (s. nächster Abs.). Ihr Erg. 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 (an denen sich die Streitfrage in der Praxis idR entzündet) sich wegen des geringen Höchstbetrags nach Abs. 4 idR ohnehin nicht auswirken.

**Ausnahmen:** Sowohl der Gesetzgeber als auch die Rspr. und FinVerw. haben Ausnahmen vom Grundsatz der Unbeachtlichkeit von Drittaufwand zugelassen.

► *Krankenversicherungsbeiträge, die Eltern zugunsten ihrer unterhaltsberechtigten Kinder zahlen:* Seit 2010 enthält Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 eine ausdrückliche Ausnahme vom Grundsatz der Unbeachtlichkeit von Drittaufwand. Dies zeigt zugleich, dass der Gesetzgeber sich der Rspr. angeschlossen hat.

► *Geldzuwendung an den Steuerpflichtigen:* Wendet der Dritte dem Stpfl. Geld zur freien Verwendung 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).

► *Abschluss von Gruppen-Versicherungsverträgen durch Arbeitgeber oder Geschäftsberrn:* Die FinVerw. lässt eine Ausnahme zu, wenn ein Geschäftsherr für seinen selbständigen Handelsvertreter eine LV abschließt und die Beiträge bezahlt: Hier hat der Handelsvertreter die Beiträge als BE 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 – I 269/66, 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:** Hier ist zwischen Zahlungen zugunsten des Ehegatten bzw. zugunsten von Kindern zu differenzieren:

► *Zahlungen zugunsten des anderen Ehegatten*: Zusammenveranlagte Ehegatten werden für den SA-Abzug als *ein* Stpfl. behandelt (§ 26b). Daher 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; BFH v. 22.3.1967 – VI R 300/66, BStBl. III 1967, 596; BFH v. 19.4.1989 – X R 2/84, BStBl. II 1989, 683; BFH 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 2012. Zum SA-Abzug bei Einzelveranlagung von Ehegatten s. § 26a Abs. 2 und § 26a Anm. 52 ff.

► *Zahlungen zugunsten von Kindern*: Hingegen können Eltern Leistungen, die sie auf Schulden ihrer Kinder erbringen, nicht als SA abziehen (häufig bei eigenen Versicherungsverhältnissen der Kinder; BFH v. 9.5.1974 – VI R 147/71, BStBl. II 1974, 545). Gegebenenfalls können allerdings Unterhaltsaufwendungen iSd. § 33 Abs. 1, § 33a Abs. 1 vorliegen (FG Rhld.-Pf. v. 6.4.1981 – V 348/79, 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 zugutekommen. 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. 97). Eine weitere Ausnahme gilt für Schulgeldzahlungen (s. Anm. 37).

### cc) Abzugsberechtigung bei den einzelnen Tatbeständen der Abs. 1, 1a 37

**Abs. 1 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 (s. ausführl. Anm. 36 mwN). Zu der ab VZ 2010 geltenden Ausnahme für Krankenversicherungsbeiträge (Abs. 1 Nr. 3 Satz 2) s. Anm. 97.

► *Privatrechtliche Versicherungsverträge*: Hier ist abzugsberechtigt, wer die Beiträge als Versicherungsnehmer (Vertragspartner des VU) selber schuldet. Es kommt im Gegenzug nicht darauf an, auf wessen Leben ein LV-Vertrag abgeschlossen (versicherte Person) oder wer aus ihm bezugsberechtigt ist (BFH v. 20.11.1952 – IV 6/52 U, BStBl. III 1953, 36; BFH 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 Sozialversicherung aber nicht gibt, s. Anm. 85). Bei eigenen öffentlich-rechtl. Versicherungsverhältnissen von Kindern des Stpfl. ist dies nur das Kind selbst, nicht hingegen der Elternteil, der die Beiträge mittels abgekürzten Zahlungswegs zahlt

(BFH v. 9.5.1974 – VI R 147/71, BStBl. II 1974, 545; BFH 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).

**Abs. 1 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; BFH v. 11.7.1969 – VI R 265/67, BStBl. II 1969, 650; beide zum früheren Abzug von VSt). Abzugsberechtigt ist daher der – nach den maßgebenden öffentlich-rechtl. Regelungen zu ermittelnde – StSchuldner, soweit er die Aufwendungen getragen hat.

**Abs. 1 Nr. 5 (Kinderbetreuungskosten):** Der Abzug ist auf Aufwendungen für die Betreuung eines „zum Haushalt des Steuerpflichtigen“ gehörenden Kindes begrenzt. Aufwendungen für die Kinder Dritter können daher nicht abgezogen werden.

**Abs. 1 Nr. 7 (Ausbildungskosten):** Der Wortlaut begrenzt den Abzug auf „Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung“ und schließt damit Ausbildungskosten, die für Dritte übernommen werden, vom Abzug aus. Soweit es sich bei den Dritten um die eigenen Kinder handelt, gelten insoweit die Vorschriften über den Familienleistungsausgleich (§ 33a Abs. 2).

**Abs. 1 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. 205). Im Hinblick auf die Nähe dieses SA-Tatbestands zu Unterhaltsleistungen steht es dem Abzug hier nicht entgegen, wenn das Kind aus dem Schulvertrag verpflichtet ist, die Eltern aber die Zahlung leisten (BFH v. 9.11.2011 – X R 24/09, BStBl. II 2012, 321, unter II.3; R 10.10 Abs. 1 EStR 2012).

**Abs. 1a 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. 227).

**Abs. 1a Nr. 2 (Versorgungsleistungen nach einer Vermögensübergabe):** Nach dem Wortlaut müssen die Versorgungsleistungen „auf besonderen Verpflichtungsgründen“ beruhen. Abzugsberechtigt ist daher nur der rechtl. zur Erbringung der Leistungen Verpflichtete.

**Abs. 1a Nr. 3, 4 (Versorgungsausgleich):** Abzugsberechtigt ist der Ausgleichsverpflichtete, der die Abfindungszahlung (Nr. 3) bzw. Teile der von ihm bezogenen laufenden Einnahmen (Nr. 4) an den Berechtigten auskehren muss.

**§ 10b (Spenden):** Zum Drittaufwand beim Abzug von Zuwendungen s. § 10b Anm. 13.

### 38 dd) Ausgaben des Steuerpflichtigen als Rechtsnachfolger

**Gesamtsrechtsnachfolge:** 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 SA-Abzug 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). Ausführlich zu SA-Zahlungen eines Gesamtrechtsnachfolgers GÖRING, Die Gesamtrechtsnachfolge im Einkommensteuerrecht, 1986, 213 ff.

► *Öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten*: Auch die KiSt-Verbindlichkeiten 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; BFH v. 5.2.1960 – VI 204/59 U, BStBl. III 1960, 140; BFH v. 21.7.2016 – X R 43/13, BStBl. II 2017, 256; MEIER, FR 1987, 31; krit. RING, DStZ 1981, 24). Gleiches galt – solange es entsprechende SA-Tatbestände gab – für die Bezahlung von VSt, Lastenausgleichsabgaben sowie Steuerzinsen des Erblassers, denn der Erbe ist mit dem Erbfall auch in die steuerschuldrechtl. Position des Erblassers eingetreten (§ 45 Abs. 1 AO) und nunmehr selbst Steuerschuldner hinsichtlich der vom Erblasser hinterlassenen Steuerrückstände. Daraus folgt zugleich, dass sich der Erbe auch Erstattungen überzahlter KiSt des Erblassers auf seine eigenen Zahlungen anrechnen lassen muss (BFH v. 21.7.2016 – X R 43/13, BStBl. II 2017, 256 Rz. 23; dazu auch RICHTER, FR 1987, 377; allgemein zur Behandlung von Erstattungen s. Anm. 410 ff.). 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:

► *Ausbildungskosten (Abs. 1 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 (Abs. 1 Nr. 5) und Schulgeld (Abs. 1 Nr. 9)*: Der Abzug wird hier häufig daran scheitern, dass das betreute Kind des Erblassers nicht zum Haushalt des Erben gehört (Nr. 5) 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.

► *Unterhaltsleistungen (Abs. 1a 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. 228).

**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 LV-Verträgen jedoch auch den wei-

teren Abzug laufender Zahlungen ausgeschlossen (Abs. 1 Nr. 3a letzter Satzteil iVm. Abs. 1 Nr. 2 Satz 6 in der bis VZ 2004 geltenden Fassung; s. Anm. 108).

39 Einstweilen frei.

### c) Abfluss; Behandlung von Vorauszahlungen

#### 40 aa) Abfluss von Sonderausgaben

**Zeitliche Zuordnung:** Für SA gilt das Abflussprinzip des § 11 Abs. 2. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung des § 11 (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; BFH v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338). Dies gilt auch dann, wenn eine SA-Nachzahlung im VZ ihres Abflusses mangels positiver Einkünfte ohne estl. Auswirkung bleibt (BFH v. 8.10.2007 – XI B 112/06, BFH/NV 2008, 43) und rechtfertigt grds. keinen Billigkeitserlass (FG Nürnberg v. 22.11.2007 – VI 246/2006, EFG 2008, 520, rkr.; diese Beurteilung liegt auch BFH v. 24.3.2015 – X B 4/15, BFH/NV 2015, 952, zugrunde). Auch die Erstattung der gezahlten SA in einem späteren VZ steht dem vollen Abzug im Jahr der Zahlung grds. nicht entgegen (BFH v. 23.2.1951 – IV 150/50 S, BStBl. III 1951, 79; s. auch Anm. 410).

**Höchstbeträge bei Zahlungen für mehrere Jahre:** Soweit ein SA-Tatbestand einen Höchstbetrag vorsieht, ist dieser auch dann nur einmal zu gewähren, wenn eine einheitliche Nachzahlung wirtschaftlich auf mehrere Vorjahre entfällt (BFH v. 12.11.1976 – VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154; BFH v. 15.10.2008 – X B 60/07, BFH/NV 2009, 205, unter II.3.a, beide betr. Nachzahlung von Rentenversicherungsbeiträgen; BFH v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338, betr. Nachzahlung von Unterhalt; krit. – uE zu Unrecht – PAus, DStZ 2001, 591). Bei Kreditfinanzierung von SA kommt es auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Ver- ausgabe der SA, nicht auf den der Darlehensrückzahlung an (BFH v. 15.3. 1974 – VI R 252/71, BStBl. II 1974, 513; BFH v. 7.2.2008 – VI R 41/05, BFH/ NV 2008, 1136, unter II.2; ebenso zu § 33 BFH v. 10.6.1988 – III R 248/83, BStBl. II 1988, 814).

**Behandlung von Erstattungen:** Siehe die Erläuterungen zu Abs. 4b (s. Anm. 410 ff.); dort auch zu der vor VZ 2012 geltenden Rechtslage.

#### 41 bb) Behandlung von Vorauszahlungen

**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.; BFH 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. Nur die Möglichkeit zum sofortigen Abzug von Vorauszahlungen bei Beiträgen zur Basis-Kranken- und Pflegeversicherung ist seit VZ 2011 eingeschränkt (Abs. 1 Nr. 3 Satz 4; s. Anm. 98).

**Prämiendepot bei Versicherungen:** Versicherungsbeiträge, die zunächst auf ein Prämiendepot eingezahlt werden, können erst dann als SA abgezogen wer-

den, wenn sie dem Depot entnommen und mit fälligen Beiträgen verrechnet werden (OFD Münster v. 24.2.1970 – S 2221 - 29 - St 31, 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 – S 2221 - 15 - St 111, DB 1970, 660; OFD Köln v. 5.5.1971 – S 2221 - 15 - St 11A, 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 WK-Bereich 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 5 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 gleichartigen SA-Zahlungen übersteigen, den SA-Abzug des früheren Abzugsjahres rückgängig macht; ein Teil dieser Fälle wird zudem seit VZ 2012 von Abs. 4b erfasst (s. Anm. 410 ff.).

**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, mit Anm. OFFERHAUS, StBp. 1986, 140; BFH 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 hinausgeht (BFH v. 7.11.2001 – XI R 24/01, BStBl. II 2002, 351; BFH 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; zusammenfassend nochmals BFH v. 24.3.2015 – X B 4/15, BFH/NV 2015, 952 Rz. 19). Diese Rspr. eröffnet Stpfl. jedenfalls für eine Übergangszeit Gestaltungsmöglichkeiten, wenn es in Zukunft zu weiteren Streichungen von SA-Tatbeständen kommen sollte.

42 Einstweilen frei.

43 **d) Mittelherkunft**

Für den Abzug von SA kommt es grds. nicht darauf an, wie diese finanziert werden. Insbesondere 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 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).

**Verwendung steuerfreier Einnahmen zur Zahlung von Sonderausgaben:**

Hier ist zu differenzieren.

► *Grundsatz:* Die Verwendung stfreier Einnahmen steht dem SA-Abzug nicht entgegen, da § 3c auf SA nicht anwendbar ist.

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); BFH v. 4.3.1977 – VI R 168/75, BStBl. II 1977, 503 (Leistung von Ausbildungskosten aus stfreiem Unterhaltsgeld des Arbeitsamts); BFH v. 8.12.1978 – VI R 26/76, BStBl. II 1979, 212 (Leistung von Ausbildungskosten aus Zuschüssen nach dem BAföG).

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

► *Steuerfreie Zuschüsse zu Kinderbetreuungskosten (§ 3 Nr. 33):* Ob die Gewährung derartiger Zuschüsse den Abzug nach Abs. 1 Nr. 5 ausschließt, ist str. Der BFH hat dies in einem obiter dictum bejaht (BFH v. 5.7.2012 – III R 80/09, BStBl. II 2012, 816, unter II.3.c cc). Bei Heranziehung der vorstehend unter „Grundsatz“ angeführten Rspr. ist dies uE aber unzutreffend, zumal die gesetzliche Ausnahme des Abs. 2 Nr. 1 ausdrücklich auf Vorsorgeaufwendungen beschränkt ist. Zudem hat der BFH sich zur Begründung seiner Auffassung ausschließlich auf Kommentierungen zu den Vorschriften der §§ 4f, 9c aF gestützt; dort war aber ein Abzug „wie Betriebsausgaben/Werbungskosten“ vorgesehen, so dass die Anwendung des § 3c Abs. 1 vertretbar war. Für den SA-Abzug kann dies hingegen nicht gelten.

44 Einstweilen frei.

45 **4. Weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten**

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. 250, 268 (Versorgungsleistungen), 52, 53 (Altersvorsorgeaufwendungen), 90–97 (sonstige Vorsorgeaufwendungen), 130 (KiSt), 162 (Ausbildungskosten).

**Nachrang von Sonderausgaben im Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten:** Der gesetzlich angeordnete Nachrang 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; RFH v. 29.2.1928, RStBl. 1928, 113). Entsprechend lehnt der BFH es grds. ab, SA-Tatbeständen – nach dem Grundsatz des Vorrangs des spezielleren Gesetzes – eine Sperrwirkung im Hinblick auf die Möglichkeit des allgemeinen BA/WK-Abzugs beizumessen (BFH v. 4.12.2002 – VI R 120/01, BStBl. II 2003, 403, unter II.3.c; BFH v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407, unter II.3.c; BFH v. 22.6.2006 – VI R 5/03, BStBl. II 2007, 4; BFH v. 28.2.2013 – VI R 6/12, BStBl. II 2015, 180 Rz. 16; alle betr. Ausbildungskosten). Anders ist dies allerdings zu beurteilen, wenn die Normauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber einen Lebensbereich spezialgesetzlich den SA zugewiesen hat (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, soll sich der Vorrang der WK dahingehend auswirken, dass die Aufwendungen insgesamt als WK abziehbar sind, ohne dass es auf den Höchstbetrag der Nr. 7 ankommt (BFH v. 18.4.1996 – VI R 54/95, BFH/NV 1996, 740, unter 4.: Aufwendungen einer Doktorandin, die sowohl ihrer Dissertation als auch ihrer ArbN-Tätigkeit an einer Universität dienen; uE nicht zwingend). Umgekehrt hat das FG Köln (FG Köln v. 6.2.2014 – 10 K 2733/10, EFG 2014, 1086, rkr.) – uE ebenfalls sehr weitgehend – entschieden, die Begrenzung des WK-Abzugs für die Nutzung einer eigenen Wohnung im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung könne nicht dadurch unterlaufen werden, dass für dieselbe Wohnung ein Abzugsbetrag nach § 10f geltend gemacht wird.

**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; BFH v. 10.6.1986 – IX R 11/86, BStBl. II 1986, 894, unter 2.; beide zum Zusammentreffen von Begrenzungen beim WK-Abzug von Schulzinsen mit dem früheren SA-Tatbestand für Schulzinsen).

**Abzug „wie“ Betriebsausgaben/Werbungskosten:** Für diese Kategorie fehlt es seit VZ 2012 an einem Anwendungsbereich. Dieser Teil des Eingangssatzes des Abs. 1 trägt der von 2006 bis 2011 geltenden Rechtslage Rechnung, indem auch solche Aufwendungen für vorrangig gegenüber den SA-Tatbeständen erklärt werden. Ab VZ 2006 war in § 4f und § 9 Abs. 5 für Kinderbetreuungskosten die damals neue Kategorie „Abzug wie Betriebsausgaben/Werbungskosten“ eingeführt worden. Diese Regelungen wurden zum VZ 2009 in § 9c Abs. 1 überführt. Ab VZ 2012 ist der Abzug von Kinderbetreuungskosten einheitlich in Abs. 1 Nr. 5 geregelt; die Kategorie „wie Betriebsausgaben/Werbungskosten“ gibt es seitdem nicht mehr.

Einstweilen frei.

46–49

## II. Beiträge für die Altersvorsorge (Abs. 1 Nr. 2)

**Schrifttum Grundsatzfragen vor Inkrafttreten des AltEinkG:** 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; VON 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.

**Literatur zum Inkrafttreten des AltEinkG:** BRALL/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; BRALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Abschlussbericht der Rentenkommission – Kritik und Lösungsvorschläge, *DRV* 2003, 465; BRALL/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 vorwegentstandene (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; BRALL/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, Heidelberg/München/Berlin 2004; EISGRUBER, Die Änderung der Einkommensteuer durch das Alterseinkünftegesetz, in KNOLL, *Das Alterseinkünftegesetz und steuerliche Einzelthemen*, München 2004, 1; 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*, *KÖSDI* 2004, 14360; MARX, Wesentliche Steueränderungen durch das Alterseinkünftegesetz, *StuB* 2004, 717; MELCHIOR, *Das Alterseinkünftegesetz im Überblick*, *DStR* 2004, 1061; MESSNER, *Alterseinkünftegesetz*, *AktStR* 2004, 393; MITTELSTEN SCHEID, Reform der Altersbesteuerung, Berlin 2004; MYBEN, *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 und 1383; RULAND, Zur Neuordnung der steuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, in OSTERLOH/K. SCHMIDT/WEBER (Hrsg.), *Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung*, *FS Peter Selmer*, Berlin 2004, 889; SCHNEIDER, Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, *StWa* 2004, 151; WAGNER-JUNG, Die neue Rentenbesteuerung nach dem Alterseinkünftegesetz, Nürnberg 2004; WEBER-GRELLET, *Das Alterseinkünftegesetz*, *DStR* 2004, 1721; WELLING/SCHNITTKER, 12. Berliner Steuergespräch: „Das Alterseinkünftegesetz“, *FR* 2004, 1353; BALKE, Rentenversicherungsbeiträge als vorab veranlasste Werbungskosten unbeschränkt abziehbar, *FR* 2005, 1143; 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, Altersvorsorgeauf-

wendungen als Werbungskosten? – Eine Diskussion aus steuersystematischer Sicht, DStR 2005, 1921; KREFT, Nochmals: Rentenversicherungsbeiträge 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 Altersversorgung durch das Alterseinkünftegesetz, DB 2005, Beilage 2; NÜSSGENS, Das Alterseinkünftegesetz – ein erster Überblick, Inf. 2005, 535; PAUS, Die kreditfinanzierte Altersvorsorgerente, DStZ 2005, 554; 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, Beilage 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; MYBEN, Private Altersvorsorge – Soziale Absicherung contra selbstverantwortlicher Altersvorsorge, DStJG 26 (2006), 249; PREIBER/SIEBEN, Alterseinkünftegesetz, Freiburg/Berlin/München, 3. Aufl. 2006; 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.

**Neuere Literatur:** 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; KILLAT-RISTHAUS, Einkommensteuerrechtliche Behandlung von Vorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, DB 2010, 2304; SUTTNER/WIEGARD, Altersvorsorge und Besteuerung: Lohnt sich die Rürup-Rente?, StuW 2012, 3; SCHREHARDT, Reform der geförderten privaten Altersversorgung durch das Altersvorsorge-Verbesserungsgesetz, DStR 2013, 1240; SCHREHARDT, Einkommensteuerrechtliche Behandlung von Vorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, BMF-Schreiben vom 19.8.2013 und 10.10.2013, DStR 2013, 2541; WOLTER, Einkommensteuerrechtliche Behandlung von Vorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, DB 2013, 2646; SPIEKER, Update zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Vorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, DB 2014, 683; SCHREHARDT, Änderungsschreiben des BMF zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Vorsorgeaufwendungen und Altersbezügen und zur steuerlichen Förderung der privaten Altersvorsorge und betrieblichen Altersversorgung, BMF-Schreiben vom 10.1.2014 und 13.1.2014, DStR 2014, 617; MYBEN/MÜLLER, Alterseinkünfte, geförderte Altersvorsorge, Versorgungsausgleich, Änderungen durch das Zollkodex-Anpassungsgesetz, NWB 2015, 905.

## 1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 2

### a) Systematische Einordnung

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

**Zuordnung zu den Sonderausgaben:** Nr. 2 ordnet bestimmte Aufwendungen für die Altersvorsorge – ungeachtet der vollen Besteuerung der späteren Leistungen, die den Beiträgen uE den Charakter von Erwerbsaufwendungen geben (s. Anm. 51) – den SA zu. Dies gilt uneingeschränkt für die Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen, denen die Beiträge zur landwirtschaftlichen Alterskasse und zu den berufsständischen Versorgungseinrichtungen gleichgestellt werden (Nr. 2 Satz 1 Buchst. a, s. Anm. 56 ff.). Beiträge zum Aufbau ei-

50

ner privaten Altersversorgung sind hingegen nur begünstigt, wenn sie die strengen Voraussetzungen nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. b erfüllen (s. Anm. 60 ff.). Regelungen zum Abzug solcher Vorsorgeaufwendungen, die nicht der Altersvorsorge dienen, sind seit VZ 2005 in Nr. 3 (Basis-Kranken- und Pflegeversicherung; s. Anm. 80 ff.), seit VZ 2010 zusätzlich noch in Nr. 3a ausgelagert (sonstige Vorsorgeaufwendungen; s. Anm. 100 ff.).

**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 Steuervergünstigung“ angesehen (BFH v. 12.11.1976 – VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154; BFH 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 Vorsorgeaufwendungen 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 (s. Anm. 51).

**Weitere gesetzliche 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 VU müssen grds. aufsichtsrechtl. im Inland tätig werden dürfen (Abs. 2 Nr. 2, s. Anm. 310). Bei bestimmten Vorsorgeaufwendungen setzt der SA-Abzug die Einwilligung des Stpfl. in die Datenübermittlung voraus (Abs. 2 Sätze 2, 3, Abs. 2a; s. Anm. 315 ff.). 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 Erg. 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 LV-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 zutr. abbildet.



**b) Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten****aa) Rechtslage ab Veranlagungszeitraum 2005**

51

**Gesetzestechisch weiterhin Zuordnung zu den Sonderausgaben:** Der Gesetzgeber hat bei der ab VZ 2005 geltenden Neuregelung der Besteuerung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen durch das AltEinkG an der formellen Zuordnung der Altersvorsorgeaufwendungen zu den SA festgehalten. Ob er sich über die systematischen Konsequenzen der nunmehr grds. vollen StPflicht 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:** Auch der X. Senat des BFH ordnet die Altersvorsorgeaufwendungen mittlerweile „ihrer Rechtsnatur nach“ in erster Linie als vorweggenommene WK zu den Einkünften aus § 22 Nr. 1 ein (BFH v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, unter B.I.2.b aa; BFH v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282, unter B.I.2.b aa; BFH v. 18.11.2009 – X R 9/07, BFH/NV 2010, 412, unter II.2.b; BFH v. 23.11.2016 – X R 41/14, BStBl. II 2017, 773, Rz. 33; hingegen noch offen gelassen in BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420, unter II.5). Die Rspr. akzeptiert aber die in § 10 hinlänglich zum Ausdruck kommende konstitutive Entsch. des Gesetzgebers, diese Aufwendungen den SA zuzuordnen (BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420, unter II.5; BFH v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, unter B.I.2.b bb; BFH v. 16.9.2015 – I R 62/13, BStBl. II 2016, 205 Rz. 17; BFH v. 16.9.2015 – I R 61/13, BFH/NV 2016, 401 Rz. 19 f.; zust. SÖHN, FR 2006, 905; WERNSMANN, DStR 2008, Beihefter zu Heft 17, 37 [46]; FISCHER in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 10 Rz. 15; LINDBERG in FROTSCHER, § 10 Rz. 55b [12/2016]; krit. 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; BFH v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407, unter II.3.c). Dies ist zwischenzeitlich durch das BVerfG bestätigt worden (ausführl. BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801 Rz. 44 ff.; BFH v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, HFR 2016, 829 Rz. 55 ff.). Einsprüche, die am 16.12.2016 noch anhängig waren, sind durch Allgemeinverfügung (ohne gesonderte Einspruchsentscheidung) zurückgewiesen worden (FinMin. NRW v. 16.12.2016 – S 0623 - 8 - V A 2, FR 2017, 259). Für die Praxis ist diese Frage daher geklärt.

**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; HEIDRICH, DStR 2005, 861; ebenso BRALL/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 sei gegenüber der einfachgesetzlichen Zuweisung zu den SA höherrangig); STÜTZEL, DStR 2010, 1545, und die Stellungnahmen zahlreicher Sachverständiger in der Anhörung des FinAussch. (vgl. Prot. FinAussch. 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); FISCHER, FR 2007, 76; dagegen wiederum SÖHN, StuW 2003, 332; dem BFH nur für die Übergangszeit, nicht aber für die Zeit der Vollbesteuerung zust. HEUERMANN, DB 2006, 688; ausführl. und differenzierend MYBEN, DStJG 29 (2006), 249 (269 ff.).

**Stellungnahme:** Zutreffend ist, dass die für VZ bis 2004 ergangene Rspr., die einen WKAbzug ablehnte (s. Anm. 52), auf die seit 2005 geltende Rechtslage nicht übertragbar ist, da ihre Grundlage weggefallen ist. Die damalige 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 – wie auch der BFH mittlerweile anerkennt – ihrer Rechtsnatur nach zu den WK iSd. § 9 Abs. 1 Satz 1 („Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen“).

Gleichwohl ist dem X. Senat des BFH 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 für das Verhältnis zwischen SA und WK ausdrücklich anders; vgl. zu Abs. 1 Nr. 7 BFH v. 27.5.2003 – VI R 33/01, BStBl. II 2004, 884, unter II.1.d, Anm. MIT, DStR 2003, 1612). Die gesetzgeberische Zuweisung zu den SA ist daher einfachgesetzlich zu akzeptieren. Soweit diese Zuweisung aber Rechtsfolgen zum Nachteil des Stpfl. hat (zB nur beschränkte Abziehbarkeit der Altersvorsorgeaufwendungen trotz unbeschränkter StPfl. der späteren Altersbezüge), ist die erforderliche verfassungsrechtl. Prüfung uE am Maßstab des objektiven Nettoprinzips vorzunehmen (s. ausführl. Anm. 330 ff.). Ein (wenn auch eher geringfügiger) Nachteil, den die Zuordnung der Altersvorsorgeaufwendungen zu den SA hat, ist von der Rspr. aber ausdrücklich hingenommen worden: Während Beamte von vornherein niedrigere Bezüge erhalten, erhalten andere ArbN nominell höhere Bezüge, von denen sie dann ihre Vorsorgeaufwendungen leisten. Der Gesamtbetrag der Einkünfte liegt bei anderen ArbN also systembedingt höher als bei Beamten vergleichbarer Einstufung, was zu einer Einschränkung der Abzugsmöglichkeit bei den agB führt. Dies hat die Rspr. aber gebilligt (BFH v. 19.1.2017 – VI R 75/14, BStBl. II 2017, 684, Rz. 25 ff.).

## 52 bb) Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 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) dadurch 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; BFH v. 28.1.1992 – IX R 144/86, BFH/NV 1992, 587; BFH v. 14.5.1998 – X R 38/93, BFH/NV 1999, 163 (betr. zusätzliche Altersvorsorge); BFH v. 18.3.2003 – X B 144/99, BFH/NV 2003, 1048

(betr. Beiträge zu einer Pensionskasse); BFH v. 17.6.2003 – X B 173/02, BFH/NV 2003, 1325 mwN; BFH v. 21.7.2004 – X R 72/01, BFH/NV 2005, 513, unter II.5; BFH v. 6.3.2006 – X B 5/05, BFH/NV 2006, 1091 (Beiträge zu einem Versorgungswerk); ausführl. nochmals BFH v. 8.11.2006 – X R 45/02, BStBl. II 2007, 574; zust. 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; BVerfG v. 31.10.1984 – 1 BvR 100/82, Inf. 1985, 87; BVerfG v. 22.10.1986 – 1 BvR 982/86, Inf. 1987, 70, jeweils betr. Selbständige; BVerfG v. 28.12.1984 – 1 BvR 1472, 1473/84, HFR 1985, 337; BVerfG v. 30.12.1986 – 1 BvR 1053/86, DB 1987, 1560; BVerfG 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 Entsch. als geklärt an (vgl. zB BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 555/07, HFR 2008, 754); der BFH lässt hierzu keine Revisionen mehr zu (BFH v. 17.6.2010 – X B 218/09, BFH/NV 2010, 1633; BFH v. 8.11.2011 – X B 94/11, BFH/NV 2012, 220; BFH v. 7.12.2011 – X B 116/11, BFH/NV 2012, 416; BFH v. 12.6.2012 – X B 51/11, BFH/NV 2012, 1442). Entsprechenden StBescheiden wird kein Vorläufigkeitsvermerk mehr beigefügt (BMF v. 20.6.2008 – IV A 3 – S 0338/07/10010, BStBl. I 2008, 678).

Eine Ausnahme nahmen und nehmen Rspr. und FinVerw. für den Anteil des Auftraggebers von Hausgewerbetreibenden zur gesetzlichen Rentenversicherung vor (s. Anm. 56; 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, 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; RFH v. 9.6.1937, RStBl. 1937, 988; BFH v. 14.3.1958 – VI 41/55 U, BStBl. III 1958, 256; BFH v. 29.10.1962 – IV 298/59, HFR 1963, 103; BFH v. 13.4.1972 – IV R 88, 89/69, BStBl. II 1972, 730; BFH 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 FinMin. 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.

**Werbungskostenabzug für andere Aufwendungen als die Beiträge:** Insbesondere Schuldzinsen für einen Kredit zur Nachentrichtung von Beiträgen zur Rentenversicherung sowie Beratungs- und Prozesskosten in Bezug auf die Altersvorsorge werden allerdings zum WK-Abzug zugelassen (s. ausführl. § 22 Anm. 85 f. mwN; vgl. auch BFH v. 6.5.2010 – VI R 25/09, BStBl. II 2010, 851; Beratungskosten für die Freistellung von der Rentenversicherungspflicht als WK zu § 19).

53 **c) Historische Einordnung**

Die Möglichkeit des Abzugs von Vorsorgeaufwendungen, insbes. 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 (ua. 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 bis zum VZ 2025 reichenden Übergangszeit mit weit größeren Beträgen als zuvor abziehbar sein werden. Diejenigen Vorschriften, die sonstige Vorsorgeaufwendungen betreffen, wurden in Abs. 1 Nr. 3 überführt.

54 **d) Verfassungsmäßigkeit**

Zur Verfassungsmäßigkeit der Zuordnung dieser Beiträge zu den SA s. Anm. 51 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 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).

55 Einstweilen frei.

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

56 **a) Gesetzliche Rentenversicherungen**

**Zum Begriff der Beiträge** und zu sonstigen versicherungsrechtl. Begriffen s. Anm. 82.

**Die gesetzliche Rentenversicherung** gliedert sich seit der mW 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 Rechts-

VO aufgrund von § 160 SGB VI festgesetzt. Der Beitragssatz in der allgemeinen Rentenversicherung beträgt im Jahr 2018 18,6 %, der Beitragssatz in der knappschaftlichen Rentenversicherung liegt jeweils höher (2018: 24,7 %). Die Beitragsbemessungsgrenze (West) liegt für 2018 bei 78 000 €; in den neuen Bundesländern bei 69 600 €. In der knappschaftlichen Rentenversicherung ist die Beitragsbemessungsgrenze höher. Die Beiträge für ArbN werden grds. von den Versicherten und ihren ArbG je zur Hälfte getragen (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI). Für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse gelten Besonderheiten.

**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 (Abs. 1 Nr. 2 Satz 4; s. Anm. 75). 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 Erg. keinen SA-Abzug (Abs. 1 Nr. 2 Satz 6, 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 – III 322/64, 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 SonderBE nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (BFH v. 19.10.1970 – GrS 1/70, BStBl. II 1971, 177; BFH v. 8.4.1992 – XI R 37/88, BStBl. II 1992, 812; BFH 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 durch interne oder externe Teilung (Übertragung oder Begründung von Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung) vorgenommene Versorgungsausgleich wirkt sich estl. nicht aus; es handelt sich um Verschiebungen auf der Vermögensebene (§ 3 Nr. 55a, 55b enthalten insoweit klarstellende StBefreiungen). 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; zur Problematik s. auch Anm. 291). Wird im Fall des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs ausnahmsweise die vorzeitige Abfindung der künftigen Ausgleichsansprüche des Ausgleichsberechtigten angeordnet, indem der Ehegatte mit den höheren Versorgungsansprüchen zur Zahlung von Beiträgen in eine Rentenversicherung zugunsten des anderen Ehegatten verpflichtet wird (§ 23 VersAusglG, § 1587f BGB aF), 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; s. auch Anm. 285).

**Hausgewerbetreibende** 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 BE des Hausgewerbetreibenden dar. FinVerw. und Rspr. lassen es zu, dass der Hausgewerbetreibende diesen Beitragsanteil nicht als SA, sondern als BA behandelt.

Die Rspr. hat dies zunächst für Fälle entschieden, in denen der Hausgewerbetreibende die Beiträge selbst abführt (§ 28m SGB IV) und sie ihm dann vom Auftraggeber ersetzt werden. Bei einem bilanzierenden Hausgewerbetreibenden soll sich der Erhalt und die Abführung des Anteils des Auftraggebers weder auf der Einnahmen- noch auf der Ausgabenseite auswirken (BFH v. 20.7.1982 – VIII R 143/77, BStBl. II 1983, 196, unter I.). Ermittelt der Hausgewerbetreibende 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.; BFH v. 4.8.1982 – I R 101/77, BStBl. II 1983, 200). Die FinVerw. hat die Erg. 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).

Diese Sachbehandlung steht uE nicht mit der ansonsten streng durchgehaltenen Rspr. in Einklang, wonach Altersvorsorgeaufwendungen für Zeiträume bis VZ 2004 keine BA darstellen (s. Anm. 52). Bei Zugrundelegung der Auffassung von FinVerw. und Rspr. müssten die späteren Auszahlungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung bei Hausgewerbetreibenden zudem zur Hälfte nachträgliche BE 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. Die ältere Rspr. hat zur Begründung den Vorrang der jeweiligen Spezialvorschriften für die stl. Begünstigung hauswirtschaftlicher Beschäftigungsverhältnisse angeführt (BFH v. 20.10.1961 – VI 137/61 U, BStBl. III 1961, 567). 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: „eigene Altersvorsorge“) Beiträge, die der Stpfl. zwar kraft eigener rechtl. Verpflichtung zahlt, die aber im Erg. Dritten zugutekommen, nicht vom Abzug aus. Zudem wird auch bei anderen Versicherungssparten (zB Krankenversicherung) der SA-Abzug nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beiträge Dritten zugutekommen (ebenso BROCKHOFF, BB 1961, 635).

**Beiträge an ausländische gesetzliche Rentenversicherungen** sind ebenfalls erfasst (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 4). Ansonsten liefe der in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c ohne räumliche Beschränkung zugelassene Abzug an Sozialversicherungsträger insoweit leer. In Bezug auf die Schweiz sind die Beiträge zur Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) sowie zur Invaliditätsversicherung (IV) erfasst; ferner die in das sog. Obligatorium einer privaten Pensionskasse geleisteten Beiträge (BFH v. 26.11.2014 – VIII R 39/10, BStBl. II 2016, 665, Rz. 82; BFH v. 2.12.2014 – VIII R 40/11, BStBl. II 2016, 675, Rz. 58 ff.; BMF v. 27.7.2016 – IV C 3 - S 2255/07/10005:004, BStBl. I 2016, 759, Rz. 5, 19). Beiträge in das sog. Überobligatorium können bei Versicherungsverhältnissen, die bereits am 31.12.2004 bestanden haben, uE unter die Übergangsregelung des Nr. 3a Halbs. 2 fallen; nach Auffassung der FinVerw. sind sie jedoch gar nicht abziehbar (BMF v. 27.7.2016 – IV C 3 - S 2255/07/10005:004, BStBl. I 2016, 759, Rz. 27).

**b) Landwirtschaftliche Alterskasse**

57

Rechtsgrundlage für die Entrichtung von Beiträgen zur landwirtschaftlichen Alterskasse 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. Träger ist seit Inkrafttreten des LSV-NOG v. 12.4.2012 (BGBl. I 2012, 579) die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau als landwirtschaftliche Alterskasse.

Derartige Beiträge waren bis VZ 2004 nicht in Nr. 2 Buchst. a<sup>F</sup> erwähnt. Die ausdrückliche Aufnahme in den Gesetzeswortlaut ist aber lediglich klarstellend; entsprechende Beiträge wurden auch zuvor unter den Begriff der „gesetzlichen Rentenversicherung“ gefasst (so zutr. 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 Satz 1 Nr. 1 nicht als SA abgezogen werden (glA HUTTER in BLÜMICH, § 10 Rz. 193 [9/2016]). Zur Ermittlung des abziehbaren Höchstbetrags in diesen Fällen s. Anm. 357.

**c) Berufsständische Versorgungseinrichtungen**

58

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

**Berufsständische Versorgungseinrichtungen** werden in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI definiert als öffentlich-rechtl. Versicherungseinrichtung oder Versorgungseinrichtung einer Berufsgruppe. Sie sind von vielen freien Berufen und solchen Berufsgruppen, die den freien Berufen nahe stehen, errichtet worden (zB Ärzte-, Apotheker-, Architekten-, Anwalts-, Journalisten- und Steuerberater-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:** Dies ist Voraussetzung für den Abzug von Beiträgen zu einer berufsständischen Versorgungseinrichtung. Für die Vergleichbarkeit kommt es auf Art und Funktion der Leistungen an; maßgebend ist die Basisversorgung der gesetzlichen Rentenversicherungen (BFH v. 15.5.2013 – X R 18/10, BStBl. II 2014, 25, Rz. 14f.). 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 Reha-

bilitationsleistungen 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. Lebensjahres (ab 2012: 62. Lebensjahres) einräumt (MYBEN, NWB F. 3, 13095 [13103]). Erst recht gilt dies, wenn das Versorgungswerk nur Zusatzrenten erbringt, aber keine Vollrenten, die die gesetzliche Rentenversicherung ersetzen könnten (zutr. BFH v. 15.5.2013 – X R 18/10, BStBl. II 2014, 25; Versorgungsanstalt der Bezirksschornsteinfegermeister; Nds. FG v. 29.5.2013 – 3 K 12050/12, EFG 2013, 1494, rkr.: VBL). Die FinVerw. hat eine Liste der Versorgungseinrichtungen veröffentlicht, die „vergleichbare“ Leistungen erbringen (BMF v. 8.7.2014 – IV C 3 - S 2221/07/10037/005, BStBl. I 2014, 1098).

**Kapitaldeckung nicht erforderlich:** Bei Beiträgen zu berufsständischen Versorgungseinrichtungen kommt es – anders als bei der privaten Altersvorsorge (s. Anm. 62) – 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. 62).

59 Einstweilen frei.

### 3. Beiträge zum Aufbau einer kapitalgedeckten Altersversorgung (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b)

#### 60 a) Rechtsentwicklung und Bedeutung der Regelungen zur kapitalgedeckten Altersversorgung

Beiträge zum Aufbau einer eigenen (privaten) kapitalgedeckten Altersversorgung sind nur dann nach Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b abziehbar, wenn der mit dem Anbieter geschlossene Vertrag den besonderen Anforderungen dieser Vorschrift genügt (sog. Rürup-Rente). Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, können Beiträge zu Altersvorsorgeprodukten gar nicht und Beiträge zu Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsversicherungen nur in den engen Grenzen des Abs. 1 Nr. 3a iVm. Abs. 4 abgezogen werden.

**Rechtsentwicklung:** Die Regelung wurde mW ab VZ 2005 durch das Alt-EinkG 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 mW für Verträge, die ab 2012 neu abgeschlossen werden, das Mindestalter für den Bezug von sog. Rürup-Renten um zwei Jahre angehoben (s. Anm. 63). Mit dem JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) wurde das Wahlrecht für geringfügig Beschäftigte geschaffen (heute Nr. 2 Satz 5; s. Anm. 76). Das AltvVerbG v. 24.6.2013 (BGBl. I 2013, 1667; BStBl. I 2013, 790) hat mW ab VZ 2014 zahlreiche sprachliche Präzisierungen und eine Erweiterung für reine Berufsunfähigkeitsversicherungen gebracht. Das ZollkodexAnpG v. 22.12.2014 (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58) hat die Regelungen über die unschädliche Abfindung von Kleinbetragsrenten (Nr. 2 Sätze 3 und 4) eingefügt.



**Sinn und Zweck der Regelung:** Die strengen Anforderungen für den Abzug von Beiträgen zur privaten Altersvorsorge bezwecken – uE zu Recht –, solche Sparformen von der Förderung auszuschließen, 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 Erg. soll eine weitgehende Angleichung an den Charakter der Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht werden.

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. abzehbaren Aufwendungen darstellen, weil mit ihnen keine Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verbunden ist (ähnlich WEBER-GRELLET, DStR 2004, 1721 [1724 Fn. 30]; FISCHER, Prot. FinAussch. 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 ff.) 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 umso 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, sog. 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 solange vom Abschluss einer eigenen kapitalgedeckten Altersvorsorge abgeraten werden, wie der in Abs. 3 genannte Prozentsatz noch deutlich unterhalb von 100 % liegt.

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 häufig günstiger ist (s. Anm. 400 ff.; ausführl. DOMMERMUTH/HAUER, FR 2005, 57). Nach Ablauf der Übergangszeit ist die nach Buchst. b geförderte Altersvorsorge hingegen im Vergleich zu anderen Altersvorsorgeprodukten (zB Kapitallebensversicherung) als vorteilhaft anzusehen (Formeln bei SUTTNER/WIEGARD, StüW 2012, 3).

**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 – korrespondie-

rend 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.

61 Einstweilen frei.

**b) Voraussetzungen für die Begünstigung kapitalgedeckter Altersversorgungen**

62 **aa) Beiträge des Steuerpflichtigen zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung**

Zu den Einzelvoraussetzungen der sog. Rürup-Rente s. ausführlich auch BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 10-55; MYBEN, NWB F. 3, 13095; GOVERTS/KNOLL, DStR 2005, 946; NIEMANN/RISTHAUS, DB 2005, Beilage 2.

**Zertifizierung durch Grundlagenbescheid erforderlich:** Ob die in Nr. 2 Buchst. b genannten und in Anm. 62-66 erläuterten 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 sog. Altersvorsorgeprodukt (§ 5a AltZertG); die Zertifizierung gilt als Grundlagenbescheid (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1; s. Anm. 315). Die Zertifizierungen sowie deren Rücknahmen werden im BStBl. I veröffentlicht (§ 10 AltZertG).

**Eigene Altersversorgung:** Der Stpfl. muss Beiträge zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung leisten (zur eigenen Belastung s. Anm. 37). Beiträge, die im wirtschaftlichen Erg. Dritten zugutekommen, fallen nicht unter Buchst. b (zB wenn unterhaltspflichtige Ehegatte nach Trennung der Eheleute einen Rürup-Vertrag zugunsten des unterhaltsberechtigten Ehegatten abschließt und die Beiträge leistet). Insoweit unterscheidet sich diese Regelung von der bis VZ 2004 geltenden Begünstigung von LV-Verträgen, bei der es nicht darauf ankam, ob Bezugsberechtigter der Stpfl. selbst oder ein Dritter war (s. Anm. 121). Die Zulässigkeit der ergänzenden Absicherung von Hinterbliebenen (s. Anm. 64) stellt die einzige gesetzliche Ausnahme von dieser Voraussetzung dar.

**Kapitaldeckung:** Die Begünstigung setzt ferner die Anwendung des Kapitaldeckungsverfahrens voraus (BFH v. 15.5.2013 – X R 18/10, BStBl. II 2014, 25, Rz. 23 ff.: auch keine analoge Anwendung auf umlagefinanzierte Altersversorgungssysteme). 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 Langlebigkeitsrisikos 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 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.

**Betriebliche Altersversorgung:** Sind die in Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b genannten Voraussetzungen erfüllt, fallen auch Beiträge, die im Rahmen einer be-

trieblichen Altersversorgung (zB Pensionsfonds, Pensionskassen, Direktversicherungen) geleistet werden, unter diese Vorschrift (s. näher BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 13).

### bb) Altersrente als Regelleistung

63

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 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. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 21 f.; ausführl., 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 in der Höhe der monatlichen Beträge, die auf der unterschiedlichen Höhe von Überschussanteilen beruhen, sind allerdings zulässig (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 18). Außerdem lässt Satz 3 Alt. 1 ab VZ 2015 die Zusammenfassung von zwölf Monatsleistungen zu einer Jahreszahlung zu (s. Anm. 66).

► *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. 85). Dies eröffnet in der Übergangszeit günstige Gestaltungsmöglichkeiten (s. auch WREDE, Schmollers Jahrbuch 123 [2003], 579; PAUS, DStZ 2004, 760; FISCHER/HOBERG, DB 2005, 1285; zur kreditfinanzierten Rürup-Rente PAUS, DStZ 2005, 554): So kann ein Gewerbetreibender, der im Jahr 2005 einen Vertrag über eine nach Buchst. b begünstigte, sofort 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 Erstjahres zu (nach den Verhältnissen des Jahres 2018 beträgt die Abzugsquote 86 % und die Besteuerungsquote 76 %). 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 62. Lebensjahr (bis VZ 2011: 60. Lebensjahr) bereits vollendet haben, da ein Rentenbeginn auf einen früheren Zeitpunkt ausgeschlossen ist.

**Beginn der Auszahlungen nicht vor Vollendung des 62. Lebensjahres:** Die Auszahlung der Rente darf nicht vor Vollendung des 62. Lebensjahres beginnen. Bei Verträgen, die vor dem 1.1.2012 geschlossen wurden, ist auch ein Rentenbeginn ab dem 60. Lebensjahr zulässig (Abs. 6 Satz 1); wird die Versicherungssumme bzw. der zu zahlende Beitrag für einen solchen Altvertrag nach dem 1.1.2012 erhöht, bleibt der gesamte Vertrag begünstigt, auch wenn er weiterhin einen Rentenbeginn ab dem 60. Lebensjahr vorsieht (BMF v. 6.3.2012 – IV C 3 - S 2220/11/10002, BStBl. I 2012, 238). Dieses Merkmal schließt einen frühzeitigen Rentenbeginn – insbes. die sich angesichts der nicht abgestimmten Übergangsregelung (dazu ausführl. Anm. 337 ff.) aufdrängende Gestaltung einer sofort beginnenden sog. Rürup-Rente für Personen, die das 62. bzw. 60. Lebensjahr noch nicht erreicht haben, 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 62 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). In Übergangsfällen gilt auch hier die frühere Altersgrenze von 60 Jahren (§§ 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. Lebensjahres auf die Vollendung des 67. Lebensjahres hinausgeschoben (§ 35 SGB VI), sondern auch den frühestmöglichen Renteneintritt bei neu (ab VZ 2012) abgeschlossenen sog. 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.

64 cc) **Ergänzende Absicherung der Berufsunfähigkeit, verminderten Erwerbsfähigkeit oder von Hinterbliebenen (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa Satz 1 Halbs. 2)**

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 62. Lebensjahres. 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). Diese Definition ist zwischenzeitlich in § 2 Abs. 1a AltZertG übernommen worden, so dass in privaten Altersvorsorgeverträgen nur noch in Randbereichen abweichende Definitionen vereinbart werden können (zu Einzelheiten vgl. SCHREHARDT, DStR 2013, 1240 [1242]).

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 Pförtner tätig sein könnte.

**Hinterbliebenenrenten:** Hier handelt es sich um eine Ausnahme sowohl vom Gebot, die Beiträge zum Aufbau einer „eigenen“ Altersversorgung zu verwenden (s. Anm. 62), als auch vom Verbot der Vererblichkeit und Übertragbarkeit (s. Anm. 65). Das Gesetz begünstigt als Hinterbliebene nur den Ehegatten des Stpfl. (gem. § 2 Abs. 8 auch eingetragene Lebenspartner, nicht aber den Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft) und solche Kinder, für die der Stpfl. Anspruch auf Kindergeld oder einen Kinderfreibetrag hat (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. aa Satz 2). Der Anspruch eines Kindes auf Waisenrente muss spätestens enden, wenn das Kind nicht mehr die Voraussetzungen für die Berücksichtigung als Kind iSd. § 32 erfüllt (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppel-

buchst. aa Satz 3). 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 des Übersteigens der (allerdings nur bis VZ 2011 relevanten) Grenze für die eigenen Einkünfte und Bezüge des Kindes ist unschädlich (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 44 Satz 2).

Mit dem StÄndG 2007 v. 19.7.2006 (BGBl. I 2006, 1652; BStBl. I 2006, 432) wurde die Altersgrenze für den Bezug von Kindergeld mW 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. 32 Satz 3; dazu TAUSCH/PLENKER, DB 2006, 1512 [1517]).

**Ergänzende Absicherung:** 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. 3a (zutr. BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Tz. 38 ff., mit ausführl. 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 soll gelten, wenn eine Hinterbliebenenrente erst nach Vollendung des 60. Lebensjahres (bei Vertragsschluss ab 2012 wohl: 62. Lebensjahres) des Hinterbliebenen ausgezahlt werden kann (OFD Frankfurt v. 17.5.2006 – S 2221A - 101 - St 218, DB 2006, 1347; uE nicht zwingend). Seit VZ 2014 sind allerdings auch bestimmte reine Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsversicherungen (ohne Ergänzung zu einer Altersversorgung) nach Nr. 2 begünstigt (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb; s. Anm. 65).

#### dd) Alleinige Absicherung der Berufsunfähigkeit oder verminderten Erwerbsfähigkeit (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. bb ab Veranlagungszeitraum 2014) 65

Mit Wirkung ab VZ 2014 (§ 52 Abs. 23h EStG 2014) hat der Gesetzgeber die Möglichkeit des Abzugs von Beiträgen zu Versicherungen zur Absicherung des Eintritts der Berufsunfähigkeit oder verminderten Erwerbsfähigkeit erweitert (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. bb).

**Begriff der Erwerbsminderung:** Diese Definition findet sich nicht in § 10 EStG, sondern in § 2 Abs. 1a Nr. 1 AltZertG; sie lehnt sich an die Regelungen des SGB VI an. Danach liegt eine teilweise Erwerbsminderung vor, wenn ärztlich prognostiziert wird, dass der Stpfl. wegen Krankheit, Körperverletzung oder Behinderung voraussichtlich für mindestens zwölf Monate außerstande sein wird, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens sechs Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Eine volle Erwerbsminderung ist bei fehlender Fähigkeit zu einer täglich mindestens dreistündigen Erwerbstätigkeit gegeben. Für den Begriff der Berufsunfähigkeit gibt es weder im EStG noch im AltZertG eine Definition; die Parteien des Basisrentenvertrags sind hier in der Vertragsgestaltung freier.

**Weitere Voraussetzungen:** Auch hier darf der Vertrag nur die Zahlung einer monatlichen, auf das Leben des Stpfl. bezogenen lebenslangen Leibrente vorsehen (Einzelheiten s. Anm. 63). Der Vertrag darf nur Versicherungsfälle abdecken, die bis zur Vollendung des 67. Lebensjahres eintreten. Als Ausnahme vom Erfordernis lebenslanger Zahlungen sieht Satz 2 allerdings vor, dass der Vertrag die Beendigung der Rentenzahlung wegen eines medizinisch begründeten Wegfalls der Berufsunfähigkeit oder verminderten Erwerbsfähigkeit vorsehen kann. Die Höhe der zugesagten Rente kann bei Stpfl., die das 55. Lebensjahr vollendet haben, von deren Alter bei Eintritt des Versicherungsfalles abhängig gemacht werden (Abs. 1 Nr. 2 Satz 3). Trotz dieser Erleichterungen wird das Erfordernis einer lebenslangen Rentenzahlung bewirkt, dass die nach Doppelbuchst. bb begünstigten Produkte wesentlich höhere Prämien aufweisen werden als die bisher angebotenen Berufs- oder Berufsunfähigkeitsverträge, bei denen die Rentenzahlung idR mit dem Eintreten der Altersversorgung endet (zutr. SCHREHARDT, DStR 2013, 1240 [1242]; SCHREHARDT, DStR 2014, 617 [619]).

**Kapitaldeckung:** Eine solche ist (im Gegensatz zu Altersvorsorgeverträgen iSd. Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa) nach dem Gesetzeswortlaut nicht erforderlich. Dies ist uE systematisch und rechtspolitisch wenig sinnvoll, dürfte in der Praxis aber keine Bedeutung haben, weil entsprechende privatwirtschaftliche Versicherungsprodukte stets kapitalgedeckt sind.

#### 66 ee) Verbot der Übertragung, Beleihung und Kapitalisierung (Abs. 1 Nr. 2 Sätze 2 bis 5)

**Verbot der Vererblich-, Übertragbar-, Beleihbar- und Veräußerbarkeit (Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Alt. 1 bis 4):** Alle genannten Ansprüche (dh. sowohl auf die Altersrente als auch auf die ergänzenden Renten nach Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa bzw. die eigenständigen Berufsunfähigkeits- bzw. Erwerbsminderungsrenten nach Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. bb; sowohl die Anwartschaften als auch die Rentenansprüche) dürfen weder vererblich noch übertragbar, beleihbar oder veräußerbar sein. Aus der fehlenden Übertragbarkeit folgt auch die fehlende Pfändbarkeit der Ansprüche (§ 851 Abs. 1 ZPO).

► *Zweck:* Das Verbot der Übertragung, Beleihung und Veräußerung soll sicherstellen, dass die Versorgungsansprüche dem Stpfl. selbst in Form monatlicher Zahlungen zugutekommen, 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 zugutekommen zu lassen. Die Möglichkeit einer ergänzenden Absicherung von Hinterbliebenen stellt insoweit eine (sinnvolle) Ausnahme dar. Auch die Vereinbarung einer Rentengarantiezeit (Mindestrentenzeit) ist mit dem Verbot der Vererblichkeit unvereinbar (zutr. BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 25).

► *Vergleich mit Ansprüchen aus der gesetzlichen Rentenversicherung:* Die in Satz 2 enthaltenen Einschränkungen entsprechen 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 sog. Rürup-Rente sind daher in dieser Beziehung strenger als die der gesetzlichen Rentenversicherung.

► *Ausnahme:* Die FinVerw. lässt eine Übertragbarkeit zur Regelung von Scheidungsfolgen zu (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 30; vgl. für die „Riester-Rente“ die gesetzliche Regelung des § 93 Abs. 1a).

**Verbot der Kapitalisierbarkeit (Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Alt. 5):** Die genannten Ansprüche dürfen zudem nicht kapitalisierbar sein. 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.

**Zusammenfassung von Monatsleistungen (Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 Alt. 1):** Die Begünstigung von Beiträgen, die auf einen Vertrag zur privaten kapitalgedeckten Altersversorgung geleistet werden, setzt gem. Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa und bb eigentlich voraus, dass der Vertrag die monatliche Auszahlung der späteren Altersbezüge vorsieht (s. Anm. 63). Abweichend hiervon lässt Satz 3 Alt. 1 ab VZ 2015 die Begünstigung der Beiträge unberührt, wenn der Vertrag vorsieht, dass bis zu zwölf Monatsleistungen in einer Auszahlung zusammengefasst werden. Dies soll unnötigen Aufwand für die Auszahlung von Kleinstbeträgen vermeiden (BTDrucks. 18/3017, 44), gilt aber unabhängig von der Höhe der Monatsbeträge. Für die sog. Riester-Rente galt eine solche Regelung schon vor der Einfügung des Satzes 3 (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a Alt-ZertG).

**Abfindung von Kleinbetragsrenten (Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 Alt. 2, Satz 4):** Als Ausnahme vom Verbot der Kapitalisierung lässt Satz 3 Alt. 2 ab VZ 2015 zu, dass Kleinbetragsrenten abgefunden werden können. Für die maßgebende Betragsgrenze wird auf § 93 Abs. 3 Satz 2 verwiesen. Danach darf die monatliche Rente 1 % der monatlichen Bezugsgröße des § 18 SGB IV nicht übersteigen. Die monatliche Bezugsgröße ist für 2018 auf 3045 € (West) bzw. 2695 € (Ost) festgesetzt worden (§ 2 Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2018 v. 16.11.2017, BGBl. I 2017, 3778). Die Betragsgrenze für abfindungsfähige Kleinbetragsrenten beläuft sich daher gegenwärtig auf monatlich 30,45 € (West) bzw. 26,95 € (Ost). Dabei sind alle bei einem Anbieter bestehenden Verträge des Stpfl. zusammenzurechnen, allerdings getrennt nach Doppelbuchst. aa und bb (Abs. 1 Nr. 2 Satz 4). Die FinVerw. hatte eine solche Abfindung von Kleinbetragsrenten schon vor der gesetzlichen Regelung zugelassen (BMF v. 19.8.2013 – IV C 3 - S 2221/12/10010:004, BStBl. I 2013, 1087 Rz. 30). Sie will die Abfindung allerdings erst ab Beginn der Auszahlungsphase zulassen (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 34); uE gibt es für die Übertragung dieser (aus § 93 Abs. 3 Satz 1 entlehnten) Einschränkung auf die Fälle der Nr. 2 keine Rechtsgrundlage, da Nr. 2 Satz 3 nur auf § 93 Abs. 3 Satz 2, nicht aber auf Satz 1 dieser Regelung verweist.

Interessenvertreter drängen darauf, dass der Gesetzgeber darüber hinaus – entsprechend der ab 1.1.2005 geltenden Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Alt-ZertG für die sog. Riester-Rente – eine teilweise Kapitalauszahlung von 30 % des zu Beginn der Auszahlungsphase zur Verfügung stehenden Kapitals zulässt. Systemgerecht wäre dies nicht, da in den anderen Versorgungssystemen (gesetzliche Rentenversicherung, Beamtenversorgung, berufsständische Versorgungswerke) eine solche Teilkapitalisierung nicht vorgesehen ist.

**Keine andere Auszahlungsform (Abs. 1 Nr. 2 Satz 5):** Neben den genannten Auszahlungsformen (laufende monatliche Zahlung nach Satz 1, Zusammenfas-

sung von zwölf Einzelzahlungen nach Satz 3 Alt. 1, Abfindung von Kleinbetragsrenten nach Satz 3 Alt. 2) darf kein weiterer Anspruch auf Auszahlungen bestehen (Satz 5). Die im Gesetz genannten Auszahlungsformen sind daher abschließend.

67–74 Einstweilen frei.

#### 4. Hinzurechnung steuerfreier Arbeitgeberanteile oder -zuschüsse (Nr. 2 Sätze 6 und 7)

##### 75 a) Grundsatz: Hinzurechnung der Arbeitgeberleistungen (Abs. 1 Nr. 2 Satz 6)

Gemäß Nr. 2 Satz 6 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 Satz 1 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.

**Künstlersozialkasse:** 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 (so wohl auch BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 3).

##### 76 b) Wahlrecht bei Rentenversicherungsbeiträgen für geringfügig Beschäftigte (Abs. 1 Nr. 2 Satz 7)

Der ab VZ 2008 anwendbare Satz 7 bestimmt, dass die (gem. Satz 6 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; s. Anm. 359). Der in Satz 7 enthaltene Verweis auf den ursprünglichen Satz 2 (heute Satz 6) war durch die zwischenzeitliche Einfügung weiterer Sätze fehlerhaft geworden und ist erst durch das BetriebsrentenstärkungsG korrigiert worden. Der Verweis war aber immer in diesem Sinne auszulegen, da es sich um ein offensichtliches Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelte.

**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 Privathaushalten einen Bei-



trag 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 Abs. 1 Nr. 2 Satz 7 eingeräumten Wahlrechts:** Der BRat (BTDrucks. 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 6 aber gleichwohl aufgrund der Wirkungsweise des Übergangsfaktors (Abs. 3 Sätze 4, 6) im Erg. 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 zutr. 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 Nr. 2 Satz 7 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.

77–79

### III. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3)

**Schrifttum:** KOTTKE, Versicherungsprämien und Versicherungsleistungen, DStZ 1987, 585; WESSELBAUM-NEUGEBAUER, Steuerliche Berücksichtigung von Sozialversicherungsbeiträgen, FR 2007, 911; DOMMERMUTH/HAUER, Auswirkungen des Bürgerentlastungsgesetzes auf die Vorsorgeaufwendungen im Einkommensteuerrecht, DB 2009, 2512; GATZEN, Verbesserte Abzugsfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen, EStB 2009, 436; 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; MYBEN/WOLTER, Neuordnung des Sonderausgabenabzugs für sonstige Vorsorgeaufwendungen, NWB 2009, 2313; RISTHAUS, Neuregelung zum Sonderausgabenabzug für Krankenversicherungsbeiträge, DStZ 2009, 669; WERNSMANN, Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung, NJW 2009, 3681; GRIEMLA, Abziehbarkeit von Krankenversicherungsbeiträgen an Drittstaatenversicherungsunternehmen, FR 2011, 1147; GRÜN, Neuerungen im BMF-Schreiben zur Behandlung von Vorsorgeaufwendun-

gen und Altersbezügen, NWB 2013, 2914; GERAUER, Bonusleistungen einer gesetzlichen Krankenkasse, NWB 2016, 3370; HOHLBEIN/MÜLLER, Bonuszahlungen einer gesetzlichen Krankenversicherung, NWB 2016, 2266.

### 1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 3

#### 80 a) Systematische Einordnung

**Regelungsinhalt:** Abs. 1 Nr. 3 enthält die Voraussetzungen für den Abzug von Beiträgen zu Krankenversicherungen und den gesetzlichen Pflegeversicherungen. Die mW ab VZ 2010 vorgenommene 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. der Höhe nach unbeschränkt abziehbar (Abs. 4 Satz 4). Die Abziehbarkeit aller anderen Vorsorgeaufwendungen (mit Ausnahme der durch Nr. 2 erfassten Altersvorsorgeaufwendungen) ist dem Grunde nach in Abs. 1 Nr. 3a geregelt, die Höhe des Abzugs folgt hier aus Abs. 4 Sätze 1–3.

**Abgrenzung zu Betriebsausgaben und Werbungskosten:** Siehe Anm. 85 f. (für Kranken- und Pflegeversicherungen) bzw. Anm. 100 ff. (für sonstige Versicherungen).

**Besteuerung der Versicherungsleistungen:** Leistungen aus Kranken- und Pflegeversicherungen sind stfrei (§ 3 Nr. 1 Buchst. a); das Krankengeld unterliegt allerdings dem ProgrVorb. nach § 32b Abs. 1 Nr. 1 (s. auch Anm. 100).

#### 81 b) Historische Einordnung

**Rechtsentwicklung:** Von 1954 bis 1995 regelte Nr. 3 den SA-Abzug von Beiträgen an Bausparkassen; dieser Tatbestand wurde durch das Ges. zur Neuregelung der steuerrechtlichen Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995 (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775) gestrichen. Der Abzug von Vorsorgeaufwendungen war seinerzeit Gegenstand der Nr. 2. Durch das AltEinkG 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 die seinerzeit nicht belegte Nr. 3 überführt (zur Rechtsentwicklung hinsichtlich der Vorsorgeaufwendungen allgemein s. Anm. 51). Das Bürg-EntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) überführte sodann mW 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. Das JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) begrenzte die Möglichkeit des Abzugs von Vorauszahlungen auf Krankenversicherungsbeiträge (Nr. 3 Satz 4; s. Anm. 98); das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) hat das Erfordernis eines Anspruchs auf die Leistungen beseitigt.

**Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 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 Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge stark begrenzt waren (s. Anm. 380 ff.).

**2. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1)****a) Beiträge, Versicherungsverhältnis****aa) Begriffsbestimmungen**

82

**Beiträge** sind alle aufgrund von Gesetz oder Vertrag vom Stpfl. erbrachten Geldleistungen zu den begünstigten Versicherungen (zur tatsächlichen eigenen Belastung s. Anm. 37, zu Beitragserrstattungen s. Anm. 412). Neben den „Beiträgen“ i.e.S. (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. 121). Laufende Beiträge müssen in ihrer Höhe nicht notwendig konstant bleiben. Zu den Beiträgen gehören auch Abschlussgebühren, Ausfertigungsgebühren und die Versicherungssteuer (BFH v. 1.2.1957 – VI 78/55 U, BStBl. III 1957, 103), dh. die üblichen vom Versicherungsnehmer zu tragenden Nebenleistungen (BFH v. 18.7.2012 – X R 41/11, BStBl. II 2012, 821, Rz. 11).

Die Beiträge sind nur begünstigt, wenn sie an VU gezahlt werden. Dies folgt mittelbar bereits aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a. Beiträge aufgrund von Verträgen mit Personen, die nicht VU 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; ähnlich BFH v. 21.2.2014 – X B 142/13, BFH/NV 2014, 899).

**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 Selbständige 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 Abs. 1 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 (§ 9 VAG) aufgrund einer Wahrscheinlichkeitsrechnung abgeschlossen, nach der Risiko, Leistung und Gegenleistung bemessen werden.

Bei privatrechtl. Versicherungsverhältnissen wird der Vertragspartner des VU 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 VU 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 Vertrags – insbes. aufgrund ei-

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

### 83 **bb) Abgrenzung zwischen Beiträgen, Krankheitskosten, Selbstbeteiligungen, Beitragsrstattungen und Versicherungsleistungen**

**Beiträge:** Als SA nach Abs. 1 Nr. 3 abziehbar sind Zahlungen, die der Erlangung des Versicherungsschutzes dienen (BFH v. 18.7.2012 – X R 41/11, BStBl. II 2012, 821, Rz. 11; s. auch Anm. 82). Nach Auffassung der FinVerw. wird hiervon der Prämienzuschlag nach § 193 Abs. 4 VVG, der zu zahlen ist, wenn ein privater Krankenversicherungsvertrag trotz Bestehens der Pflicht zum Vertragsabschluss (§ 193 Abs. 3 VVG) verspätet beantragt wird, nicht erfasst (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 82). Dies ist uE zweifelhaft, weil mit der Erlangung des Versicherungsschutzes auch die Pflicht zur Zahlung des Prämienzuschlags notwendig verbunden ist.

**Krankheitskosten** stellen keine Krankenversicherungsbeiträge dar (BFH v. 17.3.1961 – VI 86/60, HFR 1961, 200). Sie sind nicht als SA, sondern als agB abziehbar, was allerdings voraussetzt, dass die zumutbare Belastung überschritten wird.

**Selbstbeteiligungen**, die der Stpfl. im Krankheits- oder Pflegefall zu tragen hat, stellen keinen Beitrag dar, sondern stehen den Krankheitskosten gleich. Ein Abzug als SA ist nicht möglich; bei Übersteigen der zumutbaren Belastung liegen aber agB vor. Dies gilt zB für vereinbarte Selbstbehalte bei privaten und gesetzlichen Krankenversicherungen (BFH v. 8.10.2013 – X B 110/13, BFH/NV 2014, 154; BFH v. 1.6.2016 – X R 43/14, BStBl. II 2017, 55; MYBEN/WOLTER, NWB 2009, 2313 [2320]) und für Zuzahlungen, insbes. die früher erhobene sog. Praxisgebühr nach § 28 Abs. 4 SGB V (BFH v. 18.7.2012 – X R 41/11, BStBl. II 2012, 821). Ebenso ist eine vereinbarte Selbstbeteiligung, die der Versicherungsnehmer an den Versicherer zahlt, nachdem dieser den Schaden in voller Höhe reguliert hat, nicht als Beitrag anzusehen; vielmehr mindert sie die Versicherungsleistung (Hess. FG v. 12.12.1974 – VIII 61/74, EFG 1975, 200, rkr.). Wird umgekehrt eine vom Stpfl. geleistete Zuzahlung später durch die Krankenversicherung erstattet, handelt es sich um die Rückzahlung einer Selbstbeteiligung, die estl. ohne Auswirkung bleibt, nicht aber um die Erstattung von Beiträgen (zutr. OFD Rheinland v. 21.5.2013 – Nr. 012/2013, DStR 2013, 1785).

**Beitragsrstattungen** mindern (nach näherer Maßgabe von Abs. 4b Sätze 2 und 3; s. Anm. 412f.) die als SA abziehbaren Beiträge.

► *Verzerrung von Belastungswirkungen:* Bei Beitragsrstattungen, die nur bei Nichtanspruchnahme von Versicherungsleistungen gezahlt werden, kann diese – systematisch zutreffende – Handhabung zu merkwürdigen Erg. führen: So ist es bei einer in Aussicht gestellten Beitragsrückerstattung von 300 € und Arztrechnungen von 200 € günstiger, auf die Beitragsrückerstattung zu verzichten und sich von der Krankenversicherung die (niedrigere) Arztrechnung erstatten zu lassen, wenn der Stpfl. einen Grenzsteuersatz von 40 % hat (vgl. WERNSMANN, NJW 2009, 3681 [3684]). Dem Vorschlag, stl. die Beitragsrückerstattung nur insoweit als Minderung der abziehbaren SA anzusetzen, als sie die selbst getragenen Krankheitskosten übersteigt (so NEUMANN, DStR 2013, 388), ist uE aus systematischen Gründen nicht zu folgen, da Krankheitskosten keine SA, sondern allenfalls agB sind (glA FG Düss. v. 6.6.2014 – 1 K 2873/13, EFG 2014, 1789, rkr.; FG Münster v. 17.11.2014 – 5 K 149/14, juris, rkr.; FG Ba.-Württ. v. 25.1.2016 – 6 K 864/15, EFG 2016, 1515, nrkr., Az. BFH X R 3/16; FG Berlin-Brandenb. v. 19.4.2017 – 11 K 11327/16, EFG 2017, 1265, rkr.).

► **Bonusleistungen:** Bei Bonuszahlungen für gesundheitsbewusstes Verhalten gem. § 65a SGB V (die in letzter Zeit bei den gesetzlichen Krankenkassen aus Marketinggründen häufiger zu beobachten sind) ist zu differenzieren: Wenn die Krankenkasse konkreten Aufwand des Stpfl. für gesundheitsfördernde Leistungen (die nicht notwendig im Leistungskatalog der Basis-Krankenversicherung enthalten sein müssen) erstattet, handelt es sich um Versicherungsleistungen, die nicht zu einer Kürzung der als SA abziehbaren Beiträge führen (zutr. BFH v. 1.6.2016 – X R 17/15, BStBl. II 2016, 989; aA HOHLBEIN/MÜLLER, NWB 2016, 2266). Dagegen handelt es sich um eine Beitragerstattung, wenn der Bonus schon dann gezahlt wird, wenn der Stpfl. (ohne eigene Aufwendungen zu haben) Vorsorgeleistungen seiner Krankenkasse in Anspruch nimmt (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 88 f.; aA GERAUER, NWB 2016, 3370). Zu speziellen Bonusmodellen, die von der FinVerw. nicht anerkannt werden, s. KILLAT-RISTHAUS, DB 2010, 2304 (2306). Nachdem StBescheide wegen der Frage der Behandlung von Bonusleistungen zwischenzeitlich vorläufig ergangen waren (BMF v. 5.11.2015 – IV A 3 - S 0338/07/10010, BStBl. I 2015, 786), erlässt die FinVerw. nunmehr in diesem Punkt wieder endgültige Festsetzungen (BMF v. 20.1.2017 – IV A 3 - S 0338/07/10010, BStBl. I 2017, 66); zur Korrektur formell bestandskräftiger Bescheide in diesem Punkt zugunsten des Stpfl. nach § 165 AO oder (bei Vorlagen einer neuen Bescheinigung der Krankenkasse) nach Abs. 2a Satz 8 aF s. BMF v. 29.3.2017 – IV A 3 - S 0338/16/10004, BStBl. I 2017, 421. Wenn eine Krankenkasse dem FA im Wege der Datenübermittlung eine Beitragerstattung mitteilt, es sich aber tatsächlich um eine nicht stbare Bonusleistung handelt, sind FA und FG nicht an die fehlerhafte Datenübermittlung gebunden, sondern müssen vom tatsächlichen Sachverhalt ausgehen (BFH v. 1.6.2016 – X R 17/15, BStBl. II 2016, 989 Rz. 32).

**Versicherungsleistungen** sind stfrei (§ 3 Nr. 1 Buchst. a), mindern die als SA abziehbaren Beiträge nicht und sind daher abzugrenzen von den (ebenfalls von der Krankenversicherung an den Versicherten fließenden) Beitragerstattungen, die den SA-Abzug im Erg. einschränken.

Einstweilen frei.

84

## b) Begriff der Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen

### aa) Krankenversicherungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a)

85

**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) 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). Steuerfreie Zuschüsse (bei ArbN nach § 3 Nr. 62, bei Rent-

nern nach § 3 Nr. 14) mindern gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 die als SA abziehbaren Aufwendungen.

**Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten:** Krankenversicherungsbeiträge stellen grds. SA dar, da das versicherte Risiko (die persönliche Gesundheit) die private Lebensführung betrifft (BFH v. 16.9.2015 – I R 62/13, BStBl. II 2016, 205 Rz. 16; BFH v. 16.9.2015 – I R 61/13, BFH/NV 2016, 401 Rz. 18). 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 BE der GbR sein sollen (BFH v. 7.10.1982 – IV R 32/80, BStBl. II 1983, 101).

Diese Entsch. 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 Erg. unverändert festzuhalten, weil das versicherte Risiko (die Krankheit) ein privates ist. Maßgebend ist nicht, ob im Krankheitsfall auch betriebliche Aufwendungen abgedeckt werden, sondern ob das versicherte Risiko durch den Betrieb veranlasst ist (BFH v. 19.5.2009 – VIII R 6/07, BStBl. II 2010, 168; BFH v. 18.8.2009 – X R 21/07, BFH/NV 2010, 192: Beiträge zur Praxisausfallversicherung sind keine BA, Versicherungsleistungen sind keine BE).

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 entgegenstehen, 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.).

#### 86 **bb) Gesetzliche Pflegeversicherungen (Abs. 1 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 (SGB XI) als auch diejenigen über die private Pflegeversicherung (§ 192 Abs. 6 VVG) entsprechen weitgehend denjenigen des jeweiligen Krankenversicherungssystems.

**Beschränkung auf gesetzliche Pflegeversicherungen:** Unter Abs. 1 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.

87 Einstweilen frei.

**c) Höhe des abziehbaren Beitragsanteils bei Krankenversicherungen**  
**(Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Sätze 1 bis 4)**

**aa) Grundsatz: Beiträge, die zur Erlangung eines sozialhilfgleichen Versorgungs-niveaus erforderlich sind (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 1)** 88

Entsprechend den Vorgaben des BVerfG (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125) gewährt der Gesetzgeber den (der Höhe nach unbeschränkten) SA-Abzug nur für solche Beiträge, die zur Erlangung eines sozialhilfgleichen Versorgungs-niveaus 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 Versorgungs-niveau umschreiben.

**Konkretisierung in den Sätzen 2 und 4:** Der in Buchst. a Satz 1 aufgestellte Grundsatz wird für Beiträge zu gesetzlichen Krankenversicherungen durch die Sätze 2 und 4 (s. Anm. 89, 96) 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 in Verbindung mit der KVBEVO (s. Anm. 90 ff.) enthalten ist.

**Doppelversicherung in gesetzlicher und privater Krankenversicherung:**

Zahlt der Stpfl. sowohl in die gesetzliche als auch in die private Krankenversicherung Beiträge zur Basisversorgung ein, ist der private Krankenversicherungsschutz zur Erlangung des sozialhilfgleichen Versorgungs-niveaus nicht „erforderlich“ und daher nicht nach Nr. 3 abziehbar (uE zutr. FG Berlin-Brandenb. v. 30.11.2016 – 7 K 7099/15, EFG 2017, 209, nrkr., Az. BFH X R 5/17; FG Köln v. 8.3.2017 – 14 K 2560/16, EFG 2017, 1650, rkr.). Eine Ausnahme gilt, wenn neben Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung Beiträge für eine Anwartschaftsversicherung in der privaten Krankenversicherung geleistet werden (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 83).

**bb) Bei gesetzlichen Krankenversicherungen Abzug der Beiträge nach dem SGB V (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 2)** 89

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 1.1.2015: 14,6 % des Brutto-lohns) als auch die kassenindividuellen Zusatzbeiträge (§ 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.

**cc) Bei privaten Krankenversicherungen Abzug der Beitragsteile, die auf mit dem SGB V vergleichbare Leistungen entfallen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 3)**

**(1) Regelungen in § 10** 90

**Grundsatz:** Beiträge zu privaten Krankenversicherungen sind insoweit abziehbar, als sie auf Vertragsleistungen entfallen, die in Art, Umfang und Höhe den Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB V (§§ 11–68 SGB V) vergleichbar sind. 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 § 158 Abs. 2 VAG (bis VZ 2015: § 12 Abs. 1d VAG aF). Sonderlich hilfreich ist diese Verweisungstechnik nicht, da die in Bezug genommene Norm des § 158 Abs. 2 VAG anordnet, dass der Verband der privaten Krankenversicherung damit beliebig wird, Art, Umfang und Höhe der Leistungen im Basis- und im Notlagentarif festzulegen. Ein Verweis auf den Notlagentarif kann für den estl. Abzug nicht gemeint sein, da dieser nur die Behandlung von akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen umfasst (§ 153 VAG). Die in § 152 VAG enthaltene Regelung über den Basistarif verweist wiederum auf das Dritte Kapitel des SGB V, so dass mit dem (zudem noch unklaren) Verweis nichts gewonnen ist; er ist uE entbehrlich. Seit VZ 2013 sind Leistungen nach dem SGB V, auf die kein Anspruch besteht, nicht mehr aus der Vergleichsbetrachtung herausgenommen.

Auch Beitragszuschläge, die der Vermeidung eines zu starken Beitragsanstiegs im Alter dienen, sowie Beiträge zu Anwartschaftsversicherungen (die demselben Ziel dienen) sind abziehbar, soweit sie auf die Basisversorgung entfallen (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 112 ff.).

**Krankengeld:** Der auf das Krankengeld entfallende Beitragsanteil ist hingegen nicht abziehbar, obwohl auch das Krankengeld zu den Leistungen nach dem Dritten Kapitel des 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. 96).

## 91 (2) 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; in dieser Kommentierung 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 20 000 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 Abs. 1 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 Abs. 1 Nr. 3a bleibt allerdings möglich (s. Anm. 102).

► *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 einheit-



lichen 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 VU 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 § 152 VAG (bis 2015: § 12 Abs. 1a VAG aF) versichert ist (§ 3 Abs. 3 Satz 4 KVBEVO). Dies entspricht der Regelung für gesetzlich Krankenversicherte (s. Anm. 96).

► *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. 92).

### (3) Ermittlung des individuellen Abschlags nach § 3 Abs. 1 und 2 KVBEVO

92

Der Verordnungsgeber 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), was bisher allerdings nicht erkennbar geschehen ist.

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); dieser Punktwert berücksichtigt nur denjenigen Teil der Leistungsausgaben, der über das Niveau der gesetzlichen Krankenversicherung hinausgeht (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.

Beitragsanteile für Leistungen, die nicht zur Basisversorgung gehören, sind auch dann nicht nach Abs. 1 Nr. 3 abziehbar, wenn der Gesamtbeitrag des Stpfl. zu seiner privaten Krankenversicherung noch unter dem Basistarif des § 152 VAG liegt, der nur den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung beinhaltet (zutr. FG München v. 16.12.2015 – 1 K 1812/14, EFG 2017, 392, nrkr., Az. BFH X R 26/16).

93–95 Einstweilen frei.

96 **dd) Kürzung bei Krankengeldanspruch (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 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.; zu Einzelheiten s. BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 101 ff.), ist der unter Abs. 1 Nr. 3 fallende Beitrag um 4 % zu vermindern (Abs. 1 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 Abs. 1 Nr. 3a abgezogen werden (s. Anm. 102); hier gilt jedoch die Beschränkung auf die Höchstbeträge des Abs. 4 Sätze 1–3.

97 **3. Behandlung der für Familienangehörige gezahlten Beiträge (Abs. 1 Nr. 3 Sätze 2 und 3)**

**Beiträge für Kinder (Abs. 1 Nr. 3 Satz 2):** Nach dieser Regelung kann der Stpfl. auch eigene Beiträge eines Kindes zu dessen Kranken- oder Pflegeversicherung als SA abziehen, wenn er sie getragen hat. Darin liegt eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass nur derjenige SA abziehen kann, der sie als der schuldrechtl. zur Zahlung Verpflichtete tatsächlich zahlt (s. Anm. 36).

► *Eigene Beiträge eines Kindes zur Kranken- oder Pflegeversicherung:* Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 erfasst Fälle, in denen das Kind selbst kranken- oder pflegeversichert ist. Dies kann auf einer eigenen Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse oder auf einem eigenen Krankenversicherungsvertrag mit einem Privatversicherer beruhen. Hingegen fallen Beiträge, die der Stpfl. aufgrund einer eigenen vertraglichen Verpflichtung für die Versicherung seines Kindes an seine private Krankenversicherung zahlt, bereits unter Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, weil dort nicht vorausgesetzt ist, dass die Beiträge dem zahlenden und zur Zahlung verpflichteten Stpfl. selbst zugutekommen (ebenso BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 81; BTDrucks. 16/13429, 39 [43]; GRÜN, DStR 2009, 1457 [1460]).

► *Vom Steuerpflichtigen im Rahmen der Unterhaltsverpflichtung getragen:* Nach der – hier recht großzügigen – Auffassung der FinVerw. reicht es aus, wenn die Eltern allgemeine Unterhaltsleistungen (in bar oder als Sachleistung) gewähren; eine tatsächliche Zahlung der Krankenversicherungsbeiträge an den Versicherer oder die Erstattung genau dieser Beitragszahlungen an das Kind ist nicht erforderlich

(R 10.4 EStR 2012; BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 81; ebenso zuvor bereits OFD Magdeburg v. 3.11.2011 – S 2221-118-St 224, DB 2011, 2575). Insgesamt dürfen die Beiträge aber nur einmal estl. geltend gemacht werden. Wenn vom Lohn des Kindes Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung abgezogen werden, haben die Eltern diese jedoch nicht „getragen“; solche Beiträge ihres Kindes können sie daher grds. nicht abziehen (zutr. FG Köln v. 13.5.2015 – 15 K 1965/12, EFG 2015, 1916, nrkr., Az. BFH X R 25/15); anders uE nur im Falle einer konkreten Erstattung.

► *Anspruch auf Kinderfreibetrag oder Kindergeld* ist weitere Voraussetzung für den Abzug. Deshalb können die Beitrags-/Unterhaltszahlungen nach Überschreiten der Altersgrenze für das Kindergeld nur noch unter den engen Voraussetzungen des § 33a Abs. 1 berücksichtigt werden.

**Beiträge für den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten (Abs. 1 Nr. 3 Satz 3):** Leistet der Stpfl., der das Realsplitting (Abs. 1a Nr. 1) in Anspruch nimmt, im Rahmen seiner Unterhaltsverpflichtung auch eigene Beiträge zu einer Kranken- oder Pflegeversicherung seines geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten, ordnet Nr. 3 Satz 3 an, dass nicht der zahlende Stpfl. die Beiträge als SA nach Nr. 3 abziehen kann, sondern die Abzugsberechtigung beim geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten liegt. Allerdings erhöht die Beitragszahlung den für den Stpfl. geltenden Höchstbetrag für den Abzug von Unterhaltsleistungen (Abs. 1a Nr. 1a Satz 2; s. Anm. 237). 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 Abs. 1a Nr. 1 möglich, ohne dass sich aber der dortige Höchstbetrag erhöht (so zutr. auch KANZLER, NWB 2009, 684 [687]). Die Regelung gilt auch zugunsten von geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden eingetragenen Lebenspartnern (§ 2 Abs. 8).

**Kritik:** Diese Regelung ist uE 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 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1. Hier kommt es nicht darauf an, wer formaler Vertragspartner des privaten Krankenversicherungsunternehmens (bzw. Mitglied der gesetzlichen Krankenkasse) ist. Gleiches gilt für eingetragene Lebenspartner (BTDrucks. 16/13429, 39 [43]).

**Beiträge für andere Personen** können unter den engen Voraussetzungen des § 33a Abs. 1 als Unterhaltsaufwendungen abgezogen werden. In diesem Fall erhöht sich der in § 33a Abs. 1 Satz 1 genannte Höchstbetrag von 9000 € (Rechtslage 2018) um die tatsächlich für die Absicherung der unterhaltsberechtigten Person aufgewandten Beiträge (§ 33a Abs. 1 Satz 2).

#### 4. Beitragsvorauszahlungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 4)

98

Mit Wirkung ab VZ 2011 (§ 52 Abs. 24 Satz 3 EStG 2011) hat der Gesetzgeber durch Anfügung des Satzes 4 in Nr. 3 die stl. Wirksamkeit von Vorauszahlungen

auf Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge eingeschränkt (ausführl. hierzu BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820, Rz. 134 ff.).

**Sachlicher Anwendungsbereich:** Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 bezieht sich ausschließlich auf Beiträge zu solchen Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen, die unter Nr. 3 fallen. Hintergrund sind Modelle, in denen durch hohe Vorauszahlungen derartiger Beiträge zum einen im Jahr der Vorauszahlung ein voller Abzug der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge erreicht wird (Abs. 4 Satz 4), zum anderen aber in den Folgejahren für die unter Nr. 3a fallenden (und sich idR nicht mehr auswirkenden) sonstigen Vorsorgeaufwendungen der volle Höchstbetrag nach Abs. 4 Sätze 1 bis 3 zur Verfügung steht. Bei einer veranlagungszeitraumübergreifenden Betrachtung kann so die Summe des SA-Abzugs im Vergleich zur regelmäßigen Beitragszahlung deutlich erhöht werden. Diese Möglichkeit besteht im Grundsatz auch nach Anfügung des Satzes 4 fort, weil diese Regelung nur eine gewisse Begrenzung, nicht aber einen völligen Ausschuss der Wirkung von Beitragsvorauszahlungen anordnet.

**Zeitliche Differenzierung:** Vom sofortigen SA-Abzug ausgeschlossen sind nur diejenigen Beitragszahlungen, die (1.) für nach Ablauf des VZ beginnende Beitragsjahre geleistet werden und (2.) in der Summe das 2,5-Fache der auf den VZ entfallenden Beiträge überschreiten. Dies bedeutet, dass auch weiterhin Beiträge bis zur Höhe des 2,5-fachen Jahresbeitrags mit stl. Wirkung vorausgezahlt werden können; insgesamt können je VZ also 3,5 Jahresbeiträge geleistet werden. Beiträge, die diese Höchstgrenze übersteigen, sind stl. nicht verloren, sondern werden (abweichend vom Abflussprinzip des § 11 Abs. 2) erst in demjenigen VZ als SA berücksichtigt, für den sie geleistet werden.

**Ausnahme:** Beiträge, die der unbefristeten Beitragsminderung nach Vollendung des 62. Lebensjahres dienen, können stets im VZ ihrer Zahlung abgezogen werden, auch wenn sie für mehr als 2,5 Jahre im Voraus gezahlt werden. Auch Nachzahlungen für frühere Jahre sind stets im Zahlungszeitpunkt abziehbar (BTDrucks. 17/3549, 16).

99 Einstweilen frei.

#### IV. Beiträge zu sonstigen Versicherungen (Abs. 1 Nr. 3a)

**Schrifttum:** SCHIEBLE, Die Entwicklung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Lebensversicherungsbeiträgen und -leistungen, in KLEIN/VOGEL (Hrsg.), Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung: Grundfragen – Grundlagen, FS Hugo von Wallis, Bonn 1985, 245; WEIDEMANN/SÖFFING, Steuerliche Behandlung von Erträgen und Prämien privater Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherungen, DB 1999, 2133.

##### 1. Einordnung des Abs. 1 Nr. 3a

###### 100 a) Systematische Einordnung

**Regelungsinhalt:** Abs. 1 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. 110). Zu den weiteren in § 10 enthaltenen Regelungen für Vorsorgeauf-

wendungen s. den Überblick in Anm. 50; zur steuersystematischen Bedeutung des Abzugs von Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 51.

**Differenzierung wegen der unterschiedlichen Höchstbeträge geboten:** Die Trennung zwischen Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2), Krankheits- und Pflegevorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3) und sonstigen Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3a) 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 2 800 € (für ArbN und Rentner lediglich 1 900 €).

**Fehlende Bedeutung des Abs. 1 Nr. 3a:** Die Höchstbeträge des Abs. 4 werden bei ArbN in aller Regel schon durch die (vorrangig abzuziehenden) Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, bei anderen Stpfl. durch die Beiträge zur (privaten) Kranken- und Pflegeversicherung ausgeschöpft werden. Daher sind die im Katalog der Nr. 3a aufgeführten Versicherungsbeiträge nur in seltenen Ausnahmefällen überhaupt abziehbar.

**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 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 Versicherungsvertrags entscheidend der Abdeckung dieses Risikos dient (zum Ganzen BFH v. 7.10.1982 – IV R 32/80, BStBl. II 1983, 101; BFH v. 11.5.1989 – IV R 56/87, BStBl. II 1989, 657). Bei Sachversicherungen ist eine Aufteilung in BA/WK einerseits und SA andererseits möglich (allgemein zur Aufteilbarkeit von Aufwendungen, die sowohl BA/WK als auch SA darstellen, s. Anm. 18). Wegen der Einzelheiten s. die Erläuterungen zu den begünstigten Versicherungssparten (s. Anm. 102 ff.).

**Besteuerung der Versicherungsleistungen:** Die Leistungen aus den in Abs. 1 Nr. 3, 3a 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 ProgrVorb. 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 StPfl. nach § 22 Nr. 1 eintreten (insbes. bei Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten).

**Zum Begriff der „Beiträge“** und zu sonstigen versicherungsrechtl. Begriffen s. Anm. 82.

**Verfassungsmäßigkeit der Abzugsbegrenzung:** Siehe ausführl. Anm. 384.

#### b) Historische Einordnung

Abs. 1 Nr. 3a ist durch das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) mW ab VZ 2010 eingefügt worden. Die hier genannten Ver-

101

sicherungsbeiträge waren aber weitgehend auch schon nach der bis 2004 geltenden Rechtslage (bis dahin in Nr. 2 geregelt; Umgestaltung durch das AltEinkG) bzw. nach der bis 2009 geltenden Rechtslage (bis dahin in Nr. 3 geregelt; Umgestaltung durch das BürgEntlG-KV) den Vorsorgeaufwendungen zugeordnet. Der Katalog ist ab VZ 2005 aber geringfügig ergänzt worden.

## 2. Begünstigte Versicherungsarten (Abs. 1 Nr. 3a Halbs. 1)

### 102 a) Kranken- und Pflegeversicherungen, soweit sie nicht nach Abs. 1 Nr. 3 zu berücksichtigen sind

Diejenigen Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen, die nicht nach Abs. 1 Nr. 3 abgezogen werden können, fallen unter Abs. 1 Nr. 3a. Dies betrifft zum einen Tarife, die bereits dem Grunde nach nicht unter Nr. 3 fallen (zB reine Kranken[-haus-]tagegeldversicherungen, freiwillige Pflege-Zusatzversicherungen, Auslands-Krankenversicherungen, s. KILLAT-RISTHAUS, DB 2010, 2304 [2307]). 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 hinausgehenden Leistungsniveau führen; bei gesetzlich Krankenversicherten der auf das Krankengeld entfallende Beitragsanteil von 4 %). Gleiches gilt, wenn der Stpfl. die Einwilligung in die Datenübermittlung, die gem. Abs. 2 Satz 3 für einen Abzug nach Abs. 1 Nr. 3 erforderlich ist, nicht erteilt hat (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 121; FG Berlin-Brandenb. v. 17.11.2016 – 13 K 13119/15, EFG 2017, 207, rkr.).

### 103 b) Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit

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 ProgrVorb. (§ 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. Auch ein Abzug im Wege des negativen ProgrVorb. ist nicht möglich, da dieser sich auf „Einkünfte“ beschränkt und SA damit ausgeschlossen sind (BFH v. 23.1.2013 – X R 32/08, BStBl. II 2013, 423 Rz. 70). Zur Verfassungsmäßigkeit der sich aus Abs. 1 Nr. 3a iVm. Abs. 4 ergebenden Abzugsbeschränkung s. Anm. 101.

### 104 c) Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen, die nicht unter Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b fallen

Zum Begriff der Erwerbs- und Berufsunfähigkeit s. Anm. 64. Der in den Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung enthaltene Anteil zur Absicherung des Erwerbsminderungsrisikos (das Berufsunfähigkeitsrisiko ist dort nicht mehr ab-

gedeckt) fällt unter Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a; entsprechende Beitragsanteile bei privaten kapitalgedeckten Altersversorgungen fallen unter Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b.

**Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten:** Da es sich bei einer krankheitsbedingten Berufsunfähigkeit grds. um ein privates Risiko handelt, ist ein Abzug als BA/WK grds. nicht möglich; auch eine Aufteilung der Beiträge kommt nicht in Betracht (BFH v. 15.10.2013 – VI B 20/13, BFH/NV 2014, 327). Ein BA/WK-Abzug ist nur zulässig, wenn durch den konkreten Versicherungsvertrag weit überwiegend berufsbedingte Erwerbsunfähigkeitsrisiken abgedeckt werden (BFH v. 15.6.2005 – VI B 64/04, BFH/NV 2005, 1796). Beiträge zu einer sog. *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).

#### d) Unfallversicherungen

105

**Begriff:** Versichertes Risiko ist hier der Eintritt von Verletzungs- oder Todesfolgen aufgrund eines Unfalls. Ein 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 2014, für die gesetzliche Unfallversicherung § 8 Abs. 1 Satz 2 SGB VII). Die Versicherungsleistungen können sowohl in der Zahlung von Renten- oder Kapitalbeträgen als auch in der Übernahme von Behandlungskosten (insoweit kann es zu Überschneidungen mit den Krankenversicherungen kommen) bestehen. Im Erg. sind von § 10 nur Beiträge zu privaten Unfallversicherungen (§§ 178–191 VVG) 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 entgegensteht, sofern der Versicherungsnehmer den Beitrag selbst trägt (s. Anm. 37).

**Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr** stellt eine Kombination aus Unfall- und Kapitallebensversicherung dar (BFH v. 11.1.1963 – VI 18/60 U, BStBl. III 1963, 234; BFH v. 5.8.1965 – IV 42/65 S, BStBl. III 1965, 650). Nach der Verwaltungsauffassung (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 121) sollen Unfallversicherung mit garantierter Beitragsrückzahlung als (nicht begünstigte) Kapitalversicherung anzusehen sein. Dies ist uE jedenfalls dann unzutreffend, wenn die Möglichkeit einer Aufteilung der Prämie gegeben ist. Dann ist der auf den Unfallversicherungsschutz entfallende Teil der Prämie begünstigt.

**Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten:** Hier ist zwischen speziellen und allgemeinen Unfallversicherungen zu differenzieren.

► *Spezielle Unfallversicherungen, die nur bestimmte Risiken abdecken:* 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). Ansonsten handelt es sich um SA (BFH v. 6.2.1992 – IV R 30/91, BStBl. II 1992, 653). Maßgebend ist nicht, ob bei Eintritt eines Unfalls auch betriebliche Aufwendungen abgedeckt werden, sondern ob das versicherte Risiko durch den Betrieb veranlasst ist (BFH v. 19.5.

2009 – VIII R 6/07, BStBl. II 2010, 168; BFH v. 18.8.2009 – X R 21/07, BFH/NV 2010, 192: Beiträge zu einer Praxisausfallversicherung sind keine BA, entsprechende Versicherungsleistungen sind keine BE).

► **Allgemeine Unfallversicherungen**, die sämtliche Unfallrisiken abdecken: Hier wird zwischen Betriebsinhabern und ArbN differenziert.

▷ **Betriebsinhaber**: Grundsätzlich (dh. bei einem nicht erhöhten betrieblichen Unfallrisiko) sind Beiträge zu einer allgemeinen Unfallversicherung keine BA; die Leistungen sind keine BE (BFH v. 15.11.2011 – VIII R 34/09, BFH/NV 2012, 722). Die Möglichkeit zur Behandlung einer allgemeinen Unfallversicherung als gewillkürtes BV wird von der Rspr. nur dann bejaht, wenn der private Charakter einer allgemeinen Unfallversicherung wegen besonders hoher betrieblicher Unfallgefahren völlig zurücktritt (BFH v. 10.11.1988 – IV R 15/86, BFH/NV 1989, 499). Dies soll zB gelten, 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; BFH v. 5.8.1965 – IV 42/65 S, BStBl. III 1965, 650; uE zweifelhaft). Im Gegenzug gehören die Versicherungsleistungen dann zu den BE (BFH v. 8.4.1964 – VI 343/62 S, BStBl. III 1964, 271; BFH v. 18.11.1971 – IV R 132/66, BStBl. II 1972, 277). Bei sowohl betrieblich als auch privat genutzten Pkw. ist für Leistungen aus einer Inassen-Unfallversicherung allerdings danach zu differenzieren, ob sich der Unfall auf einer Betriebs- oder Privatfahrt ereignet hat (BFH v. 15.12.1977 – IV 78/74, BStBl. II 1978, 212).

▷ **Arbeitnehmer**: Bei einer allgemeinen Unfallversicherung von ArbN ist eine Aufteilung zwischen WK und SA zulässig; im Zweifel kann der WK Anteil auf 50 % des Gesamtbeitrags geschätzt werden (BMF v. 28.10.2009 – IV C 5 - S 2332/09/10004, BStBl. I 2009, 1275, unter 1.3; BFH v. 11.12.2008 – VI R 9/05, BStBl. II 2009, 385, unter II.3.b). Systematisch folgerichtig wäre es dann, die Leistungen, die die Unfallversicherung für berufliche Unfälle erbringt, als stpfl. Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit anzusehen. Der VI. Senat des BFH hält indes jedenfalls bei einer vom ArbG für seine ArbN abgeschlossenen Gruppen-Unfallversicherung ohne eigenen Rechtsanspruch der ArbN im Leistungsfall nicht Einnahmen in Höhe der Leistungen, sondern nur in Höhe der Summe der bisherigen Beiträge (begrenzt auf den Leistungsbetrag) für stpfl. (BFH v. 11.12.2008 – VI R 9/05, BStBl. II 2009, 385; uE Divergenz zu BFH v. 8.4.1964 – VI 343/62 S, BStBl. III 1964, 271; BFH v. 18.11.1971 – IV R 132/66, BStBl. II 1972, 277). Diese zugunsten der Stpfl. wirkende Rspr. ist uE unzutr., wird von der FinVerw. aber angewandt (BMF v. 28.10.2009 – IV C 5 - S 2332/09/10004, BStBl. I 2009, 1275, unter 2.1.2).

**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. 5 Satz 1 iVm. § 40 Abs. 3 Satz 3). Gleichwohl kann der ArbN die Beiträge als SA abziehen. Dem steht insbes. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 nicht entgegen, weil pauschal besteuerte Einnahmen nicht etwa stfrei, sondern stpfl. sind (s. Anm. 305).

## 106 e) Haftpflichtversicherungen

**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 Privathaft-



pflichtversicherung 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 des Abs. 1 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, Steuerberatern, 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 dHf. die Entfernungspauschalen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, 5 angesetzt werden (R 10.5 Satz 2 EStR 2012; 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.

#### f) Risikoversicherungen, die nur für den Todesfall eine Leistung vorsehen

##### aa) Begriff

Ab VZ 2005 sind nur noch reine Risiko-LV (zivilrechtl. Regelungen in §§ 150–171 VVG) 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 (für Altverträge fortgeführt in Abs. 1 Nr. 3a Halbs. 2; s. Anm. 125) war auf reine Risiko-LV nicht anwendbar.

**Das VVG enthält einige besondere Begriffsbestimmungen für Lebensversicherungen:** So muss der Versicherungsnehmer (dh. der Vertragspartner des VU und damit derjenige, der 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 Versicherungsfalls 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-LV.

**Keine Begünstigung von Todesfallversicherungen mit Sparanteil:** Von den begünstigten Risikoversicherungen zu unterscheiden sind Todesfallversicherungen mit Sparanteil, die beim Tod des Versicherten unabhängig davon, zu wel-

chem 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 LV (Kapital- und Rentenversicherungen, die auch für den Erlebensfall eine Leistung vorsehen) – nur noch bei bis VZ 2004 abgeschlossenen Altverträgen begünstigt (s. Anm. 120 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.

#### 108 bb) Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten

Hier ist zwischen Einzelunternehmen/PersGes. auf der einen und KapGes. auf der anderen Seite zu differenzieren.

**Einzelunternehmen/Personengesellschaften:** Weil das versicherte Risiko (Todesfall) 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 grds. 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; BFH v. 29.10.1985 – IX R 61/82, BStBl. II 1986, 260; BFH v. 28.1.1986 – IX R 70/82, BFH/NV 1986, 334; BFH v. 11.5.1989 – IV R 56/87, BStBl. II 1989, 657 (auch beim Abschluss durch eine PersGes.); BFH v. 10.4.1990 – VIII R 63/88, BStBl. II 1990, 1017; BFH v. 7.8.1990 – IX R 139/86, BFH/NV 1991, 94; BFH v. 13.3.1991 – VIII R 70/89, BFH/NV 1991, 736; BFH v. 6.2.1992 – IV R 30/91, BStBl. II 1992, 653 (auch wenn die Versicherungssumme der Auszahlung eines Teilhabers dienen soll); BFH v. 18.6.1997 – X B 209/96, BFH/NV 1997, 842; BFH v. 11.9.2003 – IX B 75/03, BFH/NV 2004, 43 (die Rechtsfrage ist geklärt); BFH v. 23.4.2013 – VIII R 4/10, BStBl. II 2013, 615 mwN (auch bei wechselseitigem Abschluss von Risikolebensversicherungen auf das Leben des jeweils anderen Gesellschafters); BFH v. 16.10.2014 – IV R 15/11, BStBl. II 2015, 267 Rz. 31 (auch bei Bezugsberechtigung der PersGes.); BFH v. 13.10.2015 – IX R 35/14, BStBl. II 2016, 210 (ebenso bei VuV, selbst wenn die finanzierende Bank den Abschluss einer Risikolebensversicherung verlangt).

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), oder
- die Versicherung zwar auf das Leben eines nahen Angehörigen abgeschlossen wird, aber die Vertragsgestaltung erkennen lässt, dass nicht die Absicherung von dessen Todesfallrisiko, sondern das Ansparen von Mitteln für die Tilgung betrieblicher Kredite Vertragszweck ist (grundlegend, auch in Abgrenzung zur früher ergangenen Rspr., BFH v. 3.3.2011 – IV R 45/08, BStBl. II 2011, 552; bei den versicherten Personen handelt es sich um Kleinkinder mit entsprechend geringem Todesfallrisiko, die in erster Linie zur Minimierung der Versicherungsprämien benannt worden sind; ähnlich BFH v. 13.3.2015 – X B 138/14, BFH/NV 2015, 982 Rz. 25 ff.).

**Kapitalgesellschaften:** 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 – S 2134 A - St 11, DStR 2003, 1299.

Einstweilen frei.

109

### 3. Nicht begünstigte Versicherungssparten

110

Da die Aufzählung in Abs. 1 Nr. 3a abschließend ist, sind alle dort nicht aufgeführten Versicherungssparten nicht begünstigt. Dies gilt insbes. für

- Hausratversicherungen,
- Kasko-Versicherungen,
- sonstige Sachversicherungen nach §§ 74–99, 142–149 VVG (insbes. Feuer- und Hagelversicherung); soweit die versicherte Sache (zB ein vermietetes Gebäude) der Einkunftserzielung dient, sind die Beiträge BA/WK,
- Rechtsschutzversicherungen (§§ 125–129 VVG).

Die Aufteilung der Aufwendungen für eine allgemeine 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). Ausnahmen gelten für Kfz-Rechtsschutzversicherungen (BMF v. 9.8.1957 – S 2120 - 11/57, BB 1957, 1173; FinMin. Ba.-Württ. v. 20.11.1984 – S 2221 A - 17/79, DStR 1986, 563; OFD Hannover v. 29.9.1987 – S 2350-156 - StH 214, DStR 1988, 115) sowie dann, wenn der Versicherte 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). Ausnahmen gelten für reine Risiko-LV (Nr. 3a Halbs. 1, s. Anm. 107) und für Versicherungsverträge, die die Voraussetzung der Übergangsregelung (Nr. 3a Halbs. 2, s. Anm. 120 ff.) erfüllen.

Einstweilen frei.

111–119

### 4. Übergangsregelung für Renten- und Kapitalversicherungen, die vor 2005 abgeschlossen wurden (Abs. 1 Nr. 3a Halbs. 2)

**Schrifttum:** WACKER, Zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung der für Finanzierungszwecke eingesetzten Lebensversicherungen nach dem Steueränderungsgesetz 1992, DB 1993, Beilage 4; LÜBBERT, Die Abhängigkeit der Lebensversicherung als Finanzierungsinstrument vom Investitionsobjekt, BB 1996, 2273; REUTER, Die Lebensversicherung im Steuerrecht, Herne/Berlin, 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; HESSLER/MOSEBACH, Begünstigung von Lebensversicherungen, die zur Besicherung von Darlehen für die Finanzierung von anschaffungsnahe Aufwand dienen, DStR 2001, 1244; HORLEMANN, Verwaltungsanweisungen zur „Finanzierung unter Einsatz von Lebensversicherungen“ – neue Fragestellungen, DStR 2001, 337; WÄLTERMANN, Finanzierungen unter Einsatz von Lebensversicherungsansprüchen im Hinblick auf das Alterseinkünftegesetz – Handlungsbedarf zum Jahresende?, DStR 2004, 2029.

120 a) **Regelungsinhalt und verfassungsrechtliche Beurteilung**

beiträge zu den nach Abs. 1 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 Verträge, die ab VZ 2005 abgeschlossen werden, nicht mehr begünstigt, sofern der Vertrag nicht die besonderen Voraussetzungen nach Abs.1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b (private Altersvorsorge) erfüllt. Zugleich ist auch die bisherige StFreiheit der Kapitalerträge aus derartigen Verträgen (§ 20 Abs. 1 Nr. 6) entfallen. Bei den früheren Begünstigungen handelte es sich um Sozialzwecknormen, 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; BFH 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 LV ist die Abschaffung der Privilegierung zu begrüßen.

**Übergangsregelung für Altverträge:** Bei Altverträgen (Beginn der Laufzeit vor dem 1.1.2005 und Entrichtung eines Beitrags bis zum 31.12.2004, s. Anm. 122) können die Beiträge jedoch für die gesamte weitere Vertragslaufzeit als „sonstige Vorsorgeaufwendungen“ geltend gemacht werden. Dann ist der Höchstbetrag des Abs. 4 anzuwenden, der allerdings sehr gering und meist schon durch andere Aufwendungen ausgeschöpft ist (s. Anm. 99). Insoweit gilt auch die StBefreiung der Kapitalerträge fort (§ 52 Abs. 28 Satz 5). Indes gelten auch die früheren, den SA-Abzug einschränkenden Sonderregelungen fort (s. Anm. 123). Gleiches gilt für die Regelung zur Nachversteuerung im Fall des Einsatzes der Versicherungsansprüche zur Tilgung oder Sicherung bestimmter Darlehen (§§ 29, 30 EStDV aF, s. Anm. 420 ff.).

**Verfassungsrechtliche Beurteilung:** Der Gesetzgeber war zur Schaffung dieser sehr großzügigen Vertrauensschutzregelung befugt; sie war verfassungsrechtl. jedoch nicht geboten. Dies gilt umso 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 Doppelbuchst. bb) kommen. Zudem brachte das AltEinkG einen grundlegenden Systemwechsel mit sich, der hier auch gröbere Übergangsregelungen gerechtfertigt hätte, zumal es angesichts der StFreiheit der Erträge nicht zu Doppelbesteuerungen kommen kann. Auch die (mW ab VZ 2004 vorgenommene) Einschränkung des Abzugs auf 88 % der Beiträge durch Nr. 2 Buchst. b Satz 2 aF war – verfassungsrechtl. unbedenklich – ohne Übergangsregelung auf Altverträge anwendbar, so dass es verwundert, dass der Gesetzgeber ab VZ 2005 für Jahrzehnte eine komplizierte Zweigleisigkeit angeordnet hat.

121 b) **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. 3a Halbs. 1 weiterhin 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 – IV C 4 - S 2221-201/99, DSStR 1999, 1696). Zu den Begriffsbestimmungen zuletzt ausführlich: BMF v. 22.12.2005 – IV C 1 - S 2252-343/05, 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 – IV C 4 - S 2221 - 211/02, 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. 20.7.1990 – IV B 1 - S 2221 - 115/90, 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 – IV B 1 - S 2221 - 10/91, 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 zwölf 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 zwölf Jahren seit Vertragsschluss verlangt werden kann (H 10.5 EStH 2016 „Kapitalwahlrecht“ 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 zwölf Jahre nach Vertragsschluss beginnen soll (BMF v. 26.7.1996 – IV B 1 - S 2221 - 207/96, BStBl. I 1996, 1120).

**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 eine ebenfalls laufende Beitragsleistung und einen Vertragsschluss für die Dauer von mindestens zwölf Jahren voraus. Ein neuer Vertrag (mit der Folge einer neu laufenden Zwölf-Jahres-Frist) liegt vor, wenn der bisherige Vertrag u.a. hinsichtlich der Merkmale Laufzeit, Versicherungssumme, Versicherungsprämie und Prämienzahlungsdauer nachträglich geändert wird, ohne dass im ursprünglichen Vertrag eine entsprechende Option eingeräumt war. Die weitere Begünstigung ist dann ab dem 1.1.2005 nicht mehr möglich und bei Laufzeitverlängerungen vor dem 1.1.2005 davon abhängig, ob der neue Vertrag eine Mindestlaufzeit von zwölf Jahren aufweist (BFH v. 6.7.2005 – VIII R 71/04, BStBl. II 2006, 53; BFH v. 27.9.2016 – VIII R 66/13, BStBl. II 2017, 626, Rz. 29; ausführl. zu Vertragsänderungen auch BMF v. 22.8.2002 – IV C 4 - S 2221-211/02, BStBl. I 2002, 827). Maßgeblich ist das Datum des tatsächlichen Vertragsabschlusses; die Erfüllung der Zwölf-Jahres-Frist kann nicht dadurch erreicht werden, dass der Vertrag rückwirkend in Kraft treten soll (BFH v. 27.9.2016 – VIII R 66/13, BStBl. II 2017, 626, Rz. 51). Neben der allgemeinen Kapitalversicherung hat die Versicherungswirtschaft spezielle Varianten entwickelt (zB Ausbildungs-, Aussteuer-, Erbschaftsteuerversicherung), die ebenfalls unter diesen Tatbestand fal-

len. 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 – IV B 1 - S 2221 - 37/96, BStBl. I 1996, 123; BMF v. 12.9.1997 – IV B 1 - S 2221 - 172/97, BStBl. I 1997, 825; dazu HORLEMANN, BB 1998, 1816).

**Mindestquote für Todesfallschutz:** Nach Auffassung der FinVerw. fallen kapitalbildende LV, 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 – IV B 1 - S 2221 - 11/96 II, BStBl. I 1996, 124; BMF v. 6.12.1996 – IV B 1 - S 2221 - 301/96, 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.

### 122 c) Zeitliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Übergangsregelung

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. 28 Abs. 5) unterscheidet sich von der in Nr. 3a Halbs. 2 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.

### d) Weitere Anwendung der für den Abzug dieser Beiträge bis 2004 geltenden Sonderregelungen

#### 123 aa) Sonderregelungen nach Abs. 1 Nr. 2 Sätze 2 bis 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, verkürzte 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 Ausschlussstat-

bestand 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 LV gekoppelten Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung sind vom Abzug ausgeschlossen (OFD Düss. v. 30.8.1976 – S 2221A - St 11 H, DB 1976, 1794).

**Ausschluss bei entgeltlichem Erwerb** (Nr. 2 Satz 6 aF): Von der Begünstigung sind seit VZ 1997 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 – IV B 1 - S 2221 - 172/97, BStBl. I 1997, 825).

Allerdings wird dieser in Nr. 2 Satz 6 aF enthaltene Ausschlussbestand vom Wortlaut der Übergangsregelung (damals noch in Nr. 3 Buchst. b Satz 2 enthalten) erst seit einer Änderung durch das JStG 2007 mW 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 uE 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 spätere Satz 6 war damals Satz 5. Erst während des Gesetzgebungsverfahrens zum AltEinkG (durch die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses 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 LV wieder einführen wollte. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Gesetzgeber durch das EURLUMs 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 aF) bereinigt, die parallele Problematik in § 10 aber erneut übersehen hat.

Einstweilen frei.

124

**bb) Beschränkungen nach Abs. 2 Satz 2 aF**

**(1) Überblick**

125

**Regelungsinhalt:** Beiträge zu den in Anm. 121 genannten 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.

**Zeitlicher Anwendungsbereich:** Diese Regelung ist – auch bei bereits bestehenden Verträgen (FG Münster v. 27.6.2000 – 8 K 5705/96 F, EFG 2001, 23,

rkr.) – auf Abtretungen nach dem 13.2.1992 anwendbar (§ 52 Abs. 24 Satz 3 EStG 2004).

**Normzweck:** Abs. 2 Satz 2 aF sollte eine Doppelbegünstigung vermeiden, die zuvor dadurch eintrat, dass bei Versicherungen, die im Bereich der Einkunftszielung 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.

**Verwaltungsanweisungen:** Zahlreiche Einzelerläuterungen zu Abs. 2 Satz 2 aF sind in den nachstehend aufgeführten Verwaltungsanweisungen enthalten: BMF v. 19.5.1993 – IV B 1 - S 2221 - 166/93, BStBl. I 1993, 406 (Anwendungsschreiben; dazu ausführl. WACKER, DB 1993, Beilage 4); BMF v. 14.6.1993 – IV B 2 - S 2134 - 148/93, BStBl. I 1993, 484 (Verlängerung der Übergangsregelung); BMF v. 2.11.1993 – IV B 2 - S 2134 - 290/93, BStBl. I 1993, 901 (umfangreiche Ergänzungen zum Anwendungsschreiben); BMF v. 6.5.1994 – IV B 2 - S 2134 - 56/94, BStBl. I 1994, 311 (Einräumung eines unwiderruflichen Bezugsrechts auf den Todesfall); BMF v. 26.9.1994 – IV B 2 - S 2134 - 109/94, BStBl. I 1994, 749 (weitere Ergänzungen zum Anwendungsschreiben); BMF v. 15.6.2000 – IV C 4 - S 2221 - 86/00, BStBl. I 2000, 1118 (Zusammenfassung der bisher ergangenen BMF-Schreiben). Eine sehr ausführliche Kommentierung findet sich bei SÖHN in KSM, § 10 Rz. P 1-284 [3/2005 - 2/2007].

## 126 (2) Voraussetzungen für das Abzugsverbot

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. 121). Reine Risikoversicherungen werden von dem Ausschlussbestand 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 Sicherung muss für den Erlebensfall bestehen; eine ausschließlich für den Todesfall vereinbarte Sicherung schließt die Begünstigung hingegen nicht aus. Die Sicherung eines Avalkredits (Bürgschaft) steht der Begünstigung ebenfalls nicht entgegen (BFH v. 27.3.2007 – VIII R 27/05, BStBl. II 2010, 21).

**Die Finanzierungskosten sind Betriebsausgaben oder Werbungskosten:** Dies ist auch der Fall, wenn die Finanzierungskosten bei einer PersGes. entstehen, Versicherungsnehmer aber ein Gesellschafter ist (BFH v. 24.11.2009 – VIII R 29/07, BStBl. II 2011, 251). Der Gesetzeswortlaut ist ebenso erfüllt, wenn das WG im Ausland zur Einkunftszielung eingesetzt wird, die Einnahmen nach einem DBA stfrei sind und die Finanzierungskosten daher wegen § 3c Abs. 1 nicht als BA/WK abgezogen werden können (uE zutr. FG Ba.-Württ. v. 23.1.2009 – 5 K 327/05, EFG 2010, 213, rkr.; der BFH hatte hierzu unter dem Az. VIII R 25/09 die Revision zugelassen, die aber unzulässig war). 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.



**(3) Ausnahmen vom Abzugsverbot**

Aus wirtschaftspolitischen Gründen hat der Gesetzgeber statt eines klaren Ausschlussstatbestands zahlreiche Ausnahmen zugelassen, die im Erg. in den meisten Fällen weiterhin steuerwirksame Gestaltungen unter Einsatz von LV zulassen (zu Recht krit. SÖHN in KSM, § 10 Rz. P 9 [2/2007]). Allerdings legt die Rspr. sämtliche Ausnahmen sehr eng aus (Nachweise im nachfolgenden Text).

**Investitionsdarlehen:** Der SA-Abzug bleibt 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, die zu aktivieren sind (HESSLER/MOSEBACH, DStR 2001, 1244). Der Einsatz von LV zur Absicherung von Investitionsdarlehen bleibt also begünstigt. Lediglich die Absicherung der Finanzierung des Erwerbs von UV (FG Berlin v. 16.8.2004 – 8 K 6100/02, 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.

► *Unmittelbarkeit:* Es kommt hier auf die tatsächliche Verwendung der Darlehensmittel an (BFH v. 2.12.2014 – VIII R 16/12, nv. Rz. 23). An der erforderlichen Unmittelbarkeit fehlt es, wenn das Darlehen zunächst auf ein Baukonto des Stpfl. überwiesen 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; BFH 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 (BMF v. 15.6.2000 – IV C 4 - S 2221 - 86/00, BStBl. I 2000, 1118, Rz. 53). Unabhängig von der Kürze des Zeitraums fehlt es aber an der Unmittelbarkeit, wenn das Darlehen zunächst auf ein Kontokorrentkonto überwiesen wird, das bis zur Bezahlung der AHK nicht „eingefroren“ wird, sondern auf dem sich andere Zahlungsein- und -ausgänge mit dem Darlehensbetrag vermischen (BFH v. 24.11.2009 – VIII R 29/07, BStBl. II 2011, 251). Umgekehrt ist bei Zahlung auf ein Konto, über das keine schädlichen Dispositionen getroffen werden, ein Überschreiten der 30-Tages-Frist unschädlich (BFH v. 12.10.2011 – VIII R 7/09, BFH/NV 2012, 564). Auch die Vorfinanzierung der AHK aus Eigenmitteln und deren nachträgliche Deckung durch das gesicherte Darlehen stehen der Unmittelbarkeit entgegen. Unschädlich ist es aber, wenn der Stpfl. nur einen Teil der AHK (zB bestimmte Nebenkosten) aus Eigenmitteln vorfinanziert und er bei Veranlassung dieser Zahlung berechtigt von einer rechtzeitigen Gutschrift der Darlehensvaluta ausgehen kann; auf die Einhaltung der 30-Tages-Frist der FinVerw. kommt es in diesen Fällen nicht an (BFH v. 9.2.2010 – VIII R 21/07, BStBl. II 2011, 257).

► *Ausschließlichkeit:* Dieses Merkmal schließt eine Aufteilung des Darlehensbetrags in einen steuerschädlichen und einen steuerunschädlichen Teil aus (BFH v. 2.12.2014 – VIII R 16/12, nv. Rz. 22). An der erforderlichen Ausschließlichkeit fehlt es, wenn der Darlehensbetrag höher ist als die AHK, und zwar auch dann, wenn der Mehrbetrag der Finanzierung von Zinsvorauszahlungen (Disagio; s. BFH v. 12.10.2005 – VIII R 19/04, BFH/NV 2006, 288), Zinsbegrenzungsprämien (Zins-Cap; s. BFH v. 12.10.2011 – VIII R 49/09, BStBl. II 2014, 156) oder Erbbau- bzw. Darlehenszinsen (BFH v. 12.10.2011 – VIII R 7/09,

BFH/NV 2012, 564) dient. 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 („Forderung“) vorgehaltene Liquidität (BFH v. 7.11.2006 – VIII R 1/06, BStBl. II 2010, 18). Eine steuerschädliche „Übersicherung“ ist gegeben, wenn der abgetretene Anspruch aus dem Versicherungsvertrag die Darlehenssumme übersteigt. Maßgebend ist insoweit nicht der aktuelle Rückkaufswert, sondern der Nominalbetrag des Versicherungsanspruchs (BFH v. 12.9.2007 – VIII R 12/07, BStBl. II 2008, 602, unter II.2.b bb). Wird das Darlehen umgeschuldet und werden die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag in diesem Zusammenhang an die neue Bank abgetreten, ist dies unschädlich, sofern das ursprüngliche Darlehen bereits bei Inkrafttreten der Regelung am 13.2.1992 bestand (§ 52 Abs. 24 Satz 3 Halbs. 2 EStG 2004; BFH v. 19.1.2010 – VIII R 40/06, BStBl. II 2011, 254) und das neue Darlehen die Valuta des abgelösten Darlehens nicht übersteigt (BFH v. 12.10.2011 – VIII R 30/09, BStBl. II 2014, 153). Wenn mit dem Erlös aus der späteren Veräußerung des finanzierten Objekts das Darlehen nicht vollständig getilgt, sondern der Erlös auch zu privaten Zwecken verwendet wird, fehlt es ebenfalls an der Voraussetzung der „ausschließlichen“ Darlehensverwendung (BFH v. 2.12.2014 – VIII R 16/12, n.v. Rz. 31).

► *Veräußerung, Entnahme oder Umwidmung des finanzierten Wirtschaftsguts*: Siehe BMF v. 19.5.1993 – IV B 1 - S 2221 - 166/93, BStBl. I 1993, 406, Rz. 17; BMF v. 15.6.2000 – IV C 4 - S 2221 - 86/00, BStBl. I 2000, 1118, Rz. 51.

**Direktversicherung:** Ansprüche aus einer Direktversicherung (zum Begriff s. § 40b Anm. 35) können ebenfalls steuerunschädlich abgetreten werden (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b aF).

**Kurzfristige Sicherungen:** Eine weitere Ausnahme vom Abzugsverbot gilt, wenn die Ansprüche insgesamt nicht länger als drei Jahre der Sicherung betrieblich veranlasser Darlehen dienen (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. Wenn das Darlehen nicht nur zur Sicherung, sondern auch zur Tilgung abgetreten ist, ist dies unschädlich, sofern tatsächlich innerhalb des Drei-Jahres-Zeitraums kein Einsatz zu Tilgungszwecken erfolgt (BFH v. 6.10.2009 – VIII R 7/08, BStBl. II 2010, 294). Umgekehrt ist ein tatsächlicher Einsatz der Versicherungsansprüche zur Darlehenstilgung auch dann schädlich, wenn die Drei-Jahres-Frist für kurzfristige Sicherungen noch gewahrt ist (BFH v. 12.10.2011 – VIII R 6/10, BFH/NV 2012, 716). 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).

#### 128 (4) Rechtsfolgen bei schädlicher Verwendung

Der SA-Abzug ist grds. für die gesamte Laufzeit des Versicherungsvertrags 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 steuerschädlich verwendet wird (BFH v. 13.7.2004 – VIII R 48/02, BStBl. II 2004, 1060; BFH v. 13.7.2004 – VIII R 52/03, BFH/NV 2005, 181; BFH 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 Entsch. 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 – IV A 4 - S 0361 - 10/95, BStBl. I 1995, 371; BMF v. 25.3.2002 – IV A 4 - S 0361 - 4/02, 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 aF Anzeigepflichten für Sicherungsnehmer, VU und Versicherungsnehmer an (s. Anm. 430).

Einstweilen frei.

129

## V. Gezahlte Kirchensteuer (Abs. 1 Nr. 4)

**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; VON ARPS-AUBERT, Praxisprobleme bei der Ermittlung der als Sonderausgaben abzugsfähigen Kirchensteuer, DStR 2011, 1548.

### 1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 4

130

**Systematische Einordnung:** Zur Rechtfertigung des Abzugstatbestands werden unterschiedliche Begründungen angeführt. Nach Auffassung von KIRCHHOF (DStZ 1986, 25 [32]) soll der Abzug verfassungsrechtl. zwingend geboten sein, weil Abs. 1 Nr. 4 der Vermeidung einer unzulässigen Doppelbelastung des Einkommens diene. Dies überzeugt uE 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, 22. Aufl. 2015, § 8 Rz. 712; 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 (SÖHN in KSM, § 10 Rz. G 5 [5/2001]) oder die Unvermeidbarkeit dieser Aufwendungen zumindest aus dem Respekt vor dem religiösen Bekenntnis folgen müsse (so das Erg. 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 zutr. auch PELKA, DStJG 5 [1982], 209 [229] hin). Der Abzug ist uE 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 Rz. 215 [11/2016]; 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 zusammenzulegen.

**Historische Einordnung:** 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 mW ab 2009 die Einschränkung des Halbs. 2 angefügt wurde (Einzelheiten zur Rechtsentwicklung s. Anm. 3, 4).

**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 GewStMessbetrag 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).

131–132 Einstweilen frei.

## 2. Begriff der Kirchensteuer

### 133 a) 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 ausführl. HAMMER, StuW 2009, 120. Zahlungen, die nicht aufgrund einer KiStPflicht, sondern freiwillig geleistet werden, sind als Spende (§ 10b) oder in bestimmten Fällen aufgrund einer Billigkeitsregelung der FinVerw. (s. Anm. 136) abziehbar.

**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.

**Zahlungen an ausländische Religionsgemeinschaften:** Durch die Anknüpfung an den Status der KdöR schließt der Tatbestand des Abs. 1 Nr. 4 KiStZahlungen an ausländ. Religionsgemeinschaften vom Abzug aus (BFH v. 4.6.1975 – I R 250/73, BStBl. II 1975, 708, unter 5.). Europarechtlich war diese Auffassung aber nicht mehr zu halten (vgl. zur Parallelproblematik beim Spendenabzug EuGH v. 27.1.2009 – C-318/07 – Persche, Slg 2009, I-359). Daher lässt die FinVerw. nun zutr. KiStZahlungen an solche Religionsgemeinschaften in anderen EU-/EWR-Staaten zu, die bei Ansässigkeit im Inland als KdöR anzuerkennen wären (BMF v. 16.11.2010 – IV C 4 - S 2221/07/0004:001, BStBl. I 2010, 1311). Für Zuwendungen im Ausland lebender Deutscher an dortige Auslandsgemeinden gewährte die FinVerw. schon seit jeher einen vereinfachten Spendenabzug (FinMin. Nds. v. 10.12.1984 – S 2223 - 167 - 31 - 3, DB 1985, 311). Auch steht es dem SA-Abzug weder bei Nr. 4 noch bei § 10b entgegen, wenn mit KiStZahlungen bzw. Zuwendungen an einen inländ. Empfänger Zwecke im Ausland verwirklicht werden.

KiStZahlungen eines beschränkt Stpfl. an eine inländ. Religionsgesellschaft sind durch § 50 Abs. 1 Satz 3 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 steuererhebenden 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; BFH 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 – 10 K 2898/03, 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. 136).

**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 Religionsgemeinschaften erhoben, wenn der kirchenangehörige Ehegatte keine stpfl. Einkünfte, 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 zvE. 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; BFH v. 29.1.2010 – I B 98/09, BFH/NV 2010, 1123; BVerfG v. 28.10.2010 – 2 BvR 591/06 u.a., NJW 2011, 365). Es ist ebenfalls als SA nach Abs. 1 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.

134–135 Einstweilen frei.

136 **b) Billigkeitsregelung für Beiträge an sonstige religiöse Gemeinschaften**

Nach R 10.7 EStR 2012 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. 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. BayLfSt. v. 27.2.2007 – S 2221 - 27 - St 32/33, DB 2007, 603). Sie führt im Erg. dazu, dass die Spenden-Höchstbeträge des § 10b für anderweitige Zuwendungen „geschont“ werden.

**Rechtmäßigkeit der Billigkeitsregelung:** Die Rspr. sieht diese Regelung zutr. 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 SÖHN in KSM, § 10 Rz. G 22 f. [5/2001]; STÖCKER in B/B, § 10 Rz. 228 [11/2016]; gesetzwidrige Maßnahme). § 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 abl. noch RFH v. 1.7.1936, RStBl. 1936, 889; die Frage offen lassend, in der Tendenz aber krit. BFH v. 15.6.1973 – VI R 35/70, BStBl. II 1973, 850).

**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 2012). Die Rspr. bemisst diesen Höchstbetrag allerdings nicht nach den während des VZ tatsächlich gezahlten ESt/LSt, sondern nach der später 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. Dies ist uE zweifelhaft: Das Abflussprinzip würde das gegenteilige Erg. 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 – 11 K 4943/92 E, 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 hinausgehenden Beitragszahlungen besteht verfassungsrechtl. kein Anspruch (FG Berlin v. 19.10.1977 – VI 197/77, EFG 1978, 278, rkr.).

137 **3. Kein Abzug der abgeltenden Kirchensteuer (Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2)**

Nach der mW ab VZ 2011 (§ 52 Abs. 24a Satz 1 EStG 2011) anzuwendenden Neufassung von Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 ist KiSt, die als Zuschlag zur KapErtrSt oder als Zuschlag auf die nach dem gesonderten Tarif des § 32d Abs. 1 ermittelte ESt gezahlt wurde, nicht abziehbar.

**Normzusammenhang:** Gemäß § 51a Abs. 2b wird KiSt von Kapitalerträgen als Zuschlag zur KapErtrSt erhoben. Bei Einschaltung einer Zahlstelle (zB Depotbank) hat diese den KiStAbzug vorzunehmen (§ 51a Abs. 2c); die KapErtrSt ermäßigt sich dann um 25 % der abgezogenen KiSt, um den SA-Abzug nachzubilden (§ 43a Abs. 1 Satz 2). Auf Antrag des Stpfl. werden die Kapitalerträge in die Veranlagung einbezogen (§ 51a Abs. 2d); der für Kapitaleinkünfte geltende besondere StStz von 25 % ermäßigt sich dann nach Maßgabe der KiSt (§ 32d Abs. 1 Sätze 3–5). Da diese Ermäßigungen des KapErtrStSatzes bzw. des besonderen EStStz den SA-Abzug der KiSt ersetzen sollen, ist der Ausschluss der als Zuschlag zur KapErtrSt gezahlten KiSt vom SA-Abzug nach Abs. 1 Nr. 4 folgerichtig (ausführl., auch zu den in der Praxis eintretenden Komplizierungen sowie zu der bis VZ 2010 bestehenden Gesetzeslücke, nach der trotz Ermäßigung des KapErtrStSatzes der SA-Abzug möglich blieb, von ARPS-AUBERT, DStR 2011, 1548).

**Anwendung in den Fällen des § 32d Abs. 2, 6:** Nach § 32d Abs. 2 (Ausnahmen von der Abgeltungswirkung der KapErtrSt) und § 32d Abs. 6 (Ausübung des Wahlrechts zur Einbeziehung der Kapitalerträge in die Tarifbesteuerung) kommt es trotz des Abzugs der KapErtrSt (sowie entsprechender KiSt) zur Tarifbesteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen. In diesen Fällen ist uE der reguläre KiStAbzug nach Abs. 1 Nr. 4 zu gewähren, auch wenn die KiSt ursprünglich als Zuschlag zur KapErtrSt erhoben worden war (zutr. FG Düss. v. 16.11.2016 – 15 K 1640/16, EFG 2017, 212; die ursprünglich unter dem Az. X B 172/16 eingelegte NZB hat das FA zurückgenommen). Anderenfalls bliebe diese KiSt unberücksichtigt, was in diesen Fällen systemwidrig wäre, da die KapErtrSt hier keine Abgeltungswirkung hat. Für die VZ 2009 und 2010 enthielt Nr. 4 eine ausdrückliche entsprechende Regelung; diese ist allerdings mW ab VZ 2011 entfallen.

#### 4. „Gezahlte“ Kirchensteuer, Behandlung von Erstattungen

138

Vor allem anhand der KiSt sind die Rechtsprechungsgrundsätze zur Behandlung erstatteter SA (Einzelheiten s. Anm. 410) 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 es seit VZ 2012 aber eine gesetzliche Regelung zur Behandlung von Erstattungsüberhängen gibt (Abs. 4b, s. Anm. 410ff.) und der BFH schon zuvor bei Erstattungsüberhängen eine Korrekturmöglichkeit nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO bejahte (s. Anm. 415), hat diese Frage an Bedeutung verloren (vgl. auch BFH v. 26.11.2008 – X R 24/08, BFH/NV 2009, 568; die Anwendung des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO sei unabhängig vom Rechtsgrund der Erstattung). Entsprechend hat die neue Rspr. die Möglichkeit des SA-Abzugs von einbehaltener LohnKiSt bejaht, auch 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 abziehbaren 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).

139 Einstweilen frei.

## VI. Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5)

**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; PAUS, Die gesetzliche Neuregelung der Kinderbetreuungskosten, StWa. 2007, 156; HÖLZER, Abzugsfähigkeit von Kinderbetreuungskosten erwerbstätiger verheirateter Eltern, NJW 2008, 2145.

### 1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 5

#### 140 a) Systematische Einordnung

Abs. 1 Nr. 5 ermöglicht den Abzug eines Teils der Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung von höchstens 13 Jahre alten Kindern, und zwar seit VZ 2012 unabhängig davon, aus welchem Grund die Betreuungskosten entstehen.

**Zuordnung der Kinderbetreuungskosten zu den Sonderausgaben:** Dies hat im Binnensystem des EStRechts hauptsächlich zur Folge, dass sie nicht zu einem Verlustvor- oder -rücktrag führen können und die Höhe der zumutbaren Belastung durch sie nicht berührt wird.

**Auswirkungen auf außersteuerliche Gebühren, insbesondere Kindergartenbeiträge:** Erhebliche politische Resonanz hat anlässlich der zum VZ 2012 vorgenommenen systematischen Umgliederung vom Abzug der Kinderbetreuungskosten „wie Betriebsausgaben/Werbungskosten“ (§ 9c aF) zu einem SA-Abzug der Umstand gefunden, dass viele Kommunen die Höhe der Kindergartenbeiträge an den Gesamtbetrag der Einkünfte der Eltern knüpfen. Die Umgliederung des Abzugs von den BA/WK zu den SA hätte zu einer Erhöhung dieser Maßgröße und damit möglicherweise zu steigenden Kindergartenbeiträ-



gen geführt. Dies vermeidet indes die gleichzeitig mit Abs. 1 Nr. 5 eingeführte Regelung des § 2 Abs. 5a Satz 2, wonach die als SA abzugsfähigen Kinderbetreuungskosten für außerstl. Zwecke die Einkünfte, Summe der Einkünfte und den Gesamtbetrag der Einkünfte mindern.

### b) Historische Einordnung

141

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 strikere Vorgaben erteilt hat.

Den Ausgangspunkt der einschlägigen Rspr. bildet eine Entsch. 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 Abzugstatbestand 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 (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 Entsch. 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. Die Regelung sah zunächst nur für Alleinstehende – zu denen allerdings auch die zusammenlebenden Partner einer nicht-ehehellen 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 str., 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; BFH v. 26.6.1996 – XI R 15/85, BStBl. II 1997, 33). Daraufhin führte der Gesetzgeber mW ab 1997 in § 33c einen ausdrücklichen Verweis auf § 33 Abs. 3 ein, der jedoch durch das BVerfG (BVerfG v. 16.3.2005 – 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268) 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 КИРШНОР, 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 Staats – 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) mW ab VZ 2000 aufgehoben und durch einen zusätzlichen Betreu-

ungsfreibetrag 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 der späteren Regelung in Nr. 5 entsprach, mW 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.

**Abzug „wie Betriebsausgaben/Werbungskosten“:** Mit Wirkung ab 2006 wurde § 33c dann durch vier verschiedene Normen – mit weitgehend identischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen – abgelöst, was die Rechtsanwendung eher erschwerte: Nach § 4f waren Kinderbetreuungskosten abziehbar, die wegen einer Erwerbstätigkeit im Bereich der Gewinneinkünfte anfallen; gleichzeitig wurde hier die – systematisch neue – Kategorie „Abzug wie Betriebsausgaben“ 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.

Ab VZ 2009 wurden diese vier Tatbestände in § 9c zusammengeführt; an den Voraussetzungen änderte sich jedoch nichts.

**Zusammenführung in Abs. 1 Nr. 5:** Seit der erneuten Überführung in Nr. 5 ab VZ 2012 ist die Abziehbarkeit von Kinderbetreuungskosten nicht mehr von besonderen Voraussetzungen auf Seiten der Eltern abhängig, was zwar verfassungsrechtl. nicht geboten war (BFH v. 5.7.2012 – III R 80/09, BStBl. II 2012, 816, unter II.2.b cc (3), Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 7.5.2014 – 2 BvR 2454/12; BFH v. 14.11.2013 – III R 18/13, BStBl. II 2014, 383 Rz. 16 ff.), aber zu einer erheblichen und begrüßenswerten Vereinfachung geführt hat.

**Rechtsentwicklung von Abs. 1 Nr. 5:** 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 Steuerzinsen ersetzt (s. Anm. 500 „Steuerzinsen“). Durch das StEntG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304) wurde Nr. 5 mW ab VZ 1999 wieder gestrichen. Mit dem Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung v. 26.4.2006 (BGBl. I 2006, 1091; BStBl. I 2006, 350) wurde in Nr. 5 mW 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. Durch das StVereinfG v. 1.11.2011 (BGBl. I 2011, 2131; BStBl. I 2011, 986) sind die zuvor zersplitterten Regelungen über den Abzug von Kinderbetreuungskosten mW ab VZ 2012 in Nr. 5 zusammengefasst worden.

#### 142 c) Verfassungsmäßigkeit von Abs. 1 Nr. 5

**Verfassungsrechtliche Pflicht zur Schaffung eines Abzugstatbestands für Kinderbetreuungskosten?** Nach der Rspr. des BVerfG ist jedenfalls der Abzug solcher Kinderbetreuungskosten verfassungsrechtl. geboten, die durch die Er-

werbstätigkeit eines alleinstehenden Elternteils veranlasst sind. Zwar ist es verfassungsrechtl. nicht erforderlich, einen solchen Abzugstatbestand einfachrechtl. den BA/WK zuzuordnen; jedoch müssen die Aufwendungen in realitätsgerechter Höhe abziehbar sein (zum Ganzen BVerfG v. 16.3.2005 – 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268, unter C.II.1). Ein Aufwand für den allgemeinen Betreuungsbedarf iHv. 2640 € pro Kind geht allerdings bereits in die Bemessung des Kinderfreibetrags nach § 32 Abs. 6 ein. Angesichts der Höhe der heutigen Kosten selbst für eine Kinderbetreuung in staatlichen Einrichtungen wird dieser Freibetrag häufig aber noch nicht ausreichen, so dass der Abzug nach Nr. 5 in diesen Fällen verfassungsrechtl. geboten ist. Soweit dies nicht der Fall ist, ist der SA-Tatbestand eher als Lenkungsmaßnahme sowie familienpolitische Fördermaßnahme anzusehen. Erstaunlicherweise ist auch im Titel des einschlägigen Änderungsgesetzes, durch das die Regelungen über Kinderbetreuungskosten in Nr. 5, 8 aF eingefügt worden sind, noch nicht einmal die Förderung der Familie, sondern die Förderung von Wachstum (gemeint ist das Wirtschaftswachstum, nicht das Wachstum von Familien oder Kindern) und Beschäftigung genannt (s. Anm. 140 aE). Letztlich sollte Nr. 5 nach der ursprünglichen Vorstellung des Gesetzgebers also vor allem einen Anreiz darstellen, entgeltliche Dienstleistungen im Bereich der Kinderbetreuung nachzufragen und in der Legalität abzuwickeln.

**Verfassungsmäßigkeit der Begrenzung auf einen Höchstbetrag:** Die im Tatbestand der Nr. 5 enthaltenen mehrfachen Begrenzungen der Höhe nach (s. Anm. 146: Berücksichtigung von nur 2/3 der tatsächlichen Aufwendungen, Begrenzung auf 4000 € pro Kind) sind ebenfalls verfassungsrechtl. gerechtfertigt. Auch in Fällen, in denen ein Abzug dem Grunde nach verfassungsrechtl. geboten ist, ist die Höhe des Betrags idR privat mitveranlasst (zutr. BFH v. 8.5.2012 – III B 2/11, BFH/NV 2012, 1305, unter 2.b). Das BVerfG hat den früheren Höchstbetrag des § 33c iHv. 1500 € pro Kind nicht beanstandet, weil auch der Betreuungsfreibetrag des § 32 Abs. 6 in die Betrachtung einzubeziehen ist (BVerfG v. 20.10.2010 – 2 BvR 2064/08, HFR 2011, 208). Dies muss für den – mit 4000 € deutlich höheren – Höchstbetrag der Nr. 5 auch dann gelten, wenn man einbezieht, dass nach dieser Vorschrift nur 2/3 der Aufwendungen abziehbar sind (glA BFH v. 9.2.2012 – III R 67/09, BStBl. II 2012, 567, zust. Anm. PFIRRMANN, HFR 2012, 837; BFH v. 5.7.2012 – III R 80/09, BStBl. II 2012, 816, krit. Anm. GREITE, FR 2013, 143, Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 7.5.2014 – 2 BvR 2454/12). Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass in den Sachverhalten, die den vorstehend angeführten BFH-Entsch. zugrunde lagen, die tatsächlichen Aufwendungen mit 837 € bzw. 2064 € noch nicht einmal den Betreuungsfreibetrag des § 32 Abs. 6 erreichten, so dass diese Verfahren für eine „trennscharfe“ verfassungsrechtl. Prüfung eigentlich nicht geeignet waren. Die FinVerw. hatte im Hinblick auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit zunächst allen Bescheiden für die VZ 2006 bis 2011, in denen Kinderbetreuungskosten gekürzt worden waren, einen Vorläufigkeitsvermerk beigefügt (zB BMF v. 15.7.2013 – IV A 3 - S 0338/07/10010, BStBl. I 2013, 839); mittlerweile ergehen die Bescheide aber endgültig (BMF v. 11.12.2014 – IV A 3 - S 0338/07/10010, BStBl. I 2014, 1571). Entsprechende Einsprüche sind am 3.11.2014 durch Allgemeinverfügung ohne gesonderte Einspruchsentscheidung (§ 367 Abs. 2b AO) zurückgewiesen worden (Ländererlasse v. 3.11.2014, BStBl. I 2014, 1403).

## 2. Voraussetzungen für den Abzug von Kinderbetreuungskosten

### 143 a) Voraussetzungen in der Person des Kindes: Haushaltszugehörigkeit, Altersgrenze (Abs. 1 Nr. 5 Satz 1)

**Kind iSd. § 32 Abs. 1:** Hierunter fallen die im ersten Grad mit dem Stpfl. verwandten Kinder sowie Pflegekinder (Einzelheiten s. § 32 Anm. 34–50).

**Haushaltszugehörigkeit des Kindes:** Das Kind muss zum Haushalt des Stpfl. gehören. Diese Formulierung ist uE ebenso auszulegen wie die in § 32 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 Satz 10, §§ 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 dessen Einwilligung vorübergehend außerhalb seiner Wohnung aufhält (Einzelheiten s. § 32 Anm. 47 mwN). Auf die melderechtl. Lage kommt es hier (im Gegensatz zur Regelung in § 32 Abs. 6 Satz 8) nicht an (aA TAUSCH/PLENKER, DB 2006, 800 [803]), weil die Besteuerung grds. an den tatsächlich verwirklichten Sachverhalt, nicht aber an Formalien anknüpft. Das Erfordernis der Haushaltszugehörigkeit 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 3 (Kürzung des Höchstbetrags bei Kindern in Ländern mit niedrigem Preisniveau; s. Anm. 148). 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. Lebensjahres:** 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. 148). Nach der Vollendung des 14. Lebensjahres geht der Gesetzgeber – in vertretbarer Typisierung – davon aus, dass Kinder einer kostenträchtigen Betreuung durch Dritte nicht mehr bedürfen.

**Betreuung sowohl von begünstigten als auch von nicht begünstigten Kindern:** Entfällt das Entgelt für eine einheitliche Betreuungsleistung (zB Beschäftigung einer Tagesmutter, die mehrere Kinder unabhängig von ihrem Alter bekoht und ihnen bei den Hausaufgaben hilft) sowohl auf ein unter als auch auf ein über 14 Jahre altes Kind, sind die Aufwendungen aufzuteilen; der BFH hat eine von der FinVerw. vorgenommene Aufteilung nach Köpfen gebilligt (BFH v. 14.11.2013 – III R 18/13, BStBl. II 2014, 383 Rz. 25). Alternativ steht dem Stpfl. uE aber auch der Nachweis offen, dass die Betreuungsleistungen ausschließlich für das altersmäßig noch von Nr. 5 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. Abs. 1 Nr. 5 entspricht damit der zum Kinderfrei-

betrag getroffenen Regelung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 (zu Einzelheiten zum Begriff der Behinderung 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. 18 Satz 3).

**Voraussetzungen in der Person des Steuerpflichtigen** sind ab VZ 2012 nicht mehr vorgesehen. Kinderbetreuungskosten sind seitdem daher auch dann abziehbar, wenn sie nicht wegen Erwerbstätigkeit, Ausbildung, Behinderung oder Krankheit eines Elternteils erwachsen. Dies trägt zur St Vereinfachung bei und ist daher zu begrüßen. Der Gesetzgeber rechnete infolge der Ausdehnung des Kreises der Anspruchsberechtigten mit Mindereinnahmen von 60 Mio. € jährlich (BTDrucks. 17/5125, 27).

#### **b) Art der begünstigten Aufwendungen: Dienstleistungen zur Betreuung (Abs. 1 Nr. 5 Satz 1)** 144

Begünstigt sind Dienstleistungen zur „Betreuung“ eines Kindes. Ausdrücklich ausgenommen sind allerdings Aufwendungen für Unterricht, die Vermittlung besonderer Fähigkeiten sowie für Freizeitbetätigungen (Abs. 1 Nr. 5 Satz 2; s. Anm. 145).

**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). Der Begriff der Betreuung umfasst die Maßnahmen 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. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 3).

**Beispiele:** Gebühren für Kindergärten, -horte, -tagesstätten, -krippen, schulische Über-Mittag-Betreuung und ähnliche Einrichtungen; Entgelte für Babysitter und Tagesmütter; zusätzliche Erstattung von Fahrtkosten an die Betreuungsperson (BFH v. 10.4.1992 – III R 184/90, BStBl. II 1992, 814, unter II.2.a). Bei Au-pair-Mädchen und Haushaltshilfen kann nur der auf die Kinderbetreuung entfallende Anteil abgezogen werden, nicht jedoch die Kosten für die Haushaltsführung (nach BMF v. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 7 kann ohne besonderen Nachweis ein Anteil von 50 % der Au-pair-Tätigkeit der Kinderbetreuung zugeordnet werden).

**Dienstleistungen durch Angehörige:** Dienstleistungen durch den anderen Elternteil des betreuten Kindes sind wegen der Überlagerung durch dessen familienrechtl. Pflichten auch dann nicht begünstigt, wenn der Stpfl. hierfür ein Entgelt leistet (BFH v. 6.11.1997 – III R 27/91, BStBl. II 1998, 187, zu § 33c aF). Andere Angehörige können hingegen mit stl. Wirkung Kinderbetreuungsleistungen iSd. Nr. 5 erbringen, so dass die Vergütung abziehbar ist, wenn die allgemeinen Anforderungen an die Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen erfüllt sind (BFH v. 10.4.1992 – III R 184/90, BStBl. II 1992, 814, unter II.1.; BMF v. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 4). Die FinVerw. erkennt selbst Vereinbarungen an, nach denen die Vergütung des nahen Angehörigen ausschließlich in Fahrtkostenersatz in Form von km-Pauschbeträgen bestehen soll (BMF v. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/

0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 5; FG Ba.-Württ. v. 9.5.2012 – 4 K 3278/11, EFG 2012, 1439, rkr.; uE zweifelhaft).

**Keine Betreuungs-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).

**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 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1, wohl aber aus den Nachweisanforderungen des Satzes 4, der nur eine Zahlung auf ein Bankkonto des Leistungserbringers zulässt (s. Anm. 148). Die FinVerw. scheint allerdings auch Entgelte in Form von Sachleistungen zum Abzug zulassen zu wollen (ab VZ 2012 BMF v. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 5; noch deutlicher bis VZ 2011 BMF v. 19.1.2007 – IV C 4 - S 2221-2/07, BStBl. I 2007, 184 Rz. 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 Betreuungsperson) zwar nicht erfüllt werden; die FinVerw. lässt den Abzug aber gleichwohl zu.

#### 145 c) Keine Aufwendungen für Unterricht und Freizeit (Abs. 1 Nr. 5 Satz 2)

Nach Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 sind Aufwendungen für Unterricht, die Vermittlung besonderer Fähigkeiten (insoweit sehr krit. HEY, NJW 2006, 2001) sowie für sportliche und andere Freizeitbetätigungen nicht begünstigt. Dabei handelt es sich zwar ebenfalls um Dienstleistungen, jedoch sollen sie nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zum SA-Abzug führen, weil sie durch die allgemeinen Kinderfreibeträge abgegolten sind.

**Beispiele:** Schulgeld (das allerdings unter Abs. 1 Nr. 9 fallen kann), Musikunterricht, Sporttraining, Vereinsbeiträge, Computerkurse, Schul-, Vereins- und Gruppenfahrten, gezielter Nachhilfeunterricht. Hingegen sollen Aufwendungen für die allgemeine Hausaufgabenbetreuung abziehbar sein (BFH v. 17.11.1978 – VI R 116/78, BStBl. II 1979, 142, zu § 33a Abs. 3 aF; unter Berufung auf diese Entsch. auch BMF v. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 3).

**In Fällen der Kindergartenbetreuung** stellt der BFH jedoch zu Recht darauf ab, dass der Auftrag des Kindergartens gem. § 22 Abs. 3 SGB VIII auch die Erziehung und Bildung des Kindes umfasst. Wenn in derartigen Einrichtungen frühkindliche Bildung vermittelt wird, steht dies der Abziehbarkeit der gesamten Kindergartenbeiträge nicht entgegen (BFH v. 19.4.2012 – III R 29/11, BStBl. II 2012, 862: Zusatzzahlungen für zweisprachige Betreuung im Kindergarten sind abziehbar). Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 will demgegenüber vor allem solche Sonder-

Dienstleistungen erfassen, die im Vergleich zur Regelbetreuung in einem organisatorisch, zeitlich und räumlich verselbständigten Rahmen stattfinden.

**d) Nachweiserfordernisse (Abs. 1 Nr. 5 Satz 4)**

146

Nach dem Vorbild des § 35a enthält auch Abs. 1 Nr. 5 besondere Nachweiserfordernisse, die der Eindämmung der Schwarzarbeit dienen sollen (BTDrucks. 16/643, 9, 10) und zur Erfüllung dieses Zwecks auch geeignet sind (für Verfassungsmäßigkeit auch BFH v. 8.5.2012 – III B 2/11, BFH/NV 2012, 1305).

**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 formenstrenge ustl. Rechnungsbegriff (§ 14 Abs. 4 UStG) ist nicht maßgebend (BMF v. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 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 Gehaltsabrechnung erteilen (hierzu auch WENDL, HFR 2015, 650). Im Hinblick auf den Normzweck des Satzes 4 (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. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 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 (BFH v. 18.12.2014 – III R 63/13, BStBl. II 2015, 583; auch dann, wenn eine zunächst „schwarz“ und gegen Barzahlung beschäftigte Betreuungskraft nach Ablauf des VZ beim Sozialversicherungsträger angemeldet wird und die anfallenden Beiträge nachentrichtet werden; ebenso zu § 35a BFH v. 20.11.2008 – VI R 14/08, BStBl. II 2009, 307; zu § 4f aF BFH v. 23.3.2012 – III B 126/11, BFH/NV 2012, 1126). Verrechnungsschecks (nicht aber Barschecks) werden hingegen zugelassen (BMF v. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 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 4 verfolgt wird, sind diese formalen Voraussetzungen nicht zu beanstanden, zumal sie vom Stpfl. leicht erfüllt werden können.

**Zahlung von Lohnnebenkosten:** Ist der Stpfl. ArbG der Betreuungsperson und hat er daher LSt oder Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, sind diese auf Konten Dritter geleisteten Beträge nach dem Wortlaut von Abs. 1 Nr. 5 Satz 4 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).

147 Einstweilen frei.

### 148 3. Höhe des Sonderausgabenabzugs (Abs. 1 Nr. 5 Sätze 1 und 3)

Die Höhe des Abzugs ist in mehrfacher Weise begrenzt (zur Verfassungsmäßigkeit dieser Begrenzungen s. Anm. 142).

**Begrenzung der abziehbaren Aufwendungen auf zwei Drittel der geleisteten und dem Grunde nach begünstigungsfähigen Aufwendungen:** Nach Abs. 1 Nr. 5 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. 5 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 in Nr. 5 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. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 18). 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.

► *Steuerfreie Zuschüsse nach § 3 Nr. 33:* Erhält der Stpfl. von seinem ArbG Zuschüsse zu Kinderbetreuungskosten, die nach § 3 Nr. 33 steuerfrei sind, steht ihm gleichwohl der volle Höchstbetrag nach Nr. 5 zur Verfügung. Die darin liegende Ungleichbehandlung zu Stpfl., die derartige Zuschüsse nicht erhalten, ist nicht verfassungswidrig (BFH v. 5.7.2012 – III R 80/09, BStBl. II 2012, 816, unter II.3). Die StFreiheit der Zuschüsse steht einem Abzug der Kinderbetreuungskosten nach Nr. 5 uE nicht entgegen, weil Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 hier nicht anwendbar ist (str., s. näher Anm. 43).

► *Betreuungsgeld nach § 4a BEEG und vergleichbaren Länderregelungen:* Auch dies steht uE der Inanspruchnahme des SA-Abzugs für tatsächlich entstehende Kinderbetreuungskosten nicht entgegen, weil Zweck des Betreuungsgeldes nur die Entlastung der staatlichen Betreuungsangebote ist, nicht aber die völlige Vermeidung einer externen Kinderbetreuung (aA für Teilbereiche wohl FinMin. Schl.-Holst. v. 27.5.2015 – VI 303 - S 2263 - 010, DStR 2015, 2181). § 4a BEEG ist zwar durch das BVerfG (BVerfG v. 21.7.2015 – 1 BvF 2/13, BVerfGE 140, 65) aufgehoben worden; in einigen Bundesländern gelten aber vergleichbare Regelungen.

► *Mehrfacher Höchstbetrag bei abschnittsweiser Haushaltszugehörigkeit zu beiden Elternteilern:* 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 verheirateter) Elternteile gehört, für jeden Elternteil gesondert gilt. Einerseits heißt es zwar „4000 Euro je Kind“; 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 vorzugswürdig; sie wird auch von der ganz herrschenden Auffassung vertreten (BMF v. 14.3.2012 – IV C 4 - S 2221/07/0012:012, BStBl. I 2012, 307 Rz. 14, 17, 28; BTDrucks. 16/643, 9; WARNKE, EStB 2006, 182; TAUSCH/PLENER, DB 2006, 800 [804]).

**Begrenzung des Höchstbetrags bei nicht unbeschränkt steuerpflichtigen Kindern (Abs. 1 Nr. 5 Satz 3):** 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. 6 Satz 4, § 33a Abs. 1 Satz 6, Abs. 2 Satz 2 enthalten; auch die Vorläufernorm des § 33c Abs. 3 Satz 1 sah diese Rechtsfolge vor. Die FinVerw. ordnet die einzelnen Wohnsitzstaaten mit Billigung des Gesetzgebers (BTDrucks. 16/643, 9, 10) bestimmten Ländergruppen zu, in denen die Höchstbeträge jeweils zu 25, 50, 75 oder 100 % anzusetzen sind (für VZ 2008/09 BMF v. 9.9.2008 – IV C 4 - S 2285/07/0005, BStBl. I 2008, 936; für VZ 2010/11 BMF v. 6.11.2009 – IV C 4 - S 2285/07/0005, BStBl. I 2009, 1323; für VZ 2012/13 BMF v. 4.10.2011 – IV C 4 - S 2285/07/0005:005, BStBl. I 2011, 961; für VZ 2014/15 BMF v. 18.11.2013 – IV C 4 - S 2285/07/0005/013, BStBl. I 2013, 1462; für VZ ab 2017 BMF v. 20.10.2016 – IV C 8 - S 2285/07/10005:016, BStBl. I 2016, 1183). 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).

**Abzugsberechtigung bei nicht miteinander verheirateten Eltern:** Hier ist nur derjenige Elternteil abzugsberechtigt, der die Kinderbetreuungskosten tatsächlich gezahlt hat (BFH v. 25.11.2010 – III R 79/09, BStBl. II 2011, 450; zu § 4f); der Abzug von Drittaufwand ist bei SA grds. nicht möglich (s. ausführl. Anm. 36 mwN).

**Berechnungsschema:** Aus dem Zusammenwirken der unterschiedlichen Abzugsbegrenzungen ergibt sich der folgende Prüfungsablauf:

- Ausscheiden der nicht begünstigten Aufwendungen (zB Sachleistungen, Unterricht, Freizeitbetätigungen, s. Anm. 145; nicht durch Rechnung und Bankzahlung nachweisbare Aufwendungen, s. Anm. 146);
- Begrenzung dieser dem Grunde nach begünstigungsfähigen Aufwendungen auf zwei Drittel des geleisteten Betrags;
- Ermittlung des für das jeweilige Kind maßgebenden Höchstbetrags (entweder 4000 € nach Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 oder Kürzung bei Auslandskindern nach Satz 3);
- Vergleich dieses Höchstbetrags mit 2/3 der begünstigungsfähigen Aufwendungen; der niedrigere Betrag ist nach Nr. 5 als SA abzuziehen.

Einstweilen frei.

149

## VII. Steuerberatungskosten (Abs. 1 Nr. 6 aF)

**Schrifttum:** KRIEDEL, Die einkommensteuerliche Behandlung von Steuerberatungskosten, Auswirkungen des Wegfalls des Sonderausgabenabzugs ab 1. Januar 2006, StWa. 2006, 103; PAUS, Steuerlicher Abzug von Steuerberatungskosten, EStB 2008, 172; SCHMITT, Ab-

grenzungsprobleme bei der Zuordnung von Steuerberatungskosten, NWB (2008) F. 3, 14969; KANZLER, Einige Bemerkungen zum Abzugsverbot für private Steuerberatungskosten, in TIPKE/SEER/HEY/ENGLISH (Hrsg.), Gestaltung der Steuerrechtsordnung, FS Joachim Lang, Köln 2010, 601.

- 150 **Rechtsentwicklung:** Mit Wirkung ab VZ 2006 ist der seit 1965 bestehende SA-Abzugstatbestand für Steuerberatungskosten aufgehoben worden (Ges. zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm v. 22.12.2005, BGBl. I 2005, 3682; BStBl. I 2006, 79). Zwar gehörte es zu den erklärten Zielen der die BReg. in der 17. Legislaturperiode tragenden CDU/CSU/FDP-Koalition, den SA-Abzug für private Steuerberatungskosten wieder einzuführen (Koalitionsvertrag v. 26.10.2009, 13); dieses Versprechen ist jedoch bis zum Ende der Legislaturperiode nicht eingelöst worden.

**Verfassungsmäßigkeit der Nichtabziehbarkeit privater Steuerberatungskosten:** Die Aufhebung der Nr. 6 aF war verfassungsgemäß (zutr. BFH v. 4.2.2010 – X R 10/08, BStBl. II 2010, 617; BFH v. 16.2.2011 – X R 10/10, BFH/NV 2011, 977, jeweils unter Berufung auf die in der Voraufgabe dieser Kommentierung vertretene Auffassung; daran anschließend BFH v. 17.10.2012 – VIII R 51/09, BFH/NV 2013, 365, unter II.1.b; BFH v. 25.3.2013 – IX B 186/12, BFH/NV 2013, 1089; BFH v. 28.5.2015 – VIII B 40/14, BFH/NV 2015, 1565). Da gegen keine diese Entsch. eine Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde, ergehen entsprechende EStBescheide inzwischen nicht mehr vorläufig (BMF v. 25.4.2013 – IV A 3 - S 0338/07/10010, BStBl. I 2013, 459). Einsprüche, die auf die Verfassungswidrigkeit der Aufhebung der Nr. 6 aF gestützt worden sind, sind auf der Grundlage des § 367 Abs. 2b AO ohne Einspruchsentscheidung im Einzelfall durch Allgemeinverfügung zurückgewiesen worden (Ländererlasse v. 25.3.2013 – S 0338 - 40 - V A 2, BStBl. I 2013, 348).

**Erläuterungen zu der bis Veranlagungszeitraum 2005 geltenden Rechtslage:** Insoweit wird auf die ausführliche Kommentierung der Nr. 6 aF (Anm. 220 ff.) – September 2009 –, abrufbar im elektronischen HHR-Online-Archiv ([www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm)) verwiesen. Zur Abgrenzung zwischen privaten (und daher seit VZ 2006 nicht mehr abzählbaren) Steuerberatungskosten einerseits und BA/WK andererseits s. auch § 4 Anm. 874 „Steuerberatung und Steuerprozess“.

151–159 Einstweilen frei.

### VIII. Ausbildungskosten (Abs. 1 Nr. 7)

**Schrifttum** DRENECK, Studium und Berufsausbildung im Einkommensteuerrecht, StuW 1999, 3; BERNHARD, Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze, NWB (2004) F. 2, 8501; DRENECK, 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; LOSCHOLDER, 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.

**1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 7**

**Regelungsinhalt:** Abs. 1 Nr. 7 ermöglicht – beschränkt auf einen Höchstbetrag – den Abzug von Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (zum Begriff der Berufsausbildung s. Anm. 162, zu den begünstigten Aufwendungen s. Anm. 165, 171, 172). Problematisch ist insbes. das Verhältnis zum WK-Abzug, der wegen der fehlenden betragsmäßigen Begrenzung und der Möglichkeit des Verlustvortrags in vielen Fällen günstiger ist.

**Historische Einordnung** (zu weiteren 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 JStG 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. Mit dem BeitrRLUMsG v. 7.12.2011 (BGBl. I 2011, 2592; BStBl. I 2011, 1171) wurde der Höchstbetrag auf 6000 € erhöht.

**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 entbehrlich zu machen, wurde zunächst verfehlt, weil der WKAbzug in vielen Fällen günstiger ist (keine Begrenzung auf Höchstbeträge, Möglichkeit des Verlustvortrags). Dies hatte eine beinahe uferlose Rspr. zur Abgrenzung zwischen Aus- und Fortbildungskosten hervorgerufen. Aufgrund der Neuorientierung der Rspr. zu dieser Abgrenzungsfrage (nunmehr weitestgehend Zuordnung zu den BA/WK; BFH v. 4.12.2002 – VI R 120/01, BStBl. II 2003, 403; BFH v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407; s. § 12 Anm. 161) sah sich der Gesetzgeber im Jahr 2004 gezwungen, zunächst in § 12 Nr. 5, ab 2011 dann in § 9 Abs. 6 festzuschreiben, dass Aufwendungen für die erstmalige Berufsausbildung und ein Erststudium grds. nicht zu den BA/WK gehören, so dass derartige Aufwendungen nunmehr den Hauptanwendungsfall der Nr. 7 darstellen (ausführl. zur Systematik und Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung § 9 Anm. 9b ff., 606 ff.).

**Zweckverfehlung:** Als Fördermaßnahme für Erstausbildungen ist eine Steuer-subvention – noch dazu ein SA-Tatbestand, der keinen Verlustvortrag ermöglicht – uE verfehlt, denn von der Förderung können nur solche Auszubildende oder Studierende profitieren, die – ggf. gemeinsam mit ihrem Ehegatten – über ein zVE 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.

Einstweilen frei.

161

## 2. Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 1)

### 162 a) Begriff der Berufsausbildung

**Berufsausbildung iSd. Abs. 1 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 (BTD Drucks. V/3430, 8). Nach der Neuorientierung der Rspr. zu den Fortbildungskosten und der Schaffung zunächst des § 12 Nr. 5 ab VZ 2004, ab VZ 2011 dann des § 9 Abs. 6, die Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung und für ein Erststudium vom Abzug als BA/WK ausschließen, wird der Begriff der Berufsausbildung iSd. Nr. 7 nunmehr wesentlich durch die Abgrenzung zum WK-Abzug bestimmt. Ausführlich zur Abgrenzung zwischen Ausbildungskosten (SA) und Fortbildungskosten (WK) s. § 9 Anm. 241–253; zu den in § 9 Abs. 6 verwendeten Begriffen „erstmalige Berufsausbildung“ und „Erststudium“ s. § 9 Anm. 611 f.; BMF v. 22.9.2010 – IV C 4 - S 2227/07/10002:002, BStBl. I 2010, 721. Hier liegt nunmehr der Hauptanwendungsbereich der Nr. 7. 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).

**Abgrenzung zum gleichlautenden Begriff aus anderen Regelungsbereichen:** Der in Abs. 1 Nr. 7 verwendete Begriff „Berufsausbildung“ ist normspezifisch auszulegen, so dass in Randbereichen keine volle Übereinstimmung mit dem gleichlautenden, in anderen Normzusammenhängenden Begriff besteht.

► *Berufsbildungsgesetz:* Nach der Definition des § 1 Abs. 3 Berufsbildungsgesetz 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 Zweckerichtungen 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; BFH v. 19.2.2002 – VIII R 83/00, BStBl. II 2002, 469).

► *Familienleistungsansgleich:* 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 Zweckerichtungen 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; BFH 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).

**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; BFH 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 allgemeinen 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.

### b) Einzelfälle Berufsausbildung

163

**Fallgruppen fehlender Tatbestandserfüllung:** Mangels Berufsvorbereitung ist ein SA-Abzug nicht möglich bei Aufwendungen für

#### ► *Hobbykurse*

**Beispiele:** Jägerprüfung, die nicht der Schaffung einer Erwerbsquelle dienen soll (BFH v. 10.1.2012 – VI B 92/11, BFH/NV 2012, 783; zB Jägerprüfung einer älteren Ärztin: FG Bremen v. 29.8.1974 – I 64/73, EFG 1975, 10, rkr.; Jägerprüfung eines Organisationsleiters landwirtschaftlicher Kongresse: FG Berlin v. 10.11.1978 – III 220/77, EFG 1979, 438, rkr.); Musikausbildung eines älteren Richters (FG Berlin v. 3.5.1976 – III 163/75, 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 – 11 K 1979/95 E, EFG 1997, 602, rkr.; uE unzut. aA FG Düss. v. 13.2.1992 – 10 K 663/87 E, EFG 1992, 452, rkr.: kein Abzug 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 – 7 K 2672/93, EFG 1994, 787, rkr.); Sprachkurs, der lediglich der Allgemeinbildung dient (FG München v. 26.9.1997 – 8 K 642/95, 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) oder zur Vorbereitung eines Hochschulstudiums in Deutschland (BFH v. 5.7.2007 – VI R 72/06, BFH/NV 2007, 2096; FG Nürnberg v. 23.4.2015 – 6 K 1542/14, EFG 2015, 2052, rkr.).

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; BFH v. 5.8.1977 – VI R 246/74, BStBl. II 1977, 834).

► *ein Seniorenstudium*, das – auch 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 damaligen § 12 Nr. 5 [heute § 9 Abs. 6] nicht in der Eröffnung

des SA-Abzugs, sondern in dem Ausschluss des WK-Abzugs liegt). Zwar existiert bei Abs. 1 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);

► *Webrübungen*, wenn nicht erkennbar ist, dass der Teilnehmer später als Soldat Einkünfte erzielen will (Hess. FG v. 16.11.1979 – IV 55/78, 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).

- 164 **c) Zusätzliche Fördertatbestände in früheren Fassungen von Abs. 1 Nr. 7 Hauswirtschaftliche Ausbildungen** waren bis 1989 ausdrücklich in Abs. 1 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.

**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 Abs. 1 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 (FISCHER in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 10 Rz. 49; OFD Hannover v. 19.8.2004 – S 2354-399 - StH 214, DStR 2004, 1790, unter II.).

- 165 **d) Begünstigte Aufwendungen**

Abziehbar sind alle mit der Berufsausbildung in Zusammenhang stehenden Aufwendungen. Dies gilt ausdrücklich auch bei Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 3; s. Anm. 171). Für Mehraufwendungen für Verpflegung, Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer, die Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte sowie Mehraufwendungen für dHf. gelten die einschlägigen Abzugsbeschränkungen (Nr. 7 Satz 4, s. Anm. 172).

**Veranlassungsprinzip:** Ähnlich wie beim BA- und WK-Abzug 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:** Insbesondere 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 Berufskleidung). Sofern die in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 Satz 2 iVm. § 6 Abs. 2 genannte Grenze von 800 € (bis VZ 2017: 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 „Arbeitsmittel“ EStH 2016);

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 – 12 K 258/00, EFG 2001, 285, rkr.: „Focus“ bei einem Politologiestudenten).

► *Fahrtkosten*: Für die Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte gilt gem. Abs. 1 Nr. 7 Satz 4 iVm. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 die Regelung über die Entfernungspauschale (s. Anm. 172). Danach ist für regelmäßige Fahrten ein Pauschalbetrag von 0,30 € je Kilometer unabhängig vom benutzten Verkehrsmittel anzusetzen. 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). Dies ist uE wegen des grundsätzlichen 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 – V 76/78, 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 Satz 1 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 – VII 96/75, 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; BFH 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 (zutr. R 10.9 Abs. 1 Satz 2 EStR 2012).

**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; BFH v. 7.2.2008 – VI R 41/05, BFH/NV 2008, 1136, unter II.2.; FG Hamb. v. 9.12.1999 – II 351/98, EFG 2000, 548, rkr.). Durch die Kreditfinanzierung von Ausbildungskosten

kann der Abzugszeitpunkt daher nicht in spätere VZ mit typischerweise höheren StSätzen verlagert werden. Anders ist dies jedoch zu beurteilen, wenn Ausbildungskosten (zB bei bestimmten Studiengebührenmodellen) erst nach Abschluss des Studiums fällig werden. Hier ist der Zeitpunkt der Zahlung maßgeblich, der ggf. lange nach Abschluss der Ausbildung liegen kann (zutr. R 10.9 Abs. 2 EStR 2012). Steuerlich sind derartige Modelle idR günstig, weil der Stpfl. im Zeitpunkt der Zahlung zumeist höhere Einkünfte erzielen wird als während der Ausbildung.

166–167 Einstweilen frei.

### 168 e) Begrenzung des Abzugs auf einen Höchstbetrag

**Höhe des Höchstbetrags:** Der Abzug der Aufwendungen als SA ist auf einen Höchstbetrag von 6 000 € im Kj. beschränkt, der bei Ehegatten jeder Person gesondert zusteht (Nr. 7 Satz 2, s. Anm. 170). Bis VZ 2011 belief sich der Höchstbetrag auf 4 000 €, bis VZ 2003 sogar nur auf 920 €, bei auswärtiger Unterbringung (s. Anm. 171) auf 1 227 €; zur Entwicklung der Höchstbeträge in früheren VZ s. Anm. 160. Ursprünglich orientierte sich der Höchstbetrag an der Höhe des Kinderfreibetrags und des Unterhaltshöchstbetrags nach § 33a Abs. 1 (BTD Drucks. V/3430, 10); diese Anknüpfung ist aber im Laufe der Zeit in Vergessenheit geraten.

**Außergewöhnliche Belastungen:** Aufwendungen, die den Höchstbetrag übersteigen, können als agB abgezogen werden, sofern die Voraussetzungen des § 33 im Übrigen erfüllt sind. Der grundsätzliche Nachrang des § 33 gilt für Aufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 ausdrücklich nicht (§ 33 Abs. 2 Satz 2; s. § 33 Anm. 205). 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 SÖHN in KSM, § 10 Rz. J 274 [6/2002]).

169 Einstweilen frei.

### 170 3. Anwendung bei Ehegatten (Abs. 1 Nr. 7 Satz 2)

**Ehegatten:** 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 (Abs. 1 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]).

**Eingetragene Lebenspartner:** Gemäß § 2 Abs. 8 sind die für Ehegatten geltenden Regelungen auch auf eingetragene Lebenspartner gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften anzuwenden.



**4. Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 3)** 171

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 seither geltenden Fassungen 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; BMF v. 22.9.2010 – IV C 4 - S 2227/07/10002:002, BStBl. I 2010, 721 Rz. 29). Sofern es sich aber um eine dHf. handelt, gelten über Nr. 7 Satz 4 die Regelungen in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 entsprechend (s. Anm. 172).

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 Abs. 1 Nr. 7 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.

**5. Anwendung von Abzugsbeschränkungen (Abs. 1 Nr. 7 Satz 4)**

172

Einige Abzugsbeschränkungen aus dem Bereich der BA/WK sind auch auf Ausbildungskosten anzuwenden; Abs. 1 Nr. 7 Satz 4 verweist insoweit auf die einschlägigen Normen der §§ 4, 9.

**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.). Die Aufwendungen sind auch dann (anteilig) abziehbar, wenn das Arbeitszimmer sowohl zur Einkunftserzielung als auch für eine unter Abs. 1 Nr. 7 fallende Ausbildung genutzt wird, sofern 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; BFH v. 29.4.1992 – VI R 33/89, BFH/NV 1992, 733; BMF v. 6.10.2017 – IV C 6 - S 2145/07/10002:019, BStBl. I 2017, 1320, Rz. 24, 19f.). Umfassend zur sinn gemäßen Anwendung der Abzugsbeschränkung für Arbeitszimmer im Rahmen von Abs. 1 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 erster Tätigkeitsstätte (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, Abs. 2, Abs. 4 Satz 8, s. § 9 Anm. 440–462, 562).

**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. 489–501).

**Mehraufwendungen für Verpflegung:** Hier gelten ab VZ 2014 die Beschränkungen und die Pauschbeträge des § 9 Abs. 4a (s. § 9 Anm. 563 ff.); bis VZ 2013 verwies Abs. 1 Nr. 7 Satz 4 auf die Vorläuferregelung in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5.

Einstweilen frei.

173–189

**IX. Schulgeld (Abs. 1 Nr. 9)**

**Schrifttum:** JUNG, Schulgeldzahlungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 9 des Einkommensteuergesetzes, BB 1992, 615; MEILICKE, Unvereinbarkeit des § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit Eu-

roparecht, 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; EBNER, Steuersystematische, verfassungs- und europarechtliche Untersuchung des § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG unter Einbeziehung der Urteile des EuGH vom 11.9.2007, Rs. C-76/05 und Rs. C-318/05, DStZ 2009, 645; SCHAFFHAUSEN/PLENKER, Neuregelung des Sonderausgabenabzugs von Schulgeldzahlungen, DStR 2009, 1123; FÖRSTER, Lohnt sich Bildung für den Steuerpflichtigen?, DStR 2012, 486.

## 190 1. Einordnung von Abs. 1 Nr. 9

Abs. 1 Nr. 9 ermöglicht den Abzug von Teilen des Entgelts für den Besuch bestimmter (Privat-)Schulen.

**Historische Einordnung:** 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) mW 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. Der EuGH hat im Jahr 2007 die grundsätzliche Beschränkung des Abzugs auf Inlandsschulen als europarechtswidrig angesehen (EuGH v. 11.9.2007 – C-318/05 – Kommission/Deutschland, Slg 2007, I-6957; EuGH v. 11.9.2007 – C-76/05 – Schwarz, Slg 2007, I-6849). Mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) wurde Abs. 1 Nr. 9 daraufhin an die europarechtl. Anforderungen angepasst; zugleich wurde eine Höchstgrenze von 5000 € eingeführt. Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Änderung durch das JStG 2009 s. § 52 Abs. 24a Satz 4, 5 EStG 2008 und ausführl. § 10 Anm. 270 – Stand 11/2013 –; zur Rechtslage vor VZ 2008 s. § 10 Anm. 290–294 – Stand September 2013 –, jeweils abrufbar im elektronischen HHR-Online-Archiv ([www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm)). Trotz der Europarechtswidrigkeit einer bestands- oder rechtskräftigen Versagung des SA-Abzugs von Schulgeldzahlungen an Schulen in anderen EU-Staaten kommt ein Billigkeitserlass grds. nicht in Betracht (BFH v. 21.1.2015 – X R 40/12, BStBl. II 2016, 117).

**Wirtschaftliche Bedeutung:** In den letzten Jahren ist die Zahl der Privatschulen in Deutschland stark angestiegen: Im Jahr 2012 bestanden 5467 allgemein- oder berufsbildende Privatschulen in Deutschland, die 8,4 % aller Schüler unterrichteten (Quelle: Verband deutscher Privatschulverbände, [www.vdpnord.de](http://www.vdpnord.de)).

**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.; BFH 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 krit. daher THIEL/EVERSBERG, DB 1991, 118 (127); ähnlich SÖHN in KSM, § 10 Rz. L 11 f. (6/2002): Anstelle einer punktuellen Förderung bestimmter Eltern sollte der Gesetzgeber eher den allgemeinen Kinderleistungsausgleich und die allgemeinen Bildungsangebote verbessern. Die Streichung des Tatbestands wäre uE im Hinblick auf die sich seit 2008 massiv stellenden Probleme der Anerkennung ausländ. Abschlüsse zusätzlich auch aus Vereinfachungsgründen zu empfehlen (s. auch Anm. 203; aA EBNER, DStZ 2009, 645).

**Vereinbarkeit der Regelung mit Europarecht:** Siehe Anm. 197.

Einstweilen frei.

191–194

## 2. Voraussetzungen für den Abzug von Schulgeld

### a) Kind, für das der Steuerpflichtige Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder Kindergeld hat 195

Abs. 1 Nr. 9 ermöglicht den Abzug des Schulgeldes, das der Stpfl. für ein Kind entrichtet, für das er Anspruch auf einen Kinderfreibetrag (§ 32) oder auf Kindergeld (§§ 62, 63) hat (zu Einzelfragen s. § 62 Anm. 1 ff., § 63 Anm. 1 ff.). 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.

Einstweilen frei.

196

### b) Schulen, die in freier Trägerschaft oder überwiegend privat finanziert sind (Abs. 1 Nr. 9 Satz 1) 197

Gemäß Abs. 1 Nr. 9 Satz 1 setzt die Abziehbarkeit von Schulgeldzahlungen voraus, dass sie für den Besuch einer „Schule“ entrichtet werden 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. 211 sowie BMF v. 9.3.2009 – IV C 4 - S 2221/07/0007, BStBl. I 2009, 487 Rz. 4; NACKE, DB 2008, 2792 [2794]); auch ein Abzug nach § 33 ist in diesen Fällen nicht möglich (BFH v. 17.12.2009 – VI R 63/08, BStBl. II 2010, 341). Bei ausländ. Bildungseinrichtungen wird man eine vergleichende Betrachtung zu entsprechenden inländ. Einrichtungen vornehmen müssen (ähnlich für die bis VZ 2007 geltende Rechtslage BFH v. 9.11.2011 – X R 24/09, BStBl. II 2012, 321); 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). Insbesondere Schulen in kirchlicher Trägerschaft fallen daher unter Abs. 1 Nr. 9, selbst wenn ihr Träger eine KdöR ist, weil Kirchen freie Träger im Sinne des 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 Abs. 1 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 Dienstleistungsfreiheit nicht als berührt an; europarechtl. Relevanz besteht aber weiterhin hinsichtlich der Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit (s. EuGH v. 11.9.2007 – C-318/05 – Kommission/Deutschland, Slg 2007, I-6957; EuGH v. 11.9.2007 – C-76/05 – Schwarz, Slg 2007, I-6849). Keine europarechtl. Probleme bestehen hingegen bei ausländ. staatlichen Schulen, die nicht überwiegend privat finanziert werden. Hier wären Schulgeldzahlungen auch in Deutschland nicht abziehbar (ebenso BFH v. 9.11.2011 – X R 24/09, BStBl. II 2012, 321, unter II.2.b bb; FG Münster v. 19.6.2009 – 14 K 1652/06, EFG 2010, 49, rkr.).

#### 198 c) Belegenheit der Schule (Abs. 1 Nr. 9 Sätze 2 und 4)

**Belegenheit in einem EU-/EWR-Staat (Abs. 1 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; BFH v. 13.6.2013 – X B 232/12, BFH/NV 2013, 1416).

**Deutsche Schulen im Ausland** sind gem. Abs. 1 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).

Einstweilen frei.

199–200

#### d) Anforderungen an den Schulabschluss (Abs. 1 Nr. 9 Sätze 2 und 3)

##### aa) Schulen, die zu einem allgemeinbildenden oder berufsbildenden Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss führen (Abs. 1 Nr. 9 Satz 2)

201

Diese Alternative umfasst – im Gegensatz zu Abs. 1 Nr. 9 Satz 3 – Schulen, die selbst zu einem der genannten Abschlüsse führen. Die Anerkennung des Abschlusses setzt einen Grundlagenbescheid der Schulbehörde voraus (s. Anm. 203).

**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 Abs. 1 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. (Fach-)Hochschulen fallen weder unter dem Gesichtspunkt der Berufsbildung noch dem der Allgemeinbildung unter Nr. 9 (zutr. FG Münster v. 14.8.2015 – 4 K 1563/15, EFG 2015, 1797, nrkr., Az. BFH X R 32/15; ebenso zur Rechtslage bis VZ 2007 BFH v. 29.4.2009 – X R 30/08, BFH/NV 2009, 1623).

**Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss:** Abs. 1 Nr. 9 erfasst ausdrücklich nicht nur (einen Schulabschnitt beendende) Schulabschlüsse, sondern daneben auch (bloße) Jahrgangsabschlüsse. Berufsabschlüsse können an berufsbildenden Schulen erworben werden.

##### bb) Einrichtungen, die auf einen derartigen Abschluss ordnungsgemäß vorbereiten (Abs. 1 Nr. 9 Satz 3)

202

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.

**Ordnungsgemäße Vorbereitung:** Dieses Merkmal erfordert einen festgelegten Lehrplan („Ordnung“). Die FinVerw. fordert – im Hinblick auf den Gesetzeszweck uE zutr. – einen staatlich vorgegebenen, genehmigten oder beaufsichtigten Lehrplan (BMF v. 9.3.2009 – IV C 4 - S 2221/07/0007, BStBl. I 2009, 487 Rz. 2; Volkshochschulen reichen aus). Kommerzielle Nachhilfeeinrichtungen, die lediglich eine punktuelle Unterstützung anbieten, sind daher nicht begünstigt, auch wenn ihr Angebot allgemeinbildenden Charakter haben und auf staatliche Schulabschlüsse vorbereiten kann.

**Anerkennung durch Grundlagenbescheid nicht erforderlich:** Im Gegensatz zu den Fällen des Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 (s. Anm. 203) ist hier eine Anerkennungsentscheidung durch Verwaltungsakt nicht zwingend (BFH v. 20.6.2017 – X R

26/15, DStR 2017, 2531). Die Voraussetzungen von Abs. 1 Nr. 9 Satz 3 sind vielmehr im Einzelfall vom FA bzw. FG festzustellen.

### 203 e) Anforderungen an die Anerkennung des Schulabschlusses (Abs. 1 Nr. 9 Satz 2)

Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 Halbs. 2 enthält kompliziert formulierte Alternativen für die erforderliche Anerkennung der in Anm. 201 genannten Abschlüsse. Dabei wird zum einen differenziert nach der Stelle, die die Anerkennung ausspricht, zum anderen nach dem Bezugspunkt der Anerkennung.

**Anerkennende Stelle** sind nach dem Gesetz die folgenden Behörden (zum Anerkennungsverfahren SCHAFFHAUSEN/PLENER, DStR 2009, 1123):

► *Zuständiges inländisches 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).

► *Inländische 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). Aufgrund der ab VZ 2008 geltenden Fassung der Nr. 9 müssen diese Zeugnisanerkennungsstellen für Auslandsschulen schon zu rein stl. Zwecken tätig werden müssen, ohne dass es um die konkrete Anerkennung eines Zeugnisses geht; dies kann erheblichen zusätzlichen Verwaltungsaufwand verursachen (krit. auch BIEHLE, DStZ 2008, 495 [498]).

**Bezugspunkt der Anerkennung**. Hier nimmt das Gesetz die folgende Differenzierung vor:

► *Anerkennung des Abschlusses*: 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).

► *Anerkennung der Gleichwertigkeit des Abschlusses*: Neben der unmittelbaren Anerkennung des Abschlusses genügt es, wenn der Abschluss als gleichwertig (im Verhältnis zu dem Abschluss einer öffentlichen Schule) anerkannt wird. Hier sind vor allem Auslandsschulen erfasst, deren Anerkennung im Inland eine Prüfung der Gleichwertigkeit – idR durch die Zeugnisanerkennungsstellen (s.o.) voraussetzt.

**Bindungswirkung der Anerkennung**: Die Anerkennungsentscheidung ergeht in Form eines Verwaltungsakts (BFH v. 20.8.2014 – X R 17/13, BFH/NV 2015, 320 Rz. 16). Dieser ist als Grundlagenbescheid für die FinVerw. – und nachfolgend ggf. die Finanzgerichte – bindend (BFH v. 9.11.2011 – X R 24/09, BStBl. II 2012, 321 Rz. 30; BFH v. 20.8.2014 – X R 17/13, BFH/NV 2015, 320 Rz. 17; OFD Magdeburg v. 22.5.2009 – S 2221 - 34 - St 224, IStR 2009, 784; SCHAFFHAUSEN/PLENER, DStR 2009, 1123 [1124f.]; FÖRSTER, DStR 2012, 486 [488]; ebenso zur Rechtslage bis VZ 2007 BFH v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518, unter 1.). Ist ein Schulabschluss nicht anerkannt, braucht

das FA daher keine Ermittlungen vorzunehmen, ob er theoretisch anerken-  
nungsfähig wäre. Sieht das Landesschulrecht allerdings für schulische Zwecke  
keine förmliche Entsch. vor, hat die zuständige Stelle für stl. Zwecke einen sol-  
chen Verwaltungsakt zu erlassen (BFH v. 20.8.2014 – X R 17/13, BFH/NV  
2015, 320 Rz. 22); die bloße schriftliche Schilderung einer Schulleiterin ohne Re-  
gelungsgehalt reicht hierfür indes nicht aus (BFH v. 20.8.2014 – X R 17/13,  
BFH/NV 2015, 320 Rz. 23 ff.). Die Beibringung des entsprechenden Verwal-  
tungsakts ist grds. Sache des Stpfl. (BFH v. 20.8.2014 – X R 17/13, BFH/NV  
2015, 320 Rz. 31).

Einstweilen frei.

204

### 3. Umfang des Abzugs

#### a) Begriff des Schulgeldes (Abs. 1 Nr. 9 Satz 1)

205

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 Schul-  
betriebs 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 Kin-  
des entfällt, ist es vom SA-Abzug ausgeschlossen und geht nicht in die Bem-  
essungsgrundlage für die abziehbaren 30 % ein. Dies betrifft im Wesentlichen In-  
ternate sowie Schulen mit Ganztagsbetreuung (zur Aufteilung beim Schulträger  
JUNG, BB 1992, 615). Hintergrund ist, dass derartige Aufwendungen durch die  
allgemeinen 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 vertrag-  
lich vereinbarte Schulgeld (zB weil er sich den besonderen bildungspolitischen  
oder weltanschaulichen Zielen der Schule verpflichtet fühlt), handelt es sich in-  
soweit nicht um „Schulgeld“ iSd. Abs. 1 Nr. 9. Allerdings kann der übersteigen-  
de 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 – IV B 4 - S 2223-378/90, BStBl. I 1992, 266). Die Fin-  
Verw. 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 – S 2221A - St 32 - 3, DStR 2004, 180; uE zweifelhaft,  
weil es sich nicht um Schulgeld handelt; s. zu „halb freiwilligen“ Elternhilfe-Bei-  
trägen auch OFD Rhld. v. 29.9.2005/27.8.2007 – Nr. 046/2005, IStR 2007,  
902).

**Abzugsberechtigung:** Abzugsberechtigt sind nur die Eltern, nicht das Kind  
selbst (wenn das Kind das Schulgeld zahlt, handelt es sich bei ihm um Ausbil-

dungskosten iSd. Abs. 1 Nr. 7). Zahlen die Eltern das Schulgeld, sind sie abweichend von den allgemeinen Grundsätzen aber auch dann zum SA-Abzug berechtigt, wenn das Kind Vertragspartner des Schulvertrags ist (s. Anm. 37 aE mwN).

#### 206 b) Ermittlung des abziehbaren Teils des Schulgelds (Abs. 1 Nr. 9 Satz 1)

**Begrenzung des Abzugs:** Der abziehbare Teilbetrag ist sowohl relativ als auch absolut begrenzt. Zum einen sind nur 30 % des Schulgeldes (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; ausführl. BFH v. 8.6.2011 – X B 176/10, BFH/NV 2011, 1679). Auch der EuGH hat eine insoweit vergleichbare italienische Regelung, nach der nur ein Anteil von 19 % des Schulgeldes abziehbar war, in Bezug auf die (für in- und ausländ. Schulen gleichermaßen geltende Abzugsbeschränkung) gebilligt (EuGH v. 20.5.2010 – C-56/09 – Zanotti, Slg 2010, I-4517 Rz. 54). Zum anderen ist der SA-Abzug des sich danach ergebenden Anteils – erstmals ab VZ 2008 – auf 5 000 € jährlich begrenzt.

Der Gesetzeswortlaut ist insoweit nicht ganz eindeutig; er könnte auch so verstanden werden, dass der Betrag von 5 000 € 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 5 000 € 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 16 667 € beträgt. Eine monatliche Zwölfteilung ist nicht vorgesehen. Der Betrag von 5 000 € 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 Schulgeldes – gilt (Art. 7 Abs. 4 GG), während ausländ. Schulen teilweise sehr hohe Schulgelder erheben. Ob die Höhe des ausländ. Schulgeldes 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). Krankheitsbedingte Schulkosten sollen nach – uE nicht zwingender – Auffassung des VI. Senats von vornherein nicht nach Abs. 1 Nr. 9, sondern nur nach § 33 abziehbar sein (BFH v. 12.5.2011 – VI R 37/10, BStBl. II 2013, 783: Unterbringung in einem teuren ausländ. Internat wegen einer Hochbegabung, die sich zu einer seelischen Störung entwickelt).

#### 207 c) Kindbezogener Höchstbetrag (Abs. 1 Nr. 9 Satz 5)

Der Höchstbetrag wird für jedes Kind je Elternpaar nur einmal gewährt (Abs. 1 Nr. 9 Satz 5). Auch dann, wenn die Eltern nicht zusammenveranlagt werden, können sie daher insgesamt nur 5 000 € 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 – IV C 4 - S 2221/07/0007, BStBl. I 2009, 487 Rz. 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.

208–219

**C. Erläuterungen zu Abs. 1a:  
Sonderausgaben-Tatbestände, für die das Korrespondenzprinzip gilt**

**I. Einordnung des Abs. 1a**

220

Abs. 1a ist durch das ZollkodexAnpG v. 22.12.2014 (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58) mW ab VZ 2015 in § 10 eingefügt worden. Die SA-Tatbestände der früheren Abs. 1 Nr. 1, 1a, 1b (Realsplitting, Versorgungsleistungen, schuldrechtl. Versorgungsausgleich) wurden ohne inhaltliche Änderungen in Abs. 1a Nr. 1, 2, 4 übernommen. Der Tatbestand des Abs. 1a Nr. 3 (Vermeidung eines Versorgungsausgleichs) wurde neu geschaffen.

**Systematische Einordnung:** Abs. 1a führt alle SA-Tatbestände zusammen, für die das materiell-rechtl. Korrespondenzprinzip gilt (SA-Abzug beim Zahlenden, Versteuerung nach § 22 beim Empfänger der Bezüge). Hierdurch konnte zum einen der Text des § 1a (Erweiterung der Abzugsmöglichkeiten auf ausländ. Empfänger im EU-/EWR-Raum) deutlich verkürzt werden; ferner konnten die früher in § 22 Nr. 1a, 1b und 1c enthaltenen korrespondierenden Besteuerungstatbestände im neuen einheitlichen § 22 Nr. 1a zusammengefasst werden (zur Begründung vgl. BTDrucks. 18/3441, 56).

**II. Weitere Sonderausgaben (Eingangssatz des Abs. 1a)**

221

Der Eingangssatz des Abs. 1a lautet: „Sonderausgaben sind auch die folgenden Aufwendungen:“

**Verhältnis zum Betriebsausgaben-/Werbungskostenabzug:** Diese Formulierung weicht insoweit von der des Eingangssatzes des Abs. 1 ab, als für die in Abs. 1 genannten Aufwendungen vorrangig ein Abzug als BA oder WK zu prüfen ist, Abs. 1a hingegen jedenfalls keine ausdrückliche Anordnung eines solchen Vorrangs enthält. Für den Abzug von Unterhalts- und Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 1, 2) war ein Konkurrenzverhältnis zum BA-/WK-Abzug schon vor der Auslagerung dieser Tatbestände in Abs. 1a kaum denkbar, da derartige Leistungen definitionsgemäß außerhalb der Einkunftszielungssphäre erbracht werden (s. für Versorgungsleistungen Anm. 250). Bei Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 4) waren hingegen in bestimmten Konstellationen Berührungen zum WK-Abzug möglich (s. Anm. 291). Der Hauptanwendungsbereich des neuen Eingangssatzes liegt aber bei den Zahlungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 3), die bisher vom BFH in bestimmten Fällen als WK angesehen wurden (s. Anm. 288). Man könnte allerdings daran zweifeln, ob die vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirkung tatsächlich eingetreten ist, da sich ein Vorrang der BA/WK vor den SA auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung bereits aus der Systematik der Einkommensermittlung ergibt (vgl. Anm. 45 mwN). Die Intention

des Gesetzgebers geht uE jedoch noch mit hinreichender Klarheit sowohl aus den Materialien (BTDrucks. 18/3441, 56, dort zu Abs. 1a Nr. 3) als auch aus dem Gesetzeswortlaut hervor (insbes. aus einem Vergleich des Wortlauts der Eingangssätze der Abs. 1 bzw. 1a). Daher ist in den Fällen des Abs. 1a der Rückgriff auf BA-/WK-Tatbestände gesperrt (glA MYBEN/MÜLLER, NWB 2015, 905 [912]), denn eine Zuordnung kraft Steuersystematik kann nur gelten, wenn das Gesetz keine ausdrücklich abweichende Zuordnungsentscheidung trifft.

**Möglichkeit von Folgewirkungen des Eingangssatzes des Abs. 1a auf die in Abs. 1 geregelten Sonderausgaben-Tatbestände:** Gerade der Umstand, dass es dem Gesetzgeber gelungen sein dürfte, in den Fällen des Abs. 1a eine Zuordnung zu den SA ohne den Vorrang des BA-/WK-Abzugs zu erreichen, wirft aber die Frage auf, ob daraus im Umkehrschluss die Folge zu ziehen ist, den im Eingangssatz des Abs. 1 angeordneten Vorrang des BA-/WK-Abzugs systematisch strikter zu interpretieren als bisher. Denn das Handeln des Gesetzgebers könnte dahingehend verstanden werden, dass er nun eine ausdrückliche Entsch. getroffen hat, für welche SA-Tatbestände er einen Vorrang des SA-Abzugs wollte (Einreihung in Abs. 1a) und für welche Tatbestände er den Vorrang des BA-/WK-Abzugs wollte (Verbleib in Abs. 1). Von Bedeutung ist dies insbes. für die Frage, ob Altersvorsorgeaufwendungen (zB Rentenversicherungsbeiträge) als – der Höhe nach unbeschränkt abziehbare – vorweggenommene WK zu den Einkünften aus § 22 Nr. 1 anzusehen sind. Der X. Senat des BFH hat hierzu bisher die Auffassung vertreten, die Altersvorsorgeaufwendungen seien zwar ihrer Rechtsnatur nach WK; der Gesetzgeber habe sie aber spezialgesetzlich den SA zugeordnet, was dem Eingangssatz des Abs. 1 vorgehe (s. ausführl. Anm. 52 mwN). Der VI. Senat des BFH sieht dies für den Bereich der Ausbildungskosten ausdrücklich anders (BFH v. 4.12.2002 – VI R 120/01, BStBl. II 2003, 403, unter II.3.c; BFH v. 27.5.2003 – VI R 33/01, BStBl. II 2004, 884, unter II.1.d; s. auch Anm. 45). Die Neusystematisierung der SA-Tatbestände in Abs. 1 und 1a könnte nun als gesetzgeberische Entsch. für einen Vorrang des BA-/WK-Abzugs in allen SA-Tatbeständen, die in Abs. 1 verblieben sind, angesehen werden.

Der Entstehungsgeschichte des ZollkodexAnpG lässt sich uE aber noch mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, dass der Gesetzgeber den Eintritt der soeben aufgezeigten Rechtsfolge nicht wollte und es hinsichtlich der Zuordnung der Altersvorsorgeaufwendungen bei der bisherigen Rechtslage bleiben sollte. Anlass für die Schaffung des Abs. 1a durch den FinAussch. war ein Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen, der als „Umdruck Nr. 3“ in die Beratungen des FinAussch. eingebracht worden ist (auf diesen Umdruck Nr. 3 wird im Bericht des FinAussch. ausdrücklich Bezug genommen, vgl. BTDrucks. 18/3441, 50). Nach diesem Umdruck sollte der Eingangssatz des neuen Abs. 1a aber lauten: „Ausschließlich Sonderausgaben sind die folgenden Aufwendungen:“ Eine derartige Formulierung hätte stark dafür gesprochen, dass der Gesetzgeber eine klare Zuordnung treffen wollte zwischen „ausschließlichen“ SA-Tatbeständen einerseits (Abs. 1a) und solchen, für die der Vorrang des BA-/WK-Abzugs gelten sollte, andererseits (Abs. 1). Dieser Formulierungsvorschlag wurde vom FinAussch. aber letztlich abgeschwächt und durch denjenigen Wortlaut ersetzt, der tatsächlich Gesetz geworden ist, weil der FinAussch. von Bedenken Kenntnis erlangt hatte, dass der ursprüngliche Formulierungsvorschlag möglicherweise unbeabsichtigte Rückwirkungen auf die Auslegung des Abs. 1 hätte haben können (so ausdrücklich BTDrucks. 18/3441, 50). Dies weist darauf hin, dass der Gesetzgeber das Problem während seiner Beratungen erkannt hatte und durch

die vorgenommene Veränderung der Formulierung des Eingangssatzes des neuen Abs. 1a sicherstellen wollte, dass die Auslegung des Abs. 1 unverändert bleibt.

Einstweilen frei.

222–224

### III. Realsplitting (Abs. 1a Nr. 1)

**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, Stbg. 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; STILLER, Unterhaltsleistungen an den ehemaligen bzw. dauernd getrennt lebenden Ehegatten: Steuerliche Behandlung und Optimierung, DStZ 2011, 154.

#### 1. Einordnung von Abs. 1a Nr. 1 und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

225

**Systematische Einordnung:** Abs. 1a 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 „begrenztes Realsplitting“. Die Inanspruchnahme der Abzugsmöglichkeit nach Nr. 1 durch den Geber korrespondiert dabei mit der StPflicht 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. 232), 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 Abs. 1a Nr. 1 faktisch (real) an die Wirkung des Splitting-Verfahrens angenähert wird (BFH v. 12.4.2000 – XI R 127/96, BStBl. II 2002, 130, unter II.4).

**Historische Einordnung** (Einzelheiten zur Rechtsentwicklung s. Anm. 4): Durch das StÄndG 1979 v. 30.11.1978 (BGBl. I 1978, 1849; BStBl. I 1978, 479) wurde im damaligen Abs. 1 Nr. 1 mW 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.

► *Rechtslage vor Schaffung der gesetzlichen Regelung:* Zuvor gab es keinen eigenständigen Abzugstatbestand für derartige Leistungen. Allerdings konnten Unterhaltszahlungen eines „nicht schuldig geschiedenen“ Ehegatten bis zu einer mW 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 s. Bericht der BReg., BTDrucks. 9/1772.

► *Auswahl wesentlicher Gesetzesänderungen:* 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. 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 ZollkodexAnpG v. 22.12.2014 (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58) überführte den zuvor in Abs. 1 Nr. 1 enthaltenen Tatbestand mW ab VZ 2015 ohne inhaltliche Änderungen in Abs. 1a Nr. 1. Zuletzt wurden durch das StÄndG 2015 v. 2.11.2015 (BGBl. I 2015, 1834; BStBl. I 2015, 846) die Sätze 7 bis 9 (Pflicht zur Angabe der Identifikationsnummer des Unterhaltsempfängers) angefügt.

**Verfassungsmäßigkeit:** Einwände gegen die Verfassungsmäßigkeit der in Nr. 1 enthaltenen Einschränkungen werden unter verschiedenen Gesichtspunkte erhoben, greifen uE aber nicht durch.

► *Höchstbetrag:* Dessen Höhe ist verfassungsgemäß (s. Anm. 237). 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).

► *Ungleichbehandlung zwischen inländischen und ausländischen Empfängern:* Dies ist ebenfalls verfassungsgemäß (s. Anm. 230).

► *Ausschluss von Unterhaltsleistungen an den nicht mit dem Unterhaltspflichtigen verheirateten Elternteil aus Anlass der Geburt eines gemeinsamen Kindes (§ 1615I BGB):* Eine entsprechende Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Nr. 1 ist verfassungsrechtl. nicht geboten, weil unverheirateten Personen niemals das Ehegatten-Splitting zugestanden hat (BFH v. 13.3.1995 – X B 158/94, BFH/NV 1995, 777, best. durch BVerfG v. 30.4.1998 – 2 BvR 1033/95, StE 1998, 386; ebenso für die Rechtslage nach der Annäherung des Anspruchs nach § 1615I BGB an den Geschiedenenunterhalt durch die Unterhaltsreform 2008 Hess. FG v. 11.9.2014 – 12 K 2057/13, EFG 2015, 112, NZB X B 139/14 unbegründet, krit. Anm. HENNIGFELD, EFG 2015, 114).

► *Ausdehnung des Realsplitting auf Unterhaltsleistungen an andere Personen (zB Kinder):* Dies ist erst recht nicht geboten (BFH v. 14.5.2007 – III B 98/06, BFH/NV 2007, 1528; FinAussch., BTDrucks. 8/2201, 4, gegen die Bedenken des BRat, BTDrucks. 8/2118, 69; aA LANG, StuW 1983, 103 [110]).

226 Einstweilen frei.

## 2. Voraussetzungen für den Abzug von Unterhaltsleistungen

### 227 a) Begriff der Unterhaltsleistungen (Abs. 1a Nr. 1 Satz 1)

**Weiter Begriff:** Der Begriff der Unterhaltsleistungen ist weit auszulegen. Unter Abs. 1a 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 2016; 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 Unter-

halt 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. 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); Nebenkosten zu Unterhaltsleistungen fallen hingegen nicht darunter (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). Zahlungen im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung der Eheleute sind 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).

**Gleichklang mit dem in § 33a Abs. 1 verwendeten Begriff der Unterhaltsaufwendungen:** Wegen der Einzelheiten kann auf die Erläuterungen zum Begriff der „Aufwendungen für den Unterhalt“ in § 33a Abs. 1 verwiesen werden (s. § 33a Anm. 27–30), 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).

**Einfluss des Korrespondenzprinzips:** Kosten für die Beerdigung des geschiedenen Ehegatten, zu deren Tragung der Unterhaltsverpflichtete in (zivilrechtl. allerdings uE abzulehnender, s. BRUDERMÜLLER in PALANDT, 76. Aufl. 2017, § 1586 BGB Rz. 2) analoger Anwendung des § 1615 Abs. 2 BGB herangezogen wird, sind zwar „Unterhaltsleistungen“ im weitesten Sinne, stl. allerdings nicht abziehbar, da die der Nr. 1 zugrunde liegende korrespondierende Versteuerung beim Empfänger nicht möglich ist (BFH v. 20.8.2014 – X R 26/12, BFH/NV 2015, 14).

**Freiwillige Leistungen:** Abs. 1a 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 SÖHN in KSM, § 10 Rz. C 21 [2/2001], 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. Abs. 1a Nr. 1 zutr. auch insoweit an, als eine im Miteigentum der Eheleute stehende Wohnung dem unterhaltsberechtigten Ehegatten zur alleinigen unentgeltlichen 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 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 Abs. 1a 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 im Erg. ein Wahlrecht zwischen dem Abzug nach Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 1a Nr. 1 bestehen, wenn der Stpfl. selbst als Versicherungsnehmer Versicherungsverträge schließt, aus denen sein geschiedener Ehegatte begünstigt ist (zu Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen vgl. aber die Sonderregelungen in Abs. 1a Nr. 1 Satz 2 sowie Abs. 1 Nr. 3 Satz 3; zu Einzelheiten s. Anm. 97, 237).

**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 Abs. 1a 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 Unterhaltspflicht 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 – 1 K 2/96, EFG 1997, 657, rkr.). Im VZ der Erstattung an das Sozialamt sind die Voraussetzungen des Abs. 1a Nr. 1 uE ebenfalls nicht erfüllt, weil es sich nicht um Unterhaltszahlungen „an den ... Ehegatten“ handelt.

## b) Anforderungen an die Person des Unterhaltsempfängers

### 228 aa) Geschiedener oder dauernd getrennt lebender Ehegatte (Abs. 1a Nr. 1 Satz 1)

**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 in-

takten Ehe (§ 1360a Abs. 3 iVm. § 1615 Abs. 1 BGB), bei Getrenntleben (§ 1361 Abs. 4 Satz 1 iVm. § 1360a Abs. 3 BGB) und gegenüber Verwandten in gerader Linie (§ 1615 Abs. 1 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 scheidere daran, dass der Unterhaltsempfänger nicht der (frühere) Ehegatte des Erben sei und der Wortlaut des Abs. 1a 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 Entsch. angenommen; zust. Ströcker in B/B, § 10 Rz. 441 [11/2016]).

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 aufwendigen 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 Abs. 1a 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; wohl auch Rindermann in LBP, § 10 Rz. 17a [11/2008]; aA Söhn in KSM, § 10 Rz. C 53 [7/2002]). 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:** Nach § 2 Abs. 8 sind die Regelungen zu Ehegatten auch auf eingetragene Lebenspartner in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften anzuwenden. Für den nach dem Scheitern einer solchen Partnerschaft gem. §§ 12, 16 LPartG zu leistenden Trennungs- oder Scheidungsunterhalt kann das Realsplitting daher in Anspruch genommen werden. Dies ist folgerichtig, weil die zivilrechtl. Unterhaltsregelungen keine Unterschiede zwischen Ehegatten und Lebenspartnern aufweisen. Mit dieser Ergänzung, die in noch nicht bestandskräftig veranlagten Fällen rückwirkend ab dem Inkrafttreten des LPartG im Jahr 2001 anzuwenden ist (§ 52 Abs. 2a idF des Gesetzes zur Än-

derung des EStG in Umsetzung der Entsch. des BVerfG v. 15.7.2013, BGBl. I 2013, 2397; BStBl. I 2013, 898), hat der Gesetzgeber die Entsch. des BVerfG (BVerfG v. 7.5.2013 – 2 BvR 909/06, BVerfGE 133, 377) umgesetzt.

229 **bb) Frühere Verbindung in einer nichtigen oder aufgehobenen Ehe (Abs. 1a 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 bei geschiedenen Eheleuten, 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. BRUDERMÜLLER in PALANDT, 76. Aufl. 2017, Einf. § 1313 BGB Rz. 5 ff.).

230 **cc) Unbeschränkte Steuerpflicht des Unterhaltsempfängers (Abs. 1a Nr. 1 Satz 1)**

Der Unterhaltsempfänger muss unbeschränkt estpfl. sein, und zwar jeweils im Zeitpunkt der Gewährung der einzelnen Unterhaltsleistung (hierfür spricht auch BFH v. 20.8.2014 – X R 26/12, BFH/NV 2015, 14 Rz. 14). Zuwendungen an nicht unbeschränkt stpfl. Empfänger können grds. nicht nach Abs. 1a 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 in- und ausländ. Empfängern (BFH v. 25.3.1986 – IX R 4/83, BStBl. II 1986, 603, mit krit. Anm. HENNECKE, DStZ 1986, 334; best. durch BVerfG v. 21.11.1986 – 1 BvR 840/86, HFR 1988, 35, mit 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/Lebenspartner unbeschränkt stpfl. sind.

**Ausnahme für EU-/EWR-Ehegatten/Lebenspartner:** 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 unbe-



schränkten StPflcht des Empfängers die Abziehbarkeit der Unterhaltsleistungen nicht, sofern die Besteuerung der Unterhaltsleistungen beim Empfänger durch eine Bescheinigung der ausländ. Steuerbehörde nachgewiesen wird (§ 1a Abs. 1 Nr. 1; s. § 1a Anm. 25 ff.). Wenn der Wohnsitzstaat des Unterhaltsempfängers keinen Steuertatbestand für Unterhaltsbezüge kennt, können die Unterhaltsleistungen nicht abgezogen werden; dies hat der EuGH gebilligt (EuGH v. 12.7.2005 – C-403/03 – Schempp, Slg 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 Entsch. 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 – C-403/03 – Schempp, Slg 2005, I-6421 Rz. 37 f.; vgl. 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. Steuerbehörde ergibt, dass die Unterhaltsbezüge zwar in eine Veranlagung einbezogen worden sind, sich aber dennoch kein zu zahlender Steuerbetrag 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 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 „nicht unbeschränkt einkommensteuerpflichtige Empfänger“ EStH 2016; zu Empfängern mit Wohnsitz in der Schweiz s. auch BMF v. 5.11.1998 – IV B 3 - S 1301 Schz - 27/98, 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 StPflcht 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.

231

### c) Antrag des Gebers (Abs. 1a Nr. 1 Sätze 1 und 3)

232

Nur die SA-Tatbestände nach Abs. 1a Nr. 1 und 3 setzen 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 Steuertatbestands (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; BFH v. 12.12.2007 – XI R 36/05, BFH/NV 2008, 792, unter II.1.a; BFH v. 9.12.2009

– X R 49/07, BFH/NV 2010, 1790, unter II.1.b bb). Stellt der Geber keinen Antrag nach Abs. 1a Nr. 1, 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; BFH v. 14.4.2005 – XI R 33/03, BStBl. II 2005, 825; R 10.2 Abs. 1 EStR 2012). 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 Steuervorteile des Gebers überkompensiert (Formeln zur Optimierung bei STILLER, DStZ 2011, 154). 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 – S 2221a, S 2255 - St 321, DStR 2007, 1820).

**Jährlichkeitsprinzip:** Der Antrag kann jeweils nur für ein KJ. gestellt werden (Abs. 1a Nr. 1 Satz 3). Im Gegensatz zur Zustimmung des Empfängers (Abs. 1a Nr. 1 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 (Abs. 1a Nr. 1 Satz 3), und zwar auch dann nicht, wenn der SA-Abzug ohne stl. Auswirkung geblieben ist und nur beim Unterhaltsempfänger Steuern nach § 22 Nr. 1a anfallen (BFH v. 9.12.2009 – X R 49/07, BFH/NV 2010, 1790, unter II.2.b cc). 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 einen nachträglich gestellten Antrag nur dann als rückwirkendes Ereignis an, das zur Änderung der für Geber und Empfänger ergangenen bestandskräftigen ESt-Bescheide nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO führt, wenn auch die Zustimmung erst nach Bestandskraft der Veranlagung des Gebers erteilt wurde (BFH v. 12.7.1989 – X R 8/84, BStBl. II 1989, 957; ebenso zur nachträglichen Erweiterung einer zunächst beschränkt erteilten Zustimmung BFH v. 28.6.2006 – XI R 32/05, BFH/NV 2006, 1985).

Dem ist im Erg. (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 Erg. 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 Rz. 25 mwN [4/2017]).

Die mW 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.

Demgegenüber stellt ein erst nach Bestandskraft eingereichter Antrag kein rückwirkendes Ereignis dar, wenn der Empfänger seine Zustimmung bereits vor dem Eintritt der Bestandskraft der Veranlagung des Gebers erteilt hatte (BFH v. 20.8.2014 – X R 33/12, BStBl. II 2015, 138). Dies ist zutr., 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 – III 148/93, EFG 1994, 298 aE, rkr.; FG Köln v. 27.4.1995 – 2 K 3854/94, EFG 1995, 893, rkr.; FG Hamb. v. 13.6.1995 – III 170/93, EFG 1995, 894, rkr.).

Einstweilen frei.

233

#### d) Zustimmung des Empfängers (Abs. 1a Nr. 1 Sätze 4 und 5)

234

**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 allgemeinen Grundsätzen ist die Zustimmung als einseitige rechtsgestaltende Willenserklärung bedingungsfeindlich (so auch BMF v. 7.12.1978 – IV B 6 - S 2365 - 91/78, 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 einkommensschwächeren – Unterhaltsberechtigten dienen. Dieser soll die Möglichkeit haben, sich vor stl. und außerstl. Nachteilen (zB bei Sozialleistungen, die an die Höhe des stl. Einkommens anknüpfen) 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 (ausführl. s. 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; BFH v. 2.7.2003 – XI R 8/03, BStBl. II 2003, 803; BFH v. 21.2.2013 – X B 53/11, BFH/NV 2013, 972, unter II.4.e). Kritisch zum Erfordernis der Zustimmung SÖHN in KSM, § 10 Rz. C 55 ff. (2/2001).

**Erzwingung der Zustimmung:** Im Verhältnis zwischen den Ehegatten ist der Unterhaltsempfänger nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, die Zustimmung zu erteilen, wenn er dadurch entweder – mangels stl. und außerstl. Auswirkung bei ihm – gar keine Nachteile erleidet oder aber der Unter-

haltungspflichtige 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 – 15 W 4/06, 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 Steuerberatungskosten des Zustimmungsenden nur bei Unzumutbarkeit (BGH v. 12.6.2002 – XII ZR 288/00, NJW 2002, 2319, unter II.6, mwN). Zu den zivilrechtl. Aspekten s. auch VOPPEL in STAUDINGER, 2012, § 1353 BGB Rz. 94 ff.

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 (Abs. 1a Nr. 1 Satz 4):** Im Gegensatz zum – jahresbezogenen – Antrag hat die Zustimmung des Empfängers Dauerwirkung. 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 – S 2297A - 22 - St II 27, StE 1998, 523.

**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 Abs. 1a Nr. 1 Satz 4 keine Dauerwirkung der Zustimmung vor; diese gilt dann nur für den VZ, der Gegenstand des Zivilprozesses war (H 10.2 „Zustimmung“ EStH 2016). 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 Satz 1 EStR 2012).

**Teilbarkeit der Zustimmung, Blanko-Zustimmung:** Ebenso wie der Antrag (s. Anm. 232) kann auch die Zustimmung auf einen Teilbetrag des geleisteten Unterhalts beschränkt werden (ebenso SÖHN in KSM, § 10 Rz. C 82 f. [7/2002] 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 (Abs. 1a 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, 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 2017 – einschließlich der Anlage U mit der Zustimmungserklärung des Unterhaltsempfängers – im Jahr 2019 ab. Selbst wenn der Empfänger die Zustimmung sofort widerrufen würde, wäre er auch noch für die VZ 2018 und 2019 daran gebunden.

Die Widerrufserklärung muss „gegenüber dem Finanzamt“ abgegeben werden; eine Erklärung gegenüber dem Unterhaltsverpflichteten genügt nicht. Nach Auffassung des BFH folgt aus dem systematischen Zusammenhang zwischen § 10 Abs. 1a 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 StPfl. zwar bei demselben FA veranlagt werden, jedoch verschiedene Sachgebietsleiter zuständig sind (BFH v. 14.11.2007 – XI R 48/06, BFH/NV 2008, 367).

#### e) Angabe der Identifikationsnummer des Empfängers (Abs. 1a Nr. 1 Sätze 7 bis 9)

235

**Inhalt der gesetzlichen Regelung:** Der Abzug der Unterhaltsleistungen setzt seit VZ 2016 zusätzlich voraus, dass der Geber in seiner StErklärung die Identifikationsnummer (§ 139b AO) des Empfängers angibt, sofern dieser der unbeschränkten oder beschränkten EStPfl. unterliegt (Abs. 1a Nr. 1 Satz 7). Die unterhaltene Person ist zur Mitteilung der Identifikationsnummer an den Unterhaltsleistenden verpflichtet (Abs. 1a Nr. 1 Satz 8). Kommt sie dieser Pflicht nicht nach, darf der Unterhaltsleistende die Identifikationsnummer bei dem für ihn zuständigen FA erfragen (Abs. 1a Nr. 1 Satz 9; Ausnahme vom Steuergeheimnis des § 30 AO).

**Zweck:** Diese Regelungen dienen dazu, die korrespondierende StPfl. der Unterhaltsleistungen beim Empfänger (§ 22 Nr. 1a) in der Praxis besser durchsetzen zu können (BTDrucks. 18/6094, 82).

**Keine Anwendung auf die anderen Korrespondenz-Tatbestände des Abs. 1a:** Im Gesetzgebungsverfahren war vorgeschlagen worden, die Angabe der Identifikationsnummer für sämtliche Tatbestände des Abs. 1a vorzuschreiben (BTDrucks. 18/4902, 64). Umgesetzt worden ist dies aber nur für das Realsplitting. Bei den weiteren Tatbeständen des Abs. 1a (Versorgungsleistungen, Ausgleichsleistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs, Zahlungen im schuldrechtl. Versorgungsausgleich) ist die Angabe der Identifikationsnummer des Empfängers auch weiterhin nicht erforderlich.

Einstweilen frei.

236

### 3. Höchstbetrag für den Abzug (Abs. 1a Nr. 1 Sätze 1 und 2)

237

Der Abzug von Unterhaltsleistungen ist 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 9000 DM, wurde ab VZ 1986 auf 18000 DM verdoppelt, ab VZ 1990 weiter auf 27000 DM erhöht und ab VZ 2002 wertgleich auf Euro umgestellt (Nachweise zur Rechtsentwicklung s. Anm. 4, 225).

**Mehrere Höchstbeträge bei mehreren Unterhaltsempfängern:** Leistet der Stpfl. mehreren Personen iSd. Abs. 1a Nr. 1 Unterhalt, gilt der Höchstbetrag für jeden Unterhaltsempfänger gesondert (R 10.2 Abs. 3 EStR 2012; ebenso bereits BMF v. 7.12.1978 – IV B 6 - S 2365 - 91/78, 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 des Abs. 1a Nr. 1 vorliegen (zB bei nicht ganzjährigem Getrenntleben oder nicht ganzjähriger unbeschränkter StPflicht 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; BVerfG 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 zumindest den 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 Verfassungs wegen geboten (BVerfG v. 19.8.1986 – 1 BvR 694/85, DStZ 1988, 489; BVerfG v. 15.7.1987 – 1 BvR 54/87, HFR 1988, 242; BVerfG v. 4.7.1988 – 1 BvR 729/88, HFR 1989, 442; BFH v. 24.7.1996 – X R 152/90, BFH/NV 1996, 889, best. durch BVerfG v. 11.10.1996 – 2 BvR 1929/96, StE 1996, 746; ausführl. nochmals BFH v. 26.10.2011 – X B 4/11, BFH/NV 2012, 214; aA SÖHN in KSM, § 10 Rz. C 111 f. [7/2002]). 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 (Abs. 1a Nr. 1 Satz 2):** Der in Abs. 1a Nr. 1 Satz 1 genannte Höchstbetrag von 13805 € erhöht sich noch um diejenigen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge, die für den unterhaltsberechtigten Ehegatten aufgewendet werden und die Voraussetzungen der Abs. 1 Nr. 3 erfüllen. Insbesondere muss es sich um eigene Beiträge des Stpfl. handeln, also nicht lediglich um die Erstattung von Beiträgen, zu deren Zahlung der unterhaltsberechtigte Ehegatte selbst verpflichtet ist. Korrespondierend dazu kann der Unterhaltspflichtige diese Beiträge nicht nach Nr. 3 abziehen; diese Abzugsmöglichkeit steht allerdings dem Unterhaltsempfänger zu (vgl. Nr. 3 Satz 3; ausführl. Anm. 97; s. auch MYBEN/WOLTER, NWB 2009, 3900).

### IV. Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 2)

**Schrifttum: Zur (für Altfälle fortgeltenden) Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2007:** FISCHER, Renten und dauernde Lasten bei Vermögensübertragungen, DStR 1992, Beihefter zu Heft 17; BIERGANS, Renten und Raten in der Einkommensteuer, München, 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, DStZ 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, Vermögensübergabe 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; RISTHAUS, Ist das Rechtsinstitut der unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen noch praktikabel?, DB 2007, 240.

**Zur Rechtslage ab Veranlagungszeitraum 2008:** FLEISCHER, Vermögensübergabe gegen (private) Versorgungsleistung nach dem JStG 2008, ZEV 2007, 475; GREWE, Abschaffung der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen bei Privatvermögen, ErbBstg 2007, 190; RISTHAUS, Ertragsteuerrechtlich begünstigte Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen soll im JStG 2008 auf Betriebsvermögen eingeschränkt werden, ZErB 2007, 314; SCHULZE ZUR WIESCHE, Vermögensübertragungen gegen Versorgungsleistungen nach dem Entwurf des Jahressteuergesetzes 2008, BB 2007, 2379; SELTENREICH/KUNZE, Steht die private Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen vor dem Aus?, ErbStB 2007, 338; SPIEGELBERGER, Das Ende der privaten Versorgungsrente, DStR 2007, 1277; HILLER, Die zurückgeführten wiederkehrenden Leistungen, BB 2008, 2097; KIRNBERGER, Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen, EStB 2008, 114; PAUS, Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen nach der gesetzlichen Neuregelung, StWa. 2008, 239; RÖDER, Das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen nach dem JStG 2008, DB 2008, 146; SPIEGELBERGER, Die Irrfahrt der privaten Versorgungsrente, DB 2008, 1063; WÄLZHOLZ, 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; VON OERTZEN/STEIN, Die Ablösung eines Vorbehaltsnießbrauchs durch Versorgungsleistungen, BB 2009, 2227; GÖTZENBERGER, Vermögensübertragungen gegen Versorgungsleistungen nach dem 4. Rentenerlass, BB 2010, 1890; GRÜN, Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung, NWB 2010, 1042; KORN, Einkommensteuerliche Beurteilung von Vermögensübertragungen gegen Versorgungsleistungen zur vorweggenommenen Erbfolge im Lichte des „Vierten Rentenerlasses“, KÖSDI 2010, 16920; KRATZSCH, Vermögensübertragungen gegen wiederkehrende Leistungen, NWB 2010, 1964; RISTHAUS, Begünstigte Vermögensübergaben gegen Versorgungsleistungen, DB 2010, 744, 803; REDDIG, Der 4. Rentenerlass bei Vermögensübertragungen gegen Versorgungsleistungen, DStZ 2010, 445; SCHMIDT, Umschichtungen bei Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, NWB 2010, 3346; SEITZ, Die wesentlichen Änderungen bei der Vermögens-

übergabe gegen Versorgungsleistungen durch den sog. 4. Rentenerlass, DStR 2010, 629; SPIEGELBERGER, Ausweichgestaltungen aufgrund des IV. Rentenerlasses: Die Übertragung von Unternehmensvermögen und Gesellschaftsanteilen, DStR 2010, 1822; SPIEGELBERGER, Ausweichgestaltungen bei Immobilienübertragungen aufgrund des IV. Rentenerlasses: Die Übertragung von Immobilienvermögen, DStR 2010, 1880; WÄLZHOLZ, Aktuelle Gestaltungsprobleme mit Versorgungsleistungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG, DStR 2010, 850; WIBBORN, Wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung nach der gesetzlichen Neuregelung und dem neuen Rentenerlass, FR 2010, 322; GECK, Gestaltungsüberlegungen zur Übertragung von Anteilen an gewerblich geprägten Personengesellschaften gegen Versorgungsleistungen, DStR 2011, 962; GECK, Nachträgliche Umschichtung von Vermögen bei vorweggenommener Erbfolge in sog. Altfällen, DStR 2011, 1215; GECK, Übergabe von Mitunternehmeranteilen gegen Versorgungsleistungen: Gestaltungsüberlegungen hinsichtlich der Mitübertragung von Sonderbetriebsvermögen, DStR 2011, 1303; GECK, Die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen und das EU-Recht: Rückblick und Ausblick, ZEV 2011, 450; KESSELER, Neue Formerfordernisse für Vermögensübergaben gegen Versorgungsleistungen, DStR 2011, 799; KRUMM, Die Übertragung von unternehmerischen Einheiten gegen Versorgungsleistungen: Überschreitung gleichheitsrechtlicher Gestaltungsspielräume anlässlich einer legitimen gesetzlichen Neukonzeption, StuW 2011, 159; REDDIG, Veränderungen bei dauernden Lasten – Ende oder Einschränkung des Sonderausgaben-Abzugs, ErbStB 2011, 221; REDDIG, Lebzeitige Vermögensübertragungen gegen private Versorgungsrente – oder was der Gesetzgeber hiervon übrig ließ, in BINNEWIES/SPATSHECK (Hrsg.), FS Michael Streck, Köln 2011, 157; SCHUSTER, Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – Reduzierung bzw. Aussetzung der Versorgungsleistungen, NWB 2011, 1533; SCHUSTER, Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, in MELLINGHOFF/SCHÖN/VISKORF (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat, FS Wolfgang Spindler, Köln 2011, 749; DJANANI/KRENZIN/ZEHETMAIR, Vermögensübertragungen gegen wiederkehrende Leistungen als Möglichkeit zur Ausgestaltung der Unternehmensnachfolge, DStZ 2012, 389; DEUTSCHLÄNDER, Private Vermögensübertragungen gegen dauernde Lasten, NWB 2013, 3636; TRAUT, Vermögensnachfolge, Versorgungsleistungen und Unternehmen, Baden-Baden, Diss. 2013; KANZLER, Versorgungsleistungen aufgrund eines Wirtschaftsüberlassungsvertrags, NWB 2014, 2926; PAUS, Übertragung privater Grundstücke gegen wiederkehrende Bezüge, NWB 2014, 992; REDDIG, „Gleitende“ Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – umfassender Bestandsschutz für Altfälle?, NWB 2014, 2773; ENGELBERTH, Wiederkehrende Leistungen in Zusammenhang mit Vermögensübertragungen, NWB 2016, 1094; MYBEN, Renten, Raten, Dauernde Lasten, Herne/Berlin, 16. Aufl. 2017; RICHTER, Handbuch der Rentenbesteuerung, Loseblatt, F. 3.2; URBACH, Vermögensübertragung gegen wiederkehrende Leistungen als Gestaltungsinstrument, KÖSDI 2017, 20373.

## 1. Einordnung des Abs. 1a Nr. 2 und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

### 240 a) Systematische Einordnung

Abs. 1a Nr. 2 ermöglicht den Abzug bestimmter Versorgungsleistungen (s. Anm. 244–253), die mit der Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben, Mitunternehmeranteilen oder qualifizierten GmbH-Anteilen in Zusammenhang stehen (s. Anm. 255–264). Hingegen sind Zahlungen, die als Gegenleistung für eine Vermögensübertragung oder aber als Unterhaltsleistungen anzusehen sind, vom Abzug nach Nr. 1a ausgeschlossen (s. Anm. 244, 268).

**Anwendungsbereich:** Diese „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ war zugleich der Hauptanwendungsfall der bis VZ 2007 geltenden – wesentlich weiter gehenden – Fassung des Abs. 1 Nr. 1a (zu diesem – für Altverträge auch in Zukunft fortgeltenden – Recht s. Anm. 270–281). Eine Differenzierung zwischen Leibrenten einerseits und dauernden Lasten andererseits hinsichtlich der Höhe des Abzugs wird seit VZ 2008 nicht mehr vorgenom-



men (s. Anm. 266). Der Anwendungsbereich des Rechtsinstituts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen war von der Rspr. zuletzt sehr ausgeweitet worden (s. Anm. 278). 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 Bundesrechnungshof hatte zuvor sogar die ersatzlose Abschaffung des SA-Abzugs wegen der übergroßen Kompliziertheit und der zahlreichen Anwendungsfehler gefordert (BTDrucks. 16/160, 30, 171 ff.).

**Rechtfertigung von Abs. 1a Nr. 2:** Der Abzug von Versorgungsleistungen wurde bei Einführung des SA-Tatbestands zunächst mit der Erwägung begründet, dass derartige Ausgaben die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Stpfl. mindern (BECKER, Die Grundlagen der Einkommensteuer, 1940, 336). Dieser Rechtfertigungsgrund ist im Laufe der Zeit zunehmend zweifelhaft geworden, da der „besondere Verpflichtungsgrund“ auch freiwillig eingegangen sein kann. Zudem stehen die Versorgungsleistungen 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. 2 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. 1a (für vor 2008 geschlossene Altverträge: § 22 Nr. 1) zu versteuern hat (s. Anm. 266, 281). Für die Gestaltungsberatung hat diese „Weiterleitung von Erträgen“ vergleichbare Bedeutung wie ein „Familiensplitting“ (so treffend KRAUB, NotBZ 2003, 439; REDDIG, FS Streck, 2011, 157 [158]).

#### b) Historische Einordnung

**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 vergleichbar lange und 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 StNeuordnungG 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. Das ZollkodexAnpG v. 22.12.2014 (BGBl. I 2014,

241

2417; BStBl. I 2015, 58) überführte den bisherigen Abs. 1 Nr. 1a ohne inhaltliche Änderung in Abs. 1a Nr. 2.

**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. 18 Satz 1 in der ab VZ 2014 geltenden Fassung = § 52 Abs. 23e Satz 1 idF JStG 2008 = § 52 Abs. 23g Satz 1 in der von 2009 bis 2012 geltenden Fassung = § 52 Abs. 23h in der für VZ 2013 geltenden Fassung). 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. 18 Satz 1 bleiben diese daher auch in VZ ab 2008 (ohne zeitliche Begrenzung) weiterhin nach den bisherigen (großzügigeren) Grundsätzen abziehbar (ebenso FinAussch., BTDrucks. 16/7036, 18).

► *Abweichende Anwendungsregelung bei Ansatz ersparter Aufwendungen:* Auf Altverträge ist jedoch die (strengere) Neuregelung anwendbar, 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 (§ 52 Abs. 18 Satz 2; zur Erläuterung dieser sprachlich missglückten Regelung vgl. BRDrucks. 544/07, 91, BTDrucks. 16/7036, 18). Damit will der Gesetzgeber verhindern, dass die Übergabe von Geldbeträgen zur Schuldentilgung weiterhin als Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ausgestaltet werden kann (so die in der Spätphase des Geltungsbereichs des Abs. 1 Nr. 1a aF ergangene Rspr.; s. dazu Anm. 278).

► *Gleitende Vermögensübergabe:* Hier genügt es für die dauerhafte Anwendung des alten Rechts bereits, wenn bis VZ 2007 Vermögen unter Vorbehaltsnießbrauch übergeben wurde und der Übergeber ab VZ 2008 auf den Vorbehaltsnießbrauch gegen Versorgungsleistungen verzichtet (BFH v. 12.5.2015 – IX R 32/14, BStBl. II 2016, 331; ebenso bereits von OERTZEN/STEIN, BB 2009, 2227; REDDIG, NWB 2014, 2773; uE nicht zwingend). Die FinVerw. hatte zunächst die Gegenauffassung vertreten, wendet die Rspr. aber jetzt an (BMF v. 6.5.2016 – IV C 3 - S 2221/15/10011:004, BStBl. I 2016, 476).

## 242 c) Verfassungsmäßigkeit

**Begünstigung durch den Sonderausgaben-Tatbestand als solche:** Dies ist durch den Gedanken der Weiterleitung vorbehaltener Vermögenserträge an den Übergeber gerechtfertigt (s. Anm. 240).

**Beschränkung des Sonderausgaben-Abzugs auf die Übergabe betrieblicher Einheiten:** Dies ist uE verfassungsrechtl. zulässig (ebenso HUTTER in BLÜMICH, § 10 Rz. 100 [9/2016]; RISTHAUS, ZErB 2007, 314 [318]). Zu verfassungsrechtl. Sonderfragen bei der Übergabe von GmbH-Anteilen s. Anm. 260 f. Auch der Ausschluss der Übergabe von Grundstücken aus der Begünstigung ist verfassungsrechtl. hinzunehmen, da der historische Kern dieses Rechtsinstituts die Übergabe von (land- und forstwirtschaftlichen) Betrieben war (zu der Beurteilung der diesbezüglichen Erwägungen des Gesetzgebers s. auch Anm. 263). Gerade bei Grundstücken kann – anders als bei Betrieben (hierzu RISTHAUS, DB 2007, 240 [244]; SPIEGELBERGER, DStR 2007, 1277 [1279]) – durch Nießbrauchsvereinbarungen stl. weitgehend dasselbe Erg. 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 all-

zu 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. 241), 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 sogleich mit Nichtanwendungserlassen reagiert hatte (s. Anm. 278). 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.

243

## 2. Rechtslage für Verträge, die ab dem Veranlagungszeitraum 2008 neu abgeschlossen werden

### a) Anforderungen an die Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 2 Satz 1)

#### aa) Versorgungsleistungen

##### (1) Begriff der Versorgungsleistungen

244

Dieses Merkmal dient vor allem der Abgrenzung der unter Abs. 1a Nr. 2 fallenden Leistungen von Veräußerungsentgelten einerseits und Unterhaltsleistungen andererseits (s. Anm. 268). Die Abgrenzung ist weiterhin erforderlich; dies folgt schon daraus, dass der Gesetzgeber ausdrücklich den in stRspr. mit einem bestimmten Inhalt gefüllten Begriff der „Versorgungsleistungen“ verwendet hat (ebenso SCHULZE ZUR WIESCHE, BB 2007, 2379 [2380]).

**Abgrenzung zu Veräußerungsentgelten (kaufmännische Ausgewogenheit):** Hier ist entscheidend, ob der Kapitalwert der wiederkehrenden Leistungen nach der Vorstellung der Vertragsparteien im Wege kaufmännischer Ausgewogenheit dem Verkehrswert des übertragenen Vermögens entspricht. Die Rspr. arbeitet hier mit widerlegbaren Vermutungen:

► *Vermögensübergabe an Abkömmlinge:* Hier 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; BFH v. 5.11.2003 – X R 55/99, BStBl. II 2004, 706, unter II.2). Die Vermutung kann durch den Nachweis der kaufmännischen Ausgewogenheit der beiderseitigen Leistungen widerlegt werden (zu einem solchen Ausnahmefall BFH v. 29.1.1992 – X R 193/87, BStBl. II 1992, 465). Soweit der Übernehmer (Kind des Übergebers) Leistungen nicht an den Übergeber selbst, sondern an die weiteren Kinder des Übergebers zu erbringen hat, ist allerdings zu vermuten, dass diese nicht versorgt, sondern (erbrechtl.) gleichgestellt werden sollen; ein Abzug dieser Leistungen ist dann nicht möglich (BFH v. 20.10.1999 – X R 86/96, BStBl. II 2000, 602; BFH v. 24.3.2014 – X B 24/13, BFH/NV 2014, 845).

► *Vermögensübergabe an andere Personen*: Hier 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.; BFH v. 8.6.2011 – X B 196/10, BFH/NV 2011, 1856). 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. Zu den dann eintretenden Rechtsfolgen s. Anm. 268.

**Abgrenzung zu Unterhaltsleistungen (erzielbare Nettoerträge)**: Hier ist weiterhin auf die zu Abs. 1 Nr. 1a aF ergangene Rspr. zurückzugreifen, 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 (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 27; SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [771]; zu Abs. 1 Nr. 1a aF s. BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95, unter C.II.6.a).

► *Vermutung ausreichender Nettoerträge*: Schon nach der zu Abs. 1 Nr. 1a aF ergangenen Rspr. galt bei der Übergabe betrieblicher Einheiten – sofern diese im Wege vorweggenommener Erbfolge stattfand – eine „nur in seltenen Ausnahmefällen widerlegliche“ Vermutung, dass die erzielbaren Nettoerträge ausreichen, um die zugesagten Versorgungsleistungen zu erbringen (BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95, unter C.II.6.d bb; BFH v. 15.9.2010 – X R 13/09, BStBl. II 2011, 641, unter II.2.a). Diese Vermutung gilt auch für die Rechtslage ab VZ 2008. Die FinVerw. wendet die Beweiserleichterung ebenfalls an, hat allerdings die Formel „nur in seltenen Ausnahmefällen widerleglich“ nicht übernommen und will die Vermutung zudem in Verpachtungssachverhalten nicht anwenden (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 29). Die Vermutung gilt nicht, wenn der Betrieb im Jahr der Übergabe und den beiden Vorjahren tatsächlich Verluste erwirtschaftet hat (BFH v. 8.7.2015 – X R 47/14, BFH/NV 2016, 184 Rz. 36 ff.).

► *Vornahme der Ertragsprognose*: Ist der Anwendungsbereich der Vermutung nicht eröffnet oder ist sie widerlegt worden und daher eine auf den Einzelfall bezogene Ertragsprognose vorzunehmen, sind dafür grds. die tatsächlich erzielten Erträge des Jahres der Übergabe und der beiden Vorjahre heranzuziehen. Der Übernehmer kann aber darlegen, dass aufgrund der Übernahme (und der damit verbundenen Umstrukturierungen) in Zukunft höhere Erträge zu erwarten sind. Einzubeziehen ist dann das Jahr der Übergabe und die beiden Folgejahre (BFH v. 8.7.2015 – X R 47/14, BFH/NV 2016, 184 Rz. 40). Maßgebend ist der stl. Gewinn, der allerdings um AfA, erhöhte Absetzungen, Sonderabschreibungen und außerordentliche Aufwendungen (zB größeren Erhaltungsaufwand) zu erhöhen ist (was für den Stpfl. hier günstig ist). Bei Personenunternehmen ist kein Unternehmerlohn abzuziehen; der Gewinn einer GmbH ist um das als BA abgezogene Geschäftsführergehalt zu erhöhen (Einzelheiten zur Ertragsprognose s. BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95, unter C.II.6; BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 32 ff.; zu Besonderheiten bei GmbH-Anteilen s. BFH v. 21.7.2004 – X R 44/01, BStBl. II 2005, 133). Landwirte mit Gewinnermittlung nach § 13a können die Ertragskraft nach § 4 Abs. 1 oder 3 berechnen (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 33). Auf die Höhe des Substanzwerts des Betriebs soll es nicht ankommen (BFH v. 8.7.2015 – X R 47/14, BFH/NV 2016, 184 Rz. 44; uE bei Betrieben mit hohem Substanzwert und nur geringen temporären Verlusten zweifelhaft). Der BFH hat es zugelassen, zwei im Abstand von 13 Tagen vor

demselben Notar und mit Wirkung zum selben Stichtag geschlossene Übergabeverträge als Einheit anzusehen, so dass die allein im ersten Vertrag vereinbarte dauernde Last mit der Summe der erzielbaren Nettoerträge aus dem in beiden Verträgen übergebenen Vermögen zu vergleichen war (BFH v. 20.6.2017 – X R 38/16, BFH/NV 2017, 1453).

► *Überschlägige Ermittlung/Grenzfälle:* Eine überschlägige Ermittlung der Nettoerträge ist ausreichend. Wenn die Nettoerträge die Versorgungsleistungen um höchstens 10 % unterschreiten, bleibt Nr. 2 gleichwohl anwendbar (BFH v. 17.3.2010 – X R 38/06, BStBl. II 2011, 622, unter II.6.c).

► *Rechtsfolgen bei nicht ausreichenden Nettoerträgen:* Reichen die Nettoerträge des übergebenen Vermögens nur zur Erbringung eines Teils der zugesagten Versorgungsleistungen aus, sind diese insgesamt als unentgeltliche Zuwendung zu beurteilen und daher nicht abziehbar (BFH v. 17.3.2010 – X R 38/06, BStBl. II 2011, 622, unter II.6.b). Wenn sich hingegen später die Zahlungen infolge eines gestiegenen Versorgungsbedürfnisses des Berechtigten erhöhen und ab diesem Zeitpunkt nicht mehr vollständig aus den (zuvor ausreichenden) Nettoerträgen des Vermögens erbracht werden können, bleiben die Zahlungen bis zur Höhe der Nettoerträge abziehbar; nur in Höhe des übersteigenden Teils handelt es sich um nicht abziehbare Zuwendungen (BFH v. 13.12.2005 – X R 61/01, BStBl. II 2008, 16, unter II.3.d).

**Mindestinhalt des Vertrags:** Auch nach neuem Recht muss die Vereinbarung einen Mindestbestand an bürgerlich-rechtl. Rechtsfolgen enthalten, die die Qualifikation als Versorgungsvertrag ermöglicht (vgl. zur Rechtslage bis 2007 BFH v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826, unter II.5.a).

## (2) Art der Versorgungsleistungen

245

**Geld- oder Sachleistungen:** Versorgungsleistungen werden in der Praxis zu meist in Form einer regelmäßigen Geldzahlung gewährt, können aber – insbes. in der Landwirtschaft – auch in Natural- oder Sachleistungen bestehen. Hat der Übernehmer den Übergeber unentgeltlich zu verpflegen („freie Kost“), kann der Wert dieser Leistung nach der SachbezugsVO geschätzt werden (BFH v. 21.6.1989 – X R 13/85, BStBl. II 1989, 786; BayLfSt. v. 30.3.2016 – S 2221.1.1 - 10/36 St 32, DStR 2016, 1321).

**Pflegeleistungen** sind 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). Demgegenüber stellen persönliche Arbeitsleistungen des Übernehmers keine „Aufwendungen“ im estl. Sinne dar (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 45).

**Wohnungsüberlassung:** Hier ist zu differenzieren. Zwar fällt die Übergabe einer Wohnung bei Verträgen, die ab 2008 abgeschlossen werden, nicht mehr unter den Tatbestand. Allerdings kann im Gegenzug für die Übergabe eines WG iSd. Abs. 1a Nr. 2 (Betrieb, Mitunternehmeranteil usw.) vereinbart werden, dass die Versorgungsleistung in der unentgeltlichen Überlassung von Wohnraum bestehen soll. Für die Ermittlung des Werts dieser Sachleistung gelten die folgenden Grundsätze:

► *Ansatz der tatsächlichen Aufwendungen:* Anzusetzen ist nicht etwa ein fiktiver ortsüblicher Mietwert. Abziehbar sind vielmehr nur die dem Übernehmer tatsächlich entstehenden Aufwendungen (vor allem Betriebskosten, Instandhaltungsaufwendungen, zu Einzelheiten s. die folgenden Stichworte). Ein Abzug anteiliger AfA, Schuldzinsen und öffentlicher Lasten (insbes. Grundsteuer) soll nach Ver-

waltungsauffassung nicht möglich sein (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 46). Dies ist uE nicht überzeugend. Der Abzug von AfA kann nur ausgeschlossen sein, soweit die AfA noch auf den eigenen historischen AK des Übergebers beruhen, die dem Übernehmer nach § 11d EStDV zugerechnet werden.

► **Betriebskosten:** Auch hier sind die tatsächlichen Aufwendungen des Übergebers anzusetzen (sofern er sie nach dem Übergabevertrag zu tragen hat). Die Aufteilung einheitlicher Wohnnebenkosten ist nach dem Verhältnis der Wohnflächen bzw. Nutzerzahl vorzunehmen (Nds. FG v. 31.3.2010 – 4 K 18/08, EFG 2010, 1610, rkr.).

► **Instandhaltungsaufwendungen:** 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; BFH v. 31.3.2004 – X R 32/02, BFH/NV 2004, 1248), wenn sie der Erhaltung des im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustands der Wohnung dienen (BFH v. 17.3.2010 – X B 118/09, BFH/NV 2010, 1277: nicht bei Erneuerung sämtlicher Fenster und Türen kurz nach der Übergabe; BFH v. 5.5.2011 – X B 226/10, BFH/NV 2011, 1506: nicht bei Wärmedämmung; FG München v. 11.5.2010 – 6 K 397/08, EFG 2010, 1881, rkr.: nicht bei Ersatz einer vorhandenen Hauskläranlage durch Kanalanschluss; FG Ba.-Württ. v. 10.5.2011 – 2 K 3045/09, EFG 2011, 1873, NZB X B 76/11 unzulässig: nicht bei Ersatz des Heizkessels, wenn Instandhaltungsaufwendungen vertraglich ohnehin vom Übergeber zu tragen sind; Nds. FG v. 12.7.2012 – 1 K 94/11, EFG 2012, 2204, rkr.: wohl aber bei Erneuerung des erst nach der Übergabe funktionsunfähig gewordenen Schornsteins; FG Nürnberg v. 21.5.2015 – 4 K 351/13, EFG 2015, 1600, rkr.: Beseitigung eines durch einen Wasserschaden verursachten Schimmelpilzbefalls). Zur Übernahme größerer Reparaturen ist der Übernehmer nach der gesetzlichen Regelung des Altenteilsvertrags nicht verpflichtet (BFH v. 23.11.2016 – X R 8/14, BStBl. II 2017, 512 Rz. 45). Sie sind „allenfalls“ bei ausdrücklicher Vereinbarung im Versorgungsvertrag abziehbar (BFH v. 25.8.1999 – X R 38/95, BStBl. II 2000, 21; BFH v. 1.10.2003 – X B 75/02, BFH/NV 2004, 44, unter 3.; dazu auch OFD München v. 1.10.2004 – S 2221 - 123 - St 42, DSrR 2005, 27). Der Umfang der geschuldeten Instandhaltungsleistungen sollte daher möglichst genau im Versorgungsvertrag geregelt werden (VORBECK, EFG 2017, 1169). Dann sind auch größere Aufwendungen wie z.B. die Erneuerungen des Heizkessels abziehbar (Nieders. FG v. 17.5.2017 – 1 K 310/16, EFG 2017, 1168, rkr.).

**Einmalige Zusatzleistungen sowie Ablösezahlungen:** Siehe Anm. 249.

246 Einstweilen frei.

#### 247 **bb) Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhend**

Die Voraussetzung eines „besonderen Verpflichtungsgrunds“ war bereits in Abs. 1 Nr. 1a aF enthalten. Die Verpflichtung muss auf einer gesetzlichen oder einer wirksamen vertraglichen Verpflichtung oder einer wirksamen letztwilligen Verfügung (s. hierzu noch Anm. 252, 256) 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 Stpfl. oder seinem Ehegatten gesetzlich unterhaltsberechtigten Person oder an deren Ehegatten geleistet werden, grds. nicht abziehbar. Die Norm des § 12 Nr. 2 ist im Verhältnis zu § 10 Abs. 1a Nr. 2

vorrangig, weil im Eingangssatz des § 12 („Soweit in § 10 Abs. 1 Nr. 2 bis 5, 7 und 9 sowie Abs. 1a Nr. 1 ... nichts anderes bestimmt ist ...“) zwar fast alle anderen SA-Tatbestände der § 10 Abs. 1, 1a genannt sind, nicht jedoch Abs. 1a Nr. 2. 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).

### cc) Lebenslange Leistungen

248

Die Voraussetzung lebenslanger Leistungen war bis 2007 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; BFH v. 10.4.2014 – X B 250/13, BFH/NV 2014, 1045). Eine materielle Rechtsänderung ist mit der ausdrücklichen Aufnahme dieser Voraussetzung in den gesetzlichen Tatbestand daher nicht verbunden gewesen.

### dd) Wiederkehrende Leistungen

249

Auch dieses Merkmal war bis 2007 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, insbesondere Beerdigungskosten:** Aufwendungen, die zu den typischen Altenteils-/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 (zutr. BFH v. 15.2.2006 – X R 5/04, BStBl. II 2007, 160, 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). Dies gilt uE auch für die Übernahme der noch nicht veranlagten ESt-Schulden der Vergangenheit sowie die gewinnabhängig ausgestattete Zahlung eines Einmalbetrags (aA Nds. FG v. 14.5.2013 – 15 K 180/12, EFG 2013, 1486, rkr.; zutr. hingegen FG Ba.-Württ. v. 21.3.2016 – 9 K 1718/14, EFG 2016, 1089, rkr.: vereinbarte Zusatzzahlung nur für die ersten fünf Jahre). Diese Beurteilung gilt im Hinblick auf den Zweck des Rechtsinstituts uE auch für die ab 2008 geltende Rechtslage fort. Speziell bei der Übernahme von Beerdigungskosten treten allerdings Probleme im Hinblick auf das Korrespondenzprinzip (§ 22 Nr. 1a; s. Anm. 266) auf, weil hier möglicherweise kein Leistungsempfänger mehr vorhanden ist, dem man die korrespondierenden Einkünfte zurechnen kann. Möglich ist ein Abzug jedenfalls, wenn die Versorgungsleistungen an Ehegatten als Gesamtberechtigte zu erbringen sind und die Beerdigungskosten den Erstversterbenden betreffen, so dass die korrespondierenden Einnahmen dem überlebenden Ehegatten zugerechnet werden können (BFH v. 15.2.2006 – X R 5/04, BStBl. II 2007, 160, unter II.5.a). Gleiches gilt, wenn der letzte Berechtigte verstirbt, der Vermögensübernehmer aber nicht Erbe wird; der Übergabevertrag wirkt dann zugunsten des Erben, der die Beerdigungskosten erspart, so dass diesem die Einnahme zuzurechnen ist (BFH v. 19.1.2010 – X R 17/09, BStBl. II 2010, 544). Soweit der Vermögensübernehmer hingegen Erbe wird, ist ein Abzug nicht möglich, weil ihm dann folgerichtig auch die Einnahmen zugerechnet werden müssten (BFH v. 19.1.2010 – X R 32/09, BStBl. II 2011, 162).

**Einmalige Ablösezahlung:** Werden die künftig zu erbringenden Versorgungsleistungen durch eine Einmalzahlung abgelöst, kann diese nicht nach Abs. 1a Nr. 2 abgezogen werden (BFH v. 31.3.2004 – X R 66/98, BStBl. II 2004, 830, unter II.4).

250 **ee) Kein wirtschaftlicher Zusammenhang zu Einkünften, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben**

Dieses Merkmal, das vor allem Leistungen in Zusammenhang mit stfreien Einkünften vom SA-Abzug ausschließen soll, war bereits in der bis VZ 2007 geltenden Fassung des Abs. 1 Nr. 1a enthalten.

**Fehlende Bedeutung dieses Merkmals:** Nach der seit VZ 2008 geltenden Fassung (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“).

Seit der Einführung der Abgeltungsteuer ab VZ 2009 unterliegen allerdings auch Dividendeneinnahmen grds. 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 [6/2016]) in demselben VZ Dividenden gezahlt werden (SCHULZE ZUR WIESCHE, BB 2007, 2379 [2380 f.]). Dass der Gesetzgeber dieses Erg. 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]); auch sind sie nicht etwa stbefreit. Entsprechende Versorgungsleistungen bleiben uE daher ungeachtet der Änderungen durch die Abgeltungsteuer abziehbar (so auch BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 49 Satz 2).

**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 Abs. 1a Nr. 2.

**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. Insbesondere sind Versorgungsleistungen, die mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die nach einem DBA stbefreit sind, nicht als SA abziehbar (R 10.3 Abs. 1 EStR 2012).

**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; BFH v. 26.11.1974 – VIII R 266/72, BStBl. II 1975, 331).

251 **ff) Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Empfängers**

Seit VZ 2008 muss der Empfänger grds. unbeschränkt estpfl. sein. Zuvor wurde die unbeschränkte EStPfl. des Empfängers weder von Abs. 1 Nr. 1a aF noch von der Rspr. zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen gefordert.



**Ausnahme bei Zahlungen an EU-/EWR-Empfänger:** 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. Steuerbehörde nachgewiesen wird (§ 1a Abs. 1 Nr. 1a). Diese Regelung entspricht derjenigen, die für Unterhaltsleistungen nach Abs. 1a Nr. 1 bereits seit 1996 anwendbar ist. Zu den europarechtl. Problemen, die auftreten, wenn der Wohnsitzstaat des Empfängers keinen Steuertatbestand für Versorgungsbezüge kennt oder die Bezüge im konkreten Fall wegen Unterschreitens des Grundfreibetrags keine ausl. ESt auslösen, s. Anm. 230 und ГЕЧК, ZEV 2011, 450 (zur parallelen Problematik bei Unterhaltszahlungen an ausl. Empfänger).

**Zahlungen eines beschränkt steuerpflichtigen Vermögensübernehmers:** Beschränkt Stpfl. können Versorgungsleistungen nicht abziehen (§ 50 Abs. 1 Satz 3). Diese Beschränkung ist nach der EuGH-Rspr. allerdings europarechtswidrig, wenn der beschränkt Stpfl. die Versorgungsleistungen für die Übergabe von solchem Vermögen zahlt, mit dem er inländ. (beschränkt stpfl.) Einkünfte erzielt (EuGH v. 24.2.2015 – C-559/13 – Grünewald, BStBl. II 2015, 1071; s. näher Anm. 14). Auch wenn § 50 noch nicht geändert ist, ist der Abzug in diesen Fällen aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts zu gewähren. Die FinVerw. lässt den Abzug „im Vorgriff auf eine gesetzliche Regelung“ sogar nicht nur bei Ansässigkeit des Vermögensübernehmers im EU-/EWR-Ausland, sondern auch bei Ansässigkeit in einem Drittstaat zu (BMF v. 18.12.2015 – IV C 3 - S 2307/07/10001:003, BStBl. I 2015, 1088).

#### gg) Anforderungen an den Empfänger der Versorgungsleistungen; Versorgungsleistungen an Vermächtnisnehmer

252

**Generationennachfolge-Verbund:** Nach der Rspr. zu der bis VZ 2007 geltenden Rechtslage waren nur solche Zahlungen begünstigt, die entweder an den Übergeber des Vermögens oder aber an solche Personen geleistet wurden, die zum sog. Generationennachfolge-Verbund gehörten. Dazu sollten die im Verhältnis zum Übergeber gesetzlich pflichtteilsberechtigten Personen gehören (Ehegatte, Abkömmlinge, Eltern). Zahlungen an alle anderen Empfänger (insbes. Geschwister oder nichteheliche Lebensgefährten des Übergebers) waren hingegen nicht begünstigt (zu Einzelheiten s. Anm. 280 mwN). Die FinVerw. will diese Grundsätze auch auf die ab VZ 2008 geltende Rechtslage anwenden (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 50; glA SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [772]).

**Stellungnahme:** Die Verwaltungsauffassung ist uE abzulehnen. Weder dem Gesetzeswortlaut noch den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber in diesem Punkt an die zur Rechtslage bis VZ 2007 ergangene Rspr. hat anknüpfen wollen. Der Gesetzeswortlaut fordert nur, dass es sich um „Versorgungsleistungen“ handeln und der Empfänger unbeschränkt estpfl. sein muss. Versorgungsleistungen können aber zB auch bei Zahlungen an einen nichtehelichen Lebenspartner oder an Geschwister des Übergebers gegeben sein. Da der Anwendungsbereich der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ab 2008 stark eingeschränkt worden ist, können auch Erwägungen zur Vermeidung missbräuchlicher Inanspruchnahmen der Vergünstigung eine Einschränkung über den Wortlaut hinaus nicht mehr rechtfertigen. Ohnehin war die Argumentation des BFH bereits zur Rechtslage bis 2007 nicht zwingend:

Der BFH hatte die Beschränkung des Empfängerkreises auf gesetzlich pflichtteilsberechtigte Personen damit begründet, dass nur diese eine eigene Vermögensdisposition – in Gestalt des Verzichts auf künftige erbrechtl. Ansprüche – erbringen (BFH v. 26.11.2003 – X R 11/01, BStBl. II 2004, 820, unter II.3.d). Eine solche „Vermögensdisposition“ würde aber bereits die Gefahr mit sich bringen, dass die Zahlungen als Gegenleistung anzusehen sein könnten; daher passt die Argumentation des BFH nicht vollständig ins System der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen.

**Zahlungen des Erben an Vermächtnisnehmer:** Die vorstehend dargestellte Streitfrage hat auch Bedeutung dafür, ob nach der ab 2008 geltenden Rechtslage auch solche Versorgungsleistungen abziehbar sind, die der Erbe von Vermögen iSd. Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 aufgrund letztwilliger Verfügung des Erblassers an einen Vermächtnisnehmer aus den erzielbaren Nettoerträgen des erlangten Vermögens zu leisten hat (zur früheren Rechtslage s. Anm. 274). Es kommt uE nicht mehr darauf an, ob der Vermächtnisnehmer zum „Generationennachfolge-Verbund“ gehört. Bei konsequenter Anwendung der Verwaltungsauffassung dürfte hingegen auch in diesen Fällen eine Abziehbarkeit zu verneinen sein.

#### 253 hh) Rechtsbindungswille

**Fremdvergleich hinsichtlich des Vertragsinhalts kaum möglich:** Versorgungsverträge werden typischerweise nur zwischen nahen Angehörigen abgeschlossen. Sie sind nicht kaufmännisch ausgewogen und daher privat veranlasst. Aus diesem Grund kann zwar nicht die Erfüllung sämtlicher Anforderungen verlangt werden, die ansonsten an Verträge zwischen nahen Angehörigen gestellt werden (grundlegend BFH v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826, unter II.6.a). Insbesondere wird der typische Inhalt eines Übergabevertrags regelmäßig nicht in derselben Weise auch zwischen fremden Dritten vereinbart werden.

**Tatsächliche Durchführung:** Allerdings muss der Rechtsbindungswille der Vertragsparteien feststellbar sein. Der Mindestbestand der vereinbarten bürgerlich-rechtl. Rechtsfolgen, die die Qualifikation als Versorgungsvertrag erst ermöglichen, muss tatsächlich durchgeführt werden (BFH v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826, unter II.5.a, 6.e). Daran fehlt es, wenn die Zahlungen willkürlich schwanken, ohne dass diese Schwankungen durch entsprechende Änderungen im Versorgungsbedürfnis des Berechtigten oder in der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten gerechtfertigt werden.

**Beispiele Anerkennung der Versorgungsleistungen trotz teilweiser Abweichung vom Vereinbarten:** Die langjährige Nichtanwendung einer vereinbarten Wertsicherungsklausel (BFH v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826, unter II.6) oder ein gelegentliches Aussetzen einiger Monatszahlungen wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Übernehmers (BFH v. 15.9.2010 – X R 13/09, BStBl. II 2011, 641, unter II.3.c cc) steht der Abziehbarkeit der übrigen Zahlungen nicht entgegen. Auch häufig verspätete Überweisungen schaden nicht (BFH v. 15.9.2010 – X R 10/09, BFH/NV 2011, 581: regelmäßig bis zu 1,5 Monaten nach dem vereinbarten Zeitpunkt). Gleiches gilt für die 18-monatige Halbierung von Barleistungen, die zusätzlich zu Altenteils-Sachleistungen erbracht werden, aufgrund eines geringeren Versorgungsbedürfnisses (BFH v. 15.9.2010 – X R 31/09, BFH/NV 2011, 583). Wenn der Übergeber eine nach dem Vertrag vom Übernehmer geschuldete Vollverköstigung nicht in Anspruch nimmt, solange er sich noch selbst versorgen kann, schadet dies nicht (BFH v. 8.7.2015 – X R 47/14, BFH/NV 2016, 184 Rz. 25 ff.).

**Beispiele Nichtanerkennung der Versorgungsleistungen:** Nach einer 17-monatigen Nichtzahlung der vertraglichen Leistungen sind die danach wieder aufgenommenen Zahlungen jedenfalls dann nicht mehr abziehbar, wenn die Nettoerträge des übernommenen Vermögens auch in der Zwischenzeit zur Erbringung der vertraglichen

Leistungen ausgereicht hätten (BFH v. 15.9.2010 – X R 13/09, BStBl. II 2011, 641, unter II.4). Wird eine zusätzlich zu Altenteils-Sachleistungen vereinbarte Barleistung (350 DM) nach Vertragsschluss 14 Jahre lang nicht erbracht, kann eine Abziehbarkeit erstmaliger Barzahlungen nicht dadurch bewirkt werden, dass sie in einem Änderungsvertrag auf 1000 DM erhöht werden (BFH v. 15.9.2010 – X R 16/09, BFH/NV 2011, 428). Auch die erheblich unpünktliche Zahlung der Leistungen kann ggf. zur Nichtanerkennung führen (uE zu streng allerdings Nds. FG v. 22.1.2014 – 3 K 490/12, DStRE 2016, 208, rkr.: unregelmäßige Zahlung wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Übergebers). Siehe auch REDDIG, ErbStB 2011, 221; PAUS, EStB 2011, 167; SCHUSTER, NWB 2011, 1533.

**Nachweisfragen:** Der BFH verlangt bei Änderungen der Zahlbetrags eine schriftliche Dokumentation und Begründung durch die Parteien (BFH v. 15.9.2010 – X R 13/09, BStBl. II 2011, 641, unter II.3.b cc; Anwendung allerdings nur auf Änderungen nach Veröffentlichung dieser Entsch.; die FinVerw. wendet dies auf Vertragsänderungen an, die nach dem 29.7.2011 vorgenommen werden, s. OFD Frankfurt v. 19.8.2011 – S 2221 A - 82 - St 218, DStR 2011, 2099). Diese Rspr. ist uE abzulehnen. Für einen Schriftformzwang besteht keine Rechtsgrundlage (glA KESSELER, DStR 2011, 799). Der Stpfl. kann sich grds. aller Beweismittel zum Nachweis seines Rechtsbindungswillens bedienen, hat beim Fehlen schriftlicher Unterlagen aber ggf. die Folgen der Unerweislichkeit zu tragen.

Einstweilen frei.

254

#### **b) Anforderungen an das übertragene Vermögen (Abs. 1a Nr. 2 Sätze 2 und 3)**

##### **aa) Beschränkung auf betriebliche Einheiten**

255

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. 257–262). Hingegen fällt insbes. die Übertragung von Grundbesitz und Geldvermögen nicht mehr in den Anwendungsbereich von Abs. 1a Nr. 2 (s. Anm. 263). Wiederkehrende Leistungen in Zusammenhang mit der Übertragung von Vermögen, das nicht nach Nr. 2 Sätze 2 und 3 begünstigt ist, sind entweder als Unterhaltsleistungen oder als Veräußerungsentgelt anzusehen (s. Anm. 268). Zur nachträglichen Umschichtung des übertragenen begünstigten Vermögens s. Anm. 264.

##### **bb) Begriff der Übertragung**

256

Alle in Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 aufgeführten Tatbestände setzen eine „Übertragung“ voraus. Üblicherweise wird es sich um rechtsgeschäftliche Übertragungsvorgänge handeln (Schenkung, ggf. in der Sonderform der vorweggenommenen Erbfolge). Aber auch Übertragungen von Todes wegen sind uE 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. 252).

**Übertragung von Todes wegen:** Unter den Begriff „Übertragung“ fällt – jedenfalls bei Heranziehung von Sinn und Zweck der Vorschrift – auch noch die Vereinbarung von Versorgungsleistungen in Zusammenhang mit einer Erbauschlagung. Dies kommt in Betracht, wenn der eigentliche Erbe begünstigtes Vermögen iSd. Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 erben würde, aber zugelegte Erbe begünstigtes Vermögen die Erbschaft ausschlägt und diese daher unmittelbar vom Erblasser

erwerben, aber an den Ausschlagenden Versorgungsleistungen zahlen (WÄLZ-HOLZ, FR 2008, 641 [647]; ebenso zur Rechtslage bis VZ 2007 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. 2.

Wenn im Rahmen der Gestaltung des Sachverhalts die Abziehbarkeit und korrespondierende Steuerbarkeit von Versorgungsleistungen gewünscht wird, sollte daher die Variante der Erbausschlagung gegen Versorgungsleistungen anstelle eines – wirtschaftlich hier durchaus vergleichbaren – Erbverzichts gegen wiederkehrende Abfindungszahlungen gewählt werden. Es ist allerdings deutlich darauf hinzuweisen, dass es bei dieser Variante bis zum tatsächlichen Eintritt des Erbfalls noch an einer zivilrechtl. Bindung fehlt.

**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.

**Gleitende Vermögensübergabe:** Nach einer Vermögensübergabe unter Vorbehaltsnießbrauch kommt es mitunter zur Ablösung des Nießbrauchsrechts gegen Gewährung wiederkehrender Leistungen („gleitende“ oder „gestreckte“ Vermögensübergabe). Diese kann unter Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 fallen, weil der Vorbehaltsnießbraucher (trotz fehlenden wirtschaftlichen Eigentums am betrieblichen Vermögen) weiterhin einen Betrieb führt bzw. als Mitunternehmer anzusehen sein kann (im Erg. ebenso BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 25; HEINICKE in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 10 Rz. 142; WÄLZ-HOLZ, FR 2008, 641 [646], zur bis VZ 2007 geltenden Rechtslage s. Anm. 278). Die (günstigere) bis VZ 2007 geltende Rechtslage ist auch dann anzuwenden, wenn nur der Vorbehaltsnießbrauch bis 2007 vereinbart wurde, die Ablösung aber nach 2007 (s. Anm. 241).

**Wirtschaftsüberlassungsverträge** in der LuF (ausführl. § 13 Anm. 49), die ab 2008 abgeschlossen werden, führen – anders als bis 2007 abgeschlossene Verträge – nicht mehr zu abziehbaren Versorgungsleistungen (BFH v. 25.6.2014 – X R 16/13, BStBl. II 2014, 889), denn die bloße Nutzungsüberlassung ohne jede Substanzübertragung erfüllt die Voraussetzungen des Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 nicht.

## 257 cc) Mitunternehmeranteile (Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. a)

**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. Der für die Auslegung entscheidende Begriff ist uE aber nicht derjenige der „Personengesellschaft“, sondern der des „Mitunternehmeranteils“. Dafür spricht auch die Auslegung des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, in dessen Wortlaut ebenfalls der Begriff „Personengesellschaft“ verwendet wird; gleichwohl wird dieser Begriff auch dort im Sinne von „Mitunternehmerschaft“ verstanden. Daher sind – bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen – sämtliche Mitunternehmerschaften iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 begünstigt (so wohl auch BMF v. 11.3.2010 –

IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 8). Nicht dazu gehört aber die Beteiligung an einer typisch stillen Gesellschaft.

**Übertragung von Teilanteilen:** Die Begünstigung der Übertragung lediglich eines Teils eines bestehenden Mitunternehmeranteils ist nach dem Wortlaut des Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. a nicht ausgeschlossen (vgl. dagegen den strengerem Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2: „des gesamten Anteils“; s. auch WÄLZ-HOLZ, 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 (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 8; VON OERTZEN/STEIN, DStR 2009, 1117; GECK, KÖSDI 2009, 16444 [16448]; krit. SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [767]).

**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. 292 mwN).

So zutr. auch BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 8; REDDIG, DStZ 2010, 445 (447); aA zu Nr. 2 WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 (275); GECK, KÖSDI 2009, 16444 (16448); SEITZ, DStR 2010, 629 (630); SPIEGELBERGER, DStR 2010, 1822 (1824); KORN, KÖSDI 2010, 16920 (16924), 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. Zu den verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten s. GECK, DStR 2011, 1303.

**Erzielung originär betrieblicher Einkünfte:** Der Mitunternehmeranteil fällt nur dann unter Abs. 1a Nr. 2 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 (BFH v. 22.1.2015 – X B 118/14, BFH/NV 2015, 676 mwN; BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 10; zu Gestaltungsmöglichkeiten GECK, DStR 2011, 962). 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. BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 9, 11; 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 Personengesellschaft eine Tätigkeit ... ausübt“, sondern: „die eine Tätigkeit ... ausübt“. Durch die Aufnahme einer originär gewerblichen Teiltätigkeit 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.

258 **dd) Betriebe oder Teilbetriebe (Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. b)**

**Betrieb:** Die Übertragung eines Betriebs (Einzelunternehmens) ist begünstigt, ohne dass weitere Voraussetzungen zu erfüllen wären. Erfasst sind gewerbliche und land- und forstwirtschaftliche Betriebe sowie Betriebe der selbständigen Arbeit. Erforderlich, aber auch ausreichend ist die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen. Dies beurteilt sich hier uE allein nach der funktionalen Betrachtungsweise. Allein der Umstand, dass im Wertansatz eines WG erhebliche stille Reserven enthalten sind (quantitative Betrachtungsweise), macht das WG hier nicht zu einer wesentlichen Betriebsgrundlage (ebenso WÄLZHOlz, DStR 2008, 273 [275]). Insoweit gilt dasselbe wie bei der systematisch eng verwandten Vorschrift des § 6 Abs. 3 (s. dazu § 6 Anm. 1208).

**Teilbetrieb:** Die Übertragung eines Teilbetriebs ist der eines Betriebs gleichgestellt. Zum Begriff des Teilbetriebs s. zunächst § 16 Anm. 140 ff. Die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2, wonach eine 100 %-Beteiligung an einer KapGes. als Teilbetrieb gilt, ist im Rahmen des Abs. 1a Nr. 2 allerdings nicht anzuwenden (zutr. BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 14).

**ee) GmbH-Anteile (Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. c)**

259 **(1) Anforderungen an den übertragenen GmbH-Anteil**

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. 260) als auch den gleichzeitigen Übergang des Geschäftsführeramts (s. Anm. 261) voraus.

**GmbH-Anteile, die zum Betriebsvermögen eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils gehören,** sind im Rahmen der Übertragung der genannten betrieblichen Einheit begünstigt, ohne dass für diesen GmbH-Anteil zusätzlich die Voraussetzungen des Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. c erfüllt sein müssten. Die FinVerw. vermutet allerdings (widerleglich, s. Serrz, DStR 2010, 629 [632]) einen Gestaltungsmissbrauch, wenn der GmbH-Anteil im letzten Jahr vor der Vermögensübertragung in das anderweitige BV eingelegt wurde, ohne notwendiges BV zu sein. Gleiches soll gelten, wenn das anderweitige BV im letzten Jahr vor der Vermögensübertragung durch Umwandlung einer Körperschaft entstanden ist (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 23). In derartigen Fällen ist uE nicht von einer generellen Vermutung auszugehen. Ein Gestaltungsmissbrauch ist zwar denkbar; es kommt aber auf die Umstände des Einzelfalls an.

**Vermögensverwaltend tätige GmbH** sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht von der Begünstigung ausgeschlossen. Auch die einschlägigen Verwaltungsanweisungen sehen hier keine Einschränkungen vor. Dies eröffnet die Gestaltungsmöglichkeit, PV (das an sich nicht mehr in den Anwendungsbereich des Abs. 1a Nr. 2 fällt) in eine vermögensverwaltende GmbH einzubringen und die Anteile anschließend nach Nr. 2 zu übertragen (vgl. REDDIG, FS Streck, 2011, 157 [170]). Wenn eine solche Gestaltung auf Dauer angelegt ist (was ohnehin notwendig ist, um die Versorgungsleistungen über einen möglichst langen Zeitraum abziehen zu können), ist sie uE nicht missbräuchlich. Allerdings müssen

die sich nach Nr. 2 ergebenden Vorteile sorgfältig mit den Nachteilen aus der eintretenden Steuerverstrickung des PV abgewogen werden.

**(2) Übertragung eines mindestens 50 % betragenden Anteils an einer GmbH**

260

**Beschränkung der Begünstigung auf GmbH-Anteile:** Begünstigt sind nur Anteile an einer GmbH sowie an einer in § 5a GmbHG geregelten haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft (ebenso BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 15). Anteile an anderen KapGes. sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht begünstigt. Eine Übergabe von Anteilen an einer AG, KGaA, einer Europäischen Gesellschaft oder einer KapGes. ausl. Rechts (s. hierzu aber die nachfolgenden Ausführungen zur europarechtskonformen Auslegung) kann die Rechtsfolgen des Abs. 1a Nr. 2 daher auch dann nicht herbeiführen, wenn die übergebene Beteiligung mindestens 50 % beträgt und der Übergeber zugleich die Geschäftsleitung auf den Übernehmer überträgt (krit. 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; REDDIG, FS Streck, 2011, 157 [168]: jedenfalls das an der AG mit mindestens 50 % beteiligte Vorstandsmitglied ist einzubeziehen; KRUMM, StuW 2011, 159 [168]). Zudem ermöglichen die Vorschriften des UmwG und UmwStG idR eine steuerneutrale Umwandlung anderer KapGes. in eine GmbH.

► *Europarechtlich* ist hingegen zumindest der Ausschluss der KapGes. ausl. Rechts zweifelhaft, sofern die ausl. KapGes. in ihrer Ausgestaltung der deutschen GmbH vergleichbar ist. Ein Grund für die Differenzierung zwischen in- und ausl. 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 ausl. Gesellschaften handelt. Zu Recht begünstigt daher die FinVerw. im Wege europarechtskonformer Auslegung auch die Übertragung von Anteilen an KapGes. aus anderen EU-/EWR-Staaten, sofern sie der deutschen GmbH vergleichbar sind (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 15).

**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. 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).

► *Verfassungsmäßigkeit:* Die Differenzierung ist uE noch verfassungsgemäß (aA KRUMM, StuW 2011, 159 [170]), weil in vielen Fällen eine steuerneutrale Um-

wandlung in eine PersGes. „helfen“ kann, auch wenn eine niedrigere gesetzliche Beteiligungsgrenze (zB 25 %) Härten hätte vermeiden können.

► *Anteil am Stammkapital maßgeblich:* Nach dem Gesetzeswortlaut und dem Gesetzeszweck (Vermögensbezug der Regelung) kommt es 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 Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 Buchst. c begünstigt ist) noch keine Beschlussmehrheit vermittelt (glA REDDIG, FS Streck, 2011, 157 [169]). Eigene Anteile der GmbH sind uE bei der Betrachtung außer Ansatz zu lassen, so dass eine Begünstigung zB auch dann möglich ist, wenn der Übertragende nur 30 % hält, die GmbH selbst aber 50 %. Der Wortlaut enthält hierzu zwar nichts; im Hinblick auf den Zweck der Regelung ist dieser Fall bei wirtschaftlicher Betrachtung aber ebenso begünstigungswürdig wie eine GmbH ohne eigene Anteile, an der der Übertragende 60 % hält.

► *Späteres Absinken des Anteils:* Sinkt die Beteiligung durch eine spätere Veräußerung unter 50 % ab, ist ein weiterer Abzug der Versorgungsleistungen uE nicht mehr möglich (s. Anm. 264). Dagegen stehen spätere Kapitalmaßnahmen oder Verschmelzungen, die (ohne dass es sich um eine Veräußerung des übertragenen Vermögens handelt) zu einem Absinken unter die 50 %-Grenze führen, der weiteren Berechtigung zum Abzug der Versorgungsleistungen nicht entgegen (zutr. WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [644]).

### 261 (3) Übergang der Geschäftsführertätigkeit

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 des Abs. 1a Nr. 2 fallen, bei denen der Anteilseigner (Übergeber) – ähnlich wie der Inhaber eines Einzelunternehmens und wie typischerweise auch ein Mitunternehmer – persönlich in der Geschäftsführung tätig ist. Es ist nicht erforderlich, dass der Übergeber einziger 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]). Zu Recht gewährt daher die FinVerw. die Begünstigung auch dann, wenn der Übernehmer die Geschäftsführertätigkeit schon vor der Übertragung – gemeinsam mit dem Übergeber – ausgeübt hat (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 18). Soweit die FinVerw. allerdings weitergehend fordert, dass der Übernehmer auch in späteren VZ der Geltend-



machung von Versorgungsleistungen jeweils eine Geschäftsführertätigkeit ausüben muss, wird dies durch den Gesetzeswortlaut uE nicht geboten (aA SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [769]).

**Beendigung der Geschäftsführertätigkeit des Übergebers:** Der Übergeber muss die Geschäftsführertätigkeit beenden (zutr. BFH v. 20.3.2017 – X R 35/16, BStBl. II 2017, 985; REDDIG, EFG 2016, 1944). Es steht der Begünstigung der Vermögensübergabe aber nicht entgegen, wenn er auch künftig in anderer Funktion (zB Prokurist, selbständiger Berater) maßgebend für die GmbH tätig wird (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 18).

#### ff) Wohnteil von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft (Abs. 1a Nr. 2 Satz 3) 262

Gemäß Abs. 1a Nr. 2 Satz 3 sind auch Versorgungsleistungen begünstigt, die auf den Wohnteil eines land- und forstwirtschaftlichen 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 land- und forstwirtschaftlichen BV, sondern um PV handelt. Gleiches muss uE bei der Übergabe von Mitunternehmeranteilen an einer land- und forstwirtschaftlichen PersGes. gelten. Eine isolierte Übertragung des Wohnteils ohne den Betrieb ist nach Wortlaut und Zweck des Abs. 1a Nr. 2 Satz 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. Sie ist uE 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.

#### gg) Keine begünstigte Übergabe von Grundbesitz und Geldvermögen 263

Grundbesitz und Geldvermögen fallen bei Verträgen, die ab VZ 2008 abgeschlossen werden, nicht mehr in den Anwendungsbereich der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen (zu verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten s. SPIEGELBERGER, DStR 2010, 1880; PAUS, NWB 2014, 992). 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:** Verfassungsrechtlich sind diese Überlegungen uE hinreichend tragfähig, so dass insbes. der Ausschluss des Grundvermögens nicht verfassungswidrig ist (glA KRUMM, StuW 2011, 159 [166 f.]; SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [766]; s. auch Anm. 242). Rechtspolitisch wäre aber auch eine andere Lösung denkbar gewesen. Denn das Grundvermögen gehört – anders als Geld-

vermögen – durchaus noch zum „erweiterten Kernbereich“ des Rechtsinstituts der Vermögensübergabe; auch das Missbrauchspotential ist hier eher gering.

264 **hh) Nachträgliche Umschichtung des begünstigten Vermögens**

Nach den Rechtsgrundsätzen, die die Rspr. für Versorgungsleistungen aufgrund von bis VZ 2007 vereinbarten Vermögensübergaben entwickelt hatte, durfte der Übernehmer das begünstigte Vermögen in anderes, ebenfalls begünstigtes (dh. nach damaliger Rechtslage: ausreichend ertragbringendes) Vermögen umschichten, ohne dass dadurch der SA-Abzug verloren ging (s. Anm. 280). Eine ausdrückliche Regelung dieses Problemkreises für ab VZ 2008 vereinbarte Vermögensübertragungen fehlt. Nach zutreffende Verwaltungsauffassung steht eine nachträgliche Umschichtung der weiteren Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen dann nicht entgegen, wenn auch das neue Vermögen die in Abs. 1a Nr. 2 Satz 2 genannten Anforderungen erfüllt (zB Verkauf des übertragenen Betriebs und Erwerb eines Mitunternehmeranteils an einer gewerblich tätigen PersGes.; s. BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 41). In einem solchen Fall stehen auch die künftigen Versorgungsleistungen bei wertender Betrachtung noch „im Zusammenhang mit der Übertragung eines Betriebs“. Hingegen entfällt der erforderliche Zusammenhang, wenn das begünstigte Vermögen in solche WG umgeschichtet wird, die selbst nicht Gegenstand einer Vermögensübergabe iSd. Nr. 2 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]). Zur Umschichtung durch Vorgänge iSd. UmwStG s. BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 42; WÄLZHOLZ, DStR 2010, 850. Ebenfalls nicht mehr begünstigt sind Fallgestaltungen, in denen nicht begünstigtes Vermögen übertragen wird, der Übernehmer sich aber im Übergabevertrag verpflichtet, dieses kurzfristig in begünstigtes Vermögen umzuschichten (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 36; uE angesichts des Gesetzeswortlauts zutr.).

265 Einstweilen frei.

**c) Rechtsfolgen**

266 **aa) Rechtsfolgen bei nach Abs. 1a Nr. 2 begünstigten Vermögensübergaben**

**Abzug in voller Höhe:** Der SA-Abzug ist bei Erfüllung der Voraussetzungen nach Abs. 1a Nr. 2 stets in voller Höhe der Versorgungsleistungen zu gewähren. Eine Differenzierung zwischen Leibrenten – die gem. Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 in der bis VZ 2007 geltenden Fassung 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. 276, 281 mwN). Gleichwohl empfiehlt es sich auch weiterhin, im Versorgungsvertrag eine Möglichkeit zur Änderung der Leistungen zu vereinbaren (zutr. HERBST, DStR-K 2017, 194): Eine Anpassung nach unten kann geboten sein, damit der übergebene Betrieb in einer Krise nicht durch die Versorgungsleistungen gefährdet wird. Auch eine Anpassung nach oben kann sinnvoll sein, weil die Kinder ansonsten ggf. zu Unterhaltsleistungen herangezogen werden, die aber nur in engen Grenzen abziehbar sind, während erhöhte

Versorgungsleistungen voll abziehbar sind. Eine Begrenzung auf einen absoluten Höchstbetrag enthält Nr. 2 – wie bisher – nicht.

**Höhe des Abzugs bei Sachleistungen:** Zur Schätzung der Höhe des Abzugs bei Altenteilsleistungen in Form von Sachleistungen (Verpflegung, Heizung, Nebenkosten) s. BayLfSt. v. 24.1.2017 – S 2221.1.1.-10/39 St 32, DStR 2017, 1329.

**Auswirkungen im Kindergeldrecht:** Obwohl Abs. 1a Nr. 2 „nur“ einen SA-Abzug gewährt, mindern Versorgungsleistungen im Kindergeldrecht die – nur bis VZ 2011 zu prüfenden – eigenen Einkünfte und Bezüge eines Kindes, das entsprechende Leistungen als „Transfer von Einkünften“ an eine Person zahlt, die nicht zugleich der Kindergeldberechtigte ist (BFH v. 8.11.2012 – V R 57/10, BStBl. II 2013, 912). Dies muss uE auch bei Zahlung an den Kindergeldberechtigten selbst gelten (insoweit aA jedoch BFH v. 26.11.2008 – III R 20/08, nv.).

**Korrespondierende Versteuerung beim Empfänger:** Die Regelung in § 22 Nr. 1a stellt sicher, dass die Versorgungsleistungen beim Empfänger in der Höhe besteuert werden, in der sie beim Zahlungsverpflichteten nach § 10 Abs. 1a Nr. 2 abgezogen werden können. Dieser Besteuerungstatbestand bewirkt eine volle materiell-rechtl. Korrespondenz zwischen Abzugs- und Empfängerseite. Eine solche Korrespondenz war bereits von der zur Rechtslage bis VZ 2007 ergangenen Rspr. zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen angenommen worden (s. Anm. 281 mwN). Im Erg. ähneln die stl. Rechtsfolgen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen daher einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt (s. zur Rechtslage bis VZ 2007 auch Anm. 277).

#### bb) Rechtsfolgen bei nicht nach Abs. 1a Nr. 2 begünstigten Vermögensübergaben

##### (1) Grundlegende Differenzierung zwischen Veräußerungsentgelt und Unterhaltsleistungen

267

Bei der Übergabe von Vermögen, das nicht unter Abs. 1a Nr. 2 nF fällt (zB Grundbesitz, gewerblich geprägte, aber vermögensverwaltend tätige PersGes., GmbH-Anteile unterhalb von 50 %) sind statt des Sonderrechts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen die allgemeinen Grundsätze anzuwenden. Gleiches gilt, wenn zwar Vermögen übergeben wird, das tatbestandlich unter Nr. 2 fallen könnte, die wiederkehrenden Leistungen aber nicht als „Versorgungsleistungen“, sondern im stl. Sinne als Unterhaltszahlungen oder Veräußerungsentgelt anzusehen sind. Dabei ist zum einen danach zu differenzieren, ob die im Gegenzug zur Vermögensübergabe zugesagten Leistungen als Unterhaltsleistungen oder als Veräußerungsentgelt anzusehen sind, zum anderen danach, ob der übergebene Gegenstand PV oder BV darstellte (s. ausführl. auch § 22 Anm. 171–174 [9/2016]; RISTHAUS, DB 2007, 240 [243 f.]; FLEISCHER, ZEV 2007, 475 [477]; RÖDER, DB 2008, 146 [150]; zu Gestaltungsmöglichkeiten SPIEGELBERGER, DB 2008, 1063 [1067 ff.]).

**Auffassung der Finanzverwaltung:** Die FinVerw. (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 57 f., 65 ff.) nimmt in diesen Fällen ein Regel-/Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Vorliegens eines Veräußerungsentgelts an. Sie unterscheidet dabei die folgenden Fallgruppen:

► *Veräußerungsentgelt als Grundsatz:* Sofern keine der nachstehend angeführten Besonderheiten gegeben ist, ist der Vorgang als Veräußerung anzusehen (zu den Rechtsfolgen s. Anm. 268). Dies soll nicht nur bei der Übertragung von nicht in Nr. 2 genanntem Vermögen gelten, sondern ausdrücklich auch dann, wenn die

erzielbaren Nettoerträge nicht ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 57).

► *Wert des übertragenen Vermögens höher als Wert der wiederkehrenden Leistungen:* Ist der Wert des übertragenen Vermögens höher als der Barwert (Kapitalwert) der wiederkehrenden Leistungen, sind die für teilentgeltliche Veräußerungen geltenden Grundsätze anzuwenden (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 66 Satz 4).

► *Wert der wiederkehrenden Leistungen höher als Wert des übertragenen Vermögens:* In diesen Fällen stellt sich das Problem der Abgrenzung zwischen Veräußerungsentgelt und Unterhaltsleistungen in besonderer Weise. Nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 66 Satz 1) ist grds. aufzuteilen: In Höhe des angemessenen Kaufpreises liege ein Veräußerungsvorgang vor; die übersteigenden wiederkehrenden Leistungen seien als – stl. grds. unbeachtliche – Unterhaltsleistungen anzusehen. Sei der Barwert der wiederkehrenden Leistungen aber mehr als doppelt so hoch wie der Wert des übertragenen Vermögens, so sei der Vorgang insgesamt als Zuwendung anzusehen und habe keinen Veräußerungscharakter (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 66 Satz 3).

► *Sonderfälle:* In bestimmten Fällen nimmt die FinVerw. eine Einzelfallprüfung vor, ob der Vorgang Unterhalts- oder aber Veräußerungscharakter hat (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 58). Dies betrifft Fälle, in denen die Anwendung der Nr. 2 daran scheitert, dass der Empfänger der Leistungen nicht zum Generationennachfolgeverbund gehört (s. aber Anm. 252 zur hier vertretenen Gegenauffassung), der Übertragungsvertrag stl. nicht anzuerkennen ist oder die Abziehbarkeit der Leistungen endet, weil der Übernehmer das Vermögen weiter überträgt.

**Stellungnahme:** Der durch die FinVerw. angenommene Vorrang der Behandlung als Veräußerungsvorgang sowie die typisierende Abgrenzung zu Unterhaltsleistungen anhand der Wertdifferenz zwischen übergebenem Vermögen und wiederkehrenden Leistungen ist uE grds. zutr. Wird Vermögen übertragen und erhält der Übertragende im Zusammenhang mit der Übertragung (Geld-)Leistungen des Vermögenserwerbers, behandelt das EStG dies grds. als Veräußerungsvorgang (glA BFH v. 21.10.1999 – X R 75/97, BStBl. II 2002, 650; REDDIG, DStZ 2010, 445 [450]; REDDIG, FS Streck, 2011, 157 [159, 163]; RISTHAUS, DB 2010, 744 [749]; KORN, KÖSDI 2010, 16920 [16921, 16929]). Gesetzliche Vorschriften, die diese Rechtsfolge einschränken, finden sich (außerhalb von Abs. 1a Nr. 2 und ggf. eines weit ausgelegten § 6 Abs. 3) nicht.

Die Gegenauffassung (SPIEGELBERGER, DStR 2010, 1822) meint, die FinVerw. lasse die BFH-Rspr. außer Betracht, wonach der Übernehmer in Fällen der Vermögensübertragung auf Angehörige nach dem Willen der Beteiligten eine wenigstens teilweise unentgeltliche Zuwendung erhalten solle. Dies ist bei genauerer Betrachtung aber nicht der Fall: Typischerweise übersteigt in Fällen der Vermögensübertragung auf Angehörige im Wege vorweggenommener Erbfolge der Wert des übertragenen Vermögens den Wert der wiederkehrenden Leistungen. Hier nimmt die FinVerw. einen teilentgeltlichen – also teilweise unentgeltlichen – Vorgang an. Sie stimmt also mit der von SPIEGELBERGER angeführten Rspr. gerade überein, die ebenfalls eine „teilweise unentgeltliche Zuwendung“ annimmt. Die Gegenauffassung verkennt, dass es sich bei der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – sowohl vor als auch nach der Änderung durch das JStG 2008 – um ein „Sonderrecht“ handelt, das außerhalb seines Anwendungsbereichs die allgemeinen Grundsätze nicht modifizieren kann. Die von SPIEGELBERGER zitierten Entsch. passen zudem nicht zu den daraus von ihm abgeleiteten Posi-

tionen, weil der BFH in allen drei Fällen ausdrücklich die Entgeltlichkeit des jeweils zu beurteilenden Vorgangs festgestellt hat (BFH v. 29.1.1992 – X R 193/87, BStBl. II 1992, 465; BFH v. 16.12.1993 – X R 67/92, BStBl. II 1996, 669; BFH v. 30.7.2003 – X R 12/01, BStBl. II 2004, 211). Im Übrigen gäbe es keine Grundlage dafür, Zahlungen, die tatsächlich in Zusammenhang mit der Übertragung von WG geleistet werden, nur deshalb von den gesetzlich für derartige Fälle angeordneten stl. Rechtsfolgen auszunehmen, weil der Stpfl. am Eintritt dieser Rechtsfolgen nicht interessiert ist.

Auch die Behandlung der „Sonderfälle“ durch die FinVerw. (besondere Prüfung eines Unterhaltscharakters der wiederkehrenden Leistungen) ist uE sachgerecht, weil in diesen Fällen eine Verankerung des Vorgangs im stl. unbeachtlichen Privatbereich besonders naheliegt. Eine solche besondere Prüfung sollte allerdings auch dann vorgenommen werden, wenn ein Vorgang nur deshalb nicht unter Abs. 1a Nr. 2 fällt, weil die wiederkehrenden Leistungen nicht aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens erbracht werden können. In diesem Fall besteht gleichermaßen eine besondere Nähe zu Unterhaltsleistungen; auch die historische Entwicklung der Rspr. (s. Anm. 244) zeigt, dass in derartigen Fällen eher ein Unterhalts- als ein Veräußerungscharakter gesehen worden ist.

## (2) Rechtsfolgen bei wiederkehrenden Leistungen, die als Veräußerungs- entgelt anzusehen sind 268

**Aufteilung in Kapital- und Zinsanteil:** Wiederkehrende Bezüge, die der Stpfl. im Austausch gegen den Erwerb eines WG leistet, 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). Ausführlich zum Erwerb von BV oder PV gegen Zahlung einer Rente oder dauernden Last s. § 22 Anm. 172. Für den Übernehmer wird die Einordnung als Veräußerungsvorgang häufig die günstigere Variante sein, weil er – bei Verwendung des WG zur Einkunftserzielung – den Zinsanteil als Finanzierungskosten abziehen kann und der Kapitalwert Abschreibungspotenzial bildet (glA REDDIG, DStZ 2010, 445 [450]).

**Übergabe von Privatvermögen:** Der Übergeber erzielt in Höhe des Kapitalwerts einen Veräußerungserlös, der aber nur dann stbar ist, wenn die für PV geltenden Ausnahmetatbestände erfüllt sind (§ 17, § 20 Abs. 2, § 23). Den in den laufenden Zahlungen enthaltenen Ertragsanteil hat der Übernehmer nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb mit dem (relativ geringen) Ertragsanteil 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) in Höhe des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen nach den allgemeinen Regeln (§ 16) einen Veräußerungsgewinn, soweit dieser Kapitalwert den Buchwert des BV übersteigt (Einheitstheorie). Er kann allerdings wählen, den Veräußerungsgewinn erst nach Maßgabe des Zuflusses der wiederkehrenden Leistungen zu versteuern. Der Zinsanteil fällt auch hier unter § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb. Dem Übernehmer entstehen in Höhe des Kapitalwerts AK für seine betrieblichen WG; aus dem Saldo zwischen den laufenden

Zahlungen und dem Effekt aus der jährlichen Neubewertung der (betrieblichen) Rentenverpflichtung entsteht ihm ein betrieblicher Finanzierungsaufwand.

269 **(3) Rechtsfolgen bei wiederkehrenden Leistungen, die als Unterhalt anzusehen sind**

**Übergabe von Privatvermögen:** Wird zB ein Grundstück gegen eine Unterhaltsrente übergeben, hat der Übernehmer im stl. Sinne unentgeltlich erworben und muss die AfA des Rechtsvorgängers fortführen (§ 11d Abs. 1 EStDV), sofern er das Grundstück zur Einkunftserzielung nutzt. Die Zahlungen an den Übergeber stellen Unterhaltsleistungen dar, die der Übernehmer wegen § 12 Nr. 1, 2 grds. nicht abziehen kann. Beim Übergeber treten weder aufgrund der Übertragung des WG noch aufgrund des Bezugs der Unterhaltsleistungen estl. Rechtsfolgen ein.

**Übergabe betrieblicher Einheiten:** Hier hat der Übernehmer nach § 6 Abs. 3 die Buchwerte des Betriebs fortzuführen; seine Zahlungen an den Übergeber werden stl. als Unterhaltsleistungen gewertet, die grds. unbeachtlich sind. Der Übergeber hat weder einen Veräußerungsgewinn noch die laufenden Zahlungen zu versteuern.

**3. Rechtslage für Verträge, die bis zum Veranlagungszeitraum 2007 abgeschlossen wurden**

270 **a) Überblick**

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. 241). Nach Abs. 1 Nr. 1a aF waren (sind) abziehbar Renten und dauernde Lasten (zum Begriff s. Anm. 271), die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhen (s. Anm. 247) und nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (s. Anm. 250). Der Höhe nach wird zwischen dauernden Lasten (Abzug in voller Höhe) und Leibrenten (gem. Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 aF Abzug nur mit dem Ertragsanteil, s. Anm. 276) differenziert. Hauptanwendungsfall auch von Abs. 1 Nr. 1a aF war die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen (s. Anm. 277 ff.); außerhalb dieses Sonderrechts kam ein Abzug nach Abs. 1 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 Abs. 1 Nr. 1a aF immer dann anwendbar war, wenn nach der Wertung des Gesetzgebers ein Transfer von Einkünften stattfinden sollte).

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

271 **aa) Begriff der Renten und dauernden Lasten**

**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). Ausführlich 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 Stpfl. 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; BFH v. 7.12.1982 – VIII R 166/80, BStBl. II 1983, 660, unter 1.c; BFH 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.; BFH v. 15.2.2006 – X R 5/04, BStBl. II 2007, 160, unter II.5.a; beide betr. Grabpflegeaufwendungen; s. auch Anm. 249).

**Abgrenzung zwischen Rente und dauernder Last:** Dies ist wichtig für die Höhe des abziehbaren Anteils. Bei dauernden Lasten ist ein Abzug in voller Höhe möglich; bei Leibrenten nur in Höhe des Ertragsanteils (Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 aF).

► *Grundsatz: Behandlung als dauernde Last:* Die Versorgungsleistungen stellen eine dauernde Last dar, wenn sie abänderbar sind. Hierfür genügt bereits die Bezugnahme auf § 323 ZPO. Aber auch ohne Bezugnahme auf § 323 ZPO kann sich die Abänderbarkeit aufgrund eines entsprechenden Vertragsinhalts oder sogar aus der Rechtsnatur des typischen Versorgungsvertrags ergeben (BFH v. 15.7.1991 – GrS 1/90, BStBl. II 1992, 78, unter C.II.3; BFH v. 11.3.1992 – X R 141/88, BStBl. II 1992, 499; BFH v. 31.3.2004 – X R 3/01, BFH/NV 2004, 1386; zusammenfassend BFH v. 9.3.2011 – X B 193/10, BFH/NV 2011, 980; BFH v. 18.7.2013 – X B 75/12, BFH/NV 2013, 1574; s. auch Anm. 268).

► *Ausnahme: Behandlung als Leibrente:* Ist die Abänderbarkeit der Leistungen vertraglich ausgeschlossen, handelt es sich um eine lediglich mit dem Ertragsanteil abziehbare Leibrente. Dies gilt auch, wenn die Vertragsparteien trotz einer Bezugnahme auf § 323 ZPO die Höhe der Leistungen lediglich von Voraussetzungen abhängig gemacht haben, die einer Wertsicherungsklausel entsprechen (zu derartigen Ausnahmefällen BFH v. 31.3.2004 – X R 11/03, BFH/NV 2004, 1389; BFH v. 16.9.2009 – X R 17/06, BFH/NV 2010, 459, unter II.2). Auch der Ausschluss der Übernahme des Risikos einer Pflegebedürftigkeit des Übergebers bewirkt, die Leistungen trotz Bezugnahme auf § 323 ZPO als nicht abänderbar anzusehen (ausführl. BFH v. 23.11.2016 – X R 8/14, BStBl. II 2017, 512 Rz. 38 ff.; BFH v. 3.5.2017 – X R 9/14, BFH/NV 2017, 1164). Etwas anderes gilt aber, wenn der Übernehmer sich trotz vertraglichen Ausschlusses einer Tragung von Pflegekosten verpflichtet, bei Bedarf persönliche Pflegeleistungen (im Urteilsfall: bis zu 1,5 Stunden täglich) zu erbringen (BFH v. 23.11.2016 – X R 16/14, BStBl. II 2017, 517).

► *Wechsel zwischen den beiden Formen möglich:* Bei einer in einem echten Altenteilsvertrag iSd. EGBGB vereinbarten, als Leibrente anzusehenden Leistung kann nachträglich (mW für die Zukunft) die Abänderbarkeit vereinbart werden, da solche Leistungen schon nach der Rechtsnatur des Vertrags grds. abänderbar

sind (BFH v. 3.3.2004 – X R 135/98, BStBl. II 2004, 824; auf Leibrenten, die nicht in einem typischen Altenteilsvertrag vereinbart wurden, kann dies hingegen nicht übertragen werden). Umgekehrt kann die Abänderbarkeit nachträglich auch ausgeschlossen und eine dauernde Last so in eine Leibrente umgewandelt werden (zu einem solchen Sachverhalt BFH v. 13.4.2011 – X B 69/10, BFH/NV 2011, 1330).

**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. Dies musste jedoch zu unbefriedigenden Erg. führen, da damit auch in Raten gezahlte Kaufpreise abziehbar (Abs. 1 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 (RFH v. 7.5.1930, RStBl. 1930, 578), 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; BFH 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 Abs. 1 Nr. 1a aF (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; BFH 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 Abs. 1 Nr. 1a abziehbar (s. Anm. 273).

## 272 bb) Weitere Voraussetzungen

Nach Abs. 1 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 für die seit VZ 2008 geltende Rechtslage übernommen wird, wird auf die Darstellung bei Anm. 247, 250 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; BAUSCHATZ in KORN, § 10 Rz. 230.4.48 [9/2015]). Alle Voraussetzungen des Abs. 1 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 schadensersatzberechtigt) ist.



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

**(1) Behandlung von Gegenleistungsrenten nach Abs. 1 Nr. 1a aF und anderen Vorschriften des EStG** 273

**Kein Abzug von Gegenleistungsrenten nach Abs. 1 Nr. 1a aF:** Nach einigem Schwanken geht die mittlerweile gefestigte Rspr. (zu deren Entwicklung s. Anm. 271) davon aus, dass wiederkehrende Leistungen, die mit einer Vermögensumschichtung in Zusammenhang stehen – mit Ausnahme des Spezialfalls der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen (s. Anm. 278) – nicht als SA abgezogen werden können (BFH v. 14.11.2001 – X R 39/98, BStBl. II 2002, 246; ausführl. nochmals BFH v. 18.5.2010 – X R 32, 33/01, BStBl. II 2011, 675, unter II.1). Hier hat das Merkmal der „Aufwendungen“ (s. Anm. 33 ff.) besondere Bedeutung gewonnen, weil wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung im Erg. 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:** Dies ist uE – entgegen der bisweilen geäußerten Kritik – zutr., denn im Hinblick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip wäre es problematisch, einem Teil der Stpfl. eine Abzugsmöglichkeit für Zahlungen zum Erwerb von PV zu eröffnen, nur weil diese Zahlungen in einer bestimmten Form erbracht werden. Der Tatbestand des Abs. 1 Nr. 1a aF wurde durch diese Auslegung auch nicht funktionslos, weil er für das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen weiterhin von Bedeutung war.

**Beurteilung von Gegenleistungsrenten nach anderen Vorschriften als Abs. 1 Nr. 1a aF:** Die Beurteilung wiederkehrender Bezüge, die vom Stpfl. im Austausch gegen den Erwerb eines WG geleistet werden, hat sich durch die Neufassung der gesetzlichen Regelung ab VZ 2008 nicht geändert. Zu den Einzelheiten s. daher Anm. 268.

**(2) Wiederkehrende Leistungen, die auf erbrechtlicher Grundlage erbracht werden** 274

**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; BFH v. 26.1.1994 – X R 54/92, BStBl. II 1994, 633; BFH v. 20.7.2010 – IX R 29/09, BFH/NV 2010, 2257). Bei wirtschaftlicher Betrachtung wird es sich idR um Gleichstellungsgelder handeln. Eine Ausnahme gilt – wegen der Nähe zum Institut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – nur dann, wenn der Vermächtnisnehmer zugleich Pflichtteilsberechtigter ist und damit zum sog. Generationennachfolge-Verbund (s. Anm. 280) gehört (BFH v. 25.2.2014 – X R 34/11, BStBl. II 2014, 665 Rz. 22 ff.). Nach der für Verträge, die ab VZ 2008 abgeschlossen worden sind, geltenden Rechtslage sind diese Zahlungen hingegen unabhängig von der verwandtschaftlichen Stel-

lung des Versorgungsberechtigten abziehbar, sofern es sich um „echte“ Versorgungsleistungen handelt (s. Anm. 252).

**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 Abs. 1 Nr. 1a aF, 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; BFH v. 20.10.1999 – X R 86/96, BStBl. II 2000, 602; BFH v. 8.6.2011 – X B 216/10, BFH/NV 2011, 1511, unter 2.b). 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. 256).

**Verrentete Erbschaftsteuer:** Erbschaftsteuer, die vom 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 Abs. 1 Nr. 1a aF zugelassen (RFH v. 14.8.1935, RStBl. 1935, 1496; BFH v. 15.11.1957 – VI 79/55 U, BStBl. III 1958, 103; BFH v. 5.4.1965 – VI 339/63 U, BStBl. III 1965, 360; einschränkend BFH v. 23.2.1994 – X R 123/92, BStBl. II 1994, 690). Diese Auffassung hat der BFH zu Recht aufgegeben, da allein die äußere Form der Zahlungen nicht zu ihrer Abziehbarkeit führen kann (BFH v. 18.1.2011 – X R 63/08, BStBl. II 2011, 680). Die FinVerw. hatte den Abzug noch bis VZ 2004 zugelassen (H 87 „Erbschaftsteuer“ EStH bis 2004); seit H 10.3 EStH 2005 ist der entsprechende Passus indes entfallen.

275 Einstweilen frei.

276 **c) Für Leibrenten Begrenzung des Abzugs auf den Ertragsanteil (Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 aF)**

Besteht die vereinbarte Leistung in einer Leibrente, kann im zeitlichen Anwendungsbereich von Abs. 1 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. 271).

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 des Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 aF 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. § 22 Anm. 301 ff. zu § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb.

**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

(BTDrucks. 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. Gegebenenfalls kann hier zivilrechtl. ein Anspruch auf Anpassung der Höhe des Zahlbetrags (§ 323 ZPO) bestehen.

#### d) Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen

##### aa) Begriff und dogmatische Rechtfertigung

277

Hauptanwendungsfall von Abs. 1 Nr. 1a aF war das – von der Rspr. als solches bezeichnete – „Sonderrecht“ der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen. Die FinVerw. hat umfangreiche Verwaltungsanweisungen zur Behandlung dieses Instituts herausgegeben (zuletzt BMF v. 16.9.2004 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922, mit zahlreichen Übergangsregelungen aufgrund geänderter Rspr. in Rz. 65–76; dazu GECK, DStR 2005, 85).

**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 bürgerlichrechtl. 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. 281). Abzug und Besteuerung der Versorgungsleistungen führen hierbei zu einem ähnlichen Erg. 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.c; BFH 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.

##### bb) Voraussetzungen

###### (1) Anforderungen an das übergebene Vermögen

278

**Keine Einschränkung hinsichtlich der Vermögensart:** Bei der Entwicklung des Instituts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen stand zwar 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 [2003] F. 3, 12655; RISTHAUS, DB 2003, 2190; SPIEGELBER-

GER, DStR 2004, 1105; 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) unter den Begriff der „Vermögensübergabe“. Es genügt allerdings nicht, wenn der Übernehmer mit dem übergebenen Vermögen eine Immobilie erwirbt, diese seinem unterhaltsberechtigten Kind überlässt und sich dadurch seine Barunterhaltsverpflichtung mindert (BFH v. 17.3.2010 – X R 38/06, BStBl. II 2011, 622, unter II.5.b bb bbb). Zu weiteren Einzelheiten zur Ertragsprognose s. Anm. 244 (zur Rechtslage ab VZ 2008).

**Verwendung von übertragenem Geldvermögens zur Schuldentilgung:** Auch in diesem Fall sollte nach der zu Abs. 1 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 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922 Rz. 21; Nichtanwendungserlass BMF v. 19.1.2007 – IV C 8 - S 2255 - 2/07, BStBl. I 2007, 188). In derartigen Fällen hat der Gesetzgeber durch § 52 Abs. 18 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. 241). Der BFH hat später entschieden, dass ein Abzug unter dem Gesichtspunkt ersparter Schuldzinsen jedenfalls dann nicht möglich ist, wenn ein Grundstück übergeben wird, dies vom Übernehmer sofort verkauft und der Kaufpreis zur Finanzierung eines Teils der HK der selbstgenutzten Wohnung eingesetzt wird, wobei der anteilige Mietwert zur Erbringung der Versorgungsleistungen nicht ausreicht und die Versorgungsleistungen nur dargestellt werden könnten, wenn eine fiktive Zinsersparnis aus einem nicht aufgenommene Darlehen angesetzt würde (BFH v. 15.7.2014 – X R 39/12, BFH/NV 2015, 174).

**Nießbrauch/gleitende Vermögensübergabe:** 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, die aus den Nettoerträgen des übergebenen Vermögens erbracht werden können, stellt jedoch eine Vermögensübergabe im Sinne dieses Rechtsinstituts dar (BFH v. 3.6.1992 – X R 147/88, BStBl. II 1993, 98; BFH v. 25.2.2014 – X R 34/11, BStBl. II 2014, 665 Rz. 33; BFH v. 12.5.2015 – IX R 32/14, BStBl. II 2016, 331; dazu SEITHEL, DStR 1993, 674); zur weiteren Anwendung der bis VZ 2007 geltenden Rechtslage trotz erst ab 2008 durchgeführter Ablösung des Nießbrauchs s. Anm. 241. 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).

## 279 (2) Spätere Veräußerung oder Umschichtung des übergebenen Vermögens

**Veräußerung:** Werden später Teile des ertragbringenden Vermögens veräußert, bleiben die weiterhin zu entrichtenden Versorgungsleistungen in voller Höhe abziehbar, wenn sie auch aus den Nettoerträgen des zurückbehaltenen Teils des

Vermögens noch erbracht werden können (BFH v. 17.3.2010 – X R 38/06, BStBl. II 2011, 622, unter II.3.b). Der Veräußerungserlös als solcher gilt nicht als „Ertrag“; Erträge aus der Anlage des Veräußerungserlöses sind aber in die Prognoserechnung einzubeziehen (BFH v. 17.3.2010 – X R 38/06, BStBl. II 2011, 622, unter II.5).

**Umschichtung:** Hier nehmen FinVerw. und Rspr. die folgenden Differenzierungen vor (ausführl. auch SCHMIDT, NWB 2010, 3346):

▶ *Umschichtung von zunächst nicht ausreichend ertragbringendem Vermögen in hinreichend ertragbringendes Vermögen:* Diese soll der Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen nur dann nicht entgegenstehen, wenn die Umschichtung bereits im Übergabevertrag zugelassen worden war (Einzelheiten in BMF v. 16.9.2004 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922 Rz. 13–17). Aus Vertrauensschutzgründen lässt der BFH für Zeitpunkte vor Bekanntwerden der Entsch. GrS 1/00 auch Vereinbarungen außerhalb des Übergabevertrags zu (BFH v. 31.3.2005 – X R 26/04, BFH/NV 2005, 1789; BFH v. 17.3.2010 – X R 38/06, BStBl. II 2011, 622, unter II.5.a bb).

▶ *Umschichtung ausreichend ertragbringenden Vermögens in anderes, ebenfalls ausreichend ertragbringendes Vermögen:* Eine solche Umschichtung lässt (unter der Voraussetzung, dass auch die Nettoerträge des neuen Vermögens zur Erbringung der Versorgungsleistungen ausreichen) die Abziehbarkeit unberührt, ohne dass es darauf ankommt, ob der Übergabevertrag Regelungen zu Umschichtungen enthält (BFH v. 17.3.2010 – X R 38/06, BStBl. II 2011, 622, unter II.5.b aa; BMF v. 16.9.2004 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922 Rz. 31–33). Die bloße „Einlage“ des aus dem Verkauf des übergebenen Vermögens erzielten Erlöses in den Betrieb des Ehegatten bewirkt allerdings nicht die Erzielung von Erträgen und schließt die weitere Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen daher aus (BFH v. 8.12.2010 – X R 35/10, BFH/NV 2011, 782).

Wie eine Vermögensumschichtung ist uE eine gravierende Änderung der Bewirtschaftungsart des übergebenen Vermögens zu betrachten. Häufigster Fall in der Praxis ist die Einstellung der Selbstbewirtschaftung des übergebenen Hofes durch den Übernehmer und die anschließende bloße Verpachtung des Betriebs oder der Flächen an einen Dritten. Hier ist uE eine Neubewertung der erzielbaren Nettoerträge vorzunehmen (aA Nds. FG v. 16.10.2012 – 3 K 10451/11, EFG 2013, 284, rkr., mit dem in diesem Zusammenhang unerheblichen Argument, zivilrechtl. habe der Übernehmer keinen Anspruch gegen den Übergeber auf Herabsetzung der Zahlungen).

Ein Sonderproblem stellt sich, wenn bei einer vor 2008 vereinbarten Vermögensübergabe, die unter die Übergangsregelung des § 52 Abs. 18 fällt, in einem VZ ab 2008 eine Umschichtung in Vermögen erfolgt, das nach neuem Recht nicht mehr Gegenstand einer begünstigten Vermögensübergabe sein könnte (zB Grundstück). Nach dem Zweck der Neuregelung müsste der Vertrauensschutz hier eigentlich entfallen (so auch SCHUSTER, HFR 2010, 1039; SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [770]). Die FinVerw. ist indes großzügiger und lässt den Abzug auch weiterhin zu (BMF v. 11.3.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, 227 Rz. 88; dazu GECK, DStR 2011, 1215).

▶ *Umschichtung ausreichend ertragbringenden Vermögens in nicht mehr ausreichend ertragbringendes Vermögen:* Hier endet die Abziehbarkeit der Zahlungen an den Vermögensübergeber auch dann (in vollem Umfang), wenn die Vertragsparteien die Zahlungen so herabsetzen, dass sie aus den Nettoerträgen des neuen Vermögens erbracht werden können (BFH v. 18.8.2010 – X R 55/09, BStBl. II 2011, 633: Ein solches Verhalten indiziert, dass der Versorgungsvereinbarung kein Rechtsbindungswille zugrunde lag).

280 (3) **An der Vermögensübergabe beteiligte Personen; Begriff der Versorgungsleistungen**

**Empfänger der Versorgungsleistungen** muss grds. der Übergeber selbst sein. Daneben kommt auch eine Zahlung an Personen in Betracht, die zum sog. Generationennachfolge-Verbund gehören. Dieser umfasst alle im Verhältnis zum Übergeber pflichtteilsberechtigten Personen, dh. dessen Ehegatten und Abkömmlinge (BFH v. 26.11.2003 – X R 11/01, BStBl. II 2004, 820; BFH v. 17.12.2003 – X R 31/00, BFH/NV 2004, 1083). Der Ehegatte des Übergebers kann auch dann einbezogen sein, wenn er nicht mit dem Übernehmer verwandt ist (Stiefelernernteil; uE zutr. BFH v. 25.2.2014 – X R 34/11, BStBl. II 2014, 665 Rz. 26). Einbezogen sind auch die Eltern des Vermögensübergebers, wenn dieser das übergebene Vermögen seinerseits von seinen Eltern erhalten hatte (BFH v. 26.10.2011 – X B 224/10, BFH/NV 2012, 212, unter II.2.c). Werden im Übergabevertrag Leistungen an Personen außerhalb dieses engen Personenkreises ausbedungen, sind sie nicht als Versorgungsleistungen begünstigt (krit. dazu PAUS, DStZ 2004, 724; Eintritt einer Übermaßbesteuerung). Dies gilt insbes. für Geschwister des Übergebers oder seinen Partner aus einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Insoweit ist streitig, ob die gesetzliche Neuregelung ab VZ 2008 eine Erweiterung der Abzugsmöglichkeiten mit sich gebracht hat (s. Anm. 252).

**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 (zu Einzelheiten und Nachweisen s. Anm. 244).

**Versorgungsleistungen:** Da sich der Inhalt dieses Begriffs durch die ab VZ 2008 geltende Neuregelung nicht geändert hat, wird auf Anm. 245 verwiesen.

281 cc) **Rechtsfolgen**

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 Übernehmer aber im Gegenzug auch keine eigenen AK hat, von denen er AfA vornehmen könnte. Da es sich um einen im stl. Sinne unentgeltlichen Vorgang handelt, führt der Erwerber im BV die Buchwerte (§ 6 Abs. 3) und im PV die AfA (§ 11d EStDV) des Übergebers fort. Zur Vermutung der Unentgeltlichkeit s. Anm. 244.

Diese Betrachtungsweise wird für das ErbStRecht jedoch nicht übernommen; der II. Senat des BFH sieht die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistun-

gen 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 Übernehmer 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 vorbehaltenen Vermögenserträge beim Übergeber:**

► *Beim Vermögensübernehmer* sind die gezahlten Versorgungsleistungen nach Abs. 1 Nr. 1a als SA abziehbar; idR handelt es sich um eine dauernde Last, was den Abzug in voller Höhe eröffnet; nur ausnahmsweise um eine Leibrente, die lediglich mit dem Ertragsanteil abgezogen werden kann (zur Abgrenzung zwischen Rente und dauernder Last s. Anm. 271).

► *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; BFH v. 31.3.2004 – X R 18/03, BStBl. II 2004, 1047, unter II.2.c bb mwN; BFH v. 19.1.2010 – X R 32/09, BStBl. II 2011, 162; BFH v. 18.10.2013 – X B 135/12, BFH/NV 2014, 156). Verfahrensrechtlich 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). Es handelt sich auch nicht um einen Fall der notwendigen Hinzuziehung bzw. Beiladung (BFH v. 25.2.2014 – X R 34/11, BStBl. II 2014, 665 Rz. 19).

Einstweilen frei.

282–284

**V. Ausgleichsleistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 3)**

**1. Arten der begünstigten Leistungen**

285

Abs. 1a Nr. 3 wurde mW ab VZ 2015 eingefügt. Die Vorschrift begünstigt Leistungen zwischen Eheleuten, die der Vermeidung eines Versorgungsausgleichs dienen. Dem SA-Abzug beim Zahlenden steht (wie stets in den Fällen des Abs. 1a) die Besteuerung der Leistung beim Empfänger (§ 22 Nr. 1a) gegenüber.

**Abfindung an den anderen Ehegatten für den Verzicht auf den Versorgungsausgleich nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VersAusglG, § 1587 BGB:** Das VersAusglG lässt zwischen den Eheleuten weitestgehend Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich zu. So kann dieser ganz oder teilweise ausgeschlossen werden (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VersAusglG; auf diese Norm verweist der in Nr. 3 Satz 1 ebenfalls genannte § 1587 BGB). Eine Abfindung, die der eine Ehegatte im Gegenzug an den anderen zahlt, fällt dann unter Abs. 1a Nr. 3. Dies gilt unabhängig davon, ob der Ausgleichsverpflichtete künftig eine Beamtenpension oder andere Alterseinkünfte beziehen wird; der Vorrang des

WK-Abzugs (zur Rechtslage bis VZ 2014 s. Anm. 288) gilt aufgrund des Einleitungssatzes des Abs. 1a insoweit nicht (BTDrucks. 18/3441, 56; s. auch Anm. 221). Ein Verzicht auf den Versorgungsausgleich kann bereits in einem Ehevertrag getroffen werden; § 6 VersAusglG ist dann ebenfalls anwendbar (§ 1408 Abs. 2 BGB).

**Abfindung an einen Versorgungsträger des ausgleichsberechtigten Ehegatten nach § 23 VersAusglG:** Gegenstand einer Vereinbarung über den Versorgungsausgleich kann auch die Leistung einer zweckgebundenen Abfindungszahlung an einen Versorgungsträger zum Ausbau eines bestehenden oder zum Aufbau eines neuen Anrechts der ausgleichsberechtigten Person sein (§ 23 VersAusglG). Auch derartige Zahlungen – die einmalig oder ratenweise geleistet werden können – fallen unter Abs. 1a Nr. 3. Bis VZ 2014 waren sie demgegenüber nicht abziehbar (BFH v. 22.8.2012 – X R 36/09, BStBl. II 2014, 109; BFH v. 5.11.2014 – X B 223/13, BFH/NV 2015, 202; BMF v. 9.4.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10024, BStBl. I 2010, 323 Rz. 4).

**Behandlung von Zahlungen zur Wiederauffüllung eigener Anwartschaften nach Durchführung des Versorgungsausgleichs:** Leistete ein Beamter, nachdem seine Pensionsanwartschaft infolge der Durchführung des Versorgungsausgleichs geschmälert worden war, eine Zahlung an den Dienstherrn zur Wiederauffüllung seiner Anwartschaft (Vermeidung einer Kürzung der künftigen Pension), konnte diese bis VZ 2014 auch nach Auffassung der FinVerw. als WK abgezogen werden (BMF v. 20.7.1981 – IV B 1 - S 1900 - 25/80, BStBl. I 1981, 567 Rz. I.2; ebenso BFH v. 8.3.2006 – IX R 107/00, BStBl. II 2006, 446). Hieran hat sich uE durch Abs. 1a Nr. 3 nichts geändert. Der Gesetzgeber beabsichtigte zwar möglicherweise, auch derartige Zahlungen, die eine Kürzung eigener Anwartschaften vermeiden sollen, den SA zuzuweisen (BTDrucks. 18/3441, 56; wobei die dort zitierten BFH-Entsch. allerdings ohnehin nicht diesen Fall betrafen, sondern eine an den anderen Ehegatten geleistete Abfindung, die nunmehr unstreitig unter Abs. 1a Nr. 3 fällt). Der Gesetzeswortlaut beschränkt sich aber eindeutig auf „Ausgleichszahlungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs“. In den Fällen der Wiederauffüllung eigener Anwartschaften ist demgegenüber der Versorgungsausgleich aber gerade durchgeführt worden. Die Wiederauffüllung dient daher nicht der Vermeidung des Versorgungsausgleichs, sondern lediglich der Beseitigung der Folgen, die der durchgeführte Versorgungsausgleich auf die künftigen eigenen Einkünfte hätte. In diesen Fällen bleibt es daher auch ab VZ 2015 beim WK-Abzug.

## 286 2. Antrag des Verpflichteten und Zustimmung des Berechtigten

**Wahlrecht:** Der SA-Abzug wird nur eröffnet, „soweit“ (dh. eine Beschränkung des Antrags auf Teilbeträge der Zahlungen ist möglich) der Verpflichtete dies beantragt und der Berechtigte dem zustimmt. Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Empfänger die Zahlung, soweit sie beim Leistenden abziehbar ist, nach § 22 Nr. 1a versteuern muss, und es sich im Einzelfall um sehr hohe Beträge mit entsprechender Progressionswirkung handeln kann. Die Parteien der Versorgungsausgleichsvereinbarung können auf diesem Wege frei über deren stl. Folgen disponieren.

**Verweis auf Abs. 1a Nr. 1 Sätze 3 bis 5 (Abs. 1a Nr. 3 Satz 2):** Die Einzelheiten hinsichtlich des Antrags und der Zustimmungserklärung sind parallel zur entsprechenden Regelung über das Realsplitting ausgestaltet. Insoweit verweist



Abs. 1a Nr. 3 Satz 2 auf Abs. 1a Nr. 1 Sätze 3 bis 5 (zu Einzelheiten s. Anm. 232, 234). Anders als beim Realsplitting ist in den Fällen der Nr. 3 kein Höchstbetrag für den SA-Abzug vorgesehen.

### 3. Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Berechtigten

287

Ab VZ 2017 setzt auch der Abzug nach Abs. 1a Nr. 3 die unbeschränkte ESt-Pflicht des Berechtigten voraus. Dies ist sachgerecht, weil tragender Grund der vier SA-Tatbestände des Abs. 1a der Abzug beim Leistenden und die korrespondierende Besteuerung beim Empfänger nach § 22 Nr. 1a ist. Die drei anderen Nummern des Abs. 1a setzten schon zuvor die unbeschränkte ESt-Pflicht des Empfängers voraus; lediglich bei Nr. 3 fehlte in den VZ 2015 und 2016 ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal.

**EU-/EWR-Empfänger:** § 1a Abs. 1 Nr. 1 erweitert die Abzugsmöglichkeit auf nicht unbeschränkt estpfl. Empfänger mit der Staatsangehörigkeit eines EU-/EWR-Staats, sofern die Besteuerung der Zahlung durch eine Bescheinigung der ausländ. Steuerbehörde nachgewiesen wird.

### 4. Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2014

288

**Kein Sonderausgabenabzug:** Kapitalzahlungen für einen Verzicht des anderen Ehegatten auf den Versorgungsausgleich waren bis VZ 2014 nicht als SA abziehbar (BFH v. 15.6.2010 – X R 23/08, BFH/NV 2010, 1807, unter II.4; BFH v. 23.11.2016 – X R 41/14, BStBl. II 2017, 773, Rz. 22 ff.: Abfindung für Verzicht auf schuldrechtl. Versorgungsausgleich). Der Gedanke des Transfers stbarer Einkünfte konnte hier nicht fruchtbar gemacht werden, da ein solcher Einkünfte-transfer durch die Zahlung gerade ausgeschlossen werden sollte. In diesen Fällen mussten die Eheleute die stl. Folgen in die Bemessung des Kapitalbetrags einbeziehen.

**In bestimmten Fällen jedoch Werbungskostenabzug:** Soweit die Zahlung der Sicherung späterer stpfl. Einkünfte dienen sollte, hat die Rspr. einen WK-Abzug zugelassen. Dies war abhängig von der Art der Altersversorgung des Ausgleichsverpflichteten.

► *Beamte:* Der WK-Abzug wurde hier darauf gestützt, dass die Zahlung der Erlangung ungekürzter künftiger Versorgungsbezüge dient, weil der Dienstherr bei Durchführung des Versorgungsausgleichs eine Kürzung der Pensionsanwartschaft (§ 57 BeamtVG) vornehmen würde. Dies galt nicht nur bei einer Zahlung an den Dienstherrn zur Wiederauffüllung der eigenen Anwartschaft (§ 58 BeamtVG), sondern auch bei einer Direktzahlung an den anderen Ehegatten (BFH v. 8.3.2006 – IX R 107/00, BStBl. II 2006, 446; BFH v. 8.3.2006 – IX R 78/01, BStBl. II 2006, 448; BFH v. 24.3.2011 – VI R 59/10, BFH/NV 2011, 1130; BFH v. 23.11.2016 – X R 41/14, BStBl. II 2017, 773, Rz. 26).

► *Betriebsrente:* Ein WK-Abzug kam nicht in Betracht, wenn die maßgebende Versorgungsregelung einen Versorgungsausgleich ausschloss (was bis zum 31.8. 2009 der Regelfall war) und daher auch keine Kürzung der künftigen Anwartschaft vorsah (BFH v. 23.11.2016 – X R 41/14, BStBl. II 2017, 773, Rz. 22; FG Münster v. 22.6.2016 – 7 K 727/14, EFG 2016, 1242, rkr.). Wenn die Versorgungsregelung hingegen eine Realteilung vorsah, war ein WK-Abzug möglich (zutrf. FG Münster v. 11.11.2015 – 7 K 453/15, EFG 2016, 114, rkr.).

► *Berufsständische Versorgungswerke*: Hier war nach dem durch das AltEinkG ab VZ 2005 bewirkten Systemwechsel (nicht aber zuvor) ein WK-Abzug grds. möglich, wenn der Versorgungsträger die Rechtsfolgen des Versorgungsausgleichs in Anlehnung an das Beamtenversorgungsrecht ausgestaltet hatte (BFH v. 23.11.2016 – X R 41/14, BStBl. II 2017, 773, Rz. 34 ff.; BFH v. 23.11.2016 – X R 60/14, BFH/NV 2017, 890 Rz. 30 ff.; unzut. aA FG Schl.-Hol. v. 18.7.2016 – 3 K 49/14, EFG 2016, 1603, nrkr., Az. BFH X R 24/16). Die Höhe des Abzugs war allerdings in zweifacher Hinsicht begrenzt: Zum einen konnten gem. § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB VI in der bis zum 31.8.2009 geltenden Fassung beim Ausgleichsberechtigten Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag begründet werden (seit dem 1.9.2009 sieht § 76 SGB VI allerdings keine Begrenzung mehr vor). Zum anderen war der Abzug auf die Quote begrenzt, die dem künftigen Besteuerungsumfang der Rente nach der Übergangsregelung des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa entspricht.

► *Gesetzliche Rentenversicherung*: Hierzu liegt noch keine BFH-Rspr. vor. Die zu berufsständischen Versorgungswerken entwickelten Grundsätze können aber uE übertragen werden, so dass ab VZ 2005 ein (der Höhe nach begrenzter) WK-Abzug möglich war.

Der Gesetzgeber wollte mit der Schaffung von Abs. 1a Nr. 3 diese Differenzierungen beseitigen und einen einheitlichen SA-Abzug – unter Ausschluss des zuvor punktuell zugelassenen WK-Abzugs – gewähren (BTD Drucks. 18/3441, 56; s. auch Anm. 221).

**Behandlung beim Empfänger:** Der Empfänger hatte in den Fällen, in dem beim Leistenden der WK-Abzug eröffnet war, eine Zahlung, die als Ersatz für eine ihm ansonsten zugutekommende Anwartschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung diente, gem. § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa iVm. § 24 Nr. 1 mit dem Besteuerungsanteil zu versteuern (BFH v. 23.11.2016 – X R 48/14, BStBl. II 2017, 383 Rz. 21 ff.). Abfindungen für den Verzicht auf einen schuldrechtl. Versorgungsausgleich waren beim Empfänger nicht stbar (BFH v. 23.11.2016 – X R 48/14, BStBl. II 2017, 383 Rz. 30 ff.).

289 Einstweilen frei.

## VI. Ausgleichszahlungen im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs (Abs. 1a Nr. 4)

**Schrifttum:** GRÜN, Ausgleichszahlungen beim schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, NWB 2010, 1751; WÄLZHOLZ, Versorgungsausgleich im Steuerrecht nach der Versorgungsausgleichsreform 2009, DStR 2010, 465.

### 290 1. Einordnung des Abs. 1a Nr. 4

Nach Abs. 1a Nr. 4 sind SA auch bestimmte Ausgleichszahlungen im Rahmen des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs, soweit die ihnen zugrunde liegenden Einnahmen beim Ausgleichsverpflichteten der Besteuerung unterliegen.

**Historische Einordnung:** Die Regelung greift eine Problematik auf, die sich schon vor ihrem Inkrafttreten stellte, und ist seither bereits mehrfach geändert worden.

► *Rechtslage vor Inkrafttreten der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung:* Die Rspr. hatte derartige Ausgleichsleistungen im selben Umfang, wie er sich heute nach Abs. 1a Nr. 4 ergibt, auf der Grundlage von Abs. 1 Nr. 1a aF als abziehbar beurteilt (BFH v. 18.9.2003 – X R 152/97, BStBl. II 2007, 749, unter B.II.4; BFH v. 15.10.2003 – X R 29/01, BFH/NV 2004, 478; BFH v. 23.2.2017 – X R 24/15, BStBl. II 2017, 636, Rz. 61; ebenso bereits BMF v. 20.7.1981 – IV B 1 - S 1900 - 25/80, BStBl. I 1981, 567 Rz. II.3; anders zur Rechtslage vor Inkrafttreten der §§ 1587 ff. BGB zum 1.7.1977 noch BFH v. 16.9.1986 – IX R 1/82, BFH/NV 1987, 233).

► *Einfügung der gesetzlichen Regelung:* Dies geschah durch das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) mW ab VZ 2008; seinerzeit zunächst noch in Abs. 1 Nr. 1b. Die Regelung gibt aber nur die Grundsätze der schon zuvor bestehenden Rspr. wieder. Sie wurde erforderlich, weil der Gesetzgeber mit dem JStG 2008 einerseits die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auf Fälle der Übergabe betrieblicher Einheiten reduzieren wollte, andererseits aber die (von der Rspr. bisher auf Abs. 1 Nr. 1a aF gestützte) Abziehbarkeit von Leistungen aufgrund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs erhalten wollte. Daher hat er für diese Leistungen eine spezialgesetzliche Abzugsmöglichkeit geschaffen.

► *Spätere Gesetzesänderungen:* Mit dem JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) ist der Tatbestand an die grundlegende Neuordnung der zivilrechtl. Regelungen über den Versorgungsausgleich durch das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAStRefG) v. 3.4.2009 (BGBl. I 2009, 700) angepasst worden. Das ZollkodexAnpG v. 22.12.2014 (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58) überführte den bisherigen Abs. 1 Nr. 1b ohne inhaltliche Änderung in Abs. 1a Nr. 4.

## 2. Voraussetzungen für den Sonderausgabenabzug

### a) Bestimmte Ausgleichszahlungen im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs 291

Seit der mW ab VZ 2010 erfolgten Neufassung der (damals noch in Abs. 1 Nr. 1b enthaltenen) Regelung findet sich der Begriff „schuldrechtlicher Versorgungsausgleich“ nicht mehr im Gesetzeswortlaut. Die im SA-Tatbestand in Bezug genommenen zivilrechtl. Vorschriften behandeln jedoch ausschließlich den schuldrechtl. Versorgungsausgleich.

**Zivilrechtliche Regelungen über den Versorgungsausgleich** (allgemein hierzu BERGNER, NJW 2009, 1169 und 1233; RULAND, NJW 2009, 2781; WÄLZHOlz, DStR 2010, 383): Im Regelfall findet ein „dinglicher“ Versorgungsausgleich im Wege der internen oder externen Teilung der Versorgungsanwartschaften statt. Dabei werden Teile dieser Anwartschaften umgebucht (was gem. § 3 Nr. 55a, 55b nicht zu stpfl. Einkünften führt); später bezieht jeder Versorgungs- oder Rentenempfänger seine eigenen Alterseinkünfte. Findet eine solche Teilung der Anwartschaften nicht statt, fließen die späteren Alterseinkünfte in voller Höhe demjenigen zu, der die Anwartschaften ursprünglich erworben hatte. Allerdings ist der Ehegatte mit den höheren Versorgungsansprüchen verpflichtet, dem anderen Ehegatten den auf diesen entfallenden Anteil auszukehren (schuldrechtl. Versorgungsausgleich).

**Versorgungsausgleich nach §§ 20, 21, 22, 26 VersAusglG:** Dabei handelt es sich um die für „Neufälle“ seit dem 1.9.2009 geltenden Regelungen über den

schuldrechtl. Versorgungsausgleich. Die Parteien können nunmehr sehr weitgehend über ihre Versorgungsausgleichsansprüche disponieren.

► § 20 *VersAusglG*: Dies ist die Grundnorm des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs. Ist ein Versorgungsanrecht noch nicht anderweitig ausgeglichen worden, kann die ausgleichsberechtigte Person den auf sie entfallenden Teil der laufenden Auszahlungen als Rente verlangen. Ein stl. Abzug ist auch dann möglich, wenn die Eheleute den Versorgungsausgleich nach dem Wortlaut der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung „ausschließen“, aber gleichwohl Zahlungen vereinbaren, die der Sache nach einen schuldrechtl. Versorgungsausgleich bewirken (BFH v. 22.8.2012 – X R 36/09, BStBl. II 2014, 109).

► § 21 *VersAusglG*: In den Fällen des § 20 *VersAusglG* bezieht der Ausgleichsverpflichtete die gesamten Alterseinkünfte und kehrt den auf die ausgleichsberechtigte Person entfallenden Anteil an diese aus. Nach § 21 *VersAusglG* kann die ausgleichsberechtigte Person aber auch die Abtretung des anteiligen Versorgungsanspruchs verlangen und hat dann einen Direktanspruch gegen den Versorgungsträger des Ausgleichsverpflichteten. Gleichwohl bleibt in estl. Hinsicht der Ausgleichsverpflichtete der Bezieher der Einkünfte (zutr. BFH v. 9.12.2014 – X R 7/14, BFH/NV 2015, 824 Rz. 12 ff.); den bei ihm stpfl. Teil der weitergeleiteten Bezüge kann er nach Abs. 1a Nr. 4 abziehen.

► § 22 *VersAusglG*: Die ausgleichsberechtigte Person hat zudem einen Anspruch auf die Auskehrung anteiliger Kapitalzahlungen des Versorgungsträgers. Auch in diesem Fall ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut ein Abzug nach Abs. 1a Nr. 4 möglich.

► § 26 *VersAusglG*: Wenn der Ausgleichsverpflichtete stirbt, endet der schuldrechtl. Versorgungsausgleich. Allerdings ist ein inländ. Versorgungsträger verpflichtet, der ausgleichsberechtigten Person diejenige Hinterbliebenenversorgung zu zahlen, die bei einem Fortbestand der Ehe hätte beansprucht werden können (§ 25 *VersAusglG*). Diese Zahlungen fallen nicht unter Abs. 1a Nr. 4; vielmehr muss der Empfänger sie unmittelbar versteuern. Gegenüber ausländ., zwischen- oder überstaatlichen Versorgungsträgern kann das deutsche Zivilrecht derartige Zahlungen jedoch nicht anordnen. Daher verpflichtet in derartigen Fällen § 26 *VersAusglG* die Witwe oder den Witwer des verstorbenen Ausgleichsverpflichteten, einen Teil der empfangenen Hinterbliebenenbezüge an die ausgleichsberechtigte Person auszukehren. Der Sache nach handelt es sich um eine Verlängerung des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs. Auch diese Zahlungen sind nach Abs. 1a Nr. 4 abziehbar.

Abfindungen, die der Ausgleichsverpflichtete nach § 23 *VersAusglG* an den Versorgungsträger des Ausgleichsberechtigten zum Aufbau eigener Ansprüche zahlt, fallen hingegen nicht unter Abs. 1a Nr. 4, sondern seit VZ 2015 unter Abs. 1a Nr. 3 (s. Anm. 285 ff.). Gleiches gilt für Abfindungen, die ein Ehegatte aufgrund einer Scheidungsfolgenvereinbarung für einen Verzicht des anderen Ehegatten auf den Versorgungsausgleich leistet.

**Versorgungsausgleich nach §§ 1587f, 1587g, 1587i BGB aF:** Diese früheren Regelungen über den schuldrechtl. Versorgungsausgleich entsprechen im Wesentlichen den heutigen §§ 20, 21 *VersAusglG*. Sie gelten für Fälle, in denen die Entsch. vor dem 1.9.2009 getroffen worden ist, auch für die Zukunft fort. Daher müssen sie weiterhin in Abs. 1a Nr. 4 erwähnt werden.

**Versorgungsausgleich nach § 3a VAHRG:** Laufende Versorgungsausgleichszahlungen, die auf dieser früheren Regelung über den „verlängerten“ schuldrechtl. Versorgungsausgleich nach dem Tod des Verpflichteten beruhen (heute

§§ 25, 26 VersAusglG), bleiben für Altfälle ebenfalls über den 1.9.2009 hinaus bestehen und sind nach Abs. 1a Nr. 4 als SA abziehbar.

### b) Steuerpflicht der zugrunde liegenden Einnahmen bei der ausgleichspflichtigen Person 292

Der (Erst-)Empfänger der Alterseinkünfte hat diese zunächst nach dem jeweiligen Rechtsregime (§ 19 oder § 22 Nr. 1, 4, 5) auch insoweit als eigene Einkünfte zu versteuern, als er infolge des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs zur anteiligen Auskehrung an seinen geschiedenen Ehegatten verpflichtet ist.

#### **Steuerliche Behandlung des auszugehrenden Betrags beim Zahlenden:**

Der Erstempfänger der Alterseinkünfte kann den auszugehrenden Anteil nach Abs. 1a Nr. 4 als SA abziehen. Die Höhe des Abzugs richtet sich nach dem Umfang der bei ihm auf der Einnahmeseite eintretenden StPflcht (zahlreiche Beispiele in BMF v. 9.4.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10024, BStBl. I 2010, 323):

► *Versorgungsbezüge iSd. § 19:* Da diese grds. in voller Höhe stpfl. sind, ist der gesamte an den ausgleichsberechtigten Ehegatten gezahlte Betrag nach Abs. 1a Nr. 4 abzuziehen. Solange allerdings noch der Versorgungsfreibetrag (§ 19 Abs. 2) gewährt wird, ist nur derjenige Anteil der weitergeleiteten Zahlungen abziehbar, der dem Verhältnis der stpfl. Versorgungsbezüge zu den gesamten Versorgungsbezügen entspricht (BFH v. 9.12.2014 – X R 7/14, BFH/NV 2015, 824 Rz. 18 ff.).

► *Leibrenten iSd. § 22 Nr. 1:* Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ist für den SA-Abzug allein auf den Umfang der Besteuerung bei der ausgleichspflichtigen Person (Erstempfänger der Alterseinkünfte) abzustellen, der sich dort für den Rentenbezug nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa oder bb ergibt. Dies gilt auch dann, wenn eine Leibrente, die unmittelbar von der ausgleichsberechtigten Person (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. 1a 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.

### c) Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht der ausgleichsberechtigten Person 293

Seit VZ 2010 setzt der Abzug voraus, dass die ausgleichsberechtigte Person unbeschränkt estpfl. ist. Staatsangehörige der EU- und EWR-Staaten können allerdings auch Ausgleichszahlungen an Empfänger mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in anderen EU- oder EWR-Staaten abziehen, sofern die Besteuerung beim Empfänger durch eine Bescheinigung der ausländ. Steuerbehörde nachgewiesen wird (§ 1a Abs. 1 Nr. 1). Der damit im Erg. nur noch eintretende Ausschluss von Empfängern in Nicht-EU-/EWR-Staaten ist sowohl mit Verfassungs- als auch mit Europarecht vereinbar (BFH v. 7.7.2014 – X B 135/13, BFH/NV 2014, 1542).

In den VZ 2008 und 2009 wurde eine unbeschränkte StPflcht des Empfängers hingegen vom Gesetzeswortlaut nicht gefordert. Seinerzeit waren daher uE auch Zahlungen an einen mittlerweile im Ausland lebenden früheren Ehegatten ohne Einschränkungen abziehbar. Eine starke Gegenansicht sieht die Gesetzesänderung hingegen als lediglich klarstellend an und will die Notwendigkeit einer unbeschränkten EstPflcht

auch für die Vorjahre aus dem Grundgedanken des Transfers stbarer Einkünfte ableiten (obiter dictum in BFH v. 7.7.2014 – X B 135/13, BFH/NV 2014, 1542 Rz. 13; Gesetzentwurf der BRReg., BTDrucks. 17/2249, 51; GRÜN, NWB 2010, 1751 [1758]). Folgt man jedoch der hier vertretenen Auffassung, stellt sich ein Rückwirkungsproblem, weil das am 13.12.2010 verkündete JStG 2010 auf den gesamten VZ 2010 zurückwirken soll. Insoweit müsste uE in verfassungskonformer Auslegung die Inkrafttretensregelung des Art. 32 Abs. 1 JStG 2010 herangezogen werden, wonach jenes Gesetz grds. (erst) am Tag nach der Verkündung in Kraft tritt.

294–299 Einstweilen frei.

## D. Erläuterungen zu Abs. 2: Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen

300

### I. Einordnung des Abs. 2

**Systematische Einordnung:** 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 streifen Einnahmen (s. Anm. 43) noch die Zahlung an einen ausländ. Empfänger (s. Anm. 15) dem Abzug entgegen.

**Historische Einordnung** (zu weiteren 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. Nach einigen Änderungen, die heute nicht mehr von Bedeutung sind, führte das 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, 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. 125). 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 (Regelungen über die Datenübermittlung) 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. Mit dem AmtshilfeRLÜmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) wurde Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a an europarechl. Vorgaben angepasst.

301–304 Einstweilen frei.

## II. Kein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)

### 1. Grundregel (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 1)

305

**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 her nicht anwendbar ist. Auch eine analoge Anwendung scheidet wegen der bewussten Entsch. 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; BFH v. 13.8.1971 – VI R 171/68, BStBl. II 1972, 57).

**Steuerfreie Einnahmen**, die dem Abzug entsprechender Vorsorgeaufwendungen entgegenstehen, sind insbes. die folgenden:

▶ *Lohnersatzleistungen* (§ 3 Nr. 1, 2): Derartige Lohnersatzleistungen (zB Krankengeld, Arbeitslosengeld, Verletztengeld) sind stfrei, erhöhen aber über den ProgrVorb. den StSatz. Gleichwohl können Sozialversicherungsbeiträge, die von bestimmten Lohnersatzleistungen einbehalten werden, nicht als SA abgezogen werden (FG Rhld.-Pf. v. 24.3.2015 – 3 K 1443/13, EFG 2015, 1196, rkr.).

▶ *Zuschüsse der Rentenversicherungsträger zur Krankenversicherung der Rentner* (§ 3 Nr. 14; vgl. FG Berlin v. 22.5.1992 – III 496/89, 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. Eigentlich dürfte ein dem stfreien Teil der Rente entsprechender Anteil des Krankenversicherungsbeitrags daher nicht mehr als SA abziehbar sein. Die FinVerw. ist hier aber großzügig und lässt den Abzug gleichwohl zu (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 200), wobei es sich uE nur um eine Billigkeitsregelung handeln kann;

▶ *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. Mit der Aussetzung der Wehrpflicht zum 1.7. 2011 hat dieser Tatbestand an Bedeutung verloren;

- ▶ *Zuschüsse zur Künstlersozialversicherung* (§ 3 Nr. 57);
- ▶ *Arbeitgeber-Anteil am Sozialversicherungsbeitrag* (§ 3 Nr. 62);
- ▶ *Beiträge des Arbeitgebers zu einer betrieblichen Altersversorgung* (§ 3 Nr. 63), soweit dafür Sozialversicherungsbeiträge erhoben werden;
- ▶ *Zinsen aus bestimmten vor 2005 abgeschlossenen Kapitallebensversicherungen* (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 aF, der gem. § 20 Abs. 28 Satz 5 für Altverträge fortgilt): sofern Beiträge mit diesen Zinsen verrechnet werden, sind sie vom Abzug ausgeschlossen;
- ▶ *Pauschal versteuerte Einnahmen*: Die Pauschalversteuerung von Zukunftssicherungsleistungen, die zum Nichtansatz des geldwerten Vorteils beim ArbN führt (§ 40 Abs. 3 Satz 3 iVm. § 40b Abs. 5 Satz 1), steht dem Abzug der entsprechenden Beträge als SA uE nicht entgegen, denn diese Bezüge sind nicht etwa steuerfrei, sondern werden versteuert (wenn auch von einem Dritten).

Demgegenüber hatte die FinVerw. früher die Auffassung vertreten, der Abzug pauschal versteuerter Zukunftssicherungsleistungen als SA sei nicht möglich (letztmals H 10.1 „Zukunftssicherungsleistungen“ EStH 2008; ab den EStH 2009 ist dieser Passus indes entfallen). Dies war uE unzutreffend. Die Entsch. BFH v. 28.3.1958 – VI 104/56 U, BStBl. III 1958, 267, auf die die FinVerw. sich berief, 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 – S 2221A - 95 - St II 27, 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.

- ▶ *Steuerbefreiung nach einem DBA*: Nach deutschem EStRecht sind Vorsorgeaufwendungen auch dann nicht abziehbar, wenn sie auf ausländ. Einkünften beruhen, die im Inland aufgrund eines DBA steuerfrei gestellt sind. Dies gilt selbst dann, wenn künftige Rentenversicherungsleistungen – unterstellt, der Stpfl. behält seinen inländ. Wohnsitz bei – nach dem DBA im Inland stpfl. sein sollten (BFH v. 18.4.2012 – X R 62/09, BStBl. II 2012, 721 Rz. 35).
- ▷ *Verletzung von Europarecht*: Im Verhältnis zu anderen EU-/EWR-Staaten stellt diese Rechtsfolge jedoch eine Verletzung der ArbN-Freizügigkeit dar, so dass der SA-Abzug ungeachtet des in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 enthaltenen Abzugsverbots zu gewähren ist (EuGH v. 22.6.2017 – C-20/16 – Bechtel, ABl. EU 2017, Nr. C 277, 12; ebenso bereits das Vorabentscheidungsersuchen BFH v. 16.9.2015 – I R 62/13, BStBl. II 2016, 205; im Erg. ebenso, allerdings unter Stützung auf verfassungsrechtl. Argumente Nds. FG v. 28.9.2016 – 3 K 169/15, EFG 2017, 124, nrkr., Az. BFH X R 37/16). Dies gilt (wie aus dem Vorabentscheidungsersuchen hervorgeht) unabhängig davon, ob die Beiträge bei der Festsetzung der Steuer im ausländ. Quellenstaat berücksichtigt worden sind (aA noch BFH v. 18.4.2012 – X R 62/09, BStBl. II 2012, 721 Rz. 38 ff.). Schon zuvor hatte der EuGH entschieden, dass der Abzug im Inland gewährt werden muss, wenn die Beiträge weder im ausländ. Quellenstaat noch im Wohnsitzstaat (Deutschland) abziehbar sind (EuGH v. 19.11.2009 – C-314/08 – Filipiak, Slg 2009, I-11049; in nicht entscheidungserheblichen Erwägungen wohl auch BFH v. 18.12.1991 – X B 126/91, BFH/NV 1992, 382; BFH v. 18.4.2012 – X R 62/09, BStBl. II 2012, 721 Rz. 39). Selbstverständlich ist eine Berücksichtigung dieser Vorsorgeaufwendungen nur im Rahmen der allgemein geltenden Höchstbeträge möglich (BFH v. 3.11.2010 – I R 73/09, BFH/NV 2011, 773 Rz. 8).



- ▷ *Anwendung nur noch im Verhältnis zu Drittstaaten:* Damit ist das in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 enthaltene Abzugsverbot in der Fallgruppe „Zusammenhang von Vorsorgeaufwendungen mit steuerfreien DBA-Einkünften“ nur dann noch anwendbar, wenn die stfreien Einkünfte weder aus einem EU- noch aus einem EWR-Staat oder der Schweiz stammen. Die FinVerw. hat angekündigt, im Vorgriff auf eine beabsichtigte Gesetzesänderung ein entspr. BMF-Schreiben zu erlassen (OFD NRW v. 6.9.2017 – Nr. 25/2017, DB 2017, 2388).
- ▷ *Auch keine Berücksichtigung im Rahmen des Progressionsvorbehalts:* Seit VZ 1996 sind die auf stfreie ausländ. Einkünfte entfallenden Vorsorgeaufwendungen auch nicht mehr im Rahmen des besonderen StSatzes nach § 32b zu berücksichtigen, da diese Regelung lediglich eine Berücksichtigung der „Einkünfte“, nicht aber von SA vorsieht (BFH v. 3.11.2010 – I R 73/09, BFH/NV 2011, 773 Rz. 9; BFH v. 18.4.2012 – X R 62/09, BStBl. II 2012, 721 Rz. 42 ff.). Nach der bis VZ 1995 geltenden Fassung des § 32b Abs. 2 waren diese Vorsorgeaufwendungen hingegen im Rahmen einer „Schattenveranlagung“ bei der Ermittlung des StSatzes in dem Umfang zu berücksichtigen, wie sie sich als SA auswirken würden, wenn die Auslandseinkünfte nicht stfrei wären (BFH v. 29.4.1992 – I R 102/91, BStBl. II 1993, 149, unter II.B). Dies setzte allerdings voraus, dass die für Vorsorgeaufwendungen geltenden Höchstbeträge noch nicht ausgeschöpft waren.
- ▶ *Sonstige Steuerbefreiungen für Arbeitslohn:* Diese Grundsätze gelten auch, wenn die StFreiheit auf dem Auslandstätigkeitserlass (BFH v. 18.7.1980 – VI R 97/77, BStBl. II 1981, 16) oder den Statuten internationaler Organisationen beruht (FG München v. 27.5.2014 – 15 K 3529/11, DSStRE 2015, 1483; Beamtin des Europäischen Patentamts; BMF v. 27.2.1979 – IV C 6 - S 1311 - 8/79, BStBl. I 1979, 139).

**Unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang:** Insoweit ist der Wortlaut identisch mit dem des § 3c Abs. 1. Die Rspr. (BFH v. 18.4.2012 – X R 62/09, BStBl. II 2012, 721 Rz. 31) zieht daher zutr. 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; BFH v. 29.4.1992 – I R 102/91, BStBl. II 1993, 149; BFH v. 18.4.2012 – X R 62/09, BStBl. II 2012, 721 Rz. 17). Ein rechtl. Zusammenhang (dh. eine rechtl. Verpflichtung, die stfreien Einnahmen zu Vorsorgezwecken zu verwenden) ist nicht erforderlich, wird aber in den meisten Fällen stfreier Einnahmen, die für Vorsorgeaufwendungen verwendet werden, vorliegen.

## 2. Sonderregelung für steuerfreie Zuschüsse zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 2) 306

Nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 2 (anwendbar ab VZ 2010) stehen stfreie Zuschüsse zu einer Kranken- oder Pflegeversicherung insgesamt in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3. Diese Regelung betrifft hauptsächlich den Fall, dass ein privat krankenversicherter ArbN gem. § 257 Abs. 2 SGB V von seinem ArbG einen stfreien

Zuschuss in Höhe der Hälfte des insgesamt zu zahlenden Beitrags (dh. sowohl für die Basisleistungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 als auch für Zusatzleistungen iSd. Abs. 1 Nr. 3a) erhält. Sie 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. Der Gesetzgeber hat dies mit der Gleichbehandlung von gesetzlich und privat krankenversicherten ArbN begründet, da gesetzlich Versicherte niemals stfreie ArbG-Zuschüsse für Zusatzleistungen erhalten können (BTDrucks. 16/13429, 44).

**Beispiel:** Der Beitrag zur privaten Krankenversicherung beträgt 4000 €, wovon 80 % auf Basisleistungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 entfallen. Der ArbG-Zuschuss beläuft sich auf 2000 € (50 % des Gesamtbeitrags). Nach der gesetzlichen Regelung fallen 3200 € (80 % von 4000 €) unter Abs. 1 Nr. 3; der restliche Beitragsteil von 800 € fällt unter Abs. 1 Nr. 3a. Die Sonderregelung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 2 ordnet nun an, dass der ArbG-Zuschuss – obwohl er den Gesamtbeitrag betrifft – ausschließlich von den Beiträgen iSd. Abs. 1 Nr. 3 abzuziehen ist. Diese mindern sich daher von 3200 € um 2000 € auf nur noch 1200 €. Die Beiträge iSd. Abs. 1 Nr. 3a wirken sich bei den meisten Stpfl. nicht aus, weil bereits durch die Beiträge zur Basisabsicherung der in Abs. 4 genannte Höchstbetrag erreicht ist.

In der Literatur (DOMMERMUTH/HAUER, DB 2009, 2512, 2514) wird dagegen vereinzelt vorgeschlagen, den ArbG-Zuschuss von vornherein aus der Betrachtung auszublenden und nur den ArbN-Anteil anzusetzen (im obigen Beispiel 1600 € nach Abs. 1 Nr. 3 und 400 € nach Abs. 1 Nr. 3a). Dies würde jedoch dem Gesetzeswortlaut, der Gesetzssystematik und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers widersprechen.

**Verfassungsrechtliche Beurteilung:** Die Regelung führt – in Umkehrung der vom Gesetzgeber vertretenen Betrachtungsweise – zu einer Benachteiligung der betroffenen Stpfl. (privat versicherten ArbN), da der unbeschränkt abziehbare Beitragsanteil sich stärker mindert als es der wirtschaftlichen Zuordnung des ArbG-Zuschusses entspricht. Im Erg. ist die Regelung aber uE noch durch die vom Gesetzgeber angeführten Gleichbehandlungserwägungen sowie ergänzend durch Vereinfachungsgesichtspunkte gerechtfertigt, zumal üblicherweise nur ein eher geringer Teil der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge unter Abs. 1 Nr. 3a fällt (im Erg. – allerdings ohne ausdrückliche Auseinandersetzung mit verfassungsrechtl. Fragen – ebenso BFH v. 2.9.2014 – IX R 43/13, BStBl. II 2015, 257 Rz. 23 ff.; glA ausführl. FG Hamb. v. 21.9.2012 – 3 K 144/11, EFG 2013, 26, rkr.; FG Nürnberg. v. 16.1.2013 – 3 K 974/11, EFG 2013, 843, rkr.; ferner FG Münster v. 20.2.2013 – 7 K 2814/11, juris, rkr.; FinMin. Schl.-Holst. v. 31.5.2011 – VI 314 - S 2221 - 186, DStR 2011, 1712; aA NEUMANN, DStR 2013, 388; zweifelnd SPRANG, NWB 2013, 177; SPRANG, NWB 2014, 3068). Ganz zweifelsfrei ist dieses Erg. allerdings nicht, da die Abziehbarkeit derjenigen Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung, die eine sozialhilfgleiche Versorgung gewährleisten, nach der Rspr. des BVerfG verfassungsrechtl. zwingend ist (s. Anm. 88) und auch nicht im Wege der sog. Umdeklarierung von Zuschüssen versagt werden darf. Zudem ist der Aufteilungsmaßstab für die Beiträge stets bekannt, so dass auch die Zuschüsse ohne allzu großen Aufwand den jeweiligen Beitragsteilen zugeordnet werden könnten. Die FinVerw. hatte EStBescheide wegen dieser Frage zwischenzeitlich nur noch vorläufig erlassen (BMF v. 10.6.2014 – IV A 3 - S 0338/07/10010, BStBl. I 2014, 831), hat diese Praxis nach Ergehen des vorstehend zitierten BFH-Urteils aber wieder beendet (BMF v. 13.5.2015 – IV A 3 - S 0338/07/10010, BStBl. I 2015, 440). Entsprechende Einsprüche sind am 9.4.2015 durch Allgemeinverfügung zurückgewiesen worden (Ländererlasse v. 9.4.2015 – S 0623 - 33 - V A 2, BStBl. I 2015, 243).

### III. Anforderungen an die Empfänger begünstigter Vorsorgeaufwendungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)

#### 1. Empfängerkreis

310

Vorsorgeaufwendungen sind nur begünstigt, wenn der Empfänger ein VU (s. Anm. 311), eine berufsständische Versorgungseinrichtung, ein Sozialversicherungsträger oder ein Anbieter iSd. § 80 ist (zu diesen Anbietergruppen s. Anm. 312). Zahlungen an andere Empfänger (insbes. an natürliche Personen) sind daher auch dann nicht begünstigt, wenn der zugrunde liegende Vertrag alle Elemente eines Versicherungsvertrags enthält (s. Anm. 85).

#### 2. Versicherungsunternehmen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a)

311

Sofern der Empfänger ein (privates) VU 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, RStBl. 1937, 94; BFH v. 22.4.1966 – VI 51/64, BFHE 86, 139; vgl. auch BTDrucks. 12/6078, 121).

**Versicherungsunternehmen mit Sitz oder Geschäftsleitung in einem EU-/EWR-Staat:** Grundsätzlich ist der Abzug nur möglich, wenn das VU seinen Sitz oder seine Geschäftsleitung in einem EU-/EWR-Staat hat (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1 Doppelbuchst. aa). Dabei bedürfen inländ. VU der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde (§ 8 Abs. 1 VAG), die für das Gebiet aller EU-/EWR-Staaten erteilt wird (§ 10 Abs. 1 Satz 2 VAG). Unternehmen, die ihren Sitz (§ 10 AO) oder ihre Geschäftsleitung (§ 11 AO) in einem anderen EU-/EWR-Staat haben, dürfen aufgrund der von ihrer ausländ. Aufsichtsbehörde erteilten Erlaubnis auch im Inland tätig werden (§ 61 VAG, Ausnahmen für nicht harmonisierte Bereiche in §§ 65, 66 VAG). Die FinVerw. wendet Buchst. a auch zugunsten von Pensionsfonds an, die wie VU der Aufsicht nach dem VAG (zB §§ 236 ff. VAG) unterliegen (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 58).

**Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb im Inland:** Die Erteilung einer solchen Erlaubnis ermöglicht den Abzug von Vorsorgeaufwendungen auch dann, wenn die Voraussetzungen des Doppelbuchst. aa nicht erfüllt sind (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1 Doppelbuchst. bb). Dies betrifft vor allem Unternehmen, die Sitz und Geschäftsleitung außerhalb eines EU-/EWR-Staats haben (§§ 67–73 VAG).

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 (FinMin. Nds. v. 4.12.1984 – S 2223 - 167 - 31 - 3, DB 1985, 418; OFD Frankfurt v. 9.7.1996 – S 2221A - 53 - St II 22, FR 1996, 648).

**Erweiterung auf Beiträge für eine „anderweitige Absicherung im Krankheitsfall“:** Gemäß Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 2 sind Beiträge für die Basis-Krankenvorsorge (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a) auch dann abziehbar, wenn

zwar die Voraussetzungen der örtlichen Anknüpfung nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1 nicht erfüllt sind (zB VU außerhalb des EU-/EWR-Raums), die Beiträge aber der anderweitigen Absicherung im Krankheitsfall iSd. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V dienen. Derartige Beiträge führen dazu, dass die ansonsten zwingende Versicherungspflicht in der (deutschen) gesetzlichen Krankenversicherung nicht eintritt. Gleiches gilt für Beiträge, die eine mit der Beihilfe oder freien Heilfürsorge vergleichbare Absicherung iSd. § 193 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 VVG gewähren. Die Regelung ist durch das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) eingefügt worden und ab VZ 2013 anwendbar. Sie wird in vielen Fällen die verfassungsrechtl. Zweifel beseitigen, die nach der zuvor geltenden Rechtslage bestanden, wenn Stpfl. langjährig im Nicht-EU-Ausland tätig waren, dort einen (weiterhin geltenden) Vertrag über ihren Krankenversicherungsschutz abgeschlossen hatten, diese Beiträge nach Übersiedlung ins Inland aber nicht abziehbar waren, weil das Unternehmen keine Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb im Inland hatte (hierzu ausführl. FRIEMLA, FR 2011, 1147).

**Erweiterung auf Beiträge von Steuerpflichtigen ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland:** Beiträge zur Basis-Kranken- und Pflegeversicherung (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1) sind seit VZ 2013 auch dann ohne Rücksicht auf den Sitz oder den Ort der Geschäftsleitung des VU abziehbar, wenn der Stpfl. weder seinen Wohnsitz noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat (Nr. 2 Buchst. a Satz 3). Dies betrifft insbes. beschränkt stpfl. ArbN, bei denen derartige Beiträge gem. § 50 Abs. 1 Satz 4 abziehbar sind, die ihren Kranken- und Pflegeversicherungsschutz aber ggf. nicht bei einem EU-/EWR-Unternehmen unterhalten.

### 312 3. Andere Empfänger (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b bis d)

**Berufsständische Versorgungseinrichtungen:** Vorsorgeaufwendungen, die an diese Einrichtungen geleistet werden, sind unabhängig vom Sitz des Zahlungsempfängers begünstigt (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b). Derartige Aufwendungen können daher auch dann abgezogen werden, wenn sie an ausländ. Einrichtungen (auch außerhalb des EU- oder EWR-Raums) geleistet werden.

Berufsständische Versorgungseinrichtungen sind erst mW ab VZ 2005 in den Katalog aufgenommen worden. Der Abzug von Beiträgen an solche Einrichtungen war aber auch zuvor möglich, ohne dass dies jemals problematisiert worden wäre (ggf. analoge Anwendung der Abzugsmöglichkeiten für „Sozialversicherungsträger“ oder „Versicherungsunternehmen“).

**Sozialversicherungsträger:** Entsprechende Beiträge sind ebenfalls unabhängig vom Sitz des Sozialversicherungsträgers abziehbar (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c). Jedenfalls die Einbeziehung der Sozialversicherungsträger in anderen EU-/EWR-Staaten ist europarechtl. zwingend (EuGH v. 19.11.2009 – C-314/08 – Filipiak, Slg 2009, I-11049). 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, BStBl. II 2009, 1000, unter II.2; BFH v. 3.11.2010 – I R 73/09, BFH/NV 2011, 773). Obligatorische Zahlungen an die Schweizer Pensionskassen sind funktionsgleich mit Zahlungen an Sozialversicherungsträger und daher auch dann abziehbar, wenn die Pensionskasse die Voraussetzungen des Buchst. a nicht erfüllt (BFH v. 26.11.2014 – VIII R 39/10, BStBl. II 2016, 665 Rz. 82). Zur Aufteilung von einheitlichen Beiträgen, die an ausländ. Sozialversicherungsträger geleistet werden,

auf die verschiedenen Sparten der Sozialversicherung s. BMF v. 5.7.2011 – IV C 3 - S 2221/09/10013:001, BStBl. I 2011, 711 (VZ bis 2011); BMF v. 26.1.2012 – IV C 3 - S 2221/09/10013:001, BStBl. I 2012, 169 (VZ 2012); BMF v. 29.10.2012 – IV C 3 - S 2221/09/10013:001, BStBl. I 2012, 1013 (VZ 2013); BMF v. 8.10.2013 – IV C 3 - S 2221/09/10013:001, BStBl. I 2013, 1266 (VZ 2014); BMF v. 3.12.2014 – IV C 3 - S 2221/09/10013:001, BStBl. I 2014, 1606 (VZ 2015); BMF v. 28.8.2015 – IV C 3 - S 2221/09/10013:001, BStBl. I 2015, 632 (VZ 2016); BMF v. 22.8.2016 – IV C 3 - S 2221/09/10013:001, BStBl. I 2016, 804 (VZ 2017); BMF v. 9.10.2017 – IV C 3 - S 2221/09/10013:001, BStBl. I 2017, 1326 (VZ 2018).

**Anbieter iSd. § 80** sind ebenfalls erfasst (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. d). Dies gilt seit VZ 2006 und betrifft Beiträge zu einem sog. 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. Zu Einzelheiten § 80 Anm. 1 ff., § 82 Anm. 1 ff.

Einstweilen frei.

313–314

#### IV. Zertifizierung, Einwilligung in die Datenübermittlung (Abs. 2 Sätze 2 und 3)

##### 1. Für Beiträge zur kapitalgedeckten Altersvorsorge iSd. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Zertifizierung und Einwilligung in die Datenübermittlung (Abs. 2 Satz 2)

315

**Sachlicher Anwendungsbereich:** Die in Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Sonderregelungen (Zertifizierungspflicht; Erfordernis der Einwilligung des Stpfl. in die Datenübermittlung) gelten ausschließlich für Beiträge zum Aufbau einer kapitalgedeckten Altersvorsorge iSd. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b.

**Zeitlicher Anwendungsbereich:** Die Regelungen sind auf Beiträge anwendbar, die ab dem VZ 2010 geleistet werden (§ 52 Abs. 1 idF BürgEntlG-KV). Dies gilt auch, wenn der zugrunde liegende Altersvorsorgevertrag bereits vor dem VZ 2010 abgeschlossen wurde, so dass Altersvorsorgeverträge ggf. inhaltlich angepasst werden müssen (glA KILLAT-RISTHAUS, DB 2010, 2304 [2305]).

**Zertifizierung (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1):** Der Altersvorsorgevertrag muss nach § 5a AltZertG zertifiziert sein. Mit der Zertifizierung wird wiederum festgestellt, dass die Vertragsbedingungen die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b erfüllen (§ 2 Abs. 3 AltZertG). Die Zertifizierung ist Grundlagenscheid für den EStBescheid. Der Stpfl. und das 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 Satz 1 Buchst. b erfüllen. Dies dient der Vereinfachung und Rechtssicherheit. Über die Erteilung und den Widerruf von Zertifizierungen veröffentlicht das BZSt. im BStBl. I umfangreiche Listen.

Für die Berücksichtigung sämtlicher in den VZ 2010 und 2011 geleisteter Beiträge reicht es aus, wenn der Anbieter den (letztlich erfolgreichen) Antrag auf Zertifizierung bis zum 31.12.2010 gestellt hat (BMF v. 19.8.2013 – IV C 3 - S 2221/12/10010:004, BStBl. I 2013, 1087 Rz. 16). Verweigert allerdings der Versicherungsnehmer seine Zustimmung zu einer mW ab 2010 für die Zertifizierung notwendigen Vertragsanpassung, geht die FinVerw. davon aus, dass der Vertrag auch in den Jahren zuvor nicht die Vo-

raussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b erfüllt hat (BMF v. 24.11.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10040:002, DStZ 2011, 8).

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 Satz 1 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 (Abs. 2 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 zur Datenübermittlung s. Abs. 2a und Anm. 320 ff.). Zweck dieser Regelungen ist die weitere Erleichterung des Verwaltungsvollzugs durch Nutzung der vorhandenen Datennetze sowie die Förderung der elektronischen StErklärung (BTDrucks. 16/11108, 16).

► *Fiktion der Einwilligung bei Altverträgen:* Gemäß Abs. 6 Satz 2 gilt die Einwilligung bei Verträgen, die vor dem 1.1.2011 abgeschlossen wurden, als erteilt, wenn der Anbieter den Stpfl. hierüber schriftlich informiert und der Stpfl. nicht innerhalb von vier Wochen nach Erhalt dieser Information schriftlich widerspricht.

► *Unterbliebene Datenübermittlung trotz Einwilligung:* Für den SA-Abzug genügt bereits die Einwilligung des Versicherten zur Datenübermittlung. Kommt es trotz vorhandener Einwilligung nicht zu einer Datenübermittlung (zB bei ausl. VU, für die sich der Aufbau der entsprechenden Datenverarbeitungs-Infrastruktur angesichts einer nur geringen Zahl deutscher 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).

► *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung:* Bedenken bestehen uE insoweit nicht (glA FG Berlin-Brandenb. v. 17.11.2016 – 13 K 13119/15, EFG 2017, 207, rkr.; anders wohl RISTHAUS, DStZ 2009, 669 [681]; jedenfalls Zweifel äußert auch WERNSMANN, NJW 2009, 3681 [3685]). 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.

316 Einstweilen frei.

## 2. Für Basis-Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge iSd. Abs. 1 Nr. 3 Einwilligung in die Datenübermittlung (Abs. 2 Satz 3) 317

**Anwendungsbereich:** Die in Abs. 2 Satz 3 enthaltenen Regelungen gelten ausschließlich für Beiträge zu Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 (Basisversicherungen). Sie sind auf Beiträge anwendbar, die ab dem VZ 2010 geleistet werden (§ 52 Abs. 1 idF BürgEntlG-KV), und zwar auch, wenn das Kranken- oder Pflegeversicherungsverhältnis schon zuvor bestand.

**Einwilligung in die Datenübermittlung:** Auch hier setzt die stl. Berücksichtigung (wie bei Altersvorsorgeverträgen, s. Anm. 315) voraus, dass der Stpfl. gegenüber dem Versicherer in die Datenübermittlung nach Abs. 2a einwilligt. Die Einwilligung ist damit ein materiell-rechtl. Tatbestandsmerkmal für den SA-Abzug. Erteilt der Stpfl. die Einwilligung nicht, sind die Beiträge nur nach Abs. 1 Nr. 3a abziehbar (FG Berlin-Brandenb. v. 17.11.2016 – 13 K 13119/15, EFG 2017, 207, rkr.; KILLAT-RISTHAUS, DB 2010, 2304 [2307]), so dass die Höchstbeträge des Abs. 4 nicht überschritten werden können.

**Fiktion der Einwilligung bei Arbeitnehmern und Rentnern (Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2):** In den in der Praxis häufigsten Fällen braucht der Stpfl. keine ausdrückliche Einwilligung zu erteilen; vielmehr wird diese fingiert.

► *Anwendungsbereich der Einwilligungsfiktion:* Die Einwilligung gilt immer dann als erteilt, wenn die Beiträge mit der elektronischen LStBescheinigung (§ 41b Abs. 1 Satz 2) oder der Rentenbezugsmitteilung (das Gesetz verweist hier auf § 22a Abs. 1 Satz 1 Nr. 5; zutr. wäre seit Inkrafttreten des StModG aber ein Verweis auf § 22a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4) übermittelt werden. Dies erfasst sämtliche ArbN und Rentner, die Mitglied der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sind. Für Privatversicherte und/oder Selbständige gilt diese Einwilligungsfiktion hingegen nicht. Hier kann sich entweder eine Einwilligungsfiktion aus der für Altverträge geltenden Übergangsregelung des Abs. 6 Satz 2 ergeben, oder der Stpfl. muss eine ausdrückliche Einwilligung erteilen.

► *Reichweite der Einwilligungsfiktion:* Die fingierte Einwilligung gilt für alle sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Zahlungsverpflichtungen. Sie umfasst also nicht nur die unter Abs. 1 Nr. 3 fallenden Beiträge (allein hierfür macht das Gesetz die Abziehbarkeit von der Erteilung einer Einwilligung in die Datenübermittlung abhängig), sondern auch den auf das Krankengeld entfallenden Anteil, der unter Abs. 1 Nr. 3a fällt. Dies vermeidet, dass der Stpfl. diese Beitragsanteile trotz Erteilung einer Einwilligung selbst noch dem FA erklären muss, obwohl er sich darauf verlässt, dass sämtliche Daten seiner Krankenversicherung übermittelt werden.

Für Privatversicherte gilt die erweiterte Einwilligungsfiktion nicht. Den Anbietern derartige Verträge ist daher zu empfehlen, in ihren Vordrucken ebenfalls eine Einwilligung in die Übermittlung sämtlicher Beiträge (also nicht nur der unter Abs. 1 Nr. 3 fallenden Basisbeiträge, auf die sich die gesetzliche Verpflichtung zur Datenübermittlung beschränkt) vorzusehen. Ansonsten droht die Gefahr, dass diese Beiträge weder vom Anbieter an das FA übermittelt noch vom Stpfl. selbst erklärt werden (so auch RISTHAUS, DStZ 2009, 669 [682]).

**Fiktion der Einwilligung bei Altverträgen:** Bei Versicherungsverhältnissen, die schon vor dem 1.1.2011 bestanden haben, gilt die Einwilligung als erteilt, wenn der Anbieter den Stpfl. hierüber schriftlich informiert und der Stpfl. nicht innerhalb von vier Wochen nach Erhalt dieser Information schriftlich widerspricht (Abs. 6 Satz 2).

Einstweilen frei.

318–319

**E. Erläuterungen zu Abs. 2a:  
Datenübermittlung bei Vorsorgeaufwendungen**

320

**I. Einordnung des Abs. 2a**

**Systematische Einordnung:** Abs. 2a enthält Regelungen zur Datenübermittlung, die überwiegend technischer Natur sind. Die allgemeinen Vorschriften zur Datenübermittlung im Besteuerungsverfahren sind seit VZ 2017 in § 72a AO (Haftung Dritter bei Datenübermittlung), §§ 87a–87e AO (elektronische Kommunikation, insbes. Datenübermittlung), § 93c AO (Datenübermittlung durch Dritte) und § 175b AO (Korrekturvorschrift bei Datenübermittlung durch Dritte) enthalten. Abs. 2a beschränkt sich seither auf diejenigen Regelungen, die von den Vorschriften der AO abweichen oder diese ergänzen.

► *Abs. 2a Sätze 1 bis 3* befassen sich mit der vom Stpfl. abzugebenden Einwilligung in die Datenübermittlung und dem Widerruf dieser Erklärung (s. Anm. 322). So enthält Satz 1 Regelungen zur Form und Frist sowie zum Empfänger der Einwilligungserklärung; die Sätze 2 und 3 regeln die zeitliche Geltungsdauer und den Widerruf der Einwilligung.

► *Abs. 2a Sätze 4 bis 6* enthalten Detailvorschriften zur Datenübermittlung (s. Anm. 323). Satz 4 bestimmt den Umfang der zu übermittelnden Daten; Satz 5 befasst sich damit, wie die mitteilungspflichtige Stelle von der Identifikationsnummer des Stpfl. Kenntnis erhält, und Satz 6 verschiebt bei nachträglicher Erteilung der Einwilligung die Frist, innerhalb derer die Datenübermittlung vorzunehmen ist, in Abweichung von § 93c Abs. 1 Nr. 1 AO nach hinten.

► *Abs. 2a Sätze 7 und 8:* In Abweichung von § 72a Abs. 4 und § 93c Abs. 4 AO wird hier die Prüfungsbefugnis der Finanzbehörden beim Anbieter sowie die Haftung der Anbieter für fehlerhaft übermittelte Daten geregelt (s. Anm. 325).

**Historische Einordnung:** Aufgrund des JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) wurden mW ab VZ 2010 erstmals Regelungen über die Datenübermittlung in § 10 aufgenommen (damals noch in Abs. 2 Sätze 2–10). Das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) überführte diese Vorschriften noch vor ihrem Inkrafttreten in den neu geschaffenen Abs. 2a. Das JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) nahm eine Präzisierung im damaligen Abs. 2a Satz 4 vor; das BeitrRLUmsG v. 7.12.2011 (BGBl. I 2011, 2592; BStBl. I 2011, 1171) fasste die Korrekturvorschrift des Abs. 2a Satz 8 aF neu. Redaktionelle Änderungen wurden durch das AltvVerbG v. 24.6.2013 (BGBl. I 2013, 1667; BStBl. I 2013, 790) in Abs. 2a Satz 4 und durch das KroatienAnpG v. 25.7.2014 (BGBl. I 2014, 1266; BStBl. I 2014, 1126) in Satz 1 vorgenommen. Das VerfModG v. 18.7.2016 (BGBl. I 2016, 1679; BStBl. I 2016, 694) fasste Abs. 2a mW ab VZ 2017 vollständig neu und passte die Regelung an die zeitgleich in die AO aufgenommenen Mantelvorschriften zum elektronischen Besteuerungsverfahren an.

321 Einstweilen frei.

322

**II. Einwilligung und Widerruf (Abs. 2a Sätze 1 bis 3)**

Die Sätze 1–3 des Abs. 2a enthalten formale Regelungen zur Form und Frist sowie zum Empfänger der vom Stpfl. abzugebenden Einwilligung in die Daten-



übermittlung (Satz 1) sowie zur zeitlichen Geltungsdauer und zum Widerruf der Einwilligung (Sätze 2 und 3).

**Form der Einwilligung:** Gemäß Abs. 2a Satz 1 Teils. 2 ist die Einwilligung schriftlich zu erteilen. Diese Formvorschrift gilt nicht, wenn die Einwilligung fingiert wird (s. hierzu Anm. 315, 317).

**Frist für die Erteilung der Einwilligung:** Spätester Zeitpunkt für die Erteilung der Einwilligung ist der Ablauf des zweiten Kj., das auf das Beitragsjahr (Kj., in dem die Beiträge geleistet worden sind) folgt (Abs. 2a Satz 1 Teils. 2). Die Einwilligung für den VZ 2018 muss also bis spätestens zum 31.12.2020 erteilt werden. Wird die Einwilligung nicht fristgerecht erteilt, können die entsprechenden Vorsorgeaufwendungen nicht als SA abgezogen werden.

**Empfänger der Einwilligungserklärung:** Die Einwilligung ist gegenüber der „mitteilungspflichtigen Stelle“ abzugeben, nicht etwa gegenüber dem FA. Dieser Begriff nimmt den Sprachgebrauch des zum VZ 2017 neu geschaffenen § 93c AO auf (BTDrucks. 18/7457, 95). Mitteilungspflichtige Stelle ist bei Basisrentenverträgen (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) der Anbieter und bei Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen (Abs. 1 Nr. 3) das VU bzw. der Sozialversicherungsträger oder sonstige Anbieter (Abs. 2a Satz 1 Teils. 3).

**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).

**Widerruf der Einwilligung:** Der Widerruf muss schriftlich vorgenommen werden; Adressat ist (ebenso wie bei der Einwilligung) die mitteilungspflichtige Stelle (Abs. 2a Satz 2 Halbs. 2). Er wirkt gem. Abs. 2a Satz 3 nur für die Beiträge künftiger Kj. (ebenso wie der Widerruf der Zustimmung nach Abs. 1a Nr. 1 Satz 5; s. Anm. 234). Der Widerruf hat zur Folge, dass die entsprechenden Vorsorgeaufwendungen nicht mehr als SA abgezogen werden können, solange keine erneute Einwilligung erteilt (oder fingiert) wird.

### III. Detailvorschriften zur Datenübermittlung (Abs. 2a Sätze 4 bis 6)

323

**Umfang der zu übermittelnden Daten:** Dies ergibt sich grds. aus § 93c Abs. 1 Nr. 2 AO (zB Name und Anschrift der mitteilungspflichtigen Stelle und des Stpfl., Zeitpunkt der Erstellung des Datensatzes, betroffener VZ). In Ergänzung dazu ordnet Abs. 2a Satz 4 an, dass die Vertrags- oder Versicherungsdaten, das Datum der Einwilligung, bei Basisrentenverträgen die Höhe der Beiträge und die Zertifizierungsnummer, bei Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen die Höhe der geleisteten und erstatteten Beiträge zu übermitteln sind. Sind Versicherungsnehmer und versicherte Person nicht identisch (zB Stpfl. schließt eine private Krankenversicherung für seine Kinder ab), sind auch bestimmte Daten des Versicherungsnehmers zu übermitteln (Abs. 2a Satz 4 Nr. 2 Halbs. 2). Zu Einzelfragen zur Datenübermittlung s. BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 159–194.

**Empfänger der Datenübermittlung** ist die zentrale Stelle iSd. § 81 (Deutsche Rentenversicherung Bund).

**Beschaffung der Identifikationsnummer (Abs. 2a Satz 5 iVm. § 22a Abs. 2):** Der Stpfl. muss der mitteilungspflichtigen Stelle seine Identifikationsnummer mitteilen (§ 22a Abs. 2 Satz 1). Geschieht dies nicht, kann der Anbieter

sie sich beim BZSt. beschaffen (Abs. 2a Satz 5 iVm. § 22a Abs. 2 Sätze 2 bis 9). Bei Altverträgen (Abschluss vor dem 1.1.2010) konnte der Anbieter – sofern die Einwilligung zur Datenübermittlung vorlag – die Identifikationsnummer auch dann unmittelbar beim BZSt. anfordern, wenn er sie nicht zuvor beim Stpfl. abgefragt hatte (§ 52 Abs. 24 Satz 2 Nr. 2 EStG 2010).

**Übermittlung durch Datenfernübertragung:** Liegt eine Einwilligung zur Datenübermittlung vor, muss der Anbieter die Daten nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung übermitteln. Dies ist seit VZ 2017 nicht mehr gesondert in Abs. 2a, sondern allgemein in § 93c Abs. 1 Nr. 1 AO geregelt. Zu Einzelheiten der Datenfernübertragung vgl. § 87b Abs. 3 und § 150 Abs. 6 AO und die dort vorgesehenen Rechtsverordnungen. Zur Definition der Datensätze s. BMF v. 11.10.2010 – IV C 3 - S 2221/09/10014:009, BStBl. I 2010, 759 (Verweis auf die Datensätze, die auf den Internetseiten des BZSt. [www.bzst.de] bekanntgegeben werden). Zur ausnahmsweisen Möglichkeit der Erteilung von (Papier-)Bescheinigungen bei technischen Problemen des Anbieters s. BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 193 f.

**Übermittlungsfrist:** Der Anbieter muss die Daten grds. bis zum 28. Februar des dem Beitragsjahr folgenden Jahres übermitteln (§ 93c Abs. 1 Nr. 1 AO; bis VZ 2016 war diese Anordnung noch in Abs. 2a Satz 4 enthalten). Da die erforderliche Einwilligung des Stpfl. aber noch bis zum 31. Dezember des zweiten KJ. nach den Beitragsjahr erteilt werden kann (Abs. 2a Satz 1; s. Anm. 322), 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. Wird die Einwilligung allerdings erst später als zwei Jahre nach Ablauf des Beitragsjahres erteilt, geht eine dadurch ausgelöste Datenübermittlung des Anbieters ins Leere, weil die Beiträge nicht mehr als SA abgezogen werden können.

324 Einstweilen frei.

#### 325 IV. Prüfung bei den Anbietern, Haftung der Anbieter (Abs. 2a Sätze 7 und 8)

**Basisrentenverträge:** Abs. 2a Satz 7 ordnet zugunsten der Anbieter einer zusätzlichen kapitalgedeckten Altersversorgung iSd. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b (sog. Rürup-Rente) seit VZ 2017 ausdrücklich an, dass weder eine Befugnis der Finanzbehörde zur Überprüfung der Richtigkeit der übermittelten Daten (allgemein in § 93 Abs. 4 AO geregelt) noch eine Haftung der Anbieter selbst im Falle vorsätzlich oder grob fahrlässig fehlerhaft übermittelter Daten (allgemein in § 72a Abs. 4 AO geregelt) besteht. Diese Rechtslage galt zwar im Erg. auch schon bis VZ 2016, weil weder in § 10 noch an anderer Stelle in den Steuergesetzen eine Überprüfungsbefugnis oder Haftung ausdrücklich angeordnet war. Die ausdrückliche Festschreibung eines derartigen „rechtsfreien Raumes“ durch den Gesetzgeber ist aber gleichwohl erstaunlich und uE im Hinblick auf das Verifikationsprinzip verfassungsrechtl. bedenklich. In den Gesetzesmaterialien wird diese Privilegierung der privaten Rentenversicherungsanbieter nicht ausdrücklich

begründet; es heißt lediglich, auf die Aufnahme entsprechender Regelungen werde „vorerst verzichtet“ (BTDrucks. 18/7457, 95).

**Kranken- und Pflegeversicherungen:** Für die Anbieter von Basis-Kranken- und Pflegeversicherungen gelten grds. die allgemeinen Vorschriften über die Prüfungsbefugnis der Finanzbehörden (§ 93 Abs. 4 AO) sowie die Haftung im Falle mindestens grob fahrlässig fehlerhaft übermittelter Daten (§ 72a Abs. 4 AO). Abs. 2a Satz 8 trifft hierzu die Detailregelung, dass das BZSt. für diese Aufgaben zuständig ist, und die Höhe des Haftungsbetrags sich auf 30 % des zu hoch ausgewiesenen Betrags beläuft.

## V. Sonstige Regelungen zur Datenübermittlung

326

**Information des Steuerpflichtigen:** Die übermittelnde Stelle muss den Stpfl. über die Datenübermittlung informieren. Eine entsprechende Regelung ist seit VZ 2017 in § 93c Abs. 1 Nr. 3 AO enthalten; bis VZ 2016 war dies in Abs. 2a Satz 9 geregelt. Der Gesetzgeber hatte zunächst aus Vereinfachungsgründen von einer derartigen Informationspflicht absehen wollen (BTDrucks. 16/11108, 16). Allerdings hätte der Stpfl. dann keinerlei Kontrollmöglichkeit gehabt, so dass die Informationspflicht zu begrüßen ist.

**Korrektur fehlerhaft übermittelter Daten:** 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.). Dies ist seit VZ 2017 in § 93c Abs. 3 AO geregelt; bis VZ 2016 fand sich diese Vorschrift in Abs. 2a Satz 7. Unterbleibt eine Korrektur, droht dem Anbieter von Kranken- und Pflegeversicherungen (nicht aber dem Anbieter von Basisrentenversicherungen) die Haftung nach § 72a Abs. 4 AO (s. Anm. 325). Allerdings handelt es sich bei den Datenübermittlungen nicht um „Grundlagenbescheide“. Daher muss das FA vom tatsächlichen Sachverhalt ausgehen, wenn es (ggf. auf Hinweis des Stpfl.) erkennt, dass die übermittelten Daten fehlerhaft sind (BFH v. 1.6. 2016 – X R 17/15, BStBl. II 2016, 989 Rz. 32).

**Korrektur von Steuerbescheiden:** Bei unzutreffender Datenübermittlung gelten spezielle Korrekturvorschriften für den fehlerhaften EStBescheid. Hier hat sich die Rechtslage mehrfach geändert.

► *Rechtslage ab Veranlagungszeitraum 2017:* Gemäß § 175b Abs. 1 AO ist ein StBescheid aufzuheben oder zu ändern, soweit übermittelte Daten iSd. § 93c AO bei der StFestsetzung nicht oder nicht zutr. berücksichtigt wurden. Ähnlich wie § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO (Änderung bei Grundlagenbescheiden) ermöglicht diese Vorschrift eine Korrektur des EStBescheids so lange, wie die übermittelten Daten noch nicht zutr. in den EStBescheid eingegangen sind. Fehlt die erforderliche Einwilligung des Stpfl. in die Datenübermittlung, ist ein EStBescheid, in dem die Vorsorgeaufwendungen gleichwohl berücksichtigt worden sind, aufzuheben oder zu ändern (§ 175b Abs. 3 AO).

► *Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2016:* Gemäß Abs. 2a Satz 8 Nr. 1 aF war ein StBescheid zu ändern (die „Aufhebung“ des StBescheids war nicht ausdrücklich erwähnt), soweit Daten nach den Sätzen 4, 6 oder 7 vorlagen und sich hierdurch eine Änderung der festgesetzten Steuer ergab. Es kam nicht darauf an, ob die

Datenübermittlung dem zuletzt ergangenen EStBescheid nachfolgte oder ihm voranging (vgl. hierzu BTDrucks. 17/7524, 13). Damit ging diese Korrekturmöglichkeit (ebenso wie § 175b AO nF) deutlich über den Anwendungsbereich des – in systematischer Hinsicht ansonsten vergleichbaren – § 173 AO hinaus. Sie erfasste sowohl die Fälle der erstmaligen, fristgerechten und zutreffenden Datenübermittlung (Abs. 2a Satz 4) als auch die nachträgliche Datenübermittlung bei nachgereichter Einwilligung (Abs. 2a Satz 6) und die Korrektur fehlerhafter Daten bzw. die Stornierung unbefugt übermittelter Daten (Abs. 2a Satz 7 aF). Ferner war eine Korrektur des EStBescheids bei fehlender Einwilligung in die Datenübermittlung möglich (Abs. 2a Satz 8 Nr. 2 aF).

► *Rechtslage für den Veranlagungszeitraum 2010, wenn am 14.12.2011 bereits eine erstmalige Steuerfestsetzung ergangen war:* Seinerzeit galt Abs. 2a Satz 8 i dF des Bürger-EntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782). Danach „kann“ ein StBescheid geändert werden, soweit Daten nach den Sätzen 4, 6 oder 7 übermittelt wurden. Der Wortlaut sprach dafür, dass zunächst der (fehlerhafte) EStBescheid und erst danach die Datenübermittlung ergangen sein musste. Der BFH hat aber diese Fassung (entsprechend der erst später in Kraft getretenen Nachfolgeregelung) so ausgelegt, dass es auf die zeitliche Reihenfolge von ESt-Bescheid und Datenübermittlung nicht ankommen sollte (BFH v. 24.8.2016 – X R 34/14, BStBl. II 2017, 375 Rz. 14 ff.), weil im elektronischen Verfahren die Einzelfallprüfung, wer wann welche Daten kannte, vermieden werden soll (FÖRSTER, HFR 2017, 27). Das im Gesetzeswortlaut eingeräumte Ermessen war – wie auch bei anderen Korrekturvorschriften – dahingehend auszuüben, dass die Änderung in aller Regel vorzunehmen war, wenn die Voraussetzungen der Korrekturvorschrift vorlagen (intendiertes Ermessen); der BFH hat die Vorschrift von vornherein nicht als Ermessens-, sondern als Befugnisnorm angesehen (BFH v. 24.8.2016 – X R 34/14, BStBl. II 2017, 375 Rz. 34). Zur zeitlichen Anwendung dieser Fassung (Stichtag 14.12.2011) vgl. § 52 Abs. 24 Satz 5 i dF BeitrRLUMsG v. 7.12.2011 (BGBl. I 2011, 2592; BStBl. I 2011, 1171).

327–329 Einstweilen frei.

### F. Erläuterungen zu Abs. 3: Höchstbeträge für Altersvorsorgeaufwendungen

**Schrifttum** (zur Abziehbarkeit von Altersvorsorgeaufwendungen s. auch vor Anm. 50): SÖHN, Verfassungsrechtliche Bindungen bei der Beschränkung der Abzugsfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen durch Höchstbeträge, StuW 1990, 356; 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; MYSSEN/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; FÖRSTER, Begrenzte Abziehbarkeit der Altersvorsorgeaufwendungen: verfassungsgemäß trotz aller Bedenken, DStR 2010, 137; MANZ, Vorsorgeaufwendungen auf dem Prüfstand des BFH, NWB 2010, 492; PAUS, AltEinkG: Verletzung des steuer-

lichen Nettoprinzipts, EStB 2010, 74; STÜTZEL, Gleichheitswidrige und doppelte Besteuerung der Renten festgeschrieben?, Kritische Anmerkung zum BFH-Urteil vom 18.11.2009, X R 6/08, DStR 2010, 1545; LIESS, Abzug von Vorsorgeaufwendungen als Sonderausgaben, NWB 2011, 1978; SECKELMANN, Ist das Alterseinkünftegesetz mit dem Grundgesetz zu vereinbaren?, DStR 2013, 69; SCHUSTER, Aktuelle Rechtsprechung zur Besteuerung der Alterseinkünfte, BetrAV 2016, 475; SCHUSTER, Doppelte Besteuerung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, jM 2017, 119; WERNSMANN/NEUDENBERGER, Verfassungswidrige Doppelbesteuerung der Leistungen berufsständischer Versorgungseinrichtungen, FR 2017, 853.

## I. Einordnung des Abs. 3 und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

### 1. Systematische Einordnung

330

Abs. 3 begrenzt den Abzug der tatsächlich geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen auf bestimmte Höchstbeträge (die Höchstbeträge für sonstige Vorsorgeaufwendungen sind in Abs. 4 geregelt, s. 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. 337–347).

### 2. Historische Einordnung

331

Hier sind nur die wichtigsten Änderungsgesetze aufgeführt (weitere Details s. Anm. 3, 4).

**Vorläufer des EStG 1934:** Während das EStG 1920 v. 29.3.1920 (RGBl. I 1920, 359) Höchstbeträge nur für LV 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).

**EStG 1934 v. 16.10.1934** (RGBl. I 1934, 1005; RStBl. 1934, 1261): § 10 Abs. 2 enthielt 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 an den noch heute bestehenden Standort 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 zu-

sätzlicher Vorwegabzug von 500 DM (bei Ehegatten 1000 DM) eingeführt, der bei ArbN um den streifen ArbG-Anteil zum Rentenversicherungsbeitrag gekürzt wurde. In der Folgezeit gab es weitere Erhöhungen der Höchstbeträge

**EStReformG v. 5.8.1974** (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530): Abs. 3 wurde neu gefasst. Der allgemeine 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 allgemeinen 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.

**StReformG 1990 v. 25.7.1988** (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224): Es 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 iHv. 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.

**AltEinkG v. 5.7.2004** (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554): Abs. 3 erhielt 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. Mit dem AltvVerbG v. 24.6.2013 (BGBl. I 2013, 1667; BStBl. I 2013, 790) wurde die in Satz 4 enthaltene Übergangsregelung an den eingetretenen Zeitablauf angepasst. Das Zollkodex-AnpG v. 22.12.2014 (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58) brachte eine Erhöhung des Höchstbetrags (Koppelung an den Höchstbeitrag zur knappschaftlichen Rentenversicherung).

332–334 Einstweilen frei.

### 335 3. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung auf einen Höchstbetrag (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. Diese Frage ist – bereits ab dem Inkrafttreten der Regelung im VZ 2005 – für diejenigen Stpfl. von Bedeutung, die Altersvorsorgeaufwendungen oberhalb der Höchstbeträge leisten.

**Verfassungsmäßigkeit höchstrichterlich bejaht:** Der zuständige X. Senat des BFH hält die Begrenzung auf einen Höchstbetrag für verfassungsgemäß (BFH v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, unter B.I.2.c; BFH v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282, unter B.I.2.c; dazu FÖRSTER, DStR 2010, 137). Diese Entsch. sind vom BVerfG mit ausführlicher Begründung bestätigt worden (BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801 Rz. 50 ff.; BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, HFR 2016, 829 Rz. 64 ff.). Die Gerichte verweisen hierfür auf die Gesetzesmaterialien, in denen der Höchstbetrag – ohne nähere Erläuterungen – mit der „Verhinderung missbräuchlicher Gestaltungen“ begründet wird (BTDrucks. 15/2150, 22; ebenso WEBER-GRELLET, DStR 2004, 1721 [1725 f.]; STÜTZEL, DStR 2010, 1545). In der Literatur wird dies vereinzelt dahingehend erläutert, dass jüngere Stpfl. angesichts der Belastungsunterschiede erhebliche Beträge in Rentenversicherungsprodukte umschichten könnten (DORNKAMP, Nachgelagerte Besteuerung von Einkommen, Schriften zum Steuerrecht, Band 78, 283). Zudem ermögliche auch die in Abs. 3 vorgenommene Begrenzung noch den Abzug von Altersvorsorgeaufwendungen, die weit oberhalb des Höchstbeitrags zur gesetzlichen Rentenversicherung lägen.

Damit ist diese Frage für die Praxis geklärt. Sollte es allerdings wegen der infolge des Höchstbetrags begrenzten Abzugsmöglichkeit später zu einer doppelten Besteuerung (einerseits eines Teils der Altersvorsorgeaufwendungen, andererseits eines im Verhältnis dazu zu hohen Teils der Altersbezüge) kommen, wäre dies verfassungsrechtl. zu beanstanden (s. Anm. 340 ff.).

Einstweilen frei.

336

#### 4. Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelung: Begrenzung des Abzugs auf anfänglich 60 % (Abs. 3 Sätze 4, 6)

##### a) Problematik der Übergangsregelung

337

Während einer außergewöhnlich langen Übergangszeit wird der im VZ 2005 eingeleitete Systemwechsel von der vorgelagerten zur nachgelagerten Besteuerung von Altersbezügen nur unvollständig vollzogen; stattdessen ist ein Nebeneinander von alten und neuen Besteuerungsregeln anzuwenden. 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.

**Fehlende Abstimmung der gesetzlichen Übergangsregelungen:** Es springt allerdings geradezu ins Auge, dass die beiden Übergangsregelungen in § 10 Abs. 3 einerseits und in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa andererseits nicht aufeinander abgestimmt sind. Ungereimte Erg. 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 %; bis zum VZ 2018 allmählich auf 86 % steigend), 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. 340). Jedoch sind auch bei den – gegenwärtig noch das Gros

der Stpfl. darstellenden – rentennäheren Jahrgängen Zweifachbesteuerungen denkbar. Rechnerisch ausgeschlossen sind Zweifachbesteuerungen lediglich bei ArbN, die vor dem VZ 2015 in den Rentenbezug eingetreten sind (s. Anm. 345). 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 umso 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. 345, 346). 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 (s. Anm. 341–344).

**Stand der verfassungsrechtlichen Diskussion:** Nachdem das Inkrafttreten des AltEinkG mittlerweile gut 13 Jahre zurück liegt, sind einige verfassungsrechtl. Fragen bereits entschieden (s. Anm. 338). So ist geklärt, dass der einzelne Stpfl. nicht schon gegen die Versagung des vollen Abzugs seiner Altersvorsorgeaufwendungen, sondern erst gegen die zu hohe Besteuerung seiner späteren Altersbezüge Rechtsschutz erhalten kann. Auch hat das BVerfG in Bezug auf einige Einzelfragen der gesetzlichen Übergangsregelungen bereits ausgesprochen, dass diese verfassungsrechtl. nicht zu beanstanden seien. Die Diskussion konzentriert sich gegenwärtig daher auf die Frage, in welchen Fällen eine doppelte Besteuerung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen anzunehmen ist. Dass eine solche doppelte Besteuerung verfassungsrechtl. unzulässig ist, dürfte mittlerweile als geklärt anzusehen sein (s. Anm. 340). Hinsichtlich der rechnerischen Ermittlung des Umfangs einer doppelten Besteuerung sind jedoch noch zahlreiche Einzelfragen offen (s. Anm. 341 ff.), die demnächst den BFH und letztlich auch das BVerfG beschäftigen werden.

### 338 b) Bereits entschiedene Fragen

Die nachfolgend aufgeführten Problembereiche der gesetzlichen Übergangsregelungen sind bereits sowohl durch den BFH als auch durch das BVerfG geklärt, so dass sich die Diskussion in diesen Bereichen für die Praxis erledigt hat:

**Rechtsschutz erst mit Beginn des späteren Zuflusses von Altersbezügen, nicht schon gegen die Versagung des Abzugs von Altersvorsorgeaufwendungen:** Sowohl der BFH als auch das BVerfG vertreten in mittlerweile stRspr. die Auffassung, dass ein eventueller Verstoß gegen das Verbot einer doppelten Besteuerung nicht bereits durch den StBescheid verwirklicht wird, mit dem der volle Abzug der Altersvorsorgeaufwendungen versagt wird, sondern erst durch den (zukünftigen) Bescheid, mit dem die späteren Altersbezüge stl. in zu hohem Umfang erfasst werden (BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420, unter II.7; BFH v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, unter B.I.3.e bb; BFH v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282, unter B.I.3.e bb; BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169, unter B.I.2.b; BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801 Rz. 55 ff.; BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, HFR 2016, 829 Rz. 61, 82 ff.; zust. WERNSMANN, DStR 2008, Beihefter zu Heft 17, 37 [47]). Diese Frage ist daher für die Praxis als geklärt anzusehen; Rechtsbehelfe gegen die in § 10 Abs. 3 angeordnete Einschränkung des SA-Abzugs von Altersvorsorgeaufwendungen können keinen Erfolg haben. Damit steht zugleich fest, dass die weitere Diskussion systematisch nicht bei § 10, sondern bei § 22 Nr. 1 Satz 3 zu verorten ist. Umgekehrt ist allerdings ebenso geklärt, dass die doppelte Besteuerung bereits zu Beginn des Rentenbe-



zugs gerügt werden kann, der Stpfl. also nicht abwarten muss, bis die Summe der Rentenzahlungen die stfrei gestellten Altersvorsorgeaufwendungen übersteigt (BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 34, mwN).

**Anwendung desselben Besteuerungsanteils bei ehemaligen Arbeitnehmern und ehemaligen Selbständigen trotz in der Vergangenheit unterschiedlicher Abzugsmöglichkeiten zulässig:** Der in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa vorgesehene Besteuerungsanteil von anfänglich 50 % (bei Renteneintritt im Jahr 2018: 76 %) ist unabhängig davon, in welchem Umfang die früheren Altersvorsorgeaufwendungen stfrei gestellt waren. Hier drängte sich das Problem auf, dass frühere ArbN aufgrund des stfreien hälftigen ArbG-Anteils am Sozialversicherungsbeitrag einen geringeren Anteil ihrer gesamten Altersvorsorgeaufwendungen aus versteuertem Einkommen aufgebracht haben als frühere Selbständige, denen zwar der ungekürzte Vorwegabzug, aber kein stfreier ArbG-Anteil zustand. Gleichwohl haben sowohl der BFH als auch das BVerfG die gesetzliche Gleichbehandlung dieser beiden Gruppen nicht beanstandet und dem Gesetzgeber hier eine weite Typisierungsbefugnis zugestanden (mit ausführl. Begründung BFH v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, unter II.2.b aa, Verfassungsbeschwerde 2 BvR 201/09 nicht zur Entsch. angenommen; BFH v. 19.1.2010 – X R 53/08, BStBl. II 2011, 567, Verfassungsbeschwerde 2 BvR 844/10 nicht zur Entsch. angenommen; BFH v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733 Rz. 46; BVerfG v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310 Rz. 26 ff.; BVerfG v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78 Rz. 39; ebenso bereits BTDrucks. 15/2150, 41, SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION, BMF-Schriftenreihe Band 74, 57).

Dies ist uE zutr. 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 LV vorgesorgt haben werden, die nur noch einer sehr geringen Ertragsanteilsbesteuerung unterliegen. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum AltEinkG 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 (Öffnungsklausel des § 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. FinAussch. 15/47, 33), als vertretbar. Allerdings bleibt eine doppelte Besteuerung im konkreten Einzelfall zu prüfen; diese tritt bei ehemaligen Selbständigen rechnerisch idR früher ein als bei ehemaligen ArbN.

**Differenzierung zwischen Renten aus der Basisversorgung und Renten aus privaten Rentenversicherungen zulässig:** Ein Teil des Schrifttums (RULAND, StB 2003, 42 [48]; RISTHAUS, DB 2004, 1383 [1386]; KRATZSCH, StB 2004, 406 [411]) sieht in dem unterschiedlichen EStZugriff auf Renten aus der Basisversorgung einerseits (StPflicht in Höhe des Besteuerungsanteils, der mindestens 50 % beträgt und für jeden neuen Rentnerjahrgang ansteigt) und Zahlungen aus privaten Renten- oder Kapitalversicherungen andererseits (bei laufenden Renten Besteuerung nur mit dem geringen Ertragsanteil, für Kapitalauszahlungen aufgrund von vor 2005 abgeschlossenen Versicherungen vollständige StBefreiung gem. § 52 Abs. 28 Satz 5 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 6 aF) eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung, die einer Besteuerung der Renten aus der Basisversorgung entgegenstehe. Dem ist die Rspr. zu Recht nicht gefolgt (ausführl. BFH v. 4.2.

2010 – X R 52/08, BFH/NV 2010, 1253 Rz. 35 ff.; BVerfG v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78 Rz. 44 ff.; BVerfG v. 30.9.2015 – 2 BvR 1961/10, HFR 2016, 77 Rz. 37 ff.). Allerdings hat die fortbestehende Privilegierung privater Renten- und Kapitalversicherungen Auswirkungen auf die Frage, ob die entsprechenden Beiträge im Rahmen der rückblickenden Zuordnung der früheren Vorsorgeaufwendungen zum steuerbelasteten oder -entlasteten Teil gleichrangig mit den Basis-Altersvorsorgeaufwendungen abziehbar sind. Hier besteht uE ein Nachrang der Beiträge zu privaten Renten- und Kapitalversicherungen, um eine doppelte Begünstigung dieser Vorsorgeform zu vermeiden (s. Anm. 342).

Auch die unterschiedliche Behandlung von Renten der Basisversorgung einerseits und Renten aus Pensionskassen (insbes. den Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes) andererseits ist verfassungsrechtl. nicht zu beanstanden (BFH v. 19.1.2010 – X R 53/08, BStBl. II 2011, 567 Rz. 36; BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 49, mwN).

339 Einstweilen frei.

### c) Doppelte Besteuerung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen

#### 340 aa) 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 Steuerpflichtigen und der Notwendigkeiten einfacher, praktikabler und gesamtwirtschaftlich tragfähiger Lösungen ein weiter gesetzgeberischer Entscheidungsraum eröffnet.“

**Doppelte Besteuerung als Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip:** 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 (aA WERNSMANN/NEUDENBERGER in KSM, § 22 Rz. B 211 [5/2017]: wenn Altersvorsorgeaufwendungen keine WK sind, kann das objektive Nettoprinzip nicht berührt sein; Maßstab sei nur das Gebot der Folgerichtigkeit), 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. 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 mitt-

leren 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 doppelten Besteuerung, die vom Einzelnen angesichts der gesetzlichen Pflicht zur Leistung laufender Rentenversicherungsbeiträge nicht vermieden werden kann, erscheint evident (ebenso HEIDRICH, FR 2004, 1321 [1324]; HEY, Prot. FinAussch. 15/47, 27).

► *Zweifachbesteuerungen bei Renteneintritt in einem früheren Stadium der Übergangszeit* sind verfassungsrechtl. ebenfalls unzulässig. 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. 341–344) liegen.

► *Handlungsalternativen waren gegeben*: 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 BRALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 465 [485 f.] und die Anm. 343 der Voraufgabe dieser Kommentierung – Stand 11/2013 – im elektronischen HHR-Online-Archiv, [www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm)). Damit kommt eine Milderung des verfassungsrechtl. Prüfungsmaßstabs unter dem Gesichtspunkt alternativlosen Handelns nicht in Betracht.

**Verstoß gegen das Gebot der Folgerichtigkeit**: Darüber hinaus stellt eine doppelte Besteuerung auch einen Verstoß gegen das Gebot folgerichtiger Ausgestaltung stl. Tatbestände dar. Danach muss der Gesetzgeber die Maßstäbe, die er selbst im StRecht 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; BVerfG v. 11.1.2005 – 2 BvR 167/02, BVerfGE 112, 164, unter B.I.3.c). 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 – Keimnalbesteuerungen geeignet.

So wird ein Stpfl., der im Jahr 2006 in den Rentenbezug eingetreten ist und 52 % der Rentenzahlungen zu versteuern hat, bereits durch den für das Jahr 2005 vorgesehenen SA-Abzug von 60 % der Beiträge übermäßig begünstigt; es kommt zu Besteuerungs-lücken (zu den damit eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten durch Leistung von Einmalbeiträgen zu einer sofort beginnenden sog. Rürup-Rente s. Anm. 60). 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.

So weit 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 (ausführl. s. Anm. 60).

**Verfassungsverstoß liegt im Fehlen einer gesetzlichen Härteklauseel**: Nach jetzigem Erkenntnisstand aufgrund der bereits vorliegenden Rspr. des BFH und des BVerfG ergibt sich die Situation, dass sowohl der Übergang zur nachgelager-

ten Besteuerung als solcher als auch die grundsätzliche Ausgestaltung der in § 10 Abs. 3 und § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa enthaltenen Übergangsregelungen verfassungsrechtl. zulässig ist (vgl. BVerfG v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310; BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801 Rz. 69 ff.; BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, HFR 2016, 829 Rz. 77). Ungleichbehandlungen sind im Interesse der Administrierbarkeit grds. solange hinzunehmen, als keine der Vergleichsgruppen einer unzulässigen doppelten Besteuerung unterworfen wird, sich also die regelungsimmanenten Ungleichbehandlungen vollständig im Bereich einer – wenn auch in sehr unterschiedlichem Ausmaß gewährten – Minderung des theoretisch durchaus auch in größerem Umfang möglichen Steuerzugriffs bewegen (BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 24). Kommt es jedoch in bestimmten Härtefällen – die gegenwärtig noch selten sind, bei den aktuell in den Rentenbezug eintretenden Jahrgängen aufgrund des zunehmenden Besteuerungsanteils aber häufiger werden – zu einer doppelten Besteuerung, steht dem Stpfl. ein verfassungsrechtl. Anspruch auf Milderung des Steuerzugriffs in der Rentenbezugsphase zu (vgl. auch hierzu BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 24). In verfassungsrechtl. Hinsicht ist dem Gesetzgeber daher das Fehlen einer solchen, allgemein geltenden Härteklauseel vorzuzulassen. Abhilfe kann weder durch eine verfassungskonforme Auslegung noch durch Billigkeitsmaßnahmen im Einzelfall geschaffen werden (zu den Grenzen von Billigkeitsmaßnahmen bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes s. BFH v. 14.10.2015 – I R 20/15, BFHE 252, 44 Rz. 61, mwN). Spätestens wenn ganze Rentnerkohorten in die doppelte Besteuerung hineinwachsen, wird daher eine gesetzliche Neuregelung erforderlich sein.

**Strikte Prüfung des Vorliegens einer doppelten Besteuerung:** Die SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION (BMF-Schriftenreihe Band 74, 58) bezieht den vom BVerfG für die Neugestaltung des Systems der Altersbesteuerung zugestandenen weiten Gestaltungsspielraum und die – an anderer Stelle der Entsch. enthaltene (BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 [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). Daraus folgt, dass an die Eignung der gesetzlichen Übergangskonzeption zur Vermeidung von Zweifachbesteuerungen ein strenger Maßstab anzulegen ist. Dies entspricht auch den in stRspr. vom BFH gewählten Formulierungen (BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420, unter II.7.b bb: „zwingendes Gebot des BVerfG“; BFH v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733 Rz. 51: „nicht zu überschreitende Regelungsgrenze“; ausführl. BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 20 ff., mwN; großzügiger hingegen MUSIL, StuW 2005, 278 [283]; LÜSCH in LBP, § 22 Rz. 127 [2/2013]; wohl auch WERNSMANN/NEUDENBERGER in KSM, § 22 Rz. B 212 [5/2017]: kein absolutes Verbot der doppelten Besteuerung). Diese sind allerdings bisher nicht entscheidungserheblich geworden, weil über einen Fall mit einer rechnerisch nachgewiesenen doppelten Besteuerung noch nicht zu befinden war. Das BVerfG hat auch in seinen neueren Entsch. an der Formulierung „in jedem Fall“ ausdrücklich festgehalten (BVerfG v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310 Rz. 49; BVerfG v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78 Rz. 58; BVerfG v. 30.9.2015 – 2 BvR 1961/10, HFR

2016, 77 Rz. 41; BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801 Rz. 67; BVerfG v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, HFR 2016, 829 Rz. 75) und spricht sogar von einem „strikten Verbot der doppelten Besteuerung“ (BVerfG v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310 Rz. 46). Entsprechend verlangt der BFH in jedem einschlägigen Verfahren konkrete, einzelfallbezogene Tatsachenfeststellungen zur Frage einer doppelten Besteuerung und verweist bei deren Fehlen die Sache an das FG zurück (zB BFH v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733 Rz. 57; grundlegend BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545).

### bb) Begriff der doppelten Besteuerung

341

Auf der abstrakten Ebene ist mittlerweile geklärt, dass eine doppelte Besteuerung vermieden wird, wenn die Summe der steuerunbelastet bleibenden Teile der voraussichtlichen künftigen Rentenbezüge des jeweiligen Stpfl. die Summe der aus versteuertem Einkommen geleisteten entsprechenden Altersvorsorgeaufwendungen übersteigt (BFH v. 19.1.2010 – X R 53/08, BStBl. II 2011, 567 Rz. 69; BFH v. 27.5.2015 – X B 168/14, BFH/NV 2015, 1369 Rz. 11; ebenso bereits die Sachverständigenkommission, vgl. RÜRUP, Prot. FinAussch. 15/47, 399). Zahlreiche noch ungelöste Detailprobleme stellen sich allerdings hinsichtlich der rechnerischen Ermittlung der steuerunbelasteten Rentenbeträge und der versteuerten Altersvorsorgeaufwendungen (s. ausführl. Anm. 342 f.).

**Nominalwertprinzip:** Geklärt ist ebenfalls, dass sowohl die historischen Beitragszahlungen als auch die künftig zu erwartenden Rentenbezüge mit ihren Nominalwerten anzusetzen sind (BFH v. 19.1.2010 – X R 53/08, BStBl. II 2011, 567 Rz. 70 ff.; BFH v. 4.2.2010 – X R 58/08, BStBl. II 2011, 579 Rz. 63 ff.; ferner BFH v. 5.6.2014 – X B 102/13, BFH/NV 2014, 1367 Rz. 14; BFH v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733 Rz. 53; BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 48; BVerfG v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310 Rz. 51; BVerfG v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78 Rz. 60).

Dieses Erg. ist bei Heranziehung der Systematik des EStG, das der Besteuerung stets Nominalwerte ohne Ausgleich von Veränderungen des Geldwerts oder der Kaufkraft zugrunde legt, folgerichtig. Es führt allerdings angesichts der extremen Langfristigkeit der vorzunehmenden Betrachtung (zwischen der ersten Zahlung eines Rentenbeitrags mit 18 Jahren und dem voraussichtlichen Ende des Rentenbezugs, der bei einer Frau, die im Zeitpunkt des Renteneintritts bereits das 67. Lebensjahr erreicht hat, statistisch bei 88 Jahren liegen kann, können 70 Jahre vergehen) zu einer deutlichen Verschlechterung der rechnerischen Ausgangslage der Stpfl.: Auf der Beitragsseite werden die aus versteuertem Einkommen geleisteten Aufwendungen lediglich mit ihren historischen Nominalwerten angesetzt, die bei einem großen zeitlichen Abstand zwischen dem Betrachtungsjahr (Zeitpunkt des erstmaligen Rentenbezugs) und dem Jahr der jeweiligen früheren Beitragsleistung sehr gering sind. Mit diesen geringen Nominalwerten werden dann die stfreien Rentenbezüge verglichen, für die die aktuellen (also im Vergleich zu den Vergangenheitswerten hohen) Nominalwerte gelten. Ebenso wird der stfreie Rententeilbetrag – der auch bei künftigen Rentenerhöhungen nominal unverändert bleibt (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa Satz 5) – auch für die fernere Zukunft mit seinem Nominalwert angesetzt, obwohl dieser voraussichtlich in 20 Jahren real eine spürbare Entwertung erfahren haben wird. Aufgrund dieser ganz erheblichen Auswirkungen, die die Anwendung des Nominalwertprinzips hier zu Lasten der Stpfl. hat, wird sich in der Praxis nur in Extremfällen eine rechnerische doppelte Besteuerung ergeben können.

**Bagatellgrenze?** Häufig wird im ESt-Recht eine Bagatellgrenze von zB 10 % der stl. Auswirkungen herangezogen. Dies wäre hier uE jedoch nicht gerechtfertigt (aA SCHUSTER, jM 2017, 119 [122]: eine Bagatellgrenze unterhalb von 10 %

müsste akzeptiert werden; offengelassen von BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 46). Zum einen gelangen bereits aufgrund der Anwendung des Nominalwertprinzips Bagatellfälle nicht einmal in die Nähe einer rechnerischen doppelten Besteuerung. Würde man im Rahmen des Vergleichs zwischen unbesteuerten Altersbezügen und versteuerten Altersvorsorgeaufwendungen gleichwohl noch eine weitere Bagatellgrenze anwenden, die überschritten sein müsste, um von einer verfassungsrechtl. erheblichen doppelten Besteuerung sprechen zu können, käme dies einer mehrstufigen Bagatellschwelle gleich. Erst recht wäre eine (weitere) Bagatellgrenze nicht zu rechtfertigen, wenn die Rspr. (womit uE zu rechnen ist, s. Anm. 342) die Beiträge zu allen dem Grunde nach abzählbaren Vorsorgeaufwendungen, bei denen es sich nicht um Sozialversicherungsbeiträge und gleichgestellte Aufwendungen handelt, aus Vereinfachungsgründen nicht in die Betrachtung einbeziehen sollte. Zum anderen fordert das BVerfG die „strikte“ Einhaltung des Verbots der doppelten Besteuerung. Auch damit wäre die Annahme einer (zusätzlich zum Nominalwertprinzip zu Lasten des Stpfl. wirkenden) Bagatellgrenze unvereinbar.

#### 342 cc) **Rechnerische Grundannahmen für die Ermittlung des aus versteuertem Einkommen geleisteten Teils der früheren Altersvorsorgeaufwendungen**

Wegen der erheblichen Auswirkungen der rechnerischen 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, StW 2005, 278 [282]).

**Steuerfreie Beitragsleistungen:** Beitragsleistungen, die stfrei waren, sind nicht aus versteuertem Einkommen gezahlt worden. Diese Annahme ist – soweit ersichtlich – unbestritten. In der Praxis wirkt sich dies vor allem dadurch aus, dass bei ArbN der hälftige ArbG-Anteil am Rentenversicherungsbeitrag, der durch § 3 Nr. 62 stfrei gestellt wird, nicht in die Betrachtung einzubeziehen ist (BFH v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733 Rz. 55). Dieselbe Rechtsfolge gilt aber auch für stfreie Zuschüsse des Bundes zum Beitrag zur Alterssicherung der Landwirte (§ 3 Nr. 17) sowie für Zuschüsse zur Künstlersozialkasse (§ 3 Nr. 57).

**Sonderausgabenabzug für Altersvorsorgeaufwendungen:** Hier ist im Ausgangspunkt geklärt, dass Beiträge, für die in der Vergangenheit tatsächlich ein SA-Abzug gewährt worden ist, nicht aus versteuertem Einkommen geleistet wurden. Im Umkehrschluss sind Beiträge, die sich – wegen der Begrenzung durch die gesetzlichen Höchstbeträge – nicht als SA ausgewirkt haben, aus versteuertem Einkommen geleistet worden. Für VZ ab 2005 ist dieser Teilbetrag leicht zu ermitteln, da seitdem Altersvorsorgeaufwendungen estl. getrennt von sonstigen Vorsorgeaufwendungen behandelt werden und im EStBescheid gesondert ausgewiesen sind; diese Beträge sind maßgeblich (BFH v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733 Rz. 55). Demgegenüber ist für VZ bis 2004 noch nicht abschließend geklärt, in welcher Weise der Anteil der Altersvorsorgeaufwendungen an dem (damals einheitlich für sämtliche Vorsorgeaufwendungen geltenden, aber der Höhe nach begrenzten) SA-Abzug zu ermitteln ist.

► *Gleichrangiger Abzug der Beiträge zur den verschiedenen Sparten der gesetzlichen Sozialversicherung:* Mittlerweile ist entschieden, dass diese Beiträge (Arbeitslosenversicherung, gesetzliche Krankenversicherung, ab 1995 auch gesetzliche Pflegeversicherung) im Rahmen der für die verfassungsrechtl. Prüfung erforderlichen

rückblickenden und typisierenden Betrachtung gleichrangig mit den Altersvorsorgeaufwendungen für die Basisversorgung in die Ermittlung des tatsächlich als SA abziehbaren Betrags eingehen (BFH v. 19.1.2010 – X R 53/08, BStBl. II 2011, 567 Rz. 37; BFH v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733 Rz. 55; BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 51; SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION, BMF-Schriftenreihe Band 74, 52; ebenso bereits für das Parallelproblem der Ermittlung des tatsächlich als SA abziehbaren Teils der Krankenversicherungsbeiträge im Rahmen der entsprechenden verfassungsrechtl. Prüfung 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). Dies gilt uE auch für Beiträge zu privaten Kranken- oder Pflegeversicherungen, soweit sie der Erlangung eines mit dem Niveau der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung vergleichbaren Schutzes dienen. Soweit im Rahmen der Anhörungen zum AltEinkG vertreten wurde, die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung seien nur nachrangig zu allen anderen Sozialversicherungsbeiträgen abziehbar (VERBAND DEUTSCHER RENTENVERSICHERUNGSTRÄGER, Prot. FinAussch. 15/47, 460; BRALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 465 [481]), ist dies abzulehnen, weil hierfür kein Grund ersichtlich ist. Umgekehrt lässt sich aber auch für einen vorrangigen Abzug der Rentenversicherungsbeiträge kein verfassungsrechtl. tragfähiger Grund finden.

► *Einbeziehung der Beiträge zu privaten Rentenversicherungen und kapitalbildenden Lebensversicherungen?* Vor allem bei Stpfl., die ihre Altersvorsorge nicht nur über die Basisvorsorge (gesetzliche Rentenversicherung, berufsständische Versorgungswerke), sondern auch über private Rentenversicherungen und kapitalbildende LV sichergestellt haben, ist das Erg. der Berechnung in erheblichem Maße davon abhängig, in welchem Umfang diese Beiträge zur privaten kapitalbildenden Altersvorsorge rückblickend in den tatsächlichen SA-Abzug eingegangen sind. Eine gleichrangige Betrachtung mit den Aufwendungen für die Basis-Altersversorgung würde dazu führen, dass für jene ein geringeres SA-Abzugsvolumen übrig bliebe, also ein höherer Anteil aus versteuertem Einkommen geleistet wäre, so dass die Schwelle der verfassungsrechtl. unzulässigen doppelten Besteuerung früher überschritten wäre. Dies würde dann ausgerechnet jene Stpfl. begünstigen, die weiterhin in erheblichem Maße von der – verfassungsrechtl. noch hinzunehmenden (s. Anm. 338) – estl. Begünstigung der Auszahlungen aus derartigen Rentenversicherungsverträgen (StFreiheit von Kapitalzahlungen; Besteuerung laufender Zahlungen nur mit dem niedrigen Ertragsanteil des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb) profitieren. Daher ist zur Vermeidung einer auf diese Vorsorgeform beschränkten, nicht gerechtfertigten doppelten Begünstigung (nämlich einerseits durch StFreistellung der früheren Beiträge und andererseits durch weitgehende StFreistellung der Auszahlungen) im Rahmen der rückblickenden Aufteilung des SA-Abzugs ein Nachrang der Beiträge zu dieser Vorsorgeform anzunehmen (BFH v. 23.8.2017 – X R 33/15, Rz. 29 ff., juris; aA WERNSMANN/NEUDENBERGER in KSM, § 22 Rz. B 217 [5/2017]). Auch das BVerfG hat bereits formuliert, private Leibrentenversicherungen seien in der Vergangenheit bei anderweitiger Ausschöpfung der SA-Höchstbeträge durch Pflichtbeiträge stl. nicht berücksichtigt worden (BVerfG v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78 Rz. 46); dies stützt die hier vertretene Auffassung des Nachrangs derartiger kapitalbildender Beiträge.

► *Einbeziehung sonstiger abziehbarer Vorsorgeaufwendungen?* Als Vorsorgeaufwendungen waren stets auch Beiträge zu Unfall-, Haftpflicht-, Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen sowie zu reinen Risiko-LV begünstigt. Steuersystema-

tisch spricht viel dafür, auch diese Beiträge gleichrangig mit den Altersvorsorgeaufwendungen in die Vergleichsrechnung einzustellen. Ansonsten würde der gesetzlich vorgesehene SA-Abzug für diese Versicherungsarten nachträglich rückgängig gemacht (ausdrücklich offen gelassen in BFH v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, unter II.2.c cc; gegen eine Einbeziehung jedoch die SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION, BMF-Schriftenreihe Band 74, 52; FÖRSTER, DSStR 2009, 141 [145]; SCHUSTER, jM 2017, 119 [121]). Allerdings werden die Gerichte, die sich künftig mit der rechnerischen Ermittlung des aus versteuertem Einkommen geleisteten Anteils der Altersvorsorgeaufwendungen zu befassen haben, auch die Praktikabilität derartiger Berechnungen im Massenverfahren im Auge behalten müssen: Eine Berechnung, die sich lediglich auf die Sozialversicherungsbeiträge beschränken könnte, wäre deutlich einfacher vorzunehmen als eine Berechnung, in die eine Vielzahl von Einzelbeiträgen zu weiteren Versicherungssparten einzubeziehen wäre. Hinzu kommen Ermittlungsschwierigkeiten: Während sich die Sozialversicherungsbeiträge auch für weit zurückliegende VZ, für die keine Steuerunterlagen mehr vorhanden sind, idR leicht feststellen lassen, werden zu den sonstigen Vorsorgeaufwendungen zumeist keine Daten mehr vorliegen. Dies spricht dafür, dass die Gerichte die sonstigen Vorsorgeaufwendungen – entgegen der estl. Systematik – aus Vereinfachungsgründen außer Acht lassen werden, wobei sich dies zu Lasten der Stpfl. auswirken würde. Der verfassungsrechtl. Typisierungsspielraum wäre hier wohl noch nicht überschritten, da die sonstigen Vorsorgeaufwendungen im Vergleich zu den Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung betragsmäßig idR gering sind und zudem keine verfassungsrechtl. Pflicht zu deren estl. Berücksichtigung bestand und besteht.

**Kürzung des Vorwegabzugs bei Eheleuten nach der bis Veranlagungszeitraum 2004 geltenden Rechtslage:** Bis VZ 2004 stand Eheleuten ein gemeinsamer Vorwegabzug zu, der allerdings bei einer Beteiligung Dritter an den Vorsorgeaufwendungen (insbes. bei ArbN) zu kürzen war. Wenn genau ein Ehegatte ArbN war, kam es zu einer „überspringenden“ Kürzung des (gemeinsamen) Vorwegabzugs, auch wenn dem Nicht-ArbN-Ehegatten bei einer Einzelveranlagung ein höherer verbleibender Vorwegabzug zugestanden hätte (s. Anm. 363). Aus Praktikabilitätsgründen sollte uE jedem Ehegatten die Hälfte der gemeinsamen Höchstbeträge und des gemeinsamen Vorwegabzugs zugerechnet werden (glA SCHUSTER, jM 2017, 119 [121]; WERNSMANN/NEUDENBERGER in KSM, § 22 Rz. B 218 [5/2017]).

**Steuerfestsetzung auf 0 €:** Der BFH hat die Frage aufgeworfen (allerdings nicht beantwortet), ob in einem VZ, in dem die ESt auf 0 € festgesetzt worden ist, überhaupt davon die Rede sein kann, ein Teil der Altersvorsorgeaufwendungen sei aus versteuertem Einkommen geleistet worden (BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 45), oder ob für diesen VZ nicht vielmehr sämtliche Altersvorsorgeaufwendungen als unbesteuert gelten müssen. Eine auf die konkrete StFestsetzung abstellende Betrachtung wäre uE zwar exakter. Da aber aus Praktikabilitätsgründen an anderen Stellen der rechnerischen Ermittlung einer doppelten Besteuerung bereits viele Vereinfachungen vorzunehmen sind, erscheint es vertretbar, hier – insoweit zugunsten des Stpfl. – bei einer abstrakten Betrachtung des als SA abzugsfähigen Betrags zu bleiben, nicht aber auf die konkrete estl. Auswirkung abzustellen (glA WERNSMANN/NEUDENBERGER in KSM, § 22 Rz. B 227 [5/2017]).

**Nachweisfragen:** Der Stpfl. trägt die Feststellungslast für das Vorliegen einer etwaigen verfassungswidrigen doppelten Besteuerung, weil er aus einem solchen



Tatbestand ihm günstige Rechtsfolgen (Milderung der Besteuerung seiner Altersbezüge) ableiten will (ausführl., auch zum Folgenden, BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 52 ff.; vgl. auch KULOSA, HFR 2016, 1084). Er muss daher im Besteuerungsverfahren ggf. Unterlagen zu seiner Erwerbsbiographie und zum Rentenversicherungsverlauf vorlegen, um den aus versteuertem Einkommen geleisteten Teil der Altersvorsorgeaufwendungen nachzuweisen. Auch trägt er die Feststellungslast für die frühere estl. Behandlung der Altersvorsorgeaufwendungen. Dabei ist die lückenlose Vorlage der früheren EStBescheide aber nicht zwingend. Die Höhe der Beitragszahlungen zur Rentenversicherung lässt sich vielmehr auch den Rentenversicherungsverläufen entnehmen, die jedem Versicherten vorliegen. Aus diesen Beitragszahlungen kann die Höhe des Gehalts (bzw. der beitragspflichtigen Einnahmen) abgeleitet werden; daraus ergibt sich – da die Beitragssätze zu den einzelnen Sparten der gesetzlichen Sozialversicherung jeweils bekannt sind – zugleich der Gesamtbeitrag zur Sozialversicherung. Gegebenenfalls kommt auch eine Schätzung nach sachgerechten Maßstäben in Betracht.

Einstweilen frei.

343

**dd) Rechnerische Grundannahmen für die Ermittlung der steuerunbelasteten zufließenden Teile der späteren Altersbezüge**

344

Anders als auf der Beitragsseite stellen sich auf der Rentenbezugsseite keine Ermittlungsschwierigkeiten, da die Betrachtung hier ohnehin zukunftsbezogen ist und daher weitestgehend mit Schätzungen gearbeitet werden kann und muss. Allerdings sind in weitaus größerem Umfang als auf der Rentenbezugsseite Rechtsfragen zu klären bzw. Wertungen vorzunehmen, welche estl. Entlastungsbeträge zu einem stfreien Rentenbezug führen.

**Nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa Sätze 4–8 steuerfreier Teil der Rente:** Soweit ersichtlich ist unstrittig, dass in Höhe dieses „Rentenfreibetrags“, der gerade der Vermeidung einer doppelten Besteuerung dient, ein steuerunbelasteter Rentenbezug anzunehmen ist (BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 39). Maßgeblich ist die Summe aller Rentenfreibeträge, die dem Stpfl. während der Zeit seines voraussichtlichen Rentenbezugs zustehen werden. Die Dauer des voraussichtlichen Rentenbezugs orientiert sich infolge der zulässigen und gebotenen Typisierung an der weiteren mittleren statistischen Lebenserwartung, die für den Stpfl. in der im Zeitpunkt seines Renteneintritts letztverfügbaren Sterbetafel ausgewiesen ist (BFH v. 4.12.2012 – X B 152/11, BFH/NV 2013, 375 Rz. 13; BFH v. 27.5.2015 – X B 168/14, BFH/NV 2015, 1369 Rz. 26). Es kommt nicht darauf an, ob der konkrete Stpfl. bereits vor Erreichen der statistischen Lebenserwartung verstorben ist (BFH v. 18.8.2010 – X B 50/09, BFH/NV 2010, 2270 Rz. 15; BFH v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733 Rz. 56).

**Grundfreibetrag:** Ob dieser in die Ermittlung des Umfangs der stfreien Rentenbezüge einbezogen werden darf, ist sehr umstritten (dafür die BReg. im Gesetzgebungsverfahren zum AltEinkG, vgl. BTDrucks. 15/2150, 24). Er hat uE bei der Berechnung außer Betracht zu bleiben (glA SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION, BMF-Schriftenreihe Band 74, 51; BRALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 673 [680]; HEY, DRV 2004, 1 [8 f.]; INTEMANN/CÖSTER, DStR 2005, 1921 [1925]; WERNSMANN/NEUDENBERGER in KSM, § 22 Rz. B 222 [5/2017]; wohl auch FÖRSTER, DStR 2009, 141 [146]; aA LÜSCH in LBP, § 22 Rz. 142, 148 [2/2013]; SCHUSTER, BetrAV 2016, 475 [477]).

Der Grundfreibetrag gilt für alle Stpfl. und nicht nur für Bezieher von Renteneinkünften (so auch eine in der Minderheit gebliebene Auffassung im FinAussch., 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. Verschönerung des allgemeinen Existenzminimums (ausführl. VDR, Prot. FinAussch.15/47, 455 ff.; FLORE, AnwBl. 2004, 343 [344]; MUSIL, StuW 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 Entsch. über die Höhe des Abzugs von Krankenversicherungsbeiträgen hat das BVerfG vielmehr 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); auch dies spricht klar für die hier vertretene Auffassung.

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.

**Sonderausgaben-Pauschbetrag:** Auch dieser Betrag ist uE nicht in die Vergleichsrechnung einzubeziehen (glA HEY, DRV 2004, 1 [7]; aA SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION, BMF-Schriftenreihe Band 74, 52). Er 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 der Pauschbetrag ohnehin nicht gewährt, so dass sich schon aus diesem Grund dessen Einbeziehung in die Vergleichsrechnung verbietet.

**Werbungskosten-Pauschbetrag:** Dieser Betrag von 102 € jährlich (§ 9a Satz 1 Nr. 3) dient zwar nicht der Vermeidung einer doppelten Besteuerung, sondern der pauschalen Berücksichtigung von Aufwendungen zur Erlangung der Renteneinnahmen und damit der Verwirklichung des objektiven Nettoprinzips. Da solche Aufwendungen bei Rentnern typischerweise aber entweder gar nicht oder jedenfalls in deutlich geringerer Höhe als 102 € jährlich anfallen, darf der WK-Pauschbetrag uE in die Betrachtung einbezogen werden (glA SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION, BMF-Schriftenreihe Band 74, 52; BRALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 673 [680]; aA HEY, DRV 2004, 1 [7]). Soweit absehbar sind, dass tatsächliche WK anfallen, sind diese (ggf. in geschätzter Höhe) zugunsten des Stpfl. abzuziehen (ebenso SCHUSTER, jM 2017, 119 [121]).

**Sonderausgabenabzug für die eigenen Beiträge der Rentner zur Kranken- und Pflegeversicherung:** Dieser ist uE nicht in die Ermittlung der Höhe des stfrei bleibenden Rentenzuflusses einzubeziehen (glA BRALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 465 [479]; HEY, DRV 2004, 1 [9 f.]; WERNSMANN/NEUDENBERGER in KSM, § 22 Rz. B 224 [5/2017]; aA SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION, BMF-Schriftenreihe Band 74, 52; LÜSCH in LBP, § 22 Rz. 146 [2/2013]; SCHUSTER, BetrAV 2016, 475 [477]; SCHUSTER, jM 2017, 119 [122], und hier noch in der 260. Lfg., Stand November 2013). Diese Abzugsmöglichkeit dient der estl. Verschönerung des Existenzminimums (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125), nicht aber der Vermeidung einer doppelten Besteuerung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen. Die Rentenbeträge, die sogleich für die Leistung von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung verwendet werden, stehen dem Stpfl. letztlich nicht zur Verfügung und können daher nicht zur Kompensation des aus versteuertem Einkommen geleisteten Teils der früheren Altersvorsorgeaufwendungen angerechnet werden. Zudem

wäre es ungereimt, wenn der Spielraum für eine (doppelte) Rentenbesteuerung nur deshalb steigen würde, weil die Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung sich erhöhen (so zutr. BRALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 465 [480]).

Sofern man die Gegenauffassung vertreten wollte, müsste der Ansatz der Höhe nach für VZ bis 2009 begrenzt sein 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 war, 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 tipisieren.

**Steuerbefreiung des vom Rentenversicherungsträger übernommenen hälftigen Beitrags zur Krankenversicherung nach § 3 Nr. 14?** Der Rentenversicherungsträger trägt gem. § 249a SGB V die Hälfte der Beiträge zur Krankenversicherung der Rentner; insoweit enthält § 3 Nr. 14 eine StBefreiung. Diese wird nach ganz hM als lediglich klarstellend angesehen, da die Beitragsübernahme durch den Rentenversicherungsträger schon nicht zu stbaren Einnahmen führt (§ 3 Nr. 14 Anm. 1; LEVEDAG in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 3 Rz. 61; FinAussch., BTDrucks. 16/11108, 11; ebenso zum hälftigen ArbG-Anteil nach § 3 Nr. 62 BFH v. 6.6.2002 – VI R 178/97, BStBl. II 2003, 34). Legt man dies zugrunde, darf der hälftige Beitragsanteil nicht in die Vergleichsrechnung einbezogen werden, die für Zwecke der Prüfung einer doppelten Besteuerung vorzunehmen ist (ähnlich SCHUSTER, jM 2017, 119 [122], die jedenfalls eine Berücksichtigung in der Zuflussphase verneint; aA LÜSCH in LBP, § 22 Rz. 147 [2/2013]). Vielmehr handelt es sich bei der Beitragstragung durch den Rentenversicherungsträger um einen zweckgebundenen Vorteil in Gestalt der Verschaffung von Krankenversicherungsschutz, der sich darin verbraucht. Da auch dieser Verwendungszweck verfassungsrechtl. privilegiert ist, kann derselbe Vorteil dann nicht ein zweites Mal zur rechnerischen Vermeidung einer unzulässigen doppelten Besteuerung herangezogen werden. Aus Gleichbehandlungsgründen muss diese Betrachtung nicht nur für die Beitragstragung nach § 249a SGB V, sondern auch für die ebenfalls in § 3 Nr. 14 erwähnten Beitragszuschüsse des Rentenversicherungsträgers zu einer eigenen Krankenversicherung des Rentners gelten. Hinzu kommt, dass nach der hier vertretenen Auffassung schon der SA-Abzug für die eigenen Krankenversicherungsbeiträge des Rentners nicht in die Betrachtung einzubeziehen ist; dies muss dann erst recht für die vom Rentenversicherungsträger übernommenen Beiträge gelten.

#### ee) Besonderheiten bei Arbeitnehmern

345

**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, der von einem Gleichrang des SA-Abzugs im Verhältnis zu den anderen Sparten der Sozialversicherung, aber einem Vorrang im Verhältnis zu sonstigen Vorsorgeaufwendungen ausgeht, sowie BTDrucks. 15/2150, 40).

Bei einem (vergleichsweise hohen) Arbeitslohn in Höhe der Beitragsbemessungsgrenze ist der aus versteuertem Einkommen aufgewandte 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 (demgegenüber niedrigeren) Arbeitslohn in Höhe des Durchschnittsentgelts aller ArbN ist der aus versteuertem Einkommen aufgewandte Anteil geringer. Wer in den letzten 45 Jahren vor 2005 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 %.

**Verfassungsrechtliche Bewertung:** Das Zahlenmaterial verdeutlicht, dass ehemalige ArbN bis zu einem Besteuerungsanteil auf ihre Rentenbezüge von etwa 70 % unabhängig von der Höhe des bezogenen Arbeitslohns keine Zweifachbesteuerung zu befürchten haben. Diejenigen Jahrgänge, die sich im VZ 2005 bereits im Rentenbezug befanden (Besteuerung von 50 % der Bezüge) bzw. bis 2015 in den Rentenbezug eingetreten sind (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 (s. Anm. 338) 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.

#### 346 ff) Besonderheiten bei Selbständigen

Der Begriff „Selbständiger“ wird hier vereinfachend für Personen verwendet, die während der Aufbauphase der Altersversorgung keine nach § 3 Nr. 62 stfreien 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 Doppelbuchst. aa 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:** Wegen des geringeren Umfangs stfrei 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:** Siehe Anm. 338.

**gg) Weitere Sonderfragen**

**Einbeziehung von Hinterbliebenenrenten:** Noch ungeklärt ist, wie der Umstand zu berücksichtigen ist, dass bei verheirateten Stpfl. nicht nur der unmittelbar rentenversicherte Ehegatte, sondern auch der länger lebende andere Ehegatte einen Anspruch auf (Hinterbliebenen-)Rentenzahlungen hat, ohne dass hierfür individuell zusätzliche Beiträge zu zahlen sind. Der BFH hat bisher ausdrücklich offen gelassen, wie derartige Fälle rechnerisch zu behandeln sind (BFH v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545 Rz. 42 zur Leistungsseite, Rz. 45 zur Beitragsseite). Aus Vereinfachungsgründen ist uE der gesamte Komplex der Hinterbliebenenrenten für die Betrachtung, ob es beim individuellen Stpfl. zu einer doppelten Besteuerung kommt, außer Ansatz zu lassen. Dies bedeutet, dass auf der Beitragsseite die gesamten Altersvorsorgeaufwendungen allein demjenigen Stpfl. zuzuordnen sind, der sie leistet, also kein kalkulatorischer Anteil dafür abzuspalten ist, dass ein Dritter eine Anwartschaft auf eine Hinterbliebenenrente erwirbt. Auf der Rentenbezugsseite ist beim unmittelbar Versicherten nur dessen eigene Lebenserwartung anzusetzen, nicht aber zusätzlich die Lebenserwartung eines statistisch länger lebenden Ehegatten. Wer eine Hinterbliebenenrente bezieht, kann niemals einer verfassungswidrigen doppelten Besteuerung unterworfen werden, weil ihm keine Beiträge zuzurechnen sind, so dass er auch keine Beiträge aus versteuertem Einkommen geleistet haben kann. Begründen lässt sich dies mit der Rspr. zur Nichtvererblichkeit des Verlustvortrags (BFH v. 17.12.2007 – GrS 2/04, BStBl. II 2008, 608). Darin hat der BFH ausgeführt, der Erbe (hier: der Hinterbliebene) trete nicht in höchstpersönliche Positionen des Stpfl. ein.

**Nach Ehescheidung durchgeführter Versorgungsausgleich:** Ebenfalls nicht geklärt ist, wie die rechnerische Ermittlung einer doppelten Besteuerung in Fällen vorzunehmen ist, bei denen infolge eines Versorgungsausgleichs Rentenanwartschaften ohne eigene Beitragsleistung auf den Stpfl. übertragen oder aber trotz eigener Beitragsleistung vom Stpfl. auf den geschiedenen Ehegatten übertragen worden sind. Dem BFH lagen derartige Fälle noch nicht vor. Sie sind nur unter Inkaufnahme erheblicher Komplizierungen „in den Griff zu bekommen“. Hier sind uE die Altersvorsorgeaufwendungen der Ehezeit aufzuteilen: Derjenige Teil der Altersvorsorgeaufwendungen, der letztlich dem späteren Rentenbezieher zugutegekommen ist, ist in die Betrachtung einzubeziehen, und zwar unabhängig davon, von welchem der geschiedenen Ehegatten die Beiträge früher geleistet worden sind.

**Interne Finanzierung der jeweiligen Altersvorsorgeeinrichtung:** Für die rechnerische Ermittlung einer doppelten Besteuerung kommt es uE nicht darauf an, wie der jeweilige Träger der Altersvorsorge sich finanziert und ob er Teile seiner Einnahmen für weitere Leistungen (zusätzlich zu den Altersrenten) verwendet (aA evtl. SCHUSTER, jM 2017, 119 [121]), denn maßgeblich ist in verfassungsrechtl. Hinsicht allein der Eintritt einer doppelten Besteuerung beim einzelnen Stpfl. nach Maßgabe der von ihm geleisteten Beiträge und bezogenen Renteneinnahmen; dafür ist aber die interne Kalkulation des jeweiligen Trägers der Altersvorsorge ohne Bedeutung. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Träger sich nach dem Umlage- oder dem Kapitaldeckungsverfahren oder nach einer Mischform finanziert.

Einstweilen frei.

348–349

## II. Ermittlung und Kürzung des Höchstbetrags

### 350 1. Berechnungsschema, Beispiele

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 für den VZ 2018 23 712 € (Abs. 3 Satz 1), bei zusammenveranlagten Ehegatten insgesamt 47 424 € (Abs. 3 Satz 2) und wird aufgrund der Koppelung an den Höchstbeitrag zur knappschaftlichen Rentenversicherung idR jährlich erhöht (s. Anm. 351). 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 Arbeitgeber-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 aF) 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 steuerfreien Arbeitgeber-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 SA abziehbaren Teil der Altersvorsorgeaufwendungen dar.

**Beispiele** (jeweils für das Jahr 2017):

► *Sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer* mit einem Jahresarbeitslohn von 30 000 € ohne zusätzliche eigene Altersvorsorgeaufwendungen:

- Höchstbetrag: 23 362 € (keine Kürzung);
- tatsächliche Altersvorsorgeaufwendungen: Gesamtbeitrag zur allgemeinen Rentenversicherung (18,7 % von 30 000 € = 5 610 €);
- nach Anwendung des Übergangsfaktors (84 %) verbleiben 4 712 €;
- nach Abzug des stfreien ArbG-Anteils (50 % von 5 610 € = 2 805 €) verbleiben lediglich 1 907 € für den SA-Abzug.

► *Beamter* mit einem Jahresarbeitslohn von 50 000 € und Einzahlungen auf einen Altersvorsorgevertrag iSd. Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b iHv. 100 € monatlich:

- Höchstbetrag: 23 362 €; nach Kürzung um den fiktiven Gesamtbeitrag zur allgemeinen Rentenversicherung (18,7 % von 50 000 € = 9 350 €) verbleiben 14 012 €;
- tatsächliche Altersvorsorgeaufwendungen: 1 200 € (Einzahlungen auf den Altersvorsorgevertrag);
- nach Anwendung des Übergangsfaktors (84 %) verbleiben 1 008 € für den SA-Abzug.

► *Selbständig tätiger Anwalt* mit einem Jahresgewinn von 80 000 €, der Beiträge an das Anwaltsversorgungswerk in Höhe des Höchstbeitrags zur allgemeinen Rentenversicherung leistet und zusätzlich monatlich 1 000 € in eine Kapitallebensversicherung einahlt:

- Höchstbetrag: 23 362 € (keine Kürzung);

- tatsächliche Altersvorsorgeaufwendungen: Beiträge zum Anwaltsversorgungswerk (18,7 % der Beitragsbemessungsgrenze iHv. 76 200 € = 14 249 €); 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 (84 %) verbleiben 11 969 € für den SA-Abzug.

Alle Beispiele zeigen, dass der SA-Abzug auch für den VZ 2017 noch 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. Erst recht gilt dies, wenn die Beispiele mit den Werten für den VZ 2005 (seinerzeit lag der Übergangsfaktor bei nur 60 %) gerechnet werden.

## 2. Allgemeiner Höchstbetrag (Abs. 3 Sätze 1 und 2)

351

**Anwendungsbereich:** Abs. 3 gilt für Altersvorsorgeaufwendungen nach Abs. 1 Nr. 2. Bis VZ 2014 verwies Abs. 3 Satz 1 ausdrücklich auf „Abs. 1 Nr. 2 Satz 4“. Dieser Verweis war missverständlich, denn Abs. 3 erfasste schon damals nicht allein den stfreien ArbG-Anteil oder -zuschuss iSd. Abs. 1 Nr. 2 Satz 4, sondern den gesamten Altersvorsorgeaufwand, zu dem auch der stfreie ArbG-Anteil oder -zuschuss gehört.

**Höhe des Höchstbetrags:** Der Höchstbetrag für den Abzug von Altersvorsorgeaufwendungen ist seit VZ 2015 (Art. 16 Abs. 2 ZollkodexAnpG) an den (aufgerundeten) Höchstbeitrag zur knappschaftlichen Rentenversicherung gekoppelt (Abs. 3 Satz 1). Weil dieser Höchstbeitrag idR jährlich angehoben wird, steigt nunmehr auch das Abzugsvolumen für Altersvorsorgeaufwendungen jährlich „automatisch“. Der knappschaftliche Höchstbetrag (und damit der estl. Höchstbetrag nach Abs. 3) beläuft sich für VZ 2015 auf 22 172 €, für VZ 2016 auf 22 767 €, für VZ 2017 auf 23 362 € und für VZ 2018 auf 23 712 €. Die Beträge im Beitragsgebiet „Ost“ liegen jeweils etwas darunter; die FinVerw. lässt aber auch hier einheitlich für Gesamtdeutschland einen stl. Abzug bis zum Höchstbeitrag „West“ zu (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 59; MYBEN/MÜLLER, NWB 2015, 905 [910]). In den VZ 2005 bis 2014 lag der Höchstbetrag konstant bei 20 000 € (Abs. 3 Satz 1 aF).

► *Jahresbetrag:* Auch wenn die StPflcht nicht während des gesamten VZ besteht, wird der Höchstbetrag nicht zeitanteilig gekürzt. Umgekehrt ist er allerdings auch dann nur einmal zu gewähren, wenn eine einheitliche Nachzahlung wirtschaftlich auf mehrere Vorjahre entfällt (BFH v. 12.11.1976 – VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154; BFH v. 15.10.2008 – X B 60/07, BFH/NV 2009, 205, unter II.3.a, beide betr. Nachzahlung von Rentenversicherungsbeiträgen).

► *Bewertung des Höchstbetrags:* Auf den ersten Blick wirkt der 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 geltende Begrenzung führt dazu, dass Mitglieder berufsständischer Versorgungswerke auch ihre Einzahlungen auf diesen Betrag begrenzen, der ungefähr dem 1,5-Fachen des Höchstbeitrags zur allgemeinen Rentenversicherung entspricht. Die in den Satzungen einiger Versorgungswerke vorgesehene Möglichkeit (in BTDrucks. 15/2563, 8 und 15/3004, 6 ist – wohl

unzutr. – sogar von einer „Verpflichtung“ die Rede), Beiträge bis zum 2,5-Fachen des genannten Höchstbeitrags zu entrichten, wird damit faktisch abgeschafft.

► *Änderung des Höchstbetrags durch Rechtsverordnung*: Der für den SA-Abzug von Altersvorsorgeaufwendungen geltende Höchstbetrag ergibt sich seit VZ 2015 nicht mehr unmittelbar aus dem EStG, sondern nur noch mittelbar aus einer Rechenoperation auf der Grundlage der in der jeweiligen Sozialversicherungs-RechengrößenVO ausgewiesenen Beträge. Der Bürger kann daher nicht mehr allein aus dem EStG erkennen, in welcher Höhe er Altersvorsorgeaufwendungen in stb-günstigster Weise leisten kann. Zudem könnten verfassungsrechtl. Probleme darin gesehen werden, dass der im förmlichen Gesetz ausgewiesene Höchstbetrag durch eine bloße VO geändert werden kann (zur Unzulässigkeit Gesetzesändernder VO s. Einf. ESt. Anm. 131). Allerdings wird man zur Kenntnis nehmen müssen, dass die Sozialversicherungs-RechengrößenVO für den gesamten Bereich der im Sozialversicherungsrecht umverteilten erheblichen Lasten von größter Bedeutung ist, dort aber bisher die Regelung wesentlicher Kenngrößen durch eine bloße VO verfassungsrechtl. nicht beanstandet worden ist. Nichts anderes kann dann auch für den Bereich des EStG gelten.

**Zusammenveranlagte Ehegatten (Abs. 3 Satz 2)**: Hier gilt ein verdoppelter gemeinsamer Höchstbetrag. Es ist also – anders als etwa in den Fällen des Abs. 1 Nr. 7 (s. Anm. 170) – keine gesonderte Betrachtung für jeden einzelnen Ehegatten vorzunehmen. Eine etwaige Kürzung des (gemeinsamen) Höchstbetrags erfolgt allerdings gesondert nach den Verhältnissen jedes einzelnen Ehegatten. 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 Satz 1 Nr. 1), 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).

352 Einstweilen frei.

### 3. Kürzung des Höchstbetrags (Abs. 3 Satz 3)

#### 353 a) Persönlicher Anwendungsbereich der Kürzungsvorschrift

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.

**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). Zwar sind noch weitere Personengruppen von der Rentenversicherungspflicht befreit (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 AG-Vorstandsmitglieder (vgl. § 1 Satz 4 SGB VI; Vergleichsrechnungen zur betriebswirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit von Versorgungszusagen bei GOECKE, DStR 2000, 172; DOMMERMUTH, FR 2004, 12). Im Gegensatz zu der bis VZ 2007 geltenden Rechtslage 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 Stpl. (tatsächlich oder lediglich bei wirtschaftlicher Betrachtung) eigene Beiträge leistet. Daher lösen sämtliche Formen der betrieblichen Altersversorgung die Kürzung aus (zutr. BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 67). Die Kürzung tritt auch dann in dem gesetzlich vorgesehenen pauschalen Umfang ein, wenn die Anwartschaftsrechte im Verhältnis zu den Einnahmen aus der Tätigkeit eher geringfügig sind (BFH v. 15.7.2014 – X R 35/12, BStBl. II 2015, 213: ein GmbH-Geschäftsführer erhält von der GmbH zwar keine Versorgungsanwartschaft, wohl aber eine Direktversicherung mit relativ geringen Beiträgen).

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 einer 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 einer 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-GesGf. einer GmbH ist nicht rentenversicherungspflichtig (§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI). Diese gesetzliche Regelung hat der zuvor gegenteiligen 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 (Abs. 3 Satz 3 Nr. 2):** 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 von Abs. 3 Satz 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. 75. 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.

**Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2007:** S. die Voraufgabe § 10 Anm. 354 – Stand 11/2013 –, im elektronischen HHR-Archiv ([www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm)).

354–355 Einstweilen frei.

### 356 b) Umfang der Kürzung

Der Umfang der Kürzung entspricht dem fiktiven Gesamtbeitrag zur allgemeinen Rentenversicherung, der von den Einnahmen aus der Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zum genannten Personenkreis begründen, zu entrichten wäre. Der maßgebliche Beitragssatz ist für 2018 auf 18,6 % festgesetzt worden. Da der Rentenversicherungsbeitrag nur aus Einnahmen bis zur Beitragsbemessungsgrenze (für 2018 in den alten Bundesländern 78 000 €, in den neuen Bundesländern 69 600 €) berechnet wird, stellt der sich so ergebende Höchstbeitrag zugleich den größtmöglichen Umfang der Kürzung dar (West: 14 508 €, Ost: 12 945 €). Die Beitragsbemessungsgrenze wird jährlich entsprechend der Entwicklung der beitragspflichtigen Einnahmen angepasst (s. auch Anm. 56).

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 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. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 63). Damit wird

zwar der aufgezeigte Gleichheitsmangel vermieden; vorzugswürdig wäre aber eine Korrektur im Gesetz selbst.

Weil seit VZ 2005 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) keine Bedeutung mehr. Insbesondere 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.

#### 4. 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 Sätze 1–3 ermittelten Höchstbetrag nicht übersteigen, sind während einer 20-jährigen Übergangszeit nach Inkrafttreten des AltEinkG nicht in vollem Umfang, sondern nur zu einem bestimmten Teil anzusetzen: Im Jahr 2005 waren zunächst nur 60 % der Gesamtaufwendungen (einschließlich des ArbG-Anteils) abziehbar (Abs. 3 Satz 4 aF; mittlerweile ist in Abs. 3 Satz 4 der für den VZ 2013 geltende Übergangsfaktor von 76 % aufgeführt); dieser Prozentsatz erhöht sich bis zum Jahr 2025 jährlich um 2 Prozentpunkte (Abs. 3 Satz 6). Entsprechend werden 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 Steuerausfälle 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. ausführl. Anm. 337–347).

**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, Niedriglohn-Arbeitsverhältnissen sowie in der knappschaftlichen Rentenversicherung 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 (ausführl. 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 (18,7 % des Arbeitslohns) trägt der ArbG 15 % (§ 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI), der ArbN die verbleibenden 3,7 %. Es ergibt sich die folgende Rechnung:

– eigene Altersvorsorgeaufwendungen (400 € × 12 Monate × 3,7 %)	177 €
– zzgl. stfreier ArbG-Anteil (Abs. 1 Nr. 2 Satz 4; 400 € × 12 Monate × 15 %)	720 €
– Summe	897 €
– Ansatz von 84 % im VZ 2017 (Abs. 3 Satz 4)	753 €
– Minderung um den stfreien ArbG-Anteil (Abs. 3 Satz 5)	./ 1.200 €
– abziehbare Altersvorsorgeaufwendungen	33 €

Für VZ bis einschließlich 2014 ergab sich in dieser Berechnung ein Negativbetrag. Dieser minderte die Abzugsmöglichkeiten, die der ArbN oder sein Ehegatte aus anderweitigen Altersvorsorgeaufwendungen hat. Ab VZ 2008 ist dem geringfügig beschäftigten ArbN jedoch durch Anfügung des heutigen Abs. 1 Nr. 2 Satz 7 und Abs. 3 Satz 7 ein Wahlrecht eingeräumt worden, diese ungünstige Auswirkung zu vermeiden (s. Anm. 76). In allen anderen hier genannten Fallgruppen ergeben sich hingegen weiterhin negative Abzugsbeträge.

Vergleichbare Friktionen ergeben sich im sog. Niedriglohnbereich („Gleitzone“ von 450 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 2017 aus dem Staatsdienst aus, nachdem er 20 Jahre lang ein Durchschnittsgehalt von 40 000 € bezogen hat. Ab Februar 2017 ist er als Steuerberater 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 149 600 € (40 000 € Jahresgehalt × 18,7 % Beitragsatz × 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 (Abs. 1 Nr. 2 Satz 6)	+ 149 600 €
– Summe	160 600 €
– Ansatz von 84 % im VZ 2017 (Abs. 3 Satz 4)	134 904 €
– Minderung um den stfreien ArbG-Anteil (Abs. 3 Satz 5)	./ 149 600 €
– abziehbare Altersvorsorgeaufwendungen	./ 14 696 €

**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. 57). Es ergibt sich die folgende Rechnung:

– Altersvorsorgeaufwendungen	5 000 €
– abzgl. nach § 3 Nr. 17 stfreier Zuschuss (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)	./ 4 000 €
– berücksichtigungsfähige Altersvorsorgeaufwendungen	1 000 €
– Ansatz von 84 % im VZ 2017 (Abs. 3 Satz 4)	840 €

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 840 € als abziehbare Altersvorsorgeaufwendungen, was im System des Abs. 3 folgerichtig ist.

Die Erg. der Beispiele 1 und 2, die ersichtlich nicht sachgerecht sind, zeigen, dass hier Abhilfe durch eine Gesetzesänderung geboten ist; allein die Anfügung des heutigen Abs. 1 Nr. 2 Satz 7 mW 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 zu-

nächst der stfreie ArbG-Anteil abgezogen werden, bevor die übergangsweise Begrenzung auf anfänglich 60 % vorgenommen wird.

Einstweilen frei.

358

### 5. 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 Betrags ist von den 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 6 hinzugerechnet worden. Die Hinzurechnung umfasst die gesamten, tatsächlich nach § 3 Nr. 62 stfrei gestellten Beitragsleistungen des ArbG; sie ist (auch bei hohen Beiträgen eines ausländ. ArbG) nicht auf den für einen Ehegatten nach Satz 1 geltenden Höchstbetrag begrenzt (BFH v. 25.1.2017 – X R 51/14, BFH/NV 2017, 1015 Rz. 15 ff.). Diese Hinzurechnung und spätere Kürzung bewirkt im Erg., 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 (dieser Betrag war deutlich geringer als der sich bis VZ 2004 ergebende Abzug); im VZ 2017 sind es 34 % (s. das Beispiel in Anm. 350). 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 (zutr. BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420, unter II.9; BFH v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, unter B.I.2.d; 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. BayLfSt. v. 10.11.2008 – S 2221.1.1 - 6/4 St 32/St 33, DStR 2008, 2421, unter Bezugnahme auf die zu 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 7 beantragt hat (zu Einzelheiten s. Anm. 76).

Einstweilen frei.

360

### III. Abs. 3 in der bis Veranlagungszeitraum 2004 (und im Rahmen der Günstigerprüfung weiter bis Veranlagungszeitraum 2019) geltenden Fassung

#### 1. Ausgestaltung des Abs. 3 bis Veranlagungszeitraum 2004

##### 361 a) Anwendungsbereich

**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 b) 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 stffrei 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 des Umstands, dass zusammenveranlagte Ehegatten im SA-Bereich gem. § 26b als nur ein Stpfl. behandelt werden – 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 c) 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, 18f.) 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 (1):** 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; BFH 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 Entsch. 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 allgemeinen Funktionsfähigkeit des Sozialversicherungssystems erbracht werden.

**Beispiele (2):** 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; BFH 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; BFH 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; BFH v. 24.2.1978 – VI B 135/77, BFHE 124, 527; BFH 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).

Dieser Neuorientierung der Rspr. ist uE 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 Entsch. zu der langjährigen gegenteiligen Rspr. klargestellt hätte. Zu zahlreichen Einzelfragen s. auch LEHR, DStR 2003, 763.

**Irrige Erbringung bzw. Nichterbringung von Zukunftssicherungsleistungen:** Die Kürzung des Vorwegabzugs setzte nach dem Gesetzeswortlaut voraus, dass für den Stpfl. tatsächlich Zukunftssicherungsleistungen erbracht wurden. 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 iSd. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO), 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; BFH v. 14.10.2009 – X R 14/08, BStBl. II 2010, 533).

**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; nochmals FG Köln v. 16.1.2013 – 10 K 3871/11, EFG 2013, 677, rkr.); 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: Erfolgsbeteiligung, Verfassungsbeschwerde 2 BvR 805/07 nicht zur Entsch. angenommen; BFH v. 1.8.2007 – XI R 55/05, BFH/NV 2008, 31; Übergangsgelder eines früheren Berufssoldaten; BFH v. 6.3.2013 – X B 139/12, BFH/NV 2013, 978, unter II.2.b: Abfindung).

**Kürzung bei Ehegatten:** Wenn nur ein Ehegatte die persönlichen Voraussetzungen für die Anwendung der Kürzungsvorschrift erfüllte, war allein dessen Arbeitslohn für die Bemessung des Kürzungsbetrags maßgebend (BFH v. 14.4.2003 – XI B 226/02, BStBl. II 2003, 708; BFH 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; BFH v. 14.10.2009 – X R 14/08, BStBl. II 2010, 533), ist wegen der insgesamt ehebegünstigenden Tendenz der SA-Regelung verfassungsrechtl. nicht zu beanstanden.



BFH v. 22.1.1965 – VI 82/64 U, BStBl. III 1965, 173; BFH v. 21.7.1993 – X R 32/91, BFH/NV 1994, 305; BFH v. 21.12.2000 – XI B 75/99, BFH/NV 2001, 773; BFH v. 11.12.2002 – XI R 17/00, BStBl. II 2003, 650, unter II.3; BFH 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; BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 912/03, NJW 2008, 2327, unter 2.c; BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 587/01, HFR 2008, 750; BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 1852/03, HFR 2008, 753, unter 2.c; aA MÜLLER-DOTT, DB 2005, 15.

Einstweilen frei.

364

## 2. Verfassungsmäßigkeit des Abs. 3 in den bis Veranlagungszeitraum 2004 geltenden Fassungen

365

**Zulässigkeit der Begrenzung auf Höchstbeträge:** Der Umfang der bis 2004 für Vorsorgeaufwendungen geltenden Abzugsmöglichkeiten wurde von der Rspr. – insbes. hinsichtlich der Altersvorsorgeaufwendungen (zur Krankenversicherung s.u.) – zunächst als verfassungsgemäß angesehen (ausführl. BFH v. 16.10.2002 – XI R 41/99, BStBl. II 2003, 179).

**Keine nachträgliche Verfassungswidrigkeit durch das AltEinkG:** 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 stpl. sind als zuvor. Entsprechende Rechtsschutzbegehren können angesichts der in der Entsch. des BVerfG (BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Nr. 2 des Tenors) enthaltenen Weitergeltungsanordnung keinen Erfolg haben (ebenso BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169; BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 912/03, NJW 2008, 2327, unter 2.a; BFH v. 19.5.2004 – III R 55/03, BStBl. II 2006, 291, unter 1.; BFH v. 14.3.2006 – IV B 2/05, BFH/NV 2006, 1283; BFH v. 17.6.2010 – X B 218/09, BFH/NV 2010, 1633; BFH v. 16.9.2015 – I R 61/13, BFH/NV 2016, 401 Rz. 31). Für die Vergangenheit sind die im damals geltenden Recht angelegten Ungleichbehandlungen aus Sicht des BVerfG hinzunehmen.

**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; BVerfG v. 31.10.1984 – 1 BvR 100/82, Inf. 1985, 87; BVerfG v. 22.10.1986 – 1 BvR 982/86, Inf. 1987, 70; BFH v. 16.10.2002 – XI R 41/99, BStBl. II 2003, 179, unter II.2.d; BFH v. 11.12.2002 – XI R 17/00, BStBl. II 2003, 650, unter II.2.d; 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 die Regelung des Abs. 3 aF als mit der Pflicht zur stl. Freistellung des (Familien-)Existenzminimums unvereinbar bezeichnet, soweit die Höchstbeträge den Abzug solcher Bei-

## § 10 Anm. 365–382 G. Abs. 4: Höchstbeträge für sonstige Vorsorge

träge 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 wurde nach dieser Entsch. allerdings erst ab VZ 2010 erforderlich, so dass der im VZ 2004 letztmals anwendbare Abs. 3 aF im Erg. gültig bleibt. Weil die Entsch. des BVerfG auch die ab VZ 2005 geltende Rechtslage (Abs. 4 nF) betrifft, sind Einzelheiten in Anm. 383 dargestellt.

366–379 Einstweilen frei.

### G. 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; SÖHN, Vorsorgeaufwendungen und einkommensteuerrechtliches Existenzminimum, in TIPKE/SEER/HEY/ENGLISCH (Hrsg.), Gestaltung der Steuerrechtsordnung, FS Joachim Lang, Köln 2010, 549.

## I. Einordnung des Abs. 4

### 380 1. Systematische und historische Einordnung

**Systematische Einordnung:** Abs. 4 enthält Regelungen zu den Höchstbeträgen, mit denen Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 und 3a (dh. diejenigen Vorsorgeaufwendungen, 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 1900 € nach Abs. 4 Satz 2, s. Anm. 388) oder die Beiträge selbst tragen muss (großer Höchstbetrag von 2800 € nach Abs. 4 Satz 1, s. Anm. 385).

**Historische Einordnung:** 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 steuerrechtlichen 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 Basis-Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge iSd. Abs. 1 Nr. 3 grds. ohne Begrenzung auf einen Höchstbetrag abziehbar.

381–382 Einstweilen frei.

## 2. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Abzugsbeschränkung

### a) Verfassungswidrigkeit der bis Veranlagungszeitraum 2009 geltenden Beschränkungen des Abzugs von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung 383

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 Leistungsniveaus 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 [2006] F. 3, 13853; FISCHER, FR 2003, 770 [774]; ENGLISCH, NJW 2006, 1025). Das BVerfG hat seine Beurteilung ausdrücklich auch auf Abs. 4 in der von 2005 bis 2009 geltenden Fassung erstreckt (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, 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, BVerfGE 120, 125, 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, BVerfGE 120, 125, 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 ESt-Rechts abgedeckt würden (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, 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, BVerfGE 120, 125, 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, war eine gesetzliche Neuregelung erst ab VZ 2010 erforderlich (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, unter E.II). Bis dahin blieb die bisherige Regelung mit ihren zu niedrigen Höchstbeträgen gültig (BFH v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282, unter B.II.2.c; BFH v. 19.10.2010 – X R 43/05, BFH/NV 2011, 772; BFH v. 16.11.2011 – X R 15/09, BStBl. II 2012, 325 Rz. 13 ff.); entsprechende Verfassungsbeschwerden zur früheren Rechtslage wurden vom BVerfG zurückgewiesen (zB BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 912/03, NJW 2008, 2327, unter 2.b).

### b) Verfassungsmäßigkeit der ab Veranlagungszeitraum 2010 geltenden Regelung durch das BürgEntlG-KV 384

Hier ist nach den verschiedenen Arten der Vorsorgeaufwendungen zu differenzieren:

**Beiträge zu Basis-Kranken- und Pflegeversicherungen:** Diese in Abs. 1 Nr. 3 genannten Aufwendungen 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 ausgeschlossen und den beschränkt abziehbaren 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.

**Höchstbeträge für sonstige Vorsorgeaufwendungen:** Faktisch wirken 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 aus, da die in Abs. 4 Sätze 1–3 genannten Höchstbeträge in aller Regel bereits durch die Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge ausgeschöpft sind. Gleichwohl ist der Abzug weiterer Vorsorgeaufwendungen uE nicht durch das subjektive Nettoprinzip geboten (ebenso Finanzausschuss, BTDrucks. 16/13429, 44). Im Einzelnen gilt Folgendes, wobei gegenwärtig wegen der beschränkten Abziehbarkeit der von Nr. 3a erfassten Vorsorgeaufwendungen alle EStBescheide für VZ seit 2010 (Inkrafttreten der Nr. 3a) sowie hinsichtlich der in den VZ 2005 bis 2009 geltenden Vorgängerregelung vorläufig ergehen (BMF v. 20.1.2017 – IV A 3 - S 0338/07/10010, BStBl. I 2017, 66).

► *Arbeitslosenversicherung:* Hier ist die verfassungsrechtl. Diskussion besonders intensiv, da die entsprechenden Beiträge aufgrund einer gesetzlichen Pflicht zu entrichten sind (daraus folgert SÖHN, FS Lang, 2010, 549 [561] eine verfassungsrechtl. Pflicht zur Abziehbarkeit). Allerdings sind die hieraus gezahlten Lohnersatzleistungen stfrei (wenngleich sie dem ProgrVorb. unterliegen).

▷ *Verfassungsrechtliche Beurteilung:* Der BFH hält die Abzugsbeschränkung in stRspr. für verfassungsgemäß; das BVerfG hat alle dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entsch. angenommen (BFH v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282 Rz. 115, Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 13.7.2016 – 2 BvR 289/10; BFH v. 16.11.2011 – X R 15/09, BStBl. II 2012, 325 Rz. 29 ff., Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 27.9.2017 – 2 BvR 598/12; BFH v. 23.1.2013 – X R 32/08, BStBl. II 2013, 423 Rz. 70 ff., Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 17.9.2013 – 1 BvR 1462/13; BFH v. 18.6.2015 – VI R 45/13, BStBl. II 2015, 928 Rz. 23, Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 16.8.2017 – 2 BvR 1853/15; BFH v. 9.9.2015 – X R 5/13, BStBl. II 2015, 1043 Rz. 23, Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 21.9.2017 – 2 BvR 2445/15). Dies ist angesichts der Rspr. des BVerfG uE zutr. Für das Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung gelten dieselben estl. Regelungen wie für das Arbeitslosengeld (einerseits keine Abziehbarkeit der Beiträge, andererseits StFreiheit der Leistungen, aber Einbeziehung in den

ProgrVorb.). Hinsichtlich der auf das Krankengeld entfallenden Beitragsanteile ist nach der Rspr. des BVerfG aber kein SA-Abzug geboten (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, unter D.IV.1.a.; ebenso BRDrucks. 168/09, 26; MYBEN/WOLTER, NWB 2009, 2313 [2326]; FG Hamb. v. 21.9.2012 – 3 K 144/11, EFG 2013, 26, unter B.II.3, rkr.). Außerdem ist die Übernahme von Beiträgen zu Arbeitslosenversicherungen nicht in dem – vom BVerfG in vergleichbaren Fällen stets herangezogenen – Leistungskatalog der Sozialhilfe enthalten.

▷ *Versagung des negativen Progressionsvorbehalts*: Eine zusätzliche verfassungsrechtl. Zweifelsfrage in diesen Zusammenhang liegt allerdings darin, dass die späteren Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung dem ProgrVorb. unterliegen, ein Abzug der Beiträge aber auch nicht im Wege eines negativen ProgrVorb. möglich ist. Der BFH (BFH v. 16.11.2011 – X R 15/09, BStBl. II 2012, 325 Rz. 33 ff.; BFH v. 23.1.2013 – X R 32/08, BStBl. II 2013, 423 Rz. 71; BFH v. 16.9.2015 – I R 61/13, BFH/NV 2016, 401 Rz. 21) rechtfertigt dies mit dem – etwas formalen – Argument, dass der negative ProgrVorb. einfachgesetzlich nur für „Einkünfte“ gelte, die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung aber nicht den WK, sondern den SA zugewiesen seien. Hier bestehen aufgrund der eintretenden Doppelbelastung uE etwas größere Aussichten, dass das BVerfG die geltende Regelungslage beanstanden wird, wobei erneut darauf hinzuweisen ist, dass es dem Gesetzgeber hinsichtlich der (auch insoweit vergleichbaren) Rechtslage beim Krankengeld keine Vorgaben gemacht hat.

▷ *Unfall- und Haftpflichtversicherungen*: Die Abzugsbeschränkung ist uE verfassungsgemäß. Der Verweis der Gegenansicht 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 ebenfalls keine besonderen Abzugstatbestände im EStG existieren – durch den stl. Grundfreibetrag abgedeckt ist. Auch die gesetzliche Pflicht zum Abschluss von Kfz-Haftpflichtversicherungen ist (unter dem Gesichtspunkt der Indisponibilität der Aufwendungen) nicht geeignet, einen zwingenden Abzug zu begründen, weil es keine gesetzliche Pflicht zum Halten von Kfz. gibt (ähnlich wohl KANZLER, NWB 2009, 684 [688]). Das BVerfG hat entsprechende Rügen bisher nicht aufgegriffen (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169, unter B.III). Auch der BFH hält die Rechtslage für verfassungsgemäß (BFH v. 9.9.2015 – X R 5/13, BStBl. II 2015, 1043 Rz. 26, Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 21.9.2017 – 2 BvR 2445/15).

▷ *Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen*: Eine Basisabsicherung gegen Erwerbsunfähigkeit ist in aller Regel in der Basis-Altersversorgung enthalten, deren Beiträge nach Abs. 1 Nr. 2 – nach Ablauf der Übergangszeit im VZ 2025 grds. in voller Höhe – abziehbar sind (ebenso BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169, unter B.I.1.d; BFH v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282 Rz. 114). Ab VZ 2014 sind zudem auch Beiträge zu alleinigen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitspoliceen bevorzugt abziehbar (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb). Nr. 3a dient in Bezug auf Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherungen damit nur noch der Erweiterung auf solche Versicherungsverträge, die die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 nicht erfüllen. Insoweit ist der Gesetzgeber verfassungsrechtl. frei, derartige Zusatzbeiträge vom stl. Abzug auszuschließen.

▷ *Risikoversicherungen*: Zwar dient eine Risikoversicherung der Absicherung von Hinterbliebenen und kann damit – je nach den Verhältnissen des Einzelfalls –

ein existenzielles Risiko abdecken. Ein SA-Abzug ist gleichwohl nicht geboten. Eine Basisabsicherung für Hinterbliebene wird durch die Beiträge zur Altersvorsorge (Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3) erworben (darauf weist auch BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169, unter B.I.1.d zu Recht hin). Ein gesetzlicher Zwang zum Abschluss zusätzlicher Risikoversicherungen besteht nicht; entsprechende Prämien sind auch im Leistungskatalog der Sozialhilfe nicht enthalten. Die Abzugsbeschränkung ist daher verfassungsgemäß (BFH v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282 Rz. 113; BFH v. 9.9.2015 – X R 5/13, BStBl. II 2015, 1043 Rz. 26, Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen, BVerfG v. 21.9.2017 – 2 BvR 2445/15).

► *Vor 2005 abgeschlossene Kapital- und Rentenversicherungen* haben in Ermangelung einer Bindung für die Altersvorsorge reinen Sparcharakter, so dass schon deshalb kein Abzug geboten ist (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169, unter B.I.1.d). Nicht die fehlende stl. Auswirkung, sondern im Gegenteil die Zulassung des SA-Abzugs war wegen der Begünstigung im Vergleich zu anderen Formen der Geldanlage verfassungsrechtl. bedenklich.

385

## II. 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. 75 f., 102 ff., 121). 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 StPflcht 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 Abs. 4 Satz 1 meist privaten – Krankenversicherung ausgeschöpft werden.

386–387 Einstweilen frei.

388

## III. Kleiner Höchstbetrag (Abs. 4 Satz 2)

**Anwendungsbereich:** Bei bestimmten Stpfl. kommt im Hinblick auf Entlassungen durch Dritte bei der Krankheitsvorsorge typischerweise 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), für Familienangehörige (Ehegatten, Kinder), die ohne eigene Beitragsleistung in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert sind (BFH v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, unter B.II.3) sowie für die Bezieher bestimmter Sozialleis-

tungen (FG Ba.-Württ. v. 9.5.2012 – 4 K 360/12, DStRE 2013, 336, unter II.2.b, rkr.: Arbeitslosengeld).

► *Für die Krankenversicherung werden Leistungen iSd. § 3 Nr. 9, 14, 57 oder 62 erbracht.* Darunter fallen:

- ab VZ 2009 Tagespflegepersonen („Tagesmütter“, § 3 Nr. 9),
- Bezüher 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 sie 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 (BFH v. 23.1.2013 – X R 43/09, BStBl. II 2013, 608), was auch bei Beihilfeberechtigten der Fall sein kann (NÖCKER, HFR 2013, 396). Geringfügig Beschäftigte, für die der ArbG lediglich Pauschalbeiträge entrichtet, fallen jedoch nicht hierunter (BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 126).

**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 17300 € 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“ begrenzt, 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. 24.5.2017 – IV C 3 - S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 126; FG Ba.-Württ. v. 9.5.2012 – 4 K 360/12, DStRE 2013, 336, rkr., unter II.2.b).

Einstweilen frei.

389

#### IV. Behandlung von Ehegatten (Abs. 4 Satz 3)

390

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).

Je nach stl. Gesamtsituation kann hier eine Einzelveranlagung von Ehegatten (§ 26a; bis VZ 2012: getrennte Veranlagung) sinnvoll sein. Dann sollte einer der Ehegatten die Kranken- und Pflegeversicherungsaufwendungen für beide Ehegatten tragen und kann sie unbeschränkt abziehen. Der andere Ehegatte trägt die unter Abs. 1 Nr. 3a fallenden Aufwendungen und kann hierfür immerhin den für ihn geltenden Höchstbetrag ausschöpfen (vgl. KILLAT-RISTHAUS, DB 2010, 2304 [2307]).

§ 10 Anm. 391–400 H. Abs. 4a: Günstigerprüfung von Amts wegen

### 391 V. 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 Erg. 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 Sätze 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. Gesetzssystematisch 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.

## H. 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.

### 400 I. Einordnung des Abs. 4a

**Systematische Einordnung:** 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 des neuen Rechts und bewirkt damit eine erhebliche Komplizierung. Generell erscheinen die Übergangsfristen im Rahmen der Systemumstellung als viel zu lang geraten. Verfassungsrechtlich geboten ist eine solche Günstigerprüfung ohnehin nicht, da der Gesetzgeber im Rahmen einer grundlegenden Sys-



temumstellung nicht daran gehindert ist, stl. Abzugsmöglichkeiten im Vergleich zum bisher geltenden Recht zu beschränken. Prüfungsmaßstab ist bei einer solchen – hier zudem verfassungsrechtl. gebotenen – Systemumstellung nicht, ob ein Abzug geringer ausfällt als nach einer früheren Rechtslage, sondern ob der Umfang des gegenwärtig gewährten Abzugs den verfassungsrechtl. Anforderungen genügt.

**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 Erg. 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 sog. Rürup-Verträgen (s. Anm. 403).
- Variante 3: Abzug sämtlicher Vorsorgeaufwendungen (einschließlich der Beiträge zu sog. 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.

**Historische Einordnung:** Abs. 4a ist durch das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) mW 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 sog. 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. Mit dem AltVVerbG v. 24.6.2013 (BGBl. I 2013, 1667; BStBl. I 2013, 790) wurden die durch Zeitablauf entbehrlich gewordenen Teile der Übergangsregelung gestrichen.

Einstweilen frei.

401

## II. 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 sog. 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. 60).

In den folgenden Fallgruppen ist die Anwendung des ab VZ 2005 geltenden Rechts jedoch typischerweise ungünstiger als die Fortgeltung der bis VZ 2004 vorgesehenen 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 III. 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/sog. 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** galten die Höchstbeträge des Abs. 3 in der im VZ 2004 geltenden Fassung einschließlich des Vorwegabzugs bis zum Jahr 2010 zunächst unverändert fort. Anzuwenden ist auch die im VZ 2004 geltende Regelung über die Kürzung des Vorwegabzugs, die insbes. für GmbH-Geschäftsführer seinerzeit noch günstiger war als die ab 2008 geltende Rechtslage (zutr. FG Münster v. 17.12.2013 – 1 K 3850/10, EFG 2014, 833, rkr.). 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 Sätze 1 und 2 genannten Höchstbeträge (s. dazu Anm. 351). 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 sog. Rürup-Vertrag) um die Beiträge zur gesetzlichen Altersvorsorge (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) sowie um den stfreien ArbG-Anteil/-Zuschuss zur gesetzlichen Rentenversicherung (§ 3 Nr. 62) zu kürzen. Anschließend sind mit dem so ermittelten und ggf. gekürzten Höchstbetrag die tatsächlichen Beiträge zu sog. Rürup-Verträgen zu vergleichen. Auf den niedrigeren der beiden Beträge ist dann noch der Übergangsfaktor (Abs. 3 Sätze 4 und 6) anzuwenden (im VZ 2018 zB 86 %). Das Erg. ist der „Erhöhungsbetrag“, der im Rahmen der Günstigerprüfung zusätzlich zum Höchstbetrag nach Abs. 3 aF abgezogen werden kann.

**Beispiel** (für den VZ 2018): Ein lediger Gewerbetreibender zahlt 10000 € auf einen sog. Rürup-Vertrag ein; seine sonstigen Vorsorgeaufwendungen belaufen sich auf 5000 €.

► *Berechnung nach Abs. 3, 4 nF:* Abzug der Beiträge zur kapitalgedeckten Altersvorsorge gem. Abs. 3 nF mit 86 % von 10000 € (8600 €), zusätzlich Abzug der sonstigen Vorsorgeaufwendungen mit 2400 € (Abs. 4 Satz 1 nF). Gesamtanzug: 11000 €.

► *Günstigerprüfung nach Abs. 4a Sätze 1 und 3:* Für die sonstigen Vorsorgeaufwendungen ist Abs. 3 aF anzuwenden. Danach ist für die Gesamtaufwendungen (5000 €) zunächst der abgeschmolzene, aber mangels ArbG-Anteil nicht weiter zu kürzende Vorwegabzug (600 €) und der Grundhöchstbetrag (1334 €) zu gewähren. Die verbleibenden Aufwendungen (3066 €) sind zur Hälfte, jedoch maximal bis zu 667 € abziehbar (667 €). Insgesamt beläuft sich der Abzug nach Abs. 3 aF auf 2601 €. – Hinzu kommt der Erhöhungsbetrag für die Beiträge zum sog. Rürup-Vertrag (86 % von 10000 € = 8600 €). Der Gesamtanzug für Vorsorgeaufwendungen beträgt 11201 € und ist damit auch im VZ 2018 noch minimal höher als der sich nach Abs. 3, 4 nF ergebende Betrag von 11200 €.

**Kritik:** Nach der gesetzlichen Regelung bleibt es dabei, dass Beiträge zu sog. 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 sog. Rürup-Verträgen in voller Höhe vorzugswürdig gewesen.

#### IV. 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 sog. 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 2018; zu zahlreichen weiteren Beispielen s. in BMF v. 24.5.2017 – IV C 3 – S 2221/16/10001:004, BStBl. I 2017, 820 Rz. 210; RISTHAUS, DB 2006, 2773; GURN, Inf. 2006, 947; MYBEN/WOLTER, NWB 2009, 2313 [2330 ff.]): Ein lediger ArbN bezieht Arbeitslohn iHv. 10 000 € und zahlt neben den Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung (2 000 €, davon 1 000 € ArbN-Anteil zur gesetzlichen Rentenversicherung) noch 1 000 € auf einen sog. Rürup-Vertrag.

► *Berechnung nach Abs. 3, 4 nF*: Die gesamten Altersvorsorgeaufwendungen (einschließlich ArbG-Anteil zur gesetzlichen Rentenversicherung) betragen 3 000 €. Hiervon sind nach Anwendung des Übergangsfaktors (86 %) 2 580 € abziehbar. Dieser Betrag ist noch um den streifen ArbG-Anteil (1 000 €) zu vermindern. Es verbleiben nach Abs. 3 nF abziehbare Altersvorsorgeaufwendungen von 1 580 €. – Nach Abs. 4 Satz 2 nF sind die sonstigen Vorsorgeaufwendungen in ihrer tatsächlichen Höhe (1 000 €) abziehbar, da der Höchstbetrag von 1 900 € nicht überschritten wird. Insgesamt können Vorsorgeaufwendungen von 2 580 € abgezogen werden.

► *Günstigerprüfung nach Abs. 4a Sätze 1 und 3* (s. Anm. 403): Diejenigen Vorsorgeaufwendungen, die nicht Beiträge zur sog. Rürup-Rente sind (gesetzliche Sozialversicherung), sind in voller Höhe abziehbar, da die Höchstbeträge nach Abs. 3 aF nicht überschritten werden (2 000 €). Der Erhöhungsbetrag für die Beiträge zur Rürup-Rente (1 000 €) beläuft sich nach Anwendung des Übergangsfaktors (86 %) auf 860 €. Insgesamt können Vorsorgeaufwendungen von 2 860 € abgezogen werden.

► *Mindestabzug nach Abs. 4a Sätze 1 und 2*: Hier werden auch die Beiträge zur sog. Rürup-Rente in die Höchstbetragsberechnung nach Abs. 3 aF einbezogen (insgesamt 3 000 €). Der abgeschmolzene Vorwegabzug von 600 € ist um 16 % des Arbeitslohns (1 600 €) zu kürzen, so dass 0 € verbleiben. Zusätzlich ist der Grundhöchstbetrag von 1 334 € zu gewähren. Von den verbleibenden Aufwendungen können 50 %, höchstens jedoch 667 € abgezogen werden. Insgesamt beläuft sich der Abzug für Vorsorgeaufwendungen auf 2 001 €. Diese Variante ist daher zum Ende der Übergangszeit hin wegen des abschmelzenden Vorwegabzugs ungünstig; zu Beginn des Übergangszeitraums war sie bei geringen Einkünften idR die günstigste.

405–409 Einstweilen frei.

### I. Erläuterungen zu Abs. 4b: Behandlung von Zuschüssen und Erstattungen

**Schrifttum:** ENDRISS, 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; GEBHARDT, Erstattungsüberhänge bei Sonderausgaben, EStB 2012, 30; MEYERING/GERHARD, Die Neuregelung von Sonderausgabenerstattungsüberhängen durch das Steuervereinfachungsgesetz 2011, DStR 2012, 272.

410

### I. Einordnung des Abs. 4b

**Systematische Einordnung:** Abs. 4b regelt die Behandlung von Zuschüssen und Erstattungen. In den Sätzen 1 bis 3 sind die materiell-rechtl. Regelungen enthalten. Diese Vorschriften sind allerdings lückenhaft, so dass in Teilbereichen weiterhin auf die Rspr. zu der bis VZ 2011 geltenden Rechtslage zurückgegriffen

## II. Materiell-rechtliche Behandlung (Sätze 1 bis 3) Anm. 410–412 § 10

werden muss (s. Anm. 415). Die Sätze 4 bis 6 ordnen für bestimmte Fälle der Zuschüsse oder Erstattungen eine Datenübermittlung an die FinVerw. an (s. Anm. 417).

**Historische Einordnung:** Abs. 4b (damals die Sätze 1 bis 3) ist durch das StVereinFG v. 1.11.2011 (BGBl. I 2011, 2131; BStBl. I 2011, 986) mW ab VZ 2012 eingefügt worden. Mit dem AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 803) wurden mit erstmaliger Wirkung für die Daten des VZ 2016 (§ 52 Abs. 18 Satz 4) die Sätze 4 bis 6 über die Datenübermittlung durch öffentliche Stellen angefügt. Das VerfModG v. 18.7.2016 (BGBl. I 2016, 1679; BStBl. I 2016, 694) hat die Sätze 4 bis 6 mW ab VZ 2017 neu gefasst.

### II. Materiell-rechtliche Behandlung von Zuschüssen und Erstattungen (Abs. 4b Sätze 1 bis 3)

#### 1. Steuerfreie Zuschüsse für einen anderen Veranlagungszeitraum bei Vorsorgeaufwendungen (Abs. 4b Satz 1) 411

Erhält der Stpfl. für die von ihm für einen anderen VZ geleisteten Aufwendungen iSd. Abs. 4b Satz 2 (Vorsorgeaufwendungen) einen steuerfreien Zuschuss, ist dieser den erstatteten Aufwendungen gleichzustellen. Steuerfreie Zuschüsse zu solchen Vorsorgeaufwendungen, die im VZ der Zuschussgewährung geleistet werden, sind bereits gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 vom Abzug ausgeschlossen, so dass hierfür eine Regelung in Abs. 4b entbehrlich war. Die erst auf Anregung des BRat (BTDrucks. 17/6146, 14) in den Gesetzentwurf eingefügte Vorschrift des Abs. 4a Satz 1 hätte systematisch hinter die Sätze 2 und 3 gehört, nicht aber davor.

#### 2. Verrechnung von Erstattungsüberhängen bei Vorsorgeaufwendungen (Abs. 4b Satz 2) 412

Übersteigen bei den Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2-3a) die im VZ erstatteten Aufwendungen (einschließlich der für einen anderen VZ geleisteten steuerfreien Zuschüsse gem. Abs. 4b Satz 1) die geleisteten Aufwendungen, ist dieser Erstattungsüberhang mit anderen im Rahmen der jeweiligen Nummer des Abs. 1 anzusetzenden Aufwendungen zu verrechnen (Abs. 4b Satz 2).

Nummehr können zB erstattete Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) mit Beiträgen zu sog. Rürup-Verträgen (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) verrechnet werden, nicht aber mit Krankenversicherungsbeiträgen (Abs. 1 Nr. 3). Von besonderer praktischer Bedeutung ist, dass Aufwendungen und Erstattungen in Bezug auf alle in Abs. 1 Nr. 3a genannten Versicherungssparten (Kranken- und Pflegeversicherung, die nicht zur Basisversorgung gehören, Arbeitslosen-, Erwerbs- und Berufsunfähigkeits-, Unfall-, Haftpflicht- und Risikoversicherungen) miteinander verrechnet werden können. Dies war bis VZ 2011 nicht möglich.

**Prüfungsreihenfolge:** Erstattungen können bis zu drei Bearbeitungsschritte auslösen:

► *Erster Schritt:* Zunächst ist eine Verrechnung innerhalb der jeweiligen Versicherungssparte bis maximal auf 0 € vorzunehmen. Dies wird in Satz 2 zwar nicht ausdrücklich angeordnet, von der gesetzlichen Regelung aber ersichtlich vorausgesetzt. Bis zur Schaffung dieser zum VZ 2012 in Kraft getretenen gesetz-

lichen Regelung nahm die Praxis stets nur eine Verrechnung im Rahmen der jeweiligen Versicherungssparte vor (s. Anm. 415).

► *Zweiter Schritt:* Sind die Erstattungen höher als die zur jeweiligen Versicherungssparte geleisteten Beiträge, sind sie mit Aufwendungen zu anderen Versicherungssparten, die von derselben Nummer des Abs. 1 erfasst werden, vorzunehmen. Dies ist der Regelungsinhalt des Abs. 4b Satz 2.

► *Dritter Schritt:* Verbleibt auch danach noch ein Erstattungsüberhang, ist dieser bei Aufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 (Basis-Kranken- und Pflegeversicherung) dem Gesamtbetrag der Einkünfte des Erstattungsjahres hinzuzurechnen (Satz 3; s. Anm. 413). In den Fällen des Abs. 1 Nr. 2, 3a (Altersvorsorge; sonstige Vorsorgeaufwendungen) ist der SA-Abzug des früheren Abzugsjahrs rückgängig zu machen (s. Anm. 415).

**Begriff der Erstattung:** Dieser 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; BFH v. 11.10.1974 – VI R 173/71, BStBl. II 1975, 275).

**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), ist die spätere Erstattung solcher Beträge stl. ohne Belang.

**Erstattungsüberhänge bei anderen Sonderausgaben als Vorsorgeaufwendungen:** Der Anwendungsbereich von Abs. 4b Sätze 1 und 2 beschränkt sich auf Vorsorgeaufwendungen. Für die anderen SA-Tatbestände hat sich daher durch die ab VZ 2012 geltende gesetzliche Regelung nichts daran geändert, dass eine Verrechnung von erstatteten Aufwendungen mit SA desselben Typs (hier: derselben Nummer) zulässig ist (s. Anm. 414, 415).

### 413 3. Hinzurechnung bestimmter Erstattungsüberhänge zum Gesamtbetrag der Einkünfte (Abs. 4b Satz 3)

Gemäß Abs. 4b Satz 3 ist ein verbleibender Betrag des sich bei den Aufwendungen nach Abs. 1 Nr. 3, 4 ergebenden Erstattungsüberhangs dem Gesamtbetrag der Einkünfte hinzuzurechnen.

**Sachlicher Anwendungsbereich:** Dieser beschränkt sich auf Beiträge zu Basis-Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3) sowie auf KiSt (Abs. 1 Nr. 4). Die Regelung erfasst daher nur solche SA-Tatbestände, bei denen die Aufwendungen in vollem Umfang (und nicht etwa begrenzt auf Höchstbeträge) abziehbar sind. Dies ist bei den nicht in Abs. 4b Satz 3 genannten Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2 und 3a) nicht der Fall. Dort – sowie bei allen anderen SA-Tatbeständen – kann es daher (nach Ausschöpfung der Verrechnungsmöglichkeiten innerhalb des jeweiligen SA-Tatbestands) weiterhin zur Rückgängigmachung des SA-Abzugs im Abflussjahr kommen (MEYERING/GERHARD, DStR 2012, 272 [274]).

**Hinzurechnung zum Gesamtbetrag der Einkünfte:** In den von Abs. 4b Satz 3 erfassten Fällen ist der verbleibende Erstattungsüberhang dem Gesamtbetrag der Einkünfte hinzuzurechnen. Nach dem Gesetzeswortlaut beeinflusst

## II. Materiell-rechtliche Behandlung (Sätze 1 bis 3) Anm. 413–415 § 10

dieser Hinzurechnungsposten nicht etwa die Höhe des Gesamtbetrags der Einkünfte, sondern ist im Ermittlungsschema erst danach anzusetzen (FG Ba.-Württ. v. 2.2.2017 – 3 K 834/15, EFG 2017, 826, nrkr., unter 3.a, Az. BFH X R 8/17; WACKERBECK, EFG 2017, 829; vgl. für den umgekehrten Fall § 2 Abs. 4, wonach der Gesamtbetrag der Einkünfte ua. um SA „vermindert“ wird). Unzutreffend ist es daher, wenn diese Position mit einer „achten Einkunftsart“ verglichen wird (so aber SCHARFENBERG/MARBES, DB 2011, 2282 [2283]) oder eine Einflussnahme auf den Verlustrücktrag bzw. festzustellenden Verlustvortrag oder die Höhe des Spendenabzugs für möglich gehalten wird (so GEBHARDT, EStB 2012, 30). Die Versorgung eines erhöhten Verlustabzugs ist zwar vom Wortlaut und der Gesetzssystematik hier zutreffend (der Erhöhungsbetrag entspricht systematisch einer „umgekehrten Sonderausgabe“, nicht aber einer „echten Einkunftsart“); das Ergebnis ist allerdings unbefriedigend. Die Regelung soll eine Änderung alter StFestsetzungen vermeiden (BTDrucks. 17/5125, 21), denn nach der zur Rechtslage bis VZ 2011 entwickelten Rspr. war in diesen Fällen der im Jahr des Abflusses der Zahlung gewährte SA-Abzug rückgängig zu machen (s. Anm. 415).

**Hinzurechnung unabhängig von früherer steuerlicher Auswirkung:** Die Hinzurechnung des Erstattungsüberhangs zum Gesamtbetrag der Einkünfte ist unabhängig davon vorzunehmen, ob bzw. in welchem Umfang sich die Zahlung der SA in den früheren VZ estl. im Erg. ausgewirkt hat (FG Ba.-Württ. v. 2.2.2017 – 3 K 834/15, EFG 2017, 826, nrkr., unter 3.b, Az. BFH X R 8/17). Insofern gelten die zur Rechtslage bis VZ 2011 entwickelten Rechtsgrundsätze fort (s. dazu Anm. 415).

### 4. Behandlung der nicht von Abs. 4a Sätze 1 bis 3 erfassten Erstattungen 414

Abs. 4b Sätze 1 bis 3 erfassen nicht sämtliche SA-Tatbestände, bei denen es zu Erstattungen (bzw. stfreien Zuschüssen außerhalb des VZ des Abflusses der Aufwendungen) kommen kann. Auch bei Schulgeldzahlungen (Abs. 1 Nr. 9), Unterhaltszahlungen (Abs. 1a Nr. 1), Versorgungsleistungen (Abs. 1a Nr. 2), Versorgungsausgleichsleistungen (Abs. 1a Nr. 3 und 4) und Spenden (§ 10b) ist eine spätere Rückzahlung – etwa als Erg. eines Rechtsstreits oder Vergleichs – nicht völlig ausgeschlossen. Da hierfür weiterhin keine gesetzliche Regelung besteht, gelten insoweit die von der Rspr. vor Inkrafttreten des Abs. 4b entwickelten Grundsätze fort (zutr. FG Ba.-Württ. v. 2.2.2017 – 3 K 834/15, EFG 2017, 826, nrkr., unter 2., Az. BFH X R 8/17; s. dazu Anm. 415).

### 5. Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2011 415

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

BFH v. 27.9.1963 – VI 123/62 U, BStBl. III 1963, 536, unter I.; BFH v. 2.2.1996 – X B 54/95, BFH/NV 1996, 472, Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. 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).

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 (BFH v. 19.1.2010 – X B 32/09, BFH/NV 2010, 1250; BFH v. 6.7.2016 – X R 6/14, BStBl. II 2016, 933). Die vorrangige Verrechnung mit gleichartigen erstatteten Aufwendungen ist auch dann vorzunehmen, wenn im VZ 2010 Krankenversicherungsbeiträge erstattet werden, die in den Vorjahren nur beschränkt abziehbar waren, die Erstattung aber die erstmals unbeschränkt abziehbaren Beiträge des Jahres 2010 mindert (BFH v. 6.7.2016 – X R 6/14, BStBl. II 2016, 933; BFH v. 6.7.2016 – X R 22/14, BFH/NV 2016, 1688; BFH v. 3.8.2016 – X R 35/15, BFH/NV 2016, 1704). 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 1:** 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 – I 140/61, EFG 1962, 56, rkr.).

Bei den in Abs. 1 Nr. 2, 3, 3a 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 2:** Erstattete Krankenversicherungsbeiträge werden zwar mit gezahlten Krankenversicherungsbeiträgen verrechnet, nicht aber mit gezahlten Unfallversicherungsbeiträgen (ebenso Anm. HFR 1970, 267; BFH v. 21.7.2009 – X R 32/07, BStBl. II 2010, 38; anders allerdings OFD Frankfurt v. 6.5.2003 – S 2221A - 8 - St II 27, DStR 2003, 1705; OFD Frankfurt v. 19.6.2006 – S 2221A - 8 - St 218, 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 überschüssige Erstattungsbetrag kann sich aber in diesem VZ mangels Verrechnungspotenzials nicht einkommenserhöhend auswirken (BFH v. 27.9.1963 – VI 123/62 U, BStBl. III 1963, 536, unter I.; aA EGGESIECKER/ELLERBECK, FR 2008, 1087). Jedoch versagt die Rspr. dann rückwirkend den SA-Abzug im VZ des Abflusses der früheren Zahlung; verfahrensrechtl. Grundlage für die Änderung des StBescheids ist § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Diese Rspr. ist zwar vor allem zum Abzug von KiSt entwickelt worden (zum Abzug von KiSt bei von vornherein fehlender KiSt-Pflicht s. Anm. 138), gilt aber für alle SA-Tatbestände.

BFH v. 28.5.1998 – X R 7/96, BStBl. II 1999, 95, unter 3.; BFH v. 7.7.2004 – XI R 10/04, BStBl. II 2004, 1058; BFH v. 23.2.2005 – XI R 68/03, BFH/NV 2005, 1304; BFH v. 2.9.2008 – X R 46/07, BStBl. II 2009, 229; BFH v. 26.11.2008 – X R 24/08, BFH/NV 2009, 568; BMF v. 11.7.2002 – IV C 4 - S 2221 - 191/02, BStBl. I 2002, 667; krit. dazu ENDRISS, DStR 2005, 1171; ORTHEIL, DB 2005, 466; TIEDTKE/SZCZESNY, FR 2008, 996. Diese Frage ist aus Sicht der Rspr. geklärt, so dass Revisionen nicht mehr zugelassen werden (BFH v. 16.9.2008 – X B 267/07, BFH/NV 2009, 5; BFH v. 8.1.2009 – X B 256/07, BFH/NV 2009, 548). Der Erstattungsüberhang ist nicht etwa in das zeit-



lich nächstliegende Vorjahr, sondern immer in das Jahr der tatsächlichen früheren Zahlung der jeweiligen SA zurückzutragen (BFH v. 25.10.2016 – X R 31/14, BStBl. II 2017, 287). Auch wenn dieses Erg. für den Stpfl. ungünstig ist, besteht kein Anspruch auf einen Billigkeitserlass (BFH v. 17.4.2013 – X R 6/11, BFH/NV 2013, 1538).

Das rückwirkende Ereignis führt gem. § 175 Abs. 1 Satz 2 AO zu einem Neubeginn der Festsetzungsfrist für das Jahr, in dem der Rücktrag des Erstattungsüberhangs zu berücksichtigen ist (BFH v. 25.10.2016 – X R 31/14, BStBl. II 2017, 287 Rz. 33). Dieses rückwirkende Ereignis tritt erst ein, wenn feststeht, dass im VZ der Erstattung keine Gegenrechnung vorgenommen werden kann (FG Hamb. v. 25.1.2006 – I 174/05, 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 (BFH v. 9.12.2009 – X R 4/09, BFH/NV 2010, 596), 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). 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 – 4 K 4598/03 E, 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; BFH v. 16.9.2008 – X B 267/07, BFH/NV 2009, 5); dieser Zeitpunkt ist aber für die Frage der Änderungsbefugnis ohne Belang.

Ausführlich zu Konstellationen, in denen Erstattungen für mehrere frühere VZ vorgenommen wurden, OFD Frankfurt v. 6.5.2003 – S 2221A - 8 - St II 27, DStR 2003, 1705 (aA allerdings FG Münster v. 31.7.2008 – 4 K 610/07 E, EFG 2008, 1873, rkr., m. Anm. PFÜTZENREUTER; BFH v. 5.3.2013 – X B 179/11, BFH/NV 2013, 926, hat eine Befassung mit dieser Frage abgelehnt, weil sie auslaufendes Recht betreffe). Zu Erstattungsfällen, bei denen weder im Erstattungsjahr noch im Rücktragsjahr genügend Gegenrechnungsvolumen vorhanden ist, s. OFD Frankfurt v. 19.6.2006 – S 2221A - 8 - St 218, DStZ 2006, 673.

Einstweilen frei.

416

### III. Datenübermittlung bei Zuschüssen zu oder Erstattungen von Vorsorgeaufwendungen durch öffentliche Stellen (Abs. 4b Sätze 4 bis 6)

417

Erstmals für die Daten des VZ 2016 (§ 52 Abs. 18 Satz 4) ist in Abs. 4b Satz 4 eine Pflicht zur Übermittlung von Daten über bestimmte Erstattungen an die FinVerw. durch Datenfernübertragung eingeführt worden. Die Regelung wurde zum VZ 2017 sprachlich an die Änderungen der AO im Zuge der Einführung des elektronischen Besteuerungsverfahrens angepasst; inhaltliche Änderungen waren damit aber nicht verbunden, so dass nachfolgend nur die ab VZ 2017 geltende Rechtslage kommentiert wird (zur Rechtsentwicklung s. Anm. 410).

**Adressaten der Datenübermittlungspflicht** sind ausschließlich Behörden iSd. § 6 Abs. 1 AO und andere öffentliche Stellen (zB Sozialversicherungsträger). Nicht erfasst sind daher insbes. private Versicherungsgesellschaften. Private Kranken- und Pflegeversicherer müssen erstattete Beiträge allerdings bereits nach Abs. 2a Satz 4 Nr. 2 mitteilen.

**Sachlicher Anwendungsbereich:** Dieser beschränkt sich auf stfreie Zuschüsse zu Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2, 3, 3a) bzw. die Erstattung solcher Auf-

wendungen (vgl. auch die Spezialregelungen in § 24 AltvDV). Zuschüsse bzw. Erstattungen in Zusammenhang mit anderen SA-Tatbeständen werden von der Datenübermittlungspflicht nicht erfasst. Dies ist folgerichtig, weil es derzeit nur bei Vorsorgeaufwendungen ein Datenübermittlungsverfahren gibt.

**Datenempfänger** ist die zentrale Stelle iSd. § 81, dh. die Deutsche Rentenversicherung Bund (vgl. auch Abs. 2a Satz 4).

**Verweis auf § 93c AO:** Zu Einzelheiten verweist Abs. 4b Satz 4 auf die Regelung des § 93c AO, die zahlreiche Detailvorschriften zu Datenübermittlungen im Besteuerungsverfahren enthält.

**Verweis auf § 22a Abs. 2 (Abs. 4b Satz 5):** Dieser Verweis ermöglicht es dem Datenübermittler, sich die Identifikationsnummer des Stpfl. beim BZSt. zu beschaffen (s. Anm. 323 zur Parallelvorschrift des Abs. 2a Satz 5).

**Weder Prüfungsbefugnis noch Haftung der Datenübermittler (Abs. 4b Satz 6):** Die allgemeine Ermittlungsbefugnis der Finanzbehörden (§ 72a Abs. 4 AO) und die Haftung der mitteilungspflichtigen Stellen für mindestens grob fahrlässig fehlerhaft übermittelte Daten (§ 93c Abs. 4 AO) wird für die Fälle des Abs. 4b Satz 4 ausgeschlossen (s. auch Anm. 325 zur Parallelvorschrift des Abs. 2a Sätze 7 und 8). Dieser Verzicht des Gesetzgebers auf Prüfungs- und Sanktionsmöglichkeiten ist hier aber vertretbar, weil es sich bei den Adressaten der Regelungen in Abs. 4a Sätze 4 bis 6 ausschließlich um Behörden und andere öffentliche Stellen handelt, die ohnehin an das Gesetz gebunden sind.

**Korrektur von Steuerbescheiden:** Solange übermittelte Daten noch nicht zutr. in den EStBescheid eingegangen sind, ist der Bescheid nach dem ab VZ 2017 geltenden § 175b AO zu korrigieren (s. auch Anm. 326 zu Abs. 2a). Für den VZ 2016 enthielt Abs. 4b Satz 5 eine entsprechende Korrekturvorschrift.

418–419 Einstweilen frei.

## J. Erläuterungen zu Abs. 5: Verordnungsermächtigung

### 420 I. Regelungsinhalt ab Veranlagungszeitraum 2010 (Aufteilung von Beiträgen zu privaten Krankenversicherungen)

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. 91 f.

**Historische Einordnung:** 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 Belohnung 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 steuerschädlichen Abtretung oder Beilehung von Versicherungsansprüchen eingeführt. Das Ges. zur Neuregelung der steuerrechtlichen Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995 (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775) brachte eine Vereinfachung durch Wegfall der Nachversteuerungsregelung 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 Rechtsverordnung betrifft nunmehr die Aufteilung der Beitragsanteile zu privaten Krankenversicherungen; der Inhalt des Abs. 5 aF gilt gem. § 52 Abs. 18 Satz 5 für Altverträge aber fort.

Einstweilen frei.

421–424

## II. Fortgeltender Regelungsinhalt des Abs. 5 aF iVm. §§ 29, 30 EStDV

### 1. Voraussetzungen der Nachversteuerung bis 2009

425

Abs. 5 aF enthält die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Regelungen der §§ 29, 30 EStDV. Danach ist bei „alten“ (bis einschließlich VZ 2004 abgeschlossenen) Renten- und Kapitallebensversicherungen (zu den in zeitlicher und sachlicher Hinsicht erfassten Versicherungsvertragsarten s. Anm. 121) 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. 125 ff.). § 29 EStDV ordnet für Sicherungsnehmer, VU 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 BRat erlassen. Abs. 5 aF ist durch das BürgEntlG-KV zwar mW ab VZ 2010 aufgehoben worden, gilt für Altverträge aber fort (§ 52 Abs. 18 Satz 5).

**Sachlicher Anwendungsbereich:** Die Nachversteuerung ist seit VZ 2005 nur noch bei Versicherungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b in der im VZ 2004 geltenden Fassung anzuwenden. Dabei handelt es sich um Altverträge über Rentenversicherungen mit und ohne Kapitalwahlrecht sowie um Kapitalversicherungen (Einzelheiten s. Anm. 121).

**Zeitlicher Anwendungsbereich:** Da Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b in der im VZ 2004 geltenden Fassung nur noch für Versicherungsverträge gilt, deren Laufzeit vor dem 1.1.2005 begonnen hat (Einzelheiten s. Anm. 122), 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 (zu Ein-

zelheiten s. Anm. 125 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 – 1 K 200/84, 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. 121) 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“).

426–429 Einstweilen frei.

## 2. Durchführung der Nachversteuerung

### 430 a) Anzeigepflichten nach § 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 abtreten werden): Sicherungsnehmer müssen bei Versicherungsverträgen, deren Laufzeit vor 2005 begonnen hat, dem für die Veranlagung des Sicherungsnehmers 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 VU 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 VU 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 VU 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.

**b) Festsetzung der Nachsteuer nach § 30 EStDV**

**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 2012). 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 zutr., 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 Steuerakten 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.; BFH 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 – 2 K 353/99, EFG 2001, 641, rkr., das § 30 EStDV nur anwenden will, wenn zugleich die Voraussetzungen des § 173 AO vorliegen).

**Vorrang der Korrektur des Abzugsjahres?** 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: Teilweise beruft sie sich auf Vereinfachungsgründe (BFH v. 1.12.1964 – IV 160/63, HFR 1965, 263) oder formuliert, es bestehe kein Anlass für die Festsetzung einer Nachsteuer (BFH v. 13.7.1967 – VI 291/65, BStBl. III 1967, 575). Mitunter geht sie von einem widersprüchlichen Verhalten aus (*venire contra factum proprium*; BFH v. 26.8.1986 – IX R 6/81, BStBl. II 1987, 164, unter 2.). Dies ist uE zweifelhaft, weil verfahrensrechtl. Re-

gelungen 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, mit 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, mit krit. Anm. VON GROLL [X. Senat], FR 2000, 734; aA auch Anm. in HFR 1987, 189 [190]). Es ist uE der erstgenannten Auffassung zu folgen, da kein Grund dafür ersichtlich ist, zwar einerseits die Besteuerungsgrundlagen der früheren Festsetzung 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 Abzugsjahres 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.

432–439 Einstweilen frei.

440

### K. Erläuterungen zu Abs. 6: Übergangsregelungen zu Vorsorgeaufwendungen

Abs. 6 ist durch das KroatienAnpG v. 25.7.2014 (BGBl. I 2014, 1266; BStBl. I 2014, 1126) mW ab 1.1.2014 angefügt worden. Zugleich ist durch dieses Gesetz die allgemeine Vorschrift über die estl. Übergangsregelungen (§ 52) erheblich verkürzt worden. Einige der bis VZ 2013 in § 52 Abs. 24 aF enthaltenen Übergangsregelungen sind nunmehr in Abs. 6 überführt worden. Dies ist uE aus Gründen der Gesetzesklarheit zu begrüßen.

**Altersgrenze bei Altverträgen über die kapitalgedeckte Altersvorsorge (Abs. 6 Satz 1):** Die Vorschrift übernimmt die bis VZ 2013 in § 52 Abs. 24 Satz 1 enthaltene Übergangsregelung für vor dem 1.1.2012 abgeschlossene Verträge über eine private kapitalgedeckte Altersvorsorge. Danach darf die Altersgrenze für die Zahlung der Rente für derartige Altverträge auch weiterhin beim vollendeten 60. Lebensjahr liegen. Für Vertragsschlüsse ab 1.1.2012 darf die Altersrente hingegen nicht vor Vollendung des 62. Lebensjahrs einsetzen (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. aa Satz 1; zu Einzelheiten s. Anm. 63).

**Fingierte Einwilligung in die elektronische Datenübermittlung (Abs. 6 Satz 2):** Die Vorschrift übernimmt die bis VZ 2013 in § 52 Abs. 24 Satz 2 enthaltene Übergangsregelung zur fingierten Einwilligung in die elektronische Datenübermittlung hinsichtlich der Beiträge zu privaten Altersvorsorgeverträgen sowie Kranken- und Pflegeversicherungen, wenn das Versicherungsverhältnis am 1.1.2011 bereits bestanden hat (s. Anm. 315, 317).

441–499 Einstweilen frei.

<b>L. ABC der Sonderausgaben</b>
----------------------------------

500

**Abgeordnete:** Zur Kürzung des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 353.

**Abtretung** von Ansprüchen aus Renten- und Kapitalversicherungen: Siehe Anm. 125 ff.

**Abzugsberechtigung:** Siehe Anm. 35 ff.

**Abzugszeitpunkt:** Siehe Anm. 40 ff.

**Altersvorsorge:** Siehe Anm. 50 ff.

**Anzeigespflicht** bei Abtretung und Beleihung von Ansprüchen aus Renten- und Kapitalversicherungen (§ 29 EStDV): Siehe Anm. 430.

**Arbeitgeberanteil:** Siehe Anm. 56, 75, 359.

**Arbeitslosigkeit:** Beiträge zu Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit sind dem Grunde nach abziehbar (Abs. 1 Nr. 3a, s. Anm. 103); zur Verfassungsmäßigkeit der Höchstbeträge des Abs. 4, die einen Abzug in der Praxis idR ausschließen, s. Anm. 384.

**Arbeitszimmer:** Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer können ggf. als Ausbildungskosten abgezogen werden (s. Anm. 172).

**Ausbildungskosten:** Siehe Anm. 160 ff.

**Ausland:** Siehe Anm. 14 f. und die dortigen Verweisungen.

**Außergewöhnliche Belastungen:** Zum Verhältnis zwischen § 10 und §§ 33 ff. s. Anm. 19.

**Aussetzungsinsen:** Siehe „Steuerzinsen“.

**Aussteuerversicherung:** Bis VZ 2004 abgeschlossene Verträge können als Versicherung auf den Erlebensfall begünstigt sein (s. Anm. 121).

**Bausparkassenbeiträge:** Bis zur Abschaffung durch das Ges. zur Neuregelung der steuerrechtlichen 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).

**Beamte:** Zur Kürzung des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 353; zum geringeren Höchstbetrag für sonstige Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 388.

**Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung:** Allgemein s. Anm. 56; zur Kürzung des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen bis zur Beitragsbemessungsgrenze (Abs. 3 Satz 3) s. Anm. 356.

**Beleihung** von Ansprüchen aus Renten- und Kapitalversicherungen: Siehe Anm. 125 ff.

**Berufsausbildungskosten:** Siehe Anm. 160 ff.

**Berufsständische Versorgungseinrichtungen:** Siehe Anm. 58.

**Berufsunfähigkeitsversicherungen**, die einen ergänzenden Anspruch im Rahmen einer sog. Rürup-Rente gewähren, fallen, unter Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b (s. Anm. 62), andere Berufsunfähigkeitsversicherungen unter Abs. 1 Nr. 3a (s. Anm. 104).

**Betriebsausgaben:** Zur Abgrenzung zwischen SA und BA s. Anm. 45 und die dortigen Verweisungen.

**Bonusleistungen von Krankenversicherungen:** Siehe Anm. 83.

**Darlehen:** Sonderausgaben sind auch dann abziehbar, wenn sie durch eine Darlehensaufnahme finanziert werden (s. Anm. 43). Zum Abzugszeitpunkt bei der Darlehensfinanzierung von Ausbildungskosten s. Anm. 165.

**Dauernde Lasten:** Siehe Anm. 271 ff.

**Dread-Disease-Versicherung:** Siehe Anm. 121.

**Drittaufwand:** Siehe 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. 225 ff.; zur Behandlung von Ausbildungskosten bei Ehegatten s. Anm. 170; zur Behandlung von Ehegatten bei der Ermittlung der Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 351 (Altersvorsorgeaufwendungen) und Anm. 390 (sonstige Vorsorgeaufwendungen). Eingetragene Lebenspartner einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft sind den Ehegatten gleichgestellt (§ 2 Abs. 8).

**Eingetragene Lebenspartnerschaft:** Zur Berücksichtigung von Trennungs- und Scheidungsunterhalt s. Anm. 228; zur Einbeziehung des Hinterbliebenen in die sog. Rürup-Rente s. Anm. 62.

**Einmalbeitrag:** Zu Einmalbeiträgen zu privaten Altersvorsorgeverträgen s. Anm. 62; zu Einmalbeiträgen bei Renten- und Kapitalversicherungen s. Anm. 121.

**Einzelrechtsnachfolge:** Zur Abzugsberechtigung s. Anm. 38.

**Entgeltlicher Erwerb von Lebensversicherungen:** Siehe Anm. 123.

**Erbe:** Zur Abzugsberechtigung des Erben bei der Begleichung von SA-Schulden des Erblassers s. Anm. 38; zum Abzugsverbot bei beschränkter Stplf. des Erben s. Anm. 14.

**Erbschaftsteuer:** Zum Abzug verrenteter ErbSt als dauernde Last s. Anm. 274, zum Abzug von Beiträgen zu einer ErbSt-Versicherung s. Anm. 121.

**Ergänzungsschulen:** Siehe Anm. 213.

**Ersatzschulen:** Siehe Anm. 212.

**Erstattung von Sonderausgaben:** Siehe Anm. 410 ff.

**Erststudium:** Siehe Anm. 162.

**Erwerbsunfähigkeitsversicherungen**, die einen ergänzenden Anspruch im Rahmen einer sog. Rürup-Rente gewähren, fallen unter Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b (s. Anm. 62), andere Erwerbsunfähigkeitsversicherungen unter Abs. 1 Nr. 3a (s. Anm. 104). Zur Absicherung des Erwerbsunfähigkeitsrisikos in der gesetzlichen Rentenversicherung s. Anm. 58.

**Europarecht:** Siehe Anm. 10 und die dortigen Verweise.

**Feuerversicherung** ist nicht begünstigt (s. Anm. 110).

**Fondsgebundene Lebensversicherung:** Siehe Anm. 113.

**Gegenleistungsrenten** sind nicht nach Abs. 1a Nr. 2 abziehbar (s. Anm. 273).

**Gesamtrechtsnachfolge:** Siehe 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. 56.

**Grabpflege:** Siehe Anm. 249.

**Günstigerprüfung:** Siehe Anm. 400 ff.

**Haftpflichtversicherung:** Siehe Anm. 106.

**Hagelversicherung** ist nicht begünstigt (s. Anm. 110).

**Hausgewerbetreibende:** Siehe Anm. 56.

**Hausratversicherung** ist nicht begünstigt (s. Anm. 110).

**Hobbykurse** sind nicht als Berufsausbildungskosten begünstigt (s. Anm. 162).

**Höchstbeträge:** Zum Realsplitting s. Anm. 237, zu Ausbildungskosten s. Anm. 168, zu Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 330 ff., zu sonstigen Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 380 ff.

**Internat:** Zum Abzug des Schulgelds s. Anm. 190 ff.

**Kapitaldeckungsverfahren:** Siehe Anm. 58, 62.

**Kapitalversicherung:** Siehe Anm. 121.

**Kapitalwahlrecht:** Siehe Anm. 121.

**Kaskoversicherung** ist nicht begünstigt (s. Anm. 110).

**Kinderbetreuungskosten:** Siehe Anm. 140 ff.

**Kirchensteuer:** Siehe Anm. 130 ff.

**Krankenversicherungen:** Siehe Anm. 85 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. 75.

**Kürzung** des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 353; zur Kürzung des bis VZ 2004 geltenden Vorwegabzugs s. Anm. 362 f.

**Landwirtschaftliche Alterskassen:** Siehe Anm. 57.

**Lebenspartner:** Siehe „eingetragene Lebenspartnerschaft“.

**Lebensversicherung:** Siehe Anm. 120 ff.

**Leibrente:** Zum Abzug gezahlter Leibrenten aus bis 2007 geschlossenen Vermögensübergabeverträgen s. Anm. 276; zum Abzug von Beiträgen zum Erwerb einer Anwartschaft auf eine Leibrente aus einem privaten Altersvorsorgevertrag s. Anm. 62.

**Loss of Licence-Versicherung:** Siehe Anm. 104.

**Mindesttodesfallschutz:** Siehe Anm. 121.

**Mittelherkunft:** Siehe Anm. 43.

**Nachversteuerung** bei Abtretung und Beleihung von Ansprüchen aus Renten- und Kapitalversicherungen: Siehe Anm. 425 ff.

**Nachzahlungszinsen:** Siehe „Steuerzinsen“.

**Nebenkosten zu Sonderausgaben** können grds. nicht ihrerseits als SA abgezogen werden (s. Anm. 31; dort auch zu Ausnahmen).

**Pflegeversicherung:** Siehe Anm. 86, 102.

**Private Altersversorgung:** Siehe Anm. 60 ff.

**Privatschulen:** Siehe Anm. 190 ff.

**Realsplitting:** Siehe Anm. 225 ff.

**Rechnung:** Zum Rechnungserfordernis für den Nachweis von Kinderbetreuungskosten s. Anm. 148.

**Rechtsschutzversicherung** ist nicht begünstigt (s. Anm. 110).

**Religionsgemeinschaften:** Siehe Anm. 133.

**Renten:** Zum Abzug von Renten, die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhen, s. Anm. 240 ff.; zum Abzug von Beiträgen zu einer privaten Leibrentenversicherung (sog. Rürup-Rente) s. Anm. 60–70.

**Rentenversicherung:** Zur gesetzlichen Rentenversicherung s. Anm. 56; zu privaten Altersvorsorgeverträgen s. Anm. 60 ff.; zu Rentenversicherungen in Form der LV s. Anm. 120 ff.

**Risikoversicherung:** Siehe Anm. 107.

**Rückzahlung von Sonderausgaben:** Siehe Anm. 410.

**Rürup-Rente:** Siehe Anm. 60–70.

**Sachleistungen:** Siehe Anm. 33; zum Abzug von Sachleistungen beim Realsplitting s. Anm. 227.

**Sachversicherung** ist nicht begünstigt (s. Anm. 110).

**Schulgeld:** Siehe Anm. 190 ff.

**Seniorenstudium** ist nicht als Berufsausbildungskosten begünstigt (s. Anm. 162).

**Steuerberatungskosten:** Siehe Anm. 150.

**Steuerfreie Einnahmen:** Die Verwendung stfreier Einnahmen zur Bezahlung von SA steht dem SA-Abzug grds. nicht entgegen (s. Anm. 43); für Vorsorgeaufwendungen enthält Abs. 2 Satz 1 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.

**Stundungszinsen:** Siehe „Steuerzinsen“.

**Trennung von Eheleuten:** Siehe „Realsplitting“.

**Übergangsfaktor bei Altersvorsorgeaufwendungen:** Siehe Anm. 357.

**Unfallversicherung:** Siehe Anm. 105.

**Unterhaltsleistungen:** Siehe Anm. 115 ff.

**Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen:** Siehe Anm. 240 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:** Siehe „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. 56); zum schuldrechtl. Versorgungsausgleich (Abs. 1a Nr. 4) s. Anm. 290.

**Versorgungsleistungen:** Siehe Anm. 240 ff.

**Versorgungswerk:** Siehe Anm. 58.

**Vorauszahlung von Sonderausgaben:** Siehe Anm. 41.

**Vorsorgeaufwendungen:** Zu Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2) s. Anm. 50–76; zu Krankheits- und Pflegevorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3) s. Anm. 80–97; zu sonstigen Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3a) s. Anm. 100–128. Zu weiteren Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen (Abs. 2, 2a) s. Anm. 300–322; zu Höchstbeträgen (Abs. 3–4a) s. Anm. 330–404.

**Vorwegabzug:** Siehe Anm. 362 f.

**Werbungskosten:** Zur Abgrenzung zwischen SA und WK s. Anm. 45 und die dortigen Verweisungen.

**Zinsen:** Siehe „Schuldzinsenabzug“; zum Abzug von Nachzahlungs-, Stundungs- und Aussetzungszinsen s. „Steuerzinsen“.

## § 10