

# Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: EStG KStG • ohne Aktualisierungsservice

Kommentar

Bearbeitet von  
Alfons Mrozek, Albert Kennerknecht, Dr. Gerhard Heuer, Carl Herrmann

Loseblattwerk mit 274. Aktualisierung 2016. Loseblatt. Rund 17026 S. In 10 Ordnern  
ISBN 978 3 504 23066 1

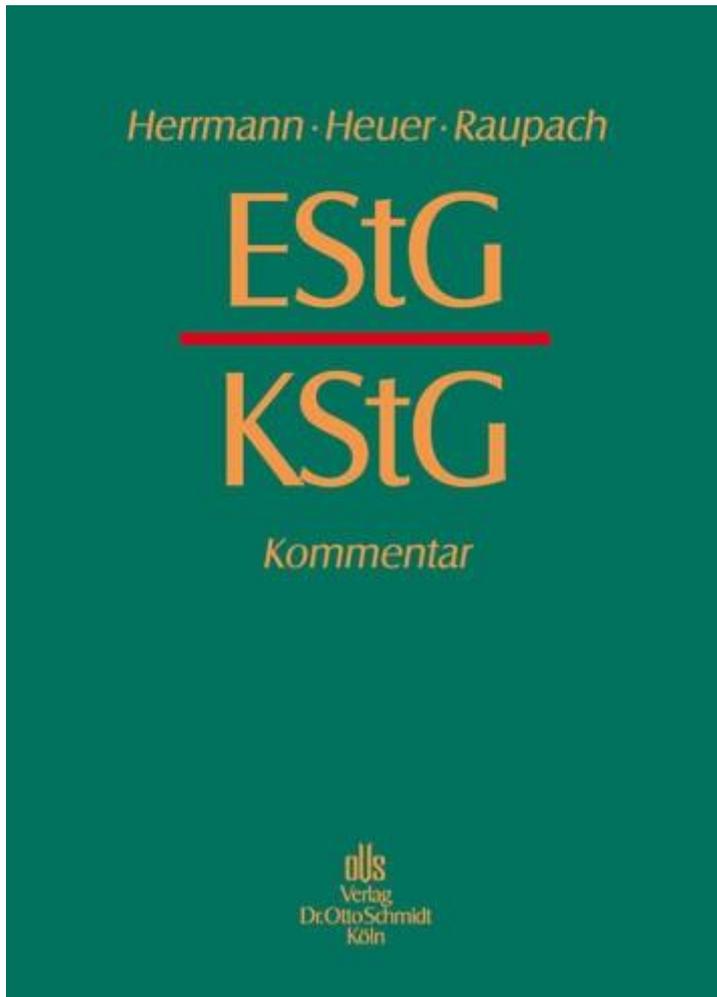
[Steuern > Steuerrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Herrmann/Heuer/Raupach

**Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz. Kommentar**  
(Grundwerk mit Fortsetzungsbezug für mindestens 2 Jahre)

**inkl. Datenbank [www.ertragsteuerrecht.de](http://www.ertragsteuerrecht.de)**

Grundwerk in 10 Bänden, Ordner Leinen, Kommentar, 16,5 x 23,5cm

ISBN 978-3-504-23063-0

398,00 €

## 5. Sonderausgaben

## § 10

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366, ber. 3862;  
 BStBl. I 2009, 1346), zuletzt geändert durch AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013  
 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802)

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

1. Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten, wenn der Geber dies mit Zustimmung des Empfängers beantragt, bis zu 13805 Euro im Kalenderjahr. <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 Beträge. <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 Absatz 1 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;
  - 1a. auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende, lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben, wenn der Empfänger unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist. <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 Wohnanteil eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft entfällt;
  - 1b. Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs nach den §§ 20, 21, 22 und 26 des Versorgungsausgleichsgesetzes, §§ 1587f, 1587g, 1587i des Bürgerlichen Gesetzbuchs und § 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. 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) <sup>1</sup>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<sup>1</sup> 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) <sup>1</sup>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 zu 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 Versicherungsfalls 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>Neben den genannten Auszahlungsformen darf kein weiterer Anspruch auf Auszahlungen bestehen. <sup>4</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>5</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 2 nur auf Antrag des Steuerpflichtigen hinzugerechnet;
3. <sup>1</sup>Beiträge zu
  - a) Krankenversicherungen, soweit diese zur Erlangung eines durch das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch bestimmten sozialhilfeglei-

1 Für Vertragsabschlüsse vor dem 1. Januar 2012: nicht vor Vollendung des 60. Lebensjahres (§ 52 Abs. 24 Satz 1).

chen 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; § 12 Absatz 1d des Versicherungsaufsichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 (BGBl. 1993 I S. 2), das zuletzt durch Artikel 4 und 6 Absatz 2 des Gesetzes vom 17. Oktober 2008 (BGBl. I S. 1982) geändert worden ist, gilt entsprechend.<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 1 Nummer 1 eigene Beiträge im Sinne des Buchstaben a oder des Buchstaben b zum Erwerb einer Krankenversicherung oder gesetzlichen Pflegeversicherung für einen geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten geleistet, dann werden diese abweichend von Satz 1 als eigene Beiträge des geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten behandelt.<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. Dezem-

ber 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, § 9 Absatz 1 Satz 3 Nummer 4 und 5, Absatz 2, Absatz 4 Satz 7 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 wird für

jedes Kind, bei dem die Voraussetzungen vorliegen, je Elternpaar nur einmal gewährt.

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

1. nicht in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen; steuerfreie Zuschüsse zu einer Kranken- oder Pflegeversicherung stehen insgesamt in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Vorsorgeaufwendungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3,
2. geleistet werden an
  - a) <sup>1</sup>Versicherungsunternehmen,
    - aa) die ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung in einem Mitgliedsstaat 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 Vertrages 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- oder Pflegeversicherung oder der Künstlersozialkasse 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 übermittelnden Stelle schriftlich einzuwilligen, spätestens bis zum Ablauf des zweiten Kalenderjahres, das auf das Beitragsjahr (Kalenderjahr, in dem die Beiträge geleistet worden sind) folgt; übermittelnde Stelle ist bei Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b der Anbieter, bei Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 3 das Versicherungsunternehmen, der Träger der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung oder die Künstlersozialkasse. <sup>2</sup>Die Einwilligung gilt auch für die folgenden Beitragsjahre, es sei denn, der Steuerpflichtige widerruft diese schriftlich gegenüber der übermittelnden Stelle. <sup>3</sup>Der Widerruf muss vor Beginn des Beitragsjahres, für das die Einwilligung erstmals nicht mehr gelten soll, der übermittelnden Stelle vorliegen. <sup>4</sup>Die übermittelnde 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,
2. nach Absatz 2 Satz 3 die Höhe der im jeweiligen Beitragsjahr geleisteten und erstatteten Beiträge nach Absatz 1 Nummer 3, soweit diese nicht mit der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung oder der Rentenbezugsmitteilung zu übermitteln sind,

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

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

ist dies unverzüglich durch Übermittlung eines Datensatzes an die zentrale Stelle zu korrigieren oder zu stornieren. <sup>8</sup>Ein Steuerbescheid ist zu ändern, soweit

1. Daten nach den Sätzen 4, 6 oder Satz 7 vorliegen oder
2. eine Einwilligung in die Datenübermittlung nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 oder nach Absatz 2 Satz 3 nicht vorliegt

und sich hierdurch eine Änderung der festgesetzten Steuer ergibt. <sup>9</sup>Die übermittelnde Stelle hat den Steuerpflichtigen über die Höhe der nach den Sätzen 4, 6 oder Satz 7 übermittelten Beiträge für das Beitragsjahr zu unterrichten. <sup>10</sup>§ 150 Absatz 6 der Abgabenordnung gilt entsprechend.

<sup>11</sup>Das Bundeszentralamt für Steuern kann die bei Vorliegen der Einwilligung nach Absatz 2 Satz 3 zu übermittelnden Daten prüfen; die §§ 193 bis 203 der Abgabenordnung sind sinngemäß anzuwenden. <sup>12</sup>Wer vorsätzlich oder grob fahrlässig eine unzutreffende Höhe der Beiträge im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 übermittelt, haftet für die entgangene Steuer.

<sup>13</sup>Diese ist mit 30 Prozent des zu hoch ausgewiesenen Betrags anzusetzen.

(3) <sup>1</sup>Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 2 Satz 4 sind bis zu 20 000 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 lebenslange 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 5 beantragt hat.

(4) <sup>1</sup>Vorsorgeaufwendungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 und 3a können je Kalenderjahr insgesamt bis 2 800 Euro abgezogen werden. <sup>2</sup>Der Höchstbetrag beträgt 1 900 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. 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) 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 anzusetzenden 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>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 (übermittelnde Stelle), haben der zentralen Stelle jährlich die zur Gewährung und Prüfung des Sonderausgabenabzugs nach § 10 erforderlichen Daten nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung zu übermitteln. <sup>5</sup>Ein Steuerbescheid ist zu ändern, soweit Daten nach Satz 4 vorliegen und sich hierdurch oder durch eine Korrektur oder Stornierung der entsprechenden Daten eine

Änderung der festgesetzten Steuer ergibt. <sup>6</sup>§ 22a Absatz 2 sowie § 150 Absatz 6 der Abgabenordnung gelten entsprechend.

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

### Krankenversicherungsbeitragsanteil-Ermittlungsverordnung (KVBEVO)

v. 11.8.2009 (BGBl. I 2009, 2730; BStBl. I 2009, 1530)

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 Krankenhaustagegeld 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 § 12 Absatz 1a des Versicherungsaufsichtsgesetzes versichert ist, ist ungeachtet der vorstehenden Regelungen von dem für den Basistarif geleisteten Beitrag ein Abschlag in Höhe von vier Prozent vorzunehmen.

### § 4

#### Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2010 in Kraft.

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

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

	Anm.		Anm.
<b>I. Erläuterungen zum Einleitungssatz des Abs. 1</b>			
<b>1. „Sonderausgaben sind ...“</b>			
a) Abschließende Aufzählung, Einteilungsmöglichkeiten . . . . .	30	bb) Grundsätzlich kein Abzug von Ausgaben des Steuerpflichtigen für Dritte oder Ausgaben Dritter für den Steuerpflichtigen . . . . .	36
b) Kein Abzug von Nebenkosten als Sonderausgaben . . . . .	31	cc) Abzugsberechtigung bei den einzelnen Tatbeständen des Abs. 1 . . . . .	37
<b>2. Aufwendungen</b>		dd) Ausgaben des Steuerpflichtigen als Rechtsnachfolger . . . . .	38
a) Abfluss, Besonderheiten bei Sachleistungen . . . . .	33	c) Abfluss; Behandlung von Vorauszahlungen	
b) Abzugsberechtigung		aa) Abfluss von Sonderausgaben . . . . .	40
aa) Wirtschaftliche Belastung . . . . .	35		

	Anm.		Anm.
bb) Behandlung von Vorauszahlungen . . . . .	41	(1) Begriff der Versorgungsleistungen . . . . .	74
d) Mittelherkunft . . . . .	43	(2) Art der Versorgungsleistungen . . . . .	75
<b>3. Weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten . . . . .</b>	<b>45</b>	bb) Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhend . . . . .	77
<b>II. Realsplitting (Abs.1 Nr. 1)</b>		cc) Lebenslange Leistungen . . . . .	78
<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1 . . . . .</b>	<b>50</b>	dd) Wiederkehrende Leistungen . . . . .	79
<b>2. Voraussetzungen für den Abzug von Unterhaltsleistungen</b>		ee) Kein wirtschaftlicher Zusammenhang zu Einkünften, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben . . . . .	80
a) Begriff der Unterhaltsleistungen (Nr. 1 Satz 1) . . . . .	55	ff) Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Empfängers . . . . .	81
b) Anforderungen an die Person des Unterhaltsempfängers		gg) Anforderungen an den Empfänger der Versorgungsleistungen; Versorgungsleistungen an Vermächtnisnehmer . . . . .	82
aa) Geschiedener oder dauernd getrennt lebender Ehegatte (Nr. 1 Satz 1) . . . . .	58	hh) Rechtsbindungswillen . . . . .	83
bb) Frühere Verbindung in einer nichtigen oder aufgehobenen Ehe (Nr. 1 Satz 6) . . . . .	59	b) Anforderungen an das übertragene Vermögen (Nr. 1a Sätze 2 und 3)	
cc) Unbeschränkte Steuerpflicht des Unterhaltsempfängers (Nr. 1 Satz 1) . . . . .	60	aa) Beschränkung auf betriebliche Einheiten . . . . .	85
c) Antrag des Gebers (Nr. 1 Sätze 1 und 3) . . . . .	62	bb) Begriff der Übertragung . . . . .	86
d) Zustimmung des Empfängers (Nr. 1 Sätze 4 und 5) . . . . .	64	cc) Mitunternehmeranteile (Nr. 1a Satz 2 Buchst. a) . . . . .	87
<b>3. Höchstbetrag für den Abzug (Nr. 1 Sätze 1 und 2) . . . . .</b>	<b>67</b>	dd) Betriebe oder Teilbetriebe (Nr. 1a Satz 2 Buchst. b) . . . . .	88
		ee) GmbH-Anteile (Nr. 1a Satz 2 Buchst. c)	
<b>III. Versorgungsleistungen (Abs. 1 Nr. 1a)</b>		(1) Anforderungen an den übertragenen GmbH-Anteil . . . . .	89
<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1a</b>		(2) Übertragung eines mindestens 50 % betragenden Anteils an einer GmbH . . . . .	90
a) Anwendungsbereich und Rechtfertigung . . . . .	70	(3) Übergang der Geschäftsführertätigkeit . . . . .	91
b) Rechtsentwicklung und zeitlicher Anwendungsbereich . . . . .	71	ff) Wohnteil von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft (Nr. 1a Satz 3) . . . . .	92
c) Verfassungsmäßigkeit . . . . .	72	gg) Keine begünstigte Übergabe von Grundbesitz und Geldvermögen . . . . .	93
<b>2. Rechtslage für Verträge, die ab dem Veranlagungszeitraum 2008 neu abgeschlossen werden</b>		hh) Nachträgliche Umschichtung des begünstigten Vermögens . . . . .	94
a) Anforderungen an die „Versorgungsleistungen“ (Nr. 1a Satz 1)		c) Rechtsfolgen	
aa) Versorgungsleistungen			

	Anm.		Anm.
aa) Rechtsfolgen bei nach Nr. 1a begünstigten Vermögensübergaben . . . . .	96	(2) Spätere Veräußerung oder Umschichtung des übergebenen Vermögens	109
bb) Rechtsfolgen bei nicht nach Nr. 1a begünstigten Vermögensübergaben		(3) An der Vermögensübergabe beteiligte Personen; Begriff der Versorgungsleistungen . . . . .	110
(1) Grundlegende Differenzierung zwischen Veräußerungsentgelt und Unterhaltsleistungen . . .	97	cc) Rechtsfolgen . . . . .	111
(2) Rechtsfolgen bei wiederkehrenden Leistungen, die als Veräußerungsentgelt anzusehen sind . . . .	98		
(3) Rechtsfolgen bei wiederkehrenden Leistungen, die als Unterhalt anzusehen sind . . . . .	99		
<b>3. Rechtslage für Verträge, die bis zum Veranlagungszeitraum 2007 abgeschlossen wurden</b>		<b>IV. Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs (Abs. 1 Nr. 1b)</b>	
a) Überblick . . . . .	100	1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1b . . . . .	115
b) Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende Renten und dauernde Lasten (Nr. 1a Satz 1 aF)		2. Inhalt der gesetzlichen Regelung . . . . .	116
aa) Begriff der Renten und dauernden Lasten . . . . .	101	3. Beurteilung von Versorgungsausgleichsleistungen bis 2007 . . . . .	117
bb) Weitere Voraussetzungen	102		
cc) Kein Abzug nach Nr. 1a aF bei Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung (Gegenleistungs- oder Veräußerungsrenten)		<b>V. Beiträge für die Altersvorsorge (Abs. 1 Nr. 2)</b>	
(1) Behandlung von Gegenleistungsrenten nach Nr. 1a aF und anderen Vorschriften des EStG . .	103	<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 2</b>	
(2) Wiederkehrende Leistungen, die auf erbrechtlicher Grundlage erbracht werden . . . . .	104	a) Regelungsinhalt des Abs. 1 Nr. 2 . . . . .	120
c) Für Leibrenten Begrenzung des Abzugs auf den Ertragsanteil (Nr. 1a Satz 2 aF) . . . . .	106	b) Rechtsentwicklung, Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abs. 1 Nr. 2 . . . . .	121
d) Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen		c) Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten	
aa) Begriff und dogmatische Rechtfertigung . . . . .	107	aa) Rechtslage ab Veranlagungszeitraum 2005 . . . .	122
bb) Voraussetzungen		bb) Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2004 . . . .	123
(1) Anforderungen an das übergebene Vermögen . .	108	<b>2. Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen und vergleichbaren Einrichtungen (Nr. 2 Satz 1 Buchst. a)</b>	
		a) Gesetzliche Rentenversicherungen . . . . .	126
		b) Landwirtschaftliche Alterskasse . . . . .	127
		c) Berufsständische Versorgungseinrichtungen . . . .	128
		<b>3. Beiträge zum Aufbau einer kapitalgedeckten Altersversorgung (Nr. 2 Satz 1 Buchst. b)</b>	
		a) Rechtsentwicklung und Bedeutung der Regelung	

	Anm.
gen zur kapitalgedeckten Altersversorgung . . . . .	130
b) Voraussetzungen für die Begünstigung kapitalgedeckter Altersversicherungen	
aa) Beiträge des Steuerpflichtigen zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung . . . . .	132
bb) Altersrente als Regelleistung . . . . .	133
cc) Ergänzende Absicherung der Berufsunfähigkeit, verminderten Erwerbsfähigkeit oder von Hinterbliebenen (Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa Satz 1 Halbs. 2) . . . . .	134
dd) Alleinige Absicherung der Berufsunfähigkeit oder verminderten Erwerbsfähigkeit (Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. bb ab Veranlagungszeitraum 2014) . . . . .	135
ee) Verbot der Übertragung, Beleihung und Kapitalisierung (Nr. 2 Sätze 2 und 3) . . . . .	136
<b>4. Hinzurechnung steuerfreier Arbeitgeberanteile oder -zuschüsse (Nr. 2 Sätze 4 und 5)</b>	
a) Grundsatz: Hinzurechnung der Arbeitgeberleistungen (Nr. 2 Satz 4) . . . . .	145
b) Wahlrecht bei Rentenversicherungsbeiträgen für geringfügig Beschäftigte (Nr. 2 Satz 5) . . . . .	146
<b>VI. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3)</b>	
<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3 . . . . .</b>	<b>150</b>
<b>2. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Nr. 3 Satz 1)</b>	
a) Beiträge, Versicherungsverhältnis . . . . .	152
b) Begriff der Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen	

	Anm.
aa) Krankenversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. a) . . . . .	155
bb) Gesetzliche Pflegeversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. b) . . . . .	156
c) Höhe des abziehbaren Beitragsanteils bei Krankenversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Sätze 1–4)	
aa) Grundsatz: Beiträge, die zur Erlangung eines sozialhilfegleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind (Buchst. a Satz 1) . . . . .	158
bb) Bei gesetzlichen Krankenversicherungen Abzug der Beiträge nach dem SGB V (Buchst. a Satz 2) . . . . .	159
cc) Bei privaten Krankenversicherungen Abzug der Beitragsteile, die auf mit dem SGB V vergleichbare Leistungen entfallen (Buchst. a Satz 3)	
(1) Regelungen in § 10 EStG . . . . .	160
(2) Regelungen in der KVBEVO . . . . .	161
(3) Ermittlung des individuellen Abschlags (§ 3 Abs. 1, 2 KVBEVO) . . . . .	162
dd) Kürzung bei Krankengeldanspruch (Buchst. a Satz 4) . . . . .	166
<b>3. Behandlung der für Familienangehörige gezahlten Beiträge (Nr. 3 Sätze 2 und 3) . . . . .</b>	<b>167</b>
<b>4. Beitragsvorauszahlungen (Nr. 3 Satz 4) . . . . .</b>	<b>168</b>
<b>VII. Beiträge zu sonstigen Versicherungen (Abs. 1 Nr. 3a)</b>	
<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3a . . . . .</b>	<b>170</b>
<b>2. Begünstigte Versicherungssparten (Nr. 3a Halbs. 1)</b>	
a) Kranken- und Pflegeversicherungen, soweit sie nicht nach Nr. 3 zu berücksichtigen sind . . . . .	172

	Anm.		Anm.
b) Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit . . . . .	173	<b>2. Begriff der Kirchensteuer</b>	
c) Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen, die nicht unter Nr. 2 Satz 1 Buchst. b fallen . .	174	a) Steuern öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften . . . . .	203
d) Unfallversicherungen . .	175	b) Billigkeitsregelung für Beiträge an sonstige religiöse Gemeinschaften . .	206
e) Haftpflichtversicherungen . . . . .	176	<b>3. Kein Abzug der abgeltenden Kirchensteuer (Nr. 4 Halbs. 2)</b> . . . . .	207
f) Risikoversicherungen, die nur für den Todesfall eine Leistung vorsehen		<b>4. „Gezahlte“ Kirchensteuer, Behandlung von Erstattungen</b> . . . . .	208
aa) Begriff . . . . .	177		
bb) Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten . . . . .	178	<b>IX. Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5)</b>	
<b>3. Nicht begünstigte Versicherungssparten</b> . . . . .	180	<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 5</b>	
<b>4. Übergangsregelung für Renten- und Kapitalversicherungen, die vor 2005 abgeschlossen wurden (Nr. 3a Halbs. 2)</b>		a) Rechtsentwicklung des Abzugs von Kinderbetreuungskosten . . . . .	210
a) Regelungsinhalt und verfassungsrechtliche Beurteilung . . . . .	190	b) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit von Abs. 1 Nr. 5 . . . . .	212
b) Von der Übergangsregelung erfasste Versicherungsvertragsarten . . . . .	191	<b>2. Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines Kindes (Nr. 5 Satz 1 bis 3)</b>	
c) Zeitliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Übergangsregelung . . . . .	192	a) Voraussetzungen in der Person des Kindes: Haushaltszugehörigkeit, Altersgrenze (Nr. 5 Satz 1) . . . . .	213
d) Weitere Anwendung der für den Abzug dieser Beiträge bis 2004 geltenden Sonderregelungen		b) Art der begünstigten Aufwendungen: Dienstleistungen zur Betreuung (Nr. 5 Satz 1) . . . . .	214
aa) Sonderregelungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2–6 aF . . . . .	193	c) Keine Aufwendungen für Unterricht und Freizeit (Nr. 5 Satz 2) . . . . .	215
bb) Beschränkungen nach § 10 Abs. 2 Satz 2 aF		d) Höhe des Sonderausgabenabzugs (Nr. 5 Sätze 1 und 3) . . . . .	216
(1) Überblick . . . . .	195	<b>3. Nachweiserfordernisse (Nr. 5 Satz 4)</b> . . . . .	218
(2) Voraussetzungen für das Abzugsverbot . . . . .	196	<b>X. Steuerberatungskosten (Abs. 1 Nr. 6 aF)</b>	
(3) Ausnahmen vom Abzugsverbot . . . . .	197	<b>XI. Ausbildungskosten (Abs. 1 Nr. 7)</b>	
(4) Rechtsfolgen bei schädlicher Verwendung . . . . .	198	<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 7</b> . . . . .	230
<b>VIII. Gezahlte Kirchensteuer (Abs. 1 Nr. 4)</b>			
<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 4</b> . . . . .	200		

	Anm.		Anm.
<b>2. Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Nr. 7 Satz 1)</b>		aa) Schulen, die zu einem allgemeinbildenden oder berufsbildenden Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss führen (Nr. 9 Satz 2) . . . . .	281
a) Begriff der Berufsausbildung . . . . .	232	bb) Einrichtungen, die auf einen derartigen Abschluss ordnungsgemäß vorbereiten (Nr. 9 Satz 3) . . . . .	282
b) Begünstigte Aufwendungen . . . . .	235	c) Anforderungen an die Anerkennung des Schulabschlusses (Nr. 9 Satz 2) . . . . .	283
c) Begrenzung des Abzugs auf einen Höchstbetrag . . . . .	238	<b>3. Umfang des Abzugs ab Veranlagungszeitraum 2008</b>	
<b>3. Anwendung der Nr. 7 bei Ehegatten (Nr. 7 Satz 2) . . . . .</b>	<b>240</b>	a) Begriff des Schulgelds (Nr. 9 Satz 1) . . . . .	285
<b>4. Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Nr. 7 Satz 3) . . . . .</b>	<b>241</b>	b) Ermittlung des abziehbaren Teils des Schulgelds (Nr. 9 Satz 1) . . . . .	286
<b>5. Anwendung von Abzugsbeschränkungen (Nr. 7 Satz 4) . . . . .</b>	<b>242</b>	c) Kindbezogener Höchstbetrag (Nr. 9 Satz 5) . . . . .	287
<b>XII. Schulgeld (Abs. 1 Nr. 9)</b>		<b>4. Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2007</b>	
<b>1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 9 . . . . .</b>	<b>270</b>	a) Überblick . . . . .	290
<b>2. Voraussetzungen für den Abzug von Schulgeld ab Veranlagungszeitraum 2008</b>		b) Bis Veranlagungszeitraum 2007 begünstigte Schulen	
a) Kind, für das der Steuerpflichtige Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder Kindergeld hat . . . . .	275	aa) Anknüpfung an die landesrechtlichen Schulgesetze . . . . .	291
b) Schulen, die in freier Trägerschaft oder überwiegend privat finanziert sind (Nr. 9 Satz 1) . . . . .	277	bb) Staatlich genehmigte oder nach Landesrecht erlaubte Ersatzschulen . . . . .	292
c) Belegenheit der Schule (Nr. 9 Sätze 2 und 4) . . . . .	278	cc) Anerkannte allgemein bildende Ergänzungsschulen . . . . .	293
d) Anforderungen an den Schulabschluss (Nr. 9 Sätze 2 und 3)		dd) Schulen im Ausland . . . . .	294
<p><b>C. Erläuterungen zu Abs. 2, 2a: Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen</b></p>			
	Anm.		Anm.
<b>I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 2, 2a . . . . .</b>	<b>300</b>	1. Grundregel (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 1) . . . . .	305
<b>II. Kein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)</b>		2. Sonderregelung für steuerfreie Zuschüsse zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 2) . . . . .	306

	Anm.		Anm.
<b>III. Anforderungen an die Empfänger begünstigter Vorsorgeaufwendungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)</b>		<b>2. Besondere Voraussetzungen für Beiträge zur kapitalgedeckten Altersvorsorge (Abs. 2 Satz 2)</b>	316
1. Empfängerkreis	310	<b>3. Besondere Voraussetzungen für Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge (Abs. 2 Satz 3)</b>	317
2. Versicherungsunternehmen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a)	311	<b>4. Einzelregelungen zur Datenübermittlung (Abs. 2a)</b>	
3. Andere Empfänger (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b bis d)	312	a) Einwilligung und Widerruf (Abs. 2a Sätze 1–3)	320
<b>IV. Zertifizierung und Datenübermittlung (Abs. 2 Sätze 2, 3, Abs. 2a)</b>		b) Vornahme und Korrektur der Datenübermittlung (Abs. 2a Sätze 4–7, 10)	321
<b>1. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich (Abs. 2 Sätze 2 und 3, § 52 Abs. 24 Satz 2)</b>	315	c) Korrektur von Steuerbescheiden, Prüfung, Haftung (Abs. 2a Sätze 8, 9, 11–13)	322

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

	Anm.		Anm.
<b>I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 3</b>		cc) Rechtliche Überprüfung der den Berechnungen zugrunde liegenden Annahmen	341
<b>1. Regelungsinhalt und Rechtsentwicklung</b>	330	dd) Eigene Auffassung zum Umfang der Zweifachbesteuerung	342
<b>2. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung auf einen Höchstbetrag (Abs. 3 Satz 1)</b>	335	d) Verfassungswidrigkeit der fehlenden Abstimmung zwischen Sonderausgabenabzug und späterer Besteuerung	
<b>3. Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelung: Begrenzung des Abzugs auf anfänglich 60 % (Abs. 3 Sätze 4, 6)</b>		aa) Beurteilung anhand der verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe	343
a) Überblick	337	bb) Besonderheiten bei Arbeitnehmern	344
b) Vorgaben des BVerfG, verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe	338	cc) Besonderheiten bei Selbständigen	345
c) Streit um Begriff und Umfang der Zweifachbesteuerung		dd) Rechtsschutzmöglichkeit auch gegen die Begrenzung des Sonderausgabenabzugs?	346
aa) Personengruppen, die von Zweifachbesteuerungen betroffen sind	339	<b>II. Ermittlung und Kürzung des Höchstbetrags</b>	
bb) Gründe für die Unterschiedlichkeit der Ergebnisse	340	<b>1. Berechnungsschema, Beispiele</b>	350

	Anm.
<b>2. Allgemeiner Höchstbetrag (Abs. 3 Sätze 1 und 2) . . . . .</b>	351
<b>3. Kürzung des Höchstbetrags (Abs. 3 Satz 3)</b>	
a) Persönlicher Anwendungsbereich der Kürzungsvorschrift	
aa) Rechtslage ab Veranlagungszeitraum 2008 . . . . .	353
bb) Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2007 . . . . .	354
b) Umfang der Kürzung . . . . .	356
<b>4. Beschränkung des Abzugs während der bis zum Jahr 2024 laufenden Übergangszeit (Abs. 3 Sätze 4 und 6) . . . . .</b>	357
<b>5. Abzug des steuerfreien Arbeitgeberanteils (Abs. 3 Sätze 5 und 7) . . . . .</b>	359

<b>III. Erläuterungen zu Abs. 3 in der bis Veranlagungszeitraum 2004 (und im Rahmen der Günstigerprüfung weiter bis Veranlagungszeitraum 2019) geltenden Fassung</b>	
<b>1. Ausgestaltung des Abs. 3 bis Veranlagungszeitraum 2004</b>	
a) Anwendungsbereich . . . . .	361
b) Höchstbeträge nach Abs. 3 Nr. 1–4 aF . . . . .	362
c) Kürzung des Vorwegabzugs (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 aF) . . . . .	363
<b>2. Verfassungsmäßigkeit des Abs. 3 in den bis Veranlagungszeitraum 2004 geltenden Fassungen . . . . .</b>	365

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

	Anm.
<b>I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 4</b>	
<b>1. Überblick . . . . .</b>	380
<b>2. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Abzugsbeschränkung</b>	
a) Verfassungswidrigkeit der früheren Beschränkungen des Abzugs von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung . . . . .	383
b) Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung durch das BürgEntlG-KV . . . . .	384

	Anm.
<b>II. Großer Höchstbetrag (Abs. 4 Satz 1) . . . . .</b>	385
<b>III. Kleiner Höchstbetrag (Abs. 4 Satz 2) . . . . .</b>	388
<b>IV. Behandlung von Ehegatten (Abs. 4 Satz 3) . . . . .</b>	390
<b>V. Unbeschränkter Abzug von Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 (Abs. 4 Satz 4) . . . . .</b>	391

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

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

	Anm.
<b>III. Abzug der Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 3 aF, zusätzlich Abzug der Beiträge zu Rürup-Verträgen (Abs. 4a Sätze 1 und 3) . . . . .</b>	403

Anm.

Anm.

**IV. Abzug sämtlicher Vorsorgeaufwendungen (einschließlich der Beiträge zu „Rürup-**

**Verträgen“) nach Abs. 3 aF (Abs. 4a Sätze 1 und 2) . . . 404**

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

Anm.

Anm.

**I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 4b . . . . . 410**

**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
2. Verrechnung von Erstattungsüberhängen bei Vorsorgeaufwendungen (Abs. 4b Satz 2) . . . . . 412

3. Hinzurechnung bestimmter Erstattungsüberhänge zum Gesamtbetrag der Einkünfte (Abs. 4b Satz 3) . . . . . 413

4. Behandlung der nicht von den Sätzen 1 bis 3 erfassten Erstattungen . . . . . 414

5. Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2011 . . . . . 415

**III. Datenübermittlung bei Zuschüssen zu oder Erstattungen von Vorsorgeaufwendungen durch öffentliche Stellen (Abs. 4b Sätze 4 bis 6 ab Veranlagungszeitraum 2016) . . . . 417**

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

Anm.

Anm.

**I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 5 . . . . . 420**

**II. Regelungsinhalt ab Veranlagungszeitraum 2010 (Aufteilung von Beiträgen zu privaten Krankenversicherungen) . . . . . 423**

**III. Fortgeltender Regelungsinhalt des Abs. 5 aF iVm. §§ 29, 30 EStDV**

1. Überblick . . . . . 425

2. Voraussetzungen für die Durchführung einer Nachversteuerung . . . . . 426

3. Durchführung der Nachversteuerung
  - a) Anzeigepflichten (§ 29 EStDV) . . . . . 430
  - b) Festsetzung der Nachsteuer (§ 30 EStDV) . . . . 431

**I. ABC der Sonderausgaben . . . . . 500**

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

**1 I. Grundinformation zu § 10**

**Inhalt:** § 10 Abs. 1 enthält in Nr. 1–9 eine abschließende Aufzählung von SA-Tatbeständen. Eine gesetzliche Definition des Begriffs der SA gibt es nicht; auch im Wege der Auslegung können die einzelnen SA-Tatbestände nicht auf eine gemeinsame begriffliche Wurzel zurückgeführt werden (näher zum Begriff der SA und zu Einteilungsmöglichkeiten s. Anm. 30). Die Abs. 2, 2a, 3, 4, 4a und 5 enthalten Sonderregelungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen (s. den Überblick in Anm. 120); 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 ESt-Rechts; die grundlegenden Tatbestände waren bereits im PrEStG 1891 enthalten (s. Anm. 3). Gleichwohl gehört die Vorschrift zu denjenigen des EStG, die mit am häufigsten geändert worden ist (zur Rechtsentwicklung s. Anm. 4).

SA stellen Aufwendungen außerhalb der Einkunftserzielungssphäre dar. Im Gesetz sind sie daher erst im Anschluss an die Vorschriften über BA und WK geregelt; zur Ermittlung des zu versteuernden Einkommens sind sie vom Gesamtbetrag der Einkünfte abzuziehen (§ 2 Abs. 4). Einzelne SA-Tatbestände dienen der Verwirklichung des subjektiven Nettoprinzips (insbes. Unterhaltsleistungen, Vorsorgeaufwendungen, 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 StPfllicht der später bezogenen Alterseinkünfte bereits durch das objektive Nettoprinzip geboten wird und sie daher ihrer Rechtsnatur nach WK darstellen (s. näher Anm. 122).

2 Einstweilen frei.

**II. Rechtsentwicklung des § 10****3 1. Entwicklung bis zum EStG 1934**

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

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

**EStG 1925 v. 10.8.1925** (RGBl. I 1925, 189): Mit der Einführung des Begriffs der „Sonderleistungen“ wurde erstmals eine systematische Trennung von den Erwerbsaufwendungen vorgenommen. Abziehbar waren Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten (§ 15 Abs. 1 Nr. 3), Versicherungsbeiträge (§ 17 Abs. 1 Nr. 1–3), Aufwendungen für die Fortbildung im ausgeübten (!) Beruf (§ 17 Abs. 1 Nr. 4) und KiSt (§ 17 Abs. 1 Nr. 5).

**EStG 1934 v. 16.10.1934** (RGBl. I 1934, 1005; RStBl. 1934, 1261): § 10 Abs. 1 enthielt die SA-Tatbestände, und zwar einen Pauschalabzug für die Beschäftigung von Hausgehilfinnen (Nr. 1), den Abzug aller Schuldzinsen und der auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten (Nr. 2), von KiSt (Nr. 3), bestimmten Versicherungsbeiträgen (Nr. 4) und von Beiträgen an Bausparkassen (Nr. 5). Für die beiden letztgenannten Tatbestände waren in Abs. 2 Höchstbeträge festgelegt. Abs. 3 sah einen SA-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. SA-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 (StNeuordnungsg) v. 22.6.1948** (StuZBl. BritZ 1948, 123): § 10 wurde vollständig neu gefasst. Unverändert abziehbar blieben Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten (Abs. 1 Nr. 1); der Katalog der abziehbaren Versicherungsbeiträge wurde wieder erweitert (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a), die Abziehbarkeit von Beiträgen an Bausparkassen wieder eingeführt und um Beiträge an Wohnungsgenossenschaften und andere Kapitalsammelstellen ergänzt (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b–d). Neu war der Abzug von Spenden, Aufwendungen für die Wiederbeschaffung von Hausrat oder Kleidung und Teilen des nicht entnommenen Gewinns (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e, f, Nr. 3). Der Abzug der VSt wurde gestrichen und durch den Abzug der KiSt (Abs. 1 Nr. 5) ersetzt.

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

**StÄndG v. 29.4.1950** (BGBl. 1950, 95): Der Abzugstatbestand für Wiederbeschaffungsaufwendungen wurde von Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f nach § 33 Abs. 2 und die Begünstigung des nicht entnommenen Gewinns von Abs. 1 Nr. 3 nach § 10a überführt. Damit begann die „Auslagerung“ von SA-Tatbeständen aus § 10 in eigenständige Paragraphen.

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

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

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

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

**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 Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen auf 1100/2200 DM (Abs. 3), die sich bei über 50-jährigen bis VZ 1963 nochmals verdoppelten; nach dem Auslaufen von Abs. 1 Nr. 4 wurden Abs. 1 Nr. 5–8 zu Nr. 4–7 umgruppiert.

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

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

**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 mit Wirkung ab VZ 1975 erhebliche Änderungen vorgenommen, die der Vorschrift ihre weitgehend bis 2004 geltende Gestalt gaben. In Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b wurden die Abzugsvoraussetzungen für Beiträge zu Versicherungen auf den Erlebens- und Todesfall neu systematisiert; die Abzugstatbestände für VSt und kindergeldrechtl. Beiträge (Abs. 1 Nr. 5, 7) wurden – unter Aufrücken der folgenden Nummern – gestrichen. Die zusätzlichen Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen wurden in Abs. 2 zusammengefasst: Kreditaufnahmeverbot (Abs. 2 Nr. 1, bisher Abs. 1 Sätze 2 und 3), kein Zusammenhang mit 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 1800/3600 DM und des Vorwegabzugs auf 1500/3000 DM sowie unter Wegfall der bisherigen Altersverdoppelung – neu gefasst. Die Regelungen über das Kumulierungsverbot für Bausparbeiträge wurden von Abs. 4 auf die Abs. 4 und 5 ausgedehnt und die Nachversteuerungstatbestände von Abs. 2 in Abs. 6 überführt.

Mit dem ursprünglichen Gesetzentwurf waren erheblich weitergehende Ziele verfolgt worden, die aber im Gesetzgebungsverfahren aufgegeben worden sind. So war vor allem geplant, Vorsorgeaufwendungen nicht mehr bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage, sondern erst von der StSchuld abzuziehen, um eine vom persönlichen StStz unabhängige Entlastungswirkung zu erreichen (BTDrucks. 7/1470, 214; s. auch Anm. 8).

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

**Ges. zur Förderung von Wohnungseigentum v. 23.3.1976** (BGBl. I 1976, 737; BStBl. I 1976, 259): Der Begriff des „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 2100/4200 DM (Abs. 3 Nr. 1), Erstreckung der Vorschrift über die Kürzung des Vorwegabzugs auch auf Beamte (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2), Neufassung des Nachversteuerungstatbestands für Bausparbeiträge (Abs. 6 Nr. 2).

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

**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.

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

**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 18 000 DM (Abs. 1 Nr. 1), Wegfall der Kinderkomponente des Grundhöchstbetrags (Abs. 3 Nr. 1 Satz 2), Änderungen der Regelungen über das Kumulierungsverbot bei Bausparbeiträgen (Abs. 4 Satz 3, Abs. 5).

**WoVereinfG 1985 v. 11.7.1985** (BGBl. I 1985, 1277; BStBl. I 1985, 498): Einschränkung des Begriffs des „Baudarlebens“ (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 4 000/8 000 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 6 Jahre herabgesetzt (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Sätze 2, 3); in Abs. 1 Nr. 9 wurde ab VZ 1991 ein neuer Abzugstatbestand für Schulgeld geschaffen.

**StÄndG 1992 v. 25.2.1992** (BGBl. I 1992, 297; BStBl. I 1992, 146): Einschränkungen beim Abzug von Beiträgen zu Renten- oder Kapitalversicherungen, die

der Tilgung oder Sicherung eines Darlehens dienen (Abs. 2 Satz 2); Änderungen bei den Nachversteuerungstatbeständen (Abs. 5).

**ZinsabschlagG v. 9.11.1992** (BGBl. I 1992, 1853; BStBl. I 1992, 682): In Abs. 3 wurde der Grundhöchstbetrag auf 2610/5220 DM und der 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 Stöpl. (Abs. 3 Nr. 4).

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

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

**Gesetz zur Neuregelung der strechtl. Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995** (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775): Streichung des Abzugs für Bausparbeiträge (Abs. 1 Nr. 3) und der dafür geltenden Sonderregelungen in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b (Einschränkung bei ausländ. Bausparkassen), Abs. 4 (Wahlrecht zwischen SA-Abzug und Wohnungsbauprämie) und Abs. 5 Nr. 3 (Nachversteuerungstatbestand).

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

**StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999** (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): In Abs. 1 wurde Nr. 5 (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 stl. 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 mit Wirkung ab VZ 2006 aufgehoben (s. dazu Anm. 220).

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

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

**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) mit Wirkung für Vertragsabschlüsse nach dem 31.12.2011 ändert.

**UntStReformG 2008 v. 14.8.2007** (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630): Anfügung eines zweiten Halbsatzes in Abs. 1 Nr. 4 (KiSt bei 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 (schuldrechtl. Versorgungsausgleich), Anfügung von Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 (geringfügige Rentenversicherungsbeiträge), Änderung von Abs. 1 Nr. 5 Satz 4 und Nr. 8 Satz 6 (Lockerung des Nachweiserfordernisses bei

Kinderbetreuungskosten), Änderung von Abs. 3 Satz 3 (Kürzung des Höchstbetrags bei rentenversicherungsfreien Personen), Anfügung von Abs. 3 Satz 7 (Minderung des Abzugs bei geringfügigen Rentenversicherungsbeiträgen), 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.

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

**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 6 000 € (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-Neuordnungsg 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 Satz 4–6).

**Gesetz zur Änderung des EStG in Umsetzung der Entscheidung des BVerfG v. 15.7.2013** (BGBl. I 2013, 2397; BStBl. I 2013, 898): Der neue § 2 Abs. 8 bestimmt, dass alle für Ehegatten geltenden Regelungen auch auf eingetragene Lebenspartner anzuwenden sind. Dies hat Auswirkungen auf zahlreiche Tatbestände des § 10 (Abs. 1 Nr. 1, 2 Buchst. b, 3, 7; Abs. 3, 4, 4a). Der Gesetzgeber beabsichtigt, mittelfristig den Wortlaut der betroffenen Einzelregelungen ausdrücklich auf Lebenspartner zu erweitern.

Einstweilen frei.

5

### 3. Reformüberlegungen

6

Die zahlreichen EStReformvorschläge aus der 15. Legislaturperiode (KIRCHHOF, Einkommensteuergesetzbuch, 2003; LANG u.a., Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes, 2005; „Konzept 21“ der CDU/CSU v. 23.3.2004, 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 hat sich die estl. Diskussion weitgehend auf das Unternehmenssteuerrecht konzentriert. Weder das Steuerkapitel des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005 noch die Reformvorschläge der Stiftung Marktwirtschaft ([www.neues-steuergesetzbuch.de](http://www.neues-steuergesetzbuch.de)) und des Sachverständigenrats ([www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de](http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de)) enthielten Aussagen zu geplanten Änderungen bei den SA. Nach dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009 war bei den SA die – letztlich nicht verwirklichte – Wiedereinführung des Abzugs von Steuerberatungskosten und die Neuordnung der Regelungen über Kinderbetreuungs- und Ausbildungskosten vorgesehen. Dies zeigt, dass die Rechtsentwicklung hier – auch in der nun beginnenden 18. Legislaturperiode – weiterhin durch punktuelle Änderungen, die weitgehend von der politischen Opportunität bestimmt werden, gekennzeichnet sein wird.

Einstweilen frei.

7

### 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 außergewöhnlichen Belastungen (§§ 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, Rn. II 419 ff.; TIPKE, StW 1980, 1 [5]). Die Kerntatbestände sowohl der SA als auch der außergewöhnlichen Belastungen dienen der Verwirklichung einer sachgerechten Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, indem bestimmte private Aufwendungen stl. berücksichtigt werden, die der Stpfl. notwendig – oder jedenfalls vernünftigerweise – tätigen muss („indisponibles Einkommen“) und die daher seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit mindern („subjektives Nettoprinzip“, s. Einf. ESt Anm. 542; BFH v. 9.2.1994 – IX R 110/90, BStBl. II 1995, 47, unter 2.a; mit beachtlichen Gründen 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. Berücksichtigung zwingend gebietet (s. Anm. 9) – die Abzugstatbestände für Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten (Abs. 1 Nr. 1), die Weiterleitung von Einkünften im schuldrechtl. Versorgungsausgleich (Abs. 1 Nr. 1b), für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3, 3a; zur systematischen Einordnung der Altersvorsorgeaufwendungen s.u.), Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5; allerdings steht hier nach dem erklärten Gesetzeszweck nicht etwa die Kinderbetreuung, sondern die Schaffung von Arbeitsplätzen – und damit ein Lenkungsziel – im Vordergrund, s. Anm. 252) und Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Abs. 1 Nr. 7).

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

Hier sind zu nennen die Abzugstatbestände für bestimmte Versorgungsleistungen (Abs. 1 Nr. 1a; ebenso SÖHN, StW 1985, 395 [403]), KiSt (aA die wohl hM, s. Anm. 200), Steuerberatungskosten (Abs. 1 Nr. 6 bis VZ 2005; s. – auch zur Gegenauffassung – Anm. 220), Schulgeld (Abs. 1 Nr. 9), Spenden (§ 10b), selbstbewohnte Baudenkmale (§ 10f) und bestimmte Kulturgüter (§ 10g).

In den Subventionsberichten der BReg. (zuletzt 23. Subventionsbericht v. 11.8. 2011, BTDrucks. 17/6795, 56 ff.) sind §§ 10a, 10f, 10g unter der Bezeichnung „StVergünstigungen“ und § 10 Abs. 1 Nr. 3, 4, 9 und § 10b unter der Bezeichnung „sonstige steuerliche Regelungen“ aufgeführt.

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

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

**Bedeutung für die öffentlichen Haushalte:** Nach der letztverfügbaren ESt-Statistik für 2007 beliefen sich die abgezogenen SA auf insgesamt 117,1 Mrd. € (Statistisches Bundesamt, www.destatis.de). Sie lagen damit höher als die Summe aller Einkünfte aus Gewerbebetrieb, was die erhebliche Bedeutung der SA für 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 Unterhaltsaufwendungen (Abs. 1 Nr. 1) und Vorsorgeaufwendungen für das Krankheits- und Pflegerisiko (Abs. 1 Nr. 3). Der Abzug von Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2) ist schon deshalb verfassungsrechtl. zwingend, weil die späteren Alterseinkünfte in voller Höhe stpfl. sind; richtigerweise betrifft dies aber bereits das objektive Nettoprinzip (s. Anm. 122).

Alle anderen SA-Tatbestände sind uE verfassungsrechtl. nicht gegen eine Abschaffung geschützt. Allein das Kriterium der Unvermeidbarkeit (Indisponibilität) von Aufwendungen zwingt noch nicht zu einer estl. Berücksichtigung (zu weitgehend daher SÖHN, StuW 1985, 395 [401]; SÖHN in KSM, § 10 Rn. A 17). Ansonsten müssten auch Aufwendungen für Personensteuern (vgl. § 12 Nr. 3) sowie für Ernährung, Kleidung, Wohnung und Mobilität in weit größerem Ausmaß als gegenwärtig – diese fließen derzeit nur in die Höhe des Grundfreibetrags ein – berücksichtigt werden. In diesem Sinne hat das BVerfG ausdrücklich entschieden, dass keine verfassungsrechtl. Notwendigkeit für die Beibehaltung des früheren SA-Abzugs von VSt-Zahlungen 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.
- Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zum Realsplitting (Abs. 1 Nr. 1): Siehe Anm. 50, 60, 67.
- Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Abzug von Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5): Siehe Anm. 212.
- 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. 337–346.
- 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 grds. Ausschlusses beschränkt Stpfl. von der Anwendung des § 10 (s. Anm. 14) – auch die in § 10 enthaltenen Regelungen europarechtl. Probleme aufwerfen können. In einigen Fällen hat der Gesetzgeber bereits offensichtliche Diskriminierungen beseitigt. So können auch Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten mit Wohnsitz in einem anderen EU-/EWR-Mitgliedstaat abgezogen werden (§ 1a Abs. 1 Nr. 1, s. Anm. 60). Gleiches gilt für Versorgungsleistungen nach einer Vermögensübergabe (§ 1a Abs. 1 Nr. 1a, s. Anm. 81). Schulgeldzahlungen können nunmehr auch bei Belegenheit der Schule in einem EU-/EWR-Staat abgezogen werden (Abs. 1 Nr. 9, s. Anm. 278). Begünstigte Vorsorgeaufwendungen können nicht nur an inländ. Versicherungsunternehmen bzw. -träger, sondern auch an Einrichtungen in anderen EG-/EWR-Staaten geleistet werden (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a, s. Anm. 310).

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

- Ausschluss beschränkt Stpfl. von der Anwendung des § 10: Siehe Anm. 14.
- Ausschluss von Anteilen an ausländ. KapGes. von der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen: Siehe Anm. 90.

11–12 Einstweilen frei.

## 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. 8). Aus dem Katalog des § 10 Abs. 1 kamen allenfalls Steuerberatungskosten (bis VZ 2005) sowie Renten und dauernde Lasten (bis VZ 2007) in Betracht, sofern diese Aufwendungen nicht bereits mit der Einkunftserzielung der Körperschaft in Zusammenhang stehen. Zum Spendenabzug enthält § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG eine – weitgehend parallel zu § 10b ausgestaltete – Sonderregelung.

## 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 Wohnsitzstaat zur Berücksichtigung derartiger Verhältnisse am Besten in der Lage ist (EuGH v. 14.2.1995 – C-279/93 – Schumacher, EuGHE 1995, I-225, Rn. 32). Falls der Schwerpunkt der Gesamteinkünfte des beschränkt Stpfl. im Inland liegt, ermöglicht – was ebenfalls auf die Rspr. des EuGH zurückgeht – § 1 Abs. 3 ohnehin die Anwendung der für unbeschränkt Stpfl. geltenden Regelungen.

Steht hingegen der vom SA-Abzug durch § 50 Abs. 1 Satz 3 ausgeschlossene Aufwand mit den inländ. Einkünften in „unmittelbarem Zusammenhang“, besteht ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit Steuer-Inländern (EuGH v. 6.7.2006 – C-346/04 – Conijn, EuGHE 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-Entscheidung des EuGH potentiell auch für EU-Ausländer gelten. Gleiches gilt für Beiträge zur inländ. gesetzlichen Sozialversicherung, die auf inländ. Einkünften beruhen (aA FG Düss. v. 30.4.2009 – 16 K 4273/07, EFG 2009, 1911, nrkr.), sowie für Versorgungsleistungen, die ein beschränkter Stpfl. aufgrund der Übergabe von Vermögen zahlen muss, mit dem er inländ. Einkünfte erzielt (zutr. EuGH v. 31.3.2011 – C-450/09 – Schröder, EuGHE 2011, I-2497; FG Münster v. 17.11.2011 – 2 K 507/07, EFG 2012, 1924, nrkr., Az. BFH I R 49/12; FG Köln v. 23.5.2012 – 4 K 2429/09, EFG 2012, 2025, unter 1.b cc, nrkr., Az. BFH I R 63/12; Nds. FG v. 13.6.2012 – 3 K 267/12, DStRE 2013, 587, nrkr., NZB Az. BFH I B 121/12). Der bis VZ 1998 zulässige Abzug von Steuerzinsen (Abs. 1 Nr. 5 aF) fiel ebenfalls in diese Kategorie; hier hatte der Gesetzgeber aber den Abzug auch für beschränkt Stpfl. ausdrücklich zugelassen (§ 50 Abs. 1 Satz 2 aF).

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

## 15 b) Ins Ausland geleistete Sonderausgaben

**Grundsatz:** Sonderausgaben können auch dann abgezogen werden, wenn sie ins Ausland geleistet werden. Dies gilt zB für Zahlungen an ausländ. Empfänger von Renten und dauernden Lasten (Abs. 1 Nr. 1a bis VZ 2007; zur Rechtslage ab 2008 s.u.), ausländ. 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, RStBl. 1933, 478).

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

▶ *Unterhaltsleistungen:* Der Abzug setzt wegen der korrespondierenden Erfassung der Einnahmen durch § 22 Nr. 1a grds. die unbeschränkte StPflcht des Empfängers voraus (Abs. 1 Nr. 1 mit Ausnahme für EU-/EWR-Ehegatten in § 1a Abs. 1 Nr. 1; zur Vereinbarkeit mit Europarecht s. Anm. 60).

- ▶ *Versorgungsleistungen*: Auch hier ist grds. die unbeschränkte StPflcht des Empfängers erforderlich (Abs. 1 Nr. 1a Satz 1); zugleich gilt aber eine Ausnahme für EU-/EWR-Empfänger (§ 1a Abs. 1 Nr. 1a; s. Anm. 81).
- ▶ *Vorsorgeaufwendungen* können nur abgezogen werden, wenn das Versicherungsunternehmen seinen Sitz in einem EG- oder EWR-Staat hat (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a; s. Anm. 310).
- ▶ *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. 203).
- ▶ *Schulgeld*: Die begünstigte Schule muss in einem EU-/EWR-Staat belegen sein (Abs. 1 Nr. 9).
- ▶ *Spenden (§ 10b)*: Die empfangende Körperschaft muss nach dem (2010 erweiterten) Gesetzeswortlaut in einem EU-/EWR-Staat ansässig sein; der begünstigte Zweck darf allerdings weltweit verwirklicht werden (s. § 10b Anm. 45 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),
- StBegünstigung für Baudenkmale, die zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden (§ 10f ab VZ 1990).

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

Weitere Abzugstatbestände „wie Sonderausgaben“, die der Förderung der Wohneigentumsbildung 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“.

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

Der Verlustabzug (§ 10d) ist hingegen nicht mehr als SA-Tatbestand ausgestaltet. Zwar war er bis 1954 in § 10 Abs. 1 Nr. 4 enthalten und führte auch nach seiner Ausgliederung in § 10d von 1955 bis 1998 zu einem Abzug „wie 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 § 9c, § 10 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 4, 5, 7, 9 sowie § 10b. Der Höhe nach ist dieser Betrag mit 36 € (für zusammenveranlagte Ehegatten Verdoppelung auf 72 €) allerdings so gering, dass in fast allen Fällen die tatsächlichen Aufwendungen höher sein werden. Für Vorsorgeaufwendungen war bis VZ 2009 in § 10c Abs. 2–5 eine besondere Vorsorgepauschale angeordnet, die vom FA angesetzt wurde, wenn der Stpfl. keine höheren Aufwendungen geltend machte. Ab VZ 2010 wird eine solche Vorsorgepauschale nur noch beim LStAbzug berücksichtigt (§ 39b Abs. 2 Satz 5 Nr. 3; s. § 39b Anm. 28).

## 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 (u.a.) die SA-Tatbestände des § 10 Abs. 1 (mit Ausnahme der Nrn. 1a und 1b) ausdrücklich aus. Damit erhalten die spezielleren Regelungen des § 10 – was auch ohne eine solche ausdrückliche Konkurrenzregelung gelten würde – Vorrang vor den allgemeinen Abzugsverboten des § 12.

**Verhältnis zu § 12 Nr. 5:** § 12 Nr. 5 ordnet ein Abzugsverbot für Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung und ein Erststudium an. Im Zusammenspiel mit dem Einleitungssatz des § 12 und der Regelung in § 10 Abs. 1 Nr. 7 führt dies dazu, dass derartige Aufwendungen in den betragsmäßigen Grenzen des § 10 Abs. 1 Nr. 7 als SA abziehbar sind, andere Ausbildungskosten aber – ohne Beschränkung der Höhe nach – WK nach § 9 Abs. 1 Satz 1 darstellen (s. Anm. 232 und § 12 Anm. 160 ff.).

**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 Einkunftserzielungssphäre (BA/WK) als auch einem SA-Tatbestand zuzuordnen sind (BFH v. 10.6.1986 – IX R 11/86, BStBl. II 1986, 894, unter 3; v. 18.4.1996 – VI R 54/95, BFH/NV 1996, 740, unter 4; v. 30.4.2008 – X B 263/07, BFH/NV 2008, 1329, unter 1.c). Dies gilt nach der Lockerung 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; v. 29.4.1992 – VI R 33/89, BFH/NV 1992, 733); Beiträge zu Versicherungen, die sowohl berufliche als auch private Risiken abdecken (s. Anm. 150, 160 ff.). 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, 1a:** Diese Normen lassen den Abzug von Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten sowie von Versorgungsleistungen abweichend von Abs. 1 Nr. 1, 1a auch dann zu, wenn der Empfänger zwar nicht unbeschränkt stpfl. ist, seinen Wohnsitz aber in einem anderen EU-/EWR-Staat hat (s. Anm. 60, 81).

**Verhältnis zu § 2:** § 2 Abs. 4 ordnet an, dass SA zur Ermittlung des Einkommens vom Gesamtbetrag der Einkünfte abzuziehen sind. Daher wirken sich (weitere) SA stl. nicht mehr aus, wenn der Gesamtbetrag der Einkünfte bereits 0 € beträgt. Auch eine Auswirkung in Vor- oder Folgejahren im Wege des Verlustabzugs ist ausgeschlossen, weil § 10d an den Gesamtbetrag der Einkünfte, nicht aber an das zu versteuernde Einkommen anknüpft (BFH v. 4.11.1960 – VI 122/60 U, BStBl. III 1961, 6; s. auch § 10d Anm. 166). Die sich in Fällen des fortgeltenden § 10 Abs. 5 aF (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 stfreien Einnahmen (s. Anm. 305).

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

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

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

**Verhältnis zu § 22 Nr. 1:** Renten und dauernde Lasten, die beim Geber nach der (für Altverträge fortgeltenden) Regelung des Abs. 1 Nr. 1a in der bis VZ 2007 geltenden Fassung abziehbar sind, sind beim Empfänger stpfl. (§ 22 Nr. 1). Rentenleistungen aus den gesetzlichen Rentenversicherungen und bestimmten anderen Altersvorsorgeeinrichtungen und -verträgen unterliegen der (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, 1b, 1c:** Soweit Unterhaltsleistungen nach Abs. 1 Nr. 1, Versorgungsleistungen nach Abs. 1 Nr. 1a nF oder Leistungen aufgrund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs nach Abs. 1 Nr. 1b vom Geber abgezogen werden können, sind sie beim Empfänger nach § 22 Nr. 1a, 1b, 1c stpfl.

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

**Verhältnis zu § 32 Abs. 4 Satz 2 aF:** Wegen der Verwendung des Begriffs der „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 außergewöhnlichen Belastungen (agB) außer Betracht bleiben. Dies bewirkt einen Nachrang der agB gegenüber den SA: Ein Abzug von agB kommt schon dann nicht in Betracht, wenn die entsprechenden Aufwendungen *dem Grunde nach* SA sind, auch wenn sie im konkreten Fall – etwa wegen des Überschreitens von Höchstbeträgen – nicht abgezogen werden können (BFH v. 29.11.1991 – III R 191/90, BStBl. II 1992, 293; v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338). Eine Ausnahme gilt für Aufwendungen nach Abs. 1 Nr. 7, 9 (Ausbildungskosten, Schulgeld): Diese können – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen des § 33 und nach Kürzung um die zumutbare Belastung – als agB abgezogen werden, soweit die Höchstbeträge für den SA-Abzug überschritten sind. Einzelheiten s. § 33 Anm. 200 ff.

20–21 Einstweilen frei.

## 22 VI. Zurechnung der Sonderausgaben (Abzugsberechtigung)

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

23–24 Einstweilen frei.

## 25 VII. Verfahrensfragen

**Grundsätzlich kein Antragserfordernis:** 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. 1 Nr. 1 (Unterhaltsleistungen) enthält wegen der an den SA-Abzug anknüpfenden Versteuerung beim Empfänger ein Antragserfordernis (s. Anm. 62).

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

**Vorauszahlungen/Lohnsteuerermäßigung:** Sonderausgaben nach Abs. 1 (ohne Vorsorgeaufwendungen) und § 10b bleiben bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für Vorauszahlungszwecke außer Ansatz, wenn sie zusammen mit den Aufwendungen und abziehbaren Beträgen nach §§ 33, 33a insgesamt 600 € nicht übersteigen (§ 37 Abs. 3 Satz 4, dazu § 37 Anm. 56 f.). SA können auch zur Gewährung eines Freibetrags beim LStAbzug führen (§ 39a Abs. 1 Nr. 2, s. § 39a Anm. 17); auch hier gilt aber – mit kleineren Abweichungen im Detail – die 600 €-Grenze (§ 39a Abs. 2 Satz 4, s. § 39a Anm. 42).

**Einheitliche und gesonderte Feststellung:** Nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO können auch „andere Besteuerungsgrundlagen“, die mit Einkünften in Zusammenhang stehen, einheitlich und gesondert festgestellt werden. Dies betrifft im SA-Bereich etwa Spenden (§ 10b), die durch eine PersGes. geleistet werden, oder dauernde Lasten (Nr. 1a), die eine Grundstücksgemeinschaft nach dem Erwerb eines vermieteten Grundstücks im Wege der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen an den Übergeber zahlt (zutr. FG München v. 26.7.2005 – 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, Steuermindernde Einkommensverwendung als Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen, StKongrRep. 1986, 47; RAMISCH, Optimierung des Sonderausgabenabzugs durch Wahl der getrennten Ehegattenveranlagung, DB 1991, 1797; LAMMINGER, Geschickte Rechtsgestaltung – wesentlicher Parameter der Abzugsfähigkeit von Versicherungsbeiträgen als Sonderausgaben?, BB 1996, 241; TIEDTKE/WÄLZHOLZ, Der Abzug von Nebenkosten als Sonderausgaben, DStR 1999, 1794; SCHEFFLER/KANDEL, Systematisierung der Sonderausgaben aus ökonomischer Sicht, StuW 2011, 236.

### I. Erläuterungen zum Einleitungssatz des Abs. 1

#### 1. „Sonderausgaben sind ...“

##### a) Abschließende Aufzählung, Einteilungsmöglichkeiten

30

**Keine abstrakte Definition, sondern Kasuistik:** Der Begriff der SA wird im EStG – anders als die in ihrer systematisierenden Funktion vergleichbaren Grundbegriffe Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4), Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1) oder außergewöhnliche Belastungen (§ 33 Abs. 1) – nicht abstrakt definiert (s. auch BFH v. 21.8.1974 – VI R 166/72, BStBl. II 1975, 79). Vielmehr

sind SA nur die in der Kasuistik des § 10 Abs. 1 (und ggf. weiterer Tatbestände, s. Anm. 17) abschließend aufgeführten Aufwendungen (BFH v. 12.12.1973 – VI R 23/71, BStBl. II 1974, 300; v. 14.11.2001 – X R 120/98, BStBl. II 2002, 413, unter II.2.a). Eine gemeinsame abstrakte Definition lässt sich für dieses Sammel-sorium von Tatbeständen ohnehin nicht finden (ebenso bereits Bericht der ESt-Kommission, BMF-Schriftenreihe Heft 7, 1964, 139), weshalb der Gesetzgeber dies auch zu keiner Zeit versucht hat (vgl. aber den – untauglichen – Defini-tionsversuch bei KÜCHENHOFF, StuW 1952, Sp. 449).

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

- Renten und dauernde Lasten (Abs. 1 Nr. 1a),
- Leistungen aufgrund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs (Abs. 1 Nr. 1b),
- Beiträge an Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3),
- Kirchensteuer (Abs. 1 Nr. 4).

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

- Unterhaltsleistungen (Abs. 1 Nr. 1): 13 805 €,
- Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2 iVm. Abs. 3): 20 000 €,
- sonstige Vorsorgeaufwendungen (ohne Kranken- und Pflegeversicherung; Abs. 1 Nr. 3a iVm. Abs. 4): 1 900 €/2 800 €,
- Aufwendungen für die Berufsausbildung (Abs. 1 Nr. 7): 6 000 €,
- zusätzliche Altersvorsorge (§ 10a): 2 100 €,
- Aufwendungen für stbegünstigte Zwecke (§ 10b): unterschiedliche Kombina-tionen aus einkommensabhängigen und absoluten Höchstbeträgen.

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

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

Andere Tatbestände lassen nur einen Bruchteil der Aufwendungen unter zusätz-licher 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.

### 31 b) Kein Abzug von Nebenkosten als Sonderausgaben

**Kein Abzug von Nebenkosten (Grundsatz):** Angesichts des abschließenden Charakters der Tatbestände des § 10 Abs. 1 können Nebenkosten, die mit SA in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, grds. nicht ihrerseits als SA abgezogen werden. Dies betrifft vor allem Prozess- und Beratungskosten zur Abwehr von Ansprüchen auf Zahlung von SA (BFH v. 22.3.1957 – VI 102/55 U, BStBl. III 1957, 191) oder zur Erlangung des SA-Abzugs (BFH v. 10.3.1999 – XI R 86/95, BStBl. II 1999, 522: Prozesskosten für die Erzwingung der Zustimmung zum

Realsplitting), aber auch Zinsen für Darlehen, die der Finanzierung von SA dienen (BFH v. 25.7.2000 – VIII R 35/99, BFH/NV 2001, 242, unter 4.: Finanzierung von Lebensversicherungsbeiträgen; v. 14.11.2001 – X R 120/98, BStBl. II 2002, 413, unter II.2.a, 3: Finanzierung von Renten und dauernden Lasten).

**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) allerdings Nebenkosten ebenfalls zum Abzug als SA zugelassen. Begründet wurde dies mit Besonderheiten dieser Tatbestände (finale Formulierung der Nr. 7 im Gegensatz zu den anderen SA-Tatbeständen; s. zur Abgrenzung BFH v. 14.11.2001 – X R 120/98, BStBl. II 2002, 413, unter 2.a). Dies ist uE nicht zwingend (zur Kritik an diesen Entscheidungen s. die Voraufgabe (Stand September 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 Entscheidungen hingegen, dass Nebenkosten bei sämtlichen SA-Tatbeständen abziehbar sein müssen, weil für eine Differenzierung kein Grund erkennbar ist (TIEDTKE/WÄLZHOLZ, DStR 1999, 1794).

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

Einstweilen frei.

32

## 2. Aufwendungen

### a) Abfluss, Besonderheiten bei Sachleistungen

33

Der Begriff der Aufwendungen verlangt in diesem Zusammenhang einen tatsächlichen Abfluss (eine Vermögensminderung). Er ist daher vom bilanzstrechl. Begriff des „Aufwands“ – der eine buchmäßige Gewinnminderung bezeichnet, die nicht notwendig mit einem tatsächlichen Güterabfluss verbunden sein muss – zu unterscheiden. Treffender wäre hier der Begriff „Ausgaben“. Wünschenswert wäre ohnehin eine terminologische Vereinheitlichung, da in § 10 unterschiedliche Begriffe offenbar synonym gebraucht werden (Überschrift: „Ausgaben“; Einleitungssatz: „Aufwendungen“; Nr. 6 aF: „Kosten“; Nr. 5, 7: „Aufwendungen“; vgl. auch TIPKE, StuW 1980, 1 [5]). Auf die Herkunft der Mittel (zB aus streifen 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, was in der Praxis aber nur ausnahmsweise der Fall sein dürfte, zB bei Unterhaltsleistungen in Form der Überlassung einer Wohnung (s.

Anm. 55) oder bei Altenteilsleistungen (s. Anm. 75). Für die Bewertung solcher Sachleistungen fehlt eine Regelung im EStG, so dass für die Hingabe von WG gem. § 1 Abs. 1, § 9 Abs. 1 BewG der gemeine Wert und für die Zuwendung von Nutzungen und Leistungen der übliche Mittelpreis des Verbrauchsorts (§ 15 Abs. 2 BewG; vgl. BFH v. 12.4.2000 – XI R 127/96, BStBl. II 2002, 130, unter II.1) anzusetzen ist (glA HUTTER in BLÜMICH, § 10 Rn. 28). 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 Rn. B 7), wofür angesichts der unmittelbar anwendbaren Regelung im BewG zwar kein Bedarf besteht, was aber im Regelfall zum gleichen Ergebnis führen wird.

34 Einstweilen frei.

### b) Abzugsberechtigung

#### 35 aa) Wirtschaftliche Belastung

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

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

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

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

**Beispiel:** KiStFestsetzung trotz fehlender persönlicher KiStPflicht (BFH v. 22.11.1974 – VI R 138/72, BStBl. II 1975, 350; v. 26.6.1996 – X R 73/94, BStBl. II 1996, 646), nicht hingegen, solange die endgültige Rückforderung noch nicht feststeht (BFH v. 24.4.2002 – XI R 40/01, BStBl. II 2002, 569; v. 2.9.2008 – X R 46/07, BStBl. II 2009, 229; s. Anm. 208; nach endgültiger Erstattung aber Korrektur nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO; s. Anm. 410 ff.).

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

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

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

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

Die ganz überwiegende Auffassung im Schrifttum kritisiert dieses *Ergebnis*, ohne allerdings systematisch durchschlagende Gegenargumente zu liefern; vgl. SCHMIDT, FR 1989, 498; LAMMINGER, BB 1996, 241; HEINICKE in SCHMIDT XXXII. § 10 Rn. 24 („lebensfremd“); SÖHN in KSM, § 10 Rn. E 157 f.; BAUSCHATZ in KORN, § 10 Rn. 156 (Abzug, wenn eine Unterhaltspflicht besteht); differenzierend BRANDIS, StuW 1990, 57 (62f.). Der Rspr. ist uE hingegen zuzustimmen (ebenso LINDBERG in FROTSCHER, § 10 Rn. 14). Sie stimmt mit den allgemeinen Grundsätzen zum Drittaufwand und zum SA-Abzug überein, die zudem auch Möglichkeiten offen lassen, dennoch den Abzug zu erreichen (s. nächster Abs.). Ihr Ergebnis ist auch nicht unbillig, da das StRecht nicht gehalten ist, Spargestaltungen von Versicherungskunden zu prämiieren, die einer Hochrisikogruppe angehören, aber dennoch nur die Beiträge für „gute Risiken“ zahlen wollen. Schließlich ist das Argument, es könnte zu Doppelabzügen kommen, nicht von der Hand zu weisen. Seit 2010 enthält Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 (für Krankenversicherungsbeiträge der Eltern zugunsten ihrer unterhaltsberechtigten Kinder) zudem eine gesetzliche Ausnahme von den hier dargestellten Grundsätzen, die zugleich zeigt, dass der Gesetzgeber sich der Rspr. angeschlossen hat. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist weit geringer als der literarische Aufwand, der um sie getrieben wird, weil Beiträge zu Haftpflichtversicherungen sich wegen des geringen Höchstbetrags nach Abs. 4 idR ohnehin nicht auswirken.

**Ausnahmen:** Wendet der Dritte dem Stpfl. *Geld* zu, mit dem dieser die von ihm geschuldeten SA bezahlt, ist ein SA-Abzug beim Stpfl. möglich, weil es auf die Herkunft der Mittel nicht ankommt (s. Anm. 43). Eine solche „Zuwendung“ ist allerdings von einer „Ersatzleistung“ oder „Erstattung“ durch den Dritten abzugrenzen, bei der es an einer wirtschaftlichen Belastung des Stpfl. fehlt (s. Anm. 35, 42). – Eine Ausnahme lässt die FinVerw. zu, wenn ein Geschäftsherr für seinen selbständigen Handelsvertreter eine Lebensversicherung abschließt und die Beiträge bezahlt: Hier hat der Handelsvertreter die Beiträge als Betriebseinnahmen 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). Beitragschuldner ist hier zwar der ArbG, wirtschaftlich mit den Beiträgen belastet

ist allerdings der ArbN. Näher zur Behandlung von Gruppen-Versicherungsverträgen s. Anm. 305 „Pauschal versteuerte Einnahmen“.

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

BFH v. 24.1.1958 – VI 9/56 S, BStBl. III 1958, 77; v. 22.3.1967 – VI R 300/66, BStBl. III 1967, 596; v. 19.4.1989 – X R 2/84, BStBl. II 1989, 683; v. 3.8.2005 – XI R 76/03, BStBl. II 2006, 121, unter 5.; BVerfG v. 25.1.1972 – 1 BvL 30/69, BVerfGE 32, 260; BStBl. II 1972, 325, unter C.I.2.b; R 10.1 EStR 2012. Zum SA-Abzug bei getrennter Veranlagung ausführl. RAMISCH, DB 1991, 1979.

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); ggf. 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. 167). Eine weitere Ausnahme gilt für Schuldgeldzahlungen (s. Anm. 37).

### 37 cc) Abzugsberechtigung bei den einzelnen Tatbeständen des Abs. 1

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

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

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

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

► *Privatrechtliche Versicherungsverträge:* Hier ist abzugsberechtigt, wer die Beiträge als Versicherungsnehmer (Vertragspartner des Versicherungsunternehmens) selber schuldet. Es kommt im Gegenzug nicht darauf an, auf wessen Leben ein Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen (versicherte Person) oder wer aus ihm

bezugsberechtigt ist (BFH v. 20.11.1952 – IV 6/52 U, BStBl. III 1953, 36; v. 9.5.1974 – VI R 137/72, BStBl. II 1974, 633). Allein die wirtschaftliche Belastung einer Person, die die Beiträge zwar zahlt, aber nicht schuldet, führt nicht zur Abzugsberechtigung (BFH v. 19.4.1989 – X R 28/86, BStBl. II 1989, 862; vom Vater abgeschlossene Kfz-Haftpflichtversicherung für den Pkw. des Sohnes, der die Beiträge bezahlt; ebenso BFH v. 8.3.1995 – X R 80/91, BStBl. II 1995, 637); zur Kritik und den zugelassenen Ausnahmen s. auch Anm. 36.

► *Öffentlich-rechtliche Versicherungsverhältnisse (gesetzliche Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung)*: Abzugsberechtigt ist der Versicherte (BFH v. 7.3.2002 – III R 42/99, BStBl. II 2002, 473, verwendet – terminologisch unzutreffend – den Begriff des „Versicherungsnehmers“, den es im Recht der gesetzlichen Sozialversicherung nicht gibt, s. Anm. 155); bei eigenen öffentlich-rechtl. Versicherungsverhältnissen von Kindern des Stpfl. also nur das Kind selbst, nicht hingegen der Elternteil, der die Beiträge im Wege des abgekürzten Zahlungswegs zahlt (BFH v. 9.5.1974 – VI R 147/71, BStBl. II 1974, 545; v. 9.5.1974 – VI R 233/71, BStBl. II 1974, 546). Hingegen kann hier nicht auf die Person des Beitragsschuldners abgestellt werden, da dies der ArbG ist (§ 28e Abs. 1 SGB IV).

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

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

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

**Nr. 9 (Schulgeld)**: Aus dem Wortlaut folgt, dass nur der das Schulgeld leistende Elternteil abzugsberechtigt ist. Auch hier muss es sich um eine rechtl. Verpflichtung aus dem – idR privatrechtl. – Schulvertrag handeln; darüber hinausgehende freiwillige Zahlungen sind nicht nach Nr. 9 abziehbar (s. Anm. 285). 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; nunmehr auch R 10.10 Abs. 1 EStR 2012).

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

#### dd) Ausgaben des Steuerpflichtigen als Rechtsnachfolger

38

**Gesamtrechtsnachfolge**: Da der Erbe in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt und damit auch alle dessen Schulden übernimmt (§§ 1922, 1967 BGB), kann er Zahlungen, die er auf entsprechende Rückstände des Erblassers leistet, grds. als SA abziehen, wenn in seiner Person alle Voraussetzungen für den Sonderausgabenabzug vorliegen. Gleiches gilt für Zahlungen auf Schulden aus einem vom Erblasser begründeten Rechtsverhältnis, die erst nach dem Erbfall fällig werden; auch insoweit handelt es sich aufgrund des Eintritts des Erben in das Rechtsverhältnis im Fälligkeitszeitpunkt um eine eigene Schuld des Erben. Bei einem nicht

unbeschränkt stpfl. Erben ist der SA-Abzug allerdings wegen § 50 Abs. 1 Satz 3 ausgeschlossen (s. Anm. 14). Ausführlich zu SA-Zahlungen eines Gesamtrechtsnachfolgers GÖRING, Die Gesamtrechtsnachfolge im EStRecht, Diss. 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; v. 5.2.1960 – VI 204/59 U, BStBl. III 1960, 140; 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 stschuldrechtl. Position des Erblassers eingetreten (§ 45 Abs. 1 AO) und nunmehr *selbst* StSchuldner 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 (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:

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

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

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

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

**c) Abfluss; Behandlung von Vorauszahlungen****aa) Abfluss von Sonderausgaben**

40

Für SA gilt das Abflussprinzip des § 11 Abs. 2, was bereits aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung des § 11 folgt (BFH v. 22.1.1992 – I R 55/90, BStBl. II 1992, 550). Es kommt weder darauf an, in welchem VZ die Einkünfte, aus denen die SA bestritten werden, erzielt werden (BFH v. 24.2.1961 – VI 194/60 U, BStBl. III 1961, 190), noch darauf, ob die SA als Voraus- oder Nachzahlungen wirtschaftlich auf andere VZ entfallen (BFH v. 24.9.1985 – IX R 2/80, BStBl. II 1986, 284; v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338; v. 8.10.2007 – XI B 112/06, BFH/NV 2008, 43; im Jahr des Abflusses einer SA-Nachzahlung keine stl. Auswirkung mangels positiver Einkünfte); dies rechtfertigt grds. auch keinen Billigkeitserlass (FG Nürnberg v. 22.11.2007 – VI 246/2006, EFG 2008, 520, rkr.). Auch die Erstattung der gezahlten SA in einem späteren VZ steht dem vollen Abzug im Jahr der Zahlung nicht entgegen (BFH v. 23.2.1951 – IV 150/50 S, BStBl. III 1951, 79; s. auch Anm. 410).

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

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

**bb) Behandlung von Vorauszahlungen**

41

**Vorauszahlungen grundsätzlich abziehbar:** Der Stpfl. kann grds. auch freiwillige Vorauszahlungen auf noch nicht fällige SA im Zeitpunkt ihres Abflusses abziehen, soweit sie dem tatsächlich geschuldeten Betrag entsprechen (BFH v. 22.11.1983 – VIII R 37/79, BFHE 140, 63, unter 2.; v. 7.11.2001 – XI R 24/01, BStBl. II 2002, 351). Die Rspr. lässt die sich daraus ergebenden Gestaltungsmöglichkeiten (Ausnutzung von Progressionsunterschieden; Vorauszahlungen bei bevorstehendem Wegfall eines SA-Tatbestands) ausdrücklich zu. Seit VZ 2011 ist die Möglichkeit zum sofortigen Abzug von Vorauszahlungen bei Beiträgen zur Basis-Kranken- und Pflegeversicherung aber eingeschränkt (Abs. 1 Nr. 3 Satz 4; s. Anm. 168).

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

**Ausnahme bei willkürlichen Vorauszahlungen:** Stellt sich die Vorauszahlung indes als willkürlich dar, verneint die Rspr. bereits den Tatbestand einer SA-Zah-

lung 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); 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 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, m. Anm. OFFERHAUS, StBp. 1986, 140; v. 24.9.1985 – IX R 22/85, BFH/NV 1986, 733, beide betr. bevorstehender Wegfall des Schuldzinsenabzugs nach Abs. 1 Nr. 1 aF). Bei öffentlich-rechtl. Schulden (insbes. Steuern und Nebenleistungen) genügt es, wenn die Verpflichtung dem Grunde nach entstanden ist und die Höhe der Zahlung nicht über die entstandene, aber noch nicht festgesetzte Schuld hinaus geht (BFH v. 7.11.2001 – XI R 24/01, BStBl. II 2002, 351; v. 16.10.2002 – XI R 51/01, BFH/NV 2003, 597, jeweils betr. Wegfall des Abzugs für stl. Nebenleistungen nach Abs. 1 Nr. 5 aF). Diese Rspr. eröffnet Stpfl. jedenfalls für eine Übergangszeit Gestaltungsmöglichkeiten, wenn es in Zukunft zu weiteren Streichungen von SA-Tatbeständen kommen sollte.

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 stfreien Einnahmen; § 3c ist nicht auf SA anwendbar.

BFH v. 27.9.1963 – VI 123/62 U, BStBl. III 1963, 536, unter II. (SA, die aus dem nicht stbaren Teil einer Leibrente geleistet werden); v. 4.3.1977 – VI R 168/75,

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

Umstritten ist, ob die Gewährung steuerfreier Zuschüsse zu Kinderbetreuungskosten (§ 3 Nr. 33) dazu führt, dass insoweit ein Abzug nach Abs. 1 Nr. 5 ausscheidet. 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 im vorigen Absatz angeführten Rspr. ist dies uE aber unzutreffend. Zudem hat der BFH sich zur Begründung seiner Auffassung ausschließlich auf Kommentierungen zu den Vorschriften der §§ 4f, 9c gestützt; dort war aber ein Abzug „wie BA/WK“ vorgesehen, so dass die Anwendung des § 3c Abs. 1 vertretbar war. Für den SA-Abzug kann dies hingegen nicht gelten.

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

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

Einstweilen frei.

44

### 3. Weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten

45

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

**Nachrang von Sonderausgaben im Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten:** Dieser würde sich auch ohne ausdrückliche Regelung bereits aus der Systematik der Einkommensermittlung ergeben (so zu Recht bereits RFH v. 19.10.1927, RStBl. 1928, 44; v. 29.2.1928, RStBl. 1928, 113). Entsprechend lehnt der BFH es 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; v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407, unter II.3.c; v. 22.6.2006 – VI R 5/03, BStBl. II 2007, 4; alle betr. Ausbildungskosten). Anders 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 zugleich ihrer Dissertation als auch ihrer ArbN-Tätigkeit an einer Universität dienen; uE nicht zwingend).

**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 Einkunftszerlegung zuzuordnen sind (BFH v. 21.7.1966 – IV 170/61, BStBl. III 1966, 646; v. 10.6.1986 – IX R 11/86, BStBl. II 1986, 894, unter 2.; beide zum Zusammentreffen von Begrenzungen beim WK-Abzug von Schuldzinsen mit dem früheren SA-Tatbestand für Schuldzinsen).

**Abzug „wie“ Betriebsausgaben/Werbungskosten:** Ab VZ 2006 ist in § 4f und § 9 Abs. 5 für Kinderbetreuungskosten die neue Kategorie „Abzug wie BA/WK“ eingeführt worden; diese Regelungen sind ab VZ 2009 in § 9c Abs. 1 überführt, ab VZ 2012 allerdings in § 10 Abs. 1 Nr. 5 zusammengefasst worden. Der Eingangssatz 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 2012 fehlt es der weiterhin im Eingangssatz des § 10 enthaltenen Kategorie „wie BA oder WK“ hingegen an einem Anwendungsbereich.

46–49 Einstweilen frei.

## II. Realsplitting (Abs.1 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, Nachteilsausgleichung und Vorteilsteilhaber 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.

### 50 1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1

**Überblick und Bedeutung:** Nr. 1 ermöglicht auch dann, wenn der Splittingvorteil durch die Trennung der Eheleute weggefallen ist, eine stl. günstige Verteilung der Einnahmen in Abbildung der zivilrechtl. Unterhaltspflichten durch ein „begrenztes Realsplitting“. Die Inanspruchnahme der Abzugsmöglichkeit nach Nr. 1 durch den Geber korrespondiert dabei mit der StPflcht der Bezüge beim Empfänger als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1a. Durch die Antragsabhängigkeit und die Möglichkeit, den Antrag auf einen Teil der Aufwendungen zu beschränken (s. Anm. 62), kann der Umfang des Realsplitting auf die individuellen stl. Verhältnisse zugeschnitten werden.

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

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

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

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

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

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

Einstweilen frei.

51–54

## 2. Voraussetzungen für den Abzug von Unterhaltsleistungen

### 55 a) Begriff der Unterhaltsleistungen (Nr. 1 Satz 1)

Der Begriff der Unterhaltsleistungen ist weit auszulegen. Unter Nr. 1 fallen sowohl laufende als auch gelegentliche oder einmalige Leistungen (vgl. § 1585b Abs. 1 BGB, der ausdrücklich den Unterhalt wegen eines „Sonderbedarfs“ erwähnt; H 10.2 „Allgemeines“ EStH 2012; ebenso zu § 33a Abs. 1 auch BFH v. 5.9.1980 – VI R 75/80, BStBl. II 1981, 31). Nachzahlungen für die Vergangenheit sind ebenfalls erfasst, ohne dass es darauf ankommt, ob die Zahlungen einen Unterhaltszeitraum vor Beginn des VZ betreffen (BFH v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338). Auch wenn der laufende Unterhalt grds. durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren ist (§ 1585 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Geschiedenenunterhalt, § 1361 Abs. 4 BGB für den Unterhalt bei Getrenntleben), können die Parteien sich darauf einigen (§ 1585c BGB), den Unterhalt in Form von Sachleistungen zu erbringen. Wegen der Einzelheiten kann auf die Erl. zum Begriff der „Aufwendungen für den Unterhalt“ in § 33a Abs. 1 verwiesen werden (s. § 33a Anm. 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). 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). Kosten für die Beerdigung des geschiedenen Ehegatten, zu deren Tragung der Unterhaltsverpflichtete in (zivilrechtl. allerdings zweifelhafter) 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 (ähnlich Nds. FG v. 27.6.2012 – 9 K 10295/11, EFG 2012, 2277, nrkr., Az. BFH X R 26/12). Zahlungen im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung der Eheleute sind hingegen auch dann kein Unterhalt iSd. Nr. 1, wenn der andere Ehegatte ohne diese Zahlungen einen Unterhaltsanspruch hätte (BFH v. 8.3.1989 – X B 203/88, BFH/NV 1989, 779); Gleiches gilt für Nebenkosten zu Unterhaltsleistungen (BFH v. 10.3.1999 – XI R 86/95, BStBl. II 1999, 522: Kosten des Zivilprozesses zur Erzwingung der Zustimmung des Unterhaltsempfängers; s. auch Anm. 31).

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

**Überlassung einer Wohnung:** Die Rspr. erkennt Unterhaltsleistungen iSd. Nr. 1 zutreffend auch insoweit an, als eine im Miteigentum der Eheleute stehende Wohnung dem unterhaltsberechtigten Ehegatten zur alleinigen 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, Steuerberatungs- oder Ausbildungskosten, ist ein Abzug nach den entsprechenden Tatbeständen nicht möglich, da der Stpfl. nicht gegenüber dem Gläubiger schuldrechtl. zur Zahlung verpflichtet ist (s. Anm. 36). Jedoch fallen derartige Zahlungen unter Nr. 1, weil Unterhalt auch dadurch geleistet werden kann, dass der Unterhaltsverpflichtete eine bei einem Dritten bestehende Verbindlichkeit des Unterhaltsberechtigten erfüllt. Bei Vorsorgeaufwendungen kann hingegen im Ergebnis ein Wahlrecht zwischen dem Abzug nach Nr. 3 und Nr. 1 bestehen, wenn der Stpfl. selbst als Versicherungsnehmer Versicherungsverträge schließt, aus denen sein geschiedener Ehegatte begünstigt ist (zu Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen vgl. aber die Sonderregelungen in Nr. 1 Satz 2 sowie Nr. 3 Satz 3; Einzelheiten s. Anm. 67, 167).

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

**Abzug bei Vorausleistungen des Sozialamts:** Wenn ein Unterhaltsschuldner seiner 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 der Nr. 1 uE ebenfalls nicht erfüllt, weil es sich nicht um Unterhaltszahlungen „an den ... Ehegatten“ handelt.

Einstweilen frei.

56–57

**b) Anforderungen an die Person des Unterhaltsempfängers****58 aa) Geschiedener oder dauernd getrennt lebender Ehegatte (Nr. 1 Satz 1)**

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

Die Unterhaltungspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten erlischt nicht mit dem Tod des Verpflichteten, sondern geht – anders als die Unterhaltungspflichten in einer intakten 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 scheitere daran, dass der Unterhaltsempfänger nicht der (frühere) Ehegatte des *Erben* sei und der Wortlaut der Nr. 1 einem Abzug daher entgegen stehe (BFH v. 12.11.1997 – X R 83/94, BStBl. II 1998, 148; Verfassungsbeschwerde durch BVerfG v. 14.3.2002 – 2 BvR 324/98, StE 2002, 302, nicht zur Entscheidung angenommen; zust. Stöcker in B/B, § 10 Rn. 114).

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

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

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

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

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

**Eingetragene Lebenspartnerschaft:** 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), setzt der Gesetzgeber die Entscheidung des BVerfG v. 7.5.2013 (2 BvR 909/06, DSrSt 2013, 1228) um.

#### bb) Frühere Verbindung in einer nichtigen oder aufgehobenen Ehe (Nr. 1 Satz 6)

59

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

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

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

Die nichtige Ehe ist von der „Nicht-Ehe“ zu unterscheiden, bei der es von vornherein an einer wirksamen Eheschließung fehlt und die daher auch keine Unterhaltsansprüche auslöst (vgl. BRUDERMÜLLER in PALANDT, BGB, 72. Aufl. 2013, Einf. § 1313 BGB Rn. 5 ff.).

#### cc) Unbeschränkte Steuerpflicht des Unterhaltsempfängers (Nr. 1 Satz 1)

60

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

**Verfassungsmäßigkeit:** Der Zusammenhang mit § 22 Nr. 1a rechtfertigt jedenfalls am Maßstab des deutschen Verfassungsrechts die Ungleichbehandlung zwischen inländ. und ausländ. Empfängern (BFH v. 25.3.1986 – IX R 4/83,

BStBl. II 1986, 603, m. krit. Anm. HENNECKE, DStZ 1986, 334; best. durch BVerfG v. 21.11.1986 – 1 BvR 840/86, HFR 1988, 35, m. krit. Anm. HENNECKE, DStZ 1988, 490).

Die dagegen unter Hinweis auf die in beiden Fällen vergleichbare Leistungsfähigkeit der Unterhaltsschuldner erhobenen Bedenken sind uE nicht überzeugend, weil Art. 3 Abs. 1 GG für eine Berücksichtigung des Gedankens der Korrespondenz und Kohärenz im Rahmen der Prüfung der Sachgerechtigkeit einer Gesamtregelung offen ist. Auch der Splitting-Tarif kommt grds. nur zur Anwendung, wenn beide Ehegatten/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 unbeschränkten StPfl. des Empfängers die Abziehbarkeit der Unterhaltsleistungen nicht, sofern die Besteuerung der Unterhaltsleistungen beim Empfänger durch eine Bescheinigung der ausländ. StBehörde nachgewiesen wird (§ 1a Abs. 1 Nr. 1; s. § 1a Anm. 25 ff.). Der EuGH hat diese Regelung insoweit gebilligt, als Unterhaltsleistungen nicht abgezogen werden können, wenn der Wohnsitzstaat des Unterhaltsempfängers keinen Steuertatbestand für Unterhaltsbezüge kennt (EuGH v. 12.7.2005 – C-403/03, EuGHE 2005, I-6421; ergangen auf Vorabentscheidungsersuchen des BFH v. 22.7.2003 – XI R 5/02, BStBl. II 2003, 851; nachfolgend BFH v. 13.12.2005 – XI R 5/02, BFH/NV 2006, 1069).

Der EuGH hat in dieser Entscheidung allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob die Regelung auch dann den europarechtl. Anforderungen entspricht, wenn die Bezüge im Empfängerstaat zwar dem Grunde nach stpfl. sind, im konkreten Fall wegen Unterschreitens des Grundfreibetrags aber keine ESt anfällt (EuGH v. 12.7.2005 – C-403/03, EuGHE 2005, I-6421, Rn. 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 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 Doppelbesteuerungsabkommen:** In den DBA mit Dänemark, Kanada, den USA und der Schweiz ist vorgesehen, dass auch Unterhaltszahlungen an nicht unbeschränkt stpfl. Empfänger mit Wohnsitz in einem dieser Staaten abgezogen werden können (Nachweise s. H 10.2 EStH 2012 „nicht unbeschränkt estpfl. Empfänger“; zu Empfängern mit Wohnsitz in der Schweiz s. auch BMF v. 5.11.1998, BStBl. I 1998, 1392).

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

ter Aufgabe gegenteiliger früherer Rspr.; zu Unrecht krit. dazu SÖHN, *StuW* 2005, 109).

Einstweilen frei.

61

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

62

Als einziger SA-Tatbestand setzt Nr. 1 für den Abzug einen Antrag des Stpfl. voraus. Hintergrund ist die mit dem Abzug eintretende korrespondierende StPflicht 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 StPflicht beim Empfänger (BFH v. 22.9.1999 – XI R 121/96, BStBl. II 2000, 218; v. 12.12.2007 – XI R 36/05, BFH/NV 2008, 792, unter II.1.a; v. 9.12.2009 – X R 49/07, BFH/NV 2010, 1790, unter II.1.b bb). Stellt der Geber keinen Antrag nach Nr. 1a, kann er die Unterhaltsleistungen nach § 33a Abs. 1 als agB geltend machen. Dies setzt allerdings voraus, dass die eigenen Einkünfte und Bezüge des Empfängers die dort bezeichneten – sehr geringen – Grenzen nicht übersteigen.

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

**Teilbarkeit:** Der Antrag kann auf einen Teilbetrag der Unterhaltsleistungen beschränkt werden (BFH v. 22.9.1999 – XI R 121/96, BStBl. II 2000, 218, unter II.1.a; v. 14.4.2005 – XI R 33/03, BStBl. II 2005, 825; R 10.2 Abs. 1 EStR 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, *DStR* 2007, 1820).

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

**Keine Rücknahme:** Ein einmal gestellter Antrag – maßgebend ist der Zeitpunkt des Eingangs beim FA – kann nicht zurückgenommen werden (Nr. 1 Satz 3), 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 den Antrag jedenfalls dann als rückwirkendes Ereignis an, das zur Änderung der für Geber und Empfänger ergangenen bestandskräftigen EStBescheide nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO führt, wenn auch die Zustimmung erst nach Bestandskraft der Veranlagung des Gebers erteilt wurde (BFH v. 12.7.1989 – X R 8/84, BStBl. II 1989, 957; zur nachträglichen Erweiterung einer zunächst beschränkt erteilten Zustimmung BFH v. 28.6.2006 – XI R 32/05, BFH/NV 2006, 1985).

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

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

Die vom BFH offen gelassene Frage, ob der Antrag auch dann ein rückwirkendes Ereignis darstellt, wenn die Zustimmung des Empfängers bereits *vor* dem Eintritt der Bestandskraft der Veranlagung des Gebers erteilt worden war, ist uE zu verneinen (glA FG Münster v. 5.9.2012 – 12 K 1948/11, EFG 2012, 2183, nrkr., Az. BFH X R 33/12; krit. GRAW, EFG 2012, 2186), 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.).

63 Einstweilen frei.

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

**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, 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; v. 2.7.2003 – XI R 8/03, BStBl. II 2003, 803; 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 Rn. C 55 ff.

**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 Unterhaltspflichtige zugleich eine bindende Erklärung abgibt, den Zustimmungenden 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 Steuernachteils zu erbringen (OLG Schl.-Holst. v. 27.9.2006, Inf. 2007, 13).

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

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

**Dauerwirkung der Zustimmung (Nr. 1 Satz 4):** Im Gegensatz zum – jahresbezogenen – Antrag hat die Zustimmung des Empfängers 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 RISTRHAUS, FR 1999, 650 – auf die seit 1998 anderslautende vorgedruckte Erklärung in der amtlichen Anlage U hinweist, die für den Unterhaltsempfänger durchaus gefährlich ist). Eine einmal erteilte Zustimmung kann nur für die Zukunft widerrufen werden; eine Rücknahme für die Vergangenheit ist nicht möglich (BFH v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338). Zur Berücksichtigung der Unterhaltsbezüge bei der Bemessung der Vorauszahlungen des Unterhaltsempfängers s. OFD Frankfurt v. 19.5.1998, StE 1998, 523; STÖCKER in B/B, § 10 Rn. 151 ff.

**Keine Dauerwirkung der gerichtlich ersetzten Zustimmung:** In den Fällen des § 894 Abs. 1 ZPO (dh. wenn die Zustimmungserklärung des Empfängers auf eine entsprechende Klage des Unterhaltsverpflichteten hin durch gerichtliches Urteil als abgegeben gilt) sieht Nr. 1 Satz 4 keine Dauerwirkung der Zustimmung vor; diese gilt dann nur für den VZ, der Gegenstand des Zivilprozesses war (H 10.2 EStH 2012 „Zustimmung“ EStH 2012). 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. 62) kann auch die Zustimmung auf einen Teilbetrag geleisteten Unterhalts beschränkt werden (ebenso SÖHN in KSM, § 10 Rn. C 82 f. mit Nachweisen zur Gegenauffassung). Umgekehrt ist aber auch eine Blanko-Zustimmung (der Unterhaltsempfänger leistet die Unterschrift auf der Anlage U, noch bevor der Geber den geltend zu machenden Betrag eingetragen hat) wirksam (BFH v. 12.12.2007 – XI R 36/05, BFH/NV 2008, 792).

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

**Beispiel:** Der Geber gibt seine StErklärung für 2012 – einschließlich der Anlage U mit der Zustimmungserklärung des Unterhaltsempfängers – im Jahr 2014 ab. Selbst wenn der Empfänger die Zustimmung sofort widerrufen würde, wäre er auch noch für die VZ 2013 und 2014 daran gebunden.

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

65–66 Einstweilen frei.

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

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

**Mehrere Höchstbeträge bei mehreren Unterhaltsempfängern:** Leistet der Stpfl. mehreren Personen iSd. Nr. 1 Unterhalt, gilt der Höchstbetrag für jeden

Unterhaltsempfänger gesondert (R 10.2 Abs. 3 EStR 2012; ebenso bereits BMF v. 7.12.1978, BStBl. I 1978, 539). Wird dieser Betrag für einen der Unterhaltsberechtigten nicht ausgeschöpft, kann der übersteigende Teil nicht auf einen anderen „übertragen“ werden.

**Ganzjahresbetrag:** Auch wenn nur für einen Teil des Jahres die Voraussetzungen der Nr. 1 vorliegen (zB bei nicht ganzjährigem Getrenntleben oder nicht ganzjähriger unbeschränkter 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; v. 4.10.1984 – 1 BvR 789/79, BVerfGE 67, 290; BStBl. II 1985, 22, beide betr. § 33a Abs. 1), deckt aber in den meisten Fällen noch den vollen oder zumindest wesentlichen Betrag der Unterhaltszahlungen ab. Eine volle Berücksichtigung der Unterhaltsleistungen an den geschiedenen Ehegatten ist nach der Rspr. des BVerfG, das auch insoweit nur auf den Sozialhilfesatz abstellt, ohnehin nicht von Verfassungs wegen geboten (BVerfG v. 19.8.1986 – 1 BvR 694/85, DStZ 1988, 489; v. 15.7.1987 – 1 BvR 54/87, HFR 1988, 242; v. 4.7.1988 – 1 BvR 729/88, HFR 1989, 442; BFH v. 24.7.1996 – X R 152/90, BFH/NV 1996, 889, 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 Rn. C 111 f.). Umgekehrt könnten verfassungsrechtl. Bedenken gerade wegen der – vor allem im Vergleich zu § 33a Abs. 1 – beachtlichen Höhe des Höchstbetrags erhoben werden. Solche überzeugen aber ebenfalls nicht, weil der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten auch zivilrechtl. gegenüber den Ansprüchen der in § 33a Abs. 1 erfassten Unterhaltsempfänger (vor allem volljährige Abkömmlinge, Eltern, Großeltern) vorrangig ist (§§ 1609, 1582 BGB).

**Erhöhung um Kranken-/Pflegeversicherungsbeiträge (Satz 2):** Ab VZ 2010 erhöht sich der in Satz 1 genannte Höchstbetrag von 13805 € noch um diejenigen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge, die für den unterhaltsberechtigten Ehegatten aufgewendet werden und die Voraussetzungen der Nr. 3 erfüllen. Insbes. muss es sich um *eigene* Beiträge des Stpfl. handeln, also nicht lediglich um die Erstattung von Beiträgen, zu deren Zahlung der 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. 167; zur Neuregelung s. auch MYSSEN/WOLTER, NWB 2009, 3900).

Einstweilen frei.

68–69

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

**Schrifttum:** 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 steuerrecht-

lichen 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) Fach 3, 12655; GECK, Die Beschlüsse des Großen Senats des BFH zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – Folgerungen für die Beratungspraxis, ZEV 2003, 441; KEMPERMANN, Versorgungsleistungen bei Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge: Sonderausgaben nur bei voraussichtlich ausreichenden Nettoerträgen, DStR 2003, 1736; RISTHAUS, Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, DB 2003, 2190; SCHOOR, Betriebsübertragung von Eltern auf Kinder im Wege vorweggenommener Erbfolge, StBp. 2004, 131, 169; SCHWENKE, Das Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen im Wandel, DStR 2004, 1679; SCHWIND/BÄUML, Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen im Lichte der neuen Rechtsprechung des Großen Senats – Konsequenzen für die Gestaltungspraxis, BB 2004, 74; SPIEGELBERGER, Die Renaissance der vorweggenommenen Erbfolge, DStR 2004, 1105; GECK, Probleme des Rentenerlasses III aus Sicht der Beratungspraxis, DStR 2005, 85; FLEISCHER, Vermögensübergabe gegen (private) Versorgungsleistung nach dem JStG 2008, ZEV 2007, 475; GREWE, Abschaffung der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen bei Privatvermögen, ErbBstg 2007, 190; RISTHAUS, Ist das Rechtsinstitut der unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen noch praktikabel?, DB 2007, 240; SCHULZE ZUR WIESCHE, Vermögensübertragungen gegen Versorgungsleistungen nach dem Entwurf des Jahressteuergesetzes 2008, BB 2007, 2379; 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; JANSEN/MYSSSEN/Killat-Risthaus, Renten, Raten, Dauernde Lasten, Herne/Berlin, 14. Aufl. 2010; 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 Vermögensübergabe 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; WISSBORN, 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 Son-

derbetriebsvermögen, 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 SA-Abzugs, ErbStB 2011, 221; REDDIG, Lebzeitige Vermögensübertragungen gegen private Versorgungsrente – oder was der Gesetzgeber hiervon übrig ließ, in BINNEWIES/SPATSCHECK (Hrsg.), Festschrift für 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, Festschrift für Wolfgang Spindler, Köln 2011, 749; DJANANI/KRENZIN/ZEHETMAIR, Vermögensübertragungen gegen wiederkehrende Leistungen als Möglichkeit zur Ausgestaltung der Unternehmensnachfolge, DStZ 2012, 389; RICHTER, Handbuch der Rentenbesteuerung, Loseblatt, Fach 3.2.

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

### a) Anwendungsbereich und Rechtfertigung

70

Nr. 1a ermöglicht den Abzug bestimmter Versorgungsleistungen (s. Anm. 74–82), die mit der Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben, Mitunternehmeranteilen oder qualifizierten GmbH-Anteilen in Zusammenhang stehen (s. Anm. 86–94). Hingegen sind Zahlungen, die als Gegenleistung für eine Vermögensübertragung oder aber als Unterhaltsleistungen anzusehen sind, vom Abzug nach Nr. 1a ausgeschlossen (s. Anm. 74, 98).

**Anwendungsbereich:** Diese „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ war zugleich der Hauptanwendungsfall der bis VZ 2007 geltenden – wesentlich weiter gehenden – Fassung der Nr. 1a (Erläuterungen zu diesem – für Altverträge auch in Zukunft fortgeltenden – Recht s. Anm. 100–111). Eine Differenzierung zwischen Leibrenten einerseits und dauernden Lasten andererseits hinsichtlich der Höhe des Abzugs wird seit VZ 2008 nicht mehr vorgenommen (s. Anm. 97). Der Anwendungsbereich des Rechtsinstituts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen war von der Rspr. zuletzt sehr ausgeweitet worden (s. Anm. 108). 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 über großen Kompliziertheit und der zahlreichen Anwendungsfehler gefordert (BTDrucks. 16/160, 30, 171 ff.).

**Rechtfertigung der Nr. 1a:** Der Abzug von Renten und dauernden Lasten wurde bei seiner Einführung zunächst mit der Erwägung begründet, dass derartige Ausgaben die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Stpfl. mindern (BECKER, Die Grundlagen der Einkommensteuer, 1940, 336). Dieser Rechtfertigungsgrund ist im Laufe der Zeit zunehmend zweifelhaft geworden, da der „besondere Verpflichtungsgrund“ auch freiwillig eingegangen sein kann. Im früheren Hauptanwendungsfall der Nr. 1a bzw. ihrem heutigen alleinigen Anwendungsbereich, der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, stehen die Renten und dauernden Lasten zudem im Zusammenhang mit dem Erwerb von Vermögen. Bei der Gesamtbetrachtung einer solchen Vermögensübergabe wird deutlich, dass die Leistungsfähigkeit des Vermögensübernehmers durch den Vollzug der Vereinbarungen nicht gemindert, sondern – im Gegenteil – erhöht

wird. In diesen Fällen mag man den Abzug nach Nr. 1a allerdings dadurch als gerechtfertigt ansehen, dass es wirtschaftlich zu einer „Weiterleitung“ der aus dem übertragenen Vermögen erzielten Einkünfte an den Vermögensübergeber kommt, der diese nach § 22 Nr. 1b (für Altverträge: § 22 Nr. 1) zu versteuern hat (s. Anm. 97, 111). Für die Gestaltungsberatung hat diese „Weiterleitung von Erträgen“ die Bedeutung wie ein „Familiensplitting“ (so treffend KRAUSS, NotBZ 2003, 439; REDDIG, FS Streck, 2011, 157 [158]).

## 71 b) Rechtsentwicklung und zeitlicher Anwendungsbereich

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

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

Nach dem Willen des Gesetzgebers (BRDrucks. 544/07, 91, BTDrucks. 16/7036, 18) soll sich der Abzug ab VZ 2008 jedoch nicht mehr nach den bisherigen Grundsätzen richten, wenn das übertragene Vermögen nur deshalb einen ausreichenden Ertrag bringt, weil ersparte Aufwendungen (mit Ausnahme des Nutzungsvorteils eines zu eigenen Zwecken vom Vermögensübernehmer genutzten Grundstücks) zu den Erträgen des Vermögens gerechnet werden. Damit will der Gesetzgeber verhindern, dass die Übergabe von Geldbeträgen zur Schuldentilgung weiterhin als Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen

ausgestaltet werden kann (so die in der Spätphase des Geltungsbereichs des Abs. 1 Nr. 1a aF ergangene Rspr.; vgl. BFH v. 1.3.2005 – X R 45/03, BStBl. II 2007, 103, unter II.3.b bb; dagegen jedoch BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922 – Tz. 21, v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 188; s. auch Anm. 108).

Die Umsetzung dieses gesetzgeberischen Willens durch die Anwendungsregelung in § 52 Abs. 23g Satz 2 ist jedoch misslungen: Der Einleitungssatz dieser Vorschrift („Für Versorgungsleistungen, die auf vor dem 1.1.2008 vereinbarten Vermögensübertragungen beruhen, gilt dies nur, ...“) weist ins Leere, weil sein Bezugsobjekt („dies“) nach der systematischen Stellung nur § 52 Abs. 23g Satz 1 sein kann, dieser Satz 1 aber ausschließlich Versorgungsleistungen erfasst, die auf „nach dem 31.12.2007 vereinbarten Vermögensübertragungen beruhen“. Hingegen erfasst Satz 2 ausschließlich Versorgungsleistungen, die auf „vor dem 1.1.2008 vereinbarten Vermögensübertragungen beruhen“. Weil der gesetzgeberische Wille aber aus dem missglückten Gesetzeswortlaut noch mit hinreichender Eindeutigkeit abgeleitet werden kann, ist die Übergangsregelung uE in dem vom Gesetzgeber gewollten Sinne anzuwenden.

### c) Verfassungsmäßigkeit

72

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

**Die Beschränkung des Sonderausgaben-Abzugs auf die Übergabe betrieblicher Einheiten** ist uE verfassungsrechtl. zulässig (ebenso HUTTER in BLÜMICH, § 10 Rn. 100). Zu verfassungsrechtl. Sonderfragen bei der Übergabe von GmbH-Anteilen s. Anm. 90f. 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. 93). Gerade bei Grundstücken kann – anders als bei Betrieben (hierzu RISTHAUS, DB 2007, 240 [244]; SPIEGELBERGER, DStR 2007, 1277 [1279]) – durch Nießbrauchsvereinbarungen stl. weitgehend dasselbe Ergebnis wie durch eine Vermögensübergabe erreicht werden (ebenso Bundesrechnungshof, BTDrucks. 16/160, 30), so dass die Folgen der Abschaffung des SA-Abzugs insoweit im Regelfall nicht allzu gravierend sein werden. Im Übrigen bestanden sogar gewisse Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der bisherigen Rechtslage, weil Stpfl., die wirtschaftlich in der Lage waren, insbes. Kapitalvermögen auf ihre Kinder zu übertragen, gegenüber allen anderen Stpfl. durch die Einräumung zusätzlicher steuersparender Gestaltungsmöglichkeiten begünstigt wurden.

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

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

Übergabe von Geld zur Schuldentilgung ungleich weniger gravierend als bei der Übergabe von Grundstücken oder gar Betrieben.

73 Einstweilen frei.

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

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

#### aa) Versorgungsleistungen

#### 74 (1) Begriff der Versorgungsleistungen

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

**Abgrenzung zu Veräußerungsentgelten (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. Bei der Vermögensübergabe an Abkömmlinge besteht eine widerlegbare Vermutung dafür, dass es sich nicht um ein Veräußerungsgeschäft handelt (BFH v. 3.6.1992 – X R 14/89, BStBl. II 1993, 23; v. 5.11.2003 – X R 55/99, BStBl. II 2004, 706, unter II.2), die durch den Nachweis der kaufmännischen Ausgewogenheit der beiderseitigen Leistungen widerlegt werden kann (zu einem solchen Ausnahmefall BFH v. 29.1.1992 – X R 193/87, BStBl. II 1992, 465). Soweit der Unternehmer (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 (FG Münster v. 29.10.2009 – 8 K 5237/06, EFG 2010, 566, rkr.; FG München v. 14.10.2011 – 8 K 338/08, EFG 2012, 833, rkr.). In allen anderen Fällen besteht eine widerlegbare Vermutung für eine kaufmännische Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung (BFH v. 16.12.1997 – IX R 11/94, BStBl. II 1998, 718, unter 3.; 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. 98.

**Abgrenzung zu Unterhaltsleistungen (erzielbare Nettoerträge):** Hier ist weiterhin auf die zu 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 27; SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [771]; zu 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 Nr. 1a aF ergangenen Rspr. galt bei der Übergabe betrieblicher Einheiten – sofern diese im Wege vor-

weggenommener 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; v. 15.9.2010 – X R 13/09, BStBl. II 2011, 641, unter II.2.a). Diese Vermutung gilt auch für Nr. 1a nF. 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 29).

► *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. 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 Personenernehmen 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 33).

► *Überschlägige Ermittlung/Grenzfälle:* Eine überschlägige Ermittlung der Nettoerträge ist ausreichend. Wenn die Nettoerträge die Versorgungsleistungen um höchstens 10 % unterschreiten, bleibt Nr. 1a 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. zu Nr. 1a aF BFH v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826, unter II.5.a).

## (2) Art der Versorgungsleistungen

**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.

75

**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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 45).

**Wohnungsüberlassung:** Hier ist nicht etwa ein fiktiver ortsüblicher Mietwert anzusetzen. 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 Verwaltungsauffassung nicht möglich sein (BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 46). Letzteres 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.

**Freie Kost, Heizung und Beleuchtung:** Der BFH hat entschieden, dass diese Kosten nach den Werten der SachbezugsVO geschätzt werden können (BFH v. 21.6.1989 – X R 13/85, BStBl. II 1989, 786). Da die SachbezugsVO seit 1995 aber nur noch Werte für freie Kost und Unterkunft enthält, sind sonstige Nebenkosten (zB Heizung, Strom) in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anzusetzen; 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; 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; 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 unzul.: 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). Außergewöhnliche Aufwendungen sind „allenfalls“ bei ausdrücklicher Vereinbarung im Versorgungsvertrag abziehbar (BFH v. 25.8.1999 – X R 38/95, BStBl. II 2000, 21; v. 1.10.2003 – X B 75/02, BFH/NV 2004, 44, unter 3.; dazu auch OFD München v. 1.10.2004, DStR 2005, 27).

**Einmalige Zusatzleistungen sowie Ablösezahlungen:** Siehe Anm. 79.

76 Einstweilen frei.

#### 77 bb) Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhend

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

Dieses Merkmal dient hauptsächlich der Abgrenzung zu § 12 Nr. 2: Danach sind Renten und dauernde Lasten, die freiwillig oder aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht oder an eine dem Stpfl. oder seinem Ehegatten gesetzlich unterhaltsberechtignte Person oder an deren Ehegatten geleistet werden, grds. nicht abziehbar. Die Norm des § 12 Nr. 2 ist im Verhältnis zu § 10 Abs. 1 Nr. 1a vorrangig, weil im Eingangssatz des § 12 („Soweit in § 10 Abs. 1 Nr. 1, 2 bis 5, 7 und 9 ... nichts anderes bestimmt ist ...“) zwar alle anderen SA-Tatbestände des § 10 Abs. 1 genannt sind, nicht jedoch Nr. 1a.

Für den VZ 2005 war aufgrund eines gesetzgeberischen Versehens allerdings auch Nr. 1a in § 12 Nr. 1 erwähnt (Rechtslage zwischen dem Inkrafttreten des AltEinkG v. 5.7.2004, BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554 und dem Inkrafttreten des Gesetz zur stl. Förderung von Wachstum und Beschäftigung v. 26.4.2006, BGBl. I 2006, 1091; BStBl. I 2006, 350, mit dem dieses Versehen bereinigt wurde). Daher wäre es für den VZ 2005 nach dem Gesetzeswortlaut theoretisch möglich gewesen, freiwillige Leistungen nach Nr. 1a abzuziehen, ohne dass diese (wegen § 22 Nr. 1 Satz 2) vom Empfänger versteuert werden mussten. Es ist aber nicht damit zu rechnen, dass die Rspr., die den Anwendungsbereich der Nr. 1a schon vor 2008 weitestgehend auf den Spezialfall der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen beschränkt hat und stets das Korrespondenzprinzip betont, diese Möglichkeit eröffnen wird.

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

#### cc) Lebenslange Leistungen

78

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

#### dd) Wiederkehrende Leistungen

79

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

**Einmalige Zusatzleistungen, insbes. 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). Diese Beurteilung gilt im Hinblick auf den Zweck des Rechtsinstituts uE auch für Nr. 1a nF fort. Speziell bei der Übernahme von Beerdigungskosten treten allerdings Probleme im Hinblick auf das Korrespondenzprinzip (§ 22 Nr. 1b; s. Anm. 97) auf, weil hier möglicherweise kein Leistungsempfänger mehr vorhanden ist, dem man die korrespondierenden Einkünfte zurechnen kann. Möglich ist ein Abzug jedenfalls, wenn die Versorgungsleistungen an Ehegatten als Gesamtberechtignte zu erbringen sind und die Beerdigungskosten den Erstverster-

benden 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 Nr. 1a abgezogen werden (BFH v. 31.3.2004 – X R 66/98, BStBl. II 2004, 830, unter II.4).

### 80 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 Nr. 1 aF enthalten.

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

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) in demselben VZ Dividenden gezahlt werden (SCHULZE ZUR WIESCHE, BB 2007, 2379 [2380 f.]). Dass der Gesetzgeber dieses Ergebnis 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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 Nr. 1a.

**Wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien Einkünften:** Mit dem Tatbestandsmerkmal „Einkünfte, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben“ sind allein die stfreien Einkünfte gemeint, dh. solche, die zwar im Prinzip unter eine der Einkunftsarten des EStG fallen, aber durch eine Sondervorschrift stfrei gestellt sind. Insbes. sind Versorgungsleistungen, die mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die nach einem DBA stbefreit sind, nicht als SA abziehbar (R 10.3 Abs. 1 EStR 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; v. 26.11.1974 – VIII R 266/72, BStBl. II 1975, 331).

#### ff) Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Empfängers

81

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

**Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der EU oder des EWR** können Versorgungsleistungen allerdings auch dann abziehen, wenn der Empfänger nicht unbeschränkt estpfl. ist. Voraussetzung ist, dass der Empfänger seinen Wohnsitz in einem EU-/EWR-Mitgliedstaat hat und die Besteuerung der Versorgungsleistungen beim Empfänger durch eine Bescheinigung der ausländ. Steuerbehörde nachgewiesen wird (§ 1a Abs. 1 Nr. 1a idF des JStG 2008). Diese Regelung entspricht derjenigen, die für Unterhaltsleistungen nach Nr. 1 bereits seit 1996 anwendbar ist. Zu den 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 ausländ. ESt auslösen, s. Anm. 60 und GECK, ZEV 2011, 450 (zur parallelen Problematik bei Unterhaltszahlungen an ausländ. Empfänger).

Im umgekehrten Fall (ein beschränkt stpfl. Vermögensübernehmer zahlt Versorgungsleistungen für die Übergabe von Vermögen, mit dem er inländ. Einkünfte erzielt) ist der durch § 50 Abs. 1 Satz 3 angeordnete Ausschluss der Anwendbarkeit der Nr. 1a europarechtswidrig (s. näher Anm. 14).

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

82

**Generationennachfolge-Verbund:** Nach der Rspr. zu Nr. 1a aF 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. 110 mwN). Die FinVerw. will diese Grundsätze auch auf Nr. 1a nF anwenden (BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 50; glA SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [772]).

**Stellungnahme:** Die Verwaltungsauffassung ist uE abzulehnen. Weder dem Gesetzestext noch den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber in diesem Punkt an die zu Nr. 1a aF 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 Lebens-

partner oder an Geschwister des Übergebers gegeben sein. Da der Anwendungsbereich der Nr. 1a nF im Vergleich zur aF 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 zu Nr. 1a aF 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 erbrechtliche 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 im Anwendungsbereich von Nr. 1a nF auch solche Versorgungsleistungen abziehbar sind, die der Erbe von Vermögen iSd. Nr. 1a Satz 2 aufgrund letztwilliger Verfügung des Erblassers an einen Vermächtnisnehmer aus den erzielbaren Nettoerträgen des erlangten Vermögens zu leisten hat (zur früheren Rechtslage s. Anm. 104). 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.

### 83 hh) Rechtsbindungswillen

**Fremdvergleich hinsichtlich des Vertragsinhalts kaum möglich:** Bei Versorgungsverträgen, die typischerweise nur zwischen nahen Angehörigen abgeschlossen werden, nicht kaufmännisch ausgewogen und daher privat veranlasst sind, 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.

**Einzelfälle:** 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). Demgegenüber entfällt nach einer 17-monatigen Nichtzahlung der vertraglichen Leistungen die Abziehbarkeit der danach wieder aufgenommenen Zahlungen jedenfalls dann, wenn die Nettoerträge des übernommenen Vermögens auch in der Zwischenzeit zur Erbringung der vertragli-

chen 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). Die 18-monatige Halbierung derartiger zusätzlicher Barleistungen aufgrund eines geringeren Versorgungsbedürfnisses steht der Abziehbarkeit der später wieder in voller Höhe aufgelegten Zahlungen jedoch nicht entgegen (BFH v. 15.9.2010 – X R 31/09, BFH/NV 2011, 583). 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 Entscheidung; die FinVerw. wendet dies auf Vertragsänderungen an, die nach dem 29.7.2011 vorgenommen werden, s. OFD Frankfurt v. 19.8.2011, DStR 2011, 2099).

**Stellungnahme:** Für einen Schriftformzwang besteht uE 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.

84

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

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

85

Der Kern der seit 2008 geltenden Neuregelung der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen liegt darin, dass der Gesetzgeber nur noch die Übertragung betrieblicher Einheiten (Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile, bestimmte GmbH-Anteile) begünstigen will (Einzelheiten s. Anm. 87–92). Hingegen fällt insbes. die Übertragung von Grundbesitz und Geldvermögen nicht mehr in den Anwendungsbereich der Nr. 1a (s. Anm. 93). Wiederkehrende Leistungen in Zusammenhang mit der Übertragung von Vermögen, das nicht nach Nr. 1a Sätze 2 und 3 begünstigt ist, sind entweder als Unterhaltsleistungen oder als Veräußerungsentgelt anzusehen (s. Anm. 98). Zur nachträglichen Umschichtung des übertragenen begünstigten Vermögens s. Anm. 94.

### **bb) Begriff der Übertragung**

86

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

**Übertragung von Todes wegen:** Unter den Begriff der „Übertragung“ fällt – jedenfalls bei Heranziehung von Sinn und Zweck der Vorschrift – auch noch die Vereinbarung von Versorgungsleistungen in Zusammenhang mit einer Erbausschlagung. Dies kommt in Betracht, wenn der eigentliche Erbe begünstigtes

Vermögen iSd. Satz 2 erben würde, aber zugunsten seiner Abkömmlinge die Erbschaft ausschlägt und diese daher unmittelbar vom Erblasser erwerben, aber an den Ausschlagenden Versorgungsleistungen zahlen (ebenso zu Nr. 1a nF WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [647]; zu Nr. 1a aF BFH v. 17.4.1996 – X R 160/94, BStBl. II 1997, 32). Zahlungen, die für einen – bereits im Vorhinein vereinbarten – Erb- oder Pflichtteilsverzicht geleistet werden, fallen hingegen mangels konkreten Zusammenhangs mit der Übertragung eines WG nicht unter Nr. 1a.

Wenn im Rahmen der Gestaltung des Sachverhalts die Abziehbarkeit und korrespondierende Steuerbarkeit von Versorgungsleistungen gewünscht wird, sollte daher die Variante der Ausschlagung 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. Mitunter kommt es dann später zur Ablösung des zuvor vorbehaltenen Nießbrauchsrechts gegen Gewährung wiederkehrender Leistungen („gleitende“ oder „gestreckte“ Vermögensübergabe). Diese kann unter Nr. 1a Satz 2 nF fallen, weil der Nießbraucher (trotz fehlenden wirtschaftlichen Eigentums am betrieblichen Vermögen) weiterhin einen Betrieb führt bzw. als Mitunternehmer anzusehen sein kann (im Ergebnis ebenso BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 25; HEINICKE in SCHMIDT XXXII. § 10 Rn. 60; WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [646]; zu Nr. 1a aF BFH v. 3.6.1992 – X R 147/88, BStBl. II 1993, 98; dazu SEITHEL, DStR 1993, 674; zu Übergangsproblemen von OERTZEN/STEIN, BB 2009, 2227).

**Wirtschaftsüberlassungsverträge** in der LuF (ausführl. § 13 Anm. 49) führen – anders als nach Nr. 1a aF – nicht mehr zu abziehbaren Versorgungsleistungen. Denn die bloße Nutzungsüberlassung ohne jede Substanzübertragung erfüllt die Voraussetzungen von Nr. 1a Satz 2 nF nicht.

#### 87 cc) Mitunternehmeranteile (Nr. 1a 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 „PersGes.“, sondern der des „Mitunternehmeranteils“. Dafür spricht auch die Auslegung des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, in dessen Wortlaut ebenfalls der Begriff der „PersGes.“ verwendet wird; gleichwohl wird dieser Begriff auch dort iSv. „Mitunternehmerschaft“ verstanden. Daher sind – bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen – sämtliche Mitunternehmerschaften iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 begünstigt (so wohl auch BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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 Buchst. a nicht ausgeschlossen (vgl. demgegenüber den strengeren Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2: „des gesamten Anteils“; s. auch WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [275]). Auch der Zweck der Regelung spricht für die Einbeziehung von Teilanteilsübertragungen, da beim Vorhandensein mehrerer Abkömmlinge mitunter eine Aufteilung des Anteils stattfinden muss (BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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 Gesamthandsvermögen, sondern auch aus dem SonderBV besteht (s. § 16 Anm. 229 mwN).

So zutr. auch BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 8; REDDIG, DStZ 2010, 445 (447); aA zu Nr. 1a 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 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 (BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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 PersGes. 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.

#### dd) Betriebe oder Teilbetriebe (Nr. 1a Satz 2 Buchst. b)

**Betrieb:** Die Übertragung eines Betriebs (Einzelunternehmens) ist begünstigt, ohne dass weitere Voraussetzungen zu erfüllen wären. Erfasst sind gewerbliche

und land- und forstwirtschaftliche Betriebe sowie Betriebe der selbständigen Arbeit.

**Teilbetrieb:** Die Übertragung eines Teilbetriebs ist der eines Betriebs gleichgestellt. Zum Begriff des Teilbetriebs s. zunächst § 16 Anm. 140 ff. Es kommt uE für Nr. 1a allerdings bei der Prüfung der Vorfrage, ob es sich bei einem WG um eine wesentliche Betriebsgrundlage handelt, – wie bei der systematisch eng verwandten Vorschrift des § 6 Abs. 3 (s. dazu § 6 Anm. 1355) – auf das Vorhandensein erheblicher stiller Reserven nicht an (ebenso WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [275]). Auch 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 der Nr. 1a nicht anzuwenden (zutr. BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 14).

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

#### 89 (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 FinAussch. (BTDrucks. 16/6981, 11; 16/7036, 11). Sie setzt sowohl eine (hohe) Mindestbeteiligung an der GmbH (s. Anm. 90) als auch den gleichzeitigen Übergang des Geschäftsführeramts (s. Anm. 91) voraus.

**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 Buchst. c erfüllt sein müssten. Die FinVerw. vermutet allerdings (widerleglich, s. SERTZ, 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 23). Ein Gestaltungsmissbrauch ist in derartigen Fällen uE zwar denkbar; es kommt aber auf die Umstände des Einzelfalls an, so dass nicht von einer generellen Vermutung auszugehen ist.

**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 der Nr. 1a fällt) in eine vermögensverwaltende GmbH einzubringen und die Anteile anschließend nach Nr. 1a 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. 1a ergebenden Vorteile sorgfältig mit den Nachteilen aus der eintretenden Steuerverstrickung des PV abgewogen werden.

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

**Beschränkung der Begünstigung auf GmbH-Anteile:** Anteile an anderen KapGes. als der GmbH (und der Unternehmergesellschaft, s. BMF v. 11.3.2010,

BSStBl. I 2010, 227 – Tz. 15) sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht begünstigt. Eine Übergabe von Anteilen an einer AG, KGaA, einer Europäischen Gesellschaft oder einer KapGes. ausländ. Rechts (s. hierzu aber die nachfolgenden Ausführungen zur europarechtskonformen Auslegung) kann die Rechtsfolgen der Nr. 1a daher auch dann nicht herbeiführen, wenn die übergebene Beteiligung mindestens 50 % beträgt und der Übergeber zugleich die Geschäftsleitung auf den Übernehmer überträgt (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, DSStR 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. ausländ. Rechts zweifelhaft, sofern die ausländ. KapGes. in ihrer Ausgestaltung der deutschen GmbH vergleichbar ist. Ein Grund für die Differenzierung zwischen in- und ausländ. Rechtsformen ist nicht erkennbar. Für eine Gleichstellung spricht auch, dass Erträge aus KapGes. nach den einschlägigen DBA grds. dem Wohnsitzstaat des Anteilseigners zur Besteuerung zugewiesen sind (zB Art. 10 OECD-MA). Da Versorgungsleistungen aber systematisch als typisierte Weiterleitung der Nettoerträge anzusehen sind, besteht in Bezug auf Versorgungsleistungen aus Anteilen an KapGes. auch dann eine enge Verknüpfung zum deutschen Steuerrechtskreis, wenn es sich um ausländ. Gesellschaften handelt. 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, BSStBl. I 2010, 227 – Tz. 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 Differenzierung ist uE noch verfassungsgemäß (aA KRUMM, StuW 2011, 159 [170]), weil in vielen Fällen eine steuerneutrale Umwandlung in eine PersGes. „helfen“ kann, auch wenn eine niedrigere gesetzliche Beteiligungsgrenze (zB 25 %) Härten hätte vermeiden können. 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 Buchst. c begünstigt ist) noch keine Beschlussmehrheit vermittelt (glA REDDIG, FS Streck, 2011, 157 [169]).

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

### 91 (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 der Nr. 1a 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 18). Soweit die FinVerw. allerdings weitergehend fordert, dass der Übernehmer auch in späteren VZ der Geltendmachung von Versorgungsleistungen jeweils eine Geschäftsführertätigkeit ausüben muss, wird dies durch den Gesetzeswortlaut uE nicht geboten (aA SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [769]). Der Übergeber muss die Geschäftsführertätigkeit beenden; 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 18).

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

Gemäß 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 Satzes 3 nicht begünstigt.

**Verfassungsmäßigkeit:** Die Regelung bewirkt zwar eine Ungleichbehandlung, weil sie die Übertragung der selbstgenutzten Wohnung nur bei Landwirten, nicht aber bei sonstigen Stpfl. begünstigt. 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

93

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). Der Gesetzgeber hat diese Differenzierung damit begründet, dass beim Grundvermögen – im Gegensatz zu betrieblichen Einheiten – dem Gesichtspunkt der Sicherung von Arbeitsplätzen typischerweise keine Bedeutung zukomme. Ferner verursache ein Betrieb einen ungleich höheren Bewirtschaftungsaufwand als ein Grundstück; der Übergeber habe daher ein Interesse daran, den Betrieb im Alter nicht mehr selbst bewirtschaften zu müssen. Vermögensverwaltende Tätigkeiten könne er hingegen auch im Alter noch selbst durchführen. Schließlich seien beim Grundbesitz Teilübertragungen leichter möglich als bei Betrieben (zum Ganzen BRDrucks. 544/07 [Beschluss], 66; ähnlich bereits RISTHAUS, DB 2007, 240 [244]).

**Stellungnahme:** Verfassungsrechtl. sind diese Überlegungen uE hinreichend tragfähig, so dass insbes. der Ausschluss des Grundvermögens nicht verfassungswidrig ist (glA KRUMM, StuW 2011, 159 [166 f.]; SCHUSTER, FS Spindler, 2011, 749 [766]; s. auch Anm. 72). Rechtspolitisch wäre aber auch eine andere Lösung denkbar gewesen. Denn das Grundvermögen gehört – anders als Geldvermögen – durchaus noch zum „erweiterten Kernbereich“ des Rechtsinstituts der Vermögensübergabe; auch das Missbrauchspotential ist hier eher gering.

### hh) Nachträgliche Umschichtung des begünstigten Vermögens

94

Nach den Rechtsgrundsätzen, die für Versorgungsleistungen aufgrund von bis VZ 2007 vereinbarten Vermögensübergaben galten, durfte der Übernehmer das begünstigte Vermögen in anderes, ebenfalls begünstigtes (dh. nach damaliger Rechtslage: ausreichend ertragbringendes) Vermögen umschichten, ohne dass dadurch der SA-Abzug verloren ging (s. Anm. 110). Eine ausdrückliche Regelung dieses Problemkreises in Nr. 1a nF fehlt. Nach zutr. Verwaltungsauffassung steht eine nachträgliche Umschichtung der weiteren Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen dann nicht entgegen, wenn auch das neue Vermögen die in Nr. 1a Satz 2 genannten Anforderungen erfüllt (zB Verkauf des übertragenen Betriebs und Erwerb eines Mitunternehmeranteils an einer gewerblich tätigen PersGes.; s. BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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. 1a nF sein können (zB Verkauf des übertragenen Betriebs und Erwerb einer 25 %-Beteiligung an einer GmbH; ebenso SPIEGELBERGER, DB 2008, 1063 [1068]; WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [644]). Zur Umschichtung durch Vorgänge iSd. UmwStG s. BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 42; WÄLZ-

HOLZ, 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 36; uE angesichts des Gesetzeswortlauts zutr.).

95 Einstweilen frei.

### c) Rechtsfolgen

#### 96 aa) Rechtsfolgen bei nach Nr. 1a begünstigten Vermögensübergaben

**Abzug in voller Höhe:** Der SA-Abzug ist bei Erfüllung der Voraussetzungen nach Nr. 1a nF stets in voller Höhe der Versorgungsleistungen zu gewähren. Eine Differenzierung zwischen Leibrenten – die gem. Nr. 1a Satz 2 aF nur mit dem Ertragsanteil abgezogen werden konnten – und in voller Höhe abziehbaren dauernden Lasten sieht die Neuregelung nicht mehr vor. Der Gesetzgeber hat hierfür Vereinfachungsgründe angeführt (BRDrucks. 544/07, 67) Ohnehin hatte die Rspr. Leibrenten in Fällen der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nur noch ausnahmsweise angenommen (s. Anm. 106, 111 mwN). Eine Begrenzung auf einen absoluten Höchstbetrag enthält Nr. 1a – wie bisher – nicht. Zur Schätzung der Höhe des Abzugs bei Altenteilsleistungen in Form von Sachleistungen (Verpflegung, Heizung, Nebenkosten) s. BayLfSt. v. 25.2.2009, DB 2009, 583. Obwohl Nr. 1a „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, BFH/NV 2013, 456; uE muss dies auch bei Zahlung an den Kindergeldberechtigten selbst gelten, insoweit aA jedoch BFH v. 26.11.2008 – III R 20/08, nv.).

**Korrespondierende Besteuerung beim Empfänger:** Die Regelung in § 22 Nr. 1b stellt sicher, dass die Versorgungsleistungen beim Empfänger in der Höhe besteuert werden, in der sie beim Zahlungsverpflichteten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a abgezogen werden können. Der Wortlaut dieses Besteuerungstatbestands entspricht dem des – für Unterhaltsleistungen iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 1 geltenden – § 22 Nr. 1a und bewirkt eine volle materiell-rechtl. Korrespondenz zwischen der Abzugs- und der Empfängerseite (zu § 10 Abs. 1 Nr. 1/§ 22 Nr. 1a s. Anm. 50). Eine solche Korrespondenz war bereits von der bisherigen Rspr. zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen angenommen worden (s. Anm. 111 mwN). Im Ergebnis ähneln die stl. Rechtsfolgen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen daher einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt (s. zu Nr. 1a aF auch Anm. 107).

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

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

Bei der Übergabe von Vermögen, das nicht unter Nr. 1a 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. 1a 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 darstellt (s. ausführlich auch § 22 Anm. 171–174; 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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. 98). Dies soll nicht nur bei der Übertragung von nicht in Nr. 1a genanntem Vermögen gelten, sondern ausdrücklich auch dann, wenn die erzielbaren Nettoerträge nicht ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen (BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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, sei der Vorgang insgesamt als Zuwendung anzusehen und habe keinen Veräußerungscharakter (BMF v. 11.3.2010, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 58). Dies betrifft Fälle, in denen die Anwendung der Nr. 1a daran scheitert, dass der Empfänger der Leistungen nicht zum Generationennachfolgeverbund gehört (s. aber Anm. 82 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. zutreffend. 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]; RIST-

HAUS, DB 2010, 744 [749]; KORN, KÖSDI 2010, 16920 [16921, 16929]). Gesetzliche Vorschriften, die diese Rechtsfolge einschränken, finden sich (außerhalb von Nr. 1a 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 Nr. 1a – 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 Entscheidungen passen zudem nicht zu den daraus von ihm abgeleiteten Positionen, 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; v. 16.12.1993 – X R 67/92, BStBl. II 1996, 669; 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 Nr. 1a 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. 74) zeigt, dass in derartigen Fällen eher ein Unterhalts- als ein Veräußerungscharakter gesehen worden ist.

## 98 (2) Rechtsfolgen bei wiederkehrenden Leistungen, die als Veräußerungsentgelt anzusehen sind

**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 wieder-

kehrenden 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.

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

99

**Übergabe von Privatvermögen:** Wird zB ein Grundstück gegen eine Unterhaltsrente übergeben, hat der Übernehmer im stl. Sinne unentgeltlich erworben und die AfA des Rechtsvorgängers fortzuführen (§ 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

### a) Überblick

100

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

aber BFH v. 18.9.2003 – X R 152/97, BStBl. II 2007, 749, unter B.II.2.c, wonach Nr. 1a aF immer dann anwendbar war, wenn nach der Wertung des Gesetzgebers ein Transfer von Einkünften stattfinden sollte).

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

#### 101 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; v. 7.12.1982 – VIII R 166/80, BStBl. II 1983, 660, unter 1.c; v. 13.8.1985 – IX R 10/80, BStBl. II 1985, 709). Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „dauernde Last“ verstößt nicht gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (BVerfG v. 18.2.1988 – 1 BvR 930/86, HFR 1989, 271).

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

**Entwicklung der Rechtsprechung:** Was im estl. Sinne unter den Tatbestand der Rente oder dauernden Last fiel, bestimmte sich zunächst allein nach der äußeren Form der Wiederkehr. Dies musste jedoch zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, da damit auch in Raten gezahlte Kaufpreise abziehbar (Nr. 1a) bzw. stbar (§ 22 Nr. 1) wurden. Daher bemühte sich bereits der RFH um eine Einschränkung des estl. Rentenbegriffs und um ein Ausscheiden bloßer ratenweiser Kapitalzahlungen (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 hingeegebenen WG überstieg (Wertverrechnung; BFH v. 18.9.1952 – IV 70/49 U, BStBl. III 1952, 290; v. 13.8.1985 – IX R 10/80, BStBl. II 1985, 709). Später wurde dann zunächst die Doktrin von der „regelmäßigen Wiederkehr“ ausdrücklich aufgegeben: Zahlungen, die in der Form eines Einmalbetrags nicht stbar wären, werden nicht allein dadurch stbar, dass sie in Form wiederkehrender Bezüge geleistet werden (BFH v. 25.10.1994 – VIII R 79/91, BStBl. II 1994, 121, unter II.1.c); Entsprechendes gilt für den SA-Abzug nach Nr. 1a (BFH v. 15.2.2006 – X R 5/04, BStBl. II 2007, 160, unter II.5.a mwN). Die „Wertverrechnungslehre“ ist – was in Teilen des Schrifttums immer noch verkannt wird – ebenfalls aufgegeben (BFH v. 25.11.1992 – X R 91/89, BStBl. II 1996, 666; v. 14.11.2001 – X R 39/98, BStBl. II 2002, 246, unter II.5.c;

vorbereitet bereits durch BFH v. 27.2.1992 – X R 136/88, BStBl. II 1992, 609). Leistungen, die im Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung stehen, sind daher – mit Ausnahme des Spezialfalls der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – nicht nach Nr. 1a abziehbar (s. Anm. 103).

### bb) Weitere Voraussetzungen

102

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

**Unterhaltersatzrenten:** Nach zutreffender Auffassung im Schrifttum waren auch Unterhaltersatzrenten, die der Verursacher eines – bei ihm privat veranlassten – Unfalls gem. § 844 Abs. 2 BGB an die unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen des Geschädigten zahlen muss, abziehbar (BEISER, DB 2001, 1900; BAUSCHATZ in KORN, § 10 Rn. 141). Alle Voraussetzungen der Nr. 1a aF liegen vor: Es handelt sich um eine auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende Rente, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang steht. § 12 Nr. 2 ist nicht einschlägig, da der Empfänger der Rente gegenüber dem Schädiger nicht gesetzlich unterhaltsberechtig (sondern lediglich schadensersatzberechtigt) ist.

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

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

103

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

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

**Beurteilung von Gegenleistungsrenten nach anderen Vorschriften als Nr. 1a:** Die Beurteilung wiederkehrender Bezüge, die vom Stpfl. im Austausch

gegen den Erwerb eines WG geleistet werden, hat sich durch die Neufassung der Nr. 1a nicht geändert. Zu den Einzelheiten s. daher Anm. 98.

## 104 (2) Wiederkehrende Leistungen, die auf erbrechtlicher Grundlage erbracht werden

**Renten an Vermächtnisnehmer:** Renten und dauernde Lasten, die dem Erben zugunsten eines Vermächtnisnehmers durch testamentarische Anordnung auferlegt werden, können grds. nicht abgezogen werden, da der Erbe mit der Erbschaft einen Gegenwert erlangt hat und es daher auch hier an einer wirtschaftlichen Belastung des Stpfl. fehlt (BFH v. 27.2.1992 – X R 139/88, BStBl. II 1992, 612, unter 4.b; v. 26.1.1994 – X R 54/92, BStBl. II 1994, 633; 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 „Generationennachfolge-Verbund“ (s. Anm. 110) gehört. Nach der für Verträge, die ab VZ 2008 abgeschlossen worden sind, geltenden Rechtslage sind diese Zahlungen hingegen unabhängig von der verwandtschaftlichen Stellung des Versorgungsberechtigten abziehbar, sofern es sich um „echte“ Versorgungsleistungen handelt (s. Anm. 82).

**Abfindungsleistungen für Erb- und Pflichtteilsverzicht:** Auch wiederkehrende Abfindungsleistungen, die der Testierwillige oder der Erbe einem Dritten für dessen Erb- und Pflichtteilsverzicht zahlt, fallen grds. nicht unter Nr. 1a, weil hier die – allerdings widerlegliche – Vermutung besteht, dass mit den Leistungen erbrechtl. Ansprüche zeitlich gestreckt abgegolten werden (BFH v. 20.10.1999 – X R 132/95, BStBl. II 2000, 82; v. 20.10.1999 – X R 86/96, BStBl. II 2000, 602; v. 8.6.2011 – X B 216/10, BFH/NV 2011, 1511, unter 2.b); die frühere gegen- teilige Rspr. (ua. BFH v. 7.4.1992 – VIII R 59/89, BStBl. II 1992, 809) ist aufgegeben. Schlägt der Erbe jedoch die Erbschaft aus, um zu erreichen, dass die Erbschaft unmittelbar seinen Abkömmlingen anfällt, können diese mit dem Ausschlagenden im Gegenzug begünstigte Versorgungsleistungen vereinbaren (näher s. Anm. 86).

**Verrentete Erbschaftsteuer:** ErbSt, die von dem Kapitalwert von wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen zu entrichten ist, kann nach § 23 ErbStG statt in einer Einmalzahlung wahlweise auch in Form jährlicher Zahlungen entrichtet („verrentet“) werden. Die Rspr. hatte zunächst den Abzug der einzelnen ErbSt-Zahlungen nach Nr. 1a zugelassen (RFH v. 14.8.1935, BStBl. 1935, 1496; BFH v. 15.11.1957 – VI 79/55 U, BStBl. III 1958, 103; v. 5.4.1965 – VI 339/63 U, BStBl. III 1965, 360; 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. hat 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. Unklar ist die Bedeutung des mit Wirkung ab VZ 2009 neu geschaffenen § 35b Satz 3. Dort scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass ErbSt. nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a abgezogen werden kann. Gerade im Hinblick auf den ab 2008 geltenden Wortlaut der Nr. 1a scheidet dies aber aus (s. ebenso § 35b Anm. 37).

105 Einstweilen frei.

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

Besteht die vereinbarte Leistung in einer Leibrente, kann im zeitlichen Anwendungsbereich von Nr. 1a aF lediglich der Ertragsanteil abgezogen werden (so auch BTDrucks. 15/2150, 33). Bei der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen stellt die Leibrente allerdings die Ausnahme dar; regelmäßig sind die Versorgungsleistungen abänderbar und damit in voller Höhe als dauernde Last abziehbar (so auch die Rspr.; Nachweise s. Anm. 111).

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

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

**Änderungen ab 2005:** Der Höhe nach ist mit der seit VZ 2005 geltenden neuen Ertragsanteilstabelle eine deutliche Reduzierung des SA-Abzugs bei Leibrenten verbunden. Der Bemessung der Ertragsanteile liegt seitdem nur noch die Annahme eines typisierenden Kapitalertrags von 3 % (zuvor 5,5 %) zugrunde (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. Ggf. 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**

Hauptanwendungsfall der 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, BStBl. I 2004, 922, mit zahlreichen Übergangsregelungen aufgrund geänderter Rspr. in Rn. 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 bürgerlich-rechtl. Rechtsfolgen enthalten, die die Qualifikation als Versorgungsvertrag erst ermöglicht (BFH v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826, unter II.5.a).

**Rechtsdogmatische Begründung dieses Instituts:** Die stl. Zuordnung der Versorgungsleistungen zu den wiederkehrenden Bezügen einerseits und den SA andererseits beruht auf dem Umstand, dass sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen (BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95, unter C.II.2). Die Qualifizierung als „vorbehaltene Vermögenserträge“ verhindert eine Behandlung als entgeltliches Veräußerungsgeschäft und als Unterhaltsleistungen (s.

Anm. 111). Abzug und Versteuerung der Versorgungsleistungen führen hierbei zu einem ähnlichen Ergebnis wie der Vorbehalt eines Nießbrauchs durch den Übergeber (BFH v. 5.7.1990 – GrS 4-6/89, BStBl. II 1990, 847, unter C.II.1.c; 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

#### 108 (1) Anforderungen an das übergebene Vermögen

**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 Fach 3, 12655; RISTHAUS, DB 2003, 2190; SPIEGELBERGER, 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; anders noch BFH v. 27.2.1992 – X R 136/88, BStBl. II 1992, 609; v. 26.11.1997 – X R 114/94, BStBl. II 1998, 190) unter den Begriff der „Vermögensübergabe“. 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). Weitere Einzelheiten zur Ertragsprognose s. Anm. 74 (zur Rechtslage ab VZ 2008).

**Verwendung von übertragenem Geldvermögens zur Schuldentilgung:** Auch in diesem Fall sollte nach der zu Nr. 1a aF ergangenen Rspr. eine „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ vereinbart werden können (BFH v. 1.3.2005 – X R 45/03, BStBl. II 2007, 103, unter II.3.b bb). Die Fin-Verw. hat diese Auffassung von Anfang an abgelehnt (BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922 – Rn. 21; Nichtanwendungserlass BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 188). In derartigen Fällen hat der Gesetzgeber durch § 52 Abs. 23g Satz 2 angeordnet, dass entsprechende Leistungen ab VZ 2008 selbst dann nicht mehr als SA abgezogen werden können, wenn sie auf einer bis VZ 2007 vereinbarten „Vermögensübergabe“ beruhen (s. Anm. 71).

**Nießbrauch:** Behält sich der Übergeber den Nießbrauch am übergebenen Vermögen vor, ist das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht anwendbar; die Einkünfte sind aufgrund des Nießbrauchs ohnehin weiter dem Übergeber zuzurechnen (BFH v. 14.7.1993 – X R 54/91, BStBl. II 1994, 19, unter 4.). Die spätere Ablösung des zuvor vorbehaltenen Nießbrauchsrechts gegen Gewährung von Versorgungsleistungen stellt jedoch eine Vermögensübergabe im Sinne dieses Rechtsinstituts dar (BFH v. 3.6.1992 – X R

147/88, BStBl. II 1993, 98; dazu SEITHEL, DStR 1993, 674). Der BFH erkennt Versorgungsleistungen sogar an, wenn zunächst der spätere Übernehmer dem versorgungsbedürftigen Vertragspartner einen Nießbrauch an ihm bereits gehörendem Vermögen zuwendet und später – allerdings ohne nachweisbaren Gesamtplan – der Nießbrauchsberechtigte gegen die Zusage von Versorgungsleistungen auf sein Nießbrauchsrecht verzichtet (BFH v. 13.12.2005 – X R 61/01, BStBl. II 2008, 16).

## (2) Spätere Veräußerung oder Umschichtung des übergebenen Vermögens

109

**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 entgegen stehen, wenn die Umschichtung bereits im Übergabevertrag zugelassen worden war (Einzelheiten in BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922 – Rn. 13–17). Aus Vertrauensschutzgründen lässt der BFH für Zeitpunkte vor Bekanntwerden der Entscheidung GrS 1/00 auch Vereinbarungen *aufserhalb* des Übergabevertrags zu (BFH v. 31.3.2005 – X R 26/04, BFH/NV 2005, 1789; 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, BStBl. I 2004, 922 – Tz. 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. 23g 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, BStBl. I 2010, 227 – Tz. 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).

### 110 (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 „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; 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 (Stiefelternanteil; uE zutr. FG Köln v. 30.6.2011 – 10 K 1682/08, EFG 2011, 1781, nrkr., Az. BFH X R 34/11). 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. 82).

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

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

### 111 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. 74.

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

**Keine Unterhaltsleistungen:** Die Qualifizierung als Unterhalt würde bedeuten, dass die Leistungen beim 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 Nr. 1a als SA abziehbar. In aller Regel handelt es sich um eine dauernde Last, was den Abzug in voller Höhe eröffnet (BFH v. 15.7.1991 – GrS 1/90, BStBl. II 1992, 78, unter C.II.3; v. 11.3.1992 – X R 141/88, BStBl. II 1992, 499; v. 31.3.2004 – X R 3/01, BFH/NV 2004, 1386; zusammenfassend BFH v. 9.3.2011 – X B 193/10, BFH/NV 2011, 980; s. auch Anm. 98). Nur ausnahmsweise – bei vertraglichem Ausschluss der Abänderbarkeit der Leistungen – handelt es sich um eine Leibrente (zu derartigen Ausnahmefällen BFH v. 31.3.2004 – X R 11/03, BFH/NV 2004, 1389; v. 16.9.2009 – X R 17/06, BFH/NV 2010, 459, unter II.2), bei der nach Satz 2 nur der Ertragsanteil abziehbar ist; in einem solchen Fall kann nachträglich die Abänderbarkeit der Leistungen vereinbart werden (BFH v. 3.3.2004 – X R 135/98, BStBl. II 2004, 824). 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).

► *Der Vermögensübergeber* hat die bezogenen Leistungen in demselben Umfang nach § 22 Nr. 1 zu versteuern. Insoweit besteht ein gegenständlich auf den Transfer von Einkünften beschränkter Grundsatz der materiell-rechtl. Korrespondenz (BFH v. 26.7.1995 – X R 113/93, BStBl. II 1996, 157; v. 31.3.2004 – X R 18/03, BStBl. II 2004, 1047, unter II.2.c bb mwN; v. 19.1.2010 – X R 32/09, BStBl. II 2011, 162). 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; v. 7.7.2004 – X R 26/01, BStBl. II 2005, 145, unter II.1.f).

Einstweilen frei.

112–114

#### IV. Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs (Abs. 1 Nr. 1b)

**Schrifttum:** GRÜN, Ausgleichszahlungen beim schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, NWB 2010, 1751; WÄLZHOlz, Versorgungsausgleich im Steuerrecht nach der Versorgungsausgleichsreform 2009, DSrR 2010, 465.

##### 115 1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1b

Nach Abs. 1 Nr. 1b sind SA auch bestimmte Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs, soweit die ihnen zugrunde liegenden Einnahmen beim Ausgleichsverpflichteten der Besteuerung unterliegen.

**Rechtsentwicklung:** Die gesetzliche Regelung ist durch das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) mit Wirkung ab VZ 2008 geschaffen worden, gibt aber nur die Grundsätze der schon zuvor bestehenden Rspr. wieder. 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 Nr. 1a aF gestützte, s. Anm. 117) Abziehbarkeit von Leistungen aufgrund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs erhalten wollte. Daher hat er für diese in der neuen Nr. 1b eine spezialgesetzliche Regelung geschaffen. Mit dem JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) ist Nr. 1b an die grundlegende Neuordnung der zivilrechtl. Regelungen über den Versorgungsausgleich durch das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAStrRefG) v. 3.4.2009 (BGBl. I 2009, 700) angepasst worden.

Nach der im Zeitpunkt der Verkündung des JStG 2010 noch geltenden allgemeinen Anwendungsregelung des § 52 Abs. 1 war die Neufassung erstmals für den VZ 2010 anzuwenden. Da das VersAusglG aber bereits zum 1.9.2009 in Kraft getreten war, mussten Zahlungen, die noch im Jahr 2009 auf der Grundlage dieser neuen zivilrechtl. Regelungen geleistet worden waren, unter Nr. 1b aF subsumiert werden, was der damalige Gesetzeswortlaut allerdings ermöglichte. Problematisch ist die Anwendung des am 13.12.2010 verkündeten JStG 2010 auf den gesamten VZ 2010 jedoch insoweit, als seither erstmals die unbeschränkte StPflcht des Leistungsempfängers gefordert wird (s. Anm. 116 aE). Insoweit muss 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.

##### 116 2. Inhalt der gesetzlichen Regelung

**Bestimmte Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs:** Seit der mit Wirkung ab VZ 2010 erfolgten Neufassung der Nr. 1b findet sich der Begriff „schuldrechtlicher Versorgungsausgleich“ nicht mehr im Gesetzeswortlaut. Die in Bezug genommenen zivilrechtl. Vorschriften behandeln jedoch ausschließlich den schuldrechtl. Versorgungsausgleich. Dabei werden nicht – wie im Regelfall des „dinglichen“ Versorgungsausgleichs – im Wege der internen oder externen Teilung Anwartschaften umgebucht, aus denen jeder Versorgungs- oder Rentenempfänger später seine eigenen Alterseinkünfte bezieht. Vielmehr fließen die Alterseinkünfte weiterhin in voller Höhe demjenigen zu, der die Anwartschaften ursprünglich erworben hat; der Ehegatte mit den höheren Versorgungsansprüchen ist aber verpflichtet, den auf den anderen Ehegatten entfallenden Anteil an diesen auszukehren.

► §§ 20, 21, 22, 26 *VersAusglG*: Dabei handelt es sich um die für „Neufälle“ seit dem 1.9.2009 geltenden Regelungen über den schuldrechtl. Versorgungsausgleich (allgemein zu den zivilrechtl. Grundlagen BERGNER, NJW 2009, 1169 [1233]; RULAND, NJW 2009, 2781; WÄLZHOLZ, DSStR 2010, 383). Die Parteien können nunmehr sehr weitgehend über ihre Ansprüche disponieren. Ein stl. Abzug ist aber auch dann möglich, wenn sie den Versorgungsausgleich nach dem Wortlaut der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung „ausschließen“, letztlich aber Zahlungen vereinbaren, die der Sache nach einen Versorgungsausgleich bewirken (BFH v. 22.8.2012 – X R 36/09, BFHE 239, 203). Nach § 22 *VersAusglG* kann erstmals auch ein Anspruch auf die Auskehrung anteiliger Kapitalzahlungen des Versorgungsträgers bestehen. Auch die Weiterleitung derartiger Kapitalzahlungen fällt nach dem klaren Gesetzeswortlaut unter Nr. 1b. Ein SA-Abzug für Abfindungen, den der Ausgleichsverpflichtete nach § 23 *VersAusglG* an den Versorgungsträger des Ausgleichsberechtigten zum Aufbau eigener Ansprüche zahlt, ist hingegen nicht möglich (BMF v. 9.4.2010, BStBl. I 2010, 323 – Tz. 4; glA BFH v. 22.8.2012 – X R 36/09, BFHE 239, 203).

Auch Kapitalzahlungen, die ein Ehegatte aufgrund einer Scheidungsfolgenvereinbarung für einen Verzicht des anderen Ehegatten auf den Versorgungsausgleich leistet, sind uE auch weiterhin nicht abziehbar (ebenso zur bis 2007 geltenden Rechtslage BFH v. 15.6.2010 – X R 23/08, BFH/NV 2010, 1807, unter II.4); in diesen Fällen müssen die Eheleute die stl. Folgen in die Bemessung des Kapitalbetrags einbeziehen. Allerdings stellen Kapitalzahlungen vorweggenommene WK bei § 19 dar, wenn sie vermeiden sollen, dass der Versorgungsträger (was idR bei der Beamtenversorgung nach der bis zum 31.8.2009 geltenden Rechtslage der Fall war) die künftigen Altersbezüge kürzt (BFH v. 8.3.2006 – IX R 107/00, BStBl. II 2006, 446; v. 24.3.2011 – VI R 59/10, BFH/NV 2011, 1130; in Abgrenzung dazu BFH v. 22.8.2012 – X R 36/09, BFHE 239, 203, unter II.2.a; für eine Erweiterung dieser Rspr. auf Nichtbeamte WÄLZHOLZ, DSStR 2010, 465 [469 f.]).

► §§ 1587f, 1587g, 1587i *BGB*: Diese früheren Regelungen über den schuldrechtl. Versorgungsausgleich gelten für Fälle, in denen die Entscheidung vor dem 1.9.2009 getroffen worden ist, auch für die Zukunft fort, so dass sie in Nr. 1b erwähnt werden mussten.

► § 3a *VAHRG*: Laufende Versorgungsausgleichszahlungen, die auf dieser früheren Regelung über den „verlängerten“ schuldrechtl. Versorgungsausgleich nach dem Tod des Verpflichteten beruhen, bleiben für Altfälle ebenfalls auch über den 1.9.2009 hinaus bestehen.

**Steuerliche Behandlung der bezogenen Alterseinkünfte beim unmittelbaren Inhaber der Versorgungsanwartschaft:** Der (Erst-)Empfänger der Alterseinkünfte hat diese zunächst nach dem jeweiligen Rechtsregime (§ 19 oder § 22 Nr. 1) auch insoweit als Einkünfte anzusetzen, als er infolge des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs zur anteiligen Auskehrung an seinen geschiedenen Ehegatten verpflichtet ist.

**Steuerliche Behandlung des auszukehrenden Betrags beim Zahlenden:** Der Erstempfänger der Alterseinkünfte kann den auszukehrenden Anteil nach Nr. 1b als SA abziehen. Die *Höhe* des Abzugs richtet sich nach dem Umfang der bei ihm auf der Einnahmeseite eintretenden StPflcht (zahlreiche Beispiele in BMF v. 9.4.2010, BStBl. I 2010, 323):

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

► *Leibrenten*: Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ist allein auf den Umfang der Besteuerung bei der ausgleichspflichtigen Person (Erstempfänger der Alters-

einkünfte) abzustellen, der sich dort für den Rentenbezug nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa 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. 1c ein – materiell-rechtl. mit dem Abzug dem Grunde und der Höhe nach korrespondierender – Besteuerungstatbestand eingeführt worden. Der Empfänger versteuert Zahlungen in genau der Höhe, wie sie beim Zahlungsverpflichteten als SA abziehbar waren. Dies gilt auch für den Anteil des stpfl. Betrags bei Leibrenten.

**Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Empfängers:** Seit VZ 2010 (zur Rückwirkungsproblematik s. Anm. 115) 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 der Empfänger seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem solchen Staat hat und die Besteuerung beim Empfänger durch eine Bescheinigung der ausländ. Steuerbehörde nachgewiesen wird (§ 1a Abs. 1 Nr. 1b).

In den VZ 2008 und 2009 war eine unbeschränkte StPflcht des Empfängers hingegen nicht erforderlich. Seinerzeit waren daher auch Zahlungen an einen mittlerweile im Ausland lebenden früheren Ehegatten uE ohne Einschränkungen abziehbar (aA GRÜN, NWB 2010, 1751 [1758]; evtl. auch der Gesetzentwurf der BReg., BTDrucks. 17/2249, 51, der die Gesetzesänderung als „klarstellend“ bezeichnet).

### 117 3. Beurteilung von Versorgungsausgleichsleistungen bis 2007

Vor Inkrafttreten der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung hat die Rspr. die Ausgleichsleistungen im selben Umfang, wie er sich nach Nr. 1b nF ergibt, auf der Grundlage von Nr. 1a aF als abziehbar beurteilt (BFH v. 18.9.2003 – X R 152/97, BStBl. II 2007, 749, unter B.II.4; v. 15.10.2003 – X R 29/01, BFH/NV 2004, 478; ebenso bereits BMF v. 20.7.1981, BStBl. I 1981, 567 – Tz. II.3.; anders zur Rechtslage vor Inkrafttreten der §§ 1587 ff. BGB noch BFH v. 16.9.1986 – IX R 1/82, BFH/NV 1987, 233).

118–119 Einstweilen frei.

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

**Schrifttum** (siehe auch vor Anm. 330): 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; BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Steuerliche Behandlung von Beiträgen zur und Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung – Konsequenzen aus dem Urteil des BVerfG, DRV 2002, 420; FISCHER, Gleichheitsgerechte Besteuerung von Pen-

sionen und Renten, NWB Fach 3, 11985, Abschlussbericht der Sachverständigenkommission zur Neuordnung der steuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, BMF-Schriftenreihe Band 74, 2003; BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Abschlussbericht der Rentenkommission – Kritik und Lösungsvorschläge, DRV 2003, 465; BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Steuerliche Behandlung der Altersvorsorge nach dem Entwurf des Alterseinkünftegesetzes, DRV 2003, 673; FISCHER, Mehr Schatten als Licht im Steuerrecht der Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezüge, BB 2003, 873; FISCHER, Vorsorgeaufwendungen zwischen Verfassungsrecht und Rechtspolitik, FR 2003, 770; RULAND, Die Besteuerung von Alterseinkünften, StB 2003, 42; SÖHN, Altersvorsorgeaufwendungen als vorweggenommene (vorweggenommene) Werbungskosten, StuW 2003, 332; WREDE, Nachgelagerte Besteuerung der Altersvorsorge und „vorgelagerte“ Besteuerung anderer Ersparnisse: Konsequenzen für die Vorsorge und Nachlassplanung, Schmollers Jahrbuch 123 (2003), 579; BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Neuordnung der Rentenbesteuerung, DRV 2004, 409; BROER, Ein Ansatz zur verfassungsgemäßen Besteuerung der Sozialversicherungsrenten, BB 2004, 527; DAHR/HILGER, Einkommensteuerliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, 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, 2004; MYSSSEN, Das Alterseinkünftegesetz. Die steuerliche Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen nach § 10 EStG, NWB (2004) Fach 3, 13095; NEUFANG, Das Alterseinkünftegesetz, Stbg. 2004, 551; PAUS, Steuerliche Vorteilhaftigkeit und verfassungsrechtliche Probleme der neuen privaten Altersvorsorgerente, DStZ 2004, 760; RISTHAUS, Die Änderungen in der privaten Altersversorgung durch das Alterseinkünftegesetz, DB 2004, 1329, 1383; RULAND, Zur Neuordnung der steuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, in OSTERLOH/K. SCHMIDT/WEBER (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, Festschrift für 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, Altersvorsorgeaufwendungen als Werbungskosten? – Eine Diskussion aus steuersystematischer Sicht, DStR 2005, 1921; KREFF, Nochmals: Rentenversicherungsbeiträge als Werbungskosten abzugsfähig, GStB 2005, 279; MUSIL, Verfassungs- und europarechtliche Probleme des Alterseinkünftegesetzes, StuW 2005, 278; NIERMANN/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 durch-

schaubar?, 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; MYSSSEN, Private Altersvorsorge – Soziale Absicherung contra selbstverantwortlicher Altersvorsorge, DStJG 26 (2006), 249; PREISSER/SIEBEN, Altersinkünftegesetz, 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; 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.

## 1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 2

### 120 a) Regelungsinhalt des Abs. 1 Nr. 2

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

**Zuordnung zu den Sonderausgaben:** Nr. 2 ordnet bestimmte Aufwendungen für die Altersvorsorge – ungeachtet der vollen Versteuerung der späteren Leistungen, die den Beiträgen uE den Charakter von Erwerbsaufwendungen geben (s. Anm. 122) – 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. 126 ff.). Beiträge zum Aufbau einer privaten Altersversorgung sind hingegen nur begünstigt, wenn sie die strengen Voraussetzungen nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. b erfüllen (s. Anm. 130 ff.). Regelungen zum Abzug solcher Vorsorgeaufwendungen, die nicht der Altersvorsorge dienen, sind seit VZ 2005 in Nr. 3, seit VZ 2010 zusätzlich noch in Nr. 3a ausgelagert (s. Anm. 150 ff.).

**Weitere Regelungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen:** Abs. 2 enthält einige zusätzliche Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen, die für Aufwendungen iSd. Nr. 2–3a gleichermaßen gelten. So dürfen die Beträge nicht in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit streifen Einnahmen stehen (Abs. 2 Nr. 1, s. Anm. 305); die Versicherungsunternehmen müssen grds. aufsichtsrechtl. im Inland tätig werden dürfen (Abs. 2 Nr. 2, s. Anm. 310). Abs. 3 begrenzt den Abzug von Altersvorsorgeaufwendungen auf bestimmte Höchstbeträge (s. Anm. 330 ff.); Abs. 4 enthält Höchstbetragsregelungen für die sonstigen Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3, 3a (s. Anm. 380 ff.). Nach Abs. 4a wird bis VZ 2019 geprüft, ob der Abzug von Vorsorgeaufwendungen nach der bis VZ 2004 geltenden Rechtslage zu einem für den Stpl. günstigeren Ergebnis führt (s. Anm. 400 ff.). Abs. 5 sieht eine Verord-

nungsmächtigung für die Aufteilung von Krankenversicherungsbeiträgen vor bzw. ordnete in seiner früheren, für Altfälle aber fortgeltenden Fassung für die schädliche Verwendung von Ansprüchen aus Lebensversicherungs-Altverträgen eine Nachversteuerung an (s. Anm. 420 ff.). Gemäß § 39b Abs. 2 Satz 5 Nr. 3 ist bereits im LStAbzugsverfahren eine Vorsorgepauschale zu berücksichtigen, die bei ArbN die gesetzlichen Abzüge weitgehend zutreffend abbildet.

#### b) **Rechtsentwicklung, Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abs. 1 Nr. 2** 121

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

**Bedeutung des Abzugs von Vorsorgeaufwendungen:** Bis VZ 2004 wurde der Abzug von Vorsorgeaufwendungen von Teilen der Rspr. – im Anschluss an die Auffassung des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks. 7/1470, 214) – nur als „eine aus sozialpolitischen Gründen gewährte StVergünstigung“ angesehen (BFH v. 12.11.1976 – VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154; v. 30.1.1980 – VI B 114/79, BStBl. II 1980, 320; ähnlich BFH v. 17.3.1961 – VI 86/60, HFR 1961, 200; stl. Förderung der Vorsorge); diese Sichtweise galt sowohl für Altersvorsorgeaufwendungen als auch für sonstige Vorsorgeaufwendungen. Richtigerweise war aber auch nach der früheren Rechtslage jedenfalls ein Mindestabzug für Vorsorgeaufwendungen durch das subjektive Nettoprinzip verfassungsrechtl. geboten. Denn kein Stpfl. kann sich derartigen Aufwendungen entziehen, so dass seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch sie gemindert wird (BFH v. 14.12.2005 – X R 20/04, BStBl. II 2006, 312, unter B.VIII.2). Hinsichtlich der Voraussetzungen und der betragsmäßigen Grenzen für den Abzug stand dem Gesetzgeber uE jedoch trotz der Verankerung im Leistungsfähigkeitsprinzip – insbes. angesichts der weitgehenden StFreiheit der Versicherungsleistungen – ein Gestaltungsspielraum zu (zur Verfassungsmäßigkeit der früheren Höchstbeträge s. Anm. 365). Diese Betrachtungsweise gilt ab VZ 2005 für die sonstigen 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 (zur systematischen Einordnung der Altersvorsorgeaufwendungen ab VZ 2005 s. Anm. 123).

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

### c) Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten

#### 122 aa) Rechtslage ab Veranlagungszeitraum 2005

**Gesetzestechisch weiterhin Zuordnung zu den Sonderausgaben:** Der Gesetzgeber hat an der formellen Zuordnung der Altersvorsorgeaufwendungen zu den SA festgehalten. Ob er sich über die systematischen Konsequenzen der nunmehr grds. vollen 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; v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282, unter B.I.2.b aa; v. 18.11.2009 – X R 9/07, BFH/NV 2010, 412, unter II.2.b; 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 Entscheidung des Gesetzgebers, diese Aufwendungen den SA zuzuordnen (BFH v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, unter B.I.2.b bb; v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420, unter II.5; zust. SÖHN, FR 2006, 905; WERNSMANN, DStR 2008, Beih. zu Heft 17, 37 [46]; FISCHER in KIRCHHOF XII, § 10 Rn. 15; LINDBERG in FROTSCHER, § 10 Rn. 55b; 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; v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407, unter II.3.c).

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

Ausführlich HEIDRICH, FR 2004, 1321, und DStR 2005, 861; ebenso BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 673 (674); HEY, DRV 2004, 1 (9); NEUFANG, Stbg 2004, 551 (555); HEGEMANN/QUERBACH, Stbg 2005, 245, BALKE, FR 2005, 1143; INTEMANN/CÖSTER, DStR 2005, 1921 (1923); SCHNEIDER/BAHR, INF 2006, 386 (das objektive Nettoprinzip ist gegenüber der einfachgesetzlichen Zuweisung zu den SA höherrangig); STRÜTZEL, DStR 2010, 1545, und die Stellungnahmen zahlreicher Sachverständiger in der Anhörung des FinA (vgl. Prot. FinA 15/47, 313, 426, 444); in der Tendenz ebenso WEBER-GRELLET, DStR 2004, 1721 (1725); aA RISTHAUS, DB 2004, 1329 (1330); FISCHER, BB 2003, 873 (877), FR 2007, 76; 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 MYSSSEN, DStJG 29 (2006), 249, 269 ff.

**Stellungnahme:** Zutreffend ist, dass die für VZ bis 2004 ergangene Rspr., die einen WKAbzug ablehnte (s. Anm. 123), auf die seit 2005 geltende Rechtslage nicht übertragbar ist, da ihre Grundlage weggefallen ist. Die 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 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. BFH v. 27.5.2003 – VI R 33/01, BStBl. II 2004, 884, unter II.1.d; Anm. MIT, DSrR 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 StPflicht der späteren Altersbezüge), ist die erforderliche verfassungsrechtl. Prüfung am Maßstab des objektiven Nettoprinzips vorzunehmen (s. ausführl. Anm. 330 ff.).

#### bb) Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2004

123

**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; v. 28.1.1992 – IX R 144/86, BFH/NV 1992, 587; v. 14.5.1998 – X R 38/93, BFH/NV 1999, 163 (betr. zusätzliche Altersvorsorge); v. 18.3.2003 – X B 144/99, BFH/NV 2003, 1048 (betr. Beiträge zu einer Pensionskasse); v. 17.6.2003 – X B 173/02, BFH/NV 2003, 1325 mwN; v. 21.7.2004 – X R 72/01, BFH/NV 2005, 513, unter II.5; v. 6.3.2006 – X B 5/05, BFH/NV 2006, 1091 (Beiträge zu einem Versorgungswerk); ausführl. nochmals BFH v. 8.11.2006 – X R 45/02, BStBl. II 2007, 574; zust. INTEMANN/CÖSTER, DSrR 2005, 1921 (1925). Vom BVerfG ist diese Rspr. als Frage der Auslegung einfachen Rechts nicht beanstandet worden (BVerfG v. 2.5.1978 – 1 BvR 136/78, HFR 1978, 293; v. 31.10.1984 – 1 BvR 100/82, Inf. 1985, 87; v. 22.10.1986 – 1 BvR 982/86, Inf. 1987, 70, jeweils betr. Selbständige; v. 28.12.1984 – 1 BvR 1472, 1473/84, HFR 1985, 337; v. 30.12.1986 – 1 BvR 1053/86, DB 1987, 1560; v. 20.8.1997 – 1 BvR 1523/88, HFR 1998, 397, jeweils betr. ArbN). Das BVerfG sieht die Rechtslage für VZ bis 2004 im Hinblick auf die zwischenzeitlich ergangenen grundlegenden Entscheidungen als geklärt an (vgl. zB BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 555/07, HFR 2008, 754); der BFH lässt hierzu keine Revisionen mehr zu (BFH v. 17.6.2010 – X B 218/09, BFH/NV 2010, 1633; v. 8.11.2011 – X B 94/11, BFH/NV 2012, 220; v. 7.12.2011 – X B 116/11,

BFH/NV 2012, 416; v. 12.6.2012 – X B 51/11, BFH/NV 2012, 1442). Entsprechenden StBescheiden wird kein Vorläufigkeitsvermerk mehr beigelegt (BMF v. 20.6.2008, 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. 126; dort auch zur Kritik).

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

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

Sterbegeldumlagen einer Berufskammer waren daher nicht als BA abziehbar (BFH v. 28.4.1960 – IV 300/57, BB 1960, 1085). Ein einheitlicher Beitrag zu einer Berufskammer, in dem auch Abgaben für die Altersversorgung enthalten waren, war in BA und SA aufzuteilen (zB 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.

**Werbungskosten-Abzug 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. 84 ff. 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).

124–125 Einstweilen frei.

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

### 126 a) Gesetzliche Rentenversicherungen

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

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

Es handelt sich um eine Pflichtversicherung vor allem für ArbN (§ 1 SGB VI) und bestimmte – vom Gesetzgeber als besonders schutzbedürftig angesehene – Gruppen von Selbständigen (§ 2 SGB VI). Andere Personen können sich freiwillig versichern (§ 7 SGB VI). Neben den Pflichtbeiträgen sind auch freiwillig geleistete Beiträge stl. begünstigt. Die Beitragssätze (Prozentsätze der beitragspflichtigen Einnahmen) und Beitragsbemessungsgrenzen (höchstmöglicher Beitrag, aus dem Beiträge berechnet werden können) werden jährlich durch RechtsVO aufgrund von § 160 SGB VI festgesetzt. Der Beitragssatz in der allgemeinen Rentenversicherung beträgt im Jahr 2013 18,9 %, der Beitragssatz in der knappschaftlichen Rentenversicherung liegt jeweils höher. Die Beitragsbemessungsgrenze (West) liegt für 2013 bei 66 000 €; in den neuen Bundesländern bei 57 600 €. 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 (Nr. 2 Satz 4; s. Anm. 145). Beiträge, die der Dienstherr ausscheidender Beamter an die gesetzliche Rentenversicherung zum Zwecke der Nachversicherung zahlt (§§ 8, 181–186 SGB VI), sind in vollem Umfang stfrei (§ 3 Nr. 62) und eröffnen daher im Ergebnis keinen SA-Abzug (Abs. 1 Nr. 2 Satz 4, 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 Sonderbetriebseinnahmen nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (BFH v. 19.10.1970 – GrS 1/70, BStBl. II 1971, 177; v. 8.4.1992 – XI R 37/88, BStBl. II 1992, 812; v. 27.4.1993 – VIII B 38/92, BFH/NV 1993, 599), so dass auch der SA-Abzug in vollem Umfang eröffnet ist.

**Beiträge bei Versorgungsausgleich:** Der sog. öffentlich-rechtl. Versorgungsausgleich durch Übertragung von Anwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentensplitting) wirkt sich estl. nicht aus; es handelt sich um Verschiebungen auf der Vermögensebene. Hingegen sind Beiträge, die der Ausgleichsverpflichtete in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlt, um eine Minderung seiner eigenen Rentenansprüche durch das Rentensplitting zu vermeiden, im Rahmen der Höchstbeträge des Abs. 3 als SA abziehbar. Leistet ein Beamter entsprechende Beträge an seinen Dienstherrn, um spätere Pensionskürzungen zu vermeiden, handelt es sich um vorweggenommene WK (BFH v. 8.3.2006 – IX R 107/00, BStBl. II 2006, 446; zur Problematik s. auch Anm. 116). 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. 116).

**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 Betriebseinnahmen 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.; v. 4.8.1982 – I R 101/77, BStBl. II 1983, 200). Die FinVerw. hat die Ergebnisse dieser Rspr. aus Gleichbehandlungsgründen auch auf den Normalfall erstreckt, in dem der Auftraggeber die Beiträge unmittelbar an den Sozialversicherungsträger abführt (BMF v. 5.4.1983, BStBl. I 1983, 266).

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. 123). Bei Zugrundelegung der Auffassung von FinVerw. und Rspr. müssten die späteren Auszahlungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung bei Hausgewerbetreibenden zudem zur Hälfte nachträgliche Betriebseinnahmen darstellen.

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

Diese Frage wird überwiegend verneint. 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 Ergebnis Dritten zugute kommen, nicht vom Abzug aus. Zudem wird auch bei anderen Versicherungssparten (zB Krankenversicherung) der SA-Abzug nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beiträge Dritten zugute kommen (ebenso BROCKHOFF, BB 1961, 635).

**Beiträge an ausländische gesetzliche Rentenversicherungen** sind ebenfalls erfasst (BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087). Ansonsten liefe der in Abs. 2

Satz 1 Nr. 2 Buchst. c ohne räumliche Beschränkung zugelassene Abzug an Sozialversicherungsträger insoweit leer.

#### b) Landwirtschaftliche Alterskasse

127

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 f 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 Rn. 193). Zur Ermittlung des abziehbaren Höchstbetrags in diesen Fällen s. Anm. 357.

#### c) Berufsständische Versorgungseinrichtungen

128

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:** Diese 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 Selbstständige beschränkt, sondern umfasst auch die berufsangehörigen ArbN (idR gekoppelt mit einer Pflichtmitgliedschaft in einer entsprechenden Berufskammer). Kammerangehörige ArbN, die in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert bleiben, haben idR einen Zusatzbeitrag an ihre berufsständische Versorgungseinrichtung zu erbringen. Sie können sich aber auch von der Pflichtversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung befreien lassen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI) und müssen dann mindestens Beiträge in Höhe des gesetzlichen Rentenversicherungsbeitrags an das Versorgungswerk leisten. In allen genannten Fällen sind die geleisteten Beiträge nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. a abziehbar.

**Leistungen, die denen der gesetzlichen Rentenversicherungen vergleichbar sind:** Die gesetzlichen Rentenversicherungen erbringen Leistungen zur Teilhabe (insbes. medizinische Rehabilitationsleistungen, §§ 9–32 SGB VI), Altersrenten (§§ 35–42 SGB VI), Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit (§§ 43, 45 SGB VI; Berufsunfähigkeitsrenten werden hingegen gem. § 240 SGB VI nur noch für Übergangsjahrgänge geleistet) und Hinterbliebenenrenten (§§ 46–49 SGB VI). Während die berufsständischen Versorgungseinrichtungen traditionell im Bereich der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten bessere Leistungen als die gesetzlichen Rentenversicherungen vorsehen, können ihre Rehabilitationsleistungen dahinter zurückbleiben. Dies allein hindert die Annahme „vergleichbarer“ Leistungen aber nicht. Das Vergleichbarkeitserfordernis ist hingegen

nicht erfüllt, wenn das Versorgungswerk die Möglichkeit einer Kapitalabfindung der Ansprüche oder des Bezugs von Altersrenten vor Vollendung des 60. Lebensjahres einräumt (MYSSSEN, NWB Fach 3, 13095 [13103]). Erst recht gilt dies, wenn das Versorgungswerk nur Zusatzrenten erbringt, aber keine Vollrenten, die die gesetzliche Rentenversicherung ergänzen (zutr. FG Münster v. 28.5.2010 – 4 K 420/09, EFG 2010, 1990, nrkr., Az. BFH X R 18/10). Die FinVerw. hat eine Liste der Versorgungseinrichtungen veröffentlicht, die „vergleichbare“ Leistungen erbringen (BMF v. 7.2.2007, BStBl. I 2007, 262).

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

129 Einstweilen frei.

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

#### 130 a) Rechtswicklung 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 („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.

**Rechtswicklung:** Die Regelung wurde mit Wirkung ab VZ 2005 durch das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) eingefügt. Mit dem JStG 2007 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) wurde in Buchst. b eine redaktionelle Änderung vorgenommen. Das RV-AltersgrenzenAnpG v. 20.4.2007 (BGBl. I 2007, 554) hat in der Übergangsregelung des § 52 Abs. 24 mit Wirkung für Verträge, die ab 2012 neu abgeschlossen werden, das Mindestalter für den Bezug von „Rürup-Renten“ um zwei Jahre angehoben (s. Anm. 133). Mit dem JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) wurde das Wahlrecht für geringfügig Beschäftigte geschaffen (heute Nr. 2 Satz 5; s. Anm. 146). Das AltvVerbG v. 24.6.2013 (BGBl. I 2013, 1667; BStBl. I 2013, 790) hat mit Wirkung ab VZ 2014 zahlreiche sprachliche Präzisierungen und eine Erweiterung für reine Berufsunfähigkeitsversicherungen gebracht.

**Sinn und Zweck der Regelung:** Die strengen Anforderungen bezwecken, dass Beiträge vom SA-Abzug ausgeschlossen sind, die nicht allein dem Aufbau einer ausschließlich in laufenden Zahlungen bestehenden lebenslangen persönlichen Altersvorsorge dienen, sondern auch anderweitig verwendet werden können. Die Voraussetzungen sind teilweise dem für die „Riester-Rente“ (§§ 79–99) geltenden § 1 Abs. 1 Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz (AltZertG) ent-

lehnt. Im Ergebnis soll eine weitgehende Angleichung an den Charakter der Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht werden.

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

Teile des Finanzdienstleistungsgewerbes haben allerdings die Forderung erhoben, auch Einzahlungen auf solche Sparformen zu begünstigen, deren Kapital weitgehend frei verfügbar ist. Dabei wird verkannt, dass nach der Systematik des deutschen EStRechts Vermögensumschichtungen im Bereich der Geldanlage grds. keine stl. abziehbaren Aufwendungen darstellen, weil mit ihnen keine Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verbunden ist (ähnlich WEBER-GRELLET, DStR 2004, 1721 [1724 Fn. 30]; FISCHER, Prot. FinA 15/47, 520; BFH v. 14.12.2005 – X R 20/04, BStBl. II 2006, 312, unter B.VIII.3). Auch der Deutsche Juristentag hat die genannten Voraussetzungen mit breiter Mehrheit gefordert und allenfalls ein Teilkapitalisierungsrecht iHv. 25–30 % des Rentenwerts in Erwägung gezogen (Beschlüsse des 65. Deutschen Juristentags, Abteilung Altersvorsorge, Beschluss I.3, 4, NJW 2004, 3241 [3248]; ebenso bereits Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMF zur einkommensteuerlichen Behandlung von Alterseinkünften, 1986, BMF-Schriftenreihe Heft 38, 43).

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

Dies erstaunt um so mehr, weil der Gesetzgeber die Auffassung vertritt, dass gerade jüngere Menschen, die die Absenkung des Rentenniveaus am stärksten zu spüren bekommen werden, besonders frühzeitig und umfangreich privat für den Ruhestand vorsorgen müssen. Der BRat hatte hierzu vergeblich vorgeschlagen, „Rürup“-Neuverträge wegen des Fehlens der Altfallproblematik von der allgemeinen Begrenzung des Abzugs-Prozentsatzes auszunehmen (BTDrucks. 15/2563, 10). Angesichts dieser gesetzlichen Vorgaben muss jüngeren Menschen aus stl. Sicht 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, StuW 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 Basisvorsorge (Nr. 2

Satz 1 Buchst. a), sondern auch für bestimmte Formen der zusätzlichen privaten Altersvorsorge verwirklicht. Auszahlungen aus privaten Vorsorgeverträgen, die nicht den Anforderungen des Buchst. b genügen, unterliegen – korrespondierend zur fehlenden StBefünstigung der Einzahlungen – nicht der vollen Besteuerung nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa, sondern nur der geringen Ertragsanteilsbesteuerung nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb.

131 Einstweilen frei.

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

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

Zu den Einzelvoraussetzungen der „Rürup-Rente“ s. ausführl. auch BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 8-45; MYSSSEN, NWB Fach 3, 13095; GOVERTS/KNOLL, DStR 2005, 946; NIERMANN/RISTHAUS, DB 2005, Beil. 2. Ob die in Nr. 2 Buchst. b genannten Voraussetzungen eingehalten sind, ist ab VZ 2010 nicht mehr bei der Veranlagung des einzelnen Stpfl. zu prüfen, sondern in einem vorgeschalteten Zertifizierungsverfahren für das jeweilige Altersvorsorge-„produkt“; die Zertifizierung gilt als Grundlagenbescheid (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1; s. Anm. 315 ff.).

**Eigene Altersversorgung:** Der Stpfl. muss Beiträge zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung leisten (zur eigenen Belastung s. Anm. 37). Beiträge, die im wirtschaftlichen Ergebnis Dritten zugute kommen, fallen nicht unter Buchst. b (zB nach der Trennung der Eheleute schließt der unterhaltspflichtige Ehegatte einen Rürup-Vertrag zugunsten des unterhaltsberechtigten Ehegatten ab und leistet die Beiträge). Insoweit unterscheidet sich diese Regelung von der bis VZ 2004 geltenden Begünstigung von Lebensversicherungsverträgen, bei der es nicht darauf ankam, ob Bezugsberechtigter der Stpfl. selbst oder ein Dritter war (s. Anm. 176). Die Zulässigkeit der ergänzenden Absicherung von Hinterbliebenen (s. Anm. 134) stellt die einzige gesetzliche Ausnahme von dieser Voraussetzung dar; darüber hinaus beanstandet die FinVerw. bei Ehegatten auch die Vereinbarung einer lebenslangen Leibrente bis zum Tod des letztversterbenden Ehegatten nicht (BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087).

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

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

**Betriebliche Altersversorgung:** Sind die in Nr. 2 Satz 1 Buchst. b genannten Voraussetzungen erfüllt, fallen auch Beiträge, die im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung (zB Pensionsfonds, Pensionskassen, Direktversicherungen) geleistet werden, unter diese Vorschrift (s. näher BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 31).

#### bb) Altersrente als Regelleistung

133

Die für die Auszahlungsphase versprochene Leistung aus dem Altersvorsorgevertrag muss grds. in einer monatlichen, auf das Leben des Stpfl. bezogenen, lebenslangen Leibrente bestehen, die nicht vor Vollendung des 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. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 10; 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, die auf der unterschiedlichen Höhe von Überschussanteilen beruhen, sind allerdings zulässig (BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 11).

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

Dies eröffnet in der Übergangszeit günstige Gestaltungsmöglichkeiten (s. auch WREDE, Schmollers Jahrbuch 123 [2003], 579; PAUS, 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. 40 000 € schließt, gem. § 10 Abs. 3 im Jahr 2005 60 % des Einmalbeitrags (24 000 €) als SA abziehen. Dafür steht ihm für die gesamte Rentenbezugsdauer ein Freibetrag von 50 % der Auszahlungen des Erstjahres zu. Wird die Rente so gestaltet, dass die erwarteten Überschussanteile sofort ausbezahlt werden (Verzicht auf die Dynamisierung), ist die Auszahlung im Erstjahr – und damit der lebenslange Rentenfreibetrag – besonders hoch. Diese Gestaltungen stehen allerdings nur Personen offen, die das 60. Lebensjahr bereits vollendet haben, da ein Rentenbeginn auf einen früheren Zeitpunkt ausgeschlossen ist.

**Beginn der Auszahlungen nicht vor Vollendung des 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 hingegen auch ein Rentenbeginn ab dem 60. Lebensjahr zulässig (§ 52 Abs. 24 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, BStBl. I 2012, 238). Dieses Merkmal schließt einen frühzeitigen Rentenbeginn – insbes. die sich angesichts der nicht abgestimmten Übergangsregelung (dazu ausführl. Anm. 337–346) aufdrängende Gestaltung einer sofort beginnenden „Rürup-Rente“ für Personen, die das 62. bzw. 60. Lebensjahr noch nicht erreicht ha-

ben, 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 hat (§ 35 SGB VI), sondern auch den frühestmöglichen Renteneintritt bei neu (ab VZ 2012) abgeschlossenen „Rürup-Verträgen“ um zwei Jahre nach hinten verlegt hat.

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

134 **cc) Ergänzende Absicherung der Berufsunfähigkeit, verminderten Erwerbsfähigkeit oder von Hinterbliebenen (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. 132), als auch vom Verbot der Vererblichkeit und Übertragbarkeit (s. Anm. 135). Das Gesetz begünstigt als Hinterbliebene nur den Ehegatten des Stpfl. und solche Kinder, für die der Stpfl. Anspruch auf Kindergeld oder einen Kinderfreibetrag hat (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 (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 zu hoher Einkünfte und Bezüge des Kindes ist unschädlich (BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 24 Satz 3; ab VZ 2012 kommt es auf die Höhe der Einkünfte und Bezüge des Kindes allerdings kindergeldrechtl. nicht mehr an). Die Absicherung des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht begünstigt; wohl aber die Absicherung des Partners einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (§ 2 Abs. 8).

Mit dem StÄndG 2007 v. 19.7.2006 (BGBl. I 2006, 1652; BStBl. I 2006, 432) wurde die Altersgrenze für den Bezug von Kindergeld mit Wirkung ab VZ 2007 vom 27. auf das 25. Lebensjahr herabgesetzt. Rürup-Verträge, die vor dem 1.1.2007 abgeschlossen worden sind und noch die Altersgrenze von 27 Jahren enthalten, bleiben aber auch weiterhin begünstigt (§ 52 Abs. 40 Satz 10; dazu TAUSCH/PLENER, DB 2006, 1512 [1517]).

**Ergänzung:** Die zur Finanzierung der genannten Risiken bestimmten Beitragsanteile dürfen nicht im Vordergrund stehen. Erreichen sie 50 % des Gesamtbeitrags, handelt es sich nicht mehr um eine „Ergänzung“; diese Beitragsanteile fallen dann als sonstige Vorsorgeaufwendungen unter Nr. 3 (zutr. BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 18 ff., mit ausführlichen Einzelregelungen). Dies hat zur Folge, dass insoweit nur die niedrigen Höchstbeträge des Abs. 4 zur Anwendung kommen. Soweit Beiträge zur Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsversicherung dazu verwendet werden, die Weiterzahlung des Beitrags für die Altersrente nach Eintritt der Berufsunfähigkeit sicherzustellen, zählen sie im Rahmen der Anwendung der 50 %-Grenze allerdings zur Altersvorsorge; Gleiches gilt, wenn eine Hinterbliebenenrente erst nach Vollendung des 60. Lebensjahres des Hinterbliebenen ausgezahlt werden kann (OFD Frankfurt v. 17.5.2006, DB 2006, 1347). Seit VZ 2014 sind allerdings auch bestimmte reine Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsversicherungen (ohne Ergänzung zu einer Altersversorgung) nach Nr. 2 begünstigt (Buchst. b Doppelbuchst. bb; s. Anm. 135).

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

135

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

**Voraussetzungen:** Auch hier darf der Vertrag nur die Zahlung einer monatlichen, auf das Leben des Stpfl. bezogenen lebenslangen Leibrente vorsehen (Einzelheiten s. Anm. 133). 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 Versicherungsfalls abhängig gemacht werden (Satz 3). Trotz dieser Erleichterungen wird das Erfordernis einer lebenslangen Rentenzahlung bewirken, dass die nach Doppelbuchst. bb begünstigten

Produkte wesentlich höhere Prämien aufweisen werden als die bisher angebotenen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsverträge, bei denen die Rentenzahlung idR mit dem Eintreten der Altersversorgung endet (zutr. SCHREHARDT, DStR 2013, 1240 [1242]).

**Kapitaldeckung:** Eine solche ist (im Gegensatz zu Altersvorsorgeverträgen iSd. 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.

### 136 ee) Verbot der Übertragung, Beleihung und Kapitalisierung (Nr. 2 Sätze 2 und 3)

**Vererblich-, Übertragbar-, Beleihbar-, Veräußerbarkeit:** Alle genannten Ansprüche (dh. sowohl auf die Altersrente als auch auf die ergänzenden Renten nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa bzw. die eigenständigen Berufsunfähigkeits- bzw. Erwerbsminderungsrenten nach Doppelbuchst. bb; sowohl die Anwartschaften als auch die Rentenansprüche) dürfen weder vererblich noch übertragbar, beleihbar oder veräußerbar sein. Dies entspricht grds. dem Rechtscharakter der Ansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung; für diese ist allerdings gem. § 53 Abs. 3 SGB I die Möglichkeit der Übertragung oder Verpfändung in Höhe des die Pfändungsfreigrenze für Arbeitseinkommen übersteigenden Betrags zugelassen. Die Regelungen zur „Rürup-Rente“ sind daher in dieser Beziehung strenger als die der gesetzlichen Rentenversicherung. Die FinVerw. lässt allerdings eine Übertragbarkeit zur Regelung von Scheidungsfolgen zu (BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 27; vgl. für die „Riester-Rente“ die gesetzliche Regelung des § 93 Abs. 1a). Aus der fehlenden Übertragbarkeit folgt auch die fehlende Pfändbarkeit der Ansprüche (§ 851 Abs. 1 ZPO).

Das Verbot der Übertragung, Beleihung und Veräußerung soll sicherstellen, dass die Versorgungsansprüche dem Stpfl. selbst in Form monatlicher Zahlungen zugute kommen, nicht aber vorzeitig in Höhe ihres Barwerts „flüssig“ gemacht werden können. Der Ausschluss der Vererblichkeit dient ebenfalls dem Ziel, die gesamten eingezahlten Beiträge dem Stpfl. selbst, nicht aber dessen Erben zugute kommen zu lassen. Die Möglichkeit einer ergänzenden Absicherung von Hinterbliebenen stellt insoweit eine (sinnvolle) Ausnahme dar. Auch die Vereinbarung einer Rentengarantiezeit (Mindestrentenzeit) ist mit dem Verbot der Vererblichkeit unvereinbar (zutr. BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 26).

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

Interessenvertreter drängen allerdings darauf, dass der Gesetzgeber – entsprechend der ab 1.1.2005 geltenden Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AltZertG für die sog. „Riester-Rente“ – 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. Die FinVerw. (BMF v. 19.8.

2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 30) lässt derzeit nur die Kapitalisierung von Kleinbetragsrenten (entsprechend § 93 Abs. 3 EStG iVm. § 3 Abs. 2 BetrAVG 1 % der monatlichen Bezugsgröße des § 18 SGB IV, dh. bis 24 € monatlich) zu, was als Vereinfachungsregelung gerechtfertigt ist.

Einstweilen frei.

137–144

#### 4. Hinzurechnung steuerfreier Arbeitgeberanteile oder -zuschüsse (Nr. 2 Sätze 4 und 5)

##### a) Grundsatz: Hinzurechnung der Arbeitgeberleistungen (Nr. 2 Satz 4) 145

Gemäß Nr. 2 Satz 4 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 streifen 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 auch BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 3).

##### b) Wahlrecht bei Rentenversicherungsbeiträgen für geringfügig Beschäftigte (Nr. 2 Satz 5) 146

Der ab VZ 2008 anwendbare Satz 5 bestimmt, dass die (gem. Satz 4 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).

**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 Beitrag iHv 5 % des Arbeitsentgelts, den Rest trägt der Versicherte. § 172 Abs. 3 SGB VI ordnet an, dass der ArbG auch für nicht versicherungspflichtige geringfügig Beschäftigte einen Beitrag von 15 % des Arbeitsentgelts zu zahlen hat; gem. § 172 Abs. 3a SGB VI beläuft sich dieser Beitrag für nicht versicherungspflichtige geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten auf 5 %.

**Hintergrund des durch Satz 5 eingeräumten Wahlrechts:** Der BRat (BTD Drucks. 16/6739, 9) hat die auf seine Anregung zurückgehende Regelung

damit begründet, dass die pauschalen Rentenversicherungsbeiträge für geringfügig Beschäftigte sich kaum in einem höheren Rentenanspruch niederschlagen, bei einer zwingenden Hinzurechnung nach Satz 4 aber gleichwohl aufgrund der Wirkungsweise des Übergangsfaktors (Abs. 3 Sätze 4, 6) im Ergebnis zu einer Minderung der abziehbaren eigenen Vorsorgeaufwendungen führen (zur Wirkungsweise s. Anm. 357 mit Beispiel). Ferner stelle sich ein Vollzugsproblem, weil geringfügige Beschäftigungsverhältnisse der FinVerw. häufig nicht bekannt würden und die Rentenversicherungsbeiträge in der EStErklärung nicht angegeben würden.

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

**Kriterien für die Ausübung des Wahlrechts:** Leistet ausschließlich der ArbG Rentenversicherungsbeiträge für den geringfügig Beschäftigten, ist es sinnvoll, den in Nr. 2 Satz 5 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.]).

147–149 Einstweilen frei.

## VI. 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; MYSEN/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 Vorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, NWB 2013, 2914.

### 150 1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3

**Regelungsinhalt:** Nr. 3 enthält die Voraussetzungen für den Abzug von Beiträgen zu Krankenversicherungen und den gesetzlichen Pflegeversicherungen. Die mit Wirkung ab VZ 2010 erfolgte Verselbständigung als eigener Tatbestand wurde erforderlich, weil die zuvor geltenden Höchstbeträge nach Abs. 3, 4 aF

den verfassungsrechtl. Anforderungen nicht genügten (s. Anm. 383). Die in Nr. 3 genannten Aufwendungen sind nunmehr grds. unbeschränkt abziehbar (Abs. 4 Satz 4); die Abziehbarkeit aller anderen Vorsorgeaufwendungen (mit Ausnahme der in Nr. 2 geregelten Altersvorsorgeaufwendungen) ist dem Grunde nach in Abs. 1 Nr. 3a geregelt, die Höhe des Abzugs folgt hier aus Abs. 4 Sätze 1–3.

**Rechtsentwicklung:** Von 1954 bis 1995 regelte Nr. 3 den SA-Abzug von Beiträgen an Bausparkassen; dieser Tatbestand wurde durch das Gesetz zur Neuregelung der strechtl. Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995 (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775) gestrichen. Durch das 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. 121). Das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) überführte sodann mit Wirkung ab VZ 2010 diejenigen Vorsorgeaufwendungen, die nicht dem Bereich der Kranken- und Pflege-Grundvorsorge zuzurechnen sind, in die neu geschaffene Nr. 3a und fasste Nr. 3 vollständig neu. 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. 168); 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 Krankenversicherungsbeiträge stark begrenzt waren (s. Anm. 380 ff.).

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

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

Einstweilen frei.

151

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

### a) Beiträge, Versicherungsverhältnis

152

**Beiträge** sind alle aufgrund Gesetz oder Vertrag vom Stpfl. erbrachten Geldleistungen zu den begünstigten Versicherungen (zur tatsächlichen eigenen Belastung s. Anm. 37, zu Beiträgererstattungen s. Anm. 42). Neben den „Beiträgen“ im engeren Sinne (zB § 220 SGB V für die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung) fallen darunter auch „Prämien“ (§ 33 VVG für privatrechtl. Versicherungsverträge). Sowohl laufende Beiträge als auch Einmalbeiträge sind begünstigt (BFH v. 1.2.1957 – VI 78/55 U, BStBl. III 1957, 103), sofern das Gesetz keine ausdrückliche Einschränkung vorsieht (so für Einmalbeiträge § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. cc, dd in der bis VZ 2004 geltenden Fassung, für Altverträge gem. Nr. 3a Halbs. 2 weiterhin anwendbar; s. Anm. 191).

Laufende Beiträge müssen in ihrer Höhe nicht notwendig konstant bleiben. Zu den Beiträgen gehören auch Abschlussgebühren, Ausfertigungsgebühren und die Versicherungssteuer (BFH v. 1.2.1957 – VI 78/55 U, BStBl. III 1957, 103). Eine vereinbarte Selbstbeteiligung, die der Versicherungsnehmer an den Versicherer zahlt, nachdem dieser den Schaden in voller Höhe reguliert hat, stellt keinen Beitrag (keine SA) dar, sondern eine Minderung der Versicherungsleistung (Hess. FG v. 12.12.1974 – VIII 61/74, EFG 1975, 200, rkr.). Gleiches gilt für die sog. Praxisgebühr nach § 28 Abs. 4 SGB V (BFH v. 18.7.2012 – X R 41/11, BStBl. II 2012, 821). Umgekehrt stellen Bonusleistungen für gesundheitsbewusstes Verhalten (die in letzter Zeit bei den gesetzlichen Krankenversicherungen aus Marketinggründen häufiger zu beobachten sind) keine Versicherungsleistungen dar, sondern Beitragsersparungen, die von den geleisteten Beiträgen abzuziehen sind (zutr. LFD Thüringen v. 16.1.2007, NWB [2007] Fach 1, 68).

Die Beiträge sind nur begünstigt, wenn sie an Versicherungsunternehmen gezahlt werden. Dies folgt mittelbar bereits aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a. Beiträge aufgrund von Verträgen mit Personen, die nicht Versicherungsunternehmen sind, fallen daher auch dann nicht unter Nr. 2–3a, wenn die Verträge der Vorsorge dienen (BFH v. 10.10.1963 – VI 233-235/62, HFR 1964, 7).

**Beitragsrückerstattungen oder Bonuszahlungen** (KILLAT-RISTHAUS, DB 2010, 2304 [2306]) mindern die abziehbaren Beträge (BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 71; s. Anm. 410 ff.). Dies ist systematisch zwar zutreffend, kann aber zu merkwürdigen Ergebnissen 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 Stplf. 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 nicht zu folgen, da Krankheitskosten keine SA, sondern allenfalls agB sind (s. Anm. 155).

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

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

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

Bei privatrechl. Versicherungsverhältnissen wird der Vertragspartner des Versicherungsunternehmens als „Versicherungsnehmer“ bezeichnet. Bei gesetzlichen Versicherungen werden hingegen die Begriffe „Mitglied“ (so in der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V) oder „Versicherter“ (so in der gesetzlichen Rentenversicherung nach dem SGB VI, der gesetzlichen Unfallver-

sicherung nach dem SGB VII und der gesetzlichen Pflegeversicherung nach dem SGB XI) verwendet.

**Wirksamkeit des Versicherungsverhältnisses:** Zahlungen stellen grds. erst ab dem Zeitpunkt begünstigte „Versicherungsbeiträge“ dar, in dem das Versicherungsverhältnis wirksam geworden ist. Dies ist bei privatrechtl. Versicherungsverträgen mit der Annahme des Antrags des Versicherungsnehmers durch das Versicherungsunternehmen der Fall. Die Rspr. lässt aber auch den Abzug solcher Beiträge zu, die vor der Annahme des Antrags geleistet werden, sofern der Versicherungsnehmer von sich aus alles getan hat, um den Vertragsschluss herbeizuführen und keine begründeten Zweifel am Zustandekommen des Vertrages – insbes. aufgrund einer noch ausstehenden Risikoprüfung – bestehen (BFH v. 25.2.1972 – VI R 104/69, BStBl. II 1972, 484).

Einstweilen frei.

153–154

## b) Begriff der Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen

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

155

**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). Stfreie Zuschüsse (bei ArbN nach § 3 Nr. 62, bei Rentnern nach § 3 Nr. 14) mindern gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 die als SA abziehbaren Aufwendungen. Krankheitskosten als solche stellen keine Krankenversicherungsbeiträge dar (BFH v. 17.3.1961 – VI 86/60, HFR 1961, 200). Dies gilt auch dann, wenn ein Selbstbehalt vereinbart ist (MYSSSEN/WOLTER, NWB 2009, 2313 [2320]).

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

Diese Entscheidung ist zwar auch mit der – zwischenzeitlich aufgegebenen – Rspr. begründet worden, dass bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 kein gewillkürtes BV zulässig sei; an ihr ist aber im Ergebnis unverändert festzuhalten, weil das versicherte Risiko (die Krankheit) ein privates ist. 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; 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 entgegen stehen, weil die Leistungen aus der Krankenversicherung nach § 3 Nr. 1 Buchst. a stfrei sind (BFH v. 22.5.1969 – IV R 144/68, BStBl. II 1969, 489, unter 4).

#### 156 **bb) Gesetzliche Pflegeversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. b)**

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

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

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

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

157 Einstweilen frei.

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

##### 158 **aa) Grundsatz: Beiträge, die zur Erlangung eines sozialhilfegleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind (Buchst. a Satz 1)**

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

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

**bb) Bei gesetzlichen Krankenversicherungen Abzug der Beiträge nach dem SGB V (Buchst. a Satz 2)** 159

Für Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung verweist § 10 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 2 auf die Regelungen der §§ 241–248 SGB V. Hiervon sind sowohl die allgemeinen Beiträge (§ 241 SGB V; ab 1.1.2011: 15,5 % 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 (Buchst. a Satz 3)****(1) Regelungen in § 10 EStG** 160

**Grundsatz:** Beiträge zu privaten Krankenversicherungen sind insoweit abziehbar, als sie auf Vertragsleistungen entfallen, die in Art, Umfang und Höhe denjenigen Leistungen nach §§ 11–66 SGB V vergleichbar sind. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Leistungen zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach näherer Maßgabe der genannten, sehr detaillierten Regelungen des SGB V. Zur Konkretisierung verweist Satz 3 Halbs. 2 auf § 12 Abs. 1d VAG (Basistarif für Versicherte der privaten Krankenversicherung). Sondersich hilfreich ist dies nicht, da § 12 Abs. 1d VAG auf § 12 Abs. 1a VAG und diese Norm wiederum auf §§ 11–66 SGB V verweist. Seit VZ 2013 sind Leistungen nach dem SGB V, auf die kein Anspruch besteht, nicht mehr aus der Vergleichsbetrachtung herausgenommen.

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

**(2) Regelungen in der KVBEVO** 161

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 20000 verschiedenen Tarifen die Rede) nicht nur zulässig, sondern zur Wahrung der Vollziehbarkeit der Gesamtregelung geradezu geboten.

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

► *Gar kein Abzug* nach Nr. 3 wird gewährt, wenn ein Tarif ausschließlich Krankentagegeld oder solche Leistungen enthält, die in Art, Umfang oder Höhe den

Leistungen nach §§ 11–66 SGB V nicht vergleichbar sind (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KVBEVO). Ein Abzug nach Nr. 3a bleibt allerdings möglich (s. Anm. 172).

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

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

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

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

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

Der Ordnungsgeber hat – auf der Grundlage der Daten der privaten Krankenversicherungen – bestimmten Leistungsgruppen Punktwerte zugeordnet, die den prozentualen Anteil der Ausgaben für die jeweilige Leistungsgruppe widerspiegeln (BRDrucks. 533/09, 8). Die Punktwerte sollen nach drei Jahren überprüft werden (BRDrucks. 533/09, 10), was 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); der Punktwert berücksichtigt nur denjenigen Teil der Leistungsausgaben, der über das Niveau der gesetzlichen Krankenversicherung hinaus geht (BRDrucks. 533/09, 8)	5,58 Punkte
– Kieferorthopädie (§ 2 Abs. 1 Nr. 5, § 3 Abs. 2 Nr. 8 KVBEVO)	0,26 Punkte
Summe	20,41 Punkte

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

**Beispiel:** In einem Tarif sind neben den drei genannten Basisleistungen zusätzlich Leistungen für Chefarztbehandlung und Zweibettzimmer vorgesehen. Auf diese nicht begünstigten Leistungen entfallen 9,24 Punkte, die Summe aller Punktwerte beträgt 88,83 (79,59 + 9,24). Der nicht begünstigte Anteil beläuft sich auf 10,40 % (9,24 / 88,83). Leistet der Stpfl. für diesen Tarif insgesamt einen Beitrag von 3000 € jährlich, kann er hiervon 2688 € als SA nach Abs. 1 Nr. 3 (in vollem Umfang) abziehen; 312 € (10,40 %) sind hingegen nicht nach dieser Norm, sondern nur nach Abs. 1 Nr. 3a – und damit auf geringe Höchstbeträge beschränkt – abziehbar.

Einstweilen frei.

163–165

#### dd) Kürzung bei Krankengeldanspruch (Buchst. a Satz 4)

166

Sofern gesetzlich Krankenversicherte Anspruch auf Krankengeld oder eine vergleichbare Leistung haben (dies ist bei ArbN der Regelfall, nicht hingegen bei Rentnern, Studenten, Arbeitslosen usw.; Einzelheiten s. BMF v. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 77–85), ist der unter Nr. 3 fallende Beitrag um 4 % zu vermindern (Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 4). Hintergrund ist zum einen, dass das Krankengeld nicht zum Umfang der sozialhilferechtl. Leistungen bei Krankheit gehört; zum anderen stellt es eine Lohnersatzleistung dar, die estl. stfrei gestellt ist. Der pauschale Kürzungssatz von 4 % beruht auf dem durchschnittlichen Anteil der Krankengeldzahlungen an den Gesamtausgaben der gesetzlichen Krankenkassen (BRDrucks. 168/09, 24). Der auf das Krankengeld entfallende Beitragsanteil von 4 % kann zwar nach Nr. 3a abgezogen werden (s. Anm. 172); hier gilt jedoch die Beschränkung auf die Höchstbeträge des Abs. 4 Sätze 1–3.

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

167

**Beiträge für Kinder (Nr. 3 Satz 2):** Beiträge, die der Stpfl. aufgrund einer eigenen vertraglichen Verpflichtung für die Versicherung seines Kindes an eine private Krankenversicherung zahlt, fallen bereits unter Nr. 3 Satz 1, weil dort nicht vorausgesetzt ist, dass die Beiträge dem zahlenden und zur Zahlung verpflichteten Stpfl. selbst zugute kommen (ebenso BTDrucks. 16/13429, 39 [43]; GRÜN, DStR 2009, 1457 [1460]). Ist das Kind hingegen selbst krankenversichert (entweder durch eine eigene Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse oder durch einen eigenen Krankenversicherungsvertrag mit einem Privatversicherer), kann der Stpfl. (Elternteil) die Beiträge gem. Nr. 3 Satz 2 als SA geltend machen, wenn er diese im Rahmen der Unterhaltsverpflichtung tatsächlich trägt. Dabei reicht es nach der – hier recht großzügigen – Auffassung der FinVerw. aus, wenn die Eltern allgemeine Unterhaltsleistungen (in bar oder als Sachleistung) gewähren; eine konkrete Zahlung/Erstattung der Krankenversicherungsbeiträge ist nicht erforderlich (R 10.4 EStR 2012; ebenso zuvor bereits OFD Magdeburg v. 3.11.2011, DB 2011, 2575). Weitere Voraussetzung für den Abzug ist, dass der Stpfl. Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder auf Kindergeld für das jeweilige Kind hat (deshalb kann nach Überschreiten der Altersgrenze für das Kindergeld eine Berücksichtigung der Beitrags-/Unterhaltszahlungen nur noch unter den engen Voraussetzungen des § 33a Abs. 1 erfolgen). Diese in Nr. 3 Satz 2 enthaltene Regelung enthält eine Ausnahme von dem für SA geltenden

Grundsatz, dass nur derjenige SA abziehen kann, der sie als der schuldrechtl. zur Zahlung Verpflichtete tatsächlich zahlt (s. Anm. 36).

**Beiträge für den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten (Nr. 3 Satz 3):** Leistet der Stpfl., der das Realsplitting (Abs. 1 Nr. 1) in Anspruch nimmt, im Rahmen seiner Unterhaltsverpflichtung auch eigene Beiträge zu einer Kranken- oder Pflegeversicherung seines geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten, kann er diese nicht als Versicherungsbeiträge nach Nr. 3 abziehen. Vielmehr steht diese Abzugsberechtigung dem geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten zu. Allerdings erhöht die Beitragszahlung den für den Stpfl. geltenden Höchstbetrag für den Abzug von Unterhaltsleistungen (Nr. 1 Satz 2; s. Anm. 67). Wird das Realsplitting nicht in Anspruch genommen, kann der Stpfl., der eigene Beiträge für seinen geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten zahlt, diese nach Nr. 3 abziehen (aA RISTHAUS, DStZ 2009, 669 [675]); der Ehegatte hat in diesem Fall keinen SA-Abzug, weil er stfreie Einnahmen bezieht (BRDrucks. 168/09, 25). Ist der geschiedene/getrennte Ehegatte selbst Versicherungsnehmer, handelt es sich nicht um „eigene“ Beiträge des Stpfl.; in diesem Fall ist ein Abzug nicht nach Nr. 3, sondern nur nach Nr. 1 möglich, ohne dass sich aber der dortige Höchstbetrag erhöht (so zutr. auch KANZLER, NWB 2009, 684 [687]). 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 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 8004 € um die tatsächlich für die Absicherung der unterhaltsberechtigten Person aufgewandten Beiträge (§ 33a Abs. 1 Satz 2).

#### 168 4. Beitragsvorauszahlungen (Nr. 3 Satz 4)

Mit Wirkung ab VZ 2011 (§ 52 Abs. 24 Satz 3) hat der Gesetzgeber durch Anfügung der Regelung der Nr. 3 Satz 4 die stl. Wirksamkeit von Vorauszahlungen auf Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge eingeschränkt.

**Sachlicher Anwendungsbereich:** Satz 4 bezieht sich ausschließlich auf Beiträge zu solchen Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen, die unter Nr. 3 fallen. Hintergrund waren Modelle, in denen durch hohe Vorauszahlungen derartiger Beiträge zum einen im Jahr der Vorauszahlung ein voller Abzug der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge erreicht wurde (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 stand. Bei einer veranlagungszeitraumübergreifenden Betrachtung konnte so die Summe des SA-Abzugs im Vergleich zur regelmäßigen Beitragszahlung deutlich erhöht werden.

**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 ½-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 ½ Jahre im Voraus gezahlt werden. Auch Nachzahlungen für frühere Jahre sind stets im Zahlungszeitpunkt abziehbar (BTDrucks. 17/3549, 16).

Einstweilen frei.

169

## VII. 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, Festschrift für Hugo von Wallis, Bonn 1985, 245; WEIDEMANN/SÖFFING, Steuerliche Behandlung von Erträgen und Prämien privater Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherungen, DB 1999, 2133.

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

170

**Regelungsinhalt:** Nr. 3a bestimmt – in Ergänzung zu Nr. 2, 3 –, welche sonstigen Vorsorgeaufwendungen neben den Alters- und Krankheitsvorsorgeaufwendungen als SA abgezogen werden können. Die Aufzählung ist abschließend; alle hier nicht aufgeführten Versicherungssparten sind nicht begünstigt (s. Anm. 180). Die Trennung zwischen Altersvorsorgeaufwendungen, Krankheitsvorsorgeaufwendungen und sonstigen Vorsorgeaufwendungen ist im Hinblick auf die ab VZ 2005/2010 unterschiedlichen Höchstbeträge (Abs. 3 für Altersvorsorgeaufwendungen, Abs. 4 Satz 4 für Krankheitsvorsorgeaufwendungen, Abs. 4 Sätze 1–3 für alle anderen Vorsorgeaufwendungen) geboten. Für die Vorsorgeaufwendungen iSd. Nr. 3a gilt – allerdings gemeinsam mit den Aufwendungen iSd. Nr. 3 – ab VZ 2010 ein Höchstbetrag von insgesamt 2 800 € (für ArbN und Rentner lediglich 1 900 €). Diese Höchstbeträge werden bei ArbN in aller Regel schon durch die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung, bei anderen Stöpl. durch die Beiträge zur (privaten) Krankenversicherung ausgeschöpft werden, so dass die anderen im Katalog aufgeführten Versicherungsbeiträge nur im Ausnahmefall noch von praktischer Bedeutung sein werden. Zu den weiteren in § 10 enthaltenen Regelungen für Vorsorgeaufwendungen s. den Überblick in Anm. 120; zur steuersystematischen Bedeutung des Abzugs von Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 121.

**Rechtsentwicklung:** Nr. 3a ist durch das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BSStBl. I 2009, 782) mit Wirkung ab VZ 2010 eingefügt worden. Die hier genannten Versicherungsbeiträge waren aber weitgehend auch schon nach der bis 2004 (AltEinkG; bis dahin in Nr. 2 geregelt) bzw. bis 2009 (BürgEntlG-

KV; bis dahin in Nr. 3 geregelt) geltenden Rechtslage den Vorsorgeaufwendungen zugeordnet. Der Katalog ist ab VZ 2005 aber geringfügig ergänzt worden.

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

**Besteuerung der Versicherungsleistungen:** Die Leistungen aus den in 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 Progressionsvorbehalt unterworfen (Arbeitslosengeld und weitere Leistungen nach dem SGB III; Krankengeld, Verletztengeld, Übergangsgeld und ähnliche Lohnersatzleistungen nach den SGB V–VII). Soweit es sich um wiederkehrende Bezüge, insbes. Leibrenten, handelt, kann eine StPflicht nach § 22 Nr. 1 eintreten (insbes. bei Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten).

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

171 Einstweilen frei.

## 2. Begünstigte Versicherungssparten (Nr. 3a Halbs. 1)

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

Diejenigen Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen, die nicht nach Nr. 3 abgezogen werden können, fallen unter Nr. 3a. Dies betrifft zum einen Tarife, die bereits dem Grunde nach nicht unter Nr. 3 fallen (zB reine Kranken[haus]taggeldversicherungen, freiwillige Pflege-Zusatzversicherungen, 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. 19.8.2013, BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 95).

**b) Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit**

173

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

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

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

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

174

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

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

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

**d) Unfallversicherungen**

175

**Begriff:** Versichertes Risiko ist hier der Eintritt von Verletzungs- oder Todesfolgen aufgrund eines Unfalls. Unfall ist ein plötzlich von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis, durch das der Versicherte unfreiwillig eine Gesundheitsbeschädigung erleidet (für private Unfallversicherungen § 1 Abs. 3 AUB 2004, für die gesetzliche Unfallversicherung § 8 Abs. 1 Satz 2 SGB VII). Die Versicherungsleistungen können sowohl in der Zahlung von Renten- oder Kapitalbeträgen als auch in der Übernahme von Behandlungskosten (insoweit kann es zu Überschneidungen mit den Krankenversicherungen kommen) bestehen. Im Ergebnis sind von § 10 nur Beiträge zu privaten Unfallversicherungen (§§ 178–191 VVG) 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 re-

lativ häufig (zB Insassen-Unfallversicherung; Unfallversicherung zugunsten der eigenen Kinder), was dem SA-Abzug nicht entgegen steht, sofern der Versicherungsnehmer den Beitrag selbst trägt (s. Anm. 37). Bei der Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr, die eine Kombination aus Unfall- und Kapitallebensversicherung darstellt (BFH v. 11.1.1963 – VI 18/60 U, BStBl. III 1963, 234; v. 5.8.1965 – IV 42/65 S, BStBl. III 1965, 650), ist nur der auf den Unfallversicherungsschutz entfallende Teil der Prämie begünstigt. Nach BMF v. 19.8.2013 (BStBl. I 2013, 1087 – Tz. 95) sollen derartige Prämien hingegen wohl insgesamt nicht abziehbar sein, was uE jedenfalls dann unzutreffend ist, wenn die Möglichkeit einer Aufteilung gegeben ist.

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

**Bei allgemeinen Unfallversicherungen wird zwischen Betriebsvermögen und Privatvermögen differenziert:**

▶ *Gewillkürtes Betriebsvermögen:* Die Möglichkeit zur Behandlung einer allgemeinen Unfallversicherung als gewillkürtes BV wird von der Rspr. bejaht, wenn der Betriebsinhaber aufgrund zahlreicher betrieblicher Pkw-Fahrten ein erhöhtes Unfallrisiko hat (BFH v. 8.4.1964 – VI 343/62 S, BStBl. III 1964, 271; v. 5.8.1965 – IV 42/65 S, BStBl. III 1965, 650; uE zweifelhaft). Im Gegenzug gehören die Versicherungsleistungen dann zu den Betriebseinnahmen (BFH v. 8.4.1964 – VI 343/62 S, BStBl. III 1964, 271; 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 Insassen-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). Ist das betriebliche Unfallrisiko hingegen nicht erhöht, 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).

▶ *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, 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 aus der Unfallversicherung für berufliche Unfälle 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; v. 18.11.

1971 – IV R 132/66, BStBl. II 1972, 277). Diese zugunsten der Stpfl. wirkende Rspr. wird von der FinVerw. aber angewandt (BMF v. 28.10.2009, 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. 4 Satz 1 iVm. § 40 Abs. 3 Satz 3). Wegen Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lässt die FinVerw. dann beim ArbN keinen SA-Abzug zu; uE ist dies unzutreffend (s. Anm. 305).

#### e) Haftpflichtversicherungen

176

**Begriff:** Haftpflichtversicherungen gleichen Leistungen aus, die der Versicherungsnehmer aufgrund seiner rechtl. Verantwortlichkeit für den Schaden eines Dritten an diesen zu erbringen hat (vgl. § 100 VVG). Neben der Privathaftpflichtversicherung gibt es zahlreiche Sonderformen zur Abdeckung spezieller Risiken, zB Kfz-Haftpflichtversicherung nach dem Pflichtversicherungsg, Tier-(insbes. Hunde-) und Jagdhaftpflichtversicherungen. Auch Beiträge zu solchen Versicherungen sind abziehbar. Die Haftpflichtversicherung ist die einzige Schadensversicherung, die in den Katalog der Nr. 3a aufgenommen worden ist; bei allen anderen dort genannten Versicherungsarten handelt es sich um Personenversicherungen. Ihren Grund findet diese Sonderstellung in der existenziellen Bedeutung, die Haftpflichtrisiken 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 doppelten Haushaltsführung 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

177

Ab VZ 2005 sind nur noch reine Risiko-Lebensversicherungen (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 (s. Anm. 195) war auf reine Risiko-Lebensversicherungen nicht anwendbar.

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

**Keine Begünstigung von Todesfallversicherungen mit Sparanteil:** Von den begünstigten Risikoversicherungen zu unterscheiden sind Todesfallversicherungen mit Sparanteil, die beim Tod des Versicherten unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt dieser eintritt, eine Leistung vorsehen (insbes. viele der sog. Sterbekassen). Diese Varianten sind – ebenso wie die weiteren bis VZ 2004 in Nr. 2 Buchst. b aF genannten Formen der Lebensversicherung (Kapital- und Rentenversicherungen, die auch für den Erlebensfall eine Leistung vorsehen) – nur noch bei Altverträgen begünstigt (s. Anm. 190 ff.). Dies ist sachgerecht, da Versicherungen mit Sparanteil nicht nur Vorsorge-, sondern auch Kapitalanlagecharakter haben, das Tätigen von Kapitalanlagen nach der Systematik des EStG als reine Vermögensumschichtung aber nicht zu „Aufwendungen“ führt.

#### 178 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 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 Einkünfterzielung dienenden Kredits abgeschlossen wird.

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

Eine Zuordnung zum BV ist jedoch möglich, wenn

- die Versicherung auf das Leben eines fremden Dritten abgeschlossen wird und Bezugsberechtigter ein Unternehmen (insbes. PersGes., KapGes.) ist (BFH v. 14.3.1996 – IV R 14/95, BStBl. II 1997, 343), 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).

**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, DStR 2003, 1299.

Einstweilen frei.

179

### 3. Nicht begünstigte Versicherungssparten

180

Da die Aufzählung in 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); eine Ausnahme gilt insoweit für Kfz-Rechtsschutzversicherungen (BMF v. 9.8.1957, BB 1957, 1173; FinMin. Ba.-Württ. v. 20.11.1984, DStR 1986, 563; OFD Hannover v. 29.9.1987, DStR 1988, 115); die Rspr. lässt eine Aufteilung darüber hinaus auch zu, wenn der Versicherer die beruflichen und privaten Anteile anhand seiner Prämienkalkulation bescheinigt (BFH v. 31.1.1997 – VI R 97/94, BFH/NV 1997, 346).

- Versicherungen auf den Erlebens- und Todesfall (§§ 150–171 VVG). Ausnahmen gelten für reine Risiko-Lebensversicherungen (Nr. 3a, s. Anm. 177) und für Versicherungsverträge, die die Voraussetzung der Übergangsregelung (Nr. 3a letzter Satzteil, s. Anm. 190 ff.) erfüllen.

Einstweilen frei.

181–189

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

**Schrifttum:** WACKER, Zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung der für Finanzierungszwecke eingesetzten Lebensversicherungen nach dem Steueränderungsgesetz 1992, DB 1993, 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 Lebensversicherun-

gen“ – neue Fragestellungen, DStR 2001, 337; WÄLTERMANN, Finanzierungen unter Einsatz von Lebensversicherungsansprüchen im Hinblick auf das Alterseinkünftegesetz – Handlungsbedarf zum Jahresende?, DStR 2004, 2029.

### 190 a) Regelungsinhalt und verfassungsrechtliche Beurteilung

Beiträge zu den nach Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb-dd in der bis 2004 geltenden Fassung begünstigten Renten- und Kapitalversicherungen, die auch im Erlebensfall eine Leistung vorsehen, sind für Verträge, die ab VZ 2005 abgeschlossen werden, nicht mehr begünstigt, sofern der Vertrag nicht die besonderen Voraussetzungen nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. b (private Altersvorsorge) erfüllt. Zugleich entfällt auch die StFreiheit der Kapitalerträge aus derartigen Verträgen (§ 20 Abs. 1 Nr. 6). Bei der früheren Regelung handelte es sich um eine Sozialzwecknorm, die die Zukunftssicherung fördern und die volkswirtschaftlich erwünschte Ansammlung von Kapital begünstigen sollte (BFH v. 30.10.1959 – VI 97/59 U, BStBl. III 1960, 46; v. 11.1.1963 – VI 237/59 U, BStBl. III 1963, 138). Wegen der Ungleichbehandlung zu anderen – stl. nicht begünstigten Sparformen – und der dadurch bedingten Fehlleitung von Kapital in Lebensversicherungen ist die Abschaffung der Privilegierung zu begrüßen.

**Übergangsregelung für Altverträge:** Für Altverträge (Beginn der Laufzeit vor dem 1.1.2005 und Entrichtung eines Beitrags bis zum 31.12.2004, s. Anm. 192) besteht jedoch die Möglichkeit, die Beiträge als „sonstige Vorsorgeaufwendungen“ mit der Folge der Anwendung des – allerdings sehr geringen und meist schon durch andere Aufwendungen ausgeschöpften – Höchstbetrags des Abs. 4 für die gesamte weitere Vertragslaufzeit geltend zu machen. Insoweit gilt auch die StBefreiung der Kapitalerträge fort (§ 52 Abs. 36 Satz 5 EStG 2012). Indes gelten auch die früheren, den SA-Abzug einschränkenden Sonderregelungen fort (s. Anm. 193). Gleiches gilt für die Regelung zur Nachversteuerung im Fall des Einsatzes zur Tilgung oder Sicherung der genannten Darlehen (§§ 29, 30 EStDV aF, s. Anm. 420 ff.).

**Verfassungsrechtliche Beurteilung:** Der Gesetzgeber war zur Schaffung dieser sehr großzügigen Vertrauensschutzregelung frei; 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) 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 (mit Wirkung 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.

### 191 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. 3 Buchst. a nF begünstigten Risiko-Versicherungen dadurch unterscheiden, dass auch im Erlebensfall eine Leistung erbracht wird. Beitragszahlungsweise (einmalig oder laufend) und Vertragsdauer sind hier ohne Bedeu-

tung. Unter diesen Tatbestand fallen auch bestimmte Formen der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherung (BMF v. 9.8.1999, DStR 1999, 1696). Zu den Begriffsbestimmungen zuletzt ausführl. BMF v. 22.12.2005, BStBl. I 2006, 92.

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

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

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

Da das Kapitalwahlrecht nach den üblicherweise vereinbarten Versicherungsbedingungen nur bis zu einer bestimmten Zeit vor der Fälligkeit der ersten Rentenzahlung ausgeübt werden kann, ist eine Versicherung, bei der die Rentenzahlung nach 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 2012 „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, BStBl. I 1996, 1120).

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

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

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

### 192 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. 36 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

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

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

**Erweiterung für Bürger der ehemaligen DDR** (Nr. 2 Sätze 3 und 4 aF): Bei Verträgen, die mindestens 48 Jahre alte Personen, die am 31.12.1990 in der ehemaligen DDR wohnhaft waren, bis zum 31.12.1996 abgeschlossen hatten, 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 Ausschlussbestand wurde zu Recht damit begründet, dass derartige Produkte eine besondere Nähe zu (stl. nicht begünstigten) reinen Kapitalansammlungsverträgen aufweisen (FinAussch., BTDrucks. 7/2180, 21). Auch Beiträge zu einer mit der fondsgebundenen Lebensversicherung gekoppelten Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung sind vom Abzug ausgeschlossen (OFD Düss. v. 30.8.1976, DB 1976, 1794).

**Ausschluss bei entgeltlichem Erwerb** (Nr. 2 Satz 6 aF): Von der Begünstigung sind seit VZ 1997 (§ 52 Abs. 12 Satz 2 EStG 1997; § 52 Abs. 24 Satz 2 EStG 2004) solche Versicherungen ausgeschlossen, bei denen der Stpfl. Ansprüche aus einem von einer anderen Person abgeschlossenen Vertrag entgeltlich erworben hat (mit einer Unterausnahme für arbeits-, erb- oder familienrechtl. Abfindungen). Der Gesetzgeber wollte damit sicherstellen, dass nicht eine kurzfristige Geldanlage, sondern nur die langfristige Zukunftsvorsorge begünstigt wird (BTDrucks. 13/5952, 46).

Nach der Rspr. zur Rechtslage vor Schaffung dieser ausdrücklichen gesetzlichen Regelung war im Eintritt des Stpfl. als neuer Versicherungsnehmer in einen von einem Dritten geschlossenen Vertrag hingegen kein neuer Vertragsabschluss zu sehen, sofern der sonstige Vertragsinhalt unverändert blieb. Für die Ermittlung der Mindestlaufzeit war damit auf die gesamte Vertragsdauer – und nicht allein auf den Zeitraum, in dem der Stpfl. Versicherungsnehmer ist – abzustellen (BFH v. 9.5.1974 – VI R 137/72, BStBl. II 1974, 633).

Beim Veräußerer ist der Veräußerungserlös nicht stbar; dies gilt auch, soweit er die eingezahlten und als SA abgezogenen Beiträge übersteigt. Auch eine Nachversteuerung der abgezogenen Beiträge findet nicht statt (BMF v. 12.9.1997, BStBl. I 1997, 825).

Allerdings wird dieser in Nr. 2 Satz 6 aF enthaltene Ausschlussbestand vom Wortlaut der Übergangsregelung (damals noch in Nr. 3 Buchst. b Satz 2 enthalten) erst seit einer Änderung durch das JStG 2007 mit Wirkung ab VZ 2007 erfasst. Für die VZ 2005 und 2006 verwies die Übergangsregelung lediglich auf Nr. 2 Sätze 2 bis 5 aF. Dabei handelte es sich jedoch um ein redaktionelles Versehen, das durch eine erweiternde Auslegung entsprechend dem Sinn der Übergangsregelung zu korrigieren war:

Der Entwurf des AltEinkG, mit dem die Übergangsregelung geschaffen wurde (BTDrucks. 15/2150 v. 9.12.2003, 6), wurde zu einer Zeit formuliert, als Nr. 2 aF aus lediglich fünf Sätzen bestand; der 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 Lebensversicherungen wieder einführen wollte. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Gesetzgeber durch das EuRLUMsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310; BStBl. I 2004, 1158) das vergleichbare redaktionelle Versehen in der Übergangsregelung zu § 20 Abs. 1 Nr. 6 (§ 52 Abs. 36 Satz 5) bereinigt, die parallele Problematik in § 10 aber erneut übersehen hat.

Einstweilen frei.

194

## **bb) Beschränkungen nach § 10 Abs. 2 Satz 2 aF**

### **(1) Überblick**

195

Beiträge zu den in Anm. 191 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. 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). Sie soll eine Doppelbegünstigung vermeiden, die zuvor dadurch eintrat, dass bei Versicherungen, die im Bereich der Einkunftserzielung eingesetzt werden, einerseits die Beiträge als SA abgezogen werden konnten, andererseits aber die Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 aF stfrei waren. Ihre eigentliche Bedeutung liegt nicht in der Versagung des SA-Abzugs (hier waren die Höchstbeträge häufig ohnehin schon ausgeschöpft), sondern in dem parallelen Ausschluss der StFreiheit der – idR erheblichen – Zinserträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 3 aF.

Zahlreiche Einzelerläuterungen zu Abs. 2 Satz 2 aF sind in den nachstehend aufgeführten Verwaltungsanweisungen enthalten: BMF v. 19.5.1993, BStBl. I 1993, 406 (Anwendungsschreiben; dazu ausführl. WACKER, DB 1993, Beilage 4); v. 14.6.1993, BStBl. I 1993, 484 (Verlängerung der Übergangsregelung); v. 2.11.1993, BStBl. I 1993, 901 (umfangreiche Ergänzungen zum Anwendungsschreiben); v. 6.5.1994, BStBl. I 1994, 311 (Einräumung eines unwiderruflichen Bezugsrechts auf den Todesfall); v. 26.9.1994, BStBl. I 1994, 749 (weitere Ergänzungen zum Anwendungsschreiben); v. 15.6.2000, BStBl. I 2000, 1118 (Zusammenfassung der bisher ergangenen BMF-Schreiben). Eine sehr ausführliche Kommentierung findet sich bei SÖHN in KSM, § 10 Rn. P 1–284.

## 196 (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. 191). Reine Risikoversicherungen werden von dem Ausschlussstatbestand daher nicht erfasst.

**Die Ansprüche dienen im Erlebensfall der Tilgung oder Sicherung eines Darlehens:** Im Regelfall wird es sich um eine (dingliche) Abtretung oder Verpfändung der Versicherungsansprüche zugunsten des Darlehensgläubigers handeln; es genügen aber auch entsprechende schuldrechtl. Vereinbarungen. Die 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:** Nur in diesem Fall ist der Abzug ausgeschlossen. Dies gilt allerdings auch, 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 auch dann erfüllt, wenn das WG im Ausland zur Einkunftserzielung 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 hat 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 Auschlussstatbestands zahlreiche Ausnahmen zugelassen, die im Ergebnis in den meisten Fällen weiterhin steuerwirksame Gestaltungen unter Einsatz von Lebensversicherungen zulassen (zu Recht krit. SÖHN in KSM, § 10 Rn. P 9). Allerdings legt die Rspr. sämtliche Ausnahmen sehr eng aus (Nachweise im nachfolgenden Text).

**Investitionsdarlehen:** So bleibt der SA-Abzug möglich, wenn das Darlehen unmittelbar und ausschließlich der Finanzierung von AHK eines WG dient, das dauernd zur Erzielung von Einkünften bestimmt und keine Forderung ist (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a aF); dies gilt auch bei der Finanzierung anschaffungsnahe Aufwendungen (HESSLER/MOSEBACH, DStR 2001, 1244). Der Einsatz von Lebensversicherungen zur Absicherung von Investitionsdarlehen bleibt also begünstigt. Lediglich die Absicherung der Finanzierung des Erwerbs von Umlaufvermögen (FG Berlin v. 16.8.2004 – 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:* 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; 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, BStBl. I 2000, 1118 – Rn. 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:* An der erforderlichen Ausschließlichkeit fehlt es, wenn der Darlehensbetrag höher ist als die AK/HK, und zwar auch dann, wenn der Mehrbetrag der Finanzierung von Zinsvorauszahlungen (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, BFHE 235, 419) 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“) vorgehalte-

ne Liquidität (BFH v. 7.11.2006 – VIII R 1/06, BStBl. II 2010, 18). Eine steuer-schädliche „Übersicherung“ ist gegeben, wenn der abgetretene Anspruch aus dem Versicherungsvertrag die Darlehenssumme übersteigt. Maßgebend ist insoweit nicht der aktuelle Rückkaufwert, sondern der Nominalbetrag des Versicherungsanspruchs (BFH v. 12.9.2007 – VIII R 12/07, BStBl. II 2008, 602, unter II.2.b bb). 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 Inkraft-treten 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 Dar-lehen die Valuta des abgelösten Darlehens nicht übersteigt (BFH v. 12.10.2011 – VIII R 30/09, BFH/NV 2012, 497).

► *Veräußerung, Entnahme oder Umwidmung des finanzierten Wirtschaftsguts*: Siehe BMF v. 19.5.1993, BStBl. I 1993, 406 – Tz. 17; v. 15.6.2000, BStBl. I 2000, 1118 – Tz. 51.

**Direktversicherung:** Ansprüche aus einer Direktversicherung (zum Begriff s. § 40b Anm. 23) können ebenfalls steuerunschädlich abgetreten werden (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b aF).

**Kurzfristige Sicherungen:** Eine weitere Ausnahme vom Abzugsverbot gilt, wenn die Ansprüche insgesamt nicht länger als drei Jahre der Sicherung betrieb-lich veranlasster 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 Betriebsmittelkredi-te. Wenn das Darlehen nicht nur zur Sicherung, sondern auch zur Tilgung abge-treten ist, ist dies unschädlich, sofern tatsächlich innerhalb des Drei-Jahres-Zeit-raums kein Einsatz zu Tilgungszwecken erfolgt (BFH v. 6.10.2009 – VIII R 7/08, BStBl. II 2010, 294). Umgekehrt ist ein tatsächlicher Einsatz der Versiche-rungsansprüche zur Darlehenstilgung auch dann schädlich, wenn die Drei-Jah-res-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 an-wendbar, weil ein solches Darlehen nicht „betrieblich“, sondern durch die Erzie-lung von Einkünften aus Kapitalvermögen veranlasst ist (BFH v. 13.7.2004 – VIII R 52/03, BFH/NV 2005, 181).

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

Der SA-Abzug ist grds. für die gesamte Laufzeit des Versicherungsvertrages aus-geschlossen (Ausnahme bei kurzfristigen Betriebsmittelkrediten, bei denen der SA-Abzug nach Beendigung der Sicherung wieder auflebt). Die vollständige Ausschusswirkung tritt auch dann ein, wenn nur ein Teil des Darlehens steuer-schädlich verwendet wird (BFH v. 13.7.2004 – VIII R 48/02, BStBl. II 2004, 1060; v. 13.7.2004 – VIII R 52/03, BFH/NV 2005, 181; v. 12.9.2007 – VIII R 12/07, BStBl. II 2008, 602, unter II.2.b bb). Ebenso wird die StFreiheit der Zin-sen für den Gesamtbetrag der Zinserträge versagt (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 3 aF); diese Entscheidung wird in einem gesonderten Feststellungsbescheid getroffen (§ 9 VO zu § 180 Abs. 2 AO; BGBl. I 1994, 3834, BStBl. I 1995, 3; dazu BMF v. 27.7.1995, BStBl. I 1995, 371; v. 25.3.2002, BStBl. I 2002, 476). Der in frühe-ren 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, Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer an (s. Anm. 430).

Einstweilen frei.

199

### VIII. 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. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 4

200

**Rechtsentwicklung:** Der Abzug gezahlter KiSt war seit 1922 im EStG vorgesehen; vorangegangen war ein Gutachten des RFH (v. 30.11.1921, RFHE 8, 26), wonach KiSt nicht als Spenden abziehbar seien. Während der nationalsozialistischen Diktatur wurde der SA-Tatbestand abgeschafft (ab VZ 1939) und im Jahr 1948 wieder eingeführt. Seit 1958 ist er in Nr. 4 enthalten. Danach blieb die Regelung fast 50 Jahre unverändert, bevor mit dem UntStReformG 2008 v. 14.8. 2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630) im Zuge der Einführung der Abgeltungsteuer mit Wirkung ab 2009 die Einschränkung des Halbs. 2 angefügt wurde (Einzelheiten zur Rechtsentwicklung s. Anm. 3, 4).

**Rechtfertigung des Abzugstatbestands:** Hier werden unterschiedliche Begründungen angeführt. Nach Auffassung von KIRCHHOF, DStZ 1986, 25 (32) soll der Abzug verfassungsrechtl. zwingend geboten sein, weil Nr. 4 der Vermeidung einer unzulässigen Doppelbelastung des Einkommens diene. 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, 21. Aufl. 2013, § 8 Rn. 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 Rn. G 5) oder die Unvermeidbarkeit dieser Aufwendungen zumindest aus dem Respekt vor dem religiösen Bekenntnis folgen müsse (so das Ergebnis der tiefgehenden Untersuchung von SCHÖN, DStZ 1997, 385). Zwingend ist auch dieser Rechtfertigungsansatz nicht, zumal eine innere Verpflichtung nicht notwendig die estl. Abziehbarkeit der entsprechenden Aufwendungen erfordert. Selbst die von Rechts wegen zwangsweise zu zahlende ESt ist stl. nicht abziehbar (darauf weist 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 Srö-

CKER in B/B, § 10 Rn. 650; TIPKE, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl. 2003, 829). Rechtspolitisch bietet es sich allerdings an, den SA-Tatbestand des Abs. 1 Nr. 4 mit dem des § 10b zusammen zu legen.

**Abzugsberechtigter** ist nur der sich aus den öffentlich-rechtl. Regelungen ergebende StSchuldner, soweit er die KiSt tatsächlich getragen hat (s. Anm. 37).

**Verhältnis zu Betriebsausgaben/Werbungskosten:** Auch eine nach dem Gewerbesteuermessbetrag bemessene örtliche KiSt kann wegen der Anknüpfung an die Kirchenmitgliedschaft des Betriebsinhabers niemals BA sein (BFH v. 4.6.1964 – IV 378/62, HFR 1964, 376).

201–202 Einstweilen frei.

## 2. Begriff der Kirchensteuer

### 203 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. 206) 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 sind KiStZahlungen an ausl. Religionsgemeinschaften bei ausschließlicher Betrachtung des nationalen Rechts vom Abzug ausgeschlossen (BFH v. 4.6.1975 – I R 250/73, BStBl. II 1975, 708, unter 5.). Europarechtl. war diese Auffassung aber nicht mehr zu halten (vgl. zur Parallelproblematik beim Spendenabzug EuGH v. 27.1.2009 – C-318/07 – Persche, EuGHE 2009, I-359). Daher lässt die FinVerw. nun zutreffend KiStZahlungen an solche Religionsgemeinschaften in anderen EU-/EWR-Staaten zu, die bei Ansässigkeit im Inland als KdöR anzuerkennen wären (BMF v. 16.11.2010, 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, 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.

Kirchensteuerzahlungen 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 vor-

sehen, 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; 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 KiSt-Abzug 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. 206).

**Kirchgeld:** Neben der klassischen KiSt, die als Zuschlag zur ESt und LSt erhoben wird, gewinnt das Kirchgeld in glaubensverschiedenen Ehen zunehmend an Bedeutung. Es wird von einer wachsenden Zahl von Religionsgemeinschaften erhoben, wenn der kirchenangehörige Ehegatte keine stpfl. Einkünfte erzielt, der andere Ehegatte aber ein relativ hohes Einkommen erzielt und keiner steuererhebenden Kirche angehört. Persönlich stpfl. ist allein der kirchenangehörige Ehegatte (sonst wäre die Regelung verfassungswidrig; vgl. BVerfG v. 14.12.1965 – 1 BvL 31, 32/62, BVerfGE 19, 226); Bemessungsgrundlage ist aber das gemeinsame zu versteuernde Einkommen. Die Höhe des Kirchgelds beläuft sich indes nur auf einen geringen Bruchteil der KiSt, die bei beiderseitiger KiSt-Pflicht zu zahlen wäre. Die Erhebung eines solchen Kirchgelds ist verfassungsgemäß (BFH v. 19.10.2005 – I R 76/04, BStBl. II 2006, 274 mwN; 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 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.

Einstweilen frei.

204–205

#### **b) Billigkeitsregelung für Beiträge an sonstige religiöse Gemeinschaften** 206

Nach R 10.7 EStR 2012 sind Beiträge der Mitglieder von Religionsgemeinschaften, die mindestens in einem Bundesland als KdöR anerkannt sind, aber wäh-

rend des ganzen Kj. keine KiSt erheben, aus Billigkeitsgründen wie KiSt abziehbar.

**Rechtmäßigkeit der Billigkeitsregelung:** Die Rspr. sieht diese Regelung zutreffend als rechtmäßige norminterpretierende Verwaltungsvorschrift an, die die FÄ im Wege der Ermessensreduzierung auf Null und die Gerichte infolge des Gleichbehandlungsgrundsatzes bindet; Rechtsgrundlage ist § 163 Satz 1 AO (BFH v. 10.10.2001 – XI R 52/00, BStBl. II 2002, 201, unter II.2.b, c; aA SÖHN in KSM, § 10 Rn. G 22 f.; STÖCKER in B/B, § 10 Rn. 664 ff.: 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 ablehnend 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).

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, DB 2007, 603). Sie führt im Ergebnis dazu, dass die Spenden-Höchstbeträge des § 10b für anderweitige Zuwendungen „geschont“ werden.

**Höhe des Abzugs:** Der Abzug ist auf die Höhe der KiSt begrenzt, die in dem betreffenden Bundesland von der Religionsgesellschaft mit dem höchsten KiSt-Satz erhoben wird (R 10.7 Abs. 1 Sätze 3, 4 EStR 2012; zur Höhe der KiStsätze RAUSCH, NWB Fach 12, 1483). 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 Ergebnis näher legen; Erstattungen gibt es bei den freiwilligen Kirchenbeiträgen, um die es hier geht, ohnehin nicht (zutr. daher uE FG Münster v. 4.8.1993 – 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 hinaus gehenden Beitragszahlungen besteht verfassungsrechtl. kein Anspruch (FG Berlin v. 19.10.1977 – VI 197/77, EFG 1978, 278, rkr.).

### 207 3. Kein Abzug der abgeltenden Kirchensteuer (Nr. 4 Halbs. 2)

Nach der mit Wirkung ab VZ 2011 (§ 52 Abs. 24a Satz 1) anzuwendenden Neufassung von 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 De-

potbank) war in diesen Fällen bis VZ 2013 der KapErtrStSatz gem. § 51a Abs. 2c Satz 2 nach Maßgabe des § 32d Abs. 1 Satz 4, 5 zu ermäßigen, um die KiStBelastung zu berücksichtigen. Auf Antrag des Stpfl. werden die Kapitalerträge in diesen Fällen in die Veranlagung einbezogen (§ 51a Abs. 2d); der für Kapitaleinkünfte geltende besondere StSatz von 25 % ermäßigt sich dann nach Maßgabe der KiSt (§ 32d Abs. 1 Sätze 3–5). Da diese Ermäßigungen des KapErtrStSatzes bzw. des besonderen EStSatzes den SA-Abzug der KiSt ersetzen sollen, ist der Ausschluss der als Zuschlag zur KapErtrSt gezahlten KiSt vom SA-Abzug nach 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).

**Ausnahmen vom Abzugsverbot:** Nach dem für die VZ 2009 und 2010 geltenden Gesetzeswortlaut galt das Abzugsverbot nicht in den Fällen des § 32d Abs. 2 (Ausnahmen von der Abgeltungswirkung der KapErtrSt) sowie des § 32d Abs. 6 (Ausübung des Wahlrechts zur Einbeziehung der Kapitalerträge in die Tarifbesteuerung). In diesen Fällen konnte die KiSt auf Kapitalerträge daher als SA abgezogen werden, was sachgerecht war. Die mit Wirkung ab VZ 2011 geltende Neufassung hat insoweit zu Rechtsunsicherheit geführt: Der Gesetzeszweck würde in diesen Fällen weiterhin einen Abzug der als Zuschlag zur KapErtrSt erhobenen KiSt gebieten. Der Gesetzeswortlaut scheint dem aber entgegen zu stehen, da die KiSt zunächst als Zuschlag zur KapErtrSt erhoben wurde.

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

208

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 aber an Bedeutung verloren (vgl. auch BFH v. 26.11.2008 – X R 24/08, BFH/NV 2009, 568: die Anwendung des § 175 AO sei unabhängig vom Rechtsgrund der Erstattung). Entsprechend wurde die Möglichkeit des Abzugs von LohnKiSt bejaht, wenn der Stpfl. am Ende des Vorjahres aus der Kirche ausgetreten war (BFH v. 2.9.2008 – X R 46/07, BStBl. II 2009, 229). Erst recht sind KiStZahlungen abziehbar, die bei bestehender persönlicher KiStPflicht nach Durchführung der Jahresveranlagung erstattet werden, weil sich herausgestellt hat, dass das für Vorauszahlungszwecke angenommene Einkommen oder der Abzug vom Lohn zu hoch war; die Erstattung mindert erst den im Folgejahr als KiSt 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).

209 Einstweilen frei.

## IX. 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, StW 2007, 156; HÖLZER, Abzugsfähigkeit von Kinderbetreuungskosten erwerbstätiger verheirateter Eltern, NJW 2008, 2145.

### 1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 5

#### 210 a) Rechtentwicklung des Abzugs von Kinderbetreuungskosten

Die gesetzlichen Vorschriften über den Abzug von Kinderbetreuungskosten sind maßgeblich durch die Rspr. des BVerfG geprägt worden, das dem Gesetzgeber für diesen Regelungsbereich im Laufe der Zeit immer striktere Vorgaben erteilt hat.

Den Ausgangspunkt der einschlägigen Rspr. bildet eine Entscheidung aus den siebziger Jahren, wonach Kinderbetreuungskosten auch dann, wenn sie die Erwerbstätigkeit fördern, von Verfassungen wegen nicht zwingend als BA/WK berücksichtigt werden müssten. Wenn der Gesetzgeber aber einen besonderen 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 (v. 3.11.1982 – 1 BvR 620/78 ua., BVerfGE 61, 319; BStBl. II 1982, 717) dann die Besteuerung alleinerziehender Elternteile für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG, weil deren Leistungsfähigkeit durch zusätzlichen zwangsläufigen Betreuungsaufwand gemindert werde, der bei Eheleuten typischerweise nicht anfalle. In beiden Entscheidungen wurde dem Gesetzgeber aber noch freigestellt, statt der stl. Berücksichtigung eine sozialrechtl. Lösung durch Bereitstellung von Kinderbetreuungseinrichtungen oder Gewährung zusätzlicher Sozialleistungen zu wählen.

**Einfügung des § 33c:** Daraufhin wurde mit dem StBereinG 1985 v. 14.12.1984 (BGBl. I 1984, 1493; BStBl. I 1984, 659) § 33c mit Rückwirkung auf den VZ 1971 (§ 53b EStG 1985) eingeführt. Die Regelung sah zunächst nur für Alleinstehende – zu denen allerdings auch die zusammenlebenden Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft gehörten – eine Abzugsmöglichkeit vor (notwendige und angemessene Aufwendungen bis 4000 DM für das erste und bis 2000 DM für jedes weitere Kind).

Das StSenkG 1986/1988 v. 26.6.1985 (BGBl. I 1985, 1153; BStBl. I 1985, 391) bezog Ehegatten in bestimmten Fällen in die Begünstigung ein. Ihnen stand der Abzug allerdings nur zu, wenn ein Ehegatte krank oder behindert und der andere Ehegatte erwerbstätig oder ebenfalls krank oder behindert war. Beiderseits erwerbstätige Ehegatten waren weiterhin vom Anwendungsbereich ausgenommen. Hier war sehr streitig, ob die Aufwendungen um die zumutbare Belastung nach § 33 Abs. 3 zu kürzen waren. Die FinVerw. bejahte dies, die Rspr. lehnte es ab (BFH v. 10.4.1992 – III R 184/90, BStBl. II 1992, 814, unter II.2.b; v. 26.6.1996 – XI R 15/85, BStBl. II 1997, 33). Daraufhin führte der Gesetzgeber mit Wirkung ab 1997 in § 33c einen ausdrücklichen Verweis auf § 33 Abs. 3 ein, der jedoch durch das BVerfG v. 16.3.2005 (2 BvL 7/00, 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 KIRCHHOFF, dass der Betreuungsbedarf als notwendiger Bestandteil des familiären Existenzminimums generell – dh. unabhängig von einer Erwerbstätigkeit oder dem Familienstand der Eltern und unabhängig vom Umfang der sozialrechtl. Leistungen des Staates – estl. unbelastet bleiben müsse. Die bisherige Regelung des § 33c sei wegen der Benachteiligung von Ehepaaren gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften verfassungswidrig.

Daraufhin wurde § 33c durch das FamFördG v. 22.12.1999 (BGBl. I 1999, 2552; BStBl. I 2000, 4) mit Wirkung ab VZ 2000 aufgehoben und durch einen zusätzlichen Betreuungsfreibetrag für unter 16-jährige Kinder iHv. 3024 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, mit Wirkung ab VZ 2002 wieder eingeführt. Zugleich wurde der zusätzliche Freibetrag des § 32 Abs. 6 für den Betreuungs-, Erziehungs- und Ausbildungsbedarf auf 2160 € je Kind angehoben.

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 BA“ eingeführt. § 9 Abs. 5 erstreckte diese Regelung auch auf Kinderbetreuungskosten, die wegen einer Erwerbstätigkeit im Bereich der Überschusseinkünfte anfallen. Nr. 8 enthielt einen nachrangigen SA-Abzugstatbestand für Kinderbetreuungskosten, die wegen einer Ausbildung, Behinderung oder Krankheit des Stpfl. anfallen. Zusätzlich enthielt Nr. 5 einen – gegenüber allen genannten Vorschriften nachrangigen – Tatbestand zum Abzug von Aufwendungen, die zur Betreuung drei- bis fünfjähriger Kinder entstehen.

Ab VZ 2009 wurden diese vier Tatbestände in § 9c zusammengeführt; an den Voraussetzungen änderte sich jedoch nichts. 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), VerfBeschw. 2 BvR 2454/12), aber zu einer erheblichen und begrüßenswerten Vereinfachung geführt hat.

**Rechtsentwicklung der Nr. 5:** Nr. 5 begünstigte zunächst Lastenausgleichs-abgaben, 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 StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304) wurde Nr. 5 mit Wirkung ab VZ 1999 wieder gestrichen. Mit dem Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung v. 26.4.2006 (BGBl. I 2006, 1091; BStBl. I 2006, 350) wurde in Nr. 5 mit Wirkung ab VZ 2006 ein neuer Tatbestand zum Abzug von Kinderbetreuungskosten eingeführt. Das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) lockerte die Nachweisanforderungen. Mit dem FamLeistG v. 22.12.2008 (BGBl. I 2008, 2955; BStBl. I 2009, 136) wurde die Regelung in den neuen § 9c überführt; sie war daher nur von VZ 2006 bis 2008 anwendbar. 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 mit Wirkung ab VZ 2012 in Nr. 5 zusammengefasst worden.

211 Einstweilen frei.

## 212 b) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit von Abs. 1 Nr. 5

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.

**Verfassungsrechtliche Pflicht zur Schaffung eines Abzugstatbestands für Kinderbetreuungskosten?** Nach der Rspr. des BVerfG ist jedenfalls der Abzug solcher Kinderbetreuungskosten verfassungsrechtl. geboten, die durch die Erwerbstätigkeit eines alleinstehenden Elternteils veranlasst sind. Zwar ist die ein-fachrechtl. Zuordnung eines solchen Abzugstatbestands gerade zu den BA/WK verfassungsrechtl. nicht erforderlich; 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 Beteuungsbedarf iHv. 2640 € pro Kind geht allerdings bereits in die Bemessung des Freibetrags 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 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. 210). 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. 216: Berücksichtigung von nur 2/3 der tatsächlichen Aufwendungen, Begrenzung auf 4000 € pro Kind) sind ebenfalls verfassungsrechtl. gerechtfertigt. Auch in den 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, VerfBeschw. anhängig unter Az. 2 BvR 2454/12). Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass in den Sachverhalten, die den vorstehend angeführten BFH-Entscheidungen 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. fügt im Hinblick auf die nicht abschließend geklärte Frage der Verfassungsmäßigkeit allen Bescheiden für die VZ 2006 bis 2011, in denen Kinderbetreuungskosten gekürzt worden sind, einen Vorläufigkeitsvermerk bei (zuletzt BMF v. 15.7.2013, BStBl. I 2013, 839).

**Bedeutung der systematischen Zuordnung zu den Sonderausgaben:** Diese Zuordnung hat im Binnensystem des EStRechts zur Folge, dass Kinderbetreuungskosten nicht zu einem Verlustvor- oder -rücktrag führen können. Erhebliche politische Resonanz hat bei dem Wechsel des Abzugs „wie BA/WK“ zu den SA 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 Kindergartenbeiträgen geführt. Dies vermeidet indes die gleichzeitig mit Nr. 5 eingeführte Regelung des § 2 Abs. 5a Satz 2.

## 2. Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines Kindes (Nr. 5 Satz 1 bis 3)

### a) Voraussetzungen in der Person des Kindes: Haushaltszugehörigkeit, Altersgrenze (Nr. 5 Satz 1) 213

**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 (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. 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. 216). Nach der Vollendung des 14. Lebensjahres geht der Gesetzgeber – in vertretbarer Typisierung – davon aus, dass Kinder einer kostenträchtigen Betreuung durch Dritte nicht mehr bedürfen.

Entfällt das Entgelt für eine einheitliche Betreuungsleistung (zB Beschäftigung einer Tagesmutter, die mehrere Kinder unabhängig von ihrem Alter bekocht und ihnen bei den Hausaufgaben hilft) sowohl auf ein unter als auch auf ein über 14 Jahre altes Kind, sind die Aufwendungen aufzuteilen. Alternativ steht dem Stpfl. aber auch der Nachweis offen, dass die Betreuungsleistungen ausschließlich für das altersmäßig noch von Nr. 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. Nr. 5 entspricht damit der zum Kinderfreibetrag getroffenen Regelung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 (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. 24a Satz 2).

**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 Steuervereinfachung 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 (Nr. 5 Satz 1)** 214

Begünstigt sind Dienstleistungen zur „Betreuung“ eines Kindes. Ausdrücklich ausgenommen sind allerdings Aufwendungen für Unterricht, die Vermittlung besonderer Fähigkeiten sowie für Freizeitbetätigungen (Satz 2; s. Anm. 215).

**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, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 3).

**Beispiele:** Gebühren für Kindergärten, -horte, -tagesstätten, -krippen, schulische Über-Mittag-Betreuung und ähnliche Einrichtungen; Entgelt für Babysitter, Tagesmütter, Au-pair-Mädchen oder Haushaltshilfen (soweit diese die Kinder betreuen; nicht jedoch, soweit sie allgemein den Haushalt führen; nach BMF v. 14.3.2012, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 7 kann ohne besonderen Nachweis ein Anteil von 50 % der Au-pair-Tätigkeit der Kinderbetreuung zugeordnet werden); zusätzliche Erstattung von Fahrtkosten an die Betreuungsperson (BFH v. 10.4.1992 – III R 184/90, BStBl. II 1992, 814, unter II.2.a).

**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. für sie 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, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 4). Die FinVerw. erkennt selbst Vereinbarungen an, nach denen die Vergütung des nahen Angehörigen ausschließlich in Fahrtkostenersatz in Form von km-FG-Pauschbeträgen bestehen soll (BMF v. 14.3.2012, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 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 Satz 1, wohl aber aus den Nachweisanforderungen des Satzes 4, der nur eine Zahlung auf ein Bankkonto des Leistungserbringers zulässt (s. Anm. 218). Die FinVerw. scheint allerdings auch Entgelte in Form von Sachleistungen zum Abzug zulassen zu wollen (ab VZ 2012 BMF v. 14.3.2012, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 5; noch deutlicher bis VZ 2011 BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 – Tz. 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 gleichwohl zu.

#### 215 c) Keine Aufwendungen für Unterricht und Freizeit (Nr. 5 Satz 2)

Nach 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, die jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zum SA-Abzug führen sollen, weil sie durch die allgemeinen Kinderfreibeträge abgegolten sind.

**Beispiele:** Schulgeld (das allerdings unter 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 Entscheidung auch BMF v. 14.3.2012, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 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). Satz 2 will demgegenüber vor allem solche Sonder-Dienstleistungen erfassen, die im Vergleich zur Regelbetreuung in einem organisatorisch, zeitlich und räumlich verselbständigten Rahmen stattfinden.

#### 216 d) Höhe des Sonderausgabenabzugs (Nr. 5 Sätze 1 und 3)

Die Höhe des Abzugs ist in mehrfacher Weise begrenzt (zur Verfassungsmäßigkeit dieser Begrenzungen s. Anm. 212).

**Begrenzung der abziehbaren Aufwendungen auf zwei Drittel der geleisteten und dem Grunde nach begünstigungsfähigen Aufwendungen:** Nach 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 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, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 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 stfrei 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). Zur (umstrittenen) Frage, ob die Stfreiheit der Zuschüsse einem Abzug der Kinderbetreuungskosten nach Nr. 5 entgegen steht, s. Anm. 43.

► *Mehrfacher Höchstbetrag bei abschnittsweiser Haushaltszugehörigkeit zu beiden Elternteilen:* Keine eindeutige Antwort gibt der Gesetzeswortlaut auf die Frage, ob der Höchstbetrag für den Fall, dass das Kind im VZ nacheinander zum Haushalt beider (nicht miteinander verheirateten) Elternteile gehört, für jeden Elternteil gesondert gilt. Einerseits heißt es zwar „4000 € je Kind“; 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, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 14, 17, 28; BTDrucks. 16/643, 9; WARNKE, EStB 2006, 182; TAUSCH/PLENKER, DB 2006, 800 [804]).

**Begrenzung des Höchstbetrags bei nicht unbeschränkt steuerpflichtigen Kindern (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, BStBl. I 2008, 936; für VZ 2010/11 BMF v. 6.11.2009, BStBl. I 2009, 1323; für VZ ab 2012 BMF v. 4.10.2011, BStBl. I 2011, 961). 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. 215; nicht durch Rechnung und Bankzahlung nachweisbare Aufwendungen, s. Anm. 218);
- Begrenzung dieser dem Grunde nach begünstigungsfähigen Aufwendungen auf zwei Drittel des geleisteten Betrages;
- Ermittlung des für das jeweilige Kind maßgebenden Höchstbetrags (entweder 4000 € nach Satz 1 oder Kürzung bei Auslandskindern nach Satz 3);
- Vergleich dieses Höchstbetrags mit 2/3 der begünstigungsfähigen Aufwendungen; der niedrigere Betrag ist nach Nr. 5 als SA abzuziehen.

217 Einstweilen frei.

### 218 3. Nachweiserfordernisse (Nr. 5 Satz 4)

Nach dem Vorbild des § 35a enthält auch 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, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 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. 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, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 21).

**Zahlung auf das Konto des Leistungserbringers:** Zusätzlich muss die Zahlung auf das Konto des Erbringers der Leistung erfolgt sein. Damit sind vor allem Barzahlungen an den Dienstleistenden von der Begünstigung ausgeschlossen (vgl. zu § 35a BFH v. 20.11.2008 – VI R 14/08, BStBl. II 2009, 307; 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, BStBl. I 2012, 307 – Tz. 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.

Ist der Stpfl. ArbG der Betreuungsperson und hat er daher LSt oder Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, sind diese auf Konten Dritter geleisteten Beträge nach dem Wortlaut des Satzes 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 Erbringens der Leistung“ um die Worte „oder einer öffentlichen Stelle“ ergänzt würden).

Einstweilen frei.

219

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

**Schrifttum:** KRIEGEL, 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, Abgrenzungsprobleme bei der Zuordnung von Steuerberatungskosten, NWB (2008) Fach 3, 14969; KANZLER, Einige Bemerkungen zum Abzugsverbot für private Steuerberatungskosten, in TIPKE/SEER/HEY/ENGLISCH (Hrsg.), Gestaltung der Steuerrechtsordnung, Festschrift für Joachim Lang, Köln 2010, 601.

**Rechtsentwicklung:** Mit Wirkung ab VZ 2006 ist der seit 1965 bestehende SA- 220  
Abzugstatbestand für Steuerberatungskosten aufgehoben worden (Ges. zum Einstieg in ein stl. Sofortprogramm v. 22.12.2005, BGBl. I 2005, 3682; BStBl. I 2006, 79). Zwar gehörte es zu den erklärten Zielen der die Bundesregierung in der 17. Legislaturperiode tragenden CDU/CSU/FDP-Koalition, den Sonderausgabenabzug 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 war verfassungsgemäß (zutr. BFH v. 4.2.2010 – X R 10/08, BStBl. II 2010, 617; v. 16.2.2011 – X R 10/10, BFH/NV 2011, 977, jeweils unter Berufung auf die in der Vorauflage dieser Kommentierung vertretene Auffassung; daran anschließend BFH v. 17.10.2012 – VIII R 51/09, BFH/NV 2013, 365, unter II.1.b; v. 25.3.2013 – IX B 186/12, BFH/NV 2013, 1089). Da gegen keine diese Entscheidungen eine Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde, ergehen entsprechende EStBescheide inzwischen nicht mehr vorläufig (BMF v. 25.4.2013, 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, BStBl. I 2013, 348).

**Erläuterungen zu der bis Veranlagungszeitraum 2005 geltenden Rechtslage:** Insoweit wird auf die ausführliche Kommentierung der Nr. 6 aF 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. 863 „Steuerberatung und Steuerprozess“.

Einstweilen frei.

221–229

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

**Schrifttum** (vgl. auch die Nachweise vor den Erl. zu § 12 Nr. 5): DRENECK, Studium und Berufsausbildung im Einkommensteuerrecht, StuW 1999, 3; BERNHARD, Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze, NWB (2004) Fach 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; LOSCHELDER, Die Kosten der Berufsausbildung nach neuem Recht, EStB 2005, 295; STECK, Darlegung und Nachweis des Zusammenhangs von Studienkosten mit einer späteren beruflichen Tätigkeit, DStR 2005, 1117; JOHENNING, Bildungsaufwendungen im Einkommensteuerrecht, Diss. Münster 2008.

### 230 1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 7

**Regelungsinhalt:** Nr. 7 ermöglicht – beschränkt auf einen Höchstbetrag – den Abzug von Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (zum Begriff der Berufsausbildung s. Anm. 232, zu den begünstigten Aufwendungen s. Anm. 235, 241, 242). Problematisch ist insbes. das Verhältnis zum WKAbzug, der wegen der fehlenden betragsmäßigen Begrenzung und der Möglichkeit des Verlustvortrags in vielen Fällen günstiger ist.

**Rechtswentwicklung** (weitere Einzelheiten s. Anm. 4): Der Abzugstatbestand wurde durch das StÄndG 1968 v. 20.2.1969 (BGBl. I 1969, 141; BStBl. I 1969, 116) ab VZ 1969 als Nr. 9 mit einem Höchstbetrag von 900 DM (bei auswärtiger Unterbringung 1 200 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 1 800/2 400 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 4 000 €; 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 6 000 € 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; v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407; s. § 12 Anm. 161) sah sich der Gesetzgeber im Jahr 2004 gezwungen, in § 12 Nr. 5 festzuschreiben, dass Aufwendungen für die erstmalige Berufsausbildung und ein Erststudium nicht zu den BA/WK gehören, so dass derartige Aufwendungen nunmehr den Hauptanwendungsfall der Nr. 7 darstel-

len (ausführl. zur Systematik und Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung § 12 Anm. 163 ff.).

Als Fördermaßnahme für Erstausbildungen ist eine Steuersubvention – 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 zu versteuerndes Einkommen in einer den Grundfreibetrag übersteigenden Höhe verfügen; dies dürfte eher die Ausnahme sein (bzw. nur von einem kleinen Teil der Eltern durch Übertragung von Einkunftsquellen gestaltet werden können). Hier wäre der Einsatz direkter Subventionen – bzw. die Aufstockung der ohnehin bereits umfangreichen staatlichen Mittel, die für Zwecke der Ausbildung eingesetzt werden – vorzugswürdig gewesen.

Einstweilen frei.

231

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

### a) Begriff der Berufsausbildung

232

**Berufsausbildung iSd. Nr. 7:** Bei Schaffung des Abzugstatbestands verstand der Gesetzgeber darunter alle Maßnahmen, durch die das für den Beruf typische Können und schließlich eine selbständige, gesicherte Lebensstellung erworben werden soll (BTD Drucks. V/3430, 8). Nach der Neuorientierung der Rspr. zu den Fortbildungskosten und der Schaffung des § 12 Nr. 5 wird der Begriff der Berufsausbildung iSd. Nr. 7 nunmehr wesentlich durch die Abgrenzung zum WK-Abzug bestimmt. Aufgrund der – ab VZ 2004 geltenden – Regelung des § 12 Nr. 5, der Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung und für ein Erststudium vom Abzug als BA/WK ausschließt (zu diesen in § 12 Nr. 5 verwendeten Begriffen s. ausführl. § 12 Anm. 171, 175; BMF v. 22.9.2010, BStBl. I 2010, 721), liegt hier der Hauptanwendungsbereich der Nr. 7. Ausführlich zur neuen Abgrenzung zwischen Ausbildungs- und Fortbildungskosten s. § 9 Anm. 241–246. 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).

**Vorbereitung auf einen Beruf:** Nach dem Wortlaut fallen nicht sämtliche „Ausbildungen“, unter Nr. 7, sondern nur solche, die der Vorbereitung auf einen „Beruf“ dienen (BFH v. 5.8.1977 – VI R 246/74, BStBl. II 1977, 834; v. 22.9.1995 – VI R 13/93, BStBl. II 1996, 8). Dies ist das entscheidende Kriterium für die Zuordnung von Aufwendungen zum SA-Tatbestand. Aufgrund der subjektiven Formulierung des Tatbestands („Aufwendungen für die Berufsausbildung“) kommt es auf die Zweckbestimmung an, die der Stpfl. selbst diesen Aufwendungen gibt. Wegen der 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.

Mangels Berufsvorbereitung ist ein SA-Abzug hingegen nicht möglich bei Aufwendungen für

▶ *Hobbykurse*

**Beispiele:** Jägerprüfung einer älteren Ärztin (FG Bremen v. 29.8.1974 – I 64/73, EFG 1975, 10, rkr.); Jägerprüfung eines Organistors 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); Jägerprüfung (BFH v. 10.1.2012 – VI B 92/11, BFH/NV 2012, 783).

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.; anders FG Düss. v. 13.2.1992 – 10 K 663/87 E, EFG 1992, 452, rkr., für Esoterikkurse, auch wenn später Einnahmen als „Lebensberater“ erzielt werden).

▶ *Allgemeinbildung*

**Beispiele:** Aufwendungen für die Erlangung des Pkw-Führerscheins, weil diese nicht in erster Linie der Vorbereitung auf einen Beruf dienen (BFH v. 5.8.1977 – VI R 246/74, BStBl. II 1977, 834; auch dann nicht, wenn ein Schüler während der Ferien als Kraftfahrer tätig ist); Schreibmaschinen-Grundkurs (FG Rhld.-Pf. v. 28.3.1994 – 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).

Aufwendungen für den Besuch allgemeinbildender Schulen sind hingegen abziehbar, weil der Schulbesuch notwendige Grundlage der Ausübung verschiedenster Berufe ist (BFH v. 10.12.1971 – VI R 255/70, BStBl. II 1972, 242; v. 5.8.1977 – VI R 246/74, BStBl. II 1977, 834).

▶ *ein Seniorenstudium*, das – auch dann, wenn es ernsthaft betrieben wird und zu einem Abschluss führt – nicht mehr als Grundlage einer künftigen Berufstätigkeit dienen soll (aA BRAUN, DStZ 2005, 639, der allerdings verkennt, dass die Regelungswirkung des § 12 Nr. 5 nicht in der Eröffnung des SA-Abzugs, sondern in dem Ausschluss des WKAbzugs liegt). Zwar existiert bei Nr. 7 keine feste Altersgrenze; es muss aber eine nachhaltige berufsmäßige Ausübung der erlernten Fähigkeiten zur Erzielung von Einkünften angestrebt werden (BFH v. 7.10.2008 – VI B 92/07, BFH/NV 2009, 148);

▶ *Wehrübungen*, wenn nicht erkennbar ist, dass der Teilnehmer später als Soldat Einkünfte erzielen will (Hess. FG v. 16.11.1979 – 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).

**Hauswirtschaftliche Ausbildungen** waren bis 1989 ausdrücklich in Nr. 7 Satz 4 aF erwähnt. Die Streichung dieses Satzes hat nichts daran geändert, dass derartige Ausbildungen unter den Begriff der „Berufsausbildung“ iSd. Nr. 7 Satz 1 fallen (zB Ausbildung zur Hauswirtschaftsmeisterin oder Hausgehilfin). Nicht mehr möglich ist aber der – früher von der FinVerw. zugelassene – Abzug

für Koch-, Back- und Nähkurse, die nicht die Voraussetzungen erfüllen, die an eine Berufsausbildung zu stellen sind.

**Abgrenzung zum gleichlautenden Begriff aus anderen Regelungsbereichen:** Nach der Definition des § 1 Abs. 3 BerufsbildungsG hat eine Berufsausbildung die für die Ausübung einer qualifizierten beruflichen Tätigkeit in einer sich wandelnden Arbeitswelt notwendigen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten in einem geordneten Ausbildungsgang zu vermitteln und den Erwerb der erforderlichen Berufserfahrungen zu ermöglichen. Wegen der unterschiedlichen Zweckrichtungen kann diese Begriffsbestimmung jedoch nicht für die Auslegung des SA-Tatbestands herangezogen werden (BFH v. 18.12.1987 – VI R 149/81, BStBl. II 1988, 494); insbes. ist für den SA-Abzug weder ein geordneter Ausbildungsgang noch eine Abschlussprüfung zwingend erforderlich (vgl. – allerdings zu § 32 – BFH v. 8.11.1972 – VI R 309/70, BStBl. II 1973, 139; v. 19.2.2002 – VIII R 83/00, BStBl. II 2002, 469).

Die Auslegung des in Nr. 7 verwendeten Begriffs der „Berufsausbildung“ ist angesichts der unterschiedlichen Regelungszwecke auch nicht in vollem Umfang identisch mit der Auslegung der gleichlautenden Begriffe in § 32 Abs. 4 (Kinderfreibetrag, Kindergeld) und § 33a Abs. 1 und 2 (Unterhaltsaufwendungen, Ausbildungsfreibetrag).

Zwar hat eine gewisse Annäherung dadurch stattgefunden, dass die Rspr. bei § 32 Abs. 4 nicht mehr einen geordneten Ausbildungsgang und eine maßgebende zeitliche Inanspruchnahme verlangt, sondern – ebenso wie bei Nr. 7 – alle Maßnahmen ausreichen lässt, bei denen es sich um den Erwerb von Kenntnissen, Fähigkeiten und Erfahrungen handelt, die als Grundlagen für die Ausübung des angestrebten Berufs geeignet sind, auch wenn sie nicht in einer Ausbildungs- und Studienordnung vorgeschrieben sind (BFH v. 9.6.1999 – VI R 33/98, BStBl. II 1999, 701, unter 1.b, c). Gleichwohl legt die Rspr. die Begriffe im Hinblick auf die unterschiedlichen Zweckrichtungen der einzelnen Vorschriften weiterhin nicht einheitlich aus (vgl. BFH v. 26.11.2003 – VIII R 30/03, BFH/NV 2004, 1223 unter II.a bb; v. 16.3.2004 – VIII R 65/03, BFH/NV 2004, 1523, unter II.a bb: Promotion ist zwar keine Berufsausbildung iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 7, wohl aber iSd. § 32 Abs. 4).

**Aufwendungen für die Weiterbildung in einem nicht ausgeübten Beruf:** Dieser zusätzliche, bisher neben den Aufwendungen für die Berufsausbildung stehende Abzugstatbestand ist seit 2004 nicht mehr in Nr. 7 enthalten. Dies beruht darauf, dass entsprechende Aufwendungen ohnehin zu den WK gehören, wenn der Stpfl. den Wiedereinstieg in das Arbeitsleben vorbereitet; in den anderen Fällen sind sie nicht mehr abziehbar (FISCHER in KIRCHHOF XII. § 10 Rn. 49; OFD Hannover v. 19.8.2004, DStR 2004, 1790, unter II.).

Einstweilen frei.

233–234

## b) Begünstigte Aufwendungen

235

Abziehbar sind alle mit der Berufsausbildung in Zusammenhang stehenden Aufwendungen. Dies gilt ausdrücklich auch bei Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Nr. 7 Satz 3; s. Anm. 241). Für Mehraufwendungen für Verpflegung, Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer, die Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte sowie Mehraufwendungen für doppelte Haushaltsführung gelten die einschlägigen Abzugsbeschränkungen (Nr. 7 Satz 4, s. Anm. 242).

**Veranlassungsprinzip:** Ähnlich wie beim BA- und WKAbzug beurteilt sich die Abziehbarkeit von Aufwendungen auch bei Nr. 7 danach, ob sie durch die Berufsausbildung „veranlasst“ worden sind. Dafür spricht die subjektive Formulierung der Nr. 7 („Aufwendungen für ...“). Der für die übrigen SA geltende Grundsatz, wonach Nebenkosten zu SA nicht ihrerseits als SA abziehbar sind (s. Anm. 31), wird hier daher durch das Veranlassungsprinzip verdrängt.

**Einzelfälle:** 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 genannte Grenze von 410 € überschritten wird, sind jedoch – auch wenn es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt – nur die auf den jeweiligen VZ entfallenden AfA abziehbar (BFH v. 7.5.1993 – VI R 113/92, BStBl. II 1993, 676; H 10.9 „Arbeitsmittel“ EStH 2012); nach zutreffender Auffassung der FinVerw. ist die in § 6 Abs. 2 genannte niedrigere Grenze hier nicht anwendbar;

Aufwendungen für den Bezug von Tageszeitungen und Nachrichtenmagazinen, die sich an ein breites Publikum wenden, sind jedoch nicht abziehbar (FG Ba.-Württ. v. 8.11.2000 – 12 K 258/00, EFG 2001, 285, rkr.: „Focus“ bei einem Politologiestudenten).

▶ *Fahrtkosten:* Für die Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte gilt gem. Nr. 7 Satz 4 iVm. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 die Regelung über die Entfernungspauschale (s. Anm. 242). Danach gilt für regelmäßige Fahrten ein Pauschalabzug von 0,30 € je Kilometer unabhängig vom benutzten Verkehrsmittel. Für alle anderen Fahrten sind die tatsächlichen Kosten (bei Pkw-Nutzung hilfsweise die für Dienstreisen geltenden km-Pauschalen) anzusetzen;

▶ *Zinsen* für ein Darlehen, das zur Finanzierung von Ausbildungskosten aufgenommen worden ist (BFH v. 25.9.1992 – VI R 90/90, BFH/NV 1993, 164). 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 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; 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 „Aufwendun-

gen“ 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; 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.

Einstweilen frei.

236–237

### c) Begrenzung des Abzugs auf einen Höchstbetrag

238

**Höhe des Höchstbetrags:** Der Abzug der Aufwendungen als SA ist auf einen Höchstbetrag von 6000 € im Kj. beschränkt, der bei Ehegatten jeder Person gesondert zusteht (Nr. 7 Satz 2, s. Anm. 240). Bis VZ 2011 belief sich der Höchstbetrag auf 4000 €, bis VZ 2003 sogar nur auf 920 €, bei auswärtiger Unterbringung (s. Anm. 241) auf 1 227 €; zur Entwicklung der Höchstbeträge in früheren VZ s. Anm. 230. Ursprünglich orientierte sich der Höchstbetrag an der Höhe des Kinderfreibetrags und des Unterhaltshöchstbetrags nach § 33a Abs. 1 (BTDrucks. V/3430, 10); diese Anknüpfung ist aber im Laufe der Zeit in Vergessenheit geraten.

**Außergewöhnliche Belastungen:** Aufwendungen, die den Höchstbetrag übersteigen, können allerdings – bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 33 im Übrigen – als agB abgezogen werden. Der grundsätzliche Nachrang des § 33 gilt für Aufwendungen iSd. Nr. 7 ausdrücklich nicht (§ 33 Abs. 2 Satz 2; s. § 33 Anm. 205). 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 Rn. J 274).

Einstweilen frei.

239

### 3. Anwendung der Nr. 7 bei Ehegatten (Nr. 7 Satz 2)

240

**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 (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 LOSCHELDER, EStB 2005, 295 [298]).

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

#### 241 4. Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Nr. 7 Satz 3)

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, BStBl. I 2010, 721 – Rn. 29). Sofern es sich aber um eine doppelte Haushaltsführung handelt, gelten über Nr. 7 Satz 4 die Regelungen in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 entsprechend (s. Anm. 242).

Der Tatbestand der auswärtigen Unterbringung hat für die Praxis an Bedeutung verloren, seitdem er nicht mehr zur Gewährung eines erhöhten Höchstbetrags führt (ab VZ 2004). Heute dient Satz 3 nur noch der Klarstellung, dass auch diese Aufwendungen Ausbildungskosten darstellen können, was indes auch ohne die ausdrückliche Regelung nicht anders zu beurteilen wäre.

#### 242 5. Anwendung von Abzugsbeschränkungen (Nr. 7 Satz 4)

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

**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; v. 29.4.1992 – VI R 33/89, BFH/NV 1992, 733). Umfassend zur sinngemäßen Anwendung der Abzugsbeschränkung für Arbeitszimmer im Rahmen der Nr. 7 URBAN, DStZ 1997, 368 (373 ff.).

**Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte:** Hier gelten die Regelungen für den Abzug von Aufwendungen für Wege zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, Abs. 2, s. § 9 Anm. 440–462, 641–643). Nr. 7 Satz 4 verweist ferner auf § 9 „Abs. 4 Satz 7“. Dabei handelt es sich indes um ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers; gemeint kann nur ein Verweis auf § 9 Abs. 4 Satz 8 sein (so auch PAINTNER, DStR 2013, 217 [221]), denn nach

dieser Regelung gilt als erste Tätigkeitsstätte auch eine Bildungseinrichtung, die außerhalb eines Dienstverhältnisses zum Zwecke eines Vollzeitstudiums oder einer vollzeitigen Bildungsmaßnahme aufgesucht wird.

**Notwendige Mehraufwendungen wegen einer aus Anlass der Berufsausbildung begründeten doppelten Haushaltsführung** sind nach den Grundsätzen des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 abzuziehen (s. § 9 Anm. 475–522).

**Mehraufwendungen für Verpflegung:** Hier gelten ab VZ 2014 die Beschränkungen und die Pauschbeträge des § 9 Abs. 4a; bis VZ 2013 verwies Nr. 7 Satz 4 auf die Vorläuferregelung in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 (s. § 4 Anm. 1350 ff.).

Einstweilen frei.

243–269

## XII. 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 Europarecht, DB 1994, 1011; MEILICKE/WEYDE, Unvereinbarkeit des § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit Europarecht, DStZ 1996, 97; GESERICHS, 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, Systematische, 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.

### 1. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 9

270

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

**Rechtsentwicklung:** Die FinVerw. hatte es früher zugelassen, einen Teil des an Privatschulen zu entrichtenden Schulgeldes als Spende nach § 10b abzuziehen. Die Rspr. war dem jedoch nicht gefolgt, weil die von der Schule erbrachte Gegenleistung einer Qualifizierung des Schulgeldes als Spende entgegensteht und das einheitliche Leistungsentgelt nicht aufgeteilt werden kann (BFH v. 25.8.1987 – IX R 24/85, BStBl. II 1987, 850). Daraufhin wurde Nr. 9 durch das Kultur- und StiftungsförderungsG v. 13.12.1990 (BGBl. I 1990, 2775; BStBl. I 1991, 51) mit Wirkung ab VZ 1991 neu geschaffen. Abgesehen von redaktionellen Änderungen durch das JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438) und das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) ist die Norm danach längere Zeit unverändert geblieben. Ihre Abschaffung wurde zwar immer wieder diskutiert, ist letztlich aber nicht verwirklicht worden. Mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) wurde die Norm an die europarechtl. Anforderungen angepasst; zugleich wurde eine Höchstgrenze von 5 000 € eingeführt.

**Zeitlicher Anwendungsbereich der Änderung durch das JStG 2009:** Hier ist zwischen Inlands- und Auslandsschulen zu differenzieren.

► *Inlandsschulen:* Hier gilt die Grundregel des § 52 Abs. 24a Satz 4, wonach die am 24.12.2008 verkündete Änderung bereits für den gesamten VZ 2008 anzuwenden ist. Soweit die Neuregelung zu einer Verschlechterung der Abzugsmöglichkeiten führt (dies ist insbes. angesichts des neu eingeführten Höchstbetrags von 5 000 € der Fall), liegt hierin eine – zumindest unechte – Rückwirkung. Diese dürfte aber noch gerechtfertigt sein, da aufgrund der bereits vor Beginn des VZ 2008 bekannt gewordenen Verwerfung der früheren Fassung durch den EuGH (s. Anm. 294) mit einer Neuregelung zu rechnen war. Zudem dürften angesichts des verfassungsrechtl. Sonderungsverbots (s. Anm. 286, 292, 294) nur wenige inländ. Privatschulen, die unter die frühere Fassung der Nr. 9 fielen, ein höheres Schulgeld als 5 000 € erheben.

► *Auslandsschulen:* Grundsätzlich ist die Neuregelung auch hier ab VZ 2008 anzuwenden. Zusätzlich ist für alle noch nicht bestandskräftigen StFestsetzungen der Vorjahre eine Abzugsmöglichkeit geschaffen worden, die auf einer Kombination der Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 9 nF mit den Rechtsfolgen des Abs. 1 Nr. 9 aF beruht (§ 52 Abs. 24a Satz 5): Die Schule muss in einem anderen EU-/EWR-Staat belegen sein und die in Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 nF genannten Abschluss- und Anerkennungsvoraussetzungen erfüllen (Einzelheiten s. Anm. 278–283). Hingegen kommt es nicht darauf an, dass die Schule – wie in Abs. 1 Nr. 9 aF vorgesehen – gem. Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigt, durch Landesrecht erlaubt oder nach Landesrecht anerkannt ist. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, können nach Abs. 1 Nr. 9 aF 30 % des Entgelts (ohne Begrenzung auf einen Höchstbetrag) abgezogen werden.

**Wirtschaftliche Bedeutung:** In den letzten Jahren ist die Zahl der Privatschulen in Deutschland stark angestiegen: Im Jahr 2012 bestanden 5 467 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.; 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/EVERSBURG, DB 1991, 118 (127); ähnlich SÖHN in KSM, § 10 Rn. L 11 f.: 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. 283; aA EBNER, DStZ 2009, 645).

**Vereinbarkeit der Neuregelung mit Europarecht:** Siehe Anm. 277.

271–274 Einstweilen frei.

## 2. Voraussetzungen für den Abzug von Schulgeld ab Veranlagungszeitraum 2008

### a) Kind, für das der Steuerpflichtige Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder Kindergeld hat 275

Nr. 9 ermöglicht den Abzug des Schulgelds, das der Stpfl. für ein Kind entrichtet, für das er Anspruch auf einen Kinderfreibetrag (§ 32) oder auf Kindergeld (§§ 62, 63) hat (zu Einzelfragen s. die Erl. zu diesen Vorschriften). Seit 2007 kommt es damit nicht mehr auf den tatsächlichen Bezug von Kindergeld bzw. den tatsächlichen Abzug eines Kinderfreibetrags an, sondern nur noch auf den Anspruch aus diesen Tatbeständen. Das Schulgeld, das der Stpfl. für seine eigene Ausbildung entrichtet, fällt hingegen nicht unter Nr. 9. Derartige Aufwendungen stellen entweder BA/WK oder Ausbildungskosten iSd. Nr. 7 dar.

Einstweilen frei.

276

### b) Schulen, die in freier Trägerschaft oder überwiegend privat finanziert sind (Nr. 9 Satz 1) 277

Gemäß 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. 291 sowie BMF v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, 487 Rn. 4; NACKE, DB 2008, 2792 [2794]); auch ein Abzug nach § 33 ist 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 (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 ausgeschlossen werden – sind solche, für die das Land, eine Gemeinde, ein Gemeindeverband, eine Innung oder eine Kammer Schulträger ist (zB § 6 Abs. 3, 4 SchulG NRW). Alle anderen Schulen sind solche in freier Trägerschaft (zB § 6 Abs. 5 SchulG NRW). Insbes. Schulen in kirchlicher Trägerschaft fallen daher unter Nr. 9, selbst wenn ihr Träger eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, weil Kirchen freie Träger iSd. Schulrechts darstellen. Auf Schulen in freier Trägerschaft ist Nr. 9 stets anwendbar; eine überwiegend private Finanzierung ist nicht erforderlich.

**Überwiegend privat finanzierte Schulen:** Hierunter fallen im Wesentlichen zwei Fallgruppen:

► *Auslandsschulen:* Im Ausland versagt die traditionelle deutsche Unterscheidung zwischen Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft. Daher stellt Nr. 9 alternativ auf die Form der Finanzierung ab. Eine Schule, die überwiegend (dh. zu mehr als 50 %) privat finanziert wird, fällt unter Nr. 9. Hierfür kommt es nicht

darauf an, ob die Schule – bei Anwendung inländ. Maßstäbe – als „öffentliche Schule“ anzusehen wäre. Hingegen fallen Auslandsschulen, die zwar Schulgeld erheben, gleichwohl aber überwiegend staatlich finanziert werden, nicht unter Nr. 9, wenn sie von der Schulträgerschaft her deutschen „öffentlichen Schulen“ vergleichbar sind.

► *Inlandsschulen*: Es ist denkbar, dass auch öffentliche Schulen im Inland überwiegend privat finanziert werden. Dies kann zB bei Schulen und Bildungseinrichtungen von Kammern und Innungen der Fall sein.

**Europarechtliche Bedenken**: Die vorstehende Darstellung zeigt, dass bei Auslandsschulen grds. eine überwiegende Privatfinanzierung erforderlich ist, während Schulen in freier Trägerschaft stets begünstigt sind, auch wenn sie überwiegend öffentlich finanziert werden. Um hier neue europarechtl. Probleme zu vermeiden, wird man bei – nicht überwiegend privat finanzierten – ausländ. Schulen stets prüfen müssen, ob sie in Deutschland als „Schule in freier Trägerschaft“ einzustufen wären, wenn deutsches Schulrecht gelten würde. In diesem Fall wäre Nr. 9 auch bei überwiegend öffentlicher Finanzierung erfüllt. Zwar sieht der EuGH bei überwiegend öffentlicher Finanzierung die Dienstleistungsfreiheit nicht als berührt an; europarechtl. Relevanz besteht aber weiterhin hinsichtlich der Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit (s. Anm. 294). Keine europarechtl. Probleme bestehen hingegen bei ausländ. staatlichen Schulen, die nicht überwiegend privat finanziert werden. Hier wären Schulgeldzahlungen auch in Deutschland nicht abziehbar (ebenso 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.).

#### 278 c) Belegenheit der Schule (Nr. 9 Sätze 2 und 4)

**Belegenheit in einem EU-/EWR-Staat (Nr. 9 Satz 2)**: Nach der Grundregel des Satzes 2 sind Schulen begünstigt, die in einem EU- oder EWR-Staat belegen sind. Die – faktische – Beschränkung der bis 2007 geltenden Fassung auf deutsche Schulen ist damit entfallen. Schulen außerhalb der EU- und EWR-Staaten sind jedoch weiterhin nicht begünstigt (vgl. auch BFH v. 27.9.2007 – III R 28/05, BStBl. II 2008, 287, unter B.II.3.b).

**Deutsche Schulen im Ausland** sind gem. Nr. 9 Satz 4 unabhängig von ihrer Belegenheit begünstigt. Dies entspricht der bereits für VZ bis 2007 geltenden Rechtslage (vgl. BFH v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518).

279–280 Einstweilen frei.

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

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

Diese Alternative umfasst – im Gegensatz zu Nr. 9 Satz 3 – Schulen, die selbst zu einem der genannten Abschlüsse führen.

**Allgemein bildende Abschlüsse** sind insbes. der Haupt- und Realschulabschluss sowie das Abitur, ferner die Abschlüsse an Kollegschulen. Das Merkmal dient der Abgrenzung zu Schulen, die ausschließlich spezielle Bildungsinhalte vermitteln (zB Musikschulen, Ferienkurse, Sportvereine).

**Berufsbildende Abschlüsse** sind ab VZ 2008 erstmals von Nr. 9 erfasst. Hierunter fallen zB Abschlüsse an Schulen, die von Kammern oder Innungen getra-

gen werden; ferner die Ausbildungseinrichtungen für die nichtärztlichen Heilberufe, die häufig ein hohes Schulgeld erheben.

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

**bb) Einrichtungen, die auf einen derartigen Abschluss ordnungsgemäß vorbereiten (Nr. 9 Satz 3)** 282

Manche private Bildungseinrichtungen nehmen den Abschluss nicht selbst ab, vermitteln aber die Kenntnisse, die für die erfolgreiche Teilnahme an einer (staatlichen) Prüfung außerhalb der jeweiligen Schule erforderlich sind. Auch diese Einrichtungen sind begünstigt.

Das Merkmal „ordnungsgemäß“ erfordert einen festgelegten Lehrplan („Ordnung“). Die FinVerw. fordert – im Hinblick auf den Gesetzeszweck uE zutreffend – einen staatlich vorgegebenen, genehmigten oder beaufsichtigten Lehrplan (BMF v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, 487 – Rn. 2; Volkshochschulen reichen aus). Kommerzielle Nachhilfeeinrichtungen sind daher nicht begünstigt, auch wenn ihr Angebot allgemein bildenden Charakter haben und auf staatliche Schulabschlüsse vorbereiten kann.

**e) Anforderungen an die Anerkennung des Schulabschlusses (Nr. 9 Satz 2)** 283

Nr. 9 Satz 2 Halbs. 2 enthält kompliziert formulierte Alternativen für die erforderliche Anerkennung der in Anm. 281 genannten Abschlüsse. Dabei wird zum einen differenziert nach der Stelle, die die Anerkennung ausspricht, zum anderen nach der Form der Anerkennung.

**Anerkennende Stelle** sind nach dem Gesetz die folgenden Behörden (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]).

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

► *Anerkannter Abschluss*: Hierbei handelt es sich um die unmittelbare Anerkennung des Abschlusses, ohne dass weitere Einzelfallbetrachtungen erforderlich wären. Dies ist zB bei Abschlüssen, die von genehmigten Ersatzschulen vergeben werden, der Fall, da diese bereits kraft Gesetzes dieselbe Wirkung wie die Abschlüsse öffentlicher Schulen haben (zB § 100 Abs. 4 SchulG NRW).

► *Einem inländischen Abschluss an einer öffentlichen Schule als gleichwertig anerkannter Abschluss*: Hier sind vor allem Auslandsschulen erfasst, deren Anerkennung im Inland eine Prüfung der Gleichwertigkeit – idR durch die Zeugnisanerkennungsstellen (s.o.) voraussetzt.

**Bindungswirkung der Anerkennung:** Die Anerkennungsentscheidung ist als Grundlagenbescheid für die FinVerw. – und nachfolgend ggf. die Finanzgerichte – bindend (OFD Magdeburg v. 22.5.2009, IStR 2009, 784; SCHAFFHAUSEN/PLENER, DStR 2009, 1123 [1124f.]; FÖRSTER, DStR 2012, 486 [488]). Ist ein Schulabschluss nicht anerkannt, braucht das FA daher keine Ermittlungen vorzunehmen, ob er theoretisch anerkennungsfähig wäre.

284 Einstweilen frei.

### 3. Umfang des Abzugs ab Veranlagungszeitraum 2008

#### 285 a) Begriff des Schulgelds (Nr. 9 Satz 1)

Bemessungsgrundlage für den Abzug ist ausschließlich das Entgelt für den Schulbesuch. Darunter ist nach der – eher restriktiven – Definition der Rspr. der von den Eltern eingeforderte Beitrag zu den Kosten des normalen Schulbetriebs zu verstehen, soweit diese Kosten an einer staatlichen Schule von der öffentlichen Hand getragen würden (BFH v. 16.11.2005 – XI R 79/03, BStBl. II 2006, 377).

**Kein Abzug des Entgelts für Beherbergung, Betreuung und Verpflegung.** Soweit das Entgelt auf die Beherbergung, Betreuung und Verpflegung des Kindes entfällt, ist es vom Abzug ausgeschlossen und geht nicht in die Bemessungsgrundlage für den 30 %-Abzug ein. Dies betrifft im Wesentlichen Internate sowie Schulen mit Ganztagsbetreuung (zur Aufteilung beim Schulträger JUNG, BB 1992, 615). Hintergrund ist, dass derartige Aufwendungen durch die 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 Schulleiung (im BFH-Fall: Rucksack) und von Schüleraustauschreisen (BFH v. 16.12.1998 – X R 68/98, BFH/NV 1999, 1193, unter 2., obiter dictum).

**Abzug freiwilliger Zahlungen:** Zahlt der Stpfl. freiwillig mehr als das vertraglich vereinbarte Schulgeld (zB weil er sich den besonderen bildungspolitischen oder weltanschaulichen Zielen der Schule verpflichtet fühlt), handelt es sich insoweit nicht um „Schulgeld“ iSd. Nr. 9. Allerdings kann der übersteigende Betrag als Spende nach § 10b abgezogen werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Schulträger das Schulgeld so niedrig festsetzt, dass der normale Betrieb der Schule nur durch zusätzliche Zuwendungen der Eltern aufrechterhalten werden kann (BMF v. 4.1.1991, BStBl. I 1992, 266); die FinVerw. will für Beiträge an Schul-Fördervereine, die aus diesem Grund nicht nach § 10b abgezogen werden können, aber den Abzug nach Nr. 9 gewähren (OFD Koblenz v. 10.12.2003,

DStR 2004, 180; uE zweifelhaft, weil es sich nicht um Schulgeld handelt; s. zu „halb freiwilligen“ Elternhilfe-Beiträgen auch OFD Rhld. v. 29.9.2005/27.8.2007, ISrR 2007, 902).

**Abzugsberechtigung:** Abzugsberechtigt sind nur die Eltern, nicht das Kind selbst (wenn das Kind das Schulgeld zahlt, handelt es sich bei ihm um Ausbildungskosten iSd. 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).

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

286

**Begrenzung des Abzugs:** Der abziehbare Teilbetrag ist sowohl relativ als auch absolut begrenzt. Zum einen sind nur 30 % des Schulgelds (nach Ausscheiden der auf Beherbergung, Betreuung und Verpflegung entfallenden Teile) abziehbar; diese Beschränkung ist verfassungsrechtl. zulässig (BFH v. 14.10.2008 – X B 252/07, BFH/NV 2009, 23, unter II.2; 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 Schulgelds abziehbar war, in Bezug auf die (für inländ. und ausländ. Schulen gleichermaßen geltende Abzugsbeschränkung) gebilligt (EuGH v. 20.5.2010 – C-56/09, EuGHE 2010, I-4517, Rn. 54). Der SA-Abzug des sich danach ergebenden Anteils ist – 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 Schulgelds – gilt (Art. 7 Abs. 4 GG), während ausländ. Schulen teilweise sehr hohe Schulgelder erheben. Ob die Höhe des ausländ. Schulgelds dem inländ. Sonderungsverbot widersprechen würde, ist angesichts des Höchstbetrags und des seit VZ 2008 fehlenden Verweises auf Art. 7 Abs. 4 GG nicht mehr zu prüfen.

**Abzug als außergewöhnliche Belastungen:** Aufwendungen, die diesen Abzugsbetrag übersteigen, können – bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 33 im Übrigen – als agB abgezogen werden; der grundsätzliche Nachrang des § 33 gilt für Aufwendungen iSd. Nr. 9 ausdrücklich nicht (§ 33 Abs. 2 Satz 2; s. § 33 Anm. 205). Krankheitsbedingte Schulkosten sollen nach – uE nicht zwingender – Auffassung des VI. Senats von vornherein nicht nach Nr. 9, sondern nur nach § 33 abziehbar sein (BFH v. 12.5.2011 – VI R 37/10, BFH/NV 2011, 1605: Unterbringung in einem teuren ausländ. Internat wegen einer Hochbegabung, die sich zu einer seelischen Störung entwickelt).

287 **c) Kindbezogener Höchstbetrag (Nr. 9 Satz 5)**

Der Höchstbetrag wird für jedes Kind je Elternpaar nur einmal gewährt (Nr. 9 Satz 5). Auch dann, wenn die Eltern nicht zusammenveranlagt werden, können sie daher insgesamt nur 5000 € abziehen. Regelungen darüber, wie diese Vorgabe in der Praxis umgesetzt werden soll, enthält das Gesetz nicht. Auch die Regelungen bei BMF v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, 487 – Rn. 5 sind lückenhaft und unpraktikabel (sie differenzieren danach, ob Schulgeldzahlungen bei beiden Elternteilen oder nur bei einem Elternteil angefallen sind; dies kann das für den jeweiligen Elternteil zuständige FA aber gar nicht wissen).

288–289 Einstweilen frei.

**4. Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2007**290 **a) Überblick**

Bis 2007 waren nur Zahlungen für den Besuch von Ersatz- und Ergänzungsschulen begünstigt (Einzelheiten s. Anm. 291–293). Dies schloss Auslandsschulen grds. aus, was jedoch europarechtswidrig war (s. Anm. 294). Der Begriff des Schulgelds und die Begrenzung des Abzugs auf 30 % der Entgelte mit Ausnahme derjenigen für Beherbergung, Betreuung und Verpflegung hat sich durch die Neuregelung nicht geändert; zu Einzelheiten s. daher Anm. 285 f. Eine Begrenzung auf einen Höchstbetrag war bis VZ 2007 hingegen nicht vorgesehen.

**b) Bis Veranlagungszeitraum 2007 begünstigte Schulen**291 **aa) Anknüpfung an die landesrechtlichen Schulgesetze**

Nicht jede Schule fällt unter die Begünstigung. Es muss sich entweder um eine Ersatzschule oder um eine Ergänzungsschule handeln. Eine Ersatzschule muss entweder nach Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigt oder aber nach Landesrecht erlaubt sein (s. Anm. 278). Eine Ergänzungsschule fällt nur unter Nr. 9, wenn sie allgemein bildend und nach Landesrecht anerkannt ist (s. Anm. 279).

**Maßgeblichkeit des Landesschulrechts:** Der Steuergesetzgeber knüpft hier an die entsprechenden (landes-)schulrechtl. Begriffe an (zu diesen ausführlich GESSERICH, Spende und Schulgeld im Steuerrecht, 2000), was für die Normauslegung zu beachten ist (BFH v. 3.12.2008 – X R 26/08, BFH/NV 2009, 902, unter II.1.a). Dadurch kann es auch zu unterschiedlichen Behandlungen desselben Schultyps in verschiedenen Bundesländern kommen; dies ist durch die Landeschulhoheit gerechtfertigt (BFH v. 11.6.1997 – X R 77/94, BStBl. II 1997, 615, unter 2.; v. 11.6.1997 – X R 144/95, BStBl. II 1997, 621, unter 4.b). Die landesrechtl. Genehmigungs- und Anerkennungsentscheidungen sind bindende Grundlagenbescheide für den Abzug nach Nr. 9 (BFH v. 11.6.1997 – X R 77/94, BStBl. II 1997, 615, unter 2.c; v. 5.11.2002 – IX R 32/02, BFH/NV 2003, 599; v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518, unter 1.); daher kommt es nicht auf die Genehmigungsfähigkeit, sondern nur auf die tatsächliche Erteilung der Genehmigung an.

Zahlungen an Schulen, die landesrechtl. nicht genehmigt oder anerkannt sind, sind auch dann nicht begünstigt, wenn für den Schulbesuch Leistungen nach dem (bundesrechtl.) BAföG gewährt werden können (BFH v. 30.9.2005 – XI B 140/04, BFH/NV 2006, 285). Auch eine US-Militärschule in Deutschland ist nicht begünstigt, sofern es an der landesrechtl. Genehmigung oder Anerkennung fehlt (BFH v. 11.7.2007 – XI R 40/04, BFH/NV 2007, 1881, VerfBeschw. 2

BvR 1881/07 nicht zur Entscheidung angenommen). Private (Fach-)Hochschulen sind keine Ersatz- oder Ergänzungsschulen und daher auch dann nicht begünstigt, wenn sie als wissenschaftliche Hochschule staatlich anerkannt sind (BFH v. 29.4.2009 – X R 30/08, BFH/NV 2009, 1623). Anders wäre dies zu beurteilen, wenn die Hochschule als Ersatzschule anerkannt sein sollte (BFH v. 9.11.2011 – X R 24/09, BStBl. II 2012, 321); dies dürfte aber in der Praxis nicht vorkommen.

**Abzug erst ab Beginn der Schulpflicht:** Wird die Privatschule durch Kinder im Kindergartenalter bereits vor Beginn der öffentlich-rechtl. Schulpflicht besucht, ist ein Abzug des Schulgelds trotz Genehmigung oder Anerkennung der Schule nicht möglich, weil sonst eine Benachteiligung derjenigen Eltern einträte, die hohe Gebühren für den Besuch öffentlicher Kindergärten durch ihre Kinder entrichten müssen, diese aber nicht nach Nr. 9 abziehen können (BFH v. 16.11.2005 – XI R 79/03, BStBl. II 2006, 377). Auch ein Abzug als Kinderbetreuungskosten nach Nr. 5 ist nicht möglich, weil dort Aufwendungen für Unterricht ausdrücklich ausgenommen sind (s. Anm. 215).

#### bb) Staatlich genehmigte oder nach Landesrecht erlaubte Ersatzschulen 292

**Ersatzschulen** sind private Schulen, die nach dem mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck als Ersatz für eine in dem jeweiligen Bundesland vorhandene oder grds. vorgesehene öffentliche Schule dienen sollen (BFH v. 11.6.1997 – X R 77/94, BStBl. II 1997, 615, unter 2.a mwN; v. 3.12.2008 – X R 26/08, BFH/NV 2009, 902, unter II.1.a); vgl. zB die Regelungen in §§ 100–115 SchulG NRW.

**Staatliche Genehmigung nach Art. 7 Abs. 4 GG:** Gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG besteht ein Anspruch auf Genehmigung, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird.

Zwischen diesen beiden Voraussetzungen besteht ein erhebliches Spannungsverhältnis: Einerseits setzt die hinreichende Qualität der Einrichtungen und Lehrkräfte eine angemessene Finanzausstattung der Privatschule – die nicht vollständig aus öffentlichen Mitteln finanziert wird – voraus; andererseits würde ein hohes Schulgeld eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördern (was BVerfG v. 8.4.1987 – 1 BvL 8, 16/84, BVerfGE 75, 40, unter C.II.2.b bereits bei einem Schulgeld von „mehreren Hundert DM“ monatlich bejaht hat). Dies ist der Grund, warum das BVerfG eine staatliche Pflicht zur Förderung von privaten Ersatzschulen (insbes. durch Gewährung von Zuschüssen) bejaht.

Umgekehrt ist die Genehmigung zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtl. Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Für die Genehmigung privater Volksschulen gelten gem. Art. 7 Abs. 5 GG strengere Voraussetzungen (besonderes pädagogisches Interesse oder Errichtung als Gemeinschafts-, Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule).

Die Genehmigung bewirkt, dass der Besuch der Privatschule als Erfüllung der Schulpflicht gilt. Der Schulabschluss der Privatschule wird wie der einer öffentlichen Schule anerkannt.

**Erlaubnis nach Landesrecht:** Eine solche Erlaubnis wird verliehen, solange noch nicht endgültig feststeht, ob die Schule als Ersatzschule nach Art. 7 Abs. 4 GG genehmigt werden kann.

293 cc) **Anerkannte allgemein bildende Ergänzungsschulen**

**Ergänzungsschulen** sind inländ. private Schulen, die keine Ersatzschulen sind (BFH v. 11.6.1997 – X R 77/94, BStBl. II 1997, 615, unter 2.b; v. 3.12.2008 – X R 26/08, BFH/NV 2009, 902, unter II.1.a). Sie leisten Bildungsarbeit in einem Bereich, für den das jeweilige Bundesland keine entsprechende öffentliche Schule unterhält. Sie bedürfen für ihren Betrieb schulrechtl. keiner Genehmigung, sind aber nur stbegünstigt, wenn sie ein förmliches Anerkennungsverfahren durchlaufen haben (vgl. zB §§ 116–119 SchulG NRW). Für die staatliche Förderung von Ergänzungsschulen gilt das verfassungsunmittelbare Verbot einer Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht, so dass hier auch höhere Schulgelder zulässig sind (ISMER, DSrR 2006, 1157 [1160]). Allerdings kann das Landesrecht die Anerkennung von entsprechenden Voraussetzungen abhängig machen.

**Allgemein bildender Charakter:** Dieses Merkmal schließt Schulen, die ausschließlich spezielle Bildungsinhalte vermitteln, von der Begünstigung aus. Dies gilt etwa für berufsbildende Privatschulen (insbes. Ausbildungseinrichtungen für die nichtärztlichen Heilberufe, die häufig ein hohes Schulgeld erheben) oder Musikschulen. Das kommerzielle Angebot von Nachhilfeunterricht kann zwar allgemein bildenden Charakter haben; entsprechende Institute werden aber nicht als Ergänzungsschulen anerkannt und sind daher nicht begünstigt (zutr. OFD Münster v. 4.9.1992, FR 1992, 698).

**Anerkennung nach Landesrecht:** Wegen der Schulhoheit der Bundesländer kommt es insoweit auf das Schulrecht des jeweiligen Bundeslandes an. Soweit einzelne Bundesländer für Ersatzschulen kein förmliches Anerkennungsverfahren vorsehen, sondern lediglich eine Anzeigepflicht kennen, läuft Nr. 9 ins Leere; ein SA-Abzug kommt mangels Erfüllung des Tatbestandsvoraussetzungen nicht in Betracht (BFH v. 11.6.1997 – X R 144/95, BStBl. II 1997, 621, unter 2.e; v. 19.10.2011 – X R 27/09, BFH/NV 2012, 208, unter B.II.1.a). Der Fin-Aussch. hat diese Konsequenz gesehen, hielt es aber für ausreichend, dass die Länder ihre Schulgesetze ändern können, um die Voraussetzungen für den SA-Abzug zu schaffen (BTDrucks. 11/8346, 21). Die Anknüpfung an die förmlichen Verfahren nach dem jeweiligen Landesrecht ist vom BVerfG gebilligt worden (BVerfG v. 16.4.2004 – 2 BvR 88/03, HFR 2004, 690); eine verfassungsrechtl. Pflicht, auch Schulgeldzahlungen an nicht anerkannte Schulen zu begünstigen, besteht schon deshalb nicht, weil Eltern die Wahl haben, ihr Kind eine staatlich anerkannte Schule besuchen zu lassen (BFH v. 9.11.2011 – X R 12/10, BFH/NV 2012, 566, unter II.1.b).

294 dd) **Schulen im Ausland**

**Nach nationalem Recht grundsätzlich kein Abzug:** Die Anknüpfung an die Genehmigung nach Art. 7 Abs. 4 GG bzw. an das jeweilige Landesrecht bewirkte, dass die Kosten für den Besuch von Schulen im Ausland grds. vom Abzug ausgeschlossen waren, weil diese Schulen nicht dem deutschen Recht unterfallen.

Die Rspr. wies allerdings in Einzelfällen gewisse Lockerungstendenzen auf. So wurden Zahlungen an eine (private) Deutsche Schule im Ausland als begünstigt behandelt, weil die Schule von der deutschen Kultusministerkonferenz anerkannt war und teilweise mit deutschen öffentlichen Mitteln finanziert wurde (BFH v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518). Auch die (öffentlich-rechtl.) Europäischen Schulen im Ausland sind begünstigt, weil die entsprechen-

den Zustimmungsgesetze des Bundestags (vgl. Zustimmungsg v. 26.8.1998, BGBl. II 1998, 2060) einer staatlichen Genehmigung gleichkommen (BFH v. 5.4.2006 – XI R 1/04, BStBl. II 2006, 682).

**Verstoß gegen Europarecht:** Der EuGH hat die grundsätzliche Beschränkung des Abzugs auf Inlandsschulen als europarechtswidrig angesehen (EuGH v. 11.9.2007 – C-318/05 – Kommission/Deutschland, EuGHE 2007, I-6957; EuGH v. 11.9.2007 – C-76/05 – Schwarz, EuGHE 2007, I-6849). Der Besuch einer überwiegend privat finanzierten Schule unterfalle – anders als der Besuch einer überwiegend öffentlich finanzierten Schule – der Dienstleistungsfreiheit des EGV (EuGH v. 11.9.2007 – C-318/05, EuGHE 2007, I-6957 – Rn. 69 ff.). Auch könne – insoweit unabhängig vom Überwiegen des privaten Finanzierungsanteils – die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und das allgemeine Recht auf Freizügigkeit verletzt sein, wenn ein grenzüberschreitender Umzug durch die fehlende Abziehbarkeit der Schuldgeldzahlungen erschwert werde (EuGH v. 11.9.2007 – C-318/05, EuGHE 2007, I-6957 – Rn. 112 ff.).

Auch nach der Entscheidung des EuGH ist die BFH-Rspr. (uE zu Recht) restriktiv geblieben. So werden Zahlungen an ausländ. Hochschulen (zB BFH v. 21.2.2008 – III B 56/07, BFH/NV 2008, 951, unter II.4) sowie an Schulen in Staaten außerhalb der EU und des EWR (BFH v. 27.9.2007 – III R 28/05, BStBl. II 2008, 287, unter B.II.3.b: USA) weiterhin nicht zum Abzug zugelassen. Der BFH hat für den Abzug ferner vorausgesetzt, dass durch die Höhe der an Auslandsschulen zu entrichtenden Beiträge keine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) gefördert wird (BFH v. 17.7.2008 – X R 62/04, BStBl. II 2008, 976, unter II.2.c; v. 21.10.2008 – X R 15/08, BFH/NV 2009, 559; FG Köln v. 29.11.2007 – 15 K 2532/06, EFG 2008, 606, rkr.; ebenso bereits vor den EuGH-Entscheidungen BFH v. 14.12.2004 – XI R 66/03, BStBl. II 2005, 473; v. 18.7.2005 – XI B 50/04, BFH/NV 2006, 266). Die Kritiker dieser Rspr. verweisen darauf, dass das Sonderungsverbot im Inland kaum durchgesetzt werde (MÜLLER, EFG 2008, 607; MEILICKE, IStR 2008, 777). Bei Ergänzungsschulen, für die das Sonderungsverbot grds. nicht gilt (s. Anm. 293), kann diese Argumentation ohnehin nicht übernommen werden. Schulen eines ausländ. Staates im Inland, die nicht in das deutsche Schulsystem einbezogen sind, sind ebenfalls nicht begünstigt, da öffentlich finanzierte Schulen nicht unter die Dienstleistungsfreiheit des EGV fallen (BFH v. 3.12.2008 – X R 26/08, BFH/NV 2009, 902, unter II.2 – britische Militärschule in Deutschland).

**Rückwirkende gesetzliche Neuregelung:** Durch das JStG 2009 ist für alle noch nicht bestandskräftigen StFestsetzungen der Vorjahre eine Abzugsmöglichkeit geschaffen worden, die auf einer Kombination der Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 9 nF mit den Rechtsfolge des Abs. 1 Nr. 9 aF beruht (§ 52 Abs. 24a Satz 5). Danach muss die Schule in einem anderen EU-/EWR-Staat belegen sein und die in Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 nF genannten Abschluss- und Anerkennungs-voraussetzungen erfüllen (Einzelheiten s. Anm. 278–283). Hingegen kommt es nicht darauf an, dass die Schule – wie in Abs. 1 Nr. 9 aF vorgesehen – gem. Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigt, durch Landesrecht erlaubt oder nach Landesrecht anerkannt ist. Auch das Sonderungsverbot hat damit keine Bedeutung mehr. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, können nach Abs. 1 Nr. 9 aF 30 % des Entgelts (ohne Begrenzung auf einen Höchstbetrag) abgezogen werden; das Sonderungsverbot soll nach Auffassung der FinVerw. nicht mehr zu prüfen sein (BMF v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, 487 – Rn. 6; uE zweifelhaft). Auf inländ. Schulen ist diese begünstigende Neuregelung, soweit sie rückwirkende

Kraft entfaltet, nicht anwendbar (BFH v. 19.10.2011 – X R 48/09, BStBl. II 2012, 200, unter B.II.2; v. 9.11.2011 – X R 12/10, BFH/NV 2012, 566, unter II.2.a); insoweit sind inländ. Schulen im Rückwirkungszeitraum also schlechter gestellt als Auslandsschulen. Schulen in der Schweiz profitieren von der Neuregelung ebenfalls nicht, da die Schweiz weder zur EU noch zum EWR gehört und sich ein Gleichbehandlungsanspruch in dieser Frage auch nicht aus dem zwischen der EU und der Schweiz geschlossenen Freizügigkeitsabkommen ergibt (BFH v. 9.5.2012 – X R 3/11, BStBl. II 2012, 585; v. 9.5.2012 – X R 43/10, BFH/NV 2012, 1947). Bei Schulen, die außerhalb Europas belegen sind, besteht – mit Ausnahme der Deutschen Schulen im Ausland – erst recht keine Abzugsmöglichkeit (FG Rhld.-Pf. v. 13.9.2010 – 5 K 1010/10, DStRE 2011, 603, rkr.: Australien). Sind die Voraussetzungen der Neuregelung zwar erfüllt, ist die (den Abzug versagende) StFestsetzung aber bereits bestandskräftig, ist ihre Änderung zugunsten des Stpfl. nicht möglich (zutr. FG Rhld.-Pf. v. 20.1.2010 – 1 K 1285/08, DStRE 2011, 767, nachgehend bestätigt durch BFH v. 9.6.2010 – X B 41/10, BFH/NV 2010, 1783).

295–299 Einstweilen frei.

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

300

**I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 2, 2a**

**Rechtsentwicklung** (weitere Einzelheiten s. Anm. 4): Abs. 2 enthält seit der Neufassung des § 10 durch das EStReformG v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530) eine Zusammenstellung zusätzlicher Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen, die jedoch auch zuvor schon an anderer Stelle des § 10 enthalten waren. 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. 195). Durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) wurde Nr. 2 Buchst. d und durch das JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) Nr. 2 Sätze 2–10 (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; ein ausdrücklicher Änderungsbefehl für die bisherigen Sätze 9 und 10 des Abs. 2 existiert hingegen nicht (s. Anm. 318). Die Regelungen