

# Urteil vom 07. Mai 2019, VIII R 29/15

## Zwischengewinne als Verlust i.S. des § 15b Abs. 1 EStG

ECLI:DE:BFH:2019:U.070519.VIIIR29.15.0

BFH VIII. Senat

EStG § 15b Abs 1, EStG § 15b Abs 2, EStG § 20 Abs 2b, AO § 42, InvStG § 1 Abs 4, InvStG § 2 Abs 1, EStG VZ 2008

vorgehend FG Münster, 17. Juni 2015, Az: 12 K 689/12 F

## Leitsätze

1. Negative Zwischengewinne stellen grundsätzlich keine Verluste i.S. des § 15b Abs. 1 EStG dar (Anschluss an das BFH-Urteil vom 28.06.2017 - VIII R 57/14, BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144) .
2. § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG kann nicht dahin verstanden werden, dass ein vorgefertigtes Konzept i.S. des § 15b Abs. 2 Satz 2 EStG stets dann vorliegt, wenn sich ein Verlust im Rahmen der Anwendung des progressiven Steuersatzes auswirkt, während ein Gewinn lediglich dem Abgeltungsteuersatz unterliegt (Anschluss an das BFH-Urteil vom 28.06.2017 - VIII R 57/14, BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144) .

## Tenor

Auf die Revision des Klägers werden das Urteil des Finanzgerichts Münster vom 18.06.2015 - 12 K 689/12 F und der Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zum Schluss des Veranlagungszeitraums 2008 gemäß § 15b Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes vom 10.02.2011 in der Fassung der Einspruchsentscheidung vom 24.01.2012 aufgehoben.

Die Kosten des gesamten Verfahrens hat der Beklagte zu tragen.

## Tatbestand

I.

- 1 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) erwarb am 19. Dezember 2008 zu einem Kurswert von 109.450.725 € Anteile eines Rentenfonds. Im Kurswert war ein sog. negativer Zwischengewinn in Höhe von 38.973.652,57 € enthalten. Am 29. Dezember 2008 erwarb der Kläger weitere Anteile des Rentenfonds zum Kurswert von 601.253,40 € mit einem darin enthaltenen negativen Zwischengewinn von 213.834,17 €.
- 2 Der Rentenfonds war am 17. Oktober 2008 von der X.-Gesellschaft mbH (X. mbH) als Kapitalanlagegesellschaft als offener Publikumsfonds in Gestalt eines gemischten Sondervermögens i.S. von §§ 83 ff. des Investmentgesetzes auf unbestimmte Dauer aufgelegt worden. Sein Geschäftsjahr lief vom 1. Oktober bis zum 30. September des Folgejahres. Der Rentenfonds, der zunächst als ausschüttender Fonds und ab dem 30. Dezember 2008 als thesaurierender Fonds geführt wurde, führte ein sog. Ertragsausgleichsverfahren durch.
- 3 Die X. mbH hatte für den Rentenfonds einen sog. Vereinfachten Verkaufsprospekt sowie einen sog. Ausführlichen Verkaufsprospekt einschließlich Vertragsbedingungen erstellt. Nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) wurde darin als typischer Anleger des Rentenfonds ein Anleger genannt, der bereits gewisse Erfahrungen mit Finanzmärkten gewonnen hat und der für einen Anlagehorizont von mindestens fünf Jahren plant. Als Anlageziel war ein möglichst hoher Wertzuwachs angegeben. Es sollte ein sog. "Alpha-Return" im Vergleich zu gängigen Rentenindices u.a. durch Ausnutzung einer sog. "Zero Bond Arbitrage" erzielt werden. Insoweit wurde weiter ausgeführt, dass Zinsforderungen (Kupons) von den erworbenen Anleihen getrennt und dann veräußert werden könnten. In den steuerlichen Hinweisen des Verkaufsprospekts heißt es zur "Zwischengewinnbesteuerung", dass die

bei Erwerb gezahlten Zwischengewinne grundsätzlich im Jahr der Zahlung einkommensteuerrechtlich als negative Einnahme abgesetzt werden können. In einem drucktechnisch hervorgehobenen "Hinweis" wurde darauf hingewiesen, dass der Rentenfonds aufgrund der verfolgten Anlagepolitik einen "vergleichsweise hohen Zwischengewinn" ausweisen könne. Die Geltendmachung des Zwischengewinns werde von der Finanzverwaltung dann nicht anerkannt, wenn aus der Kapitalanlage kein oder ein im Verhältnis zu den erzielten Steuervorteilen nur minimaler wirtschaftlicher Vorteil entstanden sei. Dies sei insbesondere bei kurzen Haltefristen problematisch.

- 4 In Bezug auf die Einführung der sog. Abgeltungsteuer wurde in den steuerlichen Hinweisen abstrakt die Rechtslage vor und nach dem 31. Dezember 2008 skizziert und dargelegt, dass die vom Rentenfonds ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge und der Zwischengewinn sowie der Gewinn aus dem An- und Verkauf von Fondsanteilen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen zählen, die grundsätzlich einem Steuerabzug von 25 % (zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) mit Abgeltungswirkung unterliegen. Ferner wurde erläutert, dass für Privatanleger Gewinne aus einer Veräußerung der Investmentanteile außerhalb der einjährigen Spekulationsfrist steuerfrei seien.
- 5 Am 30. Dezember 2009 gab der Kläger sämtliche Fondsanteile zurück und erhielt hierfür insgesamt 105.790.355,70 €. Mit der Rückgabe wurde ihm ein Zwischengewinn in Höhe von 594.529,28 € zugewiesen. Während der Besitzzeit wurden dem Kläger ausschüttungsgleiche Erträge in Höhe von 40.885.185,05 € zugewiesen; hierfür hat die Fondsgesellschaft für den Kläger Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag abgeführt. Nach den Feststellungen des FG sind dem Kläger aus den Fondsanteilen über die Haltezeit in 2008 und 2009 insgesamt steuerbare negative und positive Erträge zuzurechnen, die saldiert zu einem Überschuss von rund 2,3 Mio. € führen.
- 6 Der Kläger erklärte in seiner Einkommensteuererklärung für das Streitjahr (2008) in der Anlage KAP Erträge in Höhe von 34.496 € und negative Einkünfte aus Investmentanteilen (Zwischengewinne) in Höhe von rund ./ 39.187.487 € (Saldo: ./ 39.152.991 €). In dem Einkommensteuerbescheid 2008 vom 5. August 2010 wurden die Zwischengewinne nicht als negative Einnahmen aus Kapitalvermögen berücksichtigt, da sie in Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell stünden und insoweit nur eine Verrechnung mit den im Folgejahr 2009 aus der Beteiligung erzielten Einkünften in Betracht komme (§ 20 Abs. 2b Satz 2 des Einkommensteuergesetzes in der im Streitjahr geltenden Fassung --EStG-- i.V.m. § 15b Abs. 1 und 3 EStG).
- 7 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) erließ am 10. Februar 2011 den streitgegenständlichen "Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zum Schluss des Veranlagungszeitraums 2008", in dem die im Kalenderjahr 2008 angefallenen Zwischengewinne in Höhe von insgesamt 39.187.487 € als verbleibender Verlustvortrag nach § 15b Abs. 4 EStG für die Einkünfte aus Kapitalvermögen festgestellt sind. Der hiergegen gerichtete Einspruch des Klägers blieb ohne Erfolg (Einspruchsentscheidung vom 24. Januar 2012), ebenso die nachfolgende Klage.
- 8 Das FG begründete seine in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2015, 1696 veröffentlichte Entscheidung vom 18. Juni 2015 - 12 K 689/12 F im Wesentlichen damit, dass der angefochtene Bescheid entgegen der Auffassung des Klägers weder nichtig noch rechtswidrig sei. Die Voraussetzungen der §§ 15b, 20 Abs. 2b EStG, die nicht verfassungswidrig und ohne Verweisung im Investmentsteuergesetz in der im Streitjahr geltenden Fassung (InvStG) anwendbar seien, lägen vor. Der Rentenfonds weise konzeptbedingt hohe sog. negative Zwischengewinne aus, die vor der Einführung der Abgeltungsteuer dem linear-progressiven Steuersatz unterlägen, während die steuerpflichtigen Erträge erstmals nach Inkrafttreten der Abgeltungsteuer anfielen. Das FA habe daher die vom Kläger gezahlten Zwischengewinne zutreffend als Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell festgestellt.
- 9 Mit der hiergegen gerichteten Revision rügt der Kläger neben der Verfassungswidrigkeit der §§ 15b, 20 Abs. 2b EStG auch die Verletzung (weiteren) materiellen Rechts.
- 10 Der Kläger beantragt, das angefochtene Urteil der Vorinstanz sowie den Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zum Schluss des Veranlagungszeitraums 2008 gemäß § 15b Abs. 4 EStG vom 10. Februar 2011 i.d.F. der Einspruchsentscheidung vom 24. Januar 2012 aufzuheben.
- 11 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.
- 12 Es ist der Auffassung, das FG habe zutreffend erkannt, dass es sich vorliegend um ein Steuerstundungsmodell i.S.

des § 15b, § 20 Abs. 2b EStG handele. Ein solches ergebe sich allein schon mit Blick auf das im Konzept vorgesehene Bond-Stripping des Fonds. Auch stellten die Zwischengewinne negative Einkünfte i.S. des § 15b Abs. 2 EStG dar, denn nach dem Gesetz sei es ohne Belang, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte des § 15b EStG beruhen. Die Norm präge daher einen weiten Begriff der negativen Einkünfte.

## Entscheidungsgründe

II.

- 13** Die Revision ist begründet. Das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben und der Klage stattzugeben (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass ein Steuerstundungsmodell i.S. des § 20 Abs. 2b i.V.m. § 15b EStG vorliegt.
- 14** 1. Entgegen der Auffassung des FG liegt bereits deshalb kein Steuerstundungsmodell gemäß § 15b Abs. 1, § 20 Abs. 2b Satz 1 EStG (jetzt: § 20 Abs. 7 Satz 1 EStG n.F.) vor, weil die negativen Zwischengewinne im Streitfall keine Aufwendungen zur Erzielung unangemessener steuerlicher Vorteile in Form negativer Einkünfte und daher keinen Verlust i.S. des § 15b Abs. 1 EStG darstellen.
- 15** a) Gemäß § 20 Abs. 2b Satz 1 EStG gilt die in § 15b EStG vorgesehene eingeschränkte Verlustverrechnung sinngemäß auch für Kapitaleinkünfte.
- 16** Nach § 15b Abs. 1 EStG dürfen Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell nur mit Einkünften, die der Steuerpflichtige in den folgenden Wirtschaftsjahren aus derselben Einkunftsquelle erzielt, verrechnet werden. Ein Steuerstundungsmodell i.S. des Abs. 1 liegt vor, wenn aufgrund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen (§ 15b Abs. 2 Satz 1 EStG). Dies ist der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen aufgrund eines vorgefertigten Konzeptes die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen (§ 15b Abs. 2 Satz 2 EStG). Dabei ist es ohne Belang, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen (§ 15b Abs. 2 Satz 3 EStG).
- 17** aa) Das Gesetz schränkt den Begriff der negativen Einkünfte nicht ausdrücklich ein, verknüpft diesen jedoch mit dem Merkmal der modellhaften Gestaltung. Ausweislich der Gesetzesbegründung stellt § 15b EStG eine Verlustverrechnungsbeschränkung im Zusammenhang mit sog. Steuerstundungsmodellen dar, die in der Form von Personengesellschaften oder Gemeinschaften betrieben werden und deren Gesellschaftszweck darauf gerichtet ist, den Beteiligten (Anlegern) konzeptionell einen steuerlichen Verlust zuzuweisen. Jedoch ist --so die Begründung-- nicht jede Betätigung, die verlustbehaftet ist, eine modellhafte Gestaltung und nicht jedes Modell konzeptionell auf eine Verlustzuweisung ausgerichtet (vgl. BTDrucks 16/254, S. 5). In diesem Sinne sind bestimmte Verluste wie z.B. solche, die in der Anfangsphase planmäßig aus einer "normalen" unternehmerischen Tätigkeit wie der eines Existenzgründers entstehen, dem Anwendungsbereich des § 15b EStG entzogen (vgl. BTDrucks 16/254, S. 5). Diese Verluste entstehen im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit und werden nicht modellhaft zur Erlangung steuerlicher Vorteile erzielt.
- 18** Somit erfasst die Verrechnungsbeschränkung des § 15b EStG --trotz der Regelung in § 15 Abs. 2 Satz 3 EStG-- nicht ausnahmslos alle Verluste, sondern solche, die ihre Ursache in Aufwendungen des Steuerpflichtigen im Zusammenhang mit der Erzielung unangemessener steuerlicher Vorteile in Form negativer Einkünfte haben (vgl. auch Senatsurteil vom 28. Juni 2017 - VIII R 57/14, BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144).
- 19** bb) Danach fallen negative Zwischengewinne grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der §§ 15b, 20 Abs. 2b Satz 1 EStG. Zwar können auch negative Einnahmen aufgrund von Zwischengewinnen zu negativen Einkünften führen. Sie stellen jedoch regelmäßig keine Aufwendungen zur Erzielung unangemessener steuerlicher Verluste in Form von negativen Kapitaleinkünften dar.
- 20** (1) Der Zwischengewinn des Veräußerers des Investmentanteils ist nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 4 InvStG das Entgelt für die ihm noch nicht zugeflossenen oder als zugeflossen geltenden Zinserträge, zinsähnlichen Erträge und Ansprüche des Investmentvermögens. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz InvStG gehört der Zwischengewinn zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wenn es sich nicht um Betriebseinnahmen des Anlegers, Leistungen nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa i.V.m. § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG oder Leistungen i.S. des § 22 Nr. 5 EStG handelt. Diese Regelung gilt für sämtliche Anleger von Investmentfonds

und damit auch für Privatanleger (Senatsurteile vom 17. November 2015 - VIII R 27/12, BFHE 252, 112, BStBl II 2016, 539; in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144). Mit dem Zwischengewinn werden die Zinserträge und Zinssurrogate, die bereits während des Geschäftsjahres des Investmentvermögens "erzielt" werden, im Falle der unterjährigen Rückgabe oder Veräußerung des Investmentanteils der Besteuerung unterworfen.

- 21** (2) Die Zahlung von Zwischengewinnen durch den Erwerber entspricht nicht nur Marktusancen, sondern sie gleicht auch wirtschaftlich den Zinsanspruch des bisherigen Gläubigers aus (so auch Brandtner/Geiser, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2009, 1732; Intemann in Herrmann/Heuer/Raupach --HHR--, § 20 EStG Rz 635; vgl. auch Verfügungen der Oberfinanzdirektion --OFD-- Frankfurt am Main vom 28. April 2009 - S 2241b A - 1 - St 213, juris; OFD Magdeburg vom 22. Dezember 2008 - S 2252 - 104 - St 214, DStR 2009, 532; OFD Magdeburg vom 13. Juni 2008 - S 2252 - 104 - St 214 V, DStR 2008, 1833). Zudem dient die Berücksichtigung von gezahlten Zwischengewinnen als negative Einnahme aus Kapitalvermögen beim Käufer der Investmentanteile der Vermeidung einer Überbesteuerung beim späteren Ertragszufluss (Ausschüttung, Ertragsthesaurierung bzw. vereinnahmter Zwischengewinn; vgl. Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen --BMF-- vom 18. August 2009 - IV C 1 - S 1980- 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl I 2009, 931, Rz 21a; Senatsurteil in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144).
- 22** Erzielt der Erwerber eines Investmentfonds negative Einnahmen aufgrund von Zwischengewinnen, so ist dies der zutreffenden wirtschaftlichen Zuordnung des Zinsanspruchs geschuldet. Ein entsprechender Verlust und ein sich in der weiteren Folge ergebender Steuerstundungseffekt sind Folge des getätigten Rechtsgeschäftes, nicht hingegen einer modellhaften Gestaltung.
- 23** (3) Die Zahlung von Zwischengewinnen führt daher regelmäßig nicht zu einem wirtschaftlich unangemessenen Steuervorteil des Anteilserwerbers i.S. des § 15b EStG (so im Ergebnis auch Brandtner/Geiser, DStR 2009, 1732, 1733 ff.; Jochum, in: Kirchhof/Söhn/ Mellinghoff, EStG, § 20 Rz I 14, I 73; vgl. auch Senatsurteil in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144; a.A. Verfügungen der OFD Rheinland und OFD Münster vom 13. Juli 2010 - S 2252 - 1045 - St 222, S 2210 - 45 - St 22 - 31, DStR 2010, 1625).
- 24** Dies gilt auch dann, wenn der Zwischengewinn 10 % des Kaufpreises übersteigt (a.A. z.B. Verfügungen der OFD Rheinland und OFD Münster in DStR 2010, 1625). Denn auch in diesem Fall soll durch die steuerliche Berücksichtigung des negativen Zwischengewinns eine Überbesteuerung des Anlegers vermieden werden (vgl. Senatsurteil in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144).
- 25** Aus den dargelegten Gründen ist es ebenfalls ohne Belang, ob auf der Ebene des Fonds hohe Zwischengewinne durch ein sog. Bond-Stripping verursacht werden, zumal sich auch der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 20 Abs. 2b EStG nicht entnehmen lässt, dass ein solches sog. Bond-Stripping als modellhafte Gestaltung angesehen wurde. Die Erstreckung der Verlustverrechnungsbeschränkung sollte der Vermeidung von Umgehungsgestaltungen, die insbesondere bei Kapitallebensversicherungen und sonstigen Kapitalforderungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG) entwickelt worden waren (BTDrucks 16/2712, S. 50), dienen.
- 26** b) Danach sind auch die im Streitfall erzielten Zwischengewinne keine Verluste i.S. des § 15b EStG. Ob dies möglicherweise anders zu beurteilen ist, wenn nach dem Gesamtkonzept eine Fremdfinanzierung des Erwerbs vorgesehen und damit zur Erzielung negativer Einkünfte eingesetzt wird (vgl. hierzu HHR/Intemann, § 20 EStG Rz 635; vgl. auch Verfügungen der OFD Rheinland und OFD Münster in DStR 2010, 1625, Rz 1), kann dahinstehen, denn der Kläger hat den Erwerb nicht fremdfinanziert.
- 27** 2. Eine Einschränkung der Verlustverrechnung folgt auch nicht aus § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG. Danach liegt ein vorgefertigtes Konzept i.S. des § 15b Abs. 2 Satz 2 EStG auch vor, wenn die positiven Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen.
- 28** Zwar genügt die Vorschrift den Bestimmtheitsanforderungen des Rechtsstaatsprinzips (Senatsurteil in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144; Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 2010 - 2 BvL 59/06, BVerfGE 127, 335). Sie führt nach ihrem Wortlaut jedoch nicht zu dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel, die Ausnutzung der Steuersatzspreizung bei der Einführung der Schedule als Missbrauch zu qualifizieren und zu verhindern (Senatsurteil in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144).
- 29** a) Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung des § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG Modelle erfassen, die das Steuersatzgefälle zwischen der tariflichen Einkommensteuer gemäß § 32a EStG und dem gesonderten Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 32d EStG i.d.F. des Unternehmensteuerreformgesetzes (UntStRefG) 2008 dadurch ausnutzen, dass die negativen Einkünfte der tariflichen Einkommensteuer und die positiven Einkünfte

der Abgeltungsteuer unterliegen (Referentenentwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 vom 10. Juli 2006, S. 65; Korn/Strahl, Kölner Steuerdialog 2006, 15312, 15327; im Regierungsentwurf BTDrucks 16/2712, S. 50 fehlt jedoch eine entsprechende Begründung).

- 30** b) Diese Zielsetzung kommt in dem Wortlaut des § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG jedoch nicht zum Ausdruck (Senatsurteil in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144; vgl. auch Jochum, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rz I 29 f.; Moritz/Strohm in Frotscher, EStG, Freiburg 2011, § 20 Rz 381; Hamacher/Dahm in Korn, § 20 EStG Rz 434).
- 31** aa) So lässt die Regelung des § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG bereits offen, in welchem Veranlagungszeitraum "die positiven Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen" müssen, damit ein Steuerstundungsmodell i.S. des § 15b Abs. 2 Satz 2 EStG vorliegt (vgl. Senatsurteil in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144).
- 32** bb) Zudem handelt es sich auch bei dem gesonderten Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 32d EStG i.d.F. des UntStRefG 2008 um eine "tarifliche Einkommensteuer", da dieser, wie der progressive Steuersatz des § 32a EStG, im Abschnitt "IV. Tarif" des EStG geregelt ist. Dass der Gesetzgeber mit dem Begriff der "tariflichen Einkommensteuer" lediglich den progressiven Steuersatz nach § 32a EStG bezeichnen wollte, kommt in der gesetzlichen Regelung schon deshalb nicht zum Ausdruck, weil "positive Einkünfte" nie der tariflichen Einkommensteuer des § 32a EStG unterliegen, sondern nur das zu versteuernde Einkommen i.S. des § 2 Abs. 5 Satz 1 EStG (Senatsurteil in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144; Jochum, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rz I 29; Hamacher/Dahm in Korn, § 20 EStG Rz 434).
- 33** c) Danach kann § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG nicht dahin verstanden werden, dass ein vorgefertigtes Konzept i.S. des § 15b Abs. 2 Satz 2 EStG stets dann vorliegt, wenn sich ein Verlust im Rahmen der Anwendung des progressiven Steuersatzes auswirkt, während ein Gewinn lediglich dem Abgeltungsteuersatz unterliegt.
- 34** d) Vor diesem Hintergrund kann allein der Umstand, dass im Streitfall die aus den Zwischengewinnen resultierenden negativen Einkünfte dem progressiven Steuersatz unterliegen, während die im Jahr 2009 zu versteuernden positiven Einkünfte der Abgeltungsteuer unterfallen, keine Verlustverrechnungsbeschränkung gemäß § 15b EStG begründen, und zwar auch dann nicht, wenn die Grenze des § 15b Abs. 3 EStG überschritten ist (a.A. Verfügungen der OFD Rheinland und OFD Münster in DStR 2010, 1625, anders noch BMF-Schreiben vom 14. Mai 2007 - IV B 8 S 2252/0, Verfügungen der OFD Magdeburg in DStR 2008, 1833, und in DStR 2009, 532, und der OFD Münster vom 7. November 2008, Der Betrieb 2008, 2681).
- 35** 3. Schließlich kann aus der Ausnutzung des Steuersatzgefälles nicht auf eine missbräuchliche Gestaltung i.S. des § 42 der Abgabenordnung (AO) geschlossen werden. Der Senat kann dahingestellt lassen, ob die Anwendung des § 42 AO im Streitfall bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil die §§ 20 Abs. 2b Satz 2, 15b EStG als speziellerer Missbrauchstatbestand *lex specialis* und damit vorrangig und ausschließlich anwendbar sind. Denn ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO liegt nicht vor, da Vorteile aufgrund unterschiedlicher Steuersätze der Schemenbesteuerung immanent sind (Senatsurteile in BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144; vom 24. Februar 2015 - VIII R 44/12, BFHE 249, 224, BStBl II 2015, 649).
- 36** 4. Die Sache ist spruchreif. Das FG-Urteil war aus den dargelegten Erwägungen aufzuheben, ebenso die den Kläger betreffende streitgegenständliche Feststellung des verrechenbaren Verlustes gemäß § 15b Abs. 4 EStG vom 10. Februar 2011 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 24. Januar 2012.
- 37** 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)