

1 | 2020

97. Jahrgang
15. Februar 2020
S. 1–104
PVSt 6492

StuW

Steuer und Wirtschaft

Zeitschrift für die gesamten
Steuerwissenschaften

Geschäftsführende Herausgeber:

Prof. Dr. Johanna Hey, Köln · Prof. Dr. Christoph Spengel, Mannheim

steuer-und-wirtschaft.de

Mitherausgeber:

Prof. Dr. Tina Ehrke-Rabel, Graz · Prof. Dr. Joachim Englisch, Münster ·
Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Fuest, München · Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Köln · Prof. Dr. Hanno
Kube, Heidelberg · Prof. Dr. Ralf Maiterth, Berlin · Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, München ·
Prof. Dr. Roman Seer, Bochum

StuW online

Nutzen Sie jetzt
Ihre Datenbank!

Editorial >	Johanna Hey / Christoph Spengel – Editorial	1
Abhandlungen >	Klaus-Dieter Drüen – Grundlagen und Grenzen administrativer Missbrauchsabwehr im gewaltengliederten Verfassungsstaat	3
	Hans-Peter Huber / Ralf Maiterth – Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften von lediglich 20 % – Fakt oder Fake News?	18
	Erik Röder – Weltweite Mindestbesteuerung multinationaler Unternehmen?	35
	Savvas Kostikidis – Die Abgrenzung zwischen Einkünften aus unbeweglichem Vermögen und Unternehmensgewinnen im OECD-Musterabkommen	48
	Kristin Kalies – Ertragsteuerliche Vorteilhaftigkeit der Aktienfondsanlage im Vergleich zur Aktiendirektanlage im Privatvermögen unter Unsicherheit	63
	Stephan Kudert / Dino Höppner – Besteuerung von außerordentlichen Einkünften nach der Fünftelregelung – eine quantitative Analyse	78
	Daniel R. Kälberer – Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland	91

ottoschmidt



86209522001

Logisch bis ins kleinste Detail.

NEU: 19. Auflage

Kirchhof
ESTG
Kommentar

Kirchhof
Einkommensteuergesetz Kommentar
Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof
und Prof. Dr. Roman Seer.
Bearbeitet von 19 renommierten Autorinnen
und Autoren. 19. neu bearbeitete Auflage 2020,
ca. 2.800 Seiten Lexikonformat, gbd. ca. 170,- €.
Erscheint im März. ISBN 978-3-504-23102-6

i **Das Werk online**
www.otto-schmidt.de/aks
www.otto-schmidt.de/hhr-modul

Kirchhof **Einkommensteuergesetz** Kommentar

Mehr als 200 detaillierte Änderungen am Einkommensteuergesetz wollen von Beratern, Verwaltung und Justiz beachtet werden. Die *Kirchhof*-Neuaufgabe bringt sie konzentriert auf den Punkt und erleichtert die Rechtsanwendung durch dogmatisch saubere und präzise ausformulierte Lösungsansätze.

Wichtige Themen der 19. Auflage sind die neuen Sonderabschreibungen für sozialen Mietwohnungsbau und Elektromobilität, die Begünstigung von Weiterbildungsleistungen oder die Abgrenzung zwischen Geldleistung und Sachbezug. Unterstützung bietet das renommierte Autorenteam auch beim Datenschutz: alle Auswirkungen des Zweiten Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetzes EU sind anwenderfreundlich eingearbeitet. Wenn Sie bei jedem Fall argumentativ überzeugen wollen, ist der *Kirchhof* Ihre erste Wahl.

Bestellung und Leseprobe unter www.otto-schmidt.de

ottoschmidt



Steuer und Wirtschaft

Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften

Geschäftsführende Herausgeber:

Prof. Dr. Johanna Hey, Köln · Prof. Dr. Christoph Spengel, Mannheim

Mitherausgeber:

Prof. Dr. Tina Ehrke-Rabel, Graz · Prof. Dr. Joachim Englisch, Münster · Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Fuest, München · Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Köln · Prof. Dr. Hanno Kube, Heidelberg · Prof. Dr. Ralf Maiterth, Berlin · Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, München · Prof. Dr. Roman Seer, Bochum

Begründet 1922 von Heinrich Reinach (Herausgeber bis 1934)

Herausgeber seit 1934: Enno Becker · Carl Boettcher · Ottmar Bühler · Wilhelm Erhard · Werner Friedrich · Rolf Grabower · Karl-Heinrich Hansmeyer · Ludwig Heßdörfer · Friedrich Klein · Dieter Leibrecht · Roland Löhlein · Gerhard Mann · Wolfgang Mersmann · Heinz Oeftering · Johannes Popitz · Alexander Prügger · Gerd Rose · Günter Schmolders

Klaus Tipke (geschäftsführend von 1974–1988)

Joachim Lang (geschäftsführend von 1989–2014) gemeinsam mit Dieter Birk · Karl Heinrich Friauf · Norbert Herzig · Paul Kirchhof · Heinrich Wilhelm Kruse · Heinz-Jürgen Pezzer · Wolfram Reiß · Dieter Schneider · Joachim Schulze-Osterloh · Hartmut Söhn · Franz W. Wagner · Franz Wassermeyer

Inhalt

steuer-und-wirtschaft.de

Editorial

Johanna Hey / Christoph Spengel – Editorial 1

Abhandlungen

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen, München – Grundlagen und Grenzen administrativer Missbrauchsabwehr im gewaltengegliederten Verfassungsstaat

Missbrauchsabwehr ist im Steuerstaat ein legitimes Anliegen, das die Staatsgewalten arbeitsteilig verfolgen dürfen. Dabei ist aber eine Differenzierung nach den verschiedenen Funktionen der Staatsgewalten notwendig, weil das verfassungsrechtliche Dürfen des Gesetzgebers weiter reicht als das der den gesetzlichen Rahmen nur ausfüllenden Finanzverwaltung als freiheitsverkürzende Eingriffsverwaltung. Im Gegensatz zur prospektiven Missbrauchsgesetzgebung gelten für rückwirkende Missbrauchsverhinderung zusätzliche verfassungsrechtliche Schranken. Anlass und Anschauungsexempel ist das BMF, Schr. v. 17.7.2017 zur „Steuerlichen Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“, wonach die Finanzverwaltung durch Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs über § 42 AO die erst ab 1.1.2016 eingeführte besondere Regelung des § 36a EStG faktisch bereits in früheren Zeiträumen anwenden will. Das Thema funktions- und zeitgerechter Missbrauchsabwehr im gewaltengegliederten Verfassungsstaat reicht aber weit über Dividendenarbitrage-Gestaltungen hinaus. 3

Hans-Peter Huber / Prof. Dr. Ralf Maiterth, beide Berlin – Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften von lediglich 20 % – Fakt oder Fake News?

Eine von Die Grünen/EFA in Auftrag gegebene Studie kommt basierend auf handelsrechtlichen Einzelabschlüssen zum Ergebnis, deutsche Kapitalgesellschaften würden durch erfolgreiche Steuergestaltungen lediglich rund 20 % anstelle der gesetzlich geforderten knapp 30 % an Steuern zahlen. Diese Behauptung hält einer wissenschaftlichen Überprüfung ebenso wenig stand wie die Aussage, große bzw. international agierende Unternehmen hätten eine niedrigere Steuerquote als kleine bzw. am jeweiligen Standort aktive Unternehmen. Wenn berücksichtigt wird, dass die verwendeten (Handels-)Bilanz-Datenbanken auch Personenernehmen sowie steuerbefreite Unternehmen beinhalten, und der (95%)ige Steuerfreistellung von (Schachtel-)Dividenden gem. § 8b KStG Rechnung getragen wird, ergibt sich eine durchschnittliche Steuerbelastung deutscher

Inhalt

Kapitalgesellschaften unabhängig von deren Größe und Internationalität i.H.v. knapp 30 %. Dieses Ergebnis bedeutet jedoch nicht, dass es keinerlei Steuergestaltungen zu Lasten des deutschen Fiskus gibt. Nur lassen sich derartige Steuergestaltungen nicht anhand handelsrechtlicher Einzelabschlüsse identifizieren.	18
PD Dr. Erik Röder, München – Weltweite Mindestbesteuerung multinationaler Unternehmen? – Der Global-Anti-Base-Erosion-Vorschlag der OECD und seine Relevanz für das deutsche Unternehmenssteuerrecht	
Der auf eine deutsch-französische Initiative zurückgehende Global-Anti-Base-Erosion-Vorschlag der OECD zielt darauf ab, die Gewinne multinationaler Unternehmen einer weltweiten Mindestbesteuerung zu unterwerfen. Dadurch soll das internationale race to the bottom bei der Unternehmensbesteuerung gestoppt werden. Deutschland wird sich hierdurch jedoch keine spürbare Entlastung im internationalen Steuersatzwettbewerb verschaffen können. Relevant ist das Projekt für das deutsche Unternehmenssteuerrecht stattdessen als Anstoß zu einer schon lange überfälligen grundlegenden Reform der Hinzurechnungsbesteuerung.	35
Savvas Kostikidis, München – Die Abgrenzung zwischen Einkünften aus unbeweglichem Vermögen und Unternehmensgewinnen im OECD-Musterabkommen	
Der Beitrag untersucht die Behandlung von Einkünften aus unbeweglichem Vermögen eines Unternehmens im OECD-MA. Hierbei kommt die Anwendung von Art. 6 und Art. 7 OECD-MA in Betracht. Dabei stellen sich folgende Fragen: 1. In welchen Fällen sind beide Normen anwendbar? 2. Welche Norm wird dann angewandt? 3. Welche Auswirkung hat die Anwendung der einen Norm auf die Anwendbarkeit der anderen? Der Verfasser kommt zum Ergebnis, dass die Art. 6 und 7 OECD-MA nur im Falle der passiven Nutzung vom unbeweglichen Vermögen eines Unternehmens gleichzeitig anwendbar sind. Ferner hat nach Art. 6 Abs. 4 OECD-MA die Anwendung von Art. 6 OECD-MA Vorrang vor der Anwendung von Art. 7 OECD-MA. Daraus folgt, dass Art. 7 OECD-MA im Übrigen anwendbar bleibt. Das betrifft auch die darin enthaltene Regelung über die Gewinnzuordnung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte.	48
Kristin Kalies, Bochum – Ertragsteuerliche Vorteilhaftigkeit der Aktienfondsanlage im Vergleich zur Aktiendirektanlage im Privatvermögen unter Unsicherheit	
Zum 1.1.2018 trat das Investmentsteuerreformgesetz in Kraft. Eine wesentliche Neuerung ist die getrennte Besteuerung von Investmentfonds und ihrer Anleger, durch die steuerliche Vorteile in Gestalt von Steuerstundungseffekten erzielt werden können. Diese Steuerstundungseffekte werden durch die Vorabpauschale beschränkt. Dieser Beitrag untersucht die Wirkung der Vorabpauschale und die steuerlichen Vorteile der Aktienfondsanlage gegenüber der direkten Aktienanlage im Privatvermögen unter Unsicherheit im Rahmen einer Monte-Carlo-Simulation. Die Simulationsergebnisse zeigen, dass die Effekte der Vorabpauschale und die steuerlichen Vorteile des Investmentfonds von der Wertentwicklung des Fonds abhängen.	63
Prof. Dr. Stephan Kudert / Dino Höppner, beide Frankfurt (Oder) – Besteuerung von außerordentlichen Einkünften nach der Fünftelregelung – eine quantitative Analyse	
In § 34 Abs. 1 EStG ist die sogenannte Fünftelregelung kodifiziert. Damit hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die bei außerordentlichen Einkünften (z.B. Abfindungen für Arbeitnehmer) zu einer Progressionsglättung führen soll, um die übermäßige Besteuerung von Einkünften, die zwar durch Leistungen in mehreren Jahren veranlasst wurden, aber in einem Veranlagungszeitraum zusammengeballt besteuert werden, zu verhindern. Die Konstruktion der Norm kann jedoch bei bestimmten Konstellationen dazu führen, dass andere Einkünfte, die der Steuerpflichtige im selben Veranlagungszeitraum erzielt, mit Grenzsteuersätzen bis zu 225 % besteuert werden. Dieser Effekt ist zwar seit 20 Jahren bekannt, wurde allerdings bislang nur kasuistisch analysiert. Der Beitrag zeigt erstmalig, dass diese Steuerwirkung bei zahlreichen Konstellationen auftritt. Mit Hilfe einer taxographischen Analyse wird darauf aufbauend ein Entscheidungsmodell entwickelt, mit dem das nachsteuerliche Einkommen optimiert werden kann. Es kann um bis zu 16.773 EUR erhöht werden.	78



Damit Sie nicht doppelt zahlen.

Der *Schönfeld/Ditz* ist der elementare Wegweiser, der Sie wissenschaftlich fundiert durch die Thematik der Doppelbesteuerung leitet und Sie in allen Fragen zu praxisgerechten Lösungen führt.

Bestellen Sie jetzt unter otto-schmidt.de/sddb2

Inhalt

Dr. Daniel R. Kälberer, Hohenheim – Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland – Eine ökonomische und rechtliche Analyse

Angesichts des Klimawandels, der globalen Energietrends sowie der Energiesituation in Deutschland und Europa, bildet die Steigerung der Energieeffizienz ein Zwischenziel zur Förderung des Umwelt-, Klima- und Ressourcenschutzes. Vor diesem Hintergrund gewinnt das Thema der Energieeffizienz u.a. zur Verringerung des Primärenergieverbrauchs sowie zur Reduktion der Treibhausgasemissionen zunehmend an Bedeutung. Aufgrund von Marktunvollkommenheiten und Markthemmnissen kann das wirtschaftliche Energieeffizienzpotential allerdings nicht in seiner Gesamtheit realisiert werden, weshalb gesetzgeberische Interventionen infrage stehen. Insb. steuerliche Lenkungsnormen zielen dabei auf eine preisinduzierte Mengenwirkung ab und sollen im umweltökonomischen Kontext Substitutionsvorgänge, Einsparmaßnahmen oder Innovationsprozesse bewirken und so Umweltbeeinträchtigungen verringern bzw. vermeiden. Gleichwohl ist hierfür ein strenger Rechtfertigungsmaßstab anzulegen. 91

Wussten Sie schon ...

Im **Onlinemodul StuW** haben Sie Zugriff auf das Online-Archiv Ihrer Zeitschrift. In der **Zeitschriften-App** lesen Sie aktuelle Beiträge auf Ihrem Smartphone. Bei Fragen zu Ihren **Freischaltcodes** wenden Sie sich gerne an den Kundenservice: Telefon 0221 / 93738-997 oder E-Mail an kundenservice@otto-schmidt.de



Europa kann auch einfach sein.

Die erweiterte Neuauflage des bewährten Handbuchs stellt Bestand und Dogmatik des Europäischen Steuerrechts umfassend und praxisnah dar. Die Implikationen für das deutsche Steuerrecht werden eingehend erläutert, beispielsweise im Beihilferecht, für den Brexit und neu im Mehrwert- und Verbrauchsteuerrecht.

Bestellen Sie jetzt unter otto-schmidt.de/seu2

Impressum

Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften

Internet: steuer-und-wirtschaft.de

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Postfach 51 10 26, 50946 Köln · Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln · Geschäftsführender Gesellschafter: Prof. Dr. Felix Hey · Tel. 02 21/9 37 38-9 97 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 02 21/9 37 38-9 43 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung). Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Johanna Hey, Köln; Prof. Dr. Christoph Spengel, Mannheim.

Redaktionsschluss: Jeweils zum 15.12., 15.3., 15.6., 15.9.

Anzeigen: Christian Kamradt (verantwortl.), Anschrift des Verlages; Verkauf: sales friendly Verlagsserviceleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn · Tel. 02 28/9 78 98-0, Fax 02 28/9 78 98-20, E-Mail: media@sales-friendly.de · gültig ist die Preisliste Nr. 9 v. 1.1.2020.

Druck: rewi Druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen, druckhaus@rewi.de, www.rewi.de.

Erscheinungsweise: Die Hefte erscheinen jeweils zum 15.2., 15.5., 15.8. und 15.11.

Bezugspreis: Jahres-Abonnement 344 € (Print-Anteil 327 €/Online-Anteil 17 €**), Einzelheft 109,- €. **Alle Preise** verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. *7 % oder **19 % sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig). **Bestellungen** bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresabschluss.

ISSN: 0341-2954

Urheber- und Verlagsrechte: Mit Annahme eines Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung, Leitsatz, Blog-Text) geht für die Dauer von vier Jahren das räumlich unbeschränkte, alleinige und uneingeschränkte (ausschließliche), danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Soweit ein Beitrag zur Lern- und Erfolgskontrolle – auch im Rahmen des Fortbildungsnachweises für einen Fachanwalt gem. § 15 FAO – vorgesehen ist, erstreckt sich die Nutzungsrechtsübertragung auch auf die vom Autor hierzu formulierten Fragen und Antworten. Das Nutzungsrecht umfasst das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter Form. Zur eigenen Vermarktung, zur gemeinsamen Vermarktung mit einem Kooperationspartner, zur Vermarktung durch ein Unternehmen, an dem der Verlag überwiegend beteiligt ist, und/oder zur Vermarktung durch einen Dritten, den der Verlag hierzu berechtigt, umfasst das Nutzungsrecht ferner insbesondere die Befugnis zur vollständigen oder teilweisen Aufzeichnung in elektronischer Form, zur Programmierung, sonstigen Be- und Verarbeitung für eine elektronische Nutzung einschließlich Zusammenlegung mit anderen Werken zu einem elektronischen Produkt sowie Speicherung in eigenen oder fremden Datenverarbeitungsanlagen, in elektronischen Datenbanken und auf Datenträgern sowie zur Vervielfältigung, Verbreitung einschließlich der öffentlichen Wiedergabe und zur sonstigen Nutzung im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren, insbesondere in elektronischen Offline- und Online-Datenbanken und -Diensten, im Wege von Wiedergabetechniken in körperlicher und/oder nichtkörperlicher Form, im Wege von allen Techniken der Datenübertragung sowie auf Datenträgern, z.B. CD-ROM,

DVD, Stick und vergleichbaren Techniken. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung des Zeitschrifteninhalts bedarf einer vorherigen schriftlicher Zustimmung des Verlags. Das Zitieren von Rezensionen ist in vollem Umfang erlaubt.

Hinweise für Autoren und Einsender: Bitte senden Sie alle Manuskripte per E-Mail an die geschäftsführende Herausgeberin (johanna.hey@uni-koeln.de). Wird im Fall des Abdrucks eine Pauschalvergütung gezahlt, gilt sie für die Übertragung eines ggf. bestehenden Nutzungsrechts mit der Maßgabe, die Entscheidung auch in anderen Print- und elektronischen Produkten des Verlages veröffentlichen zu können.

I. Eingereichte Manuskripte

Eingereichte Beiträge werden zunächst von den geschäftsführenden Herausgebern auf ihre Eignung für das Profil von Steuer und Wirtschaft geprüft.

II. Begutachtungsverfahren

1. Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge

Steuer und Wirtschaft ist die einzige deutschsprachige Zeitschrift, die im VHB-Jourqual-Teilranking „Betriebswirtschaftliche Steuerlehre“ die Note B erreicht. Um dieser Bewertung Rechnung zu tragen, erfolgt für Beiträge, die (auch) eine wirtschaftswissenschaftliche Methodik zum Gegenstand haben, das nachfolgend beschriebene Begutachtungsverfahren.

a) Ist der Beitrag grundsätzlich für das Profil von Steuer und Wirtschaft geeignet, wird für ihn mindestens ein, in der Regel zwei Kurztgutachten eingeholt und dem Autor zur Verfügung gestellt. Die Gutachter bleiben anonym.

b) Besteht Überarbeitungsbedarf, wird der Begutachtungsprozess für die wiedereingereichte Version wiederholt, bis der Beitrag für eine Veröffentlichung in Steuer und Wirtschaft angenommen wird. Bei Abdruck wird auf das durchgeführte Begutachtungsverfahren entsprechend hingewiesen.

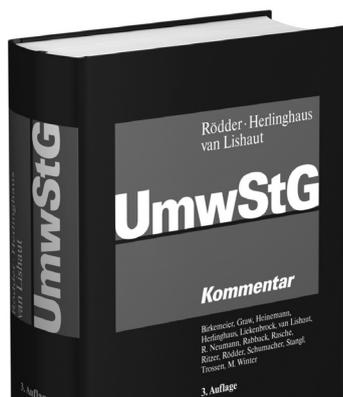
c) Der Begutachtungsprozess soll in jeder Begutachtungsrunde spätestens nach acht Wochen abgeschlossen sein.

d) Die Gutachter eines Jahrgangs werden im jeweiligen Heft 4 veröffentlicht.

2. Juristische Beiträge

a) Über die Annahme von Beiträgen, die eine juristische Methodik zum Gegenstand haben, entscheiden die geschäftsführenden Herausgeber. Im Einzelfall wird ein Mitherausgeber zur weiteren Prüfung hinzugezogen.

b) Auf Wunsch des Autors wird auch für juristische Beiträge ein anonymisiertes Begutachtungsverfahren mit zwei externen Gutachtern durchgeführt. Der Prozess folgt der wirtschaftswissenschaftlichen Begutachtung. Bei Abdruck wird auf das durchgeführte Begutachtungsverfahren entsprechend hingewiesen.



Garantiert Mehrwert.

Der Kommentar von Rödder/Herlinghaus/van Lishaut ist das Standardwerk für Umstrukturierungen der Oberklasse. Die umfassende und ausgewogene Kommentierung hilft Ihnen, selbst die größten oder komplexesten Umstrukturierungen souverän und fehlerfrei zu beraten.

Bestellen Sie jetzt unter otto-schmidt.de/rug3

Editorial

Am Anfang des neuen Jahrzehnts liegen zwei steuerpolitische Herkulesaufgaben vor uns: Zum einen die Neuordnung des Internationalen Steuerrechts, um die sich das G20/OECD *Inclusive Framework on BEPS* derzeit intensiv bemüht, zum anderen die Suche nach Antworten im Steuer- und Abgabenrecht auf den Klimawandel.

Bis Ende 2020 will die OECD finale Vorschläge sowohl zu neuen Nexus-Regeln und einer stärkeren Beteiligung der Marktstaaten am Gewinnsteueraufkommen (*Pillar 1*) als auch zu einer globalen Mindeststeuer (*GloBE – Pillar 2*) präsentieren. Ging es in der ersten Phase des BEPS-Prozesses noch um Korrekturen im tradierten System, um punktuelle Maßnahmen zur Bekämpfung aggressiver Steuergestaltung und schädlichen Steuerwettbewerbs, stellen neue Verteilungsregeln und Mindeststeuern einen Paradigmenwechsel dar, der uns weit über das Jahr 2020 beschäftigen wird. Die Dynamik des politischen Prozesses erlaubt indes kein Abwarten. Trotz verschiedener öffentlicher Konsultationen im Jahr 2019 sind grundlegende rechtliche, ökonomische und verfahrenstechnische Fragen des neuen Systems noch komplett offen. Dies betrifft sowohl die Gefahr internationaler Doppelbesteuerung und den Vollzugsaufwand als auch die Auswirkungen auf das nationale Steueraufkommen. Auch Vereinbarkeit und Verhältnis zum Europäischen Steuerrecht sind weitgehend unklar. Wie aber soll die Steuerpolitik entscheiden, ob sie den Vorschlägen der OECD, die möglicherweise später wieder in EU-Recht umgesetzt werden, folgen soll, wenn weder Wirkungen noch rechtliche Risiken bekannt sind? Der Klärungsbedarf und die Erwartung an Hilfestellungen aus der Wissenschaft sind immens. *Hans-Peter Huber* und *Ralf Maiterth* gehen mit einer empirischen Untersuchung zur Effektivbelastung deutscher Kapitalgesellschaften einer wichtigen Voraussetzung von Gegenmaßnahmen gegen Gewinnverlagerung nach. *Erik Röder* fragt nach Auswirkungen einer globalen Mindeststeuer auf das deutsche Außensteuergesetz.

Nicht minder herausfordernd ist die Frage nach dem Einsatz des Steuerrechts für Zwecke des Umweltschutzes. Vor ungefähr drei Jahrzehnten begann die Diskussion über ökologische Steuerreformen (z.B. *Wolfram Höfling*, Verfassungsfragen einer ökologischen Steuerreform, *StuW* 1992, 242), dann aber wurde es lange verhältnismäßig still um das Thema. Auf einmal aber drängt die Zeit. Sowohl auf nationaler Ebene (Gesetz zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2020 im Steuerrecht v. 21.12.2019, BGBl. I 2019, 2886) als auch auf EU-Ebene (*New Green Deal*) gibt es zahlreiche Initiativen, das Steuer- und Abgabenrecht verhaltenslenkend einzusetzen. Dabei zeigt gerade die jüngste deutsche Gesetzgebung mit dem Beschluss der CO₂-Bepreisung einerseits, der Anhebung der Entfernungspauschale und der Einführung einer Mobilitätsprämie in §§ 103 ff. EStG andererseits, dass nicht nur die ökologische Wirksamkeit, sondern auch die Sozialverträglichkeit der Diskussion bedarf. Stand die Wissenschaft steuerlicher Lenkung lange Zeit eher skeptisch gegenüber, hatte die DSTJG bereits auf der Jahrestagung 2015 unter dem Titel Steuerrecht und Wirtschaftspolitik Fragen des Steuerinterventionismus wieder auf die Tagesordnung gehoben, freilich ohne dass damals der Klimaschutz bereits im Zentrum stand. Der Forschungsbedarf ist groß. Neben der Rechtstechnik, verfassungs- und europarechtlichen Fragen geht es vor allem um die Wirksamkeit der Instrumente. Auch in der Umweltsteuerpolitik stellt sich zudem das Problem nationaler Begrenztheit der Maßnahmen. Ein einheitliches Vorgehen auf EU-Ebene ist bisher nicht erkennbar. Die Energiesteuer-Richtlinie schafft nur einen gemeinsamen Rahmen (Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27.10.2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, ABl. EU Nr. L 283 v. 31.10.2003, 51). Dass man sich innerhalb der Mitgliedstaaten,

geschweige denn weltweit in naher Zukunft auf ein einheitliches Preisniveau wird einigen können, scheint ausgeschlossen. Dann aber stellen sich auch Fragen, wie Wettbewerbsvor- bzw. -nachteile infolge unterschiedlicher Umweltschutzstandards im Abgabensystem, z.B. im Wege eines Grenzausgleichs, kompensiert werden können. *Daniel Kälberer* analysiert in diesem Heft die aktuelle Energiesteuerpolitik in Deutschland.

Beide großen Zukunftsthemen lassen sich nur im Dialog der Steuerwissenschaften bewältigen. Wir freuen uns auf Ihre Beiträge!

Köln und Mannheim im Januar 2020

Johanna Hey, Christoph Spengel

Abhandlungen

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen, München*

Grundlagen und Grenzen administrativer Missbrauchsabwehr im gewaltengegliederten Verfassungsstaat

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung: Mehrdimensionale Missbrauchsverwirrung im Steuerrecht?
- II. Verfassungsrechtliche Impulse für effektive und verhältnismäßige Missbrauchsabwehr im Steuerrecht
- III. Zusammenwirken spezieller und allgemeiner Missbrauchsvorschriften im Steuerrecht
 1. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und Folgerichtigkeitsgebot bei der Missbrauchsabwehr
 2. Grundsätzliche Sperrwirkung spezieller Missbrauchsvorschriften und Ausnahmen
 - a) Wertungsvorrang und -rückschlag spezieller Missbrauchsvorschriften
 - b) Ausnahme: Unechte Spezialvorschriften und missbräuchliche Vermeidung der speziellen Missbrauchsvorschrift
 - c) Sperrende Nachwirkung aufgehobener Spezialvorschriften?
 3. § 36a EStG als spezielle, typisierte Missbrauchsvermeidungsregelung ab 2016
- IV. Gebot des loyalen Zusammenwirkens der Staatsgewalten bei der Missbrauchsabwehr
 1. Kompetenzen und Kompetenzausübungsschranken im gewaltengegliederten Verfassungsstaat
 2. Achtung der legislativen Anwendungsentscheidung
 3. Schutzwirkung für Steuerpflichtige über das Rechtsstaatsprinzip
- V. Schranken für rückwirkende Missbrauchsabwehr
 1. Rückwirkungsschranken für den missbrauchsverhindernden Steuergesetzgeber
 2. Grenzen rückwirkender administrativer Missbrauchsabwehr
 - a) Vertrauensschutz durch früheren Nichtaufgriff der Finanzverwaltung?
 - b) Gesetzliches Rückwirkungsverbot
 3. Keine Vorwirkung eines künftigen Gesetzes
- VI. Keine Rückwirkung konstitutiver Missbrauchsnormen über den Umweg des § 42 AO
- VII. Schluss und Ergebnisse

Missbrauchsabwehr ist im Steuerstaat ein legitimes Anliegen, das die Staatsgewalten arbeitsteilig verfolgen dürfen. Dabei ist aber eine Differenzierung nach den verschiedenen Funktionen der Staatsgewalten notwendig, weil das verfassungsrechtliche Dürfen des Gesetzgebers weiter reicht als das der den gesetzlichen Rahmen nur ausfüllenden Finanzverwaltung als freiheits-

verkürzende Eingriffsverwaltung. Im Gegensatz zur prospektiven Missbrauchsgesetzgebung gelten für rückwirkende Missbrauchsverhinderung zusätzliche verfassungsrechtliche Schranken. Anlass und Anschauungsexempel ist das BMF, Schr. v. 17.7.2017 zur „Steuerlichen Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“, wonach die Finanzverwaltung durch Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs über § 42 AO die erst ab 1.1.2016 eingeführte besondere Regelung des § 36a EStG faktisch bereits in früheren Zeiträumen anwenden will. Das Thema funktions- und zeitgerechter Missbrauchsabwehr im gewaltengegliederten Verfassungsstaat reicht aber weit über Dividendenarbitrage-Gestaltungen hinaus.

Preventing abuse is a legitimate concern in the tax state, which the state authorities are entitled to pursue on the basis of the division of powers. However, a differentiation according to the various functions of the state authorities is necessary here, because the constitutional right of the legislature extends further than that of the fiscal administration, which only fills the legal framework. In contrast to prospective abuse legislation, additional constitutional barriers apply to retroactive abuse prevention.

I. Einleitung: Mehrdimensionale Missbrauchsverwirrung im Steuerrecht?

Die Diskussion über steuerrechtliche Missbrauchsabwehr ist alt¹, aber in jüngster Zeit aufgrund verschiedener Anstöße des Gesetzgebers, der Finanzverwaltung und der Rechtsprechung belebt und intensiviert worden. Von „Missbrauchsverwirrung“ ist angesichts multipler Instrumente und Ebenen der Missbrauchsabwehr die Rede². Dabei sind Transparenz und Einsichtigkeit Akzeptanzbedingung für die Steuergesetzgebung sowie für ihre Umsetzung durch den Rechtsanwender, so dass beim Missbrauchs**begriff** eine „Entwirrung“ geboten ist³. Eine Verwirrung ist aber überdies bei der Abgrenzung der Miss-

* Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht und Öffentliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Diesem Beitrag liegt eine rechtsgutachterliche Untersuchung zugrunde, die die DekaBank Deutsche Girozentrale, Frankfurt/Main, ergebnisoffen beim Verfasser in Auftrag gegeben und auf deren Inhalt sie keinen Einfluss genommen hat.

1 Zur „energischen Bekämpfung des Steuerschiebertums in allen seinen Formen“ bereits Hensel, Steuerrecht³, 1933, 96.

2 Haarmann, Die Missbrauchsverwirrung, IStR 2018, 561.

3 Dazu Drüen, Ein neuer Missbrauchs**begriff** im deutschen internationalen Steuerrecht? in Jü. Lüdicke/Frotscher/L. Hummel, Steuerliche Entwick-

brauchsabwehrkompetenz unter den Staatsgewalten im gewaltengegliederten Verfassungsstaat auszumachen. Aktueller Anlass und Anwendungsfall ist das BMF, Schr. v. 17.7.2017 zur „Steuerlichen Behandlung von ‚Cum/Cum-Transaktionen‘“,⁴ das auf verbreitete Kritik gestoßen ist⁵. Bei *cum-cum*-Transaktionen werden vor dem Dividendenstichtag Aktien von Personen, denen steuerliche Vorteile bei Dividendenausschüttungen nicht zukommen (insbesondere Steuerausländer), auf Personen übertragen, denen diese Vorteile zustehen (insbesondere inländische Kreditinstitute). Nach dem Dividendenstichtag werden Aktien gleicher Art und Güte vom ursprünglichen Aktionär wieder erworben (sog. Dividendenstripping). Der Vorteil des Dividendenbeziehers wird teilweise an den nicht für den Vorteil Qualifizierenden weitergegeben. Für derartige Transaktionen wurden häufig Wertpapierdarlehensgeschäfte, aber auch andere Transaktionsformen (z.B. Pensionsgeschäfte, Hin- und Rückkauf) eingesetzt⁶. Der BFH hat im Jahre 1999 das Modell des Dividendenstripings nicht beanstandet und sah § 42 AO wegen der Spezialregelung des damaligen § 50c EStG mit seiner Börsenklausel als unanwendbar an⁷. Noch im Jahre 2007 hat er daran festgehalten und ausdrücklich seine Rechtsprechung bestätigt, dass neben und im Anwendungsbereich des § 50c EStG 1987 die Zurechnung von Dividendenbezügen bzw. anrechenbarer Körperschaftsteuer nicht unter Berufung auf § 42 AO als rechtsmissbräuchlich versagt werden kann⁸. Danach wurde im Dividendenstripping verbreitet kein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten erblickt⁹.

Seit dem Jahr 1978 beschäftigten sich BMF und die Finanzverwaltungen der Länder mit dem Aktienhandel um den Dividendenstichtag¹⁰ und *cum-cum*-Geschäften¹¹. Die „Methodik des klassischen Dividendenstripings“ war demnach seit langem „dem Gesetzgeber als neuralgische Stelle auch im Rahmen einer Vielzahl von Novellierungen bekannt“¹². Von der deutschen Steuerpolitik werden *cum-cum*-Gestaltungen¹³ gleichwohl erst in jüngster Zeit als unerwünschte Steuergestaltung angesehen¹⁴. Die ergänzende Regelung des § 36a EStG zur Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer ab 1.1.2016 soll Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung (*cum-cum*-Geschäfte) verhindern¹⁵. § 36a EStG enthält mit dem Mindesthaltezeitraum (Abs. 2) und dem Mindestwertveränderungsrisiko (Abs. 3) ab dem 1.1.2016 zusätzliche Voraussetzungen für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer¹⁶. Für davorliegende Zeiträume hat sich die Finanzverwaltung im BMF, Schr. v. 17.7.2017 „mittlerweile dazu durchgerungen“¹⁷, pauschal vom Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO auszugehen und infolgedessen eine Kapitalertragsteueranrechnung beim Steuerinländer zu versagen bzw. einen entsprechenden Betrag nachzuerheben¹⁸. Ein Gestaltungsmissbrauch soll dann anzunehmen sein, „wenn ein wirtschaftlich vernünftiger Grund für das Rechtsgeschäft fehlt und der Fall insgesamt eine steuerinduzierte Gestaltung (Steuerarbitrage) aufweist“¹⁹. Die rückwirkende Aufarbeitung der *cum-cum*-Geschäfte wird zum Teil gefordert²⁰. Soweit allerdings ein Aufgriff durch die Finanzverwaltung für die Jahre vor 2016 als Gestaltungsmissbrauch erfolgt, ist dies im Folgenden zu hinterfragen²¹.

Obwohl die verschiedenen *cum*-Transaktionen häufig bewusst in einem Atemzug genannt werden, unterscheiden sie sich jeweils grundlegend in ihrer Wirkungsweise und steuerrechtlichen Beurteilung²². *Cum-cum*-Geschäfte sind deutlich von den vieldiskutierten und die FG²³ und auch Straferfolgungs-

behörden²⁴ beschäftigenden *cum-ex*-Modellen zur multiplen Anrechnung der Kapitalertragsteuer²⁵ zu unterscheiden²⁶. Dabei soll es an dieser Stelle nicht (nochmals) um eine nähere

lungen im Kontext der Globalisierung, Forum der Internationalen Besteuerung Bd. 48, 2019, 121.

4 BMF-Schreiben v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986.

5 Brühl/Holle/Weiss, DStR 2017, 2093; Hahne, BB 2017, 1896; Helios/Lenz, DB 2017, 1738 (1741 f.); Loritz, BB 2017, 2327 (2337); Haisch, BB 2017, Heft 35, I; Behnes, RdF 2018, 40; kritisch zur Anwendung von § 42 AO auch Kußmaul/Knobloch/Kloster, StB 2018, 254 (256 ff.).

6 So insgesamt die Kurzbeschreibung von Haarmann, BB 2018, 1623; eingehend auch zu den einzelnen Ausgestaltungen Spengel, DB 2016, 2988 (2989); Knobloch, DB 2016, 1825 (1827 ff.). Welz in Braun/Günther, Das Steuer-Handbuch, Stichwort „Cum/Cum“ (Aug. 2018); zur steuersystematischen Bewertung und grundlegenden Reformperspektiven Anzinger, Internationale Kapitaleinkommensbesteuerung, in Schön/Sternberg, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, 159 (166 ff.).

7 BFH, Urt. v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 Rz. 47 ff. = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer.

8 BFH, Beschl. v. 20.11.2007 – I R 85/05, BStBl. II 2013, 287 = FR 2009, 481.

9 Ratschow in Klein, AO¹⁴, 2018, § 42 Rz. 163 m.w.N.; Schwarz/Pahlke, AO/FGO, § 42 AO Rz. 128 (Febr. 2010); dem BFH folgend auch P. Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 439 (März 2009).

10 Anzinger (Fn. 6), 159 (165).

11 Explizit Spengel, DB 2016, 2988 (2990).

12 Kußmaul/Knobloch/Kloster, StB 2018, 254 (256).

13 Darstellung mit Zahlenbeispiel im Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 7.4.2016, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG), BT-Drucks. 18/8045, 133 f.

14 Jensch/Rüdiger, RdF 2016, 319 (320).

15 BT-Drucks. 18/8045, 2.

16 Schmidt/Levedag, EStG³⁸, 2019, § 36a Rz. 2 ff.; vertiefend Jensch/Rüdiger, RdF 2016, 319 (321 ff.); Hahne/Völker, RdF 2017, 50 (52 ff.); Kretzschmann/Schwarz, FR 2017, 223 (226 ff.).

17 Zur streitbehafteten Entwicklung der Weisungslage näher Spengel, DB 2016, 2988 (2989, 2995) mit Kritik am „Zick-Zack-Kurs“.

18 So Englisch, DStR 2018, 2501 (2509), der selbst *cum-cum*-Transaktionen mit Dividendenstichtag nach dem 28.2.2013 als „Kandidat“ für einen Verstoß gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV diskutiert (ebd. 2510). Dies halte ich aus verschiedenen – an dieser Stelle nicht zu vertiefenden – Gründen im Gegensatz zu Englisch für „fernliegend“.

19 So BMF-Schreiben v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 Rz. 14 mit folgender Aufzählung von Beispielen; dem im Ansatz folgend mit weiteren Details Rau, „Cum/Cum“ Geschäfte über Repos- und Wertpapierdarlehen nach dem BMF-Schreiben v. 17.7.2017, FR 2017, 1043 (1045 ff.); ebenso Fiand, NWB 2017, 3570 (3571 ff.).

20 Energisch Dutt/Spengel/Vay, StuW 2018, 229 (235 f.).

21 Kritisch in diesem Punkt zum „behelfsmäßigen Ansatz des BMF“ Florstedt, StuW 2018, 216 (225).

22 Zuletzt Helios/Gieffers, DB 2019, 263; a.A. Loritz, BB 2017, 2394 (2400, 2402).

23 FG Hessen, Urt. v. 10.2.2016 – 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084 (rkr.); FG Düsseldorf, Urt. v. 12.12.2016 – 6 K 1544/11 K, AO, EFG 2017, 602; FG Hessen, Urt. v. 10.3.2017 – 4 K 977/14, EFG 2014, 656. Zuletzt hat das FG Köln, Urt. v. 19.7.2019 – 2 K 2672/17 (dazu Eversloh, BB 2019, 1749) in einem Musterverfahren zu *cum-ex*-Geschäften die mehrfache Erstattung einer nur einmal einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer abgelehnt und Revision zum BFH zugelassen.

24 Spatscheck/Spilker, DB 2016, 2920; jüngst vertiefend zur strafrechtlichen Beurteilung Knigge/Wittig, ZWH 2019, 69 (74 ff.).

25 Dazu Schön, RdF 2015, 115; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785; Brandis in FS Gosch, 2016, S. 37; Florstedt, FR 2016, 641; Loritz, WM 2017, 309 (Teil I) und Loritz, WM 2017, 353 (Teil II); Müller/Schade, BB 2017, 1239; zuletzt Scheidt, Bonner Rechtsjournal (BRJ) 2019, 26.

26 So auch Jarass/Schick, BB 2019, 1568 (1569), die bei ihren rechtspolitischen Vorschlägen, die ungerechtfertigte Erstattung von nicht gezahlter Kapitalertragsteuer zu verhindern, *cum-cum*-Modelle explizit ausklammern.

Analyse der Funktionsweise von *cum-cum*-Gestaltungen²⁷ und etwaigen steuerjuristischen Angriffspunkten gegen diese²⁸ gehen. Das *cum-cum*-Gestaltungsfeld soll vielmehr zur Illustration einer Verwirrung bei der Missbrauchsabwehr im Kompetenzgefüge von 1. und 2. Staatsgewalt dienen. Missbrauchsabwehr im Steuerrecht ist zwar Aufgabe aller drei Staatsgewalten²⁹, aber es müssen die jeweiligen Funktionen und Grenzen im Verfassungsstaat geachtet werden. Denn Missbrauchsabwehr ist zugleich ein Problem der Funktionsabgrenzung und -zuständigkeit im gewaltengegliederten Staat und es geht um Kompetenzfragen. Das ist im Folgenden näher zu entfalten. Nachdem das BVerfG Missbrauchsabwehr nicht nur als legitime Aufgabe des Steuergesetzgebers ansieht, sondern unter Umständen eine Pflicht des Gesetzgebers zu effektiver Missbrauchsabwehr annimmt (II.), rücken die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Grenzen ins Blickfeld von Wissenschaft und Steuerpraxis. Die Aufgabe, missbrauchsfestes Steuerrecht zu schaffen, trifft primär den Gesetzgeber, der mit dem Zusammenspiel von speziellen Missbrauchsvorschriften und der Generalklausel (§ 42 AO) zugleich die Grundlage und den normativen Wertungsrahmen für die Missbrauchsaufsicht durch die Finanzverwaltung und die FG vorgibt (III.). Bei der Ausfüllung des gesetzlichen Wertungsrahmens verdienen die Verteilung der Rollen der Staatsgewalten im gewaltengegliederten Verfassungsstaat (IV.) sowie der Zeithorizont mit dem Rückwirkungsverbot für administrative Missbrauchsabwehr auf direktem (V.) wie indirekten Wege (VI.) besondere Aufmerksamkeit.

II. Verfassungsrechtliche Impulse für effektive und verhältnismäßige Missbrauchsabwehr im Steuerrecht

Ausgangspunkt ist im freiheitlichen Verfassungsstaat die freiheitsrechtlich verbürgte Gestaltungsfreiheit³⁰ der Bürger und Unternehmen. Diese erkennt auch die Steuerrechtsprechung an³¹. So betont der BFH unlängst, dass es „nach ständiger Rechtsprechung ... dem Steuerpflichtigen im Grundsatz frei (steht), seine Verhältnisse im Rahmen des rechtlich Zulässigen so einzurichten, dass sich für ihn eine möglichst geringe Steuerbelastung ergibt. Er kann deshalb von mehreren zur Verfügung stehenden rechtlichen Gestaltungsformen regelmäßig die für ihn steuerlich günstigste wählen“³². Allerdings gibt es kein Grundrecht des Steuerpflichtigen auf steueroptimierte Gestaltungen³³. Vielmehr ist die Gestaltungsfreiheit des Steuerpflichtigen notwendigerweise gesetzlich eingeeht³⁴. Jedes Steuergesetz trifft auf vielfach gut beratene Steuerpflichtige, die in ihren wirtschaftlichen Gestaltungen planmäßig eine steuermindernde oder -entlastende Sachverhaltsgestaltung suchen, die Formulierungsmängel, Regelungslücken und Steuernischen ausnutzt³⁵. Der Steuergesetzgeber darf dem Drang der Steuerpflichtigen zur Steueroptimierung legitimerweise gesetzliche Gestaltungsgrenzen entgegenstellen. Das Ziel der Bekämpfung von legalen, jedoch unerwünschten und dem Gesetzeszweck zuwiderlaufenden Steuergestaltungen ist ein legitimer Zweck, der grundsätzlich Ungleichbehandlungen i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen kann³⁶. Dabei darf die grundrechtlich geschützte Freiheit zum gleichheitsrechtlich gebotenen Schutze der staatlichen Gemeinschaft nur *durch das Gesetz* begrenzt werden³⁷. Auch § 42 AO greift nur, wenn und soweit einer gewählten Gestaltung

das Gesetz entgegensteht³⁸. Gestaltungsschranke ist nur das Gesetz und nicht bloß eine Verwaltungsansicht.

Im Verfassungsstaat ist der Gesetzgeber in bestimmten Konstellationen verpflichtet, zum Schutze der Grundrechte der Bürger einzuschreiten³⁹. Den Steuerstaat trifft gleichheitsrechtlich eine Schutzpflicht zur Missbrauchsabwehr⁴⁰. Der Steuergesetzgeber muss übermäßiger Gestaltungsfreiheit Schranken zur Gewähr der Steuergleichheit entgegensetzen. Die Forderung nach Gestaltungsresistenz bestätigt die neuere Rechtsprechung des BVerfG, wonach „unter Umständen ... aus dem Gebot der gleichheitsgerechten Besteuerung sogar eine Pflicht folgt, Möglichkeiten für Umgehungsgestaltungen im Gesetz zu vermeiden“⁴¹. Dies bedeutet indes keinen Freibrief für eine schrankenlose Missbrauchsabwehr im Verfassungsstaat. Vor allem stellt sich *verfassungsrechtlich* die Frage⁴², wer unter welchen Voraussetzungen ab wann als missbräuchlich angesehenen Gestaltungen Grenzen setzen darf. Der nur an die Verfassung gebundene Gesetzgeber ist dabei naturgemäß freier als die an das Gesetz gebundene Exekutive und die sie kontrollierende Rechtsprechung⁴³. Innerhalb der Verfassung genießt der Gesetzgeber Freiräume, die der 2. und 3. Gewalt gerade nicht zustehen. Im Wege von Spezialregelungen kann der Gesetzgeber missliebigen Gestaltungen im Rahmen der Verfassung Grenzen setzen, die nicht unter die allgemeine Missbrauchsklausel fallen. Insofern geht es im Steuerstaat um eine arbeitsteilige, aber auch funktionsgerechte Missbrauchsabwehr durch die einzelnen

27 Dazu bereits *Dutt/Spengel/Vay*, StuW 2018, 229 (223 ff.).

28 Dazu eingehend und kritisch zu Rechtsprechung und Verwaltungsmeinung bereits *Florstedt*, StuW 2018, 216.

29 *Driën* in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 1 (Juli 2017); *Ratschow* in *Klein*, AO¹⁴, 2018, § 42 Rz. 8.

30 *Schwarz/Pahlke*, AO/FGO, § 42 AO Rz. 10 (Febr. 2010).

31 Aus der jüngeren Rechtsprechung BFH, Urt. v. 19.1.2017 – IV R 10/14, BStBl. II 2017, 466 Rz. 46 = FR 2017, 490; BFH, Urt. v. 22.6.2017 – IV R 42/13, BFHE 259, 258 = FR 2018, 312 Rz. 60.

32 BFH, Urt. v. 12.7.2012 – I R 23/11, BFHE 238, 344 = FR 2013, 127 = DStR 2012, 2058 Rz. 30 m.w.N. zu § 42 AO a.F.

33 *Driën* in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 38 (Juli 2016) m.w.N.; a.A. *Heurung* in *Erle/Sauter*, KStG³, 2010, Einführung Rz. 65.

34 *Driën*, DStJG 37 (2014), 9 (57 f.).

35 *P. Kirchhof*, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt in FS Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, S. 11 (31); ebenso *Müller-Franken*, Maßvolles Verwalten, 2004, 230 f.

36 BVerfG, Beschl. v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, BVerfGE 145, 106 Rz. 126 m.w.N. = FR 2017, 577 m. Anm. *Suchanek*.

37 In diesem zentralen Punkt übereinstimmend *Schön*, DStJG 33 (2010), 29 (37 f.).

38 Zutreffend BFH, Urt. v. 19.1.2017 – IV R 10/14, BStBl. II 2017, 466 Rz. 46 = FR 2017, 490.

39 Allgemein *Höfling* in *Sachs*, GG⁸, 2018, Art. 1 Rz. 98 m.w.N.

40 Näher *Driën*, StuW 2008, 154 (157 ff.); *Driën* in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 38 (Juli 2016); zustimmend *Hey*, DStJG 33 (2010), 139 (166); *Gabel*, Verfassungsrechtliche Maßstäbe spezieller Missbrauchsnormen im Steuerrecht, 2011, 56 ff.; *Osterloh-Konrad/Heber/Beuchert*, Anzeigepflichten, MPI Studies in Tax Law and Public Finance 7, 2017, 6 f.

41 BVerfG, Urt. v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217 Rz. 123 = FR 2018, 427.

42 Zu unionsrechtlichen Impulsen die Missbrauchsabwehr im Steuerrecht jüngst – sehr weitgehend – *Lindermann*, Normbehauptung im Steuerrecht durch das europäische Missbrauchsverbot, 2019, 169 ff. zum unionsrechtlichen Missbrauchsverbot.

43 *Robbers* in *Bonner Kommentar zum GG*, Art. 20 Abs. 3 Rz. 3243 f. (Jan. 2014) zur „Privilegierung“ der Gesetzgebung gegenüber vollziehender Gewalt und Rechtsprechung.

Staatsgewalten. Die vom Staat eingesetzten Instrumente zur Missbrauchsabwehr müssen effektiv und zugleich verhältnismäßig sein. Auch wenn das Ziel der Verhinderung von Steuerumgehung legitim ist, erlaubt es nicht jedes, sondern nur verhältnismäßige Mittel⁴⁴. Bei der auf die allgemeine Missbrauchsverordnung gestützten Rechtsanwendung ist eine unverhältnismäßige Beschneidung der freiheitsrechtlich fundierten Gestaltungsfreiheit durch eine methodisch kontrollierte Auslegung des § 42 AO zu verhindern⁴⁵. Gleichmaßen gelten für spezialgesetzliche Missbrauchsverordnungen verfassungsrechtliche Grenzen⁴⁶. Der 2. Senat des BVerfG hat in seiner Entscheidung zu § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG die Regelung wegen einer willkürlichen Missbrauchstypisierung als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG angesehen⁴⁷. Denn die Grenzen zulässiger Typisierung sind überschritten, wenn die gesetzliche Missbrauchstypisierung einen atypischen Fall als Leitbild wählt und sich nicht realitätsgerecht am typischen Fall orientiert. Ohne Bezugnahme darauf hat der 1. Senat des BVerfG sodann in seiner Entscheidung zu § 7 Satz 2 GewStG die verfassungsrechtlichen Vorgaben offenbar großzügiger interpretiert, weil er eine auch fiskalisch motivierte und nicht zielgenau wirkende Missbrauchsabwehr gebilligt hat⁴⁸. Die Grenzlinien für typisierende Missbrauchsregelungen erscheinen verfassungsgerichtlich noch nicht konsensfähig vermessen zu sein⁴⁹. Jedenfalls den Missbrauchs-kern deutlich überschneidende und unwiderlegliche Typisierungen verletzen aber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁵⁰.

Innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens trifft der Gesetzgeber mit seiner – nunmehr zu behandelnden – Wahl der Instrumente zur Missbrauchsabwehr eine für die Missbrauchs-aufsicht durch die Finanzverwaltung und die FG zentrale Weichenstellung.

III. Zusammenwirken spezieller und allgemeiner Missbrauchsverordnungen im Steuerrecht

Beim Kampf gegen unliebsame Steuergestaltungen stehen dem Gesetzgeber mit der Generalklausel (§ 42 AO) und Spezialverordnungen verschiedene Instrumente zur Verfügung. Mit der Auswahl über den Einsatz dieser Instrumente trifft der Gesetzgeber bereits eine weitreichende Grundentscheidung und Wertungsgrundlage für die administrative Missbrauchsabwehr.

1. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und Folgerichtigkeitsgebot bei der Missbrauchsabwehr

Die Gestaltungsfreiheit, die das BVerfG dem Steuergesetzgeber in ständiger Rechtsprechung attestiert⁵¹, gilt – im Rahmen der Verfassung (s. II.) – auch für die Missbrauchsabwehr. Erst der Steuergesetzgeber schafft das Steuerrecht und die Vorschriften, um qualifizierte Steuerumgehung durch die Steuerpflichtigen zu unterbinden. Die verfassungsgerichtliche Formel, das Steuerrecht lebe aus dem „Diktum des Steuergesetzgebers“⁵² hat für ihn eine Kehrseite. Der Gesetzgeber legt zugleich den Grund für die administrative Missbrauchsabwehr. Denn die primäre Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hat immer Folgen für die sekundäre Absicherung der Steuergesetze gegen Missbräuche. Diese kann bei im Gesetz angelegten Brüchen und Systemfehlern mit § 42 AO nur wenig ausrichten⁵³. Administrative Missbrauchsabwehr ist gesetzgebunden. Dabei gilt das Gebot der

Folgerichtigkeit. Der Gleichheitssatz steht nicht nur als Impuls hinter den Maßnahmen zur Missbrauchsabwehr (s. II.), er fordert zudem, „einen Rechtssatz im Zusammenklang mit der jeweils betroffenen Rechtsordnung ‚folgerichtig‘ zu entwickeln“⁵⁴. Folgerichtigkeit betrifft nicht allein den Gesetzgeber⁵⁵, sondern auch den Gesetzesvollzug. Gefordert ist die folgerichtige Gesetzesanwendung⁵⁶. Denn das Gebot der folgerichtigen Umsetzung der gesetzlichen Belastungsentscheidung gilt auch für den Gesetzesvollzug durch die Finanzbehörden und die Rechtsprechung⁵⁷. Folgerichtigkeit bei der Anwendung der Generalklausel bedeutet einerseits die Anerkennung des ggf. umgangenen Steuergesetzes, auch wenn dieses imperfekt sein mag. Im Wege der sekundären Missbrauchsabwehr durch die Finanzbehörde nach § 42 AO kann das imperfekte Steuergesetz nur vor Umgehungen geschützt, nicht aber perfektioniert werden. Weiterhin muss die Generalklausel im Einklang mit dem „Sinn- und Wertungszusammenhang der jeweiligen Rechtsordnung“⁵⁸ angewendet werden. Darum darf die Anwendung von § 42 AO den „gesetzlichen Tatbestands- wie Rechtsfolgenvorgaben und der gesetzlichen Entscheidung“ für eine „spezialgesetzliche Regelung zur Verhinderung von Steuergestaltungsmisbräuchen“ nicht widersprechen⁵⁹.

2. Grundsätzliche Sperrwirkung spezieller Missbrauchsverordnungen und Ausnahmen

a) Wertungsvorrang und -rückschlag spezieller Missbrauchsverordnungen

Die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen § 42 AO und speziellen Vorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung ist alt und streitanfällig⁶⁰. *Albert Hensel* hat bereits

44 *Drüen*, StuW 2008, 154 (158 f.).

45 *Drüen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 38 (Juli 2016) m.w.N.

46 Näher *Hey*, DSTJG 33 (2010), 139 (167 ff.); *Gabel*, Spezielle Missbrauchs-normen und der allgemeine Gleichheitssatz, StuW 2011, 3 (10 ff.).

47 BVerfG, Beschl. v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, BVerfGE 145, 106 Rz. 121 ff. = FR 2017, 577 m. Anm. *Suchanek*.

48 BVerfG, Urt. v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217 Rz. 119 ff. = FR 2018, 427.

49 Zu diesen Grenzen näher *Drüen*, Ubg. 2018, 605 (612 ff.).

50 *Drüen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 38 (Juli 2016) m.w.N.

51 Nachweise aus der Rechtsprechung und Literatur bei *Drüen* in Tipke/Kruse, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, § 3 AO Rz. 44 ff. (April 2016).

52 BVerfG, Urt. v. 24.1.1962 – 1 BvR 232/60, BVerfGE 13, 318 (328) im Anschluss an *Bühler/Strickrodt*, Steuerrecht I³, 1960, 658; zuletzt BVerfG, Urt. v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350 (364).

53 Näher *Drüen* in FS Spindler, 2011, S. 29 (49 f.).

54 So *P. Kirchhof*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII³, § 181 Rz. 172.

55 Dazu BVerfG, Urt. v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (231 ff.); *Wollenschläger* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, 2018, Art. 3 Rz. 199.

56 *Drüen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 362a (Okt. 2011).

57 BVerfG, Beschl. v. 29.10.1999 – 2 BvR 1264/90, BVerfGE 101, 132 (138); zur Rechtsprechung auch *Heun* in Dreier, GG³, 2013, Art. 3 Rz. 64.

58 Allgemein *P. Kirchhof* in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. VIII³, 2010, § 181 Rz. 209.

59 So die tragende Begründung von BFH, Urt. v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 Rz. 58 = FR 2000, 446 m. Anm. *Fischer*.

60 Zuletzt Positionsanalyse bei *Kraft*, IStR 2018, 614 (620 f.).

in seiner grundlegenden Arbeit zur Dogmatik der Steuerumgehung vertreten, dass die in den einzelnen Steuergesetzen zur präventiven Umgehungsverhütung aufgestellten Sondertatbestände uneingeschränkt im Verhältnis der Spezialität zur Generalklausel des (heutigen) § 42 AO stehen: Die Generalklausel ist danach stets getreu dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali*⁶¹ gesperrt⁶². In Anschluss daran formuliert *Peter Fischer*, § 42 AO werde derogiert, „wenn und soweit der Gesetzgeber seine Wertung für einen speziellen Bereich konkretisiert hat und daher mangels Tatbestandsmäßigkeit des Spezialgesetzes für eine hiervon unabhängige Bewertung als Steuerumgehung regelmäßig die normative Grundlage fehlt“⁶³. Auch *Dietmar Gosch* sieht neben einem „spezialgesetzlich konkretisierten Missbrauchsverdikt“ keinen Raum für die Anwendung des § 42 AO⁶⁴. *Georg Crezelius* plädiert für eine „vorsichtige“ Behandlung der „Konkurrenzproblematik“, wonach § 42 AO bei kodifizierten Steuerumgehungstatbeständen nur ganz ausnahmsweise zur Anwendung kommen könne⁶⁵. Dagegen hat *Klaus Tipke* § 42 AO a.F. auch dann für anwendbar erachtet, wenn ein Tatbestandsmerkmal einer Sondervorschrift zur Bekämpfung der Steuerumgehung nicht erfüllt ist: Die Spezialklauseln sollen danach § 42 AO nicht verdrängen oder entschärfen, sondern vielmehr nur den Zugriff in typischen Fällen erleichtern⁶⁶. Diese Sicht entspricht dem mehrfach bekräftigten legislativen Ziel „multipler Missbrauchsabwehr“, wie sie zuletzt § 42 Abs. 1 Satz 3 AO eröffnen soll⁶⁷. Die Finanzverwaltung versteht diese Regelung so, dass allein das Vorliegen einer einzelgesetzlichen Regelung, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, die Anwendbarkeit des § 42 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 AO nicht ausschließt⁶⁸.

Gegen die aus Sicht der Finanzverwaltung parallele Anwendbarkeit des § 42 AO und einer tatbestandlich nicht vollständig erfüllten speziellen Vorschrift zur Missbrauchsabwehr steht indes die ständige Rechtsprechung des BFH. Er vertritt unter überwiegendem⁶⁹ Beifall der Literatur⁷⁰ die Ansicht, dass spezielle Missbrauchsvorschriften als umfassende Sonderregelungen die Anwendung der allgemeinen Umgehungsvorschrift des § 42 AO verdrängen⁷¹. In seinem Urteil zum sog. Dividenden-Stripping hat der I. Senat diese Sicht bekräftigt und die Gesetzeskonkurrenz für die betroffenen Sachverhaltskonstellationen generell zugunsten „einer ausschließlichen und abschließenden Anwendung des § 50c EStG“ vor § 42 AO aufgelöst⁷². Dieser Vorrang gilt nach Ansicht des I. Senates selbst dann, wenn die Spezialklausel tatbestandlich nicht erfüllt ist, weil aufgrund der spezialgesetzlichen Konkretisierung kein Missbrauchsvorwurf i.S.d. § 42 Abs. 1 Satz 1 AO zu machen ist und § 42 Abs. 2 AO a.F. leer läuft⁷³. Ebenso kann nach *Peter Fischer* § 42 AO in diesem Fall gar nicht mehr angewendet werden, weil die Feststellung der Gesetzesumgehung nicht mehr getroffen werden kann⁷⁴. Der Gesetzgeber habe ein missbrauchsverdächtiges Feld gesichtet und durch die Spezialklausel seinen „claim“ abgesteckt⁷⁵. Darauf gestützt hat der BFH judiziert: „Hat der Gesetzgeber ein missbrauchsverdächtiges Feld gesichtet und durch eine Spezialvorschrift abgesteckt, legt er für diesen Bereich die Maßstäbe fest und sichert eine einheitliche Rechtsanwendung, die Gestaltungssicherheit gewährleistet“⁷⁶. Nach *Dietmar Gosch* wird § 42 AO generell und ausnahmslos blockiert⁷⁷. Der Sicht, dass § 42 AO neben den speziellen Missbrauchsabwehrvorschriften keine Anwendung findet, folgen auch grundlegendere Untersuchungen zur Missbrauchsabwehr⁷⁸.

Die Ansicht des BFH und der h.M. ist nicht nur sachlich vorzugswürdig, sondern auch normlogisch und kompetenzrechtlich zwingend. Sie achtet die Entscheidung des parlamentarisch legitimierten Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Steuertatbestände und ihrer Absicherung vor Steuerumgehungen. Der Gesetzgeber kann angesichts des Innovationsdranges der Steuerpflichtigen und ihrer Berater zur Steuerminimierung schwerlich alle möglichen Umgehungswege voraussehen und etabliert deshalb Ersatztatbestände und spezielle Vorschriften zur präventiven Umgehungsverhinderung⁷⁹. Wenn er innerhalb eines spezifischen Bereiches durch einen Umgehungstatbestand konkretisiert, welche Gestaltung er als angemessen akzeptiert und welche nicht, so kann diese Entscheidung nicht durch den Rekurs auf den allgemeinen Umgehungstatbestand revidiert werden, zumal § 42 AO keinen eigenen normativen Maßstab für

-
- 61 Die speziellere Norm geht der allgemeineren vor (*Pahlke* in Schwarz/Pahlke, AO/FGO, § 4 AO Rz. 107 [Sept. 2016]).
- 62 *Hensel*, in Bonner Festgabe für Zitelmann, 1923, 217 (273 f.).
- 63 *P. Fischer* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 25 (März 2008).
- 64 *Gosch*, § 42 AO – Anwendungsbereich und Regelungsreichweite, Harzburger Steuerprotokoll 1999, 2000, 225, 237, 239 f.
- 65 *Crezelius*, StuW 1995, 313 (324).
- 66 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung (StRO), Bd. III, 1993, 1346 f.; für die Fassung bis 2008 bekräftigend *Tipke*, StRO, Bd. III², 2012, 1688. Dagegen bezeichnet er die Neufassung des § 42 AO ab 2008 angesichts ihrer Aushöhlung durch Spezialvorschriften als „(nur noch subsidiär geltende) Aufgangsvorschrift“ (*Tipke*, StRO, Bd. III², 2012, 1689).
- 67 Zur Gesetzesgeschichte näher *P. Fischer* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 10 ff. (März 2008).
- 68 AEAO zu § 42 Rz. 1 a.E.
- 69 A.A. aber *Koenig*, AO³, 2014, § 42 AO Rz. 15.
- 70 Neben den nachfolgend zitierten *Hoffmann* in Koch/Scholtz, Abgabenordnung⁵, 1996, § 42 Rz. 3; *Sorgenfrei*, Zum Urteil des BFH in Sachen Dividenden-Stripping, FR 2000, 441 (442); *Vogel*, Künstlergesellschaften und Steuerumgehung, StuW 1996, 248 (251); aus jüngerer Zeit zu § 4f EStG als *lex specialis*, der § 42 AO verdrängt *Krumm* in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 4f EStG Rz. 17 (Nov. 2017).
- 71 BFH, Urt. v. 13.12.1989 – I R 118/87, BStBl. II 1990, 474, 477 = FR 1990, 491; Urt. v. 23.10.1991 – I R 40/89, BStBl. II 1992, 1026, 1028; Urt. v. 23.10.1996 – I R 55/95, BStBl. II 1998, 90 = FR 1997, 222 m. Anm. *Kempermann* (91).
- 72 BFH, Urt. v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 Rz. 57 = FR 2000, 446 m. Anm. *Fischer*.
- 73 Bestätigend zu § 50c EStG 1987 BFH, Beschl. v. 20.11.2007 – I R 85/05, BFHE 223, 414 = BStBl. II 2013, 287 = FR 2009, 481.
- 74 So noch *P. Fischer* in Boruttau, GReStG¹⁶, 2007, § 1 Rz. 820.
- 75 *P. Fischer*, Urteilsanmerkung, FR 2000, 451 (452).
- 76 BFH, Urt. v. 18.12.2013 – I R 25/12, GmbHR 2014, 605 Rz. 18 (ebenso *Blümich/Ettlich*, EStG/KStG/GewStG, § 36a Rz. 111 [Nov. 2016]) sowie zu den Folgen Rz. 21: „Die positiv-gesetzlich geregelten Ausschlussstatbestände wirken dann als regelungsabschließende materielle Typisierungen u.U. missbrauchsanfälliger Sachverhaltsgestaltungen, welche im Rahmen ihres Regelungsbereichs gleichermaßen tatsächlich missbräuchliche ebenso wie – in der Regelungswirkung „überschießend“-missbrauchsverdächtige Gestaltungen erfassen. Darüber hinaus belassen sie jedoch keinen Raum für die Anwendung der allgemeinen Missbrauchsverhinderungsnorm des § 42 AO a.F. Der Rückgriff darauf wird versperrt. Die positiv-geregelten Ausschlussstatbestände wirken insoweit als abschließend“.
- 77 *Gosch*, KÖSDI – 19. Steuerrechtsprechungs-Forum 1999/2000, 2000, 12 f.
- 78 *Gabel* (Fn. 40), 41 ff.; *Franz*, Allgemeine Regeln zur Bekämpfung von Steuerumgehung in Deutschland und dem Vereinigten Königreich, 2017, 177, 187.
- 79 So bereits *Hensel* (Fn. 1), 95 f.; ebenso *Danzer*, Die Steuerumgehung, 1981, 46 f.

die Angemessenheit einer Gestaltung enthält⁸⁰. Die Anwendung der allgemeinen Missbrauchsvorschrift des § 42 AO setzt ein Urteil über die Unangemessenheit einer Gestaltung voraus, ohne dass die Vorschrift selbst den Wertungsmaßstab für die Angemessenheit liefern kann⁸¹. „Angemessenheit“ als Relationsbegriff setzt immer einen Bezugspunkt und einen Wertungsmaßstab voraus⁸², ohne die kein Missbrauchsverdikt getroffen werden kann. Spezielle Missbrauchsvorschriften konkretisieren die Unangemessenheit, so dass eine nach der Spezialnorm nicht unangemessene Gestaltung nicht nach anderen Maßstäben im Rahmen des § 42 AO zugleich unangemessen sein kann⁸³. Diese Konkretisierungswertung und -wirkung im Sinne eines „Wertungsstandards“⁸⁴ greift im konkreten Missbrauchsfeld über die Spezialvorschrift hinaus und gilt, ob der Gesetzgeber es will oder nicht, allgemein⁸⁵. Der spezialgesetzliche Wertungsvorrang schließt einen Missbrauchsvorwurf i.S.d. § 42 Abs. 1 Satz 1 AO aus⁸⁶. Die spezialgesetzlichen Wertungen schlagen auf die Generalklausel durch und sind vom Rechtsanwender wegen des Gebots folgerichtiger Rechtsanwendung zu berücksichtigen⁸⁷. Diesen unausweichlichen „Wertungsrückschlag“⁸⁸ kann der Gesetzgeber nicht verhindern. Der Konkretisierungswirkung von speziellen Missbrauchsvorschriften kann sich der Gesetzgeber namentlich nicht durch einen unspezifizierten „Anwendungsvorbehalt“⁸⁹ von § 42 AO entziehen.

Auch wenn der Gesetzgeber keine Sperrfunktion intendiert, so hat eine Spezialregelung aber die Sperrwirkung zur Folge. Das gilt auch für *cum-cum*-Transaktionen trotz des ab 2016 geltenden Vorbehalts des § 36a Abs. 7 EStG. Nach der Gesetzesbegründung soll dies klarstellen, dass § 42 AO auch dann anwendbar bleibt, wenn ein Steuerpflichtiger die Anforderungen für eine Anrechnung der Kapitalertragsteuer nach § 36a Abs. 1 bis 5 EStG erfüllt⁹⁰. Dieser Missbrauchsvorbehalt des § 36a Abs. 7 EStG widerspricht aber dem in § 42 Abs. 1 Satz 2 AO angelegten Rechtsfolgenvorrang der spezielleren Missbrauchsvermeidungsregelung⁹¹. Die Kommentarliteratur lehnt diese Gesetzesbegründung unter Hinweis auf die aufgezeigte Missbrauchskonkretisierung ab und schließt einen Missbrauch i.S.d. § 42 Abs. 2 Satz 1 AO aus, wenn die Voraussetzungen des § 36a Abs. 1 bis 5 EStG erfüllt sind⁹². Selbst wenn § 36a EStG keine abschließende Regelung sein soll⁹³, so konkretisiert die Vorschrift innerhalb ihres abstrakten Anwendungsbereichs, wann die Anrechnung von Kapitalertragsteuer nach der Wertung des Gesetzgebers erfolgen soll und wann nicht. Trotz des legislativischen Versuchs, eine Sperrwirkung von § 36a EStG gegenüber § 42 AO durch § 36a Abs. 7 EStG zu unterbinden⁹⁴, entfaltet die spezielle Missbrauchsvorschrift eine „gewisse Abschirmwirkung“⁹⁵ (zu Ausnahmen sub III. 2. b]). Denn ein spezialgesetzlicher typisierender Missbrauchstatbestand wirkt sich reflexartig auf § 42 AO aus, weil dessen Missbrauchskonkretisierung in die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Unangemessenheit einfließen muss⁹⁶. Sie erzeugt als materielle Typisierung grundsätzlich Sperrwirkung⁹⁷. Überdies würde die Anwendung der „grobsteuernden“ allgemeinen Missbrauchsvorschrift die vom Gesetzgeber intendierte Feinststeuerung mit Hilfe einer Spezialklausel konterkarieren⁹⁸. Deshalb sperrt die gesetzliche Koppelung von Missbrauchstatbestand und spezieller Rechtsfolge⁹⁹ im abstrakten Anwendungsbereich der Sondervorschrift den Rückgriff auf die allgemeine Missbrauchsklausel des § 42 AO. Das ist keineswegs ein steuerrechtlicher Sonderweg, sondern eine allgemeine juristische Erkenntnis. Spezialität

bedeutet die Subordination des allgemeinen Gesetzes gegenüber dem spezielleren Gesetz¹⁰⁰. Auch im Zivilrecht sind die allgemeinen Grundsätze über den Rechtsmissbrauch unanwendbar, soweit abschließende Sonderregelungen bestehen¹⁰¹.

Den sperrenden Vorrang spezieller Missbrauchsvorschriften gegenüber § 42 AO hat die Rechtsprechung – wie belegt – mehrfach bekräftigt. Jüngst hat das FG Hessen in einem Umwandlungsfall ganz auf der hergebrachten Argumentationslinie ausgeführt, dass die spezialgesetzlichen Regelungen trotz § 42 Abs. 1 Satz 3 AO nicht durch den Rückgriff auf die allgemeine Missbrauchsverhinderungsvorschrift des § 42 AO ausgehebelt werden (dürfen)¹⁰². Es zieht daraus den zutreffenden Schluss: Hat der Gesetzgeber mittels spezieller Missbrauchsbekämpfungsnormen die Grenzen des Missbrauchs gezogen, ist es we-

80 Zum umgangenen Steuergesetz als normativem Maßstab der Angemessenheitsprüfung bereits *Danzer* (Fn. 79), 94; zustimmend *P. Fischer*, *StuW* 1995, 87 (94).

81 Dazu und zum Folgenden *Drüen* in *Tipke/Kruse*, *AO/FGO*, Vor § 42 AO Rz. 18 (Juli 2016).

82 Näher *Drüen*, *DStZ* 2006, 539; *Drüen*, *StuW* 2008, 154.

83 *Tonner* in *Bordewin/Brandt*, *ESTG*, § 4f Rz. 32 (Jan. 2015); *Birk/Desens/Tappe*, *Steuerrecht*²¹, 2018, Rz. 333; *Drüen* in *Tipke/Kruse*, *AO/FGO*, Vor § 42 AO Rz. 13a (Juli 2016); *Englisch* in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*²³, 2018, § 5 Rz. 124; *Sieker* in *FS BFH*, 2018, S. 385 (396).

84 Treffend *Kirchhof/Gosch*, *ESTG*¹⁸, 2019, § 50d *ESTG* Rz. 30.

85 *Drüen* in *Tipke/Kruse*, *AO/FGO*, Vor § 42 AO Rz. 13a (Juli 2016).

86 *BFH*, *Beschl. v. 20.11.2007 – I R 85/05*, *BFHE* 223, 414 = *BStBl. II* 2013, 287 zu = *FR* 2009, 481 § 50c *ESTG* 1987; allgemein *Gabel* (Fn. 40), 42.

87 Ähnlich *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, *UmwG/UmwStG*⁸, 2018, § 15 *UmwStG* Rz. 241 unter Hinweis auf das Gebot der Widerspruchsfreiheit.

88 Zustimmend *Hey*, *DStR-Beihefte* 3/2014, 8* (11*).

89 Begriff bei *Hahne/Völker*, *RdF* 2017, 50 (51).

90 Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses v. 8.6.2016 zum Entwurf eines Investmentsteuerreformgesetzes, *BT-Drucks.* 18/8739, 114; dem unkritisch folgend *Anemüller* in *Kanzler/Kraft/Bäumel/Hechtner/Marx*, *ESTG*⁴, 2019, § 36a Rz. 141.

91 *Kirchhof/Gosch*, *ESTG*¹⁸, 2019, § 36a Rz. 14; ebenso *Hoffmann* in *Frotscher/Geurts*, *ESTG*, § 36a Rz. 84 (Aug. 2018).

92 *Blümlich/Ettlich*, *ESTG/KStG/GewStG*, § 36a Rz. 111 (Nov. 2016); *Link* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, *ESTG/KStG*, § 36a *ESTG* Anm. 40 (April 2018); *Reiter* in *Lademann*, *ESTG*, § 36a *ESTG* Rz. 70 (März 2019); ebenso unter Hinweis auf eine gebotene einschränkende Auslegung *Hoffmann* in *Frotscher/Geurts*, *ESTG*, § 41a Rz. 84 (Aug. 2018) sowie *Hahne/Völker*, *RdF* 2017, 50 (51): „Praktische Anwendungsfälle dürften selten sein“.

93 *Hasselmann* in *Littmann/Bitz/Pust*, *Das Einkommensteuerrecht*, § 36a *ESTG* Rz. 15 (Juni 2017).

94 *Florstedt*, *StuW* 2018, 216 (227) spricht von einem nicht zufriedenstellenden „spezialgesetzlichen“ Notbehelf“.

95 *Haarmann*, *IStR* 2018, 561 (572).

96 *Hey*, *StuW* 2008, 167 (173); *Blesinger/Viertelhausen* in *Kühn/v. Wedelstädt*, *AO/FGO*²², 2018, § 42 AO Rz. 6.

97 *Hey*, *DStR-Beihefte* 3/2014, 8* (11*).

98 Dazu in anderem Kontext *Seer/Drüen*, *BB* 2000, 2176 (2182 f.).

99 *Vgl. BFH*, *Urt. v. 15.12.1999 – I R 29/97*, *BStBl. II* 2000, 527 = *FR* 2000, 446 m. Anm. *Fischer* (532): „Gesetzliche Tatbestands- wie Rechtsfolgenvorgaben ... der spezialgesetzlichen Regelung“.

100 *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. II, 2003, § 33 Rz. 178.

101 *Grüneberg* in *Palandt, BGB*⁷⁹, 2020, § 242 Rz. 38.

102 *FG Hessen*, *Urt. v. 29.11.2017 – 4 K 127/15*, *EFG* 2018, 486 Rz. 36: „§ 42 AO kann nur dann Anwendung finden, wenn eine Spezialvorschrift nicht abschließenden Charakter hat. Es gilt der Grundsatz, dass die speziellere Vorschrift der allgemeinen Vorschrift vorgeht. Wird durch spezielle Missbrauchsvorschriften eine Typisierung des § 42 AO vorgenommen und damit für den Einzelfall die Unangemessenheit konkretisiert, dürfen die spezialgesetzlichen Regelungen trotz § 42 Abs. 1 Satz 3 AO nicht durch den Rückgriff auf die allgemeine Missbrauchsverhinderungsvorschrift des § 42 AO ausgehebelt werden“.

der Aufgabe der Verwaltung noch der Gerichte, etwaig verbliebene Rechtsfolgelücken mittels des § 42 AO zu schließen¹⁰³. Das ist richtig und gilt gleichermaßen für die (rückwirkende) Aufarbeitung von *cum-cum*-Transaktionen.

b) Ausnahme: Unechte Spezialvorschriften und missbräuchliche Vermeidung der speziellen Missbrauchsvorschrift

Die zur Konkurrenz bei den Missbrauchsvorschriften im Steuerrecht von Rechtsprechung und h.M. angenommene Sperrwirkung spezieller Missbrauchsvorschriften ist allerdings nicht absolut. Ausnahmen gelten für die beiden Fallgruppen der unechten Spezialvorschrift oder des „Missbrauchs der Missbrauchsvorschrift“¹⁰⁴. § 42 Abs. 1 Satz 3 AO hebt zwar nicht generell die Sperrwirkung spezieller Missbrauchsvorschriften auf, setzt aber voraus, dass die „Regelung in einem Einzelsteuergesetz, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient“, tatsächlich als echte und abschließende Spezialvorschrift zu begreifen ist¹⁰⁵. Das ist die im Wege der Auslegung der konkreten Norm zu beantwortende Frage. Während im Strafrecht die Spezialität als „die einfachste und anwendungssicherste Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz“ erscheint¹⁰⁶, die im Vergleich zu den anderen Erscheinungsformen der Gesetzeinheit (Subsidiarität, Konsumtion) „zu relativ eindeutigen Ergebnissen“ führen soll¹⁰⁷, bedarf die Feststellung eines echten Spezialitätsverhältnisses im Steuerrecht eingehender Auslegungserwägungen¹⁰⁸.

Die zweite Eingrenzung der Sperrwirkung betrifft Fälle, bei denen die Spezialität der Missbrauchsverhinderungsvorschrift zwar feststeht, ihre Tatbestandsmerkmale aber umgangen werden¹⁰⁹. Gestaltungen gezielt um die Tatbestandsvoraussetzungen von echten Spezialvorschriften können nach der Rechtsprechung und der h.M. nicht mit § 42 AO aufgegriffen und bekämpft werden¹¹⁰, es sei denn, es liegt die missbräuchliche Vermeidung der speziellen Missbrauchsvorschrift vor. Jüngere Entscheidungen der FG wenden § 42 AO unter Hinweis auf literarische Vorarbeiten¹¹¹ im Fall der missbräuchlichen Vermeidung der speziellen Missbrauchsvorschrift an¹¹². Dies gilt freilich nicht bei vom Gesetzgeber gesetzten Grenzen oder Werten, weil durch die legislative Konkretisierung im Rahmen der von den Spezialvorschriften abgesteckten Grenzen für den Steuerpflichtigen auch eine Gestaltungssicherheit gewährleistet sein muss¹¹³.

c) Sperrende Nachwirkung aufgehobener Spezialvorschriften?

Der gesetzliche Wertungsrahmen für die Missbrauchsaufsicht durch die Finanzverwaltung kann sich „auf der Zeitachse“ ändern. Das Verhältnis von geändertem oder aufgehobenem Spezialgesetz zu § 42 AO stellt sich gerade beim Dividendenstripping durch die Aufhebung von § 50c EStG mit seiner Börsenklausel. Nach allgemeiner Ansicht enthielt (s. bereits III. 2. a)) § 50c EStG eine spezialgesetzliche Konkretisierung der allgemeinen Missbrauchsvorschrift des § 42 AO¹¹⁴. Neben und im Anwendungsbereich des § 50c EStG konnte die Zurechnung von Dividendenbezügen bzw. die Anrechnung von Steuern nicht unter Berufung auf § 42 AO als rechtsmissbräuchlich ver sagt werden¹¹⁵. § 42 AO war verdrängt¹¹⁶.

Wilhelm Haarmann ist kürzlich für eine nachlaufende Sperrwirkung durch den im Zuge des Körperschaftsteuerlichen Systemwechsels aufgehobenen § 50c EStG eingetreten¹¹⁷. Auch wenn „es keinen Hinweis (gab), dass die Aufhebung geschah, um die Anwendung des § 42 AO zu ermöglichen“¹¹⁸, scheidet der Versuch der Perpetuierung einer Sperrwirkung trotz Aufhebung der Norm aus. Das Demokratieprinzip bewirkt ein Primat des späteren Gesetzgebers gegenüber dem früheren¹¹⁹. Der (schweigende) frühere Gesetzgeber kann nicht die spätere Gesetzesanwendung bestimmen. Auch wenn legislatorisch keine „Wertungsänderung“ bei *cum-cum*-Fällen erklärt oder ersichtlich ist¹²⁰, setzt der Wertungsvorrang einer Spezialregelung gerade wegen § 42 Abs. 1 Satz 3 AO zwingend eine *gesetzliche* Wertung voraus. Ohne Gesetz gibt es keine „nach wie vor geltende Wertung des Gesetzgebers“¹²¹. Missbrauchsabwehr ist notwendig *gesetzesgebunden* und insoweit auch zeitgebunden. Darum kann es zu einem „schwankenden Missbrauchsverdikt“ für verschiedene Zeitabschnitte aufgrund des geänderten Wertungsumfeldes für § 42 AO kommen. Das ist die natürliche Folge der zeitgebundenen Wertungsausfüllung des Angemessenheitskriteriums der allgemeinen Missbrauchsklausel innerhalb des *gesetzlichen* Wertungsrahmens. Ist der *spezialgesetzlich* erzeugte Wertungsdurchschlag der zentrale Grund für die Sperrwirkung spezieller Missbrauchsvorschriften (s. III. 2. a)), so fehlt ein normativer Ansatzpunkt für die Prolongation der Sperrwirkung einer ersatzlos aufgehobenen Vorschrift. *Haarmann* ist zuzustimmen, dass § 50c EStG nicht aufgehoben wurde, um nunmehr *cum-cum*-Fälle als missbräuchlich zu sanktionieren¹²². Ohne Rücksicht auf die Gründe der Aufhebung ent-

103 FG Hessen, Urt. v. 29.11.2017 – 4 K 127/15, EFG 2018, 486 Rz. 39.

104 *Drüen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 14 (Juli 2016) m.w.N.; zustimmend *Gabel* (Fn. 40), 43; *Franz* (Fn. 78), 177, 187.

105 *Drüen*, Ubg 2008, 31 (34).

106 So *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 33 Rz. 178.

107 So *Laue* in Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2⁸, 2014, § 55 Rz. 8.

108 Zutreffend *Pahlke* in Schwarz/Pahlke, AO/FGO, § 4 AO Rz. 107 (Sept. 2016); näher *Drüen*, Zur Konkurrenz gesetzlicher und richterrechtlicher Instrumente im Kampf gegen Umsatzsteuer-Karusselle, MwStR 2015, 841 (844).

109 *Englisch* in Tipke/Lang (Fn. 83), § 5 Rz. 124. *Hey*, DSStJG 33 (2010), 139 (146); *Hey*, DSStR-Beihefte 3/2014, 8* (12*).

110 Z.B. bei den grunderwerbsteuerrechtlichen Ergänzungstatbeständen *Hofmann*, GrEStG¹¹, 2017, § 1 Rz. 96, 114a, 137; *Pahlke*, GrEStG⁶, 2018, § 1 Rz. 272; *Franz* (Fn. 78), 187.

111 *Drüen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Rz. 20b (Okt. 2010).

112 FG Hamburg, Urt. v. 27.6.2017 – 6 K 127/16, EFG 2017, 1718, Rz. 112, 115; FG Düsseldorf, Urt. v. 29.3.2019 – 1 K 2163/16 E, F, juris Rz. 49.

113 Explizit und zutreffend FG Hessen, Urt. v. 29.11.2017 – 4 K 127/15, EFG 2018, 486 Rz. 39.

114 *P. Fischer* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 296 (Sept. 2008).

115 BFH, Beschl. v. 20.11.2007 – I R 85/05, BFHE 223, 414 = BStBl. II 2013, 287 = FR 2009, 481; *P. Fischer* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 296 (Sept. 2008).

116 *Spengel*, DB 2016, 2988 (2990):.

117 *Haarmann*, BB 2018, 1623 (1636).

118 *Haarmann*, BB 2018, 1623 (1636).

119 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 Rz. 53 = FR 2016, 326.

120 Darauf abhebend *Haarmann*, IStR 2018, 561 (568).

121 So aber *Haarmann*, IStR 2018, 561 (568).

122 *Haarmann*, IStR 2018, 561 (568).

fällt aber der sperrende Wertungsvorrang einer echten Spezialvorschrift mit ihrer Aufhebung¹²³. Denn Grundlage eines Missbrauchsvorwurfs ist immer und nur das Gesetz, so dass ohne gesetzliche Grundlage für eine fortwirkende „grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers“ kein Raum ist¹²⁴. Darum kann es ohne gesetzliche Grundlage weder ein Missbrauchsverdict noch eine Freistellung vom Missbrauchsvorwurf geben. Darum wirkt die frühere „faktische Legalisierung“ der *cum-cum*-Geschäfte durch die Börsenklausel¹²⁵ normativ nicht fort. Demgegenüber ist aber erwägenswert, ob die bewusste Nichteinbeziehung von – bereits damals verbreiteten und auch der Finanzverwaltung bekannten – *cum-cum*-Transaktionen im Jahressteuergesetz 2006¹²⁶ nicht als gesetzlicher Regelungsverzicht im Sinne einer legislatorisch verantworteten Akzeptanz dieser Gestaltungen zu deuten ist¹²⁷.

Jedenfalls ist *Haarmann* einzuräumen, dass ein subjektiver Missbrauchsvorwurf beim Dividendenstripping nach Aufhebung von § 50c EStG mit seiner Börsenklausel und der langjährigen Anerkennung durch die Finanzverwaltung eher schwer fällt¹²⁸. Diese Erkenntnis ist gerade angesichts der jüngeren Versuche der Stärkung subjektiver Missbrauchsmerkmale bei der Beurteilung von *cum-cum*-Gestaltungen¹²⁹ von Bedeutung. Der berechtigte Kern der Überlegungen von *Haarmann* liegt in der Frage, ob bei der Angemessenheitswertung für § 42 AO Börsengeschäfte, die der Gesetzgeber früher durch § 50c EStG explizit anerkannt und damit vom Missbrauchsvorwurf ausgenommen hat, weiterhin anders als andere Gestaltungen am Markt zu beurteilen sind¹³⁰. Das ist indes eine – an dieser Stelle nicht zu entscheidende – Wertungsfrage innerhalb des Angemessenheitsurteils i.S.v. § 42 Abs. 2 AO, aber keine Frage der Normanwendbarkeit aufgrund eines verlängerten Konkurrenzverhältnisses. Eine allgemeine objektiv wirkende nachlaufende Sperrwirkung von § 50c EStG a.F. ist darum nicht begründbar¹³¹.

3. § 36a EStG als spezielle, typisierte Missbrauchsvermeidungsregelung ab 2016

Der Gesetzgeber hat durch § 36a EStG ab 1.1.2016 speziell für die Anrechnung der Kapitalertragsteuer eine Missbrauchstypisierung eingeführt. Diese etabliert in zeitlicher und sachlicher Hinsicht mit dem Mindesthaltezeitraum (Abs. 2) und dem Mindestwertveränderungsrisiko (Abs. 3) spezifizierte und gegenüber dem Altrecht „verschärfte Anrechnungsvoraussetzungen“¹³². § 36a EStG ist eine spezifische, nach Tatbestand und Rechtsfolge typisierende Missbrauchsvermeidungsregelung¹³³. Diese spezielle Missbrauchsregelung¹³⁴ soll verhindern, dass die Besteuerung von Dividenden mittels sog. *cum-cum*-Geschäfte umgangen wird¹³⁵. Dabei verfolgt der Gesetzgeber in erklärter Orientierung an ausländische Vorbilder zur Kapitalertragsteuer¹³⁶ mit § 36a EStG ab dem 1.1.2016 ein neues Typisierungskonzept¹³⁷. Denn einerseits lassen sich aus § 42 AO selbst – ohne Setzung durch den Gesetzgeber – diese ab 1.1.2016 geltenden Wertungen und Kriterien nicht herleiten. Andererseits geht die spezielle Vorschrift weit über § 42 AO hinaus, weil sie im Wege materieller Typisierung auch Fälle erfasst, die nicht unter § 42 AO fallen. Darum wird § 36a EStG vielfach als überschießend und unverhältnismäßig angesehen¹³⁸. Ob sich § 36a EStG nach den verfassungsgerichtlichen Maßstäben für die legislative Missbrauchstypisierung rechtfertigen lässt¹³⁹, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden. Für die

hier im Zentrum stehende Frage der rückwirkenden Aufarbeitung der *cum-cum*-Geschäfte ist der zeitliche Anwendungsbereich entscheidend. Nach § 52 Abs. 35a EStG gilt die neue Missbrauchstypisierung für ab dem 1.1.2016 zufließende Kapitalerträge¹⁴⁰. Für zuvor zugeflossene Kapitalerträge gilt § 36a EStG dagegen nicht¹⁴¹. Auch der Vorbehalt einer missbräuchlichen Umgehung der Tatbestandsmerkmale einer speziellen Missbrauchsvorschrift (s. bereits III. 1. b]) scheidet dabei in concreto aus. Denn ein (noch) nicht geltendes Gesetz kann als nicht umgehungsfähiges Nullum nicht umgangen werden¹⁴².

123 Ebenso *Spengel*, DB 2016, 2988 (2990): „durch Streichung von § 50c EStG“ ... wieder eröffnete Möglichkeit zur Anwendung der allgemeinen Missbrauchsnorm des § 42 AO“ und ebd., 2992 „Wegfall der Sperrwirkung des § 50c EStG“; ebenso *Dutti/Spengel/Vay*, StuW 2018, 229 (235).

124 *Dezidiert a.A. Haarmann*, BB 2018, 1623 (1636): „Die grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers, dass eine Transaktionsform nicht missbräuchlich sei, kann nicht durch hinweislosen Wegfall einer speziellen Missbrauchsnorm geändert werden“.

125 So *Spilker/Kremer*, BB 2018, 2775 (2776).

126 BT-Drucks. 16/2712, Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Jahressteuergesetz v. 25.9.2006, 48 zu § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG – neu: „Mit der Formulierung ‚wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert werden‘ wird sichergestellt, dass nur tatsächliche Leerverkäufe unter die Regelung fallen, nicht hingegen Leerverkäufe, bei denen die Aktien ‚cum Dividende‘ veräußert und aus einer Wertpapierleihe ‚cum Dividende‘ geliefert werden und es folglich zu einer Kompensationszahlung für entgehende Dividenden an den Wertpapierverleiher kommt. Diese Kompensationszahlungen werden in die Neuregelung nicht einbezogen.“

127 Daraus die Legalität ableitend jüngst *Lindermann*, DStR 2019, 1549 (1554 f.).

128 *Haarmann*, BB 2018, 1623 (1636): „Die Anwendung des § 42 AO dürfte vor dem Hintergrund der früheren Regelung des § 50c EStG a.F., die die Prüfung der Anwendung von § 42 AO verhinderte, schwierig sein“.

129 Dafür *Florstedt*, StuW 2018, 216 (226 ff.); *Lindermann*, DStR 2019, 1549 (1552 ff.).

130 Dasselbe gilt für das Legalisierungsargument von *Lindermann*, DStR 2019, 1549 (1555).

131 Ablehnend auch *Kirchhof/Gosch*, EStG18, 2019, § 36a EStG Rz. 14a mit Note 7.

132 *Kretzschmann/Schwarz*, FR 2017, 223; *Jensch/Rüdiger*, RdF 2016, 319 (320).

133 *Kirchhof/Gosch*, EStG¹⁸, 2019, § 36a Rz. 1; *Kußmaul/Kloster*, DB 2016, 849 (855): „typisierende Missbrauchsnorm“; ähnlich *Jensch/Rüdiger*, RdF 2016, 319 (320). „pauschalierte ‚Missbrauchsregelung“.

134 *Schmidt/Levedag*, EStG³⁸, 2019, § 36a Rz. 11; sinngleich *Hoffmann* in *Frotscher/Geurts*, EStG, § 41a Rz. 1 (Aug. 2018): „spezielle Missbrauchsnorm“.

135 Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses v. 8.6.2016 zum Entwurf eines Investmentsteuerreformgesetzes, BT-Drucks. 18/8739, 113; *Blümich/Ettlich*, EStG/KStG/GewStG, § 36a Rz. 1 (Nov. 2016).

136 Dazu *Kußmaul/Kloster*, DB 2016, 849 (854).

137 So hebt BT-Drucks. 18/8045, 133 hervor, dass „derartige Gestaltungen ... unter der geltenden Rechtslage unter Anwendung des § 20 Abs. 5 EStG und des § 39 AO zu prüfen“ sind.

138 Zur „augenfällig überschießenden Tendenz der Norm“ *Hahnel/Völker*, RdF 2017, 50 (51); näher *Salzmann/Heufelder*, IStR 2018, 62 (64 f.). Überschießenden Wirkungen will *Lamprecht*, Ubg 2018, 189 (194 ff.) eine einschränkende Auslegung des § 36a EStG entgegensetzen, die verfassungsrechtliche Bedenken ausräumen soll.

139 Eine Überschreitung der gesetzgeberischen Typisierungsfreiheit nehmen *Altwater/Buchholz*, RdF 2016, 132 (139) und *Anzinger* (Fn. 6), 59 (170) an.

140 *Blümich/Ettlich*, EStG/KStG/GewStG, § 36a Rz. 23 (Nov. 2016); *Reiter* in *Lademann*, EStG, § 36a EStG Rz. 14 (März 2019).

141 *Hoffmann* in *Frotscher/Geurts*, EStG, § 41a Rz. 9 (Aug. 2018).

142 *Drüen* in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 42 AO Rz. 21 (Okt. 2010); *Koenig*, AO³, 2014, § 42 AO Rz. 12; *Kleinert/Lübbehüsen*, DB 2015, 1007 (1009 ff.) m.w.N.

Darum kann die vor dem 1.1.2016 noch nicht geltende Regelung des § 36a EStG in Altfällen auch nicht umgangen werden. Darum bleibt ein Aufgriff von *cum-cum*-Geschäften durch die Finanzverwaltung für die Jahre vor 2016 als Gestaltungsmissbrauch begründungsbedürftig. Da ein Nichtaufgreifen solcher Geschäfte vor dem Jahre 2013 nach *Dutt/Spengel/Vay* „Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit aufkommen (lässt) und ... am sozialen Kit der Verteilungsgerechtigkeit der Besteuerung (kratzt)“¹⁴³, sind nunmehr grundlegende Fragen rückwirkender Missbrauchsabwehr im gewaltenteiligen Verfassungsstaat zu beantworten.

IV. Gebot des loyalen Zusammenwirkens der Staatsgewalten bei der Missbrauchsabwehr

1. Kompetenzen und Kompetenzausübungsschranken im gewaltengegliederten Verfassungsstaat

Missbrauchsabwehr ist im gewaltengegliederten Verfassungsstaat zugleich eine Kompetenzfrage. Die Dreiteilung der Staatsgewalten zieht sich implizit „wie ein roter Faden durch das Grundgesetz“¹⁴⁴. Die Balancierung der Gewalten durch Machthemmung und Machtkontrolle ist wesentlicher Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung¹⁴⁵. Die Gewaltenteilung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG Voraussetzung für sachgerechtes und möglichst richtiges staatliches Handeln durch die Organe, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen¹⁴⁶. Die der Erfüllung der Staatsaufgaben dienenden Funktionen werden nach zweckgerichteten Maßstäben auf die verschiedenen Staatsorgane verteilt¹⁴⁷. Dabei gilt das Prinzip der Verantwortungsklarheit und -zurechenbarkeit¹⁴⁸. Damit die Staatsorgane ihre Aufgaben sachgerecht erfüllen können, müssen ihre Zuständigkeiten klar definiert und abgegrenzt werden¹⁴⁹. Das organisationsrechtliche Grundprinzip der Gewaltenteilung konstituiert die Gewaltenteilung als Gewaltverantwortung¹⁵⁰. „Das Parlament hat die Kompetenz zur Entscheidung *aller* Fragen, die das Grundgesetz als grundlegend (wesentlich) hervorhebt und deshalb ausdrücklich dem unmittelbar vom Volke gewählten Parlament vorbehalten. ... Die Exekutive hat in der Verwaltung eine Zuständigkeit zum konkretisierenden und je nach Einzelfall vervollständigenden Vollzug der Gesetze, zur Gestaltung im Rahmen der Gesetze“¹⁵¹. Dabei haben die Finanzbehörden keine Gestaltungsaufgabe, sondern eine – durchaus ambitionierte – Rechtsdurchsetzungsaufgabe. Die mit dem Vollzug des Gesetzes beauftragte Finanzverwaltung ist – mit den Worten des BVerfG – verpflichtet, die Besteuerungsvorgaben „in strikter Legalität“ umzusetzen und so Belastungsgleichheit zu gewährleisten¹⁵².

Diese Gewaltengliederung muss organadäquat¹⁵³ und funktionsadäquat¹⁵⁴ auch bei der Missbrauchsabwehr im Steuerrecht beachtet werden. Allein die Konstituierung und Kompetenzabgrenzung der drei staatlichen Gewalten gewährleistet noch kein geordnetes Zusammenwirken im Sinne der Einheit staatlicher Gewalt¹⁵⁵. Allen Verfassungsorganen obliegt darum eine Pflicht zur Selbstbeschränkung und zu loyaler Rücksichtnahme¹⁵⁶. Zur Gewähr der Funktionsordnung der Staatsgewalten treffen diese Loyalitätspflichten. Durch den ungeschriebenen Grundsatz der Verfassungsorganantreue¹⁵⁷ werden Kompetenzkonflikte im Sinne gegenseitiger Rücksichtnahme har-

monisiert¹⁵⁸. Das Loyalitätsprinzip begrenzt den eigenständigen Kompetenzraum des Kompetenzträgers und wirkt als Kompetenzausübungsschranke¹⁵⁹. Danach haben Verfassungsorgane von ihren Kompetenzen in einer Weise Gebrauch zu machen, die auf die Zuständigkeiten anderer Verfassungsorgane Rücksicht nimmt und diese respektiert¹⁶⁰.

2. Achtung der legislativen Anwendungsentscheidung

Das Gebot der Loyalität der Staatsgewalten¹⁶¹ hat bereits *Peter Fischer* im Kontext der Missbrauchsabwehr im Steuerrecht bemüht¹⁶². Die Funktionsadäquanz der Gewaltenteilung¹⁶³ gilt auch und gerade beim arbeitsteiligen Schutz der Steuergesetze gegenüber Umgehungen. Dabei hat *P. Kirchhof* das Zusammenwirken der Staatsgewalten auf der Zeitachse anschaulich festgehalten: Der Gesetzgeber regelt die Zukunft, die Verwaltung ordnet die Gegenwart und die Rechtsprechung entscheidet über die Vergangenheit¹⁶⁴. Dieses allgemeine Schema gilt auch für die Unterbindung von seit langem praktizierten und amtsbekannten Arbitragegestaltungen bei der Anrechnung von Kapitalertragsteuern¹⁶⁵: Der Gesetzgeber hat für die Zukunft (ab 2016) die Regeln neu festgelegt. Die Verwaltung hat auf dieser Grundlage die Gegenwart zu ordnen und die Rechtsprechung auf eben dieser über die Vergangenheit zu entscheiden.

143 *Dutt/Spengel/Vay*, StuW 2018, 229 (236) mit nachfolgender Kritik am „widerwilligen und intransparenten“ Aufgreifen von *cum-cum*-Geschäften mit Wirkung für die Vergangenheit durch die Bundesregierung.

144 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1984, 795.

145 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰, 1995, Rz. 495.

146 BVerfG, Urt. v. 18.12.1984 – 2 BvE 13/83, BVerfGE 68, 1 (86).

147 *Benda*, Der soziale Rechtsstaat in *Benda/Maihofer/Vogel*, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland², 1994, § 17 Rz. 39.

148 *Sommermann* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, 2018, Art. 20 Rz. 224.

149 *Benda* (Fn. 147), § 17 Rz. 39.

150 *P. Kirchhof*, Mittel staatlichen Handelns, in *Isensee/Kirchhof* (Fn. 54), Bd. V³, 2007, § 99 Rz. 45.

151 So *P. Kirchhof* (Fn. 150), § 99 Rz. 45 (Hervorhebung und Auslassung durch den Verf.).

152 BVerfG, Urt. v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 Rz. 109 = FR 1991, 375 m. Anm. *Felix*.

153 Allgemein zur Organadäquanz *Schulze Fielitz* in *Dreier*, GG³, 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rz. 71 m.w.N.

154 So *Grzeszick* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 V Rz. 51 (Dez. 2013).

155 *Hesse* (Fn. 145), Rz. 492.

156 *Sommermann* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, 2018, Art. 20 Rz. 225.

157 *Lorz*, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, 2001, 33 ff., 80 ff., 526 ff.

158 *Schulze Fielitz* in *Dreier*, GG³, 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rz. 71 m.w.N.

159 *Lorz* (Fn. 157), 39, 563 ff.

160 *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, 265.

161 Bisher diskutierte Anwendungsfelder von Loyalitätspflichten sind im Steuerrecht vor allem Nichtanwendungserlasse der Verwaltung gegenüber höchstrichterlicher Rechtsprechung (dazu monographisch *Desens* [Fn. 160]) und die Korrekturgesetzgebung (dazu *Lang*, StuW 1992, 14 [15, 18, 20 f., 23 f.]; *Schaumburg/Schaumburg* in *FS Spindler*, 2011, S. 171 [172]; *Jachmann* in *FS Spindler*, 2011, S. 115 [124 f.]).

162 *P. Fischer* in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO/FGO, § 42 AO Rz. 65 (März 2008).

163 Explizit *Grzeszick* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 V Rz. 51 (Dez. 2013).

164 Zu diesem „Zeitschema“ der Gewaltengliederung bereits *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration in *Isensee/Kirchhof* (Fn. 54), Bd. X³, 2012, § 214 Rz. 151.

165 Dass Dividenstrippingverfahren nicht neu sind, bekennt für die Ministerialbürokratie auch *Neumann*, StBjB. 2016/2017, 61 (97).

Eine autonome Rechtssetzungsbefugnis der Verwaltung kennt das Grundgesetz nicht. Ermächtigungen zur Rechtssetzung durch die Exekutive sind, wie namentlich Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zur administrativen Rechtssetzung durch Rechtsverordnung belegt, nur begrenzt und konditioniert zulässig¹⁶⁶. Die derivative Rechtssetzung durch die Exekutive setzt immer eine *gesetzliche* Ermächtigung voraus. Zwar ermächtigt § 42 AO die Finanzverwaltung durchaus zur Missbrauchsabwehr, aber diese Ermächtigung wird (zeitlich) überdehnt, wenn die Finanzverwaltung darauf gestützt detaillierte Anrechnungskriterien fordert, die der Gesetzgeber nur für die Zukunft eingeführt hat. Nicht nur numerisch, sondern auch hinsichtlich der Freiheitsgrade ist die Exekutive die zweite und – mit den Worten des Art. 20 Abs. 3 GG – die „vollziehende“ Gewalt. Administrative Missbrauchsaufsicht nach § 42 AO ist nie autonom, sondern zwingend heteronom, weil immer *gesetzesgebunden*. Als zweite Gewalt darf die Finanzverwaltung nicht in eine Lücke vorstoßen, die der Gesetzgeber sehenden Auges und planmäßig als nicht regelungsbedürftig offengelassen hat. Die rechtstaatlich fundierte klare Zurechenbarkeit von staatlicher Verantwortung wird verletzt, wenn die Exekutive als Rechtssetzungsorgan auftritt¹⁶⁷. Das BMF geriert sich aber – versteckt hinter § 42 AO – als Rechtssetzungsorgan, wenn es die speziellen Anrechnungskriterien des vom Gesetzgeber erst ab 2016 eingeführten § 36a EStG schon für Altjahre zum verbindlichen Rechtsmaß erhebt. Wendet ein Rechtsanwender ein (noch) nicht existentes Gesetz an, ist dies nicht mehr zulässige Auslegung des Rechts, sondern ein Fall der für den bloßen Rechtsanwender unzulässigen Setzung von Recht¹⁶⁸.

Die strikte Achtung des (zeitlichen) Gesetzesbefehls durch die Exekutive ist gerade wegen der Gewaltenschränkung im Staat des Grundgesetzes geboten. Gewaltenteilung ist ein „Prinzip der Verfassung“¹⁶⁹, aber das Grundgesetz sieht keine strikte Gewaltenteilung, sondern eine Gewaltengliederung¹⁷⁰ mit verschiedenen Formen der Gewaltenschränkung¹⁷¹. Eine Form der Gewaltenschränkung ist die Gesetzgebungsbeteiligung der Exekutive, die im Steuerrecht besonders intensiv erfolgt¹⁷². Gerade das BMF nimmt intensiv die Rolle als Gesetzespräparator für das Parlament wahr. Darum ist auch – nicht ohne Grund – von der Finanzverwaltung als „Ghostwriter“ der Steuergesetze¹⁷³, als „Vor-Gesetzgeber“¹⁷⁴ oder Ersatzgesetzgeber¹⁷⁵ bei der Steuergesetzgebung die Rede. Wenn vom BMF beraten und häufig initiiert sowie geleitet der Zugriff des Gesetzgebers auf das unliebsame Phänomen der Gestaltungen um den Dividendenstichtag speziell (durch § 36a EStG) und zeitlich pro futuro (ab 2016) erfolgt, so wäre es illoyal, dieselben Anrechnungskriterien durch ein BMF-Schreiben über § 42 AO bereits auf einen früheren Zeitraum vor zu verlagern. Denn dies lässt sich nicht mehr als arbeitsteilige „Dekonzentration der Rechtssetzung“¹⁷⁶ begreifen, weil sich die Verwaltung ohne Kompetenz nicht nur als „Reparaturgesetzgeber“¹⁷⁷, sondern als rückwirkender *Gegengesetzgeber* geriert, der den zeitlichen Anwendungsbereich des Parlagengesetzes unter Rückgriff auf § 42 AO zu überspielen sucht.

3. Schutzwirkung für Steuerpflichtige über das Rechtsstaatsprinzip

Dabei vermitteln die aus der Gewaltenteilung und -loyalität abgeleiteten Argumente auch dem Steuerpflichtigen eine verfassungskräftige Abwehrposition. Bürger und Unternehmen können das Rechtsstaatsprinzip über Art. 2 Abs. 1 GG oder andere Grundrechte geltend machen¹⁷⁸. In Verbindung mit den Grund-

rechten folgen aus dem Rechtsstaatsprinzip subjektive Abwehrrecht und Schutzansprüche des Bürgers¹⁷⁹. Das gilt gleichermaßen für die Gewaltenteilung. Denn diese gilt als „Wesenselement des Rechtsstaates“¹⁸⁰. Auch das bei Gewaltenübertretungen tangierte Prinzip der Verantwortungsklarheit und -zurechenbarkeit ist im Rechtsstaatsprinzip verwurzelt¹⁸¹. Der Rechtsstaat ist ein Staat der Freiheit mit Schutzfunktion für jedermann, insbesondere für die Bürger¹⁸². Schützt der Rechtsstaat seine Bürger durch die Gewährung elementarer Rechtsstaatlichkeit¹⁸³, so sind Gewaltenteilung und -loyalität nicht nur institutionsschützend im staatlichen Innenverhältnis, sondern zugleich bürgerschützend. Zum Rechtsstaatsprinzip treten zudem beim – nunmehr zu beleuchtenden – Rückwirkungsschutz originär freiheitsrechtliche Schutzpositionen hinzu und verstärken diese.

V. Schranken für rückwirkende Missbrauchsabwehr

1. Rückwirkungsschranken für den missbrauchsverhindernden Steuergesetzgeber

Darf der Steuergesetzgeber legitimerweise unerwünschten Steuergestaltungen Grenzen setzen (s. II.), so darf er gleichermaßen seine bisherige Einschätzung über bestimmte Gestaltungen ändern. Demokratie ist Herrschaft auf Zeit und der spätere demokratisch legitimierte Gesetzgeber darf eine neue Regelung treffen¹⁸⁴. Die „Verbesserung“ des Gesetzes ist die natürliche Aufgabe des Gesetzgebers. Dieses Ziel hat er grundsätzlich *für die Zukunft* zu erfüllen und nur ausnahmsweise für die Vergangenheit. Der rechtsstaatliche Vertrauensschutz begrenzt die Befugnis des Gesetzgebers, Rechtsänderungen vorzunehmen, die in einen in der Vergangenheit begonnenen, aber noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt eingreifen¹⁸⁵. Das Rechtsstaatsprinzip umfasst das Gebot der Belastungsklarheit und -vorherseh-

166 *Sachs*, GG⁸, 2018, Art. 20 Rz. 86 m.w.N.

167 *Sommermann* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, 2018, Art. 20 Rz. 224 am Beispiel von Verordnungsermächtigungen mit Änderungsvorbehalt.

168 Ebenso *Kleinert/Lübbehüsen*, DB 2015, 1007 (1011).

169 So *Hesse* (Fn. 145), Rz. 481.

170 *Robbers* in Bonner Kommentar zum GG, Art. Art. 20 Abs. 2 Rz. 3197 (Jan. 2014).

171 Dazu stellvertretend *Grzeszick* in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 V Rz. 40 ff. (Dez. 2013).

172 Dazu kritisch bereits *Westerfelhaus*, DStZ 1997, 129.

173 *Borgmann*, 1989, 392 (393).

174 *Gosch* in FS Reiß, 2008, S. 597 (599, Note 7).

175 Vgl. DWS-Symposium, Die Finanzverwaltung – ein Ersatzgesetzgeber?, 2005.

176 Dazu *Ossenbühl*, in Isensee/Kirchhof (Fn. 54), Bd. V³, 2007, § 100 Rz. 47.

177 So der Vorwurf bei *cum-cum*-Geschäften von *Spilker*, FR 2017, 138 (147).

178 *Jarass/Pieroth*, GG¹⁵, 2018, Art. 20 Rz. 39 m.w.N.

179 *Hofmann* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG¹⁴, 2018, Art. 20 Rz. 56.

180 *Stern* (Fn. 144), 792 ff., 1088.

181 *Sommermann* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, 2018, Art. 20 Rz. 224.

182 *Robbers* in Bonner Kommentar zum GG, Art. Art. 20 Abs. 1 Rz. 1729, 1731 (Okt. 2009).

183 *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, Bd. II³, 2015, Art. 20 Rechtsstaat Rz. 38.

184 Zum Demokratieprinzip und zum *lex posterior*-Grundsatz zuletzt BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 Rz. 53, 80 = FR 2016, 326.

185 BVerfG, Beschl. v. 5.3.2013 – 1 BvR 2457/08, BVerfGE 133, 143 Rz. 36 m.w.N.

barkeit¹⁸⁶. Selbst vermeintlich nur klarstellende Eingriffe des Gesetzgebers in das geltende Recht mit Wirkung für die Vergangenheit sind an den verfassungsrechtlichen Grenzen für eine rückwirkende Rechtsetzung zu messen¹⁸⁷. Echte Rückwirkung ist grundsätzlich verboten, während unechte Rückwirkung nicht grundsätzlich unzulässig ist¹⁸⁸.

Die vom BVerfG etablierten Schranken gegen rückwirkende Steuergesetze¹⁸⁹ gelten auch für Vorschriften der Missbrauchsverhinderung¹⁹⁰. Auch wenn den Gesetzgeber Schutzpflichten gegen übermäßige Gestaltung der Mit-Steuerpflichtigen treffen (s. II.), bedeutet dies keinen Freibrief für rückwirkende Gesetzgebung¹⁹¹. Die Rückwirkungsdogmatik führt dazu, dass spezielle Missbrauchsbekämpfungsvorschriften in aller Regel nicht auf einen vergangenen Veranlagungszeitraum zurückwirken dürfen¹⁹². Die Feststellung, dass in der Praxis spezielle Missbrauchsbekämpfungsvorschriften auch nie mit Rückwirkung beschlossen worden sind¹⁹³, trifft nicht für § 36a EStG zu, der am 27.6.2016 in Kraft getreten ist und mit § 52 Abs. 35a EStG eine unechte Rückwirkung für ab dem 1.1.2016 zufließende Kapitalerträge enthält¹⁹⁴. Die Gesetzesbegründung räumt das explizit ein und rechtfertigt dies damit, dass die Steuerpflichtigen sich bereits nicht auf schutzwürdiges Vertrauen berufen könnten¹⁹⁵. Ob dieses apodiktische Absprechen von Vertrauenspositionen überzeugt, erscheint fragwürdig¹⁹⁶. Darum werden in der Literatur gegen die unechte Rückwirkung der Restriktionen der Kapitalertragsteueranrechnung verfassungsrechtliche Zweifel erhoben¹⁹⁷. Rechtsstaatliche Zweifel hegt namentlich *Gosch*, „weil bereits ins Werk gesetzte und disponierte Transaktionen rückwirkend ‚ins steuerliche Unrecht‘ gezogen werden“ und „flächendeckend und berufsdiskreditierend“ der Vertrauensschutz abgesprochen werde¹⁹⁸. Die Frage, ob der Gesetzgeber rückwirkend die Regeln für die Anrechnung von Kapitalertragsteuer zum 1.1.2016 verschärfen durfte, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden.

Zentral ist aber, dass der Gesetzgeber im Gegensatz zu der weitgehenden Forderung nach einem Aufgreifen von *Alt-cum-cum*-Geschäften „mit Wirkung für die Vergangenheit“¹⁹⁹, seine Reaktion auf unliebsame Dividendenarbitragegestaltungen auf zukünftige Jahre (ab dem 1.1.2016) begrenzt hat. Trotz der politischen Unzufriedenheit mit der bisherigen Praxis der Nichtbeanstandung von *cum-cum*-Geschäften besteht bei § 36a EStG gar nicht der vom BVerfG zurückgewiesene „Wunsch des Gesetzgebers, den ‚wahren‘ Inhalt früher gesetzten Rechts nachträglich festzulegen und eine seinen Vorstellungen widersprechende Auslegung auch für die Vergangenheit zu korrigieren“²⁰⁰. Selbst wenn man mit dem dagegen gerichteten Sondervotum von *Johannes Masing* annehmen wollte, dass „aus Gewaltenteilungsgesichtspunkten ... alles dafür (spricht), in ungeklärten Rechtslagen die rückwirkende Klarstellung offener und umstrittener Fragen auch durch den Gesetzgeber grundsätzlich für zulässig zu halten“²⁰¹, reklamiert der Gesetzgeber im konkreten Fall keine rückwirkende Klarstellung oder Konkretisierung der Voraussetzungen der Anrechnung von Kapitalertragsteuer. Er hat das Recht vielmehr konstitutiv ab 2016 durch ein neues Typisierungskonzept geregelt. Diese legislative Entscheidung hat Folgen für die (rückwirkende) Missbrauchsabwehr durch die Finanzverwaltung.

2. Grenzen rückwirkender administrativer Missbrauchskontrolle

Das BMF im Schreiben vom 17.7.2017, das in allen noch offenen Fällen anzuwenden ist²⁰², dehnt den Anwendungsbereich des neu geschaffenen § 36a EStG in der Sache rückwirkend auf die Zeit vor dessen Inkrafttreten aus²⁰³. Dahinter stehen unterschiedliche Auffassungen in Bund und Ländern²⁰⁴ und ein auch von der Ministerialbürokratie nicht gelegener²⁰⁵ politischer Handlungsdruck²⁰⁶ beim Umgang mit Altfällen²⁰⁷. Es fragt sich indes, ob die Finanzverwaltung politisch opportune Ergebnisse auf diesem Wege anstuern darf.

186 BVerfG, Beschl. v. 5.3.2013 – 1 BvR 2457/08, BVerfGE 133, 143 Rz. 41.

187 BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (1. Leitsatz).

188 *Sachs*, GG⁸, 2018, Art. 20 Rz. 133, 136 m.w.N.

189 Näher *Drüen*, StuW 2015, 210 (211 ff.) m.w.N.; zuletzt zusammenfassend *Franz* (Fn. 78), 48 ff.

190 Wo die Grenzen genau bei rückwirkender Missbrauchsgesetzgebung verlaufen, kann an dieser Stelle nicht ausgelotet werden. Insoweit hat die – kritikwürdige – Entscheidung des BVerfG vom 10.4.2018 zu § 7 Satz 2 GewStG neben Fragen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer nicht zielgenauen Missbrauchsabwehr (s. bereits II.) auch die ihrer Rückwirkung aufgeworfen (BVerfG, Urt. v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217 Rz. 132 ff. = FR 2018, 427, wonach sich „durchgängig steuerrechtlich beraten“ Steuerpflichtige sich auf diskutierte Gesetzesänderung einstellen müssen [Rz. 153]).

191 Dagegen auch *Schön*, DStJG 33 (2010), 29 (37).

192 *Franz* (Fn. 78), 51.

193 So *Franz* (Fn. 78), 51.

194 *Reiter* in *Lademann*, EStG, § 36a EStG Rz. 6 (März 2019).

195 BT-Drucks. 18/8045, 140: „Dafür spricht insbesondere, dass es sich bei den sog. ‚Cum/Cum-Geschäften‘ um gezielte Gesetzmehrkonstruktionen handelt, die wohl überwiegend von professionell beratenen Unternehmen genutzt werden. Gegen ein schutzwürdiges Vertrauen spricht ferner, dass ‚Cum/Cum-Geschäfte‘ auch bereits in anderen Staaten – wie etwa den USA und Australien – durch ähnliche gesetzliche Regelungen aufgegriffen worden sind, um die Steuerumgehung zu verhindern. Innerhalb dieser Gruppe von dauerhaft professionell agierenden und beratenen Steuerpflichtigen sind solche gesetzlichen Gegenmaßnahmen typischerweise bekannt. Es gibt zudem von Verfassungen wegen kein schutzwürdiges Vertrauen auf die Beibehaltung von Steuerumgehungs-konstruktionen.“

196 Zu Recht ablehnend *Reiter* in *Lademann*, EStG, § 36a EStG Rz. 8 (März 2019).

197 *Alt Vater/Buchholz*, RdF 2016, 132 (138); *Kußmaul/Kloster*, DB 2016, 849 (856) m.w.N.; a.A. *Kretschmann/Schwarz*, FR 2017, 223 (235); die Rückwirkung mit Blick auf die Vorankündigung einer Regelung im Referenten-Entwurf noch rechtfertigend *Reiter* in *Lademann*, EStG, § 36a EStG Rz. 8 (März 2019).

198 *Kirchhoff/Gosch*, EStG¹⁸, 2019, § 36a Rz. 4.

199 Dafür deutlich *Dutt/Spengel/Vay*, StuW 2018, 229 (236).

200 BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (28) Rz. 79.

201 Abweichende Meinung *Masing*, BVerfGE 135, 29 (33) Rz. 11.

202 BMF-Schreiben v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 Rz. 36.

203 *Behnes*, RdF 2018, 40.

204 Dazu *Kirchhoff/Gosch*, EStG¹⁸, 2019, § 36a Rz. 4a, 17.

205 Diesen räumt *Neumann*, StbJb. 2016/2017, 61 (98 f.) freimütig ein.

206 Zuletzt *Kleine* Anfrage der Fraktion DIE LINKE zur Aufarbeitung Cum/Cum-Geschäfte v. 22.7.2019, BT-Drucks. 19/11805.

207 Deutlich zum BMF-Schreiben *Kußmaul/Knobloch/Kloster*, StB 2018, 254 (256): „Man kann sich nur schwer des Eindrucks erwehren, dass eine seit langem bekannte und anscheinende akzeptierte Gestaltungsmethodik maßgeblich aufgrund eines politisch empfundenen Handlungsdrucks unterbunden wurde.“

a) Vertrauensschutz durch früheren Nichtaufgriff der Finanzverwaltung?

Während zum Teil der rückwirkende Aufgriff von Alt-cum-cum-Geschäften als Gebot des Rechtsstaatsprinzips gefordert wird²⁰⁸, versucht die Beratungspraxis umgekehrt, dem nachträglichen Zugriff der Finanzverwaltung verfassungsrechtliche Schranken entgegenzusetzen²⁰⁹. Dabei resultiert verfassungsrechtlicher Rückwirkungsschutz nicht allein aus dem Umstand, dass die Finanzverwaltung bei der „Vergangenheitsbewältigung“ von cum-cum-Geschäften von ihrer früheren Linie abbrückt, derartige Fälle nicht zu beanstanden²¹⁰. Einerseits hat bereits der Finanzausschuss betont, dass mit der Einführung einer Regelung zur Verhinderung von cum-cum-Geschäften keine rechtliche Anerkennung derartiger Gestaltungsmodelle der Vergangenheit verbunden sei²¹¹. Darum kann Grundlage für einen Vertrauensschutz nicht ein Gesetzes-Vertrauen, sondern nur das Vertrauen auf früheres Verwaltungshandeln sein. Haarmann verweist auf den langen Zeitraum, in dem faktisch Transaktionen rund um den Dividendenstichtag zur Durchführung von Dividendenstripping von der Verwaltung hingenommen und anerkannt wurden²¹². Gegenüber Verwaltungshandeln wird Rechtssicherheit durch besondere gesetzliche Regelungen garantiert²¹³. Dabei ist im Nichtaufgriff allein keine Zusage i.S.d. § 204 AO und auch keine (formbedürftige) tatsächliche Verständigung zu sehen. Auch die Grundsätze von Treu und Glauben in der speziellen Ausformung des venire contra factum proprium²¹⁴ begründen insoweit keine änderungsfeste Vertrauensposition. Dass die zuständige Finanzbehörde bisher auch über längere Zeit cum-cum-Gestaltungen akzeptiert und nicht als Missbrauch aufgegriffen hat, sperrt nicht allgemein eine Neubeurteilung innerhalb der verfahrensrechtlich noch „offenen“ Zeiträume²¹⁵. Denn immerhin kann die Finanzverwaltung darauf verweisen, dass insoweit in offenen Altfällen eine abschließende Beurteilung noch aussteht²¹⁶. Allerdings gilt nach abgeschlossenen Außenprüfungen der erhöhte Bestandsschutz nach § 173 Abs. 2 AO²¹⁷. Soweit dieser verfahrensrechtliche Schutz nicht greift, kann die Finanzbehörde grundsätzlich eine neue Rechtsansicht vertreten²¹⁸. Denn die alte Rechtsansicht kann fehlerhaft sein und durch eine strikte Bindung an frühere Rechtsansichten wäre ein evolutiver Lernprozess ausgeschlossen. Darum ist ein späterer Aufgriff nach § 42 AO nicht aufgrund einer besonderen Vertrauensschutzposition ausgeschlossen, aber unzulässig ist – wie noch zu zeigen ist – eine administrative Vorziehung der gesetzlich erst ab 2016 geltenden Anrechnungsvoraussetzungen über § 42 AO.

b) Gesetzliches Rückwirkungsverbot

Ein gewisser Vertrauensschutz für Altjahre folgt aus dem bewussten Regelungsverzicht und dem legislatorischen Anwendungsbefehl. Die zeitliche Anwendungsregel des § 36a EStG enthält nach dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zugleich ein administratives Rückwirkungsverbot. Denn die Missbrauchsaufsicht im Steuerrecht durch die Finanzverwaltung und die FG als 2. und 3. Staatsgewalt reicht nicht so weit wie die Möglichkeiten des Gesetzgebers als 1. Gewalt²¹⁹. Das Parlament hat ein unbeschränktes Zugriffsrecht auf die Gesetzgebung²²⁰ und gibt den Rahmen der Missbrauchsabwehr für die gesetzgebundene Verwaltung vor. Das GG als Rahmenordnung überlässt es dem Gesetzgeber, Ziele zu wählen und

über Prioritäten zu entscheiden²²¹. Der Gesetzgeber hat gesprochen. Ob er auch eine andere Entscheidung verfassungsrechtlich hätte treffen können, ist eine rein hypothetische, kontrafaktische Frage. Selbst wenn man diese bejahen würde, wäre dies folgenlos. Denn eine dem Gesetzgeber zustehende, von ihm aber nicht genutzte Option kann nicht an seiner Stelle durch ein Schreiben der Finanzverwaltung verwirklicht werden. Selbst wenn der Gesetzgeber den zeitlichen Anwendungsbereich der Neuregelung hätte anders festsetzen dürfen, darf es der Rechtsanwender nicht an seiner Stelle. Die Gesetzesänderung für die Anrechnung von Kapitalertragsteuer wurde ohne Rückwirkungsvorbehalt für die Zeit vor dem 1.1.2016 eingeführt und § 36a EStG ist – selbst aus Sicht des Gesetzgebers²²² – keine klarstellende Gesetzesänderung. Den Verzicht auf eine (rückwirkende) Spezialklausel, muss sich der Gesetzgeber aber „anlasten lassen“²²³.

Wenn der Gesetzgeber trotz der jüngeren einzelfallabwägenden Rückwirkungsrechtsprechung nicht sich für eine rückwirkende Gestaltungsabwehr nach § 36a EStG entschieden hat, entfaltet diese vom Rechtsanwender zu achtende Entscheidung eine Sperrwirkung für den Rechtsanwender. Der Rechtsanwendungsbefehl darf durch den Rechtsanwender nicht zurückverlagert werden. Das gilt für die direkte Anwendung wie auch für eine mittelbare über § 42 AO (dazu noch VI.). Die Vorwegnahme der typisierenden Missbrauchsmerkmale des § 36a EStG für Jahre vor 2016 unter Ausschluss der Exkulpation nach § 42 Abs. 2 AO wäre als echte Rückwirkung verfassungsrechtlich unzulässig. Die Ausdehnung des faktischen Anwendungsbereiches der erst später eingeführten Spezialregelung wäre eine Missachtung des erklärten und im Gesetzgebungsakt offenbarten Willens des Gesetzgebers und die Einführung einer vom Gesetzgeber bewusst nicht verantworteten weiteren Rückwir-

208 Dutt/Spengel/Vay, StuW 2018, 229 (236).

209 Haarmann, FAZ v. 26.7.2017, 16.

210 Kritisch zur Rückwirkungsregelung aus diesem Grunde Hahne, BB 2017, 1896.

211 Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses v. 8.6.2016 zum Entwurf eines Investmentsteuerreformgesetzes, BT-Drucks. 18/8739, 89.

212 Haarmann, BB 2018, 1623 (1636).

213 Sachs, GG⁸, 2018, Art. 20 Rz. 140; näher Maurer, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. IV³, 2006, § 79 Rz. 86 ff.

214 Dazu Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 139, 149 (Okt. 2011) m.w.N.

215 Von der Zulässigkeit eines Aufgriffs in Altfällen ausgehend Fiand, NWB 2017, 3570.

216 In diesem Sinne Neumann, StbJb. 2016/2017, 61 (99).

217 Zum daneben denkbaren (eingeschränkten) Vertrauensschutz nach § 176 Abs. 2 AO Loose in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 176 AO Rz. 20 ff. (Jan. 2017) m.w.N.

218 Ebenso unter Verweis auf den Grundsatz der Abschnittbesteuerung Kirchhof/Gosch, EStG¹⁸, 2019, § 36a EStG Rz. 14a m.w.N.

219 In der Sache auch Spilker, FR 2017, 138 (147): „Wenn es für den Gesetzgeber verfassungsrechtlich unzulässig ist, eine bereits entstandene Steuerschuld nachträglich abzuändern, muss dies erst Recht für die Verwaltung gelten.“

220 Näher begründet bei Puhl, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. III³, 2005, § 48 Rz. 7.

221 Isensee, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. IV³, 2006, § 71 Rz. 71.

222 BT-Drucks. 18/8739, 113: § 36a Satz 1 EStG „erweitert die Voraussetzungen für die Anrechnung der durch Steuerabzug erhobenen Einkommensteuer bei Kapitalerträgen i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG“.

223 Allgemein – ohne Rückwirkungsbezug – BFH, Urt. v. 18.12.2013 – I R 25/12, GmbHR 2014, 605 Rz. 21.

kung hinter den 1.1.2016 zurück. Die Entscheidung des Gesetzgebers bewirkt aufgrund der Gesetzesbindung der Verwaltung als Schranke für administratives Tätigwerden²²⁴ eine administrative „Rechtsanwendungssperre“²²⁵. Ebenso wie die Bindung an Recht und Gesetz fordert, dass die Verwaltung Gesetze nicht „unterläuft“²²⁶ oder „einen das Ziel des Gesetzes unterlaufenden ‚ausstiegsorientierten‘ Gesetzesvollzug“ pflegt²²⁷, so ist ihr spiegelbildlich auch ein „einstiegsorientierter Gesetzesvollzug“ verwehrt. Der verfrühte Einstieg missachtet gleichermaßen den Gesetzesbefehl wie ein verfrühter Ausstieg.

3. Keine Vorwirkung eines künftigen Gesetzes

Die unmittelbare Voranwendung eines künftigen Gesetzes wirft eine Fülle von Verfassungsfragen auf und eine Vorwirkung ist nur in recht engen Grenzen zulässig²²⁸. § 36a EStG ist für die Altjahre vor 2016 eine „künftige gesetzliche Regelung“²²⁹, die aber keine allgemeine Vorwirkung entfalten kann. Denn die Neuregelung der verschärften Anrechnungsvoraussetzungen für Kapitalertragsteuer nach ausländischen Vorbildern ist eine legislatorische Zäsur und keine bloße Konkretisierung allgemeiner Missbrauchskriterien (s. bereits III. 3.). Die Fristen und weiteren Anrechnungsvoraussetzungen sind vom Gesetzgeber gegriffen und „gesetzt“. Darin liegt – auch erklärtermaßen – ein Konzeptwechsel des Gesetzgebers²³⁰ gegenüber dem früheren Recht. Darum scheidet eine Vorwirkung des künftigen Gesetzes im Falle des § 36a EStG aus.

Dieselben Argumente, die der Große Senat des BFH beim Sanierungserlass gegen die Verlängerung einer vom Gesetzgeber aufgehobenen gesetzlichen Regelung durch die Finanzverwaltung für die Gesetzeswidrigkeit herangezogen hat²³¹, sprechen spiegelbildlich gegen die administrative Vorwegnahme einer erst später gesetzlich eingeführten Regelung.

Allerdings ist der Versuch der Finanzverwaltung, später in Kraft gesetzte spezialgesetzliche Regelungen auf frühere Veranlagungszeiträume zu antizipieren, keineswegs neu. Ein früheres Beispiel ist die Behandlung eigenkapitalersetzender Darlehen im körperschaftsteuerrechtlichen Anrechnungsverfahren nach § 8b Abs. 3 KStG. Der Gesetzgeber hat zur Ergänzung des Abzugsverbots des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG durch das Jahressteuergesetz 2008 ab dem Veranlagungszeitraum 2008 zur Erfassung von Ausweichgestaltungen durch Gewährung eigenkapitalersetzender Darlehen die Sätze 4-6 eingeführt. Diese Rechtsänderung ist konstitutiv²³² und selbst aus Sicht der Finanzverwaltung „rechtsbegründend“²³³. Gleichwohl versucht die Prüfungspraxis bisweilen, die gesetzlich erst ab dem Veranlagungszeitraum 2008 eingeführten materiellen und verfahrensrechtlichen Wertungen der § 8b Abs. 3 Sätze 4-6 KStG auf anderem argumentativen Wege zu antizipieren. Der BFH hat diesen Versuch deutlich als nicht vorwirkende konstitutive Gesetzesänderung zurückgewiesen²³⁴.

Dies ist kein Einzeljudikat, vielmehr hat der BFH der Antizipation gesetzlicher Verschärfungen auf zurückliegende Besteuerungszeiträume bereits mehrfach eine Absage erteilt. Ein weiteres jüngeres Beispiel gegen eine Vorwirkung einer später eingeführten gesetzlichen Neuregelung ist das Kassenordnungs- und -aufsichtsrecht nach §§ 146-146b AO: Der BFH hat trotz erkannter „fehlender Vollständigkeitsgewähr“ und im Einzelfall ggf. auch strafrechtsrelevanter Missstände bei der Kassenführung die gesetzliche Neuregelung nicht auf Altjahre zurück-

bezogen, weil diese „trotz frühzeitiger Kenntnis des Gesetzgebers von der Problematik der vollständigen Einnahmeerfassung in den ‚Bargeld-Branchen‘ erst mit Wirkung ab dem 1. Januar 2018“ eingeführt wurde²³⁵. Diese Sicht überzeugt gleichermaßen für § 36a EStG, zumal die gesetzgeberische Kenntnis von *cum-cum*-Gestaltungen über den Dividendenstichtag bereits seit 1978 belegbar ist (s. bereits I.).

In anderem Kontext hat der BFH bei der vereinfachenden Missbrauchstypisierung des § 21 Abs. 2 EStG²³⁶ die Fortgeltung seiner Rechtsprechung für Altjahre explizit mit dem zeitlichen Inkrafttreten der Neuregelung begründet: „Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber eine rückwirkende Korrektur der Rechtsprechung in allen noch offenen Fällen gerade nicht vorgenommen hat, folgt, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BFH für die Jahre bis 2011 ausdrücklich gebilligt hat“²³⁷. Übertragen auf die dem Gesetzgeber bekannten Gestaltungen über den Dividendenstichtag ist daraus abzuleiten, dass der Gesetzgeber die bisherige Praxis der Finanzverwaltung gebilligt hat, selbst wenn die Gesetzesbegründung eine rechtliche Anerkennung derartiger Gestaltungsmodelle in Altjahren auszuschließen versucht²³⁸. Die tatenlose Hinnahme der bekannten (Verwaltungs-)Praxis durch den Gesetzgeber spricht deutlich gegen eine Antizipation der später eingeführten Missbrauchstypisierung auf frühere Zeiträume.

Auch Judikate aus der Finanzrechtsprechung weisen eine Vorwirkung eines später neu eingeführten gesetzlichen Ermessensrahmens²³⁹ ausdrücklich zurück: So hat das Finanzamt bei der Festsetzung eines Verspätungszuschlages nach § 152 AO a.F. für das Streitjahr 2014 im Rahmen des auszuübenden Ermessens nach einem rechtskräftigen Urteil des Schleswig-Holsteinischen FG nicht die gesetzliche Neuregelung der Vorschrift durch das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfah-

224 *Jestaedt* in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁵, 2016, § 11 Rz. 6.

225 Zu diesem Begriff im Kontext der Verordnungsermächtigung *Grzeszick* in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VI Rz. 145 (Dez. 2007).

226 *Grzeszick* in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VI Rz. 145 (Dez. 2007).

227 Dazu *Schulze Fielitz* in Dreier, GG³, 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rz. 100 m.w.N.

228 Allgemein *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, 94 ff., 161, 275 f.

229 Allgemein zur methodischen Bedeutung *Drüen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 314-315a (Okt. 2011).

230 Nähere Analyse der neuen konzeptionellen Vorstellungen des Gesetzgebers im Gegensatz zur früheren Verwaltungsansicht bei *Lamprecht*, Ubg 2018, 189 (190 ff.).

231 BFH, Beschl. v. 28.11.2016 – GrS 1/15, ECLI:DE:BFH:2016:B.281116.GrS1.15.0, BStBl. II 2017, 393 Rz. 123 ff. = FR 2017, 296.

232 *Gosch*, KStG³, 2015, § 8b Rz. 85; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 26.

233 BMF v. 29.3.2011, BStBl. I 2011, 277, Rz. 1.

234 BFH, Urt. v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674 Rz. 11 = FR 2009, 818.

235 BFH, Beschl. v. 12.7.2017 – X B 16/17, FR 2018, 1108, DStRE 2017, 1316 Rz. 86 f.

236 Zu dieser Qualifikation *Hey* in Tipke/Lang (Fn. 83), § 8 Rz. 511.

237 BFH v. 2.5.2014 – IX B 154/13, BFH/NV 2014, 1363 Rz. 2.

238 BT-Drucks. 18/8739, 89.

239 Allgemein zur „vorberücksichtigenden Ermessensbetätigung“ *Kloepfer* (Fn. 227), 204 ff.

rens²⁴⁰ zu berücksichtigen²⁴¹. Diese überzeugende Erwägung zum Gesetzesakzessorischen und Gesetzesgelenkten Ermessen der Verwaltung lassen sich auf die Anwendung der Missbrauchs Klausel des § 42 AO übertragen. Der Gesetzgeber hat durch die Einführung von § 36a EStG eine Zäsur und mit der konditionierten Kapitalertragsteueranrechnung für *cum-cum*-Gestaltungen ein neues Konzept eingeführt, das der Rechtsanwender nicht über § 42 AO vorwirken lassen darf.

Dass die Konkretisierung eines Gestaltungsmissbrauchs gesetzesabhängig und zeitgebunden ist, belegt schließlich die Rechtsprechung des BFH zur Konkurrenz von § 42 AO zu § 15b EStG. Der BFH erklärt seine missbrauchsabwehrende Rechtsprechung zu Fondsetablierungskosten bei modellhafter Gestaltung für Jahre seit dem Inkrafttreten von § 15b EStG für nicht mehr anwendbar: „Denn sie beruht auf der Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung, für die der Gesetzgeber nunmehr durch § 15b EStG eine eigene Regelung getroffen hat. Hat der Gesetzgeber ein missbrauchsverdächtiges Feld gesichtet und durch eine Spezialvorschrift abgesteckt, legt er für diesen Bereich die Maßstäbe fest“²⁴². Der BFH nimmt die Konkretisierungsfunktion von Missbrauch durch die Rechtsprechung in Zeiträumen zurück, für die der Gesetzgeber mit seiner primären Missbrauchsgesetzgebung tätig wurde. Diese Zurücknahme muss auch im Verhältnis zur missbrauchs Konkretisierenden Verwaltung gelten.

Insgesamt belegen diese Judikate, dass für eine Vorwirkung des später eingeführten missbrauchstypisierenden Gesetzes kein Raum ist. Das gilt auch – wie abschließend dazulegen ist – für eine verdeckte Antizipation über § 42 AO.

VI. Keine Rückwirkung konstitutiver Missbrauchsnormen über den Umweg des § 42 AO

Neben der Vorwirkung durch direkte Voranwendung künftiger Gesetze stellt sich die Frage ihrer „Vorberücksichtigung“ bei der Auslegung des Altrechts²⁴³. In den *cum-cum*-Altfällen vor Geltung des § 36a EStG kann nur § 42 AO zur Anwendung kommen²⁴⁴. Faktisch wird die Vorschrift des § 36a EStG aber auf Zeiträume vor dem 1.1.2016 angewandt²⁴⁵. Denn „für die Vergangenheit soll über die Anwendung des § 42 AO ein ähnliches Ergebnis ... erreicht werden“²⁴⁶. Das BMF-Schreiben leitet überraschenderweise „aus § 42 AO eine dem § 36a EStG ebenbürtige Rechtsfolge her“²⁴⁷. Diese rechtsregimeübergreifende Zielidentität ist nicht nur wegen des aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten abgeleiteten Rückwirkungsverbots (s. V. 1.), sondern auch rechtsmethodisch fragwürdig²⁴⁸. Denn die Finanzverwaltung will aus § 42 Abs. 1 Satz 3 AO für in ihren Augen missbräuchliche Transaktionen die Rechtsfolge ableiten, dass der „steuerinduzierte Anteil der Kapitalertragsteuer (in der Regel 3/5) bei der inländischen Person nicht anzurechnen“ sei²⁴⁹. Diese präzise, mit dem Neurecht übereinstimmende Rechtsfolge entlarvt die (unzulässige) Antizipation der Anrechnungsregeln des § 36a EStG für die Kapitalertragsteuer. Über § 42 AO soll die materielle Rechtsfolgentypisierung bereits in Altfällen gelten, obwohl die legislative Typisierung keinen Raum für eine administrative Typisierung anhand der Kriterien lässt, die der Gesetzgeber trotz seiner Kenntnisse von unliebsamen Gestaltungen über den Dividendenstichtag bewusst erst später eingeführt hat. Eine typisierende Gesetzesauslegung durch Implementierung einer erst für

spätere Zeiträume eingeführten legislativen Rechtsfolgentypisierung wirft nicht nur Kompetenz- und Rückwirkungsfragen auf (s. bereits IV. und V.), sondern ist auch ein rechtsmethodisches Problem. Denn Typisierung bei der Rechtsanwendung vereinfacht und verkürzt den Lebenssachverhalt oder den Gesetzestatbestand²⁵⁰, wofür es einer Rechtfertigung bedarf. Diese mag der typisierende Gesetzgeber für sich in Anspruch nehmen, es wäre aber übergriffig, wenn der Rechtsanwender die Rechtsfolgentypisierung unter Hinweis auf § 42 AO anstrebt.

Wenn sich der Gesetzgeber für einen konkreten zeitlichen Anwendungsbeginn der neuen Norm entschließt, fragt sich, ob die Verwaltung dasselbe Ergebnis auf anderem Wege herbeiführen darf. *Monika Gabel* ist in ihrer Kölner Dissertation einer „Rückwirkung konstitutiver Missbrauchsnormen über den Umweg des § 42 AO“ bereits ausdrücklich entgegengetreten²⁵¹. Denn nicht nur eine direkt zurückwirkende Missbrauchsgesetzgebung, sondern auch die Heranziehung der Wertungen einer Spezialvorschrift bei Ausfüllung der Generalklausel führt zu Rückwirkungsproblemen, wenn die Spezialnorm zum Zeitpunkt der fraglichen Tatbestandsverwirklichung noch nicht in Kraft war. Aus ihrer – beifallswürdigen – Sicht verstößt echte wie unechte Rückwirkung von spezialkonstitutiven Missbrauchsnormen über den Umweg des § 42 AO gegen das Rechtsstaatsprinzip²⁵². Denn dem Rechtsanwender ist es verboten, § 42 AO anzuwenden, um dadurch einem erst zukünftig inkrafttretenden Gesetz schon vor dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens Geltung zu verschaffen²⁵³. Diese Sicht wird gleichermaßen speziell für die Missbrauchs bekämpfung bei *cum-cum*-Transaktionen und die Anwendung von § 36a EStG und § 50j EStG auf Altfälle vertreten²⁵⁴.

Insoweit geht es nicht um eine „Normbehauptung“ zur Sicherung des Steuerrechts und die Bewahrung der Rechtsordnung gegenüber Gestaltungen²⁵⁵, sondern um eine zeitliche Normer-

240 Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016, BGBl. I 2016, 1679; § 152 AO n.F. anwendbar erstmals auf Steuererklärungen, die nach dem 31.12.2018 einzureichen sind (Art. 97 § 8 Abs. 4 EGAO).

241 FG Schleswig-Holstein, Urt. v. 28.6.2017 – 2 K 146/16, juris Rz. 63 ff.

242 BFH, Urt. v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BFHE 261, 333 = FR 2018, 1145 Rz. 23 unter Hinweis auf BFH, Urt. v. 18.12.2013 – I R 25/12, GmbHR 2014, 605; BFH, Urt. v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, BStBl. II 2017, 700 = FR 2017, 1019.

243 Allgemein *Kloepfer* (Fn. 227), 161 ff., 276, der selbst die „Altrechtsgeborgenheit“ betont und gegenüber einer „behutsamen Vorberücksichtigung“ keine prinzipiellen Bedenken hegt.

244 *Schmidt/Levedag*, EStG³⁸, 2019, § 36a Rz. 11.

245 *Helios/Lenz*, DB 2017, 1738 (1741).

246 So *Schmidt/Levedag*, EStG³⁸, 2019, § 36a Rz. 1 unter Hinweis auf das BMF-Schreiben.

247 *Kußmaul/Knobloch/Kloster*, StB 2018, 254 (258); kritisch zur Rechtsgrundlage auch *Helios/Lenz*, DB 2017, 1738 (1741); unkritisch zur Rechtsfolge *Fiand*, NWB 2017, 3570 (3575).

248 Eine a.A. nur andeutend aber *Lamprecht*, Ubg 2018, 189 (194, Note 45).

249 BMF vom 17.7.2017, Rz. 15.

250 Dazu *Drüen* in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 4 AO Rz. 385 ff. (Okt. 2011).

251 *Gabel* (Fn. 40), 227.

252 *Gabel* (Fn. 40), 229.

253 *Kleinert/Lübbehüsen*, DB 2015, 1007 (1011).

254 Gegen eine rückwirkende Anwendung von §§ 36a, 50j EStG auf *cum-cum*-Altfälle *Klein*, JbFStR 2017/2018, 462 (469 f.); zustimmend *Gosch* JbFStR 2017/2018, 471.

255 Dazu *Lindermann* (Fn. 42), 25 ff.

streckung, für die der vollziehenden Gewalt trotz § 42 AO die Kompetenzgrundlage fehlt. Die Kompetenz besteht selbst bei Annahme einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht gegenüber Missbrauchsgestaltungen nicht, weil nur der Gesetzgeber aufgerufen ist, die freiheitsrechtlich fundierten Gestaltungsrechte der Steuerpflichtigen zur Gewähr der Gleichheit unter den Steuerpflichtigen *durch das Gesetz* zu beschränken.

Insgesamt setzt die zeitliche und sachliche Konkretisierung dem Rechtsanwender aus Gründen der Folgerichtigkeit der Rechtsanwendung und der Vermeidung unzulässiger Rückwirkung Grenzen, die nicht durch § 42 AO überspielt werden dürfen. Denn diese Norm ist kein eigenständiger Besteuerungstatbestand und Eingriffstitel. Die Generalklausel des § 42 AO ist trotz durch sie ausgelöster Einbußen an Tatbestandsbestimmtheit und Rechtssicherheit verfassungsgemäß²⁵⁶, aber freilich muss auch ihre Anwendung im Einklang mit der Verfassung erfolgen. Die verfassungsrechtliche Kritik an der Missbrauchsklausel würde aber an Substanz gewinnen, wenn über ihren Umweg rückwirkend spezialgesetzliche Wertungen antizipiert würden. Mit der Forderung nach methodisch kontrollierter Anwendung des § 42 AO²⁵⁷, wäre das indes nicht vereinbar.

VII. Schluss und Ergebnisse

Die drei Staatsgewalten haben ihren Funktionen im gewaltengegliederten Verfassungsstaat entsprechende Kompetenzen und Bindungen bei der Missbrauchsabwehr im Steuerrecht. Auch wenn ein verfassungsrechtlicher Impuls zur Effektuierung der Missbrauchsabwehr im Steuerrecht besteht, ist dem Staat nicht unter dem Deckmantel der Missbrauchsabwehr alles erlaubt. Jede Staatsgewalt muss vielmehr die ihr eigenen Funktionen

und Grenzen achten. Die erste Gewalt ist dabei nur an die Verfassung gebunden, die zweite an diese und an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG). Der dritten Gewalt obliegt die Kontrolle der Wahrung der Verfassungs- und Gesetzesbindung.

Grundlage und Grenze administrativer Missbrauchsabwehr ist im gewaltengegliederten Verfassungsstaat immer das geltende Steuergesetz. Schöpft die Gesetzgebung den verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen der Missbrauchsabwehr in persönlicher, sachlicher und/oder zeitlicher Hinsicht nicht umfassend aus, dürfen dies die beiden anderen Staatsgewalten nicht an ihrer Stelle tun. Verbleibende Gestaltungsmöglichkeiten, die die Legislative toleriert hat, dürfen von der Exekutive nicht als Missbrauch umgewertet werden. Setzt der Gesetzgeber eine typisierende Missbrauchsabwehrregel erst ab einem bestimmten Zeitpunkt in Kraft – wie z.B. § 36a EStG ab 1.1.2016 – so ist diese Wertung auch für die anderen beiden Staatsgewalten maßgeblich. Weder durch die direkte Missachtung des gesetzlichen Anwendungsbereiches noch durch die wirkungsgleiche Antizipation über § 42 AO dürfen die erst zu einem späteren Zeitpunkt eingeführten (typisierenden) Missbrauchskriterien und -folgen auf frühere Zeiträume vorgezogen werden. Andernfalls würde die parlamentarische Missbrauchswertung missachtet.

§ 42 AO bleibt zwar in der Zeit vor dem Inkrafttreten der speziellen Missbrauchsabwehrregelung abstrakt anwendbar, allerdings darf bei der erforderlichen Konkretisierung der allgemeinen Missbrauchsklausel der Missbrauchsvorwurf nicht allein auf die erst später geltenden Kriterien gestützt werden. Der Missbrauchsgehalt muss in Altfällen darum über die typisierenden Kriterien des § 36a EStG hinausgehen²⁵⁸.

256 Tipke (Fn. 66), Bd. III², 2012, 1674; *Drüen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 38 (Juli 2016) m.w.N.

257 Dazu *Drüen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 38 (Juli 2016) m.w.N.

258 Die Frage, ob bei *cum-cum*-Geschäften als gewöhnlichen, bankentypischen Geschäften generell kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vorliegt, kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden (dazu *Spilker/Kremer*, BB 2018, 2775 [2779]; *Knobloch*, DB 2016, 1825 [1834 f.]). Zum Teil wird der frühere bewusste Regelungsverzicht des Gesetzgebers für *cum-cum*-Transaktionen bereits als Legalisierung dieser Gestaltungen gedeutet (dafür jüngst *Lindermann*, DStR 2019, 1549 [1554 f.]). Umgekehrt soll bei *cum-cum*-Transaktionen „regelmäßig von einem Gestaltungsmissbrauch gem. § 42 AO auszugehen“ sein (so *Spengel*, DB 2016, 2988 [2993]; dagegen *Kußmaul/Knobloch/Kloster*, StB 2018, 254 [257]; nicht „a priori missbräuchlich“; kritisch zur Anwendung von § 42 AO auch *Brühl/Holle/Weiss*, DStR 2017, 2093 [2095 ff.]; *Helios/Lenz*, DB 2017, 1738 [1741 ff.]; ohne Stellungnahme *Knigge/Wittig*, ZWH 2019, 37 [43 f.] m.w.N.). Dabei spricht eine fehlende Nähebeziehung unter Marktteilnehmern bereits gegen ein Missbrauchsverdikt im Regelfall (ähnlich bereits *Kirchhoff/Gosch*, EStG¹⁸, 2019, § 36a EStG Rz. 16 m.w.N.). M.E. ist allenfalls in besonders gelagerten Altfällen bei *cum-cum*-Geschäften ein Gestaltungsmissbrauch denkbar. Da das Angemessenheitsurteil über eine Gestaltung auch vom unionsrechtlichen Rahmen abhängt, würde sich indes bei Gestaltungen, die die Wirkung von unionsrechtswidrigen Vorschriften „umgehen“, wegen des Anwendungsvorrangs sodann die Folgefrage einer unionsrechtskonformen Anwendung von § 42 AO stellen (zur früheren Unionsrechtswidrigkeit und ihren Folgen für die Kapitalertragsteuer näher *Nagler/Niedling/Patzner*, RdF 2017, 289; *Loritz*, BB 2017, 2327 [2334]; zuletzt *Lindermann*, DStR 2019, 1549 [1555 f.]). Insofern sind noch einige Fragen offen.



Peer Review

Hans-Peter Huber / Prof. Dr. Ralf Maiterth, beide Berlin*

Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften von lediglich 20 % – Fakt oder Fake News?

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Einordnung der Ergebnisse der Grüne/EFA-Studie in die Literatur
- III. Replikation der Grüne/EFA-Studie für deutsche Kapitalgesellschaften
 1. Methodik
 2. Dafne als Datenbasis des vorliegenden Beitrags
 3. Sample-Selection
 4. Unzulänglichkeiten der Grüne/EFA-Studie
- IV. Tatsächliche ETRs deutscher Kapitalgesellschaften
 1. ETRs bei sachgerechter Sample-Selection und Berücksichtigung steuerfreier Dividenden
 2. ETRs von Organkreis-Kapitalgesellschaften
 3. Erweiterte Analysen & Robustness Checks
 - a) Unternehmensindividuelle Nominalsteuersätze
 - b) Laufender Steueraufwand
 - c) Erweiterung des Betrachtungszeitraums auf 8 Jahre
- V. Einfluss von Größe & Auslandsaktivität auf die Steuerbelastung
 1. Univariate Analyse von Größe und Auslandsaktivität
 2. Multivariate Analyse
- VI. Fazit

Eine von Die Grünen/EFA in Auftrag gegebene Studie kommt basierend auf handelsrechtlichen Einzelabschlüssen zum Ergebnis, deutsche Kapitalgesellschaften würden durch erfolgreiche Steuergestaltungen lediglich rund 20 % anstelle der gesetzlich geforderten knapp 30 % an Steuern zahlen. Diese Behauptung hält einer wissenschaftlichen Überprüfung ebenso wenig stand wie die Aussage, große bzw. international agierende Unternehmen hätten eine niedrigere Steuerquote als kleine bzw. am jeweiligen Standort aktive Unternehmen. Wenn berücksichtigt wird, dass die verwendeten (Handels-)Bilanz-Datenbanken auch Personenunternehmen sowie steuerbefreite Unternehmen beinhalten, und der (95%ige) Steuerfreistellung von (Schachtel-)Dividenden gem. § 8b KStG Rechnung getragen wird, ergibt sich eine durchschnittliche Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften unabhängig von deren Größe und Internationalität i.H.v. knapp 30 %. Dieses Ergebnis bedeutet jedoch nicht, dass es keinerlei Steuergestaltungen zu Lasten des deutschen Fiskus gibt. Nur lassen sich derartige Steuergestaltungen nicht anhand handelsrechtlicher Einzelabschlüsse identifizieren.

A study commissioned by The Greens/EFA uses individual financial statements and suggests German corporations' effective tax rate (ETR) falls 10 percentage points below the statutory tax

rate of around 30 % due to tax planning activities. Our study proves this to be false. The same holds for the allegation large corporations or MNEs pay less taxes than small and medium sized or local operating corporations. The exclusion of partnerships and tax exempt corporations from the database and the consideration of the (95 %) tax exemption for dividends from substantial shareholdings (§ 8b KStG) results in an average ETR of German corporations close to the statutory tax rate of around 30 %. Size and international operations have no effect on the result. However, this finding does not provide evidence for the absence of tax planning activities of German corporations since tax planning activities cannot be revealed based on individual financial statements.

I. Einleitung

Am 22.01.2019 wurde die Studie „Effective Tax Rates of Multi-national Enterprises in the EU“ (Janský 2019)¹ veröffentlicht, welche von der Fraktion Die Grünen/Europäische Freie Allianz (nachfolgend Grüne/EFA) im Europäischen Parlament in Auftrag gegeben wurde. Für in Deutschland tätige Unternehmen, genauer Kapitalgesellschaften, wurde eine gewichtete durchschnittliche Steuerbelastung (Effective Tax Rate (ETR)) von rund 20 % (genauer Wert: 19,6 %) ermittelt, die nahezu 10 Prozentpunkte und damit rund ein Drittel unter dem in der Studie als Referenzwert herangezogenen Nominalsteuersatz i.H.v. 29,5 % liegt.² Die Ergebnisse der Studie sind auf ein großes Medienecho gestoßen und wurden nahezu einhellig dahingehend interpretiert, dass große multinationale Unternehmen zu wenig Steuern entrichteten³ und am stärksten vom „Steuerdumping“

* Hans-Peter Huber ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Humboldt-Universität zu Berlin. Prof. Dr. Ralf Maiterth ist Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Humboldt-Universität zu Berlin, Forschungsdirektor am DIW, Vorstand von arqus e.V. und Teilprojektleiter im TRR 266 Accounting for Transparency. Die Autoren danken zwei anonymen Gutachtern sowie den Teilnehmern der TRR 266 Annual Conference 2019 für wertvolle Kommentare und Anregungen. Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Collaborative Research Center (SFB/TRR) Projektnummer 403041268 – TRR 266 Accounting for Transparency.

1 Die Studie wurde von Petr Janský, Universität Prag, durchgeführt.

2 Dieser Wert dürfte dem durchschnittlichen Ertragsteuersatz für deutsche Kapitalgesellschaften entsprechen, welchen die OECD (2019) für 2011 mit 29,55 % angibt. Dieser setzt sich aus dem Körperschaftsteuersatz (inkl. Solidaritätszuschlag) und dem mit den Gewerbeerträgen gewichteten durchschnittlichen Gewerbesteuersatz i.H.v. 13,725 in Deutschland zusammen.

3 Vgl. z.B. Süddeutsche Zeitung 2019a und Spiegel Online 2019.

profitierten.⁴ Es gibt jedoch auch (einige wenige) kritische Stimmen zu der Studie. So weisen *Bräutigam, Ludwig und Spengel* (2019) zu Recht auf zahlreiche gravierende methodische Mängel der Grüne/EFA-Studie hin, die auch im vorliegenden Beitrag adressiert werden. *Hentze* (2019) weist ebenfalls auf Schwachstellen der Studie hin.

Welche Steuervermeidungsstrategien von den Unternehmen genau genutzt werden, um die Steuerbelastung so gravierend zu drücken, wird in der Studie nicht erklärt. Es werden lediglich Schlagwörter wie „*tax rulings*“, „*tax holidays*“ und „*other tax provisions*“ genannt und geschlussfolgert, deretwegen sei nichts anderes als eine unangemessen niedrige Besteuerung zu erwarten.⁵

Gerade für Deutschland, das weder „*tax rulings*“ noch „*tax holidays*“ kennt, und dessen „*other tax provisions*“ oftmals eher steuererhöhend denn steuermindernd wirken (z.B. Zins- und Lizenzschranke), ist es doch verwunderlich, dass die ETR deutscher Unternehmen den Nominalsteuersatz im Durchschnitt um nahezu ein Drittel unterschreiten soll. Ein Erklärungsansatz hierfür könnten internationale Steuergestaltungen sein, was auch die monierte Benachteiligung lokal tätiger Unternehmen erklären würde. Eine andere Erklärung könnte in methodischen Unzulänglichkeiten der Studie liegen. Letztere sind Gegenstand des vorliegenden Beitrags, der zeigt, dass die ETRs deutscher Kapitalgesellschaften bei einer adäquaten methodischen Herangehensweise nur unwesentlich vom Nominalsteuersatz abweichen. Ob diese Erkenntnis Eingang in die politische und öffentliche Diskussion finden wird, bleibt abzuwarten. Schließlich lassen sich „Erkenntnisse“ wie „die Unternehmen zahlen zu wenig Steuern“ besser vermarkten bzw. für die eigene politische Agenda nutzen.

Das Vorgehen im vorliegenden Beitrag ist wie folgt. Nach der Einordnung der Grüne/EFA-Studie in die Literatur werden die Ergebnisse der Studie repliziert. Darauf aufbauend wird eine eigenständige Analyse durchgeführt, in der die methodischen Schwächen der Studie adressiert und ausgeräumt werden. Dabei wird u.a. herausgearbeitet, welchen Einfluss die Sample-Selection und die Berücksichtigung der Steuerfreistellung von Dividenden gem. § 8b KStG auf die gewonnenen Ergebnisse haben. Auch wird gezeigt, wie sich unternehmensspezifische Nominalsteuersätze, ein Abstellen auf die laufenden Steuern oder ein längerer Betrachtungszeitraum auf die Resultate auswirken. Schließlich wird die Behauptung überprüft, große und multinational tätige Unternehmen wiesen besonders niedrige Steuerbelastungen auf. Der Beitrag endet mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

II. Einordnung der Ergebnisse der Grüne/EFA-Studie in die Literatur

In Deutschland haben das Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) und das Institut der deutschen Wirtschaft (IW) jeweils eine Stellungnahme zu der Grüne/EFA-Studie abgegeben. *Bräutigam/Ludwig/Spengel* (2019) vom ZEW begründen ihre Kritik an der Studie bezogen auf deutsche Unternehmen hauptsächlich mit der fehlenden Berücksichtigung von gem. § 8b KStG steuerfrei gestellten Dividenden und dem Abstellen auf eine gewichtete ETR. *Hentze* (2019) vom IW führt als Gründe für die behauptete Abweichung zwischen ETR und Nominalsteuersatz ebenfalls die Dividendenfreistellung

(allerdings verweist er nur auf Auslandsdividenden) sowie steuerliche Verlustvorträge an. In seiner Analyse der ETRs für ein restriktiveres Sample von 4.832 deutschen Kapitalgesellschaften⁶ aus der Dafne Datenbank⁷ ermittelt er für den Zeitraum von 2009 bis 2017 eine gewichtete ETR i.H.v. 28 % und damit eine Belastung in der Nähe des Nominalsteuersatzes. Jedoch ist der Beitrag von *Hentze* sehr kurz und lässt viele Fragen offen. So bleibt der Effekt der Sample-Selection auf die Ergebnisse ebenso unklar wie die Berücksichtigung steuerfreier Dividenden erträge, die unter den § 8b KStG fallen.

ETRs spielen in der *Tax Agressiveness* Literatur eine wichtige Rolle. Eine relativ niedrige unternehmensindividuelle ETR – insbesondere auf Konzernebene – wird als ein Indikator für Steuergestaltungen des betreffenden Unternehmens angesehen.⁸ In diesem Literaturstrang stehen neben der deskriptiven Analyse effektiver Steuerquoten die Einflussfaktoren auf die unternehmerische ETR im Fokus.⁹

Im Zusammenhang mit der Unternehmensgröße, die in der Grüne/EFA-Studie als ein Faktor mit negativem Einfluss auf die ETR genannt wird¹⁰, sind die empirischen Ergebnisse einheitlich. Einen derartigen, negativen Zusammenhang gibt es nach *Porcano* (1986) für US-amerikanische sowie nach *Richardson und Lanis* (2007) für australische Konzerne.¹¹ Dagegen finden *Zimmerman* (1983) und *Rego* (2003) höhere effektive Konzernsteuerquoten für große US-Unternehmen.¹² *Gupta und Newberry* (1997) wiederum identifizieren für US-Unternehmen keinen eindeutigen Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und Konzernsteuerquote.¹³ Für Deutschland konstatiert *Kraft* (2014) einen schwachen positiven Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und Konzernsteuerquote,¹⁴ während nach *Gebhardt und Siemers* (2017) mittelgroße Unternehmen stärker belastet werden als kleine oder große Unternehmen.¹⁵

4 So Sven Giegold, wirtschafts- und finanzpolitischer Sprecher der Grünen/EFA-Fraktion, in einer Pressemitteilung der Grünen vom 22.1.2019 zu der oben genannten Studie.

5 In der Studie wird dazu ausgeführt: „ETRs are, as expected, lower than nominal rates in most countries. This is natural given the tax holiday and other tax provisions that make the ETRs lower than nominal rates“ (*Janský* 2019, S. 15).

6 Die restriktive Stichprobenauswahl führt im Vergleich zur Studie von *Janský* 2019 zu einem nur halb so großen Datensatz. *Hentze* analysiert lediglich Kapitalgesellschaften, die für alle Jahre im Zeitraum 2009 bis 2016 positive Werte für den Jahresüberschuss und die Ertragsteuern ausweisen und bei denen die jährlichen Ertragsteuern den Vorsteuergewinn nicht übersteigen (vgl. *Hentze* 2019, S. 3).

7 Dafne ist eine kommerzielle Datenbank mit Firmen- und Finanzdaten für Deutschland.

8 Vgl. u.a. *Hanlon und Heitzman* 2010, Table 1.

9 Vgl. dazu u.a. *Gupta und Newberry* 1997; *Janssen und Buijink* 2000; *Kraft* 2014; *Porcano* 1986; *Rego* 2003; *Richardson und Lanis* 2007; *Zimmerman* 1983.

10 Die Unternehmen werden dafür in drei Größenklassen eingeteilt und anschließend anhand ihrer durchschnittlichen gewichteten ETR verglichen; die der großen Unternehmen ist entsprechend kleiner (vgl. Abschnitt V.1).

11 Vgl. *Porcano* 1986, S. 23 und *Richardson und Lanis* 2007, S. 699.

12 Siehe dazu *Zimmerman* 1983, S. 124 und *Rego* 2003, S. 820f.

13 Vgl. *Gupta und Newberry* 1997, S. 21.

14 Vgl. *Kraft* 2014, Table 5, S. 12.

15 Vgl. *Gebhardt und Siemers* 2017, S. 22. Überraschenderweise befinden sich in ihrem Sample viele Unternehmen mit einer ETR von 0 %, was die Autoren des Beitrags auf Firmenneugründungen und Steueroptimie-

Neben der Unternehmensgröße suggeriert die Grüne/EFA-Studie auch, dass die Auslandsaktivität eines Unternehmens einen negativen Einfluss auf die unternehmerische Steuerbelastung hat. Die empirische Evidenz ist auch hier gemischt. Nach *Rego* (2003) besteht für US-Konzerne und nach *Kraft* (2014) für deutsche Konzerne ein negativer Zusammenhang zwischen Auslandsaktivität und ETR.¹⁶ Hingegen finden *Janssen* und *Buijink* (2000) für niederländische Unternehmen, *Sureth*, *Halberstadt* und *Bischoff* (2009) für deutsche börsennotierte Aktiengesellschaften sowie *Markle* und *Shackelford* (2009) und (2012) für ein internationales Sample keinen Unterschied zwischen ETRs international agierender und national tätiger Unternehmen.¹⁷ Für die deutschen Unternehmen in ihrem Sample finden *Markle* und *Shackelford* (2009) und (2012), dass international agierend Unternehmen sogar tendenziell eine höhere Steuerquote ausweisen, wenngleich dies nicht immer statistisch signifikant ist.¹⁸

Eine aktuelle und adäquate Analyse der ETRs deutscher Unternehmen, genauer: Kapitalgesellschaften, ist Inhalt des vorliegenden Beitrags. Wir zeigen die Notwendigkeit einer sachgerechten Sample-Selection auf und demonstrieren, dass eine methodisch fundierte Analyse der ETRs deutscher Kapitalgesellschaften gänzlich andere Ergebnisse hervorbringt als eine durchschnittliche ETR i.H.v. 19,6 %.

III. Replikation der Grüne/EFA-Studie für deutsche Kapitalgesellschaften

1. Methodik

In der Literatur gibt es eine Vielzahl von Ansätzen, die effektive Steuerbelastung (ETR) zu ermitteln.¹⁹ *Janský* (2019) verwendet in der Grüne/EFA-Studie die sog. GAAP-ETR. Diese wird dadurch ermittelt, dass der Gesamtsteueraufwand (= laufender Steueraufwand + latente Steuern) ins Verhältnis zu einem handelsrechtlichen Jahresergebnis vor Steuern gesetzt wird.²⁰ Zudem berechnet er gewichtete (durchschnittliche) ETRs²¹, indem der Gesamtsteueraufwand sämtlicher Unternehmen aufaddiert und durch die Summe der Jahresüberschüsse vor Steuern dividiert. Dies führt zum selben Ergebnis wie eine Gewichtung der ETR eines jeden Unternehmens mit dessen Jahresergebnis vor Steuern. Dieser gewichtete Durchschnitt ist gleichbedeutend mit der Steuerquote der betrachteten Unternehmen.²²

Die im vorliegenden Fall interessierende gewichtete ETR deutscher Unternehmen errechnet sich damit wie folgt:

$$(1) ETR_{\text{gewichtete}} = \frac{\sum_{t=1}^T \sum_{i=1}^N (\text{laufender} + \text{latenter}) \text{Steueraufwand}_{it}}{\sum_{t=1}^T \sum_{i=1}^N \text{Jahresergebnis vor Steuern}_{it}}$$

mit : i = Unternehmen und t = Beobachtungsjahr.

Die Grüne/EFA-Studie nennt eine gewichtete ETR für deutsche Unternehmen i.H.v. 19,6 % und verwendet das unkorrigierte handelsrechtliche Ergebnis vor Steuern als Referenzgröße (Nenner in Gleichung (1)), wie dies in der Literatur durchaus üblich ist.²³ Als Begründung wird auf Seite 9 angeführt: „*The data is not able to properly take into account some specific characteristics of various tax systems*“. Wie in Abschnitt IV.1 und IV.2 gezeigt werden wird, beeinflusst dies zumindest für deutsche Unternehmen die gewonnenen Ergebnisse.

Neben der gewichteten ETR ist im vorliegenden Beitrag auch die ungewichtete (durchschnittliche) ETR²⁴ deutscher Unternehmen von Interesse.

Die ungewichtete ETR bestimmt sich wie folgt:

$$(2) ETR_{\text{ungewichtet}} = \frac{\sum_{i=1}^N ETR_i}{N}$$

Die ungewichtete ETR gibt an, welcher Steuerbelastung deutsche Kapitalgesellschaften im Durchschnitt unterliegen, ohne dass die Gewinnhöhe eine Rolle spielt.²⁵ Ungewichtete ETRs sind u.a. für Verteilungsanalysen hilfreich. So liefert der Vergleich der ungewichteten mit der gewichteten ETR einen ersten Hinweis, ob Unternehmen unterschiedlicher Größe unterschiedliche ETRs aufweisen.

2. Dafne als Datenbasis des vorliegenden Beitrags

Die Grüne/EFA-Studie basiert auf der Unternehmensdatenbank „Orbis“, die Finanz- und Beteiligungsinformationen zu rund 300 Millionen Unternehmen weltweit enthält, und analysiert die Abweichung von ETRs zu Nominalsteuersätzen für Unternehmen sämtlicher EU-Staaten sowie ausgewählter Drittstaaten.

Um die im vorliegenden Beitrag interessierenden Ergebnisse für Deutschland zu replizieren, wird in Ermangelung einer Lizenz für die Orbis-Datenbank auf die Dafne-Datenbank zurückgegriffen, die vom selben Anbieter (Bureau von Dijk) wie Orbis vertrieben wird. Dafne enthält Jahresabschlussinformationen von ca. 1 Million Unternehmen in Deutschland. Orbis umfasst je nach Orbis-Paket mehr oder weniger dieser deutschen Unternehmen.²⁶ Somit ist eine Replikation der Ergebnisse der Grüne/EFA-Studie mit den Dafne-Daten grundsätzlich möglich.

rungsstrategien internationaler Unternehmen zurückführen. Begründet wird diese Vermutung jedoch nicht. Es ist u.E. vielmehr davon auszugehen, dass es sich um gemeinnützige und damit steuerbefreite Unternehmen handelt (s. dazu Abschnitt IV.1).

16 Vgl. *Rego* 2003, S. 820 f. und *Kraft* 2014, S. 12.

17 Vgl. *Janssen* und *Buijink* 2000, Table 6–9; *Sureth*, *Halberstadt* und *Bischoff* 2009, S. 56 f., *Markle* und *Shackelford* 2009, S. 8 sowie *Markle* und *Shackelford* 2012, S. 494.

18 Vgl. *Markle* und *Shackelford* 2009, 2012, Table 2.

19 Für einen umfassenden Überblick s. *Hanlon* und *Heitzman* 2010.

20 In der Regel wird dabei wie bei *Janský* 2019 das Jahresergebnis vor Steuern aus der GuV verwendet. Man kann jedoch ebenso ein modifiziertes Jahresergebnis vor Steuern heranziehen, das beispielsweise der Steuerfreistellung von Dividenden oder anderen Erträgen Rechnung trägt.

21 Wenn im Folgenden von gewichteter ETR die Rede ist, ist die gewichtete durchschnittliche ETR gemeint.

22 Eine Steuerquote wird oftmals auch in Bezug auf die Gesamtwirtschaft angegeben, wobei die gesamten Steuereinnahmen des Staates durch das gesamte Einkommen seiner Bürger geteilt werden.

23 Vgl. bspw. *Markle* und *Shackelford* 2012.

24 Wie bei den gewichteten ETRs wird die ungewichtete durchschnittliche ETR im Folgenden nur als ungewichtete ETR bezeichnet.

25 Aus diesem Grund geben *Bräutigam/Ludwig/Spengel* (2019) der Analyse ungewichteter ETRs den Vorzug.

26 Laut dem *Shared Service Center* des Bureau von Dijk (BvD) gibt es keine systematischen Unterschiede zwischen den Daten für deutsche Unternehmen in der Orbis-Datenbank und denen in der Dafne-Datenbank.

3. Sample-Selection

In diesem Abschnitt wird die von uns vorgenommene Stichprobenauswahl dokumentiert und mit den Ergebnissen der Grüne/EFA-Studie verglichen. Ein unmittelbarer Vergleich mit dem Vorgehen der Studie ist schwierig, wenn nicht gar unmöglich, da die Stichprobenauswahl nicht dokumentiert und das weitere Vorgehen der Studie kaum beschrieben wird. Auch werden keinerlei deskriptive Statistiken von den analysierten Unternehmen präsentiert. Dadurch ist nicht eindeutig zu klären, inwieweit die im vorliegenden Beitrag betrachteten Unternehmen der in der Grüne/EFA-Studie untersuchten Population hinreichend ähnlich sind. Der Leser erfährt aus der Studie lediglich, dass sich 10.346 deutsche Unternehmen im Sample befinden.

Wir haben alle Unternehmen aus Dafne ausgewählt, für welche Daten zur Gewinn- und Verlustrechnung in den Jahren 2011 bis 2015 zur Verfügung stehen und die nicht der Finanzindustrie zugehörig sind. Um analog zur Grüne/EFA-Studie ETRs auf Basis von Einzelabschlüssen ermitteln zu können, wurden 137 Unternehmen aus dem Dafne-Datensatz entfernt, für die ausschließlich Konzernabschlüsse vorliegen. Bei Unternehmen mit Einzel- und Konzernabschluss haben wir die Einzelabschlüsse verwendet. Unser „Ausgangssample“ umfasst 31.689 deutsche Unternehmen.²⁷

Weiterhin haben wir analog zur Grüne/EFA-Studie folgende Datenbereinigungen vorgenommen, um anhand unseres „Replikationssamples“ die Ergebnisse der Studie zu replizieren:

1. Wir haben sämtliche Unternehmen eliminiert, welche 2010 einen Verlust erlitten haben, um Verzerrungen aus der Existenz steuerlicher Verlustvorträge zu reduzieren.
2. Wir haben Unternehmen aus der Stichprobe entfernt, wenn diese über den gesamten Betrachtungszeitraum 2011–2015 in Summe ein negatives Ergebnis erzielt haben.²⁸
3. Erhält ein Unternehmen in einzelnen Jahren Steuererstattungen, wurden diese Jahre bei dem Unternehmen (firm-year observations) gelöscht.²⁹
4. Gleiches gilt für Jahre, in denen ein Unternehmen eine ETR größer als 100 % aufweist. Auch diese firm-year observations wurden eliminiert.³⁰
5. Unternehmen, bei denen nach der Bereinigung aus Schritt 3 und 4 weniger als 3 Beobachtungen verbleiben, haben wir aus dem Datensatz entfernt. Somit liegen für jedes analysierte Unternehmen Daten für mindestens 3 Jahre vor.

Die in Schritt 3 und 4 gewählte Vorgehensweise ist in der Literatur weit verbreitet³¹ und wird damit begründet, dass ETRs kleiner null und größer 100 % unplausibel seien.³²

Die Auswirkungen der Datenbereinigungen, ausgehend von unserem „Ausgangssample“ (Schritt 0) bis hin zum „Replikationssample“ (Schritt 5), sind in Tabelle 1 dargestellt:

Schritt	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
0	31.689 [158.445]	18,7 %	20,3 %	104 Mio. €
1	26.942 [134.710]	20,6 %	18,8 %	108 Mio. €
2	24.146 [120.730]	27,6 %	17,3 %	108 Mio. €
3	24.146 [114.470]	25,3 %	19,9 %	108 Mio. €
4	24.146 [112.929]	23,2 %	19,6 %	108 Mio. €
5	23.602 [112.171]	23,6 %	19,8 %	101 Mio. €

Tabelle 1: Stichprobenauswahl für die Replikation der Ergebnisse der Grüne/EFA-Studie.

Die Bereinigung in Schritt 1 um Unternehmen, die in 2010 einen Verlust erzielten, führt zu einer Erhöhung der ungewichteten ETR und zu einer Reduktion der gewichteten ETR. Dieses im Hinblick auf die gewichtete ETR zunächst überraschende Ergebnis erklärt sich dadurch, dass die „2010-Verlustunternehmen“ im Betrachtungszeitraum zwar insgesamt Steuern zahlen (ungewichtete ETR = 7,7 %), aggregiert aber einen Verlust in den Jahren 2011–2015 erleiden. Deshalb ist der aggregierte Gewinn der verbleibenden Unternehmen höher, obgleich diese 4.747 Unternehmen aus dem Ausgangssample fehlen. Dadurch wird der Nenner in Gleichung (1) trotz sinkender Unternehmenszahl größer, was zu dem – auf den ersten Blick paradoxen – Effekt einer sinkenden gewichteten ETR führt. Derselbe Mechanismus wirkt im 2. Bereinigungs-schritt.

Unser Replikationssample umfasst etwas mehr als doppelt so viele Unternehmen wie das Sample der Grüne/EFA-Studie. Woher diese Diskrepanz kommt, ist ebenso unklar wie die Frage, ob und ggf. wie sich die Unternehmen unseres Replikationssamples von den 10.346 Unternehmen der Studie unterscheiden. Dies liegt daran, dass – wie bereits erwähnt – in der Studie die Sample-Selection nicht ausführlich beschrieben und keine deskriptive Statistik für die analysierten Unternehmen bereitgestellt wird.

Interessanterweise ist unser Ergebnis (19,8 %) im Hinblick auf die gewichtete ETR nahezu identisch mit dem in der Studie präsentierten Wert i.H.v. 19,6 %, wie Tabelle 2 belegt.

27 Für die übrigen rund 970.000 Unternehmen liegen keine GuV-Angaben für den gesamten Analysezeitraum vor.

28 Wir gehen davon aus, dass die Grüne/EFA-Studie auch so vorgegangen ist. Dazu heißt es auf S. 10: *“When a company has negative profits in the period, we remove the company from the sample.”*

29 Vgl. auch Markle und Shackelford 2009, S. 12.

30 Markle und Shackelford 2009, S. 12, eliminieren bereits firm-year observations, wenn die ETR 70 % übersteigt.

31 Vgl. bspw. Rego 2003 und Thomsen und Watrin 2018. Alternativ zum Löschen solcher firm-year observations wird als Vorgehensweise auch gewählt, dass im Fall einer ETR kleiner als 0 % die ETR gleich 0 % und im Fall einer ETR größer 100 % die ETR gleich 100 % gesetzt wird. Damit soll vermieden werden, Beobachtungen zu verlieren, vgl. dazu bspw. Gupta und Newberry 1997, S. 12, oder Kraft 2014, S. 7.

32 So z.B. Markle und Shackelford 2012, S. 499.

	Replikation	Grüne/EFA-Studie
Datengrundlage	Dafne	Orbis
N	23.602	10.346
$ETR_{gewichtet}$	19,8 %	19,6 %
$ETR_{ungewichtet}$	23,6 %	-

Tabelle 2: Ergebnis der Replikation und Vergleich mit der Grüne/EFA-Studie.

Daher ist auch bei Betrachtung der Ergebnisse unseres Replikationssamples eine deutliche Minderbesteuerung zu attestieren.

Variable	N	Durchschnitt	Median	Standardabweichung	Minimum	Maximum
vor Stichprobenauswahl „Ausgangssample“						
Bilanzsumme (T€)	31.689	104.390	13.519	1.324.659	1	104.690.600
Umsatzerlöse (T€)	31.689	144.628	32.195	1.302.602	0	80.943.000
EBIT (T€)	31.689	3.280	802	53.085	-4.184.400	4.323.400
Beteiligungserträge (T€)	31.689	1.273	0	29.337	-5.613	3.338.800
Mitarbeiter	31.689	244	95	1.733	1	170.781
FK-Quote (%)	31.689	62	65	27	0	128
nach Stichprobenauswahl „Replikationssample“						
Bilanzsumme (T€)	23.602	100.640	13.569	1.386.650	2	104.690.600
Umsatzerlöse (T€)	23.602	155.113	36.054	1.456.732	1	80.943.000
EBIT (T€)	23.602	4.561	1.144	58.950	-4.184.400	4.323.400
Beteiligungserträge (T€)	23.602	1.337	0	30.806	-517	3.338.800
Mitarbeiter	23.602	243	95	1.905	1	170.781
FK-Quote (%)	23.602	59	61	26	0	100

Tabelle 3: Deskriptive Statistik für das Ausgangssample und das Replikationssample.

4. Unzulänglichkeiten der Grüne/EFA-Studie

Obwohl die Ergebnisse unserer Replikationsstudie den zentralen Befund der Grüne/EFA-Studie bestätigen, bedeutet dies nicht, dass dieses Ergebnis auch zutreffend ist. Dies hat zwei Gründe.

1. Die Studie verwendet das unmodifizierte handelsrechtliche Jahresergebnis vor Steuer. Die Wirkung von § 8b KStG, der Beteiligungserträge (Dividenden und Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften) steuersystematisch (zu 95 %) freistellt,³³ bleibt unberücksichtigt.³⁴ Damit wird die ETR von Unternehmen, die Beteiligungserträge vereinnahmen, als zu gering ausgewiesen.
2. Ein Blick auf die drei Peaks in der Verteilung der ETRs im Replikationssample zeigt, dass sich Unternehmen im Sample befinden, die für die untersuchte Fragestellung offensichtlich dort nicht hingehören (s. Abbildung 1). Da sich die Orbis-Daten für deutsche Unternehmen der Dafne-Datenbank bedienen, dürfte dies auch für das Sample der Grüne/EFA-Studie gelten.

Auch stützt der Vergleich der ungewichteten mit der gewichteten ETR (23,6 % vs. 19,8 %) die – nicht weiter dokumentierten – Ergebnisse der Studie, wonach größere Unternehmen im Mittel geringere ETRs als kleinere Unternehmen aufweisen.

Tabelle 3 präsentiert eine deskriptive Statistik, die zeigt, dass sich die Unternehmen in unserem Ausgangssample und in unserem Replikationssample sehr ähneln. Lediglich das durchschnittliche EBIT weist im Replikationssample einen deutlich höheren Wert auf.

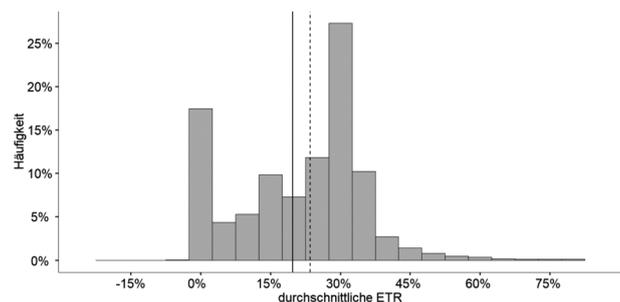


Abbildung 1: Verteilung der ungewichteten ETRs im Replikationssample. Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt von 19,8 %, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt von 23,6 %.

Die drei Peaks befinden sich im Bereich 0 %, 15 % und in der Nähe des Nominalsteuersatzes.³⁵ Dass ein signifikanter Anteil der Unternehmen über fünf Jahre gerechnet keine Steuern zahlt (ETR = 0 %) oder eine ETR in der Größenordnung von 15 % aufweist, ist ein Hinweis darauf, dass das Replikationssample

³³ Für Dividenden gilt die Körperschaftsteuerfreistellung seit 1.1.2013 gem. § 8b Abs. 4 KStG erst ab einer Beteiligungsquote i.H.v. 10 % (vgl. BGBl. I, 561). Bei der Gewerbesteuer sind seit jeher lediglich Schachteldividenden steuerfrei gestellt. Die Mindestbeteiligungsquote beträgt gem. § 9 Nr. 2a und 7 GewStG seit 2007 15 % (§ 9 Nr. 2a, 7 und 8 GewStG) und bei EU-Tochterkapitalgesellschaften 10 %.

³⁴ Ein derartiges Vorgehen findet sich in vielen Studien, die unternehmerische ETRs zum Gegenstand haben (vgl. bspw. auch Markle und Shackelford 2009 und 2012).

³⁵ Gebhardt und Siemers 2017, S. 23 finden im Gegensatz zu uns eine bipolare Verteilung der effektiven Steuerquoten deutscher Kapitalgesellschaften.

(und damit vermutlich auch das Sample der Grüne/EFA-Studie) nicht geeignet ist, verlässliche Aussagen über die ETR deutscher Kapitalgesellschaften zu machen. Aus diesem Grund wird das Replikationssample in Abschnitt IV.1 entsprechend modifiziert.

Neben diesen beiden gravierenden Schwächen, welche die Ergebnisse in erheblichem Umfang verfälschen, gibt es auch systematische Kritikpunkte an der Art der Datenbereinigung in der Studie. So werden firm-year observations für Jahre, in denen ein Unternehmen eine Steuererstattung vereinnahmt, ebenso gelöscht wie firm-year observations, wenn die ETR größer als 100 % ist. Obgleich dieses Vorgehen in der Literatur verbreitet ist, ist es durchaus fragwürdig. Da Steuerzahlungen eines Jahres infolge einer Betriebsprüfung auch Steuererstattungen oder -nachzahlungen für vorangegangene Jahre beinhalten können,³⁶ sind ETRs kleiner null oder größer 100 % kein zwingendes Indiz für einen Datenfehler. Ein Löschen von firm-year observations ist nur dann zu rechtfertigen, wenn tatsächlich Datenfehler vorliegen oder die Steuerzahlungen zwischen den einzelnen Perioden unabhängig voneinander sind. Letzteres ist zumindest bei betriebsprüfungsbedingten Steuererstattungen oder -nachzahlungen nicht gegeben, so dass in diesem Fall eine unzutreffende ETR für das betreffende Unternehmen im Betrachtungszeitraum ermittelt wird. Auch sind die Grenzen von 0 % und 100 % willkürlich. Genauso gut könnte man ETRs kleiner 5 % oder größer 90 % als unplausibel einstufen und entsprechende firm-year observations löschen.

IV. Tatsächliche ETRs deutscher Kapitalgesellschaften

1. ETRs bei sachgerechter Sample-Selection und Berücksichtigung steuerfreier Dividenden

In diesem Abschnitt ermitteln wir gewichtete und ungewichtete ETRs deutscher Kapitalgesellschaften basierend auf einer sachgerechten Sample-Selection und unter Berücksichtigung der Steuerfreiheit von Beteiligungserträgen (§ 8b KStG). Ausgangsbasis ist dabei das Replikationssample aus dem vorherigen Abschnitt.

Im *ersten Schritt* haben wir zum einen die Datenbereinigung aus Schritt 3 und 4 (Löschen von firm-year observations im Fall von Steuererstattungen oder ETRs größer als 100 %) rückgängig gemacht und die Steuerfreistellung durch § 8b Abs. 1 KStG (und korrespondierend § 9 Nr. 2a GewStG) berücksichtigt.³⁷ Wir wählen dabei einen eher konservativen Ansatz,³⁸ indem wir unterstellen, dass lediglich 70 % der Beteiligungserträge auf steuerbefreite Dividenden entfallen.³⁹ Konservativ ist diese Annahme zum einen deshalb, weil § 8b Abs. 4 KStG erst im Jahr 2013 und damit nach der Hälfte des Betrachtungszeitraums eingeführt wurde. Zum anderen ist davon auszugehen, dass insbesondere große Unternehmen ihren Beteiligungsbesitz, z.B. durch Pooling, so strukturieren, dass steuerpflichtige Dividenden weitestgehend vermieden werden. Zudem dominieren Beteiligungen an Kapitalgesellschaften den Beteiligungsbesitz, auch wenn Beteiligungen an Personengesellschaften, die steuerpflichtige Beteiligungserträge generieren, eine gewisse Rolle spielen.⁴⁰

Die Ergebnisse dieses ersten Schrittes sind in Tabelle 4 dargestellt.

Modifikation	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
Einbezug aller firm-years	23.602 [118.010]	28,1 %	18,3 %	101 Mio. €
Berücksichtigung von § 8b KStG	23.602 [118.010]	26,9 %	21,0 %	101 Mio. €

Tabelle 4: Erster Schritt: Einbezug aller firm-years und Berücksichtigung steuerfreier Beteiligungserträge.

Durch das Einbeziehen von firm-year observations mit Steuererstattungen und ETRs größer als 100 % steigt die Zahl der firm-year observations um 5.839, so dass für sämtliche der 23.602 betrachteten Unternehmen die Ergebnisse eines jeden Jahres berücksichtigt werden. Die gewichtete ETR sinkt dadurch auf 18,3 % und die ungewichtete steigt auf 28,1 %. Der auf den ersten Blick paradoxe Effekt einer sinkenden gewichteten ETR bei einer steigenden ungewichteten ETR resultiert daraus, dass der Gesamtsteueraufwand aller Unternehmen sinkt, weil die aggregierten Steuererstattungen die Summe der Steuerzahlungen bei ETRs größer 100 % übersteigen.

Durch Adjustierung des handelsrechtlichen Ergebnisses um 95 % des 70 %igen Beteiligungsergebnisses (§ 8b KStG) ergibt sich das nachfolgend als „bereinigt“ bezeichnete Jahresergebnis.⁴¹ Verwendet man das bereinigte Jahresergebnis als Bezugsgröße bei Ermittlung der ETRs, dann sinkt die ungewichtete ETR auf 26,9 %⁴², wohingegen die gewichtete ETR auf 21,0 % steigt.⁴³ Es zeigt sich, dass die § 8b KStG-Bereinigung einen deutlichen Effekt auf die gewichtete ETR hat (+2,7 Prozentpunkte).⁴⁴

Im *zweiten Schritt* haben wir eine erste Datenbereinigung vorgenommen und Unternehmen eliminiert, für die unplausible Steuerbelastungen vorliegen. Dazu zählen wir Unternehmen,

36 Vgl. auch Markle und Shackelford 2012, S. 497, die sich auf Cash Taxes beziehen.

37 Die Bereinigung des Vorsteuergewinns um „special items“ ist auch in der Literatur anzutreffen (vgl. Dyreng, Hanlon und Maydew 2008, S. 66), wengleich dies meist unterbleibt.

38 Bei Betrachtung von 20 zufällig ausgewählten Unternehmen zeigt sich, dass gut 9 % (20 %) ihres Beteiligungsbesitzes (anzahl-, nicht jedoch wertmäßig) nicht unter § 8b Abs. 1 KStG (und § 9 Nr. 2a GewStG) fällt.

39 Bach und Buslei 2009, S. 10, nehmen dagegen eine Bereinigung um 100 % des Beteiligungsergebnisses vor.

40 Bei Betrachtung von 20 zufällig ausgewählten Unternehmen zeigt sich, dass ihr Anteilsbesitz zu gut 10 % (anzahl-, nicht jedoch wertmäßig (Beteiligungswerte sind nicht angegeben)) aus Beteiligungen an Personengesellschaften besteht.

41 Hanlon und Heitzman 2010, S. 139, führen im Zusammenhang mit der Referenzgröße bei der Bestimmung von ETRs aus: „*Understanding what the numerator captures is essential*“.

42 Das Sinken der ungewichteten ETR erklärt sich dadurch, dass bei 270 Unternehmen das Jahresergebnis nach § 8b-Bereinigung und damit die ETR negativ wird. Neun dieser Unternehmen haben negative Steuerquoten von < -1.000 % (den Spitzenwert weist dabei die SMA Solar Technology AG mit - 9.176 % auf), was den ungewichteten Mittelwert äußerst stark beeinflusst. Da die aggregierten Verluste dieser 270 Unternehmen sehr gering sind, ist deren Einfluss auf die gewichtete ETR nahezu vernachlässigbar.

43 Die in den nachfolgenden Tabellen bzw. Ausführungen angegebenen ETRs beziehen sich (wenn nichts anderes vermerkt ist) immer auf das bereinigte Jahresergebnis.

44 Giegold 2019 von den Grünen/EFA ist sich der Notwendigkeit der Berücksichtigung steuerfreier Beteiligungserträge bewusst, argumentiert im Ergebnis aber dennoch dagegen.

die bezogen auf den *gesamten 5-Jahres-Zeitraum* eine ETR kleiner 0 % oder größer 100 % aufweisen.⁴⁵

Ausreißer- bereinigung	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
ETR > 100 %	282 [1.410]	574,0 %	107,0 %	611 Mio. €
ETR < 0 %	560 [2.800]	-88,2 %	0,0 %	265 Mio. €
verbleiben	22.760 [113.800]	22,9 %	20,8 %	90 Mio. €

Tabelle 5: Zweiter Schritt: Ausreißerbereinigung.

Tabelle 5 zeigt, dass die Ausreißerbereinigung insbesondere die ungewichtete ETR in hohem Maße beeinflusst, wohingegen sich die gewichtete ETR eher geringfügig ändert (20,8 % vs. 21,0 %). Bei Unternehmen mit einer ETR kleiner 0 % erklärt sich das auf den ersten Blick überraschende Ergebnis einer gewichteten ETR i.H.v. 0,0 % dadurch, dass die in dieser Subpopulation enthaltenen Verlustunternehmen (Verlust nach Bereinigung um das Beteiligungsergebnis) in Summe fast genauso viel Steuern zahlen wie Gewinnunternehmen insgesamt an Steuererstattungen vereinnahmen.⁴⁶ Es zeigt sich anhand der Bilanzsumme, dass diese „Ausreißerunternehmen“ deutlich größer sind als die übrigen Unternehmen. Dabei sind die Unternehmen mit ETRs größer 100 % nochmals deutlich größer als diejenigen mit ETRs kleiner 0 %.

Im *dritten Schritt* haben wir 517 Unternehmen, die ein Eigenkapital kleiner gleich null aufweisen, als „Negativ-EK-Unternehmen“ eingestuft. Da diese Unternehmen regelmäßig über einen steuerlichen Verlustvortrag verfügen dürften, haben wir sie aus dem Sample eliminiert. Zum anderen haben wir Unternehmen eliminiert, deren (bereinigte) Gewinne im Betrachtungszeitraum nicht ausreichen, entstandene Verluste unter Berücksichtigung der Mindestbesteuerung gem. § 10d Abs. 2 EStG auszugleichen (Verlustvortragsunternehmen).⁴⁷ Dies betrifft 1.892 Unternehmen. Die Auswirkungen dieser Bereinigung auf beide ETR-Werte sind jedoch vernachlässigbar, wie der Vergleich von Tabelle 5 und Tabelle 6 belegt:

Bereinigung bei übermäßigen Verlusten	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
Negativ-EK Unternehmen	517 [2.585]	14,2 %	7,3 %	76 Mio. €
Verlustvortrags- unternehmen	1.892 [9.460]	27,8 %	25,9 %	128 Mio. €
verbleiben	20.351 [101.755]	22,7 %	20,8 %	87 Mio. €

Tabelle 6: Dritter Schritt: Bereinigung um Unternehmen mit „übermäßigen“ Verlusten.

Es zeigt sich, dass Negativ-EK-Unternehmen äußerst niedrige ETRs aufweisen, so dass unsere Annahme der Existenz steuerlicher Verlustvorträge zutreffend erscheint. Bei den Verlustvortragsunternehmen liegen sowohl die gewichteten, als auch die ungewichteten ETRs über den korrespondierenden Werten der verbleibenden Unternehmen. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass sich die erzielten Verluste steuerlich im Betrachtungszeitraum nicht vollständig ausgewirkt haben. In diesem Fall wurden bezogen auf das Gesamtergebnis des Beobachtungszeitraums zu viel Steuern bezahlt. Es gibt aber auch viele

Unternehmen mit einer geringen ETR. So weisen mehr als 20 % der Verlustvortragsunternehmen sogar eine ETR i.H.v. null auf. Dies dürfte an Verlusten aus Jahren vor 2010 liegen.

Die Verlustvortragsunternehmen sind (gemessen an der Bilanzsumme) größer als die übrigen Unternehmen. Dagegen unterscheiden sich die Negativ-EK-Unternehmen in ihrer Größe nicht von den übrigen Unternehmen. Dass eine Bereinigung des Samples um diese beiden Arten von Unternehmen angezeigt ist, belegen die Abbildungen 2 und 3, wenngleich sich unter den Verlustvortragsunternehmen auch viele Gesellschaften befinden, die hinreichend steuerbelastet sind.

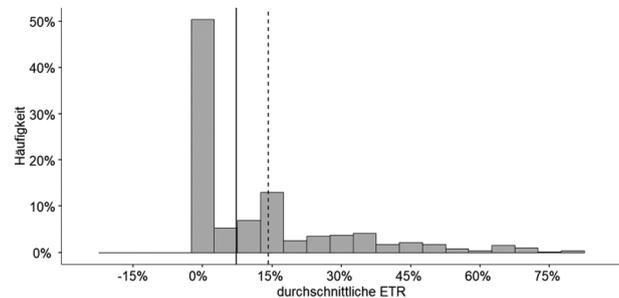


Abbildung 2: Verteilung der ETRs der Negativ-EK-Unternehmen. Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt.

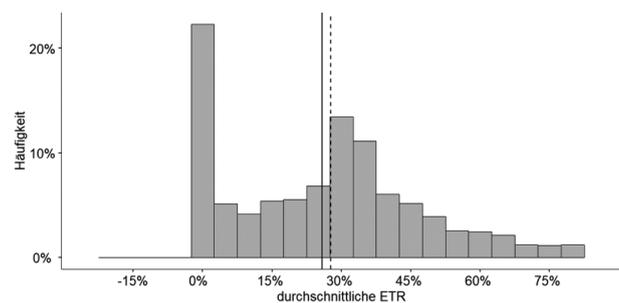


Abbildung 3: Verteilung der ETRs der Verlustvortragsunternehmen. Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt.

Im *vierten Schritt* haben wir die im Sample verbliebenen Unternehmen mit einer ETR in der Größenordnung von 0 % näher betrachtet. Dabei konnten wir Unternehmen identifizieren, die

⁴⁵ Vermutlich ist der Betrachtungszeitraum für diese Unternehmen zu kurz oder aber es liegen Datenfehler vor.

⁴⁶ Von den insgesamt 560 Unternehmen mit einer ETR kleiner 0 % erzielen 408 (Gewinn-)Unternehmen im Aggregat einen bereinigten Gewinn i.H.v. 26,8 Mrd. € und erhalten Steuererstattungen i.H.v. rund 766 Mio. €, während 152 (Verlust-)Unternehmen insgesamt 675 Mio. € Steuern zahlen, obwohl sie eine aggregierten bereinigten Verlust i.H.v. – 1,9 Mrd. € erleiden.

⁴⁷ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass wir (§ 8b-KStG bereinigte) handelsrechtliche Verluste als Proxy für steuerliche Verluste verwendet haben, was mit einer gewissen Unschärfe verbunden ist. Im Zusammenhang mit der Approximation steuerlicher Verlustvorträge zeigen Niemann und Rechbauer 2013 für ein Sample österreichischer Aktiengesellschaften, dass dies anhand handelsrechtlicher Konzernabschlüsse nur bedingt gelingt. Nach Rechbauer 2016 lässt sich – bezogen auf ein italienisches Sample – bei 80 % der Unternehmen mit einem steuerlichen Verlustvortrag auch ausgehend vom handelsrechtlichen Einzelabschluss identifizieren, dass ein solcher besteht. Die Approximation der exakten Höhe des Verlustvortrags gelingt jedoch nur bedingt. Ein Blick auf Abbildung 3 zeigt für unser Sample zweifelsfrei, dass die ETR-Verteilung unserer Verlustvortragsunternehmen ungewöhnlich und deren Eliminierung gerechtfertigt ist.

steuerbefreit sind. Dies sind zum einen gemeinnützige Unternehmen, die wir anhand der Firma und dem Fehlen nennenswerter Steuerzahlungen innerhalb des Beobachtungszeitraums identifiziert haben.⁴⁸ Zudem haben wir Personengesellschaften, die durchgehend nur die Gewerbesteuer ausweisen, eliminiert, wenn sie in der Wohnungswirtschaft tätig sind.⁴⁹ Aufgrund der erweiterten gewerbesteuerlichen Kürzung (§ 9 Nr. 1 S. 2 GewStG) fällt bei diesen Personengesellschaften oftmals keine Gewerbesteuer an. Zudem haben wir Genossenschaften aus der Wohnungsbranche eliminiert, da diese körperschaft- und gewerbesteuerbefreit sind.⁵⁰ Tabelle 7 zeigt, dass die Bereinigung des Samples um diese steuerbefreiten Unternehmen die ungewichtete und die gewichtete ETR um 1,6 Prozentpunkte bzw. 0,4 Prozentpunkte erhöht.

Bereinigung um steuerbefreite Unternehmen	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
Gemeinnützige Unternehmen	1.060 [5.300]	0,6 %	1,1 %	43 Mio. €
PG/Genoss. der Wohnungsbranche	329 [1.645]	0,8 %	0,8 %	122 Mio. €
verbleiben	18.962 [94.810]	24,3 %	21,2 %	89 Mio. €

Tabelle 7: Vierter Schritt: Bereinigung um steuerbefreite Unternehmen.

Im *fünften Schritt* haben wir Unternehmen, die nicht die Rechtsform einer GmbH oder AG (inklusive SE) aufweisen, entfernt.⁵¹ GmbHs und AGs, die in der Wohnungsbranche tätig sind, haben wir aufgrund der erweiterten gewerbesteuerlichen Kürzung (§ 9 Nr. 1 S. 2 GewStG) gelöscht.⁵² Außerdem haben wir GmbHs und AGs der Gesundheits- und Bildungsbranche eliminiert, da diese zum Großteil unter die Gewerbesteuerbefreiung nach § 3 Nr. 13 und Nr. 20 GewStG fallen. Auch dadurch erhöhen sich beide ETRs im verbleibenden Sample (s. Tabelle 8).

Bereinigung Rechtsformen und GmbHs/AGs besonderer Branchen	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
andere Rechtsformen	3.860 [19.300]	18,7 %	16,0 %	53 Mio. €
GmbHs/AGs besonderer Branchen	922 [4.610]	14,2 %	17,0 %	112 Mio. €
verbleiben	14.180 [70.900]	26,5 %	22,1 %	97 Mio. €

Tabelle 8: Fünfter Schritt: Bereinigung um andere Rechtsformen und Kapitalgesellschaften besonderer Branchen.

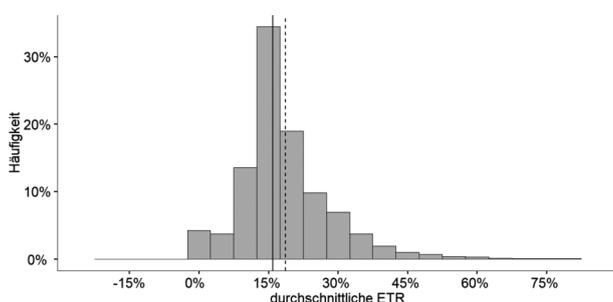


Abbildung 4: Verteilung der ETRs der „Andere Rechtsformen“. Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt.

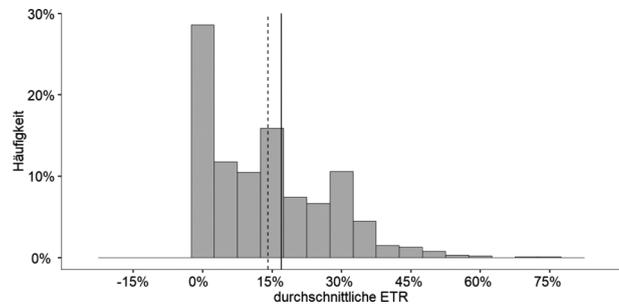


Abbildung 5: Verteilung der ETRs der „GmbHs und AGs der Wohnungs-, Gesundheits- & Bildungsbranche“. Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt.

Im *sechsten* und *letzten Schritt* haben wir Kapitalgesellschaften aus dem Sample eliminiert, die entweder als Organträger fungieren oder Organgesellschaft sind (Organkreis-Kapitalgesellschaften) (s. Tabelle 9). Eine Kapitalgesellschaft haben wir als Organträger eingestuft, wenn die Variablen „Erträge aus Gewinnübernahmen (Mutter)“ oder „Aufwendungen aus Verlustübernahmen (Mutter)“ Werte enthalten und die Variable „Verlust- bzw. Gewinnabführung (Tochter)“ keine Werte enthält.⁵³ Eine Kapitalgesellschaft wird als Organgesellschaft eingestuft, wenn die Variable „Verlust- bzw. Gewinnabführung (Tochter)“ Werte enthält.⁵⁴

Bereinigung um Organkreis-Kapitalgesellschaften	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
Ausgangssample aus Tabelle 8	14.180 [70.900]	26,5 %	22,1 %	97 Mio. €
Organkreis-Kapitalgesellschaften	3.901 [19.505]	17,7 %	19,7 %	284 Mio. €
Finales Sample	10.279 [51.395]	29,8 %	29,1 %	26 Mio. €

Tabelle 9: Sechster Schritt: Bereinigung um Organkreis-Kapitalgesellschaften.

- 48 Von keinen nennenswerten Steuerzahlungen wurden dabei bei einer ETR unter 5 % ausgegangen. In diesem Fall liegt die Vermutung nahe, dass diese gemeinnützigen Unternehmen andere Steuern wie die Grundsteuer den Steuern vom Einkommen und Ertrag zugerechnet haben, über einen geringfügigen wirtschaftlichen und damit steuerpflichtigen Geschäftsbetrieb verfügen (dies ist bspw. bei der Lungenklinik Lostau gGmbH der Fall) oder die Kapitalertragsteuer angesetzt haben, die sie auf Ausschüttungen abführen müssen.
- 49 Die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer der Gesellschafter wird dagegen als Entnahme verbucht, wenn sie von der Personengesellschaft gezahlt wird.
- 50 Analog zu den gemeinnützigen Unternehmen wurden keine nennenswerten Steuerzahlungen angenommen, wenn die ETR unter 5 % liegt. So hat die GEWIWO Berlin Wittenauer Wohnungsbaugenossenschaft eG die Kapitalertragsteuer, die sie auf Ausschüttungen an ihre Genossen abgeführt hat, als Aufwand bei den Steuern vom Einkommen und Ertrag ausgewiesen.
- 51 Dabei dominiert die Rechtsform der GmbH & Co. KG mit über 3.300 Unternehmen.
- 52 Uns ist bewusst, dass die erweiterte Gewerbesteuerkürzung nicht für alle Unternehmen dieser Branche relevant ist, jedoch lässt sich die Unternehmen mit erweiterter Gewerbesteuerkürzung anhand der vorhandenen Daten nicht identifizieren.
- 53 Andernfalls ist das betreffende Unternehmen sowohl Organträger als auch Organgesellschaft und wurde den Organgesellschaften zugerechnet.
- 54 So auch *Bach und Buslei 2009, S. 11.*

Es zeigt sich, dass für Kapitalgesellschaften des Finalen Samples beide ETRs (29,8 % bzw. 29,1 %) ⁵⁵ nahe bei dem in der Grüne/EFA-Studie als Referenzwert herangezogenen Nominalsteuersatz i.H.v. 29,5 % liegen und die Ergebnisse der Studie einer sachgerechten Überprüfung nicht standhalten. Die auch im politischen Bereich aufgestellte pauschale Behauptung „deutsche Kapitalgesellschaften zahlen zu wenig Steuern“ lässt sich nicht aufrechterhalten.

Abbildung 6 zeigt, dass rund 47,5 % der Kapitalgesellschaften des Finalen Samples eine ETR im Bereich 30 % aufweisen, es aber auch eine beachtliche Streuung der ETRs gibt. Zudem gibt es immer noch Kapitalgesellschaften, die eine Steuerquote in der Größenordnung von 0 % aufweisen. ⁵⁶ Da sich diese Kapitalgesellschaften jedoch nicht als gemeinnützig oder als Kapitalgesellschaften mit steuerlichen Verlustvorträgen identifizieren lassen (s. dritter und vierter Schritt der Sample-Selection), sind sie Teil des Finalen Samples, obgleich derart niedrige Steuerquoten eigentlich nicht erklärlich sind.

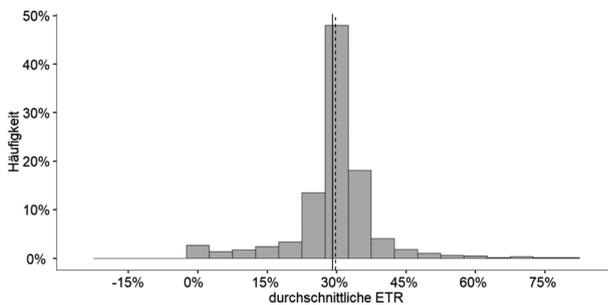


Abbildung 6: Verteilung der ETRs im Finalen Sample. Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt.

In Abbildung 7 ist die ETR-Verteilung bei den ausgehend vom Replikationssample in den Schritten *eins* bis *sechs* eliminierten Unternehmen („Ausschlussample“) dargestellt. Die Verteilung belegt, dass viele eliminierte Unternehmen abnormale ETR-Werte aufweisen, was den Ausschluss dieser aus dem Finalen Sample rechtfertigt.

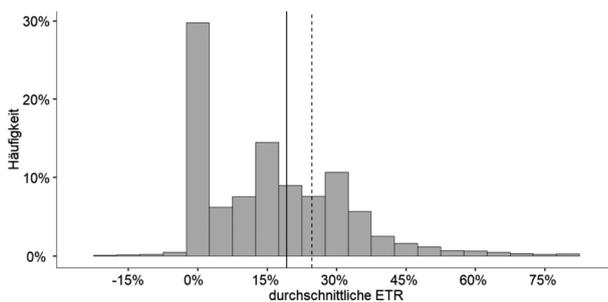


Abbildung 7: Verteilung der ETRs aller aus dem „Replikationssample“ eliminierten Unternehmen (Ausschlussample). Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt.

Bei Betrachtung von Tabelle 9 fällt auf, dass die im Finalen Sample befindlichen Kapitalgesellschaften im Mittel deutlich kleiner als die des Replikationssamples sind (durchschnittliche Bilanzsumme 26 Mio. € vs. 101 Mio. €). Dies liegt vor allem am Aussondern sämtlicher Organkreis-Kapitalgesellschaften, die, bezogen auf die Bilanzsumme, im Durchschnitt mehr als zehnmal so groß sind wie die Kapitalgesellschaften des Finalen Samples (durchschnittliche Bilanzsumme 284 Mio. € vs. 26 Mio. €). Zudem vereinen die Organkreis-Kapitalgesellschaften mehr als

2/3 des gesamten Steueraufwandes sowie nahezu 3/4 des aggregierten bereinigten Jahresergebnisses des Ausgangssamples (aus Tabelle 8) auf sich (vgl. Tabelle 9). ⁵⁷

Die Bedeutung von Organkreis-Unternehmen im Bereich großer Kapitalgesellschaften belegt auch Abbildung 8:

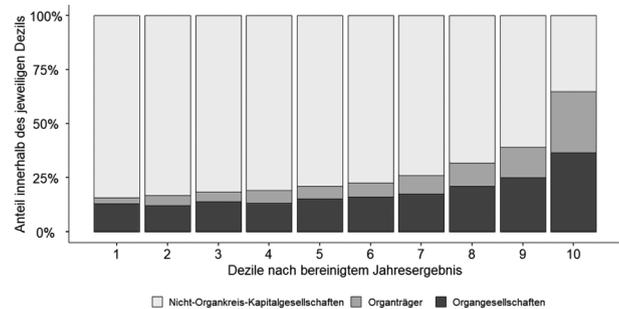


Abbildung 8: Aufteilung der nach bereinigtem Jahresergebnis sortierten Dezilen in Nicht-Organkreis-Kapitalgesellschaften, Organträger und Organgesellschaften

Aufgrund der fiskalischen und gesamtwirtschaftlichen Bedeutung von Organkreis-Kapitalgesellschaften und auch weil gerade Großunternehmen im Verdacht stehen, in hohem Maße Steuergestaltungen zu nutzen, widmen wir der Subpopulation der Organkreis-Kapitalgesellschaften nachfolgend einen eigenständigen Abschnitt.

2. ETRs von Organkreis-Kapitalgesellschaften

Die Bereinigung des Finalen Samples um Organträger und Organgesellschaften erweist sich als notwendig, weil der Ausweis des Steueraufwandes in Organkreisen sehr unterschiedlich gehandhabt wird.

Organgesellschaften weisen in vielen Fällen einen Steueraufwand aus, obwohl aus steuerrechtlicher Sicht ein Steueraufwand von null oder nahe null (im Fall von Ausgleichzahlungen) zu erwarten wäre. Dies geschieht immer dann, wenn der Organträger einen Teil der Steuern, die er infolge des Organisationsverhältnisses auf die ihm zugerechneten Gewinne zu zahlen hat, seiner Organgesellschaft (handelsbilanziell) „in Rechnung stellt“. In diesem Fall weist die Organgesellschaft einen deutlich über null liegenden Steueraufwand aus. Jedoch erfolgt die Zuweisung des Steueraufwandes uneinheitlich – in manchen Fällen wird der Organgesellschaft der gesamte Steueraufwand aus Körperschaft- und Gewerbesteuer, in manchen Fällen nur der Gewerbesteueraufwand und in anderen Fällen keinerlei Steueraufwand angelastet –, so dass Organgesellschaften nicht verlässlich analysiert werden können.

⁵⁵ Auch die Annahme, das gesamte Beteiligungsergebnis ist nach § 8b KStG steuerfrei gestellt, ändert die Ergebnisse kaum. In diesem Fall beträgt die ungewichtete ETR 29,7 % und die gewichtete ETR 29,9 %.

⁵⁶ 272 Unternehmen weisen eine ETR kleiner als 2,5 % aus.

⁵⁷ Das Ungleichgewicht zwischen dem gesamten Steueraufwand und den aggregierten Vorsteuergewinnen der Organkreis-Kapitalgesellschaften resultiert aus dem Doppelausweis der Gewinne der Organgesellschaften.

Organträger lassen sich aber ebenfalls nicht ohne weiteres analysieren.

1. Organträger, welche ihrer Organgesellschaft den aus der Gewinnabführung resultierenden Steueraufwand in Rechnung stellen, weisen ihren Steueraufwand uneinheitlich aus. Zum einen gibt es Fälle, in denen der Organträger den vollen Steueraufwand ausweist, obgleich er seiner Organgesellschaft den durch diese induzierten Steueraufwand ganz oder teilweise anlastet. Dies ist, soweit ersichtlich, in den meisten Fällen der Fall. Es gibt aber auch Organträger, die nur den Teil ihres Steueraufwandes ausweisen, den sie nicht ihrer Organgesellschaft in Rechnung stellen.
2. Die Dividendenfreistellung gem. § 8b KStG kann bei Organträgern nicht vollumfänglich simuliert werden. Dies liegt daran, dass die von einer Organgesellschaft abgeführten Gewinne nach § 8b KStG befreite Dividenden enthalten können, welche auf Ebene des Organträgers aber nicht identifiziert werden können.⁵⁸ Daher kann eine „§ 8b KStG-Bereinigung“ auf Ebene des Organträgers nur für vom Organträger selbst bezogene Dividenden, nicht jedoch für mittelbar über seine Organgesellschaften vereinnahmte Dividenden vorgenommen werden.

Beide Aspekte haben eine (in der Größenordnung nicht quantifizierbare) Unterschätzung der für die Organträger ermittelten ETRs zur Folge.

Organkreis-Kapitalgesellschaften	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
Organträger	1.297 [6.485]	29,1 %	24,2 %	568 Mio. €
Organgesellschaften	2.604 [13.020]	12,0 %	14,5 %	143 Mio. €

Tabelle 10: Sample-Split in Organträger und Organgesellschaften.

Tabelle 10 zeigt, dass Organträger eine ungewichtete ETR i.H.v. 29,1 % nahe dem Nominalsteuersatz aufweisen, wohingegen die gewichtete ETR mit 24,2 % deutlich darunter liegt. Dagegen liegen bei Organgesellschaften beide ETRs – wenig überraschend – erheblich unter dem Nominalsteuersatz.

Auch die Betrachtung der Verteilung der ETRs auf diese beiden Gruppen zeigt, dass eine Analyse der ETRs von Organgesellschaften wenig zielführend ist. Abbildung 9 belegt, dass nahezu die Hälfte der Organgesellschaften (45 %) eine ETR nahe 0 % ausweisen. Aber auch eine Analyse der ETRs der übrigen Organgesellschaften ist aufgrund der uneinheitlichen Zuordnung der Körperschaft- und Gewerbesteuer durch den Organträger nicht erfolgversprechend.

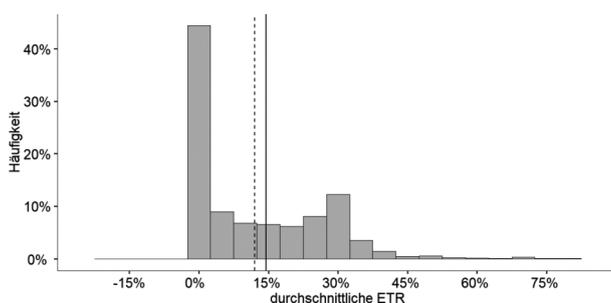


Abbildung 9: Verteilung der ETRs der Organgesellschaften. Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt.

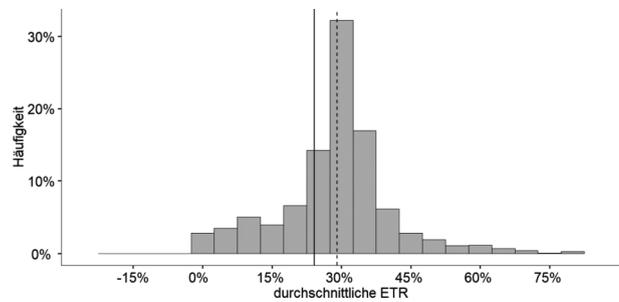


Abbildung 10: Verteilung der ETRs der Organträger. Die durchgezogene Linie zeigt den gewichteten Durchschnitt, die gestrichelte Linie den ungewichteten Durchschnitt.

Dagegen belegt Abbildung 10 eine ähnliche Verteilung der ETRs von Organträgern wie bei den Kapitalgesellschaften des Finalen Samples, wenngleich die gewichtete ETR niedriger ausfällt (Mittelwert 24,2 % vs. 29,1 %).

Daher lohnt eine genauere Analyse der Organträger. Zwar enthalten die von einer Organgesellschaft abgeführten Gewinne i.d.R. auch nach § 8b KStG befreite Dividenden, so dass, wie bereits erwähnt, eine § 8b KStG-Bereinigung der Gewinne des Organträgers nicht mit hinreichender Genauigkeit auf Mikroebene, d.h. auf Ebene der einzelnen Organträger, simuliert werden kann. Jedoch lässt sich unter der Annahme einer hinreichend großen Abdeckung der Organkreise durch die im Dafne-Datensatz enthaltenen Kapitalgesellschaften ein „Makroansatz“ vornehmen, um zumindest einen Näherungswert für die ETR körperschaftlicher Organkreise zu erhalten.

Zur Ermittlung der Organkreis-ETR wird der Steueraufwand auf Ebene eines jeden Organträgers dem Gesamtsteueraufwand des jeweiligen Organkreises gleichgesetzt und über alle (N = 1.297) Organträger aufsummiert. Zugleich wird das Jahresergebnis eines jeden Organträgers um 70 % der von ihm (direkt) vereinnahmten Dividenden (zu 95 %) gekürzt. Das sich danach ergebende bereinigte Jahresergebnis wird über alle (N) Organträger aggregiert und um 95 % von 70 % der aggregierten Beteiligungserträge sämtlicher (M) Organgesellschaften gekürzt.

Mit Organkreis-ETR wird die gewichtete durchschnittliche ETR für sämtliche in Dafne enthaltenen körperschaftlichen Organkreise folgendermaßen bestimmt⁵⁹:

(3) *Organkreis – ETR* =

$$\frac{\sum_{i=1}^N \text{Steueraufwand } OT_i}{\sum_{i=1}^N \text{bereinigtes Jahresergebnis } OT_i - 0,7 \cdot 0,95 \cdot \sum_{k=1}^M \text{Beteiligungserträge } OG_k}$$

Für unser Organkreis-Sample ergibt sich folgende Organkreis-ETR:

$$\text{Organkreis – ETR} = \frac{50,8 \text{ Mrd. €}}{210,0 \text{ Mrd. €} - 0,95 \cdot 0,7 \cdot 28,2 \text{ Mrd. €}} = 26,6 \%$$

58 Im Datensatz ist nur die Position „Erträge aus Gewinnübernahmen (Mutter)“ ausgewiesen.

59 Aufgrund des Makroansatzes lässt sich die ungewichtete durchschnittliche ETR nicht berechnen.

Wenngleich die Organkreis-ETR i.H.v. 26,6 % mit Unschärfen behaftet ist, zeigt diese Größe, dass auch die Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften, die Teil eines Organkreises sind, weit oberhalb von 19,6 % liegt.⁶⁰

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die tatsächliche Organkreis-ETR aus zweierlei Gründen über dem Wert von 26,6 % liegt.

1. Wie bereits erwähnt, reduziert ein Teil der Organträger seine (eigene) Steuerbelastung um die seinen Organgesellschaften angelasteten Ertragsteuern. Dieser Teil der Organträger weist damit einen – bezogen auf den Organkreis – zu geringen Steueraufwand aus, so dass auch der aggregierte Steueraufwand zu gering ausfällt.
2. Eine Vergleich der aggregierten Erträge aus Gewinnübernahmen auf Ebene der Organträger mit den aggregierten abgeführten Jahresüberschüssen der Organgesellschaften zeigt, dass bei den Organträgern in Summe rund 16,4 % mehr Erträge aus Gewinnübernahmen zu verzeichnen sind, als die im Sample befindlichen Organgesellschaften insgesamt an Jahresüberschuss erzielen. Infolge der unvollständigen Abdeckung der Organgesellschaften fällt die § 8b KStG-Bereinigung zu niedrig aus.⁶¹

3. Erweiterte Analysen & Robustness Checks

a) Unternehmensindividuelle Nominalsteuersätze

Während den bisherigen Analysen der einheitliche Nominalsteuersatz i.H.v. 29,5 % als Referenzgröße zugrunde lag, verwenden wir in diesem Abschnitt unternehmensindividuelle Nominalsteuersätze.⁶² Dies führt dazu, dass sich die Kapitalgesellschaften unseres Finalen Samples Nominalsteuersätzen zwischen 22,825 % (Hebesatz 200 %) und 35,075 % (Hebesatz 550 %) gegenübersehen.⁶³

Die in diesem Abschnitt verwendeten unternehmensindividuellen Nominalsteuersätze werden mit Hilfe des in der Sitzgemeinde der Kapitalgesellschaft geltenden Gewerbesteuer-Hebesatzes ermittelt.⁶⁴ Den Autoren ist durchaus bewusst, dass der tatsächliche Nominalsteuersatz einer Kapitalgesellschaft bei Existenz mehrerer Betriebsstätten in unterschiedlichen Gemeinden von dem hier verwendeten Wert abweicht. Dennoch dürfte die Verwendung des Hebesatzes am Sitz einer Kapitalgesellschaft ein besserer Proxy für den sich im Rahmen der Zerlegung ergebenden Gewerbesteuer-Hebesatz sein als der bundesweite Durchschnittswert.

	Ungewichtet	Gewichtet
ETR	29,77 %	29,13 %
unternehmensindividueller Nominalsteuersatz	29,82 %	29,80 %
Differenz	- 0,05 PP	- 0,67 PP

Tabelle 11: Vergleich der durchschnittlichen ETR mit den durchschnittlichen unternehmensindividuellen Nominalsteuersätzen im Finalen Sample. Für die Gewichtung der unternehmensindividuellen Nominalsteuersätze wurde entsprechend der Gewichtung der ETRs die bereinigten Jahresergebnisse verwendet.

Tabelle 11 zeigt, dass die mittleren unternehmensindividuellen Nominalsteuersätze (ungewichteter/gewichteter Wert: 29,82 %/29,80 %) kaum vom in der Studie verwendeten Nominalsteuersatz i.H.v. 29,5 % abweichen. Die geringe Differenz zwischen

dem ungewichteten und gewichteten Wert deutet darauf hin, dass große Kapitalgesellschaften nicht stärker als andere Unternehmen in innerdeutschen „Gewerbesteuer-oasen“ beheimatet sind. Zudem ist der durchschnittliche Unternehmenssteuersatz in unserem Finalen Sample fast deckungsgleich mit dem für 2015 von der OECD genannten Wert i.H.v. 29,78 %.⁶⁵ Dies spricht für eine gewisse räumliche Repräsentativität unseres Finalen Samples. Abbildung 11 stellt die Verteilung der ETRs und der unternehmensindividuellen Nominalsteuersätze dar.

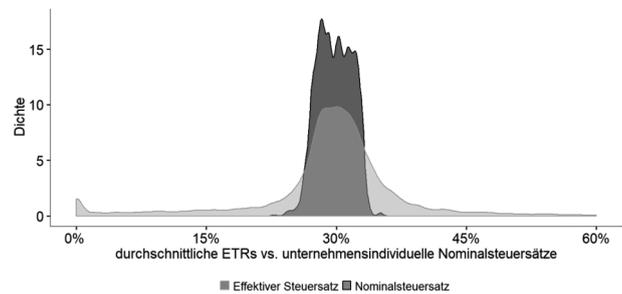


Abbildung 11: Kernel-Dichteschätzung für die ETRs und die unternehmensindividuellen Nominalsteuersätze. Die dunkelgraue Fläche zeigt die Verteilung der Nominalsteuersätze, die hellgraue die der ETRs.

b) Laufender Steueraufwand

Die effektive Steuerquote (ETR) wurde bislang gemäß Formel (1) in Abschnitt III.1 als Quotient aus dem gesamten (laufenden + latenten) Steueraufwand und dem bereinigten Jahresergebnis vor Steuern berechnet. Um zu überprüfen, inwieweit latente Steuern das Ergebnis beeinflussen, betrachten wir in diesem Abschnitt die „Current-ETR“ (CETR) also die ETR, die sich ergibt, wenn man nur auf den laufenden Steueraufwand abstellt.

Die gewichtete (durchschnittliche) CETR ergibt sich, indem der laufende Steueraufwand durch das bereinigte Jahresergebnis vor Steuern geteilt wird:

$$(4) \text{CETR}_{\text{gewichteter}} = \frac{\sum_{t=1}^T \sum_{i=1}^N \text{laufender Steueraufwand}_{it}}{\sum_{t=1}^T \sum_{i=1}^N \text{Jahresergebnis vor Steuern}_{it}}$$

60 Unterstellt man, dass 100 % der Beteiligungserträge nach § 8b KStG steuerbefreit sind, beträgt die Organkreis-ETR 30,0 %. In diesem Fall beläuft sich das aggregierte bereinigte Jahresergebnis der Organträger (im Nenner) auf lediglich 195,6 Mrd. €.

61 Auch ist ein Mismatch zwischen den im Sample enthaltenen Organträgern und den Organgesellschaften nicht auszuschließen. Zum einen ist denkbar, dass Kapitalgesellschaft-Organträger im Sample fehlen. Zum anderen ist es möglich, dass erfasste Organgesellschaften einem Personenumnehmen-Organträger zuzurechnen sind.

62 In den Medien wurden auch die unterschiedlichen Gewerbesteuerhebesätze als möglicher Grund für die Differenz zwischen effektiver Steuerquote und dem Nominalsteuersatz genannt, vgl. Süddeutsche Zeitung 2019b.

63 Die Gemeinden Zossen (Brandenburg) und Rögnitz (Mecklenburg-Vorpommern) erheben aktuell einen Hebesatz von nur 200 %. Der höchste Gewerbesteuerhebesatz in unserem Finalen Sample beträgt 550 % (z.B. Oberhausen (NRW)).

64 Die Hebesätze wurden der jährlichen Ausgabe „Hebesätze der Realsteuern in Deutschland“ der Statistische Ämter des Bundes und der Länder 2016 entnommen.

65 Die OECD 2019 gibt für 2015 einen gewichteten Nominalsteuersatz von 29,78 % für Deutschland an.

Die ungewichtete CETR bestimmt sich analog zur ungewichteten ETR wie folgt:

$$(5) CETR_{ungewichtet} = \frac{\sum_{i=1}^N CETR_i}{N}$$

Die Ergebnisse bezogen auf das Finale Sample sind in Tabelle 12 dargestellt.

Es zeigt sich, dass sich ETR und CETR weitestgehend entsprechen. Dies schlägt sich auch im aggregierten Steueraufwand unseres Finalen Samples nieder (gesamter Steueraufwand: 37,0 Mrd. € vs. laufender Steueraufwand: 36,7 Mrd. €). Bei Organkreis-Kapitalgesellschaften ergibt sich sogar eine leicht höhere Organkreis-CETR i.H.v. 26,8 % im Vergleich zur Organkreis-ETR mit 26,6 % (gesamter Steueraufwand: 50,8 Mrd. € vs. laufender Steueraufwand: 51,2 Mrd. €).

	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	CETR ungew.	CETR gew.
Finales Sample	10.279 [51.395]	29,9 %	29,1 %	29,8 %	28,9 %

Tabelle 12: Vergleich von durchschnittlicher ETR und CETR.

c) Erweiterung des Betrachtungszeitraums auf 8 Jahre

Da jährliche ETRs bzw. CETRs starken Schwankungen unterliegen, verwendet Janský (2019) für seine Berechnungen einen 5-Jahres-Zeitraum. In diesem Abschnitt verwenden wir einen 8-jährigen Beobachtungszeitraum (2010 bis 2017) statt des Zeitraums von 2011-2015, um die Ergebnisse auf ihre Robustheit hin zu überprüfen. Die Verwendung eines 10-Jahres-Zeitraums, wie ihn Dyreng, Hanlon und Maydew (2008) – zumindest im Hinblick auf die Verwendung von Cash-ETRs – empfehlen, kommt aus zweierlei Gründen nicht in Betracht. Aufgrund der Finanzmarktkrise erscheint uns ein Zeitpunkt vor 2010 problematisch und bei Einbezug des Jahres 2018 würden wir sehr viele Kapitalgesellschaften verlieren.⁶⁶

Es verbleiben 15.506 Kapitalgesellschaften in der Dafne-Datenbank, für die über einen 8-Jahres-Zeitraum für jedes Jahr Einzelabschlüsse inklusive einer brauchbaren Gewinn- und Verlustrechnung vorliegen. Entsprechend der Sample-Selection in Abschnitt IV.1 ergibt sich daraus ein „Finales 8-Jahres Sample“ von 4.554 Kapitalgesellschaften. Zusätzlich haben wir ein Sample gebildet, welches diejenigen Kapitalgesellschaften enthält, die sowohl im Finalen Sample aus Abschnitt IV als auch im Finalen 8-Jahres Sample enthalten sind (Matched Sample).

Die Ergebnisse in Tabelle 13 zeigen, dass die effektiven Steuerquoten im Finalen 8-Jahres Sample etwas höher sind als im Finalen (5-Jahres) Sample (vgl. Tabelle 9). Betrachtet man hingegen nur diejenigen 4.091 Kapitalgesellschaften, für welche die relevanten Daten sowohl im 5-Jahreszeitraum als auch im 8-Jahreszeitraum vorliegen (Matched-Sample), sind die ETRs unabhängig vom Betrachtungszeitraum nahezu identisch („Matched Sample 8-Jahres-Betrachtung“ versus „Matched Sample 5-Jahres-Betrachtung“).⁶⁷ Damit dürften Daten über aufeinanderfolgende 5 Perioden in den meisten Fällen ausreichen, um belastbare Aussagen über die Steuerbelastung von Kapitalgesellschaften zu treffen. Latente Steuern spielen im 8-Jahres-Zeitraum eine noch geringere Rolle als im 5-Jahres-Zeitraum.⁶⁸

8 Jahres-Zeitraum	N [firm years]	ETR ungew.	ETR gew.	durchschn. Bilanzsumme
Finales 8-Jahres Sample	4.554 [36.432]	30,3 %	32,7 %*	34 Mio. €
Matched Sample 8-Jahres-Betrachtung	4.091 [32.728]	30,2 %	29,5 %	33 Mio. €
Matched Sample 5-Jahres-Betrachtung	4.091 [20.455]	30,4 %	29,5 %	30 Mio. €

* Das Ergebnis wird durch einen großen Ausreißer, der Wintershall AG, die aufgrund der Ölförderung in Libyen durchschnittlich Steuerquoten von über 90 % ausweist, getrieben. So enthält bspw. der Steueraufwand im Jahr 2013 i.H.v. 941 Mio. € in Libyen gezahlte Steuern von 856 Mio. €, die in Deutschland nicht angerechnet werden konnten. Ohne diese (große) Kapitalgesellschaft ergibt sich eine gewichtete ETR von 29,6 %, wohingegen die ungewichtete ETR unverändert bleibt. Da die Wintershall AG im Jahr 2015 einen Verlust erleidet, ist sie aufgrund nicht genutzter Verlustvorträge nicht Teil des Finalen (5-Jahres) Samples (vgl. Dritter Schritt in Abschnitt IV.1).

Tabelle 13: Erweiterung des Beobachtungszeitraums auf 8 Jahre.

V. Einfluss von Größe & Auslandsaktivität auf die Steuerbelastung

Nach sachgerechter Sample-Selection in Abschnitt IV sind nur noch Kapitalgesellschaften im Finalen Sample, bei denen davon auszugehen ist, dass diese der regulären Besteuerung unterliegen. Dennoch weisen die unternehmensindividuellen ETRs eine beträchtliche Streuung auf, die auch von der Streuung der unternehmensindividuellen Nominalsteuersätze zum Teil erheblich abweicht (vgl. Abschnitt IV.3.a). In diesem Abschnitt möchten wir klären, ob bestimmte Unternehmenscharakteristika – insbesondere die Unternehmensgröße und Auslandsaktivität – die Variabilität der ETRs erklären können.

1. Univariate Analyse von Größe und Auslandsaktivität

Janský (2019) führt die Unternehmensgröße als Einflussfaktor auf die ETR an und stellt in 43 von 63 Ländern eine negative Korrelation von ETR und Bilanzsumme (als Maßgröße für Unternehmensgröße) fest; d.h. große Kapitalgesellschaften unterliegen demnach einer geringeren Steuerbelastung als mittlere und kleine Kapitalgesellschaften. Jedoch unterbleibt eine Quantifizierung dieses Effekts.

Um zu untersuchen, ob diese Behauptung auch für deutsche Kapitalgesellschaften zutrifft, verwenden wir die Einteilung der Kapitalgesellschaften in drei Größenklassen analog zur Studie von Janský (2019):⁶⁹

66 Bei Verwendung eines 10-Jahres-Zeitraums (2009–2018) würde die Datenbasis in Dafne nur noch 568 Unternehmen umfassen.
 67 Jedoch ist die Streuung der ungewichteten ETR im 8-Jahres-Zeitraum geringer. Die Standardabweichung der „Matched 8-Jahres Sample-ETR“ beträgt nur 0,0802 verglichen mit 0,0912 der „Matched 5-Jahres Sample ETR“.
 68 Für das Finale 8-Jahres Sample sind die CETR und ETR (gewichtet und ungewichtet) bei Betrachtung einer Nachkommastelle sogar identisch.
 69 Anders als Jansky stellen wir auf EURO ab, während dieser die Werte in US-Dollar bemisst.

kleine Kapitalgesellschaften:	weniger als 10 Mio. € Bilanzsumme
mittlere Kapitalgesellschaften:	zwischen 10 und 100 Mio. € Bilanzsumme
große Kapitalgesellschaften:	mehr als 100 Mio. € Bilanzsumme

Bei Betrachtung der Ergebnisse, die sich bei Bestimmung der ETRs unter Verwendung der *unbereinigten* Jahresergebnisse analog zu *Janskýs* Vorgehen für das „Replikationssample“ ergeben (s. Abbildung 12), wird klar, wieso eine regressive Unternehmensbesteuerung (vermeintlich) identifiziert wird. Betrachtet man dagegen die ETRs, die sich unter Verwendung der um „§ 8b Abs. 1 KStG-Dividenden“ bereinigten Jahresergebnisse für unser Finales Sample ergeben, erkennt man keinen eindeutigen Zusammenhang mehr.

Diesen Befund bestätigt auch der Kendall'sche Rangkorrelationskoeffizient (τ)⁷⁰ zwischen der durchschnittlichen ETR und der durchschnittlichen Bilanzsumme. Für das Replikationssample (mit unbereinigten Jahresergebnissen) ergibt sich ein τ von -0,0318 (p-Wert = 0,0000) und damit eine signifikante negative Korrelation beider Größen. Dagegen lässt sich für das Finales Sample (mit bereinigten Jahresergebnissen) mit einem τ von -0,0057 (p-Wert = 0,3826) kein signifikanter Zusammenhang feststellen.

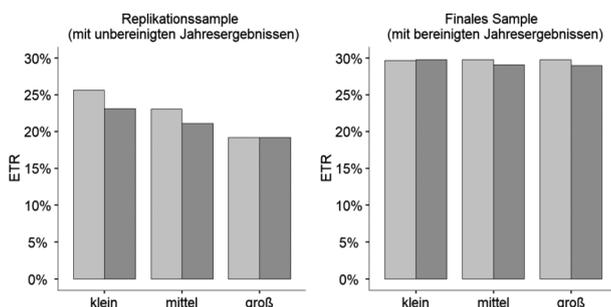


Abbildung 12: Vergleich der effektiven Steuerquoten nach Unternehmensgröße. Die hellgrauen Balken stellen die ungewichteten, die dunkelgrauen die gewichteten ETRs dar.

Wie bereits erwähnt, ist es nicht klar, ob das Sample von *Janský* (2019) auch lokale Unternehmen oder ausschließlich MNEs enthält. Gemäß dem Titel der Studie „*Effective Tax Rates of Multinational Enterprises in the EU*“ dürften die analysierten 10.346 deutschen Unternehmen ausschließlich MNEs sein. Jedoch spricht *Janský* (2019) an manchen Stellen von „*local companies*“ (so auf S. 12: „*In effect, this is a weighted average of company-level ETRs of companies registered in country i, either local companies or MNE affiliates located there*“) und suggeriert, MNEs hätten eine geringere ETR als lokale Unternehmen. In der Pressemitteilung der Grünen/EFA vom 22.1.2019 wird dies sogar explizit behauptet: „*Es ist nicht hinnehmbar, dass die größten grenzüberschreitend tätigen Unternehmen am stärksten vom Steuerdumping profitieren.*“ Wir unterscheiden deshalb im Folgenden zwischen lokalen Unternehmen und MNEs.⁷¹

Abbildung 13 zeigt, dass MNEs im „Replikationssample“ (mit unbereinigten Jahresergebnissen) tendenziell sogar einer statistisch signifikanten (Mann-Whitney-U Test, $p = 0,0000$)⁷² höheren Steuerquote ausgesetzt sind als lokale Kapitalgesellschaften⁷³. Damit bleibt unklar, wie die Grünen/EFA zum gegenteiligen Ergebnis kommen. Dagegen lassen sich im Finalen Sample (mit bereinigten Jahresergebnissen) keine Unterschiede zwischen den ETRs feststellen.

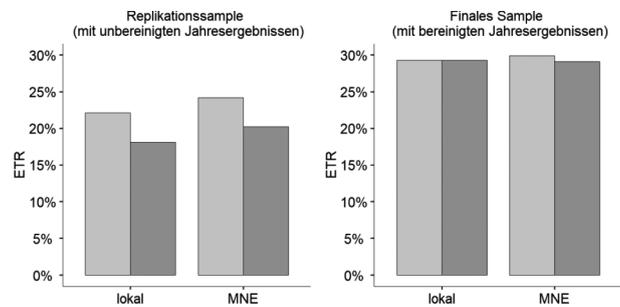


Abbildung 13: Vergleich der effektiven Steuerquoten zwischen lokalen Kapitalgesellschaften und MNEs. Die hellgrauen Balken stellen die ungewichteten, die dunkelgrauen die gewichteten Werte dar.

Es bleibt festzuhalten, dass anscheinend weder die Unternehmensgröße noch die Auslandsaktivität für die Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften eine Rolle zu spielen scheinen. Ob dieser Befund auch im Rahmen einer multivariaten Analyse Bestand hat, ist Gegenstand des nachfolgenden Abschnitts.

2. Multivariate Analyse

In Kapitel 2 hat sich gezeigt, dass die Erkenntnisse in der Literatur hinsichtlich der Effekte der Unternehmensgröße und Auslandsaktivität auf die unternehmerische ETR uneinheitlich sind. Ein möglicher Grund dafür könnte sein, dass oftmals nur univariate Analysen – wie auch in der Studie von *Janský* (2019) – durchgeführt werden.⁷⁴ Mittels einer multivariaten Analyse möchten wir prüfen, wie diese beiden und andere Einflussfaktoren auf die ETRs deutscher Kapitalgesellschaften wirken. Dazu verwenden wir folgende Regressionsgleichung, wobei wir für die einzelnen Merkmale jeweils den Durchschnittswert aus dem 5-Jahres-Betrachtungszeitraum herangezogen haben:

$$(6) \quad ETR_i \text{ bzw. } CETR_i = \beta_0 + \beta_1 BS_i + \beta_2 MNE_i + \beta_3 BE_i + \beta_4 VERB_i + \beta_5 ROA_i + \beta_6 RS_i + \beta_7 IMVG_i + \beta_8 SAV_i + \beta_9 NDIFF_i + \beta_{10} VERLUST_i + \epsilon_i$$

mit

ETR = gesamter Steueraufwand/bereinigtes Vorsteuerergebnis

CETR = laufender Steueraufwand/bereinigtes Vorsteuerergebnis

BE = Erträge aus Beteiligungen/bereinigtes Vorsteuerergebnis

BS = natürlicher Logarithmus der Bilanzsumme

MNE = 1, wenn Konzernmutter oder Tochter im Ausland; sonst 0

VERB = Verbindlichkeiten/Bilanzsumme

⁷⁰ Dieser Rangkorrelationskoeffizient misst die Unterschiede der Rangfolge zweier Variablen und gilt somit als robust gegenüber Ausreißern. Zudem benötigt dieser Koeffizient keine Verteilungsannahme hinsichtlich der Variablen.

⁷¹ Wir haben Unternehmen als MNEs definiert, wenn sie eine ausländische Globale Mutter und/oder ein ausländisches Tochterunternehmen haben.

⁷² Wir haben den Mann-Whitney-U Test verwendet, da die ETRs auch nicht näherungsweise normalverteilt sind, so dass ein t-Test nicht in Frage kommt.

⁷³ So auch *Markle* und *Shackelford* 2009 und 2012.

⁷⁴ Darauf weisen auch *Gupta* und *Newberry* 1997, S. 2, hin: „*However, a fundamental limitation of most of these studies is that they tend to have examined the ETR-firm size relation in a univariate framework, which potentially creates a correlated omitted variables problem.*“

ROA = Vorsteuerergebnis/Bilanzsumme

RS = Rückstellungen/Bilanzsumme

IMVG = immaterielle Vermögensgegenstände/Bilanzsumme

SAV = Sachanlagevermögen/Bilanzsumme

NDIFF = Abweichung unternehmensspezifischer Nominalsteuersatz vom Mittelwert

VERLUST = 1, wenn mindestens in einem Jahr ein Verlust; sonst 0

Die uns besonders interessierenden unabhängigen Variablen sind die Merkmale BS als Größenmerkmal und MNE als Proxy für die Auslandsaktivität einer Kapitalgesellschaft. Neben den weiteren in der Literatur üblicherweise verwendeten Merkmalen (VERB, ROA, RS, IMVG, SAV) betrachten wir mit BE, NDIFF und VERLUST weitere erklärende Merkmale.

Variable	N	(ungewichteter) Mittelwert	Median	Standardabweichung	Minimum	Maximum
ETR	9.232	0,301 ¹⁾	0,301	0,095	0,000	1,000
CETR	9.232	0,300 ¹⁾	0,301	0,103	-0,357	2,479
BE	9.232	0,033	0,000	0,118	-0,388	2,173
BS	9.232	9,511	9,388	1,033	0,470	15,172
MNE	9.232	0,773	1,000	0,419	0,000	1,000
VERB	9.232	0,411	0,393	0,231	0,000	1,060
ROA	9.232	0,120	0,094	0,111	0,000	2,812
RS	9.232	0,123	0,089	0,113	0,000	0,941
IMVG	9.232	0,014	0,003	0,043	0,000	0,930
SAV	9.232	0,211	0,153	0,179	0,000	0,844
NDIFF	9.232	0,000	0,000	0,019	-0,070	0,053
VERLUST	9.232	0,109	0,000	0,312	0,000	1,000

1) Die gewichteten Mittelwerte betragen 29,2 % (ETR) bzw. 28,9 % (CETR). Da das Regressionssample nicht mit dem Finalen Sample übereinstimmt, kommt es zu den ETR/CETR-Abweichungen gegenüber den in den vorherigen Abschnitten präsentierten Werten.

Tabelle 14: Deskriptive Statistik des Regressionssamples.

Ein Vergleich der Werte aus Tabelle 14 mit den korrespondierenden Größen des Finalen Samples⁷⁶ zeigt keine nennenswerten Unterschiede. Daher ist davon auszugehen, dass die nachfolgend präsentierten Ergebnisse auch für das Finale Sample Gültigkeit besitzen.

Tabelle 15 auf der nächsten Seite zeigt die Ergebnisse unserer Cross-Sectional OLS-Regression.⁷⁷

Die Behauptung, große Unternehmen hätten niedrigere ETRs als kleinere, erweist sich auch bei einer multivariaten Analyse als unzutreffend. Zwischen Unternehmensgröße (BS) und ETR (CETR) besteht kein statistisch signifikanter Zusammenhang. Gleiches gilt für die Internationalität von Unternehmen; zwischen ETR (CETR) und MNE besteht ebenfalls kein statistisch signifikanter Zusammenhang. Verwendet man dagegen wie in der Grüne/EFA-Studie eine ETR als endogene Variable, die auf unbereinigten Jahresergebnissen basiert, und kontrolliert man nicht für das Beteiligungsergebnis, ergibt sich ein statistisch signifikanter negativer Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße (nicht jedoch MNE) und ETR. Bezieht man dagegen das Beteiligungsergebnis in die Regression mit ein, sind wiederum weder der Koeffizient von BS noch der von MNE statistisch signifikant.⁷⁸

Außerdem zeigt sich, dass der Anteil der Verbindlichkeiten am Gesamtvermögen (VERB) in unserem Sample positiv mit der ETR/CETR korreliert ist, während die Gesamtkapitalrendite

BE dient der Überprüfung, ob Beteiligungserträge einen systematischen Einfluss auf die ETR haben. Damit lässt sich auch kontrollieren, ob unsere pauschale Kürzung des Beteiligungsergebnisses um 70 %, um § 8b KStG Rechnung zu tragen, zumindest im Mittel gerechtfertigt ist. Mit VERLUST soll dafür kontrolliert werden, ob Verluste die ETR beeinflussen, was dafür spräche, dass innerhalb des Betrachtungszeitraums erlittene Verluste steuerlich nicht vollständig verrechnet werden können. Mit NDIFF kontrollieren wir für Gewerbesteuer-Hebesatz-Differenzen.

Aufgrund fehlender Werte für manche Variablen reduziert sich das Finale Sample von 10.279 Kapitalgesellschaften auf 9.232 Kapitalgesellschaften, bei denen sämtliche dieser Merkmale zumindest in einem Jahr besetzt sind.⁷⁵ Tabelle 14 bietet eine deskriptive Statistik für das „Regressionssample“.

(ROA) signifikant negativ korreliert ist (Signifikanzniveau jeweils 1 %). Beides ist aufgrund der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung von Zinsen nach § 8 GewStG auch plausibel. Höhere Verbindlichkeiten führen zu mehr Zinsaufwand und folglich einem höheren Gewerbeertrag. Dieser Effekt fällt mit steigender Profitabilität jedoch immer weniger ins Gewicht. Des Weiteren weisen Kapitalgesellschaften mit höheren Rückstellungen (RS) höhere ETRs auf (Signifikanzniveau 1 %), was mit der restriktiveren steuerlichen Rückstellungsbildung erklärt werden kann. Der Anteil immaterieller Vermögensgegenstände (IMVG) spielt bei der ETR/CETR keine statistisch signifikante Rolle. Der Anteil des Sachanlagevermögens (SAV) ist negativ mit der ETR/CETR korreliert (Signifikanzniveau 1 %).⁷⁹

75 Bei den eliminierten Unternehmen ist folglich mindestens eins der erklärenden Merkmale durchgängig nicht besetzt.

76 Die deskriptive Statistik mit den korrespondierenden Größen zum Finalen Sample findet sich in Tabelle 16 im Anhang.

77 In der Pearson's Korrelationsmatrix finden sich die stärksten Korrelationen zwischen VERB und ROA sowie VERB und RS (Korrelationskoeffizienten jeweils = -0,31). Der Varianzinflationsfaktor (VIF) bestätigt mit Werten kleiner als 1,3 für alle Variablen, dass Multikollinearität kein Problem für unseren Regressionsansatz darstellt.

78 Vgl. dazu Tabelle 17 im Anhang.

79 Zu diesem Ergebnis kommen u.a. auch Gupta und Newberry 1997, Richardson und Lanis 2007 sowie Sureth, Halberstadt und Bischoff 2009. Als Erklärung führen Gupta und Newberry 1997, S. 22 aus: "These results provide evidence that firms with a larger proportion of fixed assets tend to have lower ETRs as a result of tax preferences, whereas firms with a greater

Variable	ETR		CETR	
	Koeffizienten	t-Statistik	Koeffizienten	t-Statistik
Konstante	0,292849	21,705 ***	0,293216	18,812 ***
BE	0,009838	0,530	0,002493	0,133
BS	-0,000567	-0,438	-0,000563	-0,378
MNE	-0,001828	-0,789	-0,001986	-0,802
VERB	0,030840	6,208 ***	0,025088	4,836 ***
ROA	-0,046615	-4,387 ***	-0,047766	-4,424 ***
RS	0,110729	7,736 ***	0,122251	7,897 ***
IMVG	0,069970	1,494	0,047960	0,958
SAV	-0,036556	-5,760 ***	-0,036615	-4,703 ***
NDIFF	0,775460	15,880 ***	0,781779	15,445 ***
VERLUST	0,007652	1,467	0,012784	2,088 **
Adj. R ²	6,12 %		5,44 %	
F-Statistik	44,39		36,75	
p-Wert	0,00		0,00	

Tabelle 15: Ergebnis der Cross-Sectional OLS Regression der durchschnittlichen ETR/CETR (bezogen auf das bereinigte Jahresergebnis) auf unterschiedliche Einflussfaktoren (definiert in Gleichung (6)) unter Berücksichtigung robuster Standardfehler. Signifikanzniveaus: * $p < 0,1$; ** $p < 0,05$ und *** $p < 0,01$.

Zwischen VERLUST und ETR zeigt sich kein statistisch signifikanter Zusammenhang, während dies bei der CETR auf einem Signifikanzniveau von 5 % der Fall ist. Dies deutet darauf hin, dass trotz unserer Verlustverrechnungssimulation im Zusammenhang mit dem *Dritten Schritt* der Sample-Selection (vgl. Abschnitt IV.1)⁸⁰ etliche Kapitalgesellschaften im Sample verblieben sind, die ihre Verluste innerhalb des betrachteten 5-Jahres-Zeitraums steuerlich nicht zur Gänze verrechnen konnten. Dies schlägt sich auf die CETR durch, während es bei der ETR durch die Bildung aktiver latenter Steuern scheinbar aufgefangen wird.⁸¹

Unternehmensspezifische Nominalsteuersätze, genauer: die Abweichung aufgrund unterschiedlicher Gewerbesteuer-Hebesätze vom Mittelwert (NDIFF)⁸² sind, wie erwartet, hoch signifikant positiv mit der ETR/CETR korreliert (Signifikanzniveau 1 %). Ein 1 Prozentpunkt höherer Nominalsteuersatz schlägt sich demnach in einer rund 0,78 Prozentpunkte höheren ETR/CETR nieder.

Die Tatsache, dass die (relative) Höhe der Beteiligungserträge (BE) keinen (statistisch signifikanten) Einfluss auf ETR/CETR ausübt, spricht dafür, dass unsere Annahme, 70 % des Beteiligungsergebnisses sind durch § 8b KStG (zu 95 %) steuerfrei gestellt, eine brauchbare Schätzung darstellt.

VI. Fazit

Die im Titel des Beitrags aufgeworfene Frage „Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften von lediglich 20 % – Fakt oder Fake News?“ lässt sich eindeutig beantworten. Es handelt sich um Fake News. Tatsächlich beträgt die Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften – gemessen an der ETR basierend auf handelsrechtlichen Einzelabschlüssen – im Mittel knapp 30 % und liegt damit um 10 Prozentpunkte bzw. 50 % über dem in der Grüne/EFA-Studie genannten Wert i.H.v. knapp 20 %. Somit entrichten deutsche Kapitalgesellschaften auf ihre im Inland erzielten Gewinne Steuern in Höhe des gesetzlichen Nominalsteuersatzes. Unsere Ergebnisse zeigen, dass für eine sachgerechte Analyse unternehmerischer ETRs zweierlei nötig ist: Zum einen müssen steuerrechtliche Besonderheiten, wie die

Dividendenfreistellung nach § 8b KStG, Berücksichtigung finden. Zum anderen ist eine sorgfältige Datenaufbereitung notwendig. Andernfalls erhält der Datensatz Unternehmen, die vom Gesetzgeber bewusst von der Regelbesteuerung ausgenommen sind, z.B. gemeinnützige Unternehmen, oder Personengesellschaften, bei denen nur die Gewerbesteuer als Steueraufwand ausgewiesen ist.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass mit der Erkenntnis „deutsche Kapitalgesellschaften unterliegen mit ihren im Inland erzielten Gewinnen dem Nominalsteuersatz“ nicht gesagt ist, es gäbe keinerlei Steuergestaltungen zu Lasten des deutschen Fiskus. Nur lassen sich derartige Steuergestaltungen nicht anhand von ETRs aus dem handelsrechtlichen Einzelabschluss identifizieren. Internationale Steuergestaltungen gehen in aller Regel einher mit sog. „conforming tax planning“, bei dem der steuerliche und der handelsrechtliche Gewinn in gleicher Weise zu Lasten von Unternehmenseinheiten mit Sitz in einem Hochsteuerland gemindert werden, ohne dass die ETR dieser Unternehmenseinheit beeinflusst wird.⁸³ Als Beispiel seien Steuerplanungsaktivitäten über (steuerlich nicht beanstandete) Transferpreise oder Fremdfinanzierungen zu Lasten inländischer Konzerngesellschaften genannt. Werden sol-

proportion of inventory (which do not have those tax shields tend to have higher ETRs)”. U.E. bieten tax shields im Zusammenhang mit dem Anlagevermögen für Deutschland keine befriedigende Erklärung, da die steuerlichen Abschreibungsregeln grundsätzlich restriktiver als ihre handelsrechtlichen Pendanten sind. Möglicherweise spielt in unserem Sample die für 2009 und 2010 angeschaffte bewegliche Wirtschaftsgüter gewährte steuerliche degressive AfA eine Rolle. Jedoch dürfte dieser Effekt bei der ETR aufgrund der zu bildenden latenten Steuern eigentlich nicht zum Tragen kommen.

80 In Schritt 3 haben wir Unternehmen aus dem Sample ausgeschlossen, deren Verluste bei Simulation von § 10d EStG im Betrachtungszeitraum nicht ausgeglichen werden können. D.h., im Regressionsample befinden sich nur noch Unternehmen, bei denen Verluste gemäß unserer Simulation von § 10d EStG innerhalb des Betrachtungszeitraums eigentlich hätten verrechnet werden können.

81 Da aktive latente Steuern nicht eigens ausgewiesen werden müssen – und dies auch kaum geschieht –, sondern mit den passiven latenten Steuern saldiert werden dürfen, kann man hierfür nicht kontrollieren.

82 Lopes Dias und Gomes Reis 2018 kontrollieren ebenso für unterschiedliche Nominalsteuersätze in einem internationalem Sample.

83 Vgl. Hanlon und Heitzman 2010, S. 137. Sie weisen darauf hin, dass die in der umfangreichen tax aggressiveness Literatur verwendeten Maße in der Regel nur auf die sog. „non-conforming tax planning“ abzielen.

che Gewinnverschiebungen ins niedrig besteuerte Ausland steuerrechtlich korrigiert, als Beispiel sei eine Korrektur der Verrechnungspreise oder die Hinzurechnungsbesteuerung genannt, führt dies sogar zu einer über dem Nominalsteuersatz liegenden ETR.

Anhang

Variable	N	(ungewichteter) Mittelwert	Median	Standardabweichung	Minimum	Maximum
ETR	10.279	0,298	0,301	0,102	0,000	1,000
CETR	10.279	0,297	0,300	0,110	-0,357	2,479
BE	10.279	0,036	0,000	0,133	-0,388	2,878
BS	10.279	9,375	9,340	1,270	0,470	15,172
MNE	10.279	0,775	1,000	0,418	0,000	1,000
VERB	10.246	0,409	0,391	0,238	0,001	1,317
ROA	10.279	0,120	0,092	0,112	0,000	2,812
RS	10.251	0,123	0,088	0,118	0,000	0,971
IMVG	9.240	0,014	0,003	0,042	0,000	0,930
SAV	10.245	0,207	0,145	0,184	0,000	1,750
NDIFF	10.279	0,000	0,000	0,020	-0,070	0,053
VERLUST	10.279	0,114	0,000	0,318	0,000	1,000

Tabelle 16: Deskriptive Statistik der Größen der Regressionsgleichung (6) für das Finale Sample.

Variable	ETR		ETR	
	Koeffizienten	t-Statistik	Koeffizienten	t-Statistik
Konstante	0,294683	22,921 ***	0,314791	23,814 ***
BE	-0,196697	-25,303 ***		
BS	-0,000728	-0,593	-0,004584	-3,647 ***
MNE	-0,001548	-0,719	0,003483	1,564
VERB	0,029906	6,245 ***	0,035200	7,119 ***
ROA	-0,044654	-4,250 ***	-0,038556	-3,577 ***
RS	0,109445	7,765 ***	0,118904	8,281 ***
IMVG	0,066447	1,437	0,065808	1,429
SAV	-0,036385	-5,859 ***	-0,024983	-3,958 ***
NDIFF	0,764734	16,315 ***	0,733389	15,076 ***
VERLUST	0,006625	1,328	0,003187	0,630
Adj. R ²	11,98 %		6,14 %	
F-Statistik	109,90		49,35	
p-Wert	0,00		0,00	

Tabelle 17: Ergebnis der Cross-Sectional OLS Regression der durchschnittlichen ETR (bezogen auf das unbereinigte Jahresergebnis) auf unterschiedliche Einflussfaktoren (definiert in Gleichung (6)) unter Berücksichtigung robuster Standardfehler. Signifikanzniveaus: * p < 0,1; ** p < 0,05 und *** p < 0,01.

Literatur

Bach, S. und H. Buslei (2009), Empirische Analysen zur Zinsschranke auf Grundlage von Handelsbilanzen, *DIW Research Notes*, S. 1–38.

Bräutigam, R., C. Ludwig und C. Spengel (2019), Studie zur Steuervermeidung von Konzernen weist gravierende methodische Mängel auf: Stellungnahme zur Studie im Auftrag der Grünen-Fraktion im Europaparlament, *ZEW Expertise*, S. 1–4.

Dyregang, S., M. Hanlon und E. Maydew (2008), Long-Run Corporate Tax Avoidance, *The Accounting Review* 83(1), S. 61–82.

Gebhardt, H. und L.-H. Siemers (2017), Die relative Steuerbelastung mittelständischer Kapitalgesellschaften: Evidenz von handelsbilanziellen Mikrodaten, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 66(1), S. 1–35.

Giegold, S. (2019), Reaktion auf methodische Kritik an der Steuerstudie. Online verfügbar unter: <https://sven-giegold.de/reaktion-kritik-steuerstudie/> [5.5.2019].

Gupta, S. und K. Newberry (1997), Determinants of the Variability in Corporate Effective Tax Rates: Evidence from Longitudinal Data, *Journal of Accounting and Public Policy* 16, S. 1–34.

Hanlon, M. und S. Heitzman (2010), A review of tax research, *Journal of Accounting and Economics* 50(2-3), S. 127–178.

Hentze, T. (2019), Effektiver Unternehmensteuersatz in Deutschland seit Jahren konstant, *IW-Kurzbericht*(12), S. 1–3.

Janský, P. (2019), Effective Tax Rates of Multinational Enterprises in the EU: A report commissioned by the Greens/EFA in the European Parliament. Online verfügbar unter: <https://www.greens-efa.eu/files/doc/docs/356b0cd66f625b24e7407b50432bf54d.pdf> [16.7.2019].

Janssen, B. und W. Buijink (2000), Determinants of the Variability of Corporate Effective Tax Rates (ETRs): Evidence for the Netherlands, *METEOR Research Memorandum No. 046*, S. 1–35.

Kraft, A. (2014), What Really Affects German Firms' Effective Tax Rate?, *International Journal of Financial Research* 5(3), S. 1–19.

Lopes Dias, P. und P. Gomes Reis (2018), The relationship between the effective tax rate and the nominal rate, *Contaduría y Administración* 63(2), S. 1–21.

- Markle, K. und D. Shackelford (2009), Do Multinationals or Domestic Firms Face Higher Effective Tax Rates?, *NBER Working Paper*(15091), S. 1–46.
- Markle, K. und D. Shackelford (2012), Cross-Country Comparisons of Corporate Income Taxes, *National Tax Journal* 65(3), S. 493–528.
- Niemann, R. und M. Rechbauer (2013), Wie können Unternehmen mit steuerlichen Verlustvorträgen identifiziert werden? – Ergebnisse einer Replikationsstudie, *BankArchiv* 61, S. 176–186.
- OECD (2019), OECD.Stat. Online verfügbar unter: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=78166> [17.7.2019].
- Porcano, T. (1986), Corporate tax rates: Progressive, proportional, or regressive, *Journal of the American Taxation Association* 7(2), S. 17–31.
- Rechbauer, M. (2016), Identifying Firms' Tax Loss Carry-Forward Status – The Accuracy of Database Driven Methods, *arqus Discussion Paper No. 201*, S. 1–37.
- Rego, S. (2003), Tax-Avoidance Activities of U.S. Multinational Corporations, *Contemporary Accounting Research* 20(4), S. 805–833.
- Richardson, G. und R. Lanis (2007), Determinants of the variability in corporate effective tax rates and tax reform: Evidence from Australia, *Journal of Accounting and Public Policy* 26(6), S. 689–704.
- Spiegel Online (2019), Zahlen Konzerne wirklich zu wenig Steuern? Online verfügbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/warum-konzerne-in-der-eu-zu-wenig-steuern-zahlen-a-1249325.html> [16.7.2019].
- Statistische Ämter des Bundes und der Länder (2016), Hebesätze der Realsteuern 2015. Online verfügbar unter: <https://www.statistikportal.de/de/veroeffentlichungen/hebesaetze-der-realsteuern-deutschland> [17.7.2019].
- Süddeutsche Zeitung (2019a), Konzerne zahlen zu wenig Steuern in der EU. Online verfügbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/unternehmenssteuern-gruene-eu-1.4296481> [16.7.2019].
- Süddeutsche Zeitung (2019b), Mit Steuergerechtigkeit hat das gar nichts zu tun. Online verfügbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/eu-steuern> [17.7.2019].
- Sureth, C., A. Halberstadt und D. Bischoff (2009), Der Einfluss von Internationalisierung, Vermögens- und Kapitalstruktur auf die Konzernsteuerquote im Branchenvergleich, *Steuer und Wirtschaft* 86(1), S. 50–62.
- Thomsen, M. und C. Watrin (2018), Tax avoidance over time: A comparison of European and U.S. firms, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation* 33, S. 40–63.
- Zimmerman, J. (1983), Taxes and Firm Size, *Journal of Accounting and Economics* 5, S. 119–149.

PD Dr. Erik Röder, München*

Weltweite Mindestbesteuerung multinationaler Unternehmen?

Der Global-Anti-Base-Erosion-Vorschlag der OECD und seine Relevanz für das deutsche Unternehmenssteuerrecht

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Überblick über den GloBE-Vorschlag
 1. Mindestbesteuerungskonzept des GloBE-Vorschlags
 2. Hintergründe des GloBE-Vorschlags
 3. Funktionsweise der GloBE-Mindestbesteuerung
- III. Keine spürbare Entlastung Deutschlands im internationalen Steuerwettbewerb
 1. International konsensfähiger Mindeststeuersatz von 10 % bis 15 % zu niedrig
 2. Unilateral höherer Mindeststeuersatz unter Wettbewerbsgesichtspunkten kontraproduktiv
 3. International konsensfähiger Mindeststeuersatz nicht wettbewerbsfest
- IV. Impuls für eine umfassende Reform der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung
 1. Konsolidierung von *income inclusion rule* und Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7 ff. AStG zu einem einheitlichen Rechtsinstitut
 2. Verzicht auf Differenzierung zwischen aktiven und passiven Einkünften
 3. Reform der Niedrigbesteuerung
 - a) Bestimmung des ausländischen Besteuerungsniveaus
 - b) Referenzsteuersatz für die Bestimmung einer Niedrigbesteuerung
 4. Neuregelung der Rechtsfolgen
- V. Ausblick: Mindestbesteuerung im Binnenmarkt

Der auf eine deutsch-französische Initiative zurückgehende Global-Anti-Base-Erosion-Vorschlag der OECD zielt darauf ab, die Gewinne multinationaler Unternehmen einer weltweiten Mindestbesteuerung zu unterwerfen. Dadurch soll das internationale *race to the bottom* bei der Unternehmensbesteuerung gestoppt werden. Deutschland wird sich hierdurch jedoch keine spürbare Entlastung im internationalen Steuersatzwettbewerb verschaffen können. Relevant ist das Projekt für das deutsche Unternehmenssteuerrecht stattdessen als Anstoß zu einer schon lange überfälligen grundlegenden Reform der Hinzurechnungsbesteuerung.

The OECD's Global Anti-Base Erosion Proposal, which was initiated by France and Germany, aims at taxing the worldwide profits of multinational enterprises at a minimum rate in order

to stop the international race to the bottom with regard to business taxation. While the proposal will not relieve Germany in any meaningful way from the constraints of international tax competition, it could act as a catalyst for a long overdue fundamental reform of the German CFC-legislation. That is where its true relevance for German business taxation lies.

I. Einleitung

Der internationale Steuersatzwettbewerb hat sich nach einer Phase relativer Stabilität zuletzt wieder deutlich verschärft. Da sich die deutsche Steuerpolitik bislang nicht zu einer Reaktion auf diese Entwicklung durchringen konnte, hat sich die steuerliche Wettbewerbssituation Deutschlands binnen weniger Jahre massiv verschlechtert. Mit einem Unternehmenssteuerniveau von ca. 30 %¹ rangierte Deutschland innerhalb der OECD lange Zeit im oberen Mittelfeld.² Mittlerweile findet es sich in der Spitzengruppe wieder und wird angesichts des aktuellen französischen Steuersenkungsprogramms ab 2021 die G7-Nation mit der höchsten Unternehmenssteuerbelastung sein.³ Unabhängig von der aufgrund dieser Entwicklung wieder an Fahrt gewinnenden nationalen Steuersenkungsdebatte⁴ gibt es im Bundesfinanzministerium Bestrebungen, das Problem an der Wurzel zu packen. Deutschland ist die treibende Kraft hinter einer aktuellen Initiative der OECD, die darauf abzielt, die Gewinne multinationaler Unternehmen einer weltweiten Mindestbesteuerung zu unterwerfen.⁵ Mit dem sog. *Global Anti-*

* PD Dr. Erik Röder ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen.

1 Bezogen auf die Steuerbelastung der Gewinne von Kapitalgesellschaften mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer bei einem Hebesatz von 400 %.

2 Siehe OECD.Stat: Tax Database, Table II.1 – Statutory corporate income tax rate (2000-2019) (<http://stats.oecd.org>, Zugriff: 5.1.2020).

3 Bercy Infos, le 26/12/2019, Fiscalité des entreprises, Impôt sur les sociétés, comment ça marche? (<https://www.economie.gouv.fr/entreprises/impot-societes-IS>, Zugriff: 5.1.2020).

4 Siehe dazu bspw. Schön, „Die Quadratur der Steuerpolitik“, FAZ 255, 3.11.2017, S. 18; Schreiber/von Hagen/Pömmighaus, StuW 2018, 239 ff.; Linnemann/Weiß, IStR 2019, 692 ff.

5 Siehe dazu bislang folgende Publikationen der OECD: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, Public Consultation Document – Policy Note (Januar 2019); OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, Public Consultation Document (Februar 2019) (im Folgenden: OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019); OECD, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy (Mai 2019) (im Folgenden: OECD, Programme of Work

Base Erosion Proposal soll eine Untergrenze in den internationalen Steuersatzwettbewerb eingezogen und auf diese Weise das *race to the bottom* bei der Unternehmensbesteuerung gestoppt werden.⁶ Die enormen Ambitionen, die mit diesem Projekt verbunden sind, spiegeln sich in der Wahl des offiziellen Akronyms wider: GloBE.⁷

Angesichts des erheblichen politischen Kapitals, das Deutschland in die Einführung einer weltweiten Mindestbesteuerung investiert, ist der nachfolgende Beitrag der Frage gewidmet, welche Implikationen sich daraus spezifisch für das deutsche Unternehmenssteuerrecht ergeben. Zu diesem Zweck wird der GloBE-Vorschlag nachfolgend zunächst überblicksartig vorgestellt (II.). Anschließend wird erläutert, warum Deutschland von der Mindestbesteuerung des GloBE-Vorschlags keine spürbare Entlastung im internationalen Steuerwettbewerb zu erwarten hat (III.). Die eigentliche Relevanz des GloBE-Vorschlags für das deutsche Unternehmenssteuerrecht liegt an einer anderen Stelle: Das Konzept einer weltweiten Mindestbesteuerung sollte als Impuls für eine grundlegende Reform der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung genutzt werden, deren Eckpunkte kurz vorgestellt werden (IV.). Abschließend erfolgt ein Ausblick auf die Perspektiven für eine Mindestbesteuerung im Binnenmarkt (V.).

II. Überblick über den GloBE-Vorschlag

Nachfolgend werden zunächst das innovative Mindestbesteuerungskonzept (1.) sowie die Hintergründe (2.) des GloBE-Vorschlags erläutert. Anschließend wird beschrieben, wie die Mindestbesteuerung im Einzelnen funktionieren soll (3.).

1. Mindestbesteuerungskonzept des GloBE-Vorschlags

Der GloBE-Vorschlag beinhaltet nicht das, was man sich klassischerweise unter einer Mindeststeuer zur Beschränkung des Steuerwettbewerbs vorstellt. Wenn mehrere Staaten ein einheitliches Mindestbesteuerungsniveau etablieren wollen, liegt es nahe, dass sie sich zu diesem Zweck auf einen einheitlichen Mindeststeuersatz verständigen. Dieser Schritt ist typischerweise politisch äußerst schwierig, da Staaten großen Wert auf die Wahrung ihrer steuerlichen Souveränität legen. Hinzu kommt, dass ein politischer Konsens über einen Mindeststeuersatz noch zusätzlich durch eine Vereinheitlichung der Bemessungsgrundlage abgesichert werden muss. Denn die Steuerbelastung ist das Produkt von Steuersatz und Bemessungsgrundlage. Daher könnte ein einheitlicher Mindeststeuersatz anderenfalls von einzelnen Staaten durch eine gezielte Schmalführung der Bemessungsgrundlage unterlaufen werden – im Bereich der Ertragsbesteuerung beispielsweise durch besonders großzügige Abschreibungsregelungen.

Ein Beispiel für diesen konventionellen Ansatz zur Implementierung eines Mindestbesteuerungsniveaus ist das Mehrwertsteuersystem der EU, das einen Nominalsteuersatz von mindestens 15 % vorschreibt.⁸ Im Bereich der Ertragssteuern lässt sich beispielhaft auf die deutsche Gewerbesteuer verweisen. Das grundgesetzlich abgesicherte Hebesatzrecht⁹ der Gemeinden ermöglicht einen innerdeutschen Steuerwettbewerb. In diesem Wettbewerb erlangte die Gemeinde Norderfriedrichskoog eine gewisse Berühmtheit, die dank eines Hebesatzes von 0 % zwi-

schenzeitlich Tochtergesellschaften zahlreicher nationaler und internationaler Großunternehmen beheimatete – bei gerade einmal 38 Einwohnern.¹⁰ Um solche Wettbewerbsexzesse zu unterbinden, gilt seit 2004 ein Mindesthebesatz von 200 %.¹¹

Auf internationaler Ebene ist der konventionelle Ansatz zur Sicherstellung eines Mindestbesteuerungsniveaus für die Ertragsbesteuerung allerdings zumindest bislang – und wohl auch noch für absehbare Zeit – nicht konsensfähig.¹² Selbst innerhalb der EU sind entsprechende Bemühungen bislang gescheitert. Bereits 1992 hatte der Ruding-Report einen harmonisierten Mindestkörperschaftsteuersatz von 30 % vorgeschlagen.¹³ Die Mitgliedstaaten sind jedoch bis heute nicht zu einem entsprechenden Souveränitätsverzicht bereit. Als die Kommission 2011 vorschlug, die Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer zu harmonisieren, verzichtete sie daher von vornherein auf einen Mindeststeuersatz.¹⁴

Der GloBE-Vorschlag versucht das Problem der fehlenden Konsensfähigkeit auf innovative Weise zu umgehen, nämlich durch die koordinierte Einführung unilateraler Mindeststeuern. Die Grundidee ist einfach:¹⁵ Der Ansässigkeitsstaat einer Kapitalgesellschaft besteuert deren Gewinne wie bisher in Höhe des jeweiligen nationalen Körperschaftsteuersatzes. Zusätzlich, und das ist neu, besteuert der Ansässigkeitsstaat auch die Gewinne der ausländischen Tochtergesellschaften gebietsansässiger Kapitalgesellschaften, sofern deren Steuerbelastung im Ausland einen bestimmten Mindeststeuersatz unterschreitet. Ergänzend beschränkt der Ansässigkeitsstaat die steuerliche Abzugsfähigkeit bestimmter konzerninterner Zahlungen ins Ausland, sofern diese dort nicht oder nur sehr niedrig besteuert werden. Dass es sich bei einer so konzipierten Mindeststeuer um eine strukturell unilaterale Maßnahme handelt, belegt nichts besser als der Umstand, dass die USA bereits 2017 eine entsprechende Regelung im Alleingang eingeführt haben.¹⁶ Der GloBE-Vor-

Digitalisation, Mai 2019); Public consultation document: Global Anti-Base Erosion Proposal, („GloBE“), (Pillar Two), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy (November 2019) (im Folgenden: OECD, Consultation Document GloBE, November 2019).

6 Redemanuskript von Bundesfinanzminister *Olaf Scholz*, „Mindestbesteuerung bringt Fairness ins internationale Steuerrecht“, 150 Jahre DBA – Fit for Purpose?, Symposium zur Internationalen Steuerpolitik, 8.5.2019, Berlin: „[L]iegt die effektive Steuerbelastung unterhalb des vereinbarten Niveaus, zieht das neue Regelwerk eine Untergrenze in den Steuerwettbewerb ein.“; OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 90: „[The GloBE-proposal] posits that global action is needed to stop a harmful race to the bottom“.

7 Siehe OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, Rz. 52.

8 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. Nr. L 347 v. 11.12.2006, S. 1 ff., Art. 97.

9 Art. 28 Abs. 2 S. 3 Halbs. 2, 106 Abs. 2 S. 2 GG.

10 Siehe DIE ZEIT, 30.10.2008, Nr. 45 („Dreizehn Höfe, fünfhundert Firmen“).

11 § 16 Abs. 4 S. 2 GewStG. Siehe dazu BT-Drucks. 15/481, 16.

12 Siehe bspw. *Schön*, „Die Quadratur der Steuerpolitik“, FAZ 255, 3.11.2017, S. 18; *Englisch/Becker*, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 1; Wissenschaftlicher Beirat Steuern EY (*Fuest/Hey/Köhler/Spengel*), DB 2019, Beilage zu Heft 50, 12.

13 Europäische Kommission, Bericht des unabhängigen Sachverständigenausschusses zur Unternehmensbesteuerung, 1992, S. 203 ff.

14 KOM(2011), 121 final v. 16.3.2011, S. 11.

15 Grundlegend zum Konzept einer unilateralen Mindeststeuer *Grubert/Altshuler*, National Tax Journal 66 (2013), 671 (697 ff.).

16 In Gestalt der Besteuerung von *Global Intangible Low-Taxed Income* (GILTI) und einer *Base Erosion Anti-Abuse Tax* (BEAT). Siehe dazu *Fle-*

schlag ist der Versuch, das US-Vorbild in eine international abgestimmte Lösung zu überführen.¹⁷ Hiervon verspricht sich die OECD einen doppelten Mehrwert. Erstens soll die koordinierte Einführung durch eine kritische Masse an Staaten eine flächendeckende Mindestbesteuerung gewährleisten. Wenn etwa sämtliche OECD Staaten den GloBE-Vorschlag umsetzen würden, wären multinationale Unternehmen kaum noch in der Lage, Gewinne bei Briefkastengesellschaften in Steueroasen zu verbuchen, da sich die einzelnen unilateralen Regelungen nahezu flächendeckend überlappen würden. Zweitens soll eine inhaltliche Koordinierung Besteuerungskonflikten vorbeugen.¹⁸

2. Hintergründe des GloBE-Vorschlags

Wie bereits in der Bezeichnung als *Global Anti-Base Erosion Proposal* anklingt, gehört die Initiative der OECD für eine weltweite Mindestbesteuerung zu den nunmehr schon seit vielen Jahren andauernden Bemühungen, auf internationaler Ebene gegen Gewinnverlagerungen durch multinationale Unternehmen vorzugehen. Dieses Phänomen rückte erstmals im Nachgang zur globalen Finanzkrise von 2007/08 ins Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit. Vor dem Hintergrund der enormen finanziellen Belastung, die mit der Bewältigung der Krise für viele Staaten verbunden war, wurde in den Medien verstärkt über die aggressiven Steuerpraktiken einiger multinationaler Unternehmen berichtet.¹⁹ Dadurch erhöhte sich zugleich der politische Druck, hiergegen vorzugehen. 2012 erteilten die G20-Staaten der OECD den Auftrag, einen Aktionsplan gegen „*Base Erosion and Profit Shifting*“ – in der deutschen Übersetzung „Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung“ – zu erarbeiten.²⁰ Damit war das sog. BEPS-Projekt geboren.

Die OECD konzentrierte ihre Arbeit auf 15 Bereiche, die sie für den Kampf gegen BEPS als besonders relevant identifiziert hatte. Der erste dieser sog. Aktionspunkte ist den steuerlichen Herausforderungen der Digitalisierung gewidmet. Als 2015 die Abschlussberichte zu den einzelnen Aktionspunkten veröffentlicht wurden,²¹ konnte die OECD jedoch ausgerechnet zu dieser als besonders wichtig erachteten Problematik noch keine substantiellen Ergebnisse und Empfehlungen vorweisen.²² Stattdessen betont der Abschlussbericht die Notwendigkeit, weiter an Lösungen für die grundsätzlichen steuerlichen Herausforderungen zu arbeiten, die mit der zunehmenden Digitalisierung der Wirtschaft einhergehen. Dass diese Einschätzung zutreffend war, belegt der gegenwärtige Trend zu unilateralen Digitalsteuern,²³ der ein erhebliches internationales Konfliktpotential birgt.²⁴ Vor diesem Hintergrund arbeitet die OECD derzeit fieberhaft an einer international abgestimmten Lösung.²⁵ Hierbei verfolgt die OECD eine Zwei-Säulen-Strategie.²⁶ Im Rahmen der ersten Säule wird um eine Neuverteilung der internationalen Besteuerungsrechte bei digitalisierten Geschäftsmodellen gerungen.²⁷ Die zweite Säule bildet der GloBE-Vorschlag für eine weltweite Mindestbesteuerung. Anders als dieser Kontext vermuten lässt, ist der Anwendungsbereich des GloBE-Vorschlags nicht auf eine wie auch immer definierte digitalisierte Wirtschaft beschränkt. Das erklärte Ziel besteht vielmehr darin, sektorübergreifend eine steuerliche Mindestbelastung multinationaler Unternehmen sicherzustellen. Zur Begründung verweist die OECD darauf, dass der Prozess der Digitalisierung zunehmend die gesamte Wirtschaft erfasst und es daher nicht möglich sei, eine „digitalisierte Wirtschaft“ klar von einer „nicht digitalisierten Wirtschaft“ abzugrenzen.²⁸

Das Ziel, multinationale Unternehmen einer weltweiten Mindestbesteuerung zu unterwerfen, ist aus der Perspektive der bestehenden internationalen Steuerrechtsordnung nahezu revolutionär. Die OECD vollzieht damit – wenn auch an versteckter Stelle – einen Paradigmenwechsel. Bislang vertrat die OECD den Standpunkt, dass ein zwischenstaatlicher Steuerwettbewerb um reale Investitionen, der über allgemein niedrige Unternehmenssteuersätze ausgetragen wird, grundsätzlich als „fair“ anzusehen und nicht zu beanstanden ist.²⁹ Anders gewendet konnte eine Nicht- oder Niedrigbesteuerung für sich genommen nicht den Vorwurf eines – auch aus der Sicht der OECD verpönten – schädlichen bzw. unfairen Steuerwettbewerbs begründen. Diese Prämisse lag auch noch dem BEPS-Projekt zugrunde, das sich primär gegen die Verlagerung von Buchgewinnen aufgrund aggressiver Steuergestaltungen von Seiten der Steuerpflichtigen und unfairer steuerlicher Wettbewerbspraktiken von staatlicher Seite richtet.³⁰ Der reine Steuersatzwettbewerb um reale Investitionen – also um die Ansiedelung von Forschungszentren, Fabriken oder Konzernzentralen – sollte durch das BEPS-Projekt hingegen gerade nicht eingeschränkt werden.³¹

Der GloBE-Vorschlag richtet sich zwar in der Tradition des BEPS-Projekts weiterhin auch gegen die Verlagerung von Buchgewinnen. Da sich dieses Problem aufgrund der zunehmenden Digitalisierung der Wirtschaft und der damit einher-

ming/Peroni/Shay, Tax Notes 2018, 1173 (1181 ff.); *Hey/Härtwig*, FS *Lehner*, 2017, S. 75 (86 ff.); *Schuldgen*, ISR 2019, 400 ff.

17 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 98.

18 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 90.

19 Ein frühes Beispiel ist ein Artikel von Bloomberg aus dem Oktober 2010, der erstmals detailliert beschrieb, wie es Google schaffte, auf seine Auslandsgewinne nur Steuern i.H.v. 2,4 % zu zahlen – und zwar auf ganz legale Weise, s. Bloomberg Businessweek, 25.10.2010-31.10.2010, S. 43 f.

20 G20 Leaders Declaration, June 2012 (Los Cabos Summit), Rz. 48.

21 Siehe dazu überblicksartig OECD, BEPS-Projekt Erläuterung: Abschlussberichte 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, 2016.

22 OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, 2015, S. 11 ff.

23 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 11. Für einen Überblick über die umgesetzten bzw. diskutierten Maßnahmen s. bspw. *Graßl/Koch*, IStR 2019, 873 ff.

24 Siehe bspw. *Financial Times* v. 3.12.2019: „US proposes 100 % tariffs on French goods over digital tax“; *Boehle/Scholtholt*, IStR 2019, 919 (924).

25 Auf der Grundlage eines von den G20-Finanzministern erteilten Mandats, OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 7.

26 OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, Rz. 7.

27 OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, Rz. 22 ff. Siehe dazu *Schön*, Bulletin for International Taxation 72 (2018), 278 ff.; *ders.*, Intertax 47 (2019), 1003 ff.; *Ditz/Pinkernell*, ISR 2019, 377 ff.; Wissenschaftlicher Beirat Steuern EY (*Fuest/Hey/Köhler/Spengel*), DB 2019, Beilage zu Heft 50, 3 ff.

28 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 91, Bezug nehmend auf OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, 2015, S. 11: „Because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy for tax purposes.“

29 OECD, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, 1998, Rz. 26, Rz. 60 ff.

30 OECD, Addressing base Erosion and Profit Shifting, 2013, S. 6.

31 OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, S. 10: „No or low taxation is not *per se* a cause of concern, but it becomes so when it is associated with practices that artificially segregate taxable income from the activities that generate it.“

gehenden wachsenden Bedeutung immaterieller Wirtschaftsgüter mit traditionellen, zielgerichteten Instrumenten nicht vollständig in den Griff bekommen lasse, soll die weltweite Mindestbesteuerung sogar als allumfassende Auffanglösung für verbleibende BEPS-Probleme fungieren.³² Darüber hinaus soll mit dem GloBE-Vorschlag jedoch auch eine „Untergrenze in den internationalen Steuersatzwettbewerb eingezogen werden“ und das *race to the bottom* bei der Unternehmensbesteuerung gestoppt werden.³³ Die OECD bricht somit mit ihrer bisherigen Linie, dass der reine Steuersatzwettbewerb zwischen Staaten legitim ist. Sehr niedrige Steuersätze sind nunmehr *per se* „schädlich“ bzw. „unfair“.

Deutschland hat diesen Paradigmenwechsel maßgeblich initiiert. Der GloBE-Vorschlag beruht formal auf einer deutsch-französische Initiative, zu der allerdings der ursprüngliche Anstoß von deutscher Seite ausgegangen war.³⁴ Damit verfolgte das Bundesfinanzministerium – neben den auch von der OECD genannten Zielen – ursprünglich offenbar noch ein weiteres Anliegen: Mit der weltweiten Mindestbesteuerung sollte ein Alternativmodell zu der nunmehr im Rahmen von „Säule 1“ diskutierten Neuordnung der Besteuerungsrechte für die digitalisierte Wirtschaft etabliert werden.³⁵ Denn es besteht die Gefahr, dass damit eine allgemeine Verschiebung von Besteuerungsrechten hin zu den Marktstaaten eingeläutet wird.³⁶ Dabei hätte Deutschland viel zu verlieren. Deutschland könnte zwar zukünftig beispielsweise einen Teil der Gewinne besteuern, die Google aus dem Anzeigengeschäft in Deutschland erzielt. Im Gegenzug könnte allerdings etwa Brasilien auf die Gewinne zugreifen, die BMW aus dem Verkauf seiner dorthin exportierten Fahrzeuge erzielt. Bundesfinanzminister *Olaf Scholz* hat die deutsche Interessenlage klar auf den Punkt gebracht:

„Für ein Exportland wie Deutschland kann ein Systemwechsel zum Verlustgeschäft werden, bei dem die Bürgerinnen und Bürger am Ende die Verlierer sind. Das können wir nicht wollen.“³⁷

3. Funktionsweise der GloBE-Mindestbesteuerung

Der GloBE-Vorschlag zielt darauf ab, den internationalen Steuersatzwettbewerb einzuschränken, indem durch die koordinierte Einführung unilateraler Mindeststeuern in möglichst vielen Staaten ein weltweites Mindestbesteuerungsniveau etabliert wird. Zu diesem Zweck setzt das Projekt bei den beiden Strukturprinzipien der internationalen Steuerrechtsordnung an, die diesen Wettbewerb erst ermöglichen: Erstens ist das Recht zur Besteuerung der Gewinne einer Kapitalgesellschaft primär dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen.³⁸ Wenn daher ein in Deutschland ansässiges Unternehmen Waren an Kunden sowohl im Inland als auch im Ausland verkauft, wird der dabei erzielte Gesamtgewinn grundsätzlich³⁹ ausschließlich in Deutschland besteuert. Zweitens gilt für die Besteuerung von Kapitalgesellschaften das Trennungsprinzip.⁴⁰ Daher sind die Gewinne von Tochtergesellschaften im Ausland dem Steuerzugriff im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft zumindest im Grundsatz vollständig entzogen. Aufgrund des primären Besteuerungsrechts des Ansässigkeitsstaates und der Abschirmwirkung ausländischer Tochtergesellschaften können Staaten über ihren jeweiligen Körperschaftsteuersatz um unternehmerische Investitionen konkurrieren. Durch die Praxis, in Doppelbesteuerungsabkommen die Freistellungsmethode zu vereinbaren,⁴¹ ermöglicht Deutschland diesen zwischenstaatlichen Wettbewerb so-

gar dann, wenn deutsche Unternehmen im Ausland lediglich Betriebsstätten unterhalten.

Ein deutsches Unternehmen, das seine Produktion beispielsweise nach Ungarn verlagert, kann daher unabhängig davon, wie es diese Investition rechtlich ausgestaltet, von dem attraktiven ungarischen Körperschaftsteuersatz von nur 9 %⁴² profitieren. Dies wäre ein Beispiel für erfolgreichen Steuerwettbewerb um eine reale Investition. Noch besser als 9 % wären allerdings 0 % Körperschaftsteuer. Dies bieten klassische Steueroasen für Briefkastengesellschaften wie beispielsweise die Cayman Islands.⁴³ Um einen Teil seines Gewinns in eine solche Steueroase zu verlagern, kann ein multinationales Unternehmen dort beispielsweise eine Finanzierungsgesellschaft errichten, die konzernangehörigen Gesellschaften Darlehen gewährt. Die anfallenden Zinszahlungen mindern den Gewinn im jeweiligen Ansässigkeitsstaat und werden auf den Cayman Islands nicht besteuert. Ganz so einfach ist es in der Realität heute natürlich nicht mehr. Die meisten Staaten unterbinden zumindest die eklatantesten Fälle von Buchgewinnverlagerungen. Ein Instrument hierfür ist das Rechtsinstitut der Hinzurechnungsbesteuerung, das in Deutschland in den §§ 7 ff. des Außensteuergesetzes geregelt ist. Danach werden bestimmte passive Einkünfte einer ausländischen Tochtergesellschaft der deutschen Mutter zugerechnet, wenn sie im Ausland mit weniger als 25 % besteuert wurden. Paradebeispiel für passive Einkünfte sind neben Zinsen insbesondere Lizenzgebühren für geistiges Eigentum.

Die Mindestbesteuerung des GloBE-Vorschlags ähnelt konzeptionell stark der Hinzurechnungsbesteuerung. Sie geht jedoch in der Frage der Zurechnung wesentlich weiter. Ihr Herzstück ist die sog. *income inclusion rule*, nach der das Einkommen ausländischer Tochtergesellschaften der Muttergesellschaft zugerechnet wird, wenn deren Besteuerungsniveau im jeweiligen Ansässigkeitsstaat den Mindeststeuersatz unterschreitet.⁴⁴ An-

32 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 91.

33 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 90.

34 Siehe bspw. Deutschen Presse-Agentur v. 20.10.2018: „OECD: Scholz schlägt globale Mindeststeuer für Konzerne vor“ (<https://www.zeit.de/news/2018-10/19/oecd-scholz-schlaegt-globale-mindeststeuer-fuer-konzerne-vor-181019-99-439283>, Zugriff: 5.1.2020); *Lamer*, Tax Notes International 2018, 1246.

35 Redemanuskript von Bundesfinanzminister *Olaf Scholz*, „Mindestbesteuerung bringt Fairness ins internationale Steuerrecht“, 150 Jahre DBA – Fit for Purpose?, Symposium zur Internationalen Steuerpolitik, 8.5.2019, Berlin. Siehe auch *Kreienbaum*, IStR 2019, 121 (122); *Altenburg/Geberth/Gebhardt/Holle/Oertel*, DStR 2019, 2541 (2542).

36 Siehe dazu bspw. *Schön*, „Der digitale Steuer-Irrweg“, FAZ 80, 6.4.2018, S. 16.

37 Redemanuskript von Bundesfinanzminister *Olaf Scholz*, „Mindestbesteuerung bringt Fairness ins internationale Steuerrecht“, 150 Jahre DBA – Fit for Purpose?, Symposium zur Internationalen Steuerpolitik, 8.5.2019, Berlin.

38 Art. 7, 9 OECD-MA.

39 Sofern es im Ausland keine Betriebsstätte unterhält, Art. 7 OECD-MA.

40 Siehe Art. 9 OECD-MA.

41 BMF, Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen, Stand 22.8.2013, Art. 22 Abs. 1.

42 OECD.Stat: Tax Database, Table II.1 – Statutory corporate income tax rate (2019) (<http://stats.oecd.org>, Zugriff: 5.1.2020).

43 OECD.Stat: Corporate Tax Statistics – Statutory Corporate Income Tax Rates (2018) (<http://stats.oecd.org>, Zugriff: 5.1.2020).

44 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 96 ff.

ders als bei einer herkömmlichen Hinzurechnungsbesteuerung unterscheidet die *income inclusion rule* jedoch nicht zwischen aktiven und passiven Einkünften. Für die Zurechnung kommt es vielmehr nur darauf an, ob im Ansässigkeitsstaat einer Tochtergesellschaft ein bestimmter Mindeststeuersatz unterschritten wird.⁴⁵ Eine Tochtergesellschaft, die in Ungarn eine Fabrik betreibt, kann daher genauso von der Hinzurechnung betroffen sein wie eine Finanzierungsgesellschaft auf den Cayman Islands. Komplementiert werden soll die *income inclusion rule* durch eine *switch over rule*, durch die im Falle einer Unterschreitung des Mindeststeuersatzes in einem Betriebsstättenstaat von der Freistellungs- auf die Anrechnungsmethode umgeschaltet wird.⁴⁶

Die *income inclusion rule* könnte allerdings unterlaufen werden, wenn die Gewinne, die danach einer inländischen Kapitalgesellschaft zugerechnet wurden, ihrerseits ins Ausland verlagert werden könnten. Es würde sich beispielsweise geradezu aufdrängen, zu diesem Zweck oberhalb der bisherigen Konzernspitze eine Holdinggesellschaft in einem Niedrigsteuerland zu errichten und Gewinne mittels Zins- oder Lizenzzahlungen dorthin zu verlagern. Eine solche Strategie soll die sog. *undertaxed payments rule* des GloBE-Vorschlags verhindern. Danach sollen bestimmte Zahlungen an eine ausländische Konzerngesellschaft den Gewinn nicht mindern dürfen oder alternativ einer Quellensteuer unterworfen werden, soweit sie im Ausland nicht mindestens mit dem Mindeststeuersatz belastet werden.⁴⁷ Auch die *undertaxed payments rule* bedarf wiederum einer flankierenden Regelung, die verhindert, dass sie durch einschlägige Doppelbesteuerungsabkommen ausgehebelt wird. Zu diesem Zweck sieht der GloBE-Vorschlag eine *subject to tax rule* vor.⁴⁸ Danach wird insbesondere eine in einem Doppelbesteuerungsabkommen gewährte Quellensteuerbefreiung versagt bzw. eingeschränkt, wenn bei der Besteuerung der abfließenden Zahlung beim Empfänger im Ausland der Mindeststeuersatz unterschritten wird.

Das Grundkonzept des GloBE-Vorschlags wirkt auf den ersten Blick bestechend.⁴⁹ Durch die Kombination einer Hinzurechnung im Outbound-Fall mit einer Einschränkung des Betriebsausgabenabzugs bzw. einer Quellenbesteuerung im Inbound-Fall scheint der Ansässigkeitsstaat in der Tat eine weltweite Mindestbesteuerung multinationaler Unternehmen sicherstellen zu können. Wie häufig bei „großen Würfeln“ im Bereich der nationalen oder internationalen Steuerpolitik folgt die Ernüchterung, wenn man genauer hinschaut. Auch beim GloBE-Vorschlag steckt der Teufel im Detail. Die für seine nähere Ausgestaltung zu klärenden steuertechnischen Einzelaspekte sind so komplex, dass die OECD in einer ersten öffentlichen Konsultation Ende 2019 nur Teilaspekte des Outbound-Falls zur Diskussion stellte.⁵⁰ Der Inbound-Fall wurde zunächst ausgeklammert, da die Arbeiten an der *undertaxed payments rule* noch nicht weit genug fortgeschritten waren, um die Öffentlichkeit um Stellungnahmen bitten zu können.⁵¹ Das ist nicht überraschend, da eine zugleich gestaltungsfeste und praktikable Ausgestaltung der *undertaxed payments rule* eine der größten Herausforderungen darstellt, die es bei der Konkretisierung des GloBE-Vorschlags zu bewältigen gilt.⁵²

Selbst wenn man unterstellt, dass die technischen Schwierigkeiten zu bewältigen sind und die Mindestbesteuerung des GloBE-Vorschlags praktisch implementiert werden kann, lässt sich da-

mit eines jedenfalls nicht erreichen: eine spürbare Entlastung Deutschlands im internationalen Steuerwettbewerb.

III. Keine spürbare Entlastung Deutschlands im internationalen Steuerwettbewerb

Die Hoffnung des Bundesfinanzministeriums, mit dem Vorschlag für eine weltweite Mindestbesteuerung der Debatte um eine Neuverteilung der Besteuerungsrechte für die digitalisierte Wirtschaft den Wind aus den Segeln zu nehmen, hat sich nicht erfüllt.⁵³ Auch bei einem weiteren aus deutscher Sicht zentralen Anliegen wird der GloBE-Vorschlag die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllen können. Wie Bundesfinanzminister *Olaf Scholz* in einer Rede im Mai 2019 zum Ausdruck gebracht hat, soll die geplante Mindestbesteuerung den internationalen Steuersatzwettbewerb spürbar einschränken:

„Wir haben uns [...] im Bundesfinanzministerium noch einmal auf die Analyse der Ursachen [von Gewinnverlagerungen] konzentriert, das Race-to-the-bottom im Steuerwettbewerb. Zwar ergibt es wenig Sinn, zu versuchen, den Steuerwettbewerb insgesamt abzuschaffen, denn Steuern und Haushalt sind Grundlagen autonomer Staatlichkeit. Aber ein nach unten offener, ungebremster Steuerwettbewerb ist eine massive Gefahr für staatliche Souveränität. Diesen Unterbietungswettbewerb, in dem einige Staaten ohne eigene Leistungen auf Kosten anderer profitieren, müssen wir verhindern. Wir arbeiten deshalb hier im BMF und zusammen mit unseren französischen Partnern an einer konsensfähigen Lösung. Wir wollen den Wettbewerb nicht ausschalten, aber die Anreize anders setzen und zugleich Aspekte von Fairness und Gerechtigkeit stärken. All das schafft ein Vorschlag sehr galant: Das ist der von Frankreich und Deutschland zur effektiven Mindestbesteuerung [...]“⁵⁴

Ob es tatsächlich ein *race to the bottom* gibt, in dem die Körperschaftsteuersätze international langfristig gegen null konvergieren, lässt sich nicht seriös vorhersagen. Fest steht jedoch, dass der internationale Steuerwettbewerb dazu geführt hat, dass die Unternehmenssteuersätze in den vergangenen Jahrzehnten weltweit nur eine Richtung kannten: nach unten. Allein seit der Jahrtausendwende ist der durchschnittliche nominale Körperschaftsteuersatz in den G20-Staaten um 7,7 Prozentpunkte gesunken, auf nur noch 27 % im Jahr 2018.⁵⁵ Inner-

45 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 96.

46 A.a.O., Rz. 97.

47 A.a.O., Rz. 103 ff.

48 A.a.O., Rz. 106 ff.

49 Positiv bspw. *Englisch/Becker*, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 2.1; *Hidien/Versin*, Der Konzern 2019, 245 (250); *Boehle/Scholtholt*, IStR 2019, 919 (923). Kritisch hingegen bspw. *Mammen*, Ubg 2019, 394 ff.; *Pinkernell/Ditz*, ISR 2020, 1 (8 ff.).

50 In diesem Sinne bspw. auch *Fuest*, „Unternehmensbesteuerung: Der Teufel steckt im Detail“, Handelsblatt 120, 26.6.2019, S. 48.

51 OECD, Consultation Document GloBE, November 2019, Rz. 11.

52 Siehe bspw. *Fuest*, „Unternehmensbesteuerung: Der Teufel steckt im Detail“, Handelsblatt 120, 26.6.2019, S. 48.

53 Siehe zum aktuellen Stand OECD, Public consultation document, Secretariat Proposal for a „Unified Approach“ under Pillar One, Oktober 2019. Siehe auch *Altenburg/Geberth/Gebhardt/Holle/Oertel*, DStR 2019, 2541 (2542).

54 Redemanuskript von Bundesfinanzminister *Olaf Scholz*, „Mindestbesteuerung bringt Fairness ins internationale Steuerrecht“, 150 Jahre DBA – Fit for Purpose?, Symposium zur Internationalen Steuerpolitik, 8.5.2019, Berlin.

55 Siehe OECD, Tax Database, Update June 2019, S. 15: Combined Statutory CIT rates (in %), 2000-2018 (abrufbar unter www.oecd.org/tax/tax-pol/icy/tax-database/tax-database-update-note.pdf, Zugriff: 5.1.2020).

halb von EU und OECD fiel der Rückgang sogar noch stärker aus.⁵⁶ Ein Blick auf die effektiven Steuersätze zeigt die gleiche Tendenz.⁵⁷ Die Steuersatzsenkungen wurden also zumindest nicht in vollem Umfang durch eine Verbreiterung der Bemessungsgrundlage kompensiert. Bei einem direkten Ländervergleich erkennt man, dass Deutschland trotz einer besonders starken Steuersenkung in diesem Zeitraum – fast 9 Prozentpunkte im Jahr 2008 – mit ca. 30 % heute wieder ein deutlich höheres Steuerniveau aufweist als viele wichtige Konkurrenten.⁵⁸ Das Vereinigte Königreich verfolgt bereits seit mehreren Jahren ein aggressives Programm zur Senkung der Unternehmenssteuern, dessen vorläufigen Endpunkt eine Reduktion des Körperschaftsteuersatzes auf nur noch 17 % ab 2020 bildet.⁵⁹ Auch Frankreich ist dabei, seinen Körperschaftsteuersatz in mehreren Schritten deutlich unter das deutsche Niveau zu reduzieren.⁶⁰ Vor allem aber haben die USA ihren im internationalen Vergleich lange Zeit sehr hohen Körperschaftsteuersatz auf Bundesebene mit Wirkung ab 2018 drastisch von 35 % auf 21 % reduziert.⁶¹ Auch wenn man die Ebene der Bundesstaaten einbezieht, werden Unternehmensgewinne in den USA mit ca. 25 %⁶² derzeit deutlich niedriger belastet als in Deutschland. Es ist zu erwarten, dass die dramatische Verbesserung der steuerlichen Wettbewerbssituation der USA weltweit zu einer neuen Runde an Steuersatzsenkungen führen wird.

Angesichts dieser unerfreulichen Aussichten ist es nicht verwunderlich, dass Bundesfinanzminister *Olaf Scholz* beim Steuerwettbewerb am liebsten einen Gang runterschalten und mit dem GloBE-Vorschlag eine fixe Untergrenze einziehen würde. Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass hiervon keine Verbesserung der steuerlichen Wettbewerbsposition Deutschlands zu erwarten ist. Eine wirksame Absicherung des derzeitigen deutschen Besteuerungsniveaus vermag der GloBE-Vorschlag bereits deshalb nicht zu leisten, weil ein international konsensfähiger Mindeststeuersatz von 10 % bis 15 % hierfür schlicht zu niedrig ist (1.). Grundsätzlich bliebe es Deutschland zwar unbenommen, unilateral einen höheren Mindeststeuersatz festzulegen. Dies wäre jedoch unter Wettbewerbsgesichtspunkten kontraproduktiv (2.). Schließlich würde auch ein international konsensfähiger Mindeststeuersatz einem fortbestehenden Abwärtsdruck im internationalen Steuerwettbewerb aller Voraussicht nach nicht standhalten können (3.).

1. International konsensfähiger Mindeststeuersatz von 10 % bis 15 % zu niedrig

Nach Auffassung der OECD soll der Steuersatz, bei dessen Unterschreitung die *income inclusion rule* und die *undertaxed payments rule* greifen, einheitlich festgelegt und somit dem individuellen Ermessen der sich beteiligenden Staaten entzogen werden.⁶³ Auch wenn die Einigung auf den einheitlichen Mindeststeuersatz erst den krönenden Abschluss des Projekts bilden soll,⁶⁴ ist bereits absehbar, in welcher Größenordnung er sich bewegen wird: Es ist allgemeiner Konsens, dass der Mindeststeuersatz nur in einem Bereich von 10-15 % liegen kann.⁶⁵ Dies ist für eine Absicherung des gegenwärtigen deutschen Besteuerungsniveaus von ca. 30 % schlicht zu wenig. Der Mindeststeuersatz kann politisch nicht höher liegen, weil mit Ungarn und Irland bereits heute zwei OECD Staaten nominale Körperschaftsteuersätze von nur 9 % bzw. 12,5 % aufweisen und mit dem Vereinigten Königreich selbst eine G7-Nation ihren Körperschaftsteuersatz ab 2020 auf nur noch 17 % gesenkt

hat.⁶⁶ Die endgültige Höhe des Mindeststeuersatzes wird u.a. davon abhängen, ob das Einkommen ausländischer Tochtergesellschaften länderübergreifend zusammengerechnet wird.⁶⁷ Falls sich die OECD für ein solches *Blending* entscheidet, sind 15 % realistisch. Wird das Besteuerungsniveau hingegen für jede Tochtergesellschaft gesondert geprüft, wird der Mindeststeuersatz voraussichtlich am unterem Ende der in Betracht kommenden Spanne liegen.⁶⁸

Nimmt man beispielhaft an, dass die OECD einen einheitlichen Mindeststeuersatz von 10 % vorschlägt, betrüge der Abstand zum gegenwärtigen deutschen Besteuerungsniveau ca. 20 Prozentpunkte. Es bestünde also noch ein gewaltiges Abwärtspotential. Unmittelbar in ihrer Wettbewerbsfähigkeit eingeschränkt wären nur Staaten, deren Steuersätze schon heute niedrig sind. Für die betroffenen Staaten könnte dies zu einem echten Problem werden. In Irland etwa beträgt der Körperschaftsteuersatz schon seit 2003 lediglich 12,5 %.⁶⁹ Der Umstand, dass Unternehmen trotz eines 2,5-fach höheren Besteuerungsniveaus weiterhin auch in Deutschland investieren, deutet darauf hin, dass Irland einen niedrigen Steuersatz benötigt, um andere Wettbewerbsnachteile – wie etwa seine geographische Randlage – auszugleichen. Wenn Deutschland und andere Hochsteuerländer ihre Unternehmenssteuern massiv senken sollten, müsste Irland folglich mit einer weiteren Absenkung seines Körperschaftsteuersatzes reagieren, um nicht ins Hintertreffen zu geraten. Sollte die Mindestbesteuerung des GloBE-Vorschlags so funktionieren, wie es sich die OECD erhofft, wäre dieser Weg versperrt. Irland verfügt als hochentwickeltes Industrieland noch über zahlreiche nichtsteuerliche Optionen, um seine Wettbewerbsfähigkeit zu steigern. Für viele Entwick-

56 A.a.O.

57 Siehe bspw. *Bräutigam/Stutzenberger/Spengel*, Intertax 47 (2019), 536 (552 f.).

58 OECD.Stat: Tax Database, Table II.1 – Statutory corporate income tax rate (2007-2008 und 2019) (<http://stats.oecd.org>, Zugriff: 5.1.2020).

59 HM Treasury, Budget 2016, March 2016, S. 45 (abrufbar unter: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/508193/HMT_Budget_2016_Web_Accessible.pdf, Zugriff: 5.1.2020).

60 Bercy Infos, le 26/12/2019, Fiscalité des entreprises, Impôt sur les sociétés, comment ça marche? (<https://www.economie.gouv.fr/entreprises/impot-societes-IS>, Zugriff: 5.1.2020). Siehe auch *Schreiber/von Hagen/Pönnighaus*, StuW 2018, 239 (241).

61 An Act to provide for reconciliation pursuant to titles II and V of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2018 („Tax Cuts and Jobs Act“), Public Law 115-97, sec. 13001.

62 OECD.Stat: Tax Database, Table II.1 – Statutory corporate income tax rate (2019) (<http://stats.oecd.org>, Zugriff: 5.1.2020).

63 OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, Rz. 64 ff.

64 OECD, Consultation Document GloBE, November 2019, Rz. 9.

65 Siehe bspw. *Saint-Amans*, „Mir ist die deutsche Problemlage bewusst“, FAZ 194, 22.8.2019, S. 17.

66 Siehe bspw. *Pascal Saint-Amans*, FAZ 194, 22.8.2019, S. 17 („Meine persönliche Meinung ist, dass es sehr kompliziert wäre, einen Satz oberhalb des irischen Körperschaftsteuersatzes von 12,5 Prozent einzuführen.“); *Englisch/Becker*, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 3.1.

67 Siehe dazu OECD, Consultation Document GloBE, November 2019, Rz. 53 ff. sowie unten unter IV.3.a.

68 *Englisch/Becker*, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 3.1. Siehe auch *Grubert/Altshuler*, National Tax Journal 66 (2013), 671 (697 ff.).

69 OECD.Stat: Tax Database, Table II.1 – Statutory corporate income tax rate (2002-2003) (<http://stats.oecd.org>, Zugriff: 5.1.2020).

lungsländer, denen die OECD mit dem GloBE-Vorschlag eigentlich besonders unter die Arme greifen möchte,⁷⁰ dürfte dies nicht zutreffen.

Ungeachtet der Folgen, die eine Einschränkung ihres steuerpolitischen Handlungsspielraums für heutige Niedrigsteuerländer hätte, würden heutige Hochsteuerländer wie Deutschland durch einen Mindeststeuersatz von 10-15 % nicht spürbar entlastet. Denn zwischen Staaten mit einem höheren Steuerniveau bliebe der Wettbewerbsdruck bestehen.⁷¹ Dies lässt sich besonders gut anhand des Vereinigte Königreich mit seinem Körperschaftsteuersatz von 17 % verdeutlichen. Der Umstand, dass Deutschland bei einer erfolgreichen Implementierung des GloBE-Vorschlags nicht mehr befürchten muss, dass der britische Steuersatz unter 10 % absinkt, ändert nichts daran, dass das Vereinigte Königreich mit einem um mehr als 13 Prozentpunkte niedrigeren Unternehmenssteuerniveau einen deutlichen steuerlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber Deutschland hat.

Falls es tatsächlich ein *race to the bottom* bei der Unternehmensbesteuerung gibt, das erst durch die GloBE-Mindestbesteuerung gestoppt wird, müssten sich alle Staaten theoretisch früher oder später bei dem einheitlichen Mindeststeuersatz von 10-15 % wiederfinden. Bei einem so niedrigen Wert geriete das deutsche Besteuerungssystem aus den Fugen und müsste tiefgreifend umgestaltet werden. Dies liegt u.a. an einer Besonderheit der deutschen Unternehmenslandschaft: In Deutschland spielen neben Kapitalgesellschaften auch Personengesellschaften eine wichtige Rolle als Unternehmensträger.⁷² Daher ist es unter Neutralitätsgesichtspunkten wichtig, dass die Steuerbelastung vergleichbar ist. Die Gewinne von Personengesellschaften unterliegen bei ihren Gesellchaftern der Einkommensteuer mit einem Spitzensteuersatz von 45 %. Für Kapitalgesellschaften ergibt sich ein vergleichbarer Wert, wenn man die Steuerbelastung der Gewinnausschüttung beim Anteilseigner einbezieht.⁷³ Um diesen Gleichlauf aufrechtzuerhalten, müsste eine Reduktion der Steuerbelastung von Kapitalgesellschaften auf Unternehmensebene durch eine massive Erhöhung der Ausschüttungsbelastung kompensiert werden. Die Folge wäre ein volkswirtschaftlich schädlicher *Lock-in*-Effekt.⁷⁴ Es bestünde ein starker steuerlicher Anreiz, Gewinne nicht auszuschütten, sondern auf Unternehmensebene zu reinvestieren. Das Steuerrecht würde so den Fluss des Kapitals zu seiner volkswirtschaftlich sinnvollsten Verwendung behindern. Hinzu kommen noch die allgemeinen Probleme und Verwerfungen, die eine massive Steuersatzspreizung zwischen Körperschaftsteuer⁷⁵ und Einkommensteuer mit sich bringt. Bei einer Steuerbelastung von Kapitalgesellschaften auf Unternehmensebene von nur 10 % betrüge der Abstand zum gegenwärtigen Spitzensteuersatz der Einkommensteuer 35 Prozentpunkte. Dadurch würde ein massiver Anreiz gesetzt, Einkommen, das nicht zum sofortigen Konsum benötigt wird, zunächst in zwischengeschalteten Kapitalgesellschaften zu sammeln.

Sollte der internationale Steuerwettbewerb tatsächlich eine Steuerbelastung von Kapitalgesellschaften im Bereich von 10-15 % erzwingen, wäre es steuerpolitisch konsequent, hierauf mit einem umfassenden Umbau des Steuersystems hin zu einer konsumorientierten Einkommensbesteuerung zu reagieren.⁷⁶

2. Unilateral höherer Mindeststeuersatz unter Wettbewerbsgesichtspunkten kontraproduktiv

Der einheitliche Mindeststeuersatz wird zwar mit 10-15 % absehbar zu niedrig sein, um das gegenwärtige deutsche Besteuerungsniveau abzusichern. Zumindest theoretisch könnte Deutschland jedoch unilateral einen höheren Mindeststeuersatz festlegen. In Betracht käme beispielsweise die gegenwärtige Niedrigbesteuerungsschwelle von 25 % im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung.⁷⁷ Eine solche Politik wäre jedoch unter Wettbewerbsgesichtspunkten nicht zu empfehlen.

Das Recht zur Besteuerung unternehmerischer Gewinne ist primär dem Staat zugewiesen, in dem ein Unternehmen investiert – entweder mittelbar über eine Tochtergesellschaft oder unmittelbar in Gestalt einer Betriebsstätte.⁷⁸ Der Ort, an dem Investitionen realisiert werden, ist in hohem Maße mobil. Unternehmen können grundsätzlich frei entscheiden, in welchem Staat sie beispielsweise eine Fabrik oder eine Forschungseinrichtung errichten wollen. Dies wiederum ermöglicht es Staaten, über die Wahl ihrer Unternehmenssteuersätze um Investitionen zu konkurrieren. Der einzige Weg, um den internationalen Steuerwettbewerb zu stoppen, bestünde darin, die Zuweisung von Besteuerungsrechten an eine immobile Bezugsgröße zu knüpfen. Dazu werden international verschiedene Modelle diskutiert, deren verbindendes Element darin besteht, das Recht zur Besteuerung unternehmerischer Gewinne stärker als bisher den Marktstaaten zuzuweisen.⁷⁹ Die dahinter stehende Grundüberlegung lautet, dass die Ansässigkeit der Endverbraucher vergleichsweise immobil ist.

Die Mindestbesteuerung des GloBE-Vorschlags versucht stattdessen, die internationale Mobilität der ertragssteuerlichen Bemessungsgrundlage auszuhebeln, indem sie ein zusätzliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates der Muttergesellschaft bzw. des Stammhauses begründet. Dadurch könnte Deutschland in der Tat zunächst den steuerlichen Anreiz senken, beispielsweise Produktionsstätten in Länder mit einem niedrige-

70 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 90. Insofern skeptisch bspw. *Arnold*, Bulletin for International Taxation 73 (2019), 631 (646 ff.); *Zinowsky*, IStR 2019, 811 (819); *De Lima Carvalho*, Tax Notes International 2019, 421 (424).

71 Der Steuerwettbewerb könnte sich sogar verschärfen, da Hochsteuerländer nicht mehr befürchten müssten, dass Niedrigsteuerländer den Effekt einer Steuersatzsenkung konterkarieren, indem sie ihrerseits die Steuern senken. Siehe dazu Wissenschaftlicher Beirat Steuern EY (*Fuest/Hey/Köhler/Spengel*), DB 2019, Beilage zu Heft 50, 12.

72 Siehe bspw. *Henrichs* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 10 Rz. 3 sowie vertiefend *Röder*, Florida Tax Review 21 (2018), 762 (779 ff.).

73 Siehe bspw. *Montag* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 13 Rz. 21.

74 Siehe dazu *Röder*, DStJG 39 (2016), S. 326 ff.

75 Bzw. einer Kombination von Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer.

76 Siehe hierzu *Schreiber/von Hagen/Pönnighaus*, StuW 2018, 239 (249 f.). Allgemein zur konsumorientierten Einkommensbesteuerung s. bspw. *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 3 Rz. 75 ff.; *Joachim Lang*, DStJG 24 (2001), S. 49 ff.

77 § 8 Abs. 3 S. 1 AStG.

78 Art. 7, 9 OECD-MA. Siehe dazu schon oben unter II.3.

79 Für zwei aktuelle Vorschläge s. bspw. *Schreiber*, Bulletin for International Taxation 72 (2018), 259 ff.; *Devereux/Auerbach/Keen/Oosterhuis/Schön/Vella*, „Residual Profit Allocation by Income“, Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2019-04 (abrufbar auf SSRN).

ren Steuersatz zu verlagern. Das Problem dabei ist jedoch, dass die steuerliche Ansässigkeit einer Kapitalgesellschaft als Unternehmensträgerin wesentlich mobiler ist als die eines Verbrauchers. Wenn daher Deutschland unilateral eine Mindeststeuersatz von 25 % festlegen würde, hätten deutsche multinationale Unternehmen einen starken Anreiz, ihre Konzernzentrale ins Ausland zu verlagern.⁸⁰ Auch mittels der *undertaxed payments rule* könnte sich Deutschland hiervon unilateral nicht wirksam schützen. Konzernstrukturen würden dann vielmehr schlicht um Deutschland herum errichtet. Im schlimmsten Fall würden durch eine restriktive Handhabung der *undertaxed payments rule* in Kombination mit einem zu hohen Mindeststeuersatz auch noch reale Investitionen aus Deutschland abwandern. Denn wenn die Unternehmenssteuersätze eines Staates nicht wettbewerbsfähig sind, kann sich die Möglichkeit, Gewinne in Steueroasen zu verlagern, positiv auf das Investitionsniveau auswirken.⁸¹ Gewinnverlagerungen führen dann zu einem wettbewerbsfähigen Steuerebene für mobile Investitionen durch die Hintertür. Wird dieser Weg versperrt, gehen Investitionen verloren.

Als Zwischenfazit lässt sich somit festhalten, dass die unilaterale Festlegung eines Mindeststeuersatzes in der Nähe des derzeitigen deutschen Besteuerungsniveaus unter Wettbewerbsgesichtspunkten keine Option ist. Dies unterstreicht auch die Ausgestaltung des US-Vorbilds für die GloBE-Mindestbesteuerung. Obwohl die USA aufgrund ihres riesigen Binnenmarktes international über den größten Spielraum für eine unilaterale Steuerpolitik verfügen,⁸² belasten sie die Gewinne ausländischer Tochtergesellschaften im Rahmen der 2018 unilateral eingeführten Besteuerung von *Global Intangible Low-Taxed Income* effektiv nur mit 10,5 % bis 13,125 %.⁸³

3. International konsensfähiger Mindeststeuersatz nicht wettbewerbsfest

Schließlich spricht auch noch eine grundsätzliche Erwägung dagegen, dass die Mindestbesteuerung des GloBE-Vorschlags den internationalen Steuerwettbewerb ausbremsen kann: Auch ein international konsensfähiger Mindeststeuersatz von 10-15 % würde einem fortbestehenden Abwärtsdruck im internationalen Steuerwettbewerb aller Voraussicht nach nicht standhalten können. Dies gilt selbst dann, wenn sich zunächst alle maßgeblichen Staaten auf ein einheitliches Mindeststeuerebene verständigen könnten. Denn auch ein so gebildetes Steuerkartell bliebe nur solange stabil, wie alle Teilnehmer davon profitieren. Aufgrund der Anreizstruktur im internationalen Steuerwettbewerb ist dies jedoch nicht zu erwarten. Hierzu wurden in der *Public Finance* Literatur bereits ausgefeilte modelltheoretische Untersuchungen angestellt.⁸⁴ Die zugrundeliegende Intuition ist jedoch ganz einfach: Je mehr Staaten die Mindestbesteuerung einführen und sich so in ihrer Wettbewerbsfähigkeit beschränken, umso höher ist der Wettbewerbsvorteil für einen einzelnen Staat, der aus der Vereinbarung ausbricht.⁸⁵

Dieses Problem ließe sich nur lösen, wenn sich die beteiligten Staaten einer wirksamen Selbstbindung unterwerfen könnten. In der EU wäre es beispielsweise möglich, zu diesem Zweck eine Richtlinie i.S.v. Art. 288 Abs. 3 AEUV zu verabschieden. Auf internationaler Ebene fehlt es jedoch an einem vergleichbaren Instrument. Selbst ein bindender völkerrechtlicher Ver-

trag könnte von einzelnen Staaten aufgekündigt oder schlicht ignoriert werden. In Deutschland etwa ist es – wie das BVerfG 2014 ausdrücklich festgestellt hat – verfassungsrechtlich zulässig, Doppelbesteuerungsabkommen unilateral durch nationales Recht zu überschreiben.⁸⁶ Im Falle des GloBE-Vorschlags wäre ein solcher *treaty override* allerdings noch nicht einmal erforderlich, da es sich aller Voraussicht nach zumindest im Kern um *soft law* handeln wird.⁸⁷

Die Prognose, dass ein international konsensfähiger Mindeststeuersatz von 10-15 % nicht wettbewerbsfest wäre, bedeutet nicht, dass das internationale Unternehmensbesteuerungsniveau zwangsläufig so tief sinken muss. Es ist gut möglich, dass sich der internationale Steuersatzwettbewerb aufgrund anderer Faktoren abschwächt. Falls es aber tatsächlich zu einem *race to the bottom* in Richtung von 0 % kommen sollte, so wäre es durch die GloBE-Mindestbesteuerung nicht zu stoppen. Im Ergebnis ist somit von der angedachten Mindestbesteuerung keine spürbare Entlastung Deutschlands im internationalen Steuerwettbewerb zu erwarten. Deutschland wird auch in Zukunft nur die Wahl haben, entweder dem zumindest derzeit fortbestehenden Abwärtsdruck bei den Unternehmenssteuersätzen weiter nachzugeben oder an Wettbewerbsfähigkeit einzubüßen.

IV. Impuls für eine umfassende Reform der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung

Deutschland hat zwar von einer Umsetzung des GloBE-Vorschlags keine spürbare Entlastung im internationalen Steuersatzwettbewerb zu erwarten. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Projekt aus der Perspektive des deutschen Unternehmenssteuerrechts irrelevant wäre. Auch ohne den Steuerwettbewerb zu bändigen, kann die angedachte weltweite Mindestbesteuerung einen Beitrag dazu leisten, Gewinnverlagerungen durch multinationale Unternehmen weniger attraktiv zu machen. Denn hierbei handelt es sich um zwei unterschiedliche Phäno-

80 In diesem Sinne auch Wissenschaftlicher Beirat Steuern EY (*Fuest/Hey/Köhler/Spengel*), DB 2019, Beilage zu Heft 50, 11.

81 *Hong/Smart*, *European Economic Review* 54 (2000), 82 ff. Siehe dazu auch *Keen/Konrad* in *Handbook of Public Economics*, Bd. 5, 2013, S. 257 (312 f.).

82 Siehe dazu speziell im Hinblick auf GILTI *Beller*, *Virginia Tax Review* 38 (2019), 271 (306 ff.).

83 *Beller*, *Virginia Tax Review* 38 (2019), 271 (282); *Herzfeld*, *Intertax* 47 (2019), 504 (506 f.); *Hey/Härtwig*, FS *Lehner*, 2017, S. 75 (86 ff.); *Schildgen*, *ISR* 2019, 400 (402).

84 Siehe insbesondere *Elsayyad/Konrad*, *Journal of International Economics* 86 (2012), 295 ff.

85 Der GloBE-Vorschlag zielt zwar darauf ab, durch die Beteiligung einer kritischen Masse an Staaten die Wahrung des Mindestbesteuerungsniveaus auch in solchen Staaten sicherzustellen, deren nationales Besteuerungsniveau den Mindeststeuersatz unterschreitet (siehe oben unter II.1.). Diese Strategie gerät jedoch jedenfalls dann an ihre Grenzen, wenn der Mindeststeuersatz von einem Staat unterboten wird, der sowohl für die Ansiedlung von Konzernzentralen als auch als Standort für reale Investitionen, insbesondere in Produktionsstätten und Forschungseinrichtungen, attraktiv ist.

86 BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 ff. Speziell zur Möglichkeit, die Mindestbesteuerung des GloBE-Vorschlags per *treaty override* zu implementieren *Becker/van der Harm*, DB 2019, 502 (508).

87 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 93. Siehe auch *Boehle/Scholtholt*, *ISr* 2019, 919 (924); *Kraft*, *ISr* 2019, 631 (632).

mene. Der internationale Steuersatzwettbewerb wird um reale Investitionen ausgetragen, also etwa um die Ansiedlung von Fabriken, Forschungseinrichtungen, Konzernzentralen. Das Charakteristikum von Gewinnverlagerungen besteht hingegen gerade darin, den Ort, an dem Gewinne für steuerliche Zwecke verbucht werden, von dem Ort bzw. den Orten zu entkoppeln, an denen die zugrunde liegenden ökonomischen Aktivitäten stattfinden.⁸⁸ Als Instrument gegen internationale Gewinnverlagerungen steht die Mindestbesteuerung des GloBE-Vorschlags über ihr Herzstück, die *income inclusion rule*, in funktionaler Konkurrenz zur Hinzurechnungsbesteuerung.⁸⁹ Die bestehenden inhaltlichen Überschneidungen sollten zum Anlass genommen werden, beide Rechtsinstitute bei einer Umsetzung des GloBE-Vorschlags in das deutsche Recht zu konsolidieren (1.). Dies empfiehlt sich umso mehr, als die §§ 7 ff. AStG bereits seit langem reformbedürftig sind.⁹⁰ Auch die aktuell geplanten Änderungen anlässlich der Umsetzung der ATAD⁹¹ schaffen nur punktuell Abhilfe.⁹² Substantiell verbessert wird lediglich die Tatbestandsvoraussetzung der „Deutsch-Beherrschung“.⁹³ Durch eine Integration der *income inclusion rule* könnten darüber hinaus zwei zentrale Schwächen der Hinzurechnungsbesteuerung auf Tatbestandsebene beseitigt werden: Die schwierige Abgrenzung zwischen aktiven und passiven Einkünften (2.) sowie die zu hohe Niedrigbesteuerschwelle (3.). Die Rechtsfolgen des konsolidierten Rechtsinstituts müssten eigenständig neu geregelt werden (4.).

1. Konsolidierung von *income inclusion rule* und Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7 ff. AStG zu einem einheitlichen Rechtsinstitut

Sowohl die *income inclusion rule* des GloBE-Vorschlag als auch die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung zielen im Kern darauf ab, die Gewinne niedrig besteuert ausländischer Tochtergesellschaften⁹⁴ im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft bzw. des beherrschenden Gesellschafters einer ergänzenden Besteuerung zu unterwerfen. Jenseits dieses gemeinsamen konzeptionellen Ausgangspunktes weisen beide Rechtsinstitute jedoch auch bedeutende Unterschiede auf: Die Hinzurechnungsbesteuerung nimmt grundsätzlich nur niedrig besteuerte *passive* Einkünfte wie beispielsweise Zinsen und Lizenzgebühren in den Blick.⁹⁵ Bei aktiven Einkünften – beispielsweise aus der Produktion von Waren – ist eine Niedrigbesteuerung hingegen grundsätzlich unschädlich.⁹⁶ Eine solche Unterscheidung nach der Art der Einkünfte ist der *income inclusion rule* fremd. Sie greift immer dann ein, wenn das Besteuerungsniveau einer ausländischen Tochtergesellschaft den Mindeststeuersatz unterschreitet – selbst wenn es sich ausschließlich um aktive Einkünfte handelt.⁹⁷ Im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung werden die hinzugerechneten Einkünfte in Höhe des nationalen deutschen Besteuerungsniveaus belastet.⁹⁸ Demgegenüber wird der GloBE-Vorschlag nach derzeitigem Stand eine Nachversteuerung lediglich in Höhe des einheitlichen Mindeststeuersatzes von voraussichtlich 10-15 % empfehlen.⁹⁹ Die *income inclusion rule* ist somit auf der Tatbestandsseite weiter und auf der Rechtsfolgenseite enger als die §§ 7 ff. AStG.

Die OECD bezieht nicht eindeutig Stellung dazu, in welchem Verhältnis die *income inclusion rule* zu einer bestehenden nationalen Hinzurechnungsbesteuerung bzw. CFC-legislation stehen soll.¹⁰⁰ Eine Möglichkeit wäre, die Mindestbesteuerung ak-

tiver und passiver Einkünfte nach dem GloBE-Vorschlag zu einer bereits bestehenden Hinzurechnungsbesteuerung hinzutreten zu lassen. Diesen Weg haben die USA gewählt, die mit der Besteuerung des sog. *Global intangible low-taxed income* (GILTI)¹⁰¹ ausländischer Tochtergesellschaften ab 2018 das konzeptionelle Vorbild für die *income inclusion rule* des GloBE-Vorschlags geschaffen haben. Die gesetzliche Grundlage des neuen Besteuerungsregimes – *Internal Revenue Code* (I.R.C.) § 951a – ist zwar formal in die bestehende CFC-Regelung in Subpart F¹⁰² des I.R.C. eingebettet. Die GILTI-Besteuerung weicht jedoch teils deutlich von den übrigen Bestimmungen des Subpart F ab und wird dementsprechend als eigenständiges Rechtsinstitut wahrgenommen.¹⁰³

Aus deutscher Perspektive ist ein Nebeneinander von Hinzurechnungsbesteuerung und *income inclusion rule* nicht zu empfehlen. Denn es hätte zur Folge, dass deutsche Unternehmen zwei komplexe Regelwerke parallel befolgen müssten. Die daraus resultierende Belastung sowohl für die Steuerpflichtigen als auch für die Finanzverwaltung wäre nur gerechtfertigt, wenn sich hierfür ein sachlicher Grund ausmachen ließe. Im Fall der GILTI-Besteuerung ergibt sich die Notwendigkeit zu einer gewissen Eigenständigkeit gegenüber der traditionellen

88 OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, S. 10; OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, S. 39 ff.

89 Siehe bspw. Referententwurf des BMF eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) vom 10.12.2019 (im Folgenden: RefE ATADUmsG), S. 36: „[Die Hinzurechnungsbesteuerung] stellt eine robuste Regelungseinheit zur Verhinderung steuerlich indizierter, nicht notwendigerweise missbräuchlicher, Verlagerung von passiven Einkünften ins niedrig besteuerte Ausland dar.“

90 Siehe statt vieler nur Haase, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, ifst-Schrift Nr. 521, 2017, passim; Rödder in Schön/Schindler (Hrsg.), Reformfragen des deutschen Steuerrechts, 2020, S. 95 ff.

91 Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12.7.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. Nr. L 193 v. 19.7.2016, S. 1 ff., geändert durch Art. 1 der Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29.5.2017 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Dritt-Ländern, ABl. Nr. L 144 v. 7.6.2017, S. 1 ff. (im Folgenden: ATAD).

92 Siehe dazu die Stellungnahme der acht Spitzenorganisationen der deutschen Wirtschaft zu §§ 1, 6 und 7 ff. AStG im Referententwurf ATADUmsG, IStR 2020, Heft 1, III (VI ff.).

93 Gemäß § 7 Abs. 1, 2 AStG genügt *de lege lata* eine mehrheitliche Beteiligung durch nicht miteinander verbundene inländische Steuerpflichtige. Anlässlich der Umsetzung der ATAD soll in § 7 AStG zukünftig ein echtes Beherrschungskonzept verankert werden, s. RefE ATADUmsG, S. 80 ff.

94 Freistellungsbetriebsstätten sind ebenfalls betroffen und zur sprachlichen Vereinfachung im Folgenden von einer Bezugnahme auf Tochtergesellschaften grundsätzlich mit umfasst.

95 § 8 Abs. 1 AStG.

96 § 8 Abs. 1 Nr. 2 AStG.

97 Siehe oben unter II.3.

98 §§ 10, 12 AStG.

99 OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, Rz. 61 ff.

100 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 96 („This rule would supplement rather than replace a jurisdiction’s CFC rules.“).

101 Siehe dazu bspw. Hey/Härtwig, FS Lehmer, 2017, S. 75 (86 ff.); Schildgen, ISR 2019, 400 ff.

102 I.R.C. §§ 951 ff.

103 Siehe bspw. Fleming/Peroni/Shay, Tax Notes 2018, 1173 (1181 ff.); Elliot, Tax Notes International 2019, 203 ff.

CFC-legislation in Subpart F aus dem Ziel, in typisierender Weise nur Einkünfte zu erfassen, die mittels immaterieller Wirtschaftsgüter erzielt werden. Zu diesem Zweck wird eine Routinerendite i.H.v. 10 % des Werts bestimmter qualifizierter materieller Wirtschaftsgüter der Auslandsgesellschaften („*qualified business assets investment*“) freigestellt.¹⁰⁴ Auch die OECD wird sich mit dieser Regelungsoption befassen.¹⁰⁵ Sie sollte allerdings nicht aufgegriffen werden.¹⁰⁶ Abgesehen von dem damit notwendig einhergehenden Komplexitätszuwachs werden hierdurch problematische Gestaltungsanreize gesetzt. So haben etwa multinationale Unternehmen, die der GILTI-Steuerung unterliegen, nunmehr einen Anreiz, materielle Vermögenswerte ins Ausland zu verlagern, um auf diese Weise die unschädliche Routinerendite zu erhöhen.¹⁰⁷

Wird der Anwendungsbereich der *income inclusion rule* nicht auf die wie auch immer typisierte Rendite immaterieller Wirtschaftsgüter beschränkt, so dient sie wie die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung dem Zweck, Gewinnverlagerungen allgemein weniger attraktiv zu machen. Ein unverbundenes Nebeneinander beider Rechtsinstitute bietet insofern keinen Mehrwert. Es empfiehlt sich daher, die *income inclusion rule* bei einer Umsetzung in das deutsche Recht mit der Hinzurechnungsbesteuerung gemäß den §§ 7 ff. AStG zu einem neuen einheitlichen Rechtsinstitut zu konsolidieren.

2. Verzicht auf Differenzierung zwischen aktiven und passiven Einkünften

Eine zentrale Schwäche der bestehenden Hinzurechnungsbesteuerung besteht darin, dass das System zur Abgrenzung aktiver und passiver Einkünfte hochkomplex und gestaltungsanfällig ist.¹⁰⁸ § 8 AStG enthält einen fein ziselierten Katalog aktiver Einkünfte. Alles was sich nicht unter einen der dort aufgeführten Tatbestände subsumieren lässt, gilt als passiv und unterliegt daher potentiell der Hinzurechnungsbesteuerung. An dieser Regelungstechnik soll auch bei der Reform der Hinzurechnungsbesteuerung anlässlich der Umsetzung der ATAD festgehalten werden. Änderungen sind lediglich im Detail vorgesehen.¹⁰⁹

Bei einer Integration der *income inclusion rule* in die §§ 7 ff. AStG würde die Abgrenzungsproblematik auf der Tatbestandsseite hingegen vollständig entfallen. Stattdessen würden sämtliche Einkünfte sämtlicher ausländischer Tochtergesellschaften eines multinationalen Unternehmens für eine Hinzurechnung in Frage kommen. Eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs der Hinzurechnungsbesteuerung war bereits 1998 vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen angeregt worden.¹¹⁰ Auf den ersten Blick mag dies als ein drastischer Schritt erscheinen. Allerdings führt daran bei einer Umsetzung des GloBE-Vorschlags im Ergebnis ohnehin kein Weg vorbei. Neben der *income inclusion rule* im Rahmen einer traditionellen Hinzurechnungsbesteuerung an der Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Einkünften festzuhalten, würde nur zu mehr, nicht zu weniger Aufwand für Unternehmen und Finanzverwaltung führen. Hinzu kommt, dass bereits die bestehende Hinzurechnungsbesteuerung für viele Konzerngesellschaften eines multinationalen Unternehmens relevant ist, sofern sie *auch* passive Einkünfte erzielen. Die Freigrenze für gemischte Einkünfte gem. § 9 AStG schafft insofern nur bedingt Erleichterung, da der niedrige Betrag von 80.000 €

dazu führt, dass die Vorschrift in der Praxis nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung hat.¹¹¹

Einer Ausweitung der Hinzurechnungsbesteuerung auf sämtliche Einkünfte einer ausländischen Tochtergesellschaft steht auch nicht Art. 7 Abs. 2 lit. a der ATAD entgegen, der in einem Katalog die verschiedenen Kategorien passiver Einkünfte auflistet, die in die Besteuerung der inländischen Muttergesellschaft einzubeziehen sind. Denn die ATAD etabliert gem. Art. 3 nur ein Mindestschutzniveau. Die Mitgliedstaaten dürfen daher bei der Hinzurechnung nicht hinter dem Katalog des Art. 7 Abs. 2 lit. a zurückbleiben. Es steht Ihnen aber frei, darüber hinauszugehen.¹¹²

Natürlich muss gewährleistet werden, dass das neue konsolidierte Rechtsinstitut trotz der Einbeziehung aktiver Einkünfte administrierbar bleibt. Hierfür kommt es entscheidend darauf an, wie die Prüfung der Niedrigbesteuerung ausgestaltet ist.

3. Reform der Niedrigbesteuerung

Um zu ermitteln, ob eine relevante Niedrigbesteuerung vorliegt, muss das ausländische Besteuerungsniveau bestimmt (a) und mit einem Referenzsteuersatz verglichen werden, bei dessen Unterschreitung von einer Niedrigbesteuerung auszugehen ist (b).

a) Bestimmung des ausländischen Besteuerungsniveaus

Um das ausländische Besteuerungsniveau eines multinationalen Unternehmens bestimmen zu können, muss zunächst festgelegt werden, auf welche Einkünfte sich die Prüfung bezieht. Die von der OECD insofern in Betracht gezogenen Regelungsoptionen reichen von einer Zusammenrechnung sämtlicher Auslandseinkünfte über eine länderspezifische Konsolidierung bis hin zu einer auf die einzelnen Auslandstöchter abstellenden Betrachtung.¹¹³ Theoretisch wäre es auch denkbar, noch feiner zwischen einzelnen Einkunftsarten oder sogar Einkunftsquellen zu differenzieren. Die Entscheidung für eine der in Betracht kommenden Lösung erfordert eine Abwägung zwischen Ziel-

104 I.R.C. § 951A(b)(2)(A). Siehe dazu bspw. *Schildgen*, ISR 2019, 400 (405 ff.).

105 OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, S. 29.

106 So im Ergebnis auch *Schildgen*, ISR 2019, 400 (407).

107 *Fleming/Peroni/Shay*, Tax Notes 2018, 1173 (1187 f.); *Kamin et al.*, Minnesota Law Review 103 (2019), 1439 (1493 f.); *Junge/Russo/Merrill*, Tax Notes Federal 2019, 1525 (1563 f.); *Herzfeld*, Intertax 47 (2019), 504 (509); *Hey/Härtwig*, FS *Lehner*, 2017, S. 75 (89). Siehe auch *Sullivan*, Tax Notes International 2019, 502 ff.

108 Siehe statt vieler *Haase*, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, ifSt-Schrift Nr. 521, 2017, S. 119 ff.; *Röder* in Schön/*Schindler* (Hrsg.), Reformfragen des deutschen Steuerrechts, 2020, S. 95 (103 ff.).

109 RefE ATADUMsG, S. 19 ff. und S. 82 ff.

110 Reform der internationalen Kapitaleinkommenbesteuerung, Gutachten erstattet vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, 1998, S. 46.

111 *Kraft* in Kraft, AStG, 2. Aufl. 2019, § 9 Anm. 6; Stellungnahme der acht Spitzenorganisationen der deutschen Wirtschaft zu §§ 1, 6 und 7 ff. AStG im Referententwurf ATADUMsG, IStR 2020, Heft 1, III (X).

112 *Haase*, DStR 2019, 827 (833 f.).

113 OECD, Consultation Document GloBE, November 2019, Rz. 54 ff.

genauigkeit und Befolgungsaufwand.¹¹⁴ Die USA sind vergleichsweise großzügig und fassen im Rahmen der GILTI-Steuerung die Einkünfte ausländischer Tochtergesellschaften eines multinationalen Unternehmens länderübergreifend zusammen.¹¹⁵ In Deutschland stellt die Finanzverwaltung demgegenüber auf die einzelne Zwischengesellschaft ab und rechnet unterschiedliche Kategorien passiver Einkünfte zusammen.¹¹⁶ Eine solche auf die einzelne ausländische Tochtergesellschaft bezogene Betrachtung sollte auch im Rahmen des hier vorgeschlagenen konsolidierten Rechtsinstituts vorgesehen werden. Eine Differenzierung zwischen Einkunftsarten oder Einkunftsquellen wäre mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden. Ein *Blending* der Einkünfte über Ländergrenzen hinweg würde hingegen weiterhin Gewinnverlagerungen im großen Stil ermöglichen – und zwar sowohl zwischen Auslandstöchtern in unterschiedlichen Staaten als auch vom Inland ins Ausland.¹¹⁷ Eine Durchbrechung des Trennungsprinzips ist zu Vereinfachungszwecken nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn die Ergebnisse mehrere Auslandstöchter tatsächlich im Rahmen eines ausländischen Gruppenbesteuerungssystems zusammengefasst werden.¹¹⁸

Was die Bemessungsgrundlage für die Belastungsprüfung anbelangt, so ist es international Standard, die für eine Hinzurechnung potentiell relevanten Einkünfte nach den Grundsätzen des jeweiligen nationalen Rechts zu ermitteln.¹¹⁹ Anderenfalls könnten Staaten trotz effektiv niedriger Steuerbelastung über eine Schmalführung der Bemessungsgrundlage in Kombination mit einem hohen nominalen Steuersatz die Anwendbarkeit ausländischer Hinzurechnungsbesteuerungsregime unterlaufen. Auch in Deutschland müssen die potentiell für eine Hinzurechnung relevanten passiven¹²⁰ Einkünfte einer ausländischen Tochtergesellschaft nach den Grundsätzen des deutschen Steuerrechts ermittelt werden.¹²¹ Dem sich dabei ergebenden Wert werden die von der Auslandsgesellschaft auf diese Einkünfte entrichteten ausländischen Steuern gegenübergestellt.¹²²

Im Ergebnis muss daher für die betroffenen passiven Einkünfte eine doppelte Gewinnermittlung vorgenommen werden, einmal nach den einschlägigen Vorschriften im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft und einmal nach deutschem Recht. Der damit verbundene Aufwand für die Steuerpflichtigen und die Finanzverwaltung ist beträchtlich.¹²³ Durch eine Einbeziehung auch aktiver Einkünfte würde dieses Problem eskalieren. Die Einkünfteermittlung für sämtliche Einkünfte sämtlicher Auslandstöchter nach den Regeln des deutschen Steuerrechts zu wiederholen, wäre mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden.¹²⁴ Gleiches würde auch im Falle einer isolierten Einführung der *income inclusion rule* als eigenständiges Rechtsinstitut gelten. Es handelt sich daher um eine Schicksalsfrage des gesamten GloBE-Projekts.¹²⁵ Dessen ist sich auch die OECD bewusst, die dieses Problem bereits in ihrem Arbeitsprogramm offensiv angesprochen und es zu einem zentralen Punkt der ersten öffentlichen Konsultation zu „Säule 2“ gemacht hat.¹²⁶

Die Überlegungen der OECD zielen derzeit darauf ab, zur Vereinfachung auf die handelsrechtliche Gewinnermittlung zurückzugreifen und diese um gewisse steuerlich relevante Faktoren zu bereinigen.¹²⁷ Es ist derzeit noch zu früh, um beurteilen zu können, ob dieser Ansatz erfolgsversprechend ist.¹²⁸ Allerdings hat allein der Umstand, dass sich die OECD damit befasst, einen positiven Effekt: Das Bewusstsein für das Problem

wird geschärft. Auch im Rahmen der bestehenden Hinzurechnungsbesteuerung wäre es sinnvoll, wenn Steuerpflichtige und Finanzverwaltung in einem vereinfachten Verfahren nach klaren Kriterien beurteilen könnten, ob im Hinblick auf eine bestimmte Auslandsgesellschaft eine Niedrigbesteuerung in Betracht kommt. Hierfür ein konkretes Modell zu entwickeln, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass es der OECD gelingt, ein vereinfachtes Verfahren zu entwickeln, das den Aufwand für die Bestimmung des Besteuerungsniveaus ausländischer Tochtergesellschaften für die Anwendung der *income inclusion rule* auf einem akzeptablen Niveau hält. Wenn sich diese Annahme bewahrheitet, sollte dieser Ansatz auch im Rahmen des hier vorgeschlagenen konsolidierten Rechtsinstituts zur Anwendung kommen. Scheitert die OECD hingegen, so scheitert das GloBE-Projekt insgesamt. Die Frage, auf welche Weise die *income inclusion rule* in das deutsche Recht integriert werden sollte, wäre dann hinfällig.

b) Referenzsteuersatz für die Bestimmung einer Niedrigbesteuerung

Der Referenzsteuersatz für eine Niedrigbesteuerung beträgt im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung seit dem Jahr 2000 unverändert 25 %. Seither hat sich das steuerliche Umfeld infolge des internationalen Steuerwettbewerbs dramatisch verändert. Das Besteuerungsniveau in Deutschland ist 2008 von ca. 38 % auf ca. 30 % zurückgegangen¹²⁹ und liegt somit nur noch wenige Prozentpunkte über dem, was aus deutscher Perspektive im Ausland eine Niedrigbesteuerung darstellt. Gleich-

114 *Englich/Becker*, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 3.2.4.1.

115 Siehe dazu *Schildgen*, ISR 2019, 400 (402 f.).

116 AEASTG Tz. 8.3.2.1; *Haun et al.* in Haun/Kahle/Goebel/Reiser, ASTG, § 8 Anm. (September 2014).

117 Siehe dazu bspw. *Kamin et al.*, Minnesota Law Review 103 (2019), 1439 (1490 ff.); *Sullivan*, Tax Notes International 2019, 1170 (1172 ff.).

118 Diese Möglichkeit wird auch von der OECD erwogen, s. Consultation Document GloBE, November 2019, Rz. 58.

119 Siehe bspw. OECD, Consultation Document GloBE, November 2019, Rz. 13; *Arnold*, Bulletin for International Taxation 73 (2019), 631 (643 f.).

120 Auch wenn eine ausländische Kapitalgesellschaft gemischte Einkünfte erzielt, ist eine Einkünfteermittlung nach deutschem Recht nur für die für eine Hinzurechnung in Betracht kommenden passiven Einkünfte vorzunehmen, *Wassermeyer/Schönfeld* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 AStG Anm. 723 und 745 (April 2017).

121 AEASTG Tz. 8.3.2.1; *Wassermeyer/Schönfeld* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 AStG Anm. 709 (April 2017).

122 AEASTG Tz. 8.3.2.1.

123 Siehe bspw. *Haase*, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, ifst-Schrift Nr. 521, 2017, S. 139 f.

124 Kritisch bezüglich des Aufwands auch *Becker/van der Harm*, DB 2019, 502 (508); Wissenschaftlicher Beirat Steuern EY (*Fuest/Hey/Köhler/Spengel*), DB 2019, Beilage zu Heft 50, 10; *Pinkernell/Ditz*, ISR 2020, 1 (5).

125 Ähnlich auch die Einschätzung von *Altenburg/Geberth/Gebhardt/Holle/Oertel*, DStR 2019, 2541 (2542) („wohl größte Herausforderung des GloBE-Vorschlags“); *Zimowsky*, IStR 2019, 811 (817).

126 OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, Rz. 68 ff.; OECD, Consultation Document GloBE, November 2019, Rz. 13 ff.

127 OECD, Consultation Document GloBE, November 2019, Rz. 15 ff.

128 Optimistisch *Pistone/Pinto Nogueira/Andrade/Turina*, Bulletin for International Taxation 74 (2020), i.E./Nr. 2, 2.2.2.

129 Siehe OECD.Stat: Tax Database, Table II.1 – Statutory corporate income tax rate (2007–2008) (<http://stats.oecd.org>, Zugriff: 5.1.2020).

zeitig ist die Liste der Industriestaaten, deren Unternehmenssteuerbelastung unter 25 % liegt, immer länger geworden. Seit die USA ihren Körperschaftsteuersatz auf Bundesebene auf 21 % gesenkt haben, ist die Hinzurechnungsbesteuerung sogar im Hinblick auf amerikanische Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen ein Thema.¹³⁰ Denn nicht überall in den USA führt die zusätzliche Steuerbelastung auf bundesstaatlicher Ebene dazu, dass in der Summe eine Steuerbelastung von 25 % erreicht wird.¹³¹ Als Ergebnis dieser Entwicklung wird die Hinzurechnungsbesteuerung immer mehr zur Regelbesteuerung für passive Einkünfte ausländischer Tochtergesellschaften.

Die Diagnose ist somit eindeutig. Der Referenzsteuersatz von 25 % ist mittlerweile deutlich zu hoch.¹³² Bislang verschließt sich die deutsche Steuerpolitik dieser Erkenntnis hartnäckig. Auch im Rahmen der Reform der Hinzurechnungsbesteuerung anlässlich der Umsetzung der ATAD soll der Referenzsteuersatz nicht angetastet werden,¹³³ obwohl die Richtlinie einen deutlich niedrigeren Steuersatz zulassen würde.¹³⁴ Der GloBE-Vorschlag bietet eine neue Gelegenheit, diese Haltung zu revidieren. Es besteht – wie bereits erläutert – allgemeine Einigkeit, dass der einheitliche Mindeststeuersatz nur in einem Bereich von 10-15 % liegen kann.¹³⁵ Der Mindeststeuersatz des GloBE-Vorschlags wird sich damit in einer Größenordnung bewegen, die auch im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung angemessen wäre. So ist etwa von Seiten der Wirtschaft und im Schrifttum bereits wiederholt eine Absenkung der Niedrigbesteuerungsschwelle in § 8 Abs. 3 AStG auf 15 % gefordert worden.¹³⁶ Dies entspricht ca. 50 % des derzeitigen Besteuerungsniveaus, was zugleich ein angemessener Richtwert für eine dynamische Ausgestaltung der Niedrigbesteuerungsschwelle ist.¹³⁷ Falls die Ertragssteuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften angesichts des fortbestehenden internationalen Wettbewerbsdrucks beispielsweise auf 25 % gesenkt wird,¹³⁸ sollte dementsprechend zugleich der Referenzsteuersatz für eine Niedrigbesteuerung auf 12,5 % herabgesetzt werden.

4. Neuregelung der Rechtsfolgen

Auf der Rechtsfolgenseite ist der Hinzurechnungsbetrag im Rahmen des hier vorgeschlagenen konsolidierten Rechtsinstituts wie bereits *de lege lata* nach den Regeln des deutschen Steuerrechts zu ermitteln. Dies ist gleichheitsrechtlich geboten. Bei einer Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags nach den Bestimmungen im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft würde in Deutschland ein einheitlicher Steuersatz auf eine Vielzahl unterschiedlicher Bemessungsgrundlagen angewendet werden, was zu entsprechend vielen unterschiedlichen effektiven Steuerbelastungen führen würde. Auch eine eventuell auf der Tatbestandsseite zur Identifizierung einer Niedrigbesteuerung benutzte einheitliche Bemessungsgrundlage auf der Grundlage der handelsrechtlichen Gewinnermittlung würde von der normalen ertragsteuerlichen Bemessungsgrundlage abweichen und wäre daher keine geeignete Grundlage für die Nachversteuerung auf der Rechtsfolgenseite.¹³⁹ Um den mit einer ergänzenden Gewinnermittlung nach deutschem Recht verbundenen Aufwand beherrschbar zu behalten, kommt es entscheidend darauf an, dass der Anwendungsbereich des konsolidierten Rechtsinstituts durch die Absenkung des Referenzsteuersatzes auf Fälle echter Niedrigbesteuerung beschränkt wird.

Einer besonderen Betrachtung bedarf der Umfang der Nachversteuerung im Rahmen des konsolidierten Rechtsinstituts. Der Hinzurechnungsbetrag unterliegt *de lege lata* in Deutschland sowohl der Körperschaft- als auch der Gewerbesteuer.¹⁴⁰ Die Steuerbelastung wird also auf das reguläre deutsche Steuerniveau hochgeschleust. Demgegenüber sollen die niedrig besteuerten Gewinne ausländischer Tochtergesellschaften nach dem GloBE-Vorschlag nur bis zum Erreichen des Mindeststeuersatzes nachbelastet werden. Diese Zurückhaltung ist dem Umstand geschuldet, dass die *income inclusion rule* aktive und passive Einkünfte gleichermaßen erfasst. Für aktive Einkünfte drohen bei einer Nachversteuerung in Höhe des nationalen Steuerniveaus problematische Klippeneffekte.¹⁴¹ So würde sich etwa die Steuerbelastung der Investition eines deutschen Unternehmens in Ungarn, dessen nominaler Körperschaftsteuersatz gegenwärtig 9 % beträgt, durch eine Hochschleusung auf das deutsche Niveau mehr als verdreifachen. Das wäre nicht zuletzt im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen in Ungarn problematisch. Bei eindeutig passiven Einkünften wäre eine Hochschleusung der Steuerbelastung auf das reguläre deutsche Niveau jedoch kein Problem. Hier besteht im Gegenteil die Gefahr, dass eine Nachversteuerung nur bis zur Höhe des Mindeststeuersatzes keine ausreichende abschreckende Wirkung entfaltet, um Gewinnverlagerungen entgegenzuwirken.¹⁴²

Vor diesem Hintergrund sollte zukünftig differenziert werden: Für aktive Einkünfte sollte es bei dem niedrigen Mindeststeuersatz bleiben. Passive Einkünfte sollten hingegen weiterhin in Höhe des regulären deutschen Steuerniveaus belastet werden.

130 Schönfeld, IStR 2019, 397 (401).

131 Maywald, IStR 2019, 805 (805 f.).

132 Siehe statt vieler Haun *et al.* in Haun/Kahle/Goebel/Reiser, AStG, § 8, Anm. 52 (September 2014); Haase, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, ifst-Schrift Nr. 521, 2017, S. 138 f.; Rödder in Schön/Schindler (Hrsg.), Reformfragen des deutschen Steuerrechts, 2020, S. 95 (108 ff.); Schönfeld, IStR 2019, 397 (401).

133 RefE ATADUmsG, S. 22 und S. 85 f. Siehe dazu die kritische Stellungnahme der acht Spitzenorganisationen der deutschen Wirtschaft zu §§ 1, 6 und 7 ff. AStG im Referentenentwurf ATADUmsG, IStR 2020, Heft 1, III (X).

134 ATAD, Art. 7 Abs. 1 lit. b. Siehe dazu Haase, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, ifst-Schrift Nr. 521, 2017, S. 141 f.

135 Siehe oben unter III.1.

136 Siehe bspw. BDI, Vorschläge für eine Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, 19.7.2017, S. 8 (<https://bdi.eu/artikel/news/vorschlaege-fuer-eine-reform-der-hinzurechnungsbesteuerung-1/>, Zugriff: 5.1.2020); Stellungnahme der acht Spitzenorganisationen der deutschen Wirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zu §§ 1, 6 und 7 ff. AStG im Referentenentwurf ATADUmsG, IStR 2020, Heft 1, III (X); Haase, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, ifst-Schrift Nr. 521, 2017, S. 182; Rödder in Schön/Schindler (Hrsg.), Reformfragen des deutschen Steuerrechts, 2020, S. 95 (110); Engelke/Hoffmann, BB 2019, 1564 (1567).

137 Siehe bspw. ATAD, Art. 7 Abs. 1 lit. b.

138 Schreiber/von Hagen/Pönnighaus, StuW 2018, 239 (248), halten selbst 25 % für zu hoch.

139 A.A. Pistone/Pinto Nogueira/Andrade/Turina, Bulletin for International Taxation 74 (2020), i.E./Nr. 2, 2.2.3.

140 § 10 Abs. 2 AStG.

141 OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, Rz. 63; Englisch/Becker, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 3.2.1.

142 Auch die OECD erwägt zumindest im Falle schädlicher Vorzugsregime eine Nachversteuerung mit dem jeweiligen nationalen Steuersatz, s. OECD, Programme of Work Digitalisation, Mai 2019, Rz. 61.

Dadurch wird auch keineswegs der Verzicht auf eine Differenzierung zwischen aktiven und passiven Einkünften auf der Tatbestandsseite konterkariert. Denn auf der Rechtsfolgenseite kann die Abgrenzung im Vergleich zum gegenwärtigen System des § 8 Abs. 1 AStG radikal vereinfacht werden. Auf der Tatbestandsseite geht es bei der Abgrenzung um alles oder nichts. Auf der Rechtsfolgenseite greift hingegen jedenfalls der Mindeststeuersatz. Die Relevanz der Abgrenzung beschränkt sich auf den Unterschied zwischen dem Mindeststeuersatz und dem deutschen Besteuerungsniveau. Es würde daher genügen, einen engen Positivkatalog passiver Einkünfte zu definieren, der in erster Linie Zinsen und Lizenzgebühren enthalten müsste.

Das *de lege lata* bei einer ausländischen Steuerbelastung von 15 % bis 25 % bestehende Problem von Anrechnungsüberhängen aufgrund der fehlenden Anrechenbarkeit ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer¹⁴³ würde sich *ceteris paribus* bereits durch die hier vorgeschlagene Absenkung der Niedrigsteuerschwelle auf maximal 15 % weitgehend erledigen.¹⁴⁴ Da jedoch eine weitere Absenkung des Körperschaftsteuersatzes angesichts des internationalen Steuersatzwettbewerbs wahrscheinlich ist, sollte zukünftig gesetzlich geregelt werden, dass die ausländische Steuerlast auch auf die Gewerbesteuer angerechnet werden kann.

V. Ausblick: Mindestbesteuerung im Binnenmarkt

Derzeit läuft die Hinzurechnungsbesteuerung innerhalb der EU weitgehend leer.¹⁴⁵ Denn nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Hinzurechnung nur bei rein künstlichen Gestaltungen mit den Grundfreiheiten vereinbar.¹⁴⁶ Im Rahmen der Umsetzung der ATAD soll der sog. *Cadbury-Schwepes*-Test allerdings deutlich verschärft werden.¹⁴⁷ Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung ist eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auf künstliche Gestaltungen mit der *income inclusion rule* des GloBE-Vorschlags konzeptionell unvereinbar.¹⁴⁸ Denn deren Kerngedanke ist es ja gerade, jede Differenzierung auf der Tatbestandsseite überflüssig zu machen und Einkünfte jeder Art allein deshalb einer ergänzenden Besteuerung im Ansässigkeitsstaat des beherrschenden Anteilseigners zu unterziehen, weil sie niedrig besteuert wurden.

Die OECD hat sich allerdings das ehrgeizige Ziel gesteckt, den GloBE-Vorschlag so auszugestalten, dass er mit dem Unionsrecht in Einklang steht.¹⁴⁹ Dagegen, dass dies *ex ante* rechtsicher möglich ist, spricht bereits, dass sich die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der direkten Steuern beharrlich einer gründlichen Dogmatisierung entzieht und ihr daher ein gewisses Element der Unvorhersehbarkeit zu eigen ist. Selbst bei einer Einführung per Richtlinie würden sich die Zweifel an der

Unionsrechtskonformität der *income inclusion rule* nicht erledigen. Auch Sekundärrecht muss sich grundsätzlich am Maßstab der primärrechtlichen Grundfreiheiten messen lassen. Inwieweit der EuGH hierbei einen großzügigeren Maßstab anlegt als bei nationalem Recht, ist bislang nicht abschließend geklärt.¹⁵⁰ Vor diesem Hintergrund muss die Frage, ob sich die *income inclusion rule* unionsrechtskonform ausgestalten lässt, als derzeit schlicht unklar bezeichnet werden.¹⁵¹

Selbst wenn der EuGH die angedachte Mindestbesteuerung tatsächlich nicht beanstanden sollte, obwohl sie das körperschaftsteuerliche Trennungsprinzip nur für ausländische, nicht aber für inländische Tochtergesellschaften durchbricht,¹⁵² wäre die Anwendung der *income inclusion rule* innerhalb der EU jedenfalls nicht binnenmarktfreundlich. Denn der Befolgungsaufwand für die betroffenen Unternehmen wäre beträchtlich. Die Gründung von Tochtergesellschaften in anderen EU-Staaten würde erschwert. Wenn innerhalb der EU ein Mindestbesteuerungsniveau sichergestellt werden soll, so bestünde der sachgerechte Weg darin, die körperschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage zu harmonisieren und einen einheitlichen Mindeststeuersatz festzulegen. Mit anderen Worten müsste die Körperschaftsteuer insofern dem Regelungsmodell der Mehrwertsteuer folgen. Sollten sich die Mitgliedstaaten zu einer so weitreichenden Harmonisierung der Körperschaftsteuer durchringen können, wäre das hier vorgeschlagene konsolidierte Rechtsinstitut nur noch im Verhältnis zu Drittstaaten relevant.¹⁵³

143 Siehe dazu statt vieler Haase, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, ifst-Schrift Nr. 521, 2017, S. 29 ff.

144 Rödder in Schön/Schindler (Hrsg.), Reformfragen des deutschen Steuerrechts, 2020, S. 95 (110).

145 Siehe statt vieler Rödder in Schön/Schindler (Hrsg.), Reformfragen des deutschen Steuerrechts, 2020, S. 95 (96 f.).

146 EuGH v. 12.9.2006 – C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 – *Cadbury Schwepes*.

147 RefE ATADUmsG, S. 21 und S. 85. Siehe dazu die kritische Stellungnahme der acht Spitzenorganisationen der deutschen Wirtschaft zu §§ 1, 6 und 7 ff. AStG im Referentenentwurf ATADUmsG, IStR 2020, Heft 1, III (IX).

148 So auch Englisch/Becker, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 6.2.1.

149 OECD, Consultation Document Digitalisation, Februar 2019, Rz. 98: „The rule would be designed in such a way that Member States of the European Union could apply it to both domestic and foreign subsidiaries and Member States could choose to adopt this rule through an EU directive.“

150 Hiervon offenbar ausgehend bspw. Hidien/Versin, Der Konzern 2019, 245 (249); Becker/van der Harm, IWB 2019, 225 (237). Siehe dazu auch Blum, Intertax 47 (2019), 514 (521).

151 In diesem Sinne auch Mammen, Ubg 2019, 394 (401); Becker/van der Harm, DB 2019, 502 (507 f.); Wissenschaftlicher Beirat Steuern EY (Fuest/Hey/Köhler/Spengel), DB 2019, Beilage zu Heft 50, 10.

152 Englisch/Becker, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 6.2.1, schlagen demgegenüber eine Anwendung der *income inclusion rule* auch auf Inlandssachverhalte vor, um dem Diskriminierungsvorwurf zu entgehen. So offenbar auch Pistone/Pinto Nogueira/Andrade/Turina, Bulletin for International Taxation 74 (2020), i.E./Nr. 2, 1.2 Selbst dann würden Auslandssachverhalte aufgrund des höheren Befolgungsaufwands (s. oben unter IV.3.a) schlechter gestellt. Wenn zudem eine Anwendung im Inlandsfall im Ergebnis stets leerläuft, weil das nationale Steuerniveau über dem Mindeststeuersatz liegt, so steht weiterhin der Vorwurf einer faktischen Diskriminierung im Raum.

153 Wenn der Anwendungsbereich konsequent auf ausländische Tochtergesellschaften beschränkt würde, die tatsächlich von einem Steuerinländer beherrscht werden, stünde dem auch die Kapitalverkehrsfreiheit nicht entgegen. So auch Englisch/Becker, World Tax Journal 11 (2019), i.E./Nr. 4, 6.1; Wissenschaftlicher Beirat Steuern EY (Fuest/Hey/Köhler/Spengel), DB 2019, Beilage zu Heft 50, 10.

Savvas Kostikidis, München*

Die Abgrenzung zwischen Einkünften aus unbeweglichem Vermögen und Unternehmensgewinnen im OECD-Musterabkommen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 1. Problemaufriss
 2. Gang der Untersuchung
- II. Der Überschneidungsbereich zwischen Art. 6 und 7 OECD-MA
 1. Unternehmensgewinne
 2. Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen
 3. Zwischenergebnisse
- III. Das Verhältnis zwischen Art. 6 und 7 OECD-MA
 1. Gang der Darstellung
 2. Die Bedeutung des Art. 6 Abs. 4 OECD-MA am Beispiel der sog. Rafaella-Entscheidung
 3. Historischer Hintergrund des Art. 6 Abs. 4 OECD-MA
 4. Die vertretenen Ansichten zur Natur des Verhältnisses zwischen Art. 6 und 7 OECD-MA unter Geltung des Art. 6 Abs. 4 OECD-MA
 5. Eigene Auffassung und Implikationen für die Anwendbarkeit der AOA-Grundsätze auf Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen eines Unternehmens
- IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

Fast alle Unternehmen verfügen über unbewegliches Vermögen. Ist das unbewegliche Vermögen in einem anderen Staat als ihr Ansässigkeitsstaat belegen, besteht die Gefahr der Doppelbesteuerung der daraus erzielten Einkünfte sowohl im Ansässigkeitsstaat des Unternehmens als auch in dem Staat, in dem das unbewegliche Vermögen belegen ist. Die Vermeidung der Doppelbesteuerung von Einkünften, die einen Bezug zu mehreren Staaten aufweisen, ermöglichen allgemein die DBA, die größtenteils dem OECD-MA folgen. Im Einzelnen ist bei den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen eines Unternehmens die Anwendung von zwei Normen des OECD-MA denkbar: Art. 6 OECD-MA für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen und Art. 7 OECD-MA für die Unternehmensgewinne. Vorliegender Beitrag untersucht das Verhältnis zwischen diesen Normen.

Almost all enterprises have immovable property. If the immovable property is situated in a State other than the State of residence, there is a risk of double taxation of the income derived therefrom, both in the State of residence of the enterprise and in the State in which the immovable property is situated. The avoidance of double taxation of income related to more than one country is made possible through the agreement of DTCs, most of which follow the OECD-MTC. Specifically with regards to in-

come from immovable property of an enterprise the application of two OECD-MTC provisions is conceivable: Art. 6 OECD-MTC regarding income from immovable property and Art. 7 OECD-MTC regarding business profits. This article examines the relationship between these provisions.

I. Einleitung

1. Problemaufriss

Trotz der Digitalisierung in allen Bereichen der Wirtschaft verfügen fast alle Unternehmen über unbewegliches Vermögen, das entweder ihre Tätigkeit unterstützt oder als eigenständige Einkunftsquelle dient (z.B. bei Vermietung von unbeweglichem Vermögen). Bei internationalen Sachverhalten stellt sich dabei immer die Frage nach der Zuweisung des Besteuerungsrechts hinsichtlich der aus dem unbeweglichen Vermögen eines Unternehmens erzielten Einkünfte.

Dies soll ein kurzes Beispiel verdeutlichen: Ein Unternehmen hat seinen Sitz und Ort der Geschäftsleitung in Italien. Es verfügt über ein Grundstück in Frankreich. Es vermietet dieses Grundstück oder nutzt dieses für eigenbetriebliche Zwecke (ein Beispiel wäre das Bürogebäude einer freiberuflichen Sozietät). Es ist dabei fraglich, ob Italien als Staat der Ansässigkeit des Unternehmens („Ansässigkeitsstaat“) oder Frankreich als Staat der Einkunftsquelle („Quellenstaat“) das Besteuerungsrecht zuzuweisen und wie eine eventuelle Doppelbesteuerung der aus dem unbeweglichen Vermögen erzielten Einkünfte zu vermeiden ist.

Die Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen Ansässigkeits- und Quellenstaat regeln die Staaten mittels der Vereinbarung von Doppelbesteuerungsabkommen („DBA“), die auf dem OECD-Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung i.d.F. 2017 („OECD-MA“) basieren. Das OECD-MA erreicht diese Aufteilungsfunktion über sog. *Verteilungsnormen*, die den Besteuerungstatbestand und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen enthalten¹. Diese bestehen zum einen in der Zuweisung des Besteuerungsrechts zum Ansässigkeits- oder Quellenstaat (Rechtsfolge 1) und zum anderen in der Ver-

* Savvas Kostikidis, LL.M., LL.M. (Eur.), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, München. Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön für die Unterstützung bei der Verfassung des Beitrags.

1 Lehner, in: Vogel/Lehner, Doppelbesteuerungsabkommen, 6. Aufl. 2015, Grdl. Rn. 76 ff.

meidung der Doppelbesteuerung der betroffenen Einkünfte (Rechtsfolge 2). Sieht eine Verteilungsnorm vor, dass die Einkünfte nur in einem Vertragsstaat zu besteuern sind (wie es z.B. bei Art. 8 OECD-MA² der Fall ist: Gewinne (...) können *nur* in dem Vertragsstaat besteuert werden), besagt sie auch gleichzeitig, dass der andere Staat die auf die entsprechende Verteilungsnorm entfallenden Einkünfte freistellen *muss*. Wenn die Verteilungsnorm hingegen einem Vertragsstaat das Besteuerungsrecht nicht ausschließlich gewährt, gewährt sie diesem Vertragsstaat das Besteuerungsrecht nur vorrangig, ohne die Besteuerungsbefugnis des anderen Vertragsstaates auszuschließen. Die Verteilungsnorm besagt damit nicht, wie die Doppelbesteuerung zu vermeiden ist. In diesen Fällen ist Art. 23 heranzuziehen³, der die zwei Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung enthält: Zum einen die Freistellungsmethode gemäß Art. 23A Abs. 1, nach welcher der Ansässigkeitsstaat die im Quellenstaat zu steuernden Einkünfte von der Besteuerung ausnimmt. Zum anderen die Anrechnungsmethode gemäß Art. 23B Abs. 1 Buchst. a, nach welcher der Ansässigkeitsstaat die im Quellenstaat gezahlte Steuer vom Einkommen auf die vom Einkommen dieser Person zu erhebende Steuer anrechnet.

In Bezug auf die Zuweisung des Besteuerungsrechts (Rechtsfolge 1) kommen beim oben angeführten Beispiel zwei Verteilungsnormen des OECD-MA in Frage: Art. 6 für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen und Art. 7 für die Unternehmensgewinne. Einerseits können nach Art. 6 Einkünfte, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person aus unbeweglichem Vermögen bezieht, das im anderen Vertragsstaat liegt, im anderen Staat besteuert werden („Belegenheitsstaat“). Andererseits können nach Art. 7 wiederum die Gewinne eines Unternehmens eines Vertragsstaates nur in diesem Staat besteuert werden (Ansässigkeitsstaat), es sei denn, das Unternehmen übt seine Geschäftstätigkeit im anderen Vertragsstaat durch eine dort gelegene Betriebsstätte aus. Im letzteren Fall, also beim Vorliegen einer Betriebsstätte, ist gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 2 das Besteuerungsrecht dem Staat zuzuordnen, in dem die Betriebsstätte die Geschäftstätigkeit des Unternehmens ausübt („Betriebsstättenstaat“).

Die folgenden Ausführungen werden anhand des oben angeführten Beispiels unter Beweis stellen, dass Art. 6 und 7 unterschiedlich das Besteuerungsrecht zuweisen, wenn im Belegenheitsstaat keine Betriebsstätte existiert, der die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen zuzuordnen sind („Nichtbetriebsstättenfälle“). In den Nichtbetriebsstättenfällen hat nämlich bei Anwendung des Art. 6 der Belegenheitsstaat (im angeführten Beispiel Frankreich) das Besteuerungsrecht. Bei Anwendung des Art. 7 liegt hingegen das Besteuerungsrecht mangels einer Betriebsstätte nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ausschließlich beim Ansässigkeitsstaat (im angeführten Beispiel Italien!). Die Zuweisung des Besteuerungsrechts zum einen nach Art. 6 und zum anderen nach Art. 7 kann also in den Nichtbetriebsstättenfällen abweichen.

Ferner kann sich die zur Vermeidung der Doppelbesteuerung anzuwendende Methode (Rechtsfolge 2) in den Nichtbetriebsstättenfällen je nachdem unterscheiden, ob Art. 6 oder Art. 7 angewandt wird. Nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 können die Gewinne eines Unternehmens eines Vertragsstaates im Ausgangspunkt *nur* im Ansässigkeitsstaat besteuert werden. Übt das Unternehmen hingegen seine Geschäftstätigkeit durch eine

in anderen Vertragsstaat belegene Betriebsstätte aus, so können („nur“ fehlt) die Gewinne des Unternehmens im Betriebsstättenstaat besteuert werden (Art. 7 Abs. 1 Satz 2). Gleichsinnig können nach Art. 6 („nur“ fehlt) Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen im Belegenheitsstaat besteuert werden. Für die beiden letztgenannten Fälle ist im jeweiligen DBA auf die dem Art. 23 OECD-MA entsprechende Regelung zu den Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung abzustellen, um zu ermitteln, welche von diesen Methoden (Freistellungs- oder Anrechnungsmethode) bei Art. 6 und 7 (bei Art. 7 nur für Betriebsstätteinkünfte) anwendbar ist.

Die Mehrheit der deutschen DBA sieht allgemein die Freistellungsmethode als die Regelmethode vor⁴; nur ausnahmsweise wird die Anwendung der Anrechnungsmethode angeordnet. Dies gilt sowohl für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen als auch für die über eine Betriebsstätte erzielten Unternehmensgewinne (Art. 22 Abs. 1 Nr. 1 und 3 Deutsche Verhandlungsgrundlage). Immerhin gibt es eine Reihe von DBA, in denen für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen, die nicht über eine Betriebsstätte erzielt werden (also für die Nichtbetriebsstättenfälle), die Anwendung der Anrechnungsmethode angeordnet wird. Im Gegensatz dazu findet bei den Unternehmensgewinnen und den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen, die über eine Betriebsstätte im Belegenheitsstaat erzielt werden („Betriebsstättenfälle“) die Freistellungsmethode Anwendung⁵. Diese Abweichung sieht man am deutlichsten im DBA Deutschland-Spanien (Art. 22 Abs. 2 Buchst. b vii):

„Auf die deutsche Steuer für die folgenden Einkünfte (...) wird (...) die spanische Steuer angerechnet (...) Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen (...) soweit dieses Vermögen nicht tatsächlich zu einer Betriebsstätte im Königreich Spanien gehört.“

Umgekehrt gibt es aber auch deutsche DBA, die die Anrechnungsmethode als die Regelmethode vorschreiben. Dort gibt es auch Abweichungen bei der Anwendung der Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung zwischen Art. 6 und 7. Für Unternehmensgewinne und Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen, die über eine Betriebsstätte erzielt werden, sieht z.B. das DBA Deutschland-Schweiz (Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) die Anwendung der Freistellungsmethode statt der Anwendung der Anrechnungsmethode vor, die im Übrigen anwendbar ist (also auch auf Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen, die nicht über eine Betriebsstätte erzielt werden):

„Von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer werden die folgenden aus der Schweiz stammenden Einkünfte, die nach den vorstehenden Artikeln in der Schweiz besteuert werden können, ausgenommen: a) Gewinne im Sinne des Artikels 7 (...) gleiches gilt für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen, das einer solchen Betriebsstätte dient“⁶.

2 Nachfolgend werden alle Artikel des OECD-MA im Text ohne den Zusatz des „OECD-MA“ zitiert.

3 Lehner (Fn. 1), Grdl. Rn. 82.

4 Zur zunehmenden Tendenz der deutschen DBA-Politik zugunsten der Anwendung der Anrechnungsmethode siehe kritisch Schiessl/Keller, IStR 2011, S. 285 ff.

5 Siehe die Abkommensübersicht zu Art. 23 unter der Spalte: „Unbewegliches Vermögen, falls nicht zu Betriebsstätte gehörig“ bei Ismer, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 16.

6 Siehe ebenfalls die Abkommensübersicht zu Art. 23 unter der Spalte: „Einkünfte aus unbeweglichem Betriebsvermögen“ bei Ismer (Fn. 5), Art. 23 Rn. 16.

Zusammenfassend lässt sich also in der deutschen DBA-Politik eine Tendenz zugunsten der Anrechnungsmethode für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen in den Nichtbetriebsstättenfällen feststellen, wohingegen Unternehmensgewinne und Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen in den Betriebsstättenfällen freigestellt werden. Hinzu treten weitere Differenzierungen. So gelten nach einer Auffassung die in Art. 7 Abs. 2 aufgestellten Regeln über die Gewinnzuordnung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte („AOA-Grundsätze“) für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen nicht, auch wenn diese Einkünfte über eine Betriebsstätte erzielt werden.

2. Gang der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund ist es sowohl für die Zuordnung des Besteuerungsrechts als auch für die Anwendung der richtigen Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung wichtig, zunächst festzulegen, wann Art. 6 zur Anwendung kommt und wann Art. 7. Im nachfolgenden Schritt stellt sich die Frage, ob es Fälle gibt, in denen Art. 6 und 7 tatbestandsmäßig zusammentreffen, sodass beide zur Anwendung kommen können und die Konkurrenz zwischen diesen Normen zu regeln ist.

Das Verhältnis zwischen diesen Vorschriften regelt konkret Art. 6 Abs. 4, indem er Art. 6 den Vorrang vor Art. 7 gewährt:

„Die Absätze 1 und 3 [des Art. 6] gelten auch für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen eines Unternehmens.“

Damit bewirkt Art. 6 Abs. 4 folgende Abgrenzung zwischen Art. 6 und 7: Wenn Art. 6 und 7 gleichzeitig anwendbar sind, findet Art. 6 Anwendung. Diese Vorschrift gibt also zu erkennen, dass es durchaus Fälle geben kann, die tatbestandsmäßig zunächst sowohl unter Art. 6 als auch unter Art. 7 fallen („Überschneidungsbereich“).

Wann eine solche Überschneidung besteht, sagt Art. 6 Abs. 4 indes nicht. Es bleibt namentlich offen, ob sowohl die Vermietung als auch die eigenbetriebliche Nutzung des Grundstücks (aus dem oben angeführten Beispiel) sowohl unter Art. 6 als auch unter Art. 7 fallen. Daher werden im zweiten Abschnitt dieses Beitrags die Tatbestandsmerkmale dieser Vorschriften analysiert, damit erstens ihr individueller Anwendungsbereich geklärt und zweitens der Überschneidungsbereich zwischen diesen identifiziert werden kann.

Im dritten Abschnitt wird ein historischer Überblick über das Verhältnis zwischen Art. 6 und 7 gegeben, der Tatbestand des Art. 6 Abs. 4 erforscht und seine praktische Bedeutung in Bezug auf die Zuordnung des Besteuerungsrechts anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung veranschaulicht. In demselben Abschnitt geht schließlich der Verfasser der Natur dieses Verhältnisses nach und präsentiert die vertretenen Ansichten in der Literatur dazu sowie seine eigene Auffassung.

Die Natur des Verhältnisses zwischen Art. 6 und 7 ist u.a. deshalb von Interesse, weil nach einer in der Wissenschaft weit verbreiteten Ansicht Art. 6 und 7 sich gegenseitig ausschließen (Exklusivverhältnis). Demnach kommt die Anwendung des Art. 7 für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen nie in Frage. Wir müssen also zunächst die Frage nach dem Anwendungs- und Überschneidungsbereich der Vorschriften stellen.

II. Der Überschneidungsbereich zwischen Art. 6 und 7 OECD-MA

Einer Abgrenzung zwischen zwei Rechtsnormen bedarf es nur, wenn und soweit sie für denselben Sachverhalt zusammentreffen (sog. *Normenkonflikt*)⁷. Das Vorliegen eines Normenkonflikts und somit der Bedarf nach einer Abgrenzung zwischen den kollidierenden Rechtsnormen setzt zweierlei voraus: Zum einen müssen beide Rechtsnormen tatbestandsmäßig gleichzeitig anwendbar sein. Zum anderen müssen sie unterschiedliche Rechtsfolgen festlegen⁸. Dazu wurde in den einleitenden Anmerkungen gezeigt, dass Art. 6 und 7 unterschiedliche Rechtsfolgen bzgl. der Zuweisung des Besteuerungsrechts und der Anwendung der Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in den Nichtbetriebsstättenfällen aufweisen. Damit ist die zweite Voraussetzung für das Zusammentreffen zwischen Art. 6 und 7 erfüllt. Es stellt sich also die Frage, ob und wann Art. 6 und 7 tatbestandsmäßig gleichzeitig erfüllt werden können, damit die erste Voraussetzung zum Bestehen eines abgrenzungsbedürftigen Normenkonflikts vorliegt. Die Analyse in diesem Abschnitt geht auf diese Frage ein und präsentiert notwendigerweise den Anwendungsbereich der Art. 6 und 7.

1. Unternehmensgewinne

a) Gewinne eines „Unternehmens“

Im einleitenden Beispiel wurde deutlich gemacht, dass ein Unternehmen Gewinne aus unbeweglichem Vermögen erzielen kann. Liegt aber kein Unternehmen vor, dem die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen zugeordnet werden können, ist die diesen Beitrag betreffende Problematik belanglos. Dann kommt nämlich tatbestandsmäßig nur die Anwendung des Art. 6 in Betracht. Folglich ist die Definition des Begriffs „Unternehmen“ i.S.d. Art. 7⁹ für die Zwecke dieser Untersuchung unumgänglich.

Der OECD-Musterkommentar i.d.F. 2017 („OECD-MK“) verweist bzgl. der Auslegung des Begriffs „Unternehmen“ auf das nationale Recht¹⁰. Die h.M. im Schrifttum¹¹ sowie die BFH-Rechtsprechung¹² fordern dagegen eine Auslegung nach Maßgabe des OECD-MA („abkommensautonom“). Einer abkommensautonomen Auslegung des Begriffs „Unternehmen“ leistet auch der Verfasser Folge. Zwei Argumente können dafür vorgebracht werden.

Erstens ist eine Definition des Begriffs „Unternehmen“ nach dem innerstaatlichen Recht bei Staaten des angelsächsischen Rechtskreises unmöglich, da diese den Begriff „Unternehmen“

7 Barczak, JuS 2015, S. 969 (971).

8 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 267.

9 Der Begriff „Unternehmen“ hat unterschiedliche Bedeutungen je nachdem, in welcher Konstellation er verwendet wird. Er kann sowohl auf die Person des Steuerpflichtigen als auch auf die Form der ausgeübten Tätigkeit hindeuten. Vgl. van Raad, Intertax 1994, S. 491 (492 f.).

10 Rn. 4 OECD-MK zu Art. 3.

11 Reimer, in: Reimer/Rust, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 38; Ditz, in: Schönfeld/Ditz, DBA, 2. Aufl. 2019, Art. 7 (2008) Rn. 51 f.; Lang, SWI 2011, S. 9 (13 f.). A.A. Wassermeyer, in: Wassermeyer, DBA, Art. 7 Rn. 16 (Okt. 2013).

12 BFH v. 27.10.2011 – I R 26/11, BStBl. II 2012, S. 457 Rn. 16.

in ihrer nationalen Rechtsordnung nicht verwenden¹³. Dies hat sich in der berühmten *Thiel*-Entscheidung¹⁴ des australischen Gerichtshofs bewiesen, der eine Definition des Begriffs aus dem Abkommen heraus forderte:

“An expression such as the word “enterprise” may have no exact counterpart in domestic tax laws, being part of an international tax language”.

Der Begriff „Unternehmen“ ist ebenfalls dem deutschen Ertragssteuerrecht fremd¹⁵. Infolgedessen ist der Verweis auf das nationale Recht für eine Vielzahl von Vertragsstaaten pragmatisch nicht durchführbar.

Außerdem ist ein Rückgriff auf die Auslegung eines im OECD-MA verwendeten Begriffs nur dann zulässig, wenn der Begriff im OECD-MA nicht definiert ist, wie Art. 3 Abs. 2 Satz 1 zum Ausdruck bringt: Bei der Anwendung des Abkommens durch einen Vertragsstaat hat, wenn der Zusammenhang nichts anderes erfordert, *jeder im Abkommen nicht definierte Ausdruck* jederzeit die Bedeutung, die ihm im Anwendungszeitraum nach dem Recht dieses Staates für die Steuern zukommt. Ein Blick auf Art. 3 Abs. 1 Buchst. c gibt dennoch zu erkennen, dass es eine Definition des Begriffs „Unternehmen“ im OECD-MA gibt. Der Ausdruck „*Unternehmen*“ bedeutet danach die Ausübung einer Geschäftstätigkeit¹⁶. Eines Rückgriffs auf das nationale Recht bedarf es – mindestens für DBA, die Art. 3 Abs. 1 Buchst. c enthalten – insofern nicht.

Freilich muss es aber konstatiert werden, dass die Formulierung des den Begriff „Unternehmen“ definierenden Art. 3 Abs. 1 Buchst. c eher kryptisch und selbst auslegungsbedürftig ist. Aus seinem Wortlaut ist auf den ersten Blick zu entnehmen, dass das Unternehmen als eine Tätigkeit anzusehen ist (*bedeutet (...) die Ausübung einer Geschäftstätigkeit*). Nimmt man aber Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 7 Abs. 1, wird einem klar, dass das Unternehmen im Kontext des Art. 7 eine andere Bedeutung hat und nicht als eine Art der auszuübenden Tätigkeit anzusehen ist. Art. 7 Abs. 1 setzt ja voraus, dass die Gewinne einem Unternehmen zuzurechnen sind, das eine Geschäftstätigkeit ausübt (*Gewinne eines Unternehmens (...) das Unternehmen übt seine Geschäftstätigkeit (...) aus*). M.a.W. ist das Unternehmen nicht die Geschäftstätigkeit, sondern das Unternehmen übt diese aus. Demnach könnte das Unternehmen mit der Person des Steuerpflichtigen gleichgestellt werden.

Da aber Art. 7 Abs. 1 und 2 sich auf ein „*Unternehmen eines Vertragsstaates*“ bezieht, ist auch die diesen Begriff definierende Vorschrift heranzuziehen, nämlich Art. 3 Abs. 1 Buchst. d, um den Inhalt des Begriffs „Unternehmen“ in Art. 7 weiterhin zu konkretisieren. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d definiert den Begriff „Unternehmen eines Vertragsstaates“ als ein Unternehmen, das *von einer in einem Vertragsstaat ansässigen Person* betrieben wird. Das Unternehmen kann also nach dieser Formulierung mit der Person des Steuerpflichtigen nicht gleichgestellt werden. Diese Person betreibt das Unternehmen, das wiederum eine Geschäftstätigkeit ausübt. Deswegen ist das Unternehmen als die Organisationseinheit zu verstehen, die von dieser Person geführt wird, um eine Geschäftstätigkeit auszuüben¹⁷.

Fehlt es an der erforderlichen Organisationseinheit, kann Art. 7 nicht zum Zuge kommen. Letzteres kann z.B. der Fall sein, wenn ein Grundstück privat vermietet wird. In diesem Falle ist nur die Anwendung des Art. 6 möglich; von einer Überschneidung zwischen Art. 6 und 7 kann dementsprechend in diesem Beispiel nicht die Rede sein. Als Fazit kann mithin festgehalten

werden, dass es zur Überschneidung zwischen Art. 6 und 7 in Fällen der privaten Einkunftserzielung nicht kommen kann.

b) Ausübung einer „Geschäftstätigkeit“

Nach Art. 7 muss die Organisationseinheit „Unternehmen“ eine „Geschäftstätigkeit“ ausüben, um überhaupt Unternehmensgewinne zu erzielen. Deswegen muss auf die Definition und den Inhalt dieses Begriffs eingegangen werden, um den Tatbestand und den Anwendungsbereich des Art. 7 vollständig zu umschreiben. Der OECD-MK verweist zur Definition dieses Begriffs auf das nationale Recht¹⁸. Die herausragende Bedeutung einer solchen Auslegung besteht darin, dass sie den Umfang des Anwendungsbereichs von Art. 7 von der nationalen Auslegung abhängig macht. Ist der Begriff nach dem nationalen Recht auszulegen, steht es den Staaten frei, den Begriff beliebig zu definieren. Sie könnten z.B. in ihrem nationalen Recht bestimmen, dass die passive Einkunftserzielung (z.B. durch Vermietung) nie eine Geschäftstätigkeit darstellt und damit nie zu Unternehmensgewinnen führen kann. Das nationale Recht könnte also den Anwendungsbereich des Art. 7 und damit die Überschneidungswahrscheinlichkeit mit anderen Verteilungsnormen und darunter mit Art. 6 beeinflussen.

Es soll deshalb im Folgenden zunächst analysiert werden, ob der Begriff „Geschäftstätigkeit“ nach dem nationalen Recht auszulegen ist, wie es der OECD-MK nahelegt, oder ob eine Auslegung aus Abkommen heraus vorzuziehen wäre, die für einen festen und von der nationalen Auslegung unabhängigen Anwendungsbereich des Art. 7 sorgen würde. In einem nächsten Schritt wird der Inhalt des Begriffs „Geschäftstätigkeit“ konkretisiert und seine Bedeutung für den Umfang des Anwendungsbereichs des Art. 7 und die Überschneidung dieser Vorschrift mit Art. 6 festgestellt.

aa) Abkommensautonome Auslegung des Begriffs „Geschäftstätigkeit“ in Art. 7 OECD-MA

Eine Auslegung nach dem nationalen Recht wäre nach Art. 3 Abs. 2 nicht möglich, wenn das OECD-MA selbst den Begriff definiert. Art. 3 Abs. 2 enthält aber für den Rückgriff auf nationales Recht eine zweite Voraussetzung. Abgesehen von dem Fehlen einer Definition im OECD-MA muss nämlich der *Zusammenhang des Abkommens nichts anderes erfordern*. Es stellt sich also die Frage, ob die zwei Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 vorliegen, sodass der Begriff „Geschäftstätigkeit“ nach dem nationalen Recht zu definieren ist.

Der ersten Tatbestandsvoraussetzung des Art. 3 Abs. 2 und somit dem Rückgriff auf das nationale Recht zur Definition des Begriffs „Geschäftstätigkeit“ könnte Art. 3 Abs. 1 Buchst. h ent-

13 *Avery Jones* u.a, BTR 2006, S. 695 (701).

14 High Court of Australia, 22.08.1990, *Thiel v. Federal Commissioner of Taxation*, 90 ATC (1990), S. 4717 (4722 f.).

15 *Lang*, SWI 2011, S. 9 (17 f.).

16 *Vogel*, in: FS Raupach, 2006, S. 627 (633).

17 *Reimer* (Fn. 11), Art. 3 Rn. 42.

18 Rn. 10.2 Satz 1 OECD-MK zu Art. 3: „The term „business“ (...) should generally have the meaning which it has under the domestic law of the State that applies the Convention“.

gegenstehen, wonach der Ausdruck „Geschäftstätigkeit“ auch die Ausübung einer freiberuflichen oder sonstigen selbständigen Tätigkeit einschließt. Es stellt sich also die Frage, ob diese Vorschrift den Begriff „Geschäftstätigkeit“ definiert. Dies ist mit Recht zu verneinen¹⁹. Im Einzelnen wurde Art. 3 Abs. 1 Buchst. h im Jahre 2000 geschaffen, um klarzustellen, dass der Anwendungsbereich der gleichzeitig aufgehobenen Verteilungsnorm für freiberufliche und selbständige Tätigkeiten (Art. 14 i.d.F. 2000) in Art. 7 einbezogen wird. Art. 3 Abs. 1 Buchst. h ist also nicht als eine Definition des Begriffs konzipiert, sondern als eine Klarstellung²⁰. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 Buchst. h verdeutlicht dieses Ergebnis, denn dieser bedient sich des Worts „einschließen“, während für die Definition anderer Begriffe das Wort „bedeutet“ verwendet wird. Die erste Voraussetzung für den Rückgriff auf das nationale Recht liegt insofern vor.

Zum Inhalt des Begriffs „Zusammenhang des Abkommens“ und somit zur zweiten Voraussetzung des Art. 3 Abs. 2 gibt es zwei gegenteilige Grundauffassungen: *die landesrechtliche* und *die völkerrechtliche Theorie*²¹. Vereinfacht gesagt vertritt die landesrechtliche Theorie den Rückgriff auf das nationale Recht für jeden im DBA nicht definierten Begriff, während nach der völkerrechtlichen Theorie die abkommensrechtlichen Begriffe aus dem Abkommen heraus auszulegen sind, sodass ein Rückgriff auf das nationale Recht die Ausnahme darstellt. Da diese Kontroverse in diesem Beitrag nicht behandelt werden kann, wird hier die abkommensautonome Auslegung nach der völkerrechtlichen Theorie vertreten. Demnach ist auf das Instrumentarium des Abkommens abzustellen und daraus eine Definition des Begriffs „Geschäftstätigkeit“ zu gewinnen. Die h.M. in der Literatur²² und in der Rechtsprechung²³ bejahen ebenfalls eine abkommensautonome Auslegung des Begriffs.

bb) Inhalt des Begriffs „Geschäftstätigkeit“ in Art. 7 OECD-MA

In einem nächsten Schritt ist aber die Frage zu beantworten, welchen Inhalt der Begriff „Geschäftstätigkeit“ nach dem OECD-MA hat. Ausgangspunkt ist der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 Satz 1. Dieser bringt insbesondere in der englischen Fassung des Artikels zum Ausdruck, dass der Begriff „Geschäftstätigkeit“ nur selbständig ausgeübte Tätigkeiten umfasst. Die Formulierung „enterprise carries on business“ legt die Übernahme einer unternehmerischen Initiative und der damit einhergehenden Risiken vonseiten des ausübenden Unternehmens nahe. Dafür spricht auch die Einbeziehung des Art. 14 i.d.F. 2000 in den Tatbestand des Art. 7²⁴. Damit könnte man zum Schluss kommen, dass der Begriff „Geschäftstätigkeit“ als Oberbegriff für die selbständig ausgeübten Tätigkeiten zu verstehen ist und er als Mindestinhalt die Tätigkeiten des Art. 14 i.d.F. vor 2000 hat.

Für die Zwecke dieses Beitrags stellt sich insbesondere die Frage, ob dieser umfassende Begriff sowohl die aktive Nutzung von Vermögenswerten, wo der Steuerpflichtige selbst eine Tätigkeit betreibt (z.B. die Ausbeutung eines Erdölvorkommens durch ein Bergbauunternehmen), als auch die passive Nutzung von Vermögenswerten, wo der Steuerpflichtige sich auf die bloße Vermögensverwaltung beschränkt (z.B. die Überlassung eines Ausbeutungsrechts an dem oben erwähnten Erdölvorkommen), umfasst. Dies ist entgegen einer in der Literatur verbreit-

teten Ansicht²⁵, wonach die passive Nutzung von Vermögenswerten unter Art. 7 nicht fallen könne, aus den nachfolgenden Gründen zu bejahen.

Erstens unterstützt die Systematik des OECD-MA die Einbeziehung der passiven Nutzung von Vermögenswerten in den Begriff „Geschäftstätigkeit“²⁶. Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren stammen aus der passiven Nutzung eines Vermögenswerts, nämlich aus der Überlassung von Kapital oder immateriellen Wirtschaftsgütern. Wäre die passive Nutzung von Vermögenswerten allgemein nicht als „Geschäftstätigkeit“ einzustufen, wären konsequenterweise Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nie als Unternehmensgewinne anzusehen. Es gäbe dann keinen Grund, die diese Tätigkeiten erfassenden Verteilungsnormen (Art. 10-12) von der Verteilungsnorm für die Unternehmensgewinne (Art. 7) abzugrenzen. Trotzdem gibt es eine Vorschrift im OECD-MA, die genau diese Aufgabe erfüllt, nämlich Art. 7 Abs. 4. Danach bleiben Artikel, die Einkünfte wie z.B. Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren gesondert behandeln, von den Bestimmungen des Art. 7 unberührt. Art. 7 Abs. 4 wäre nach einer solchen Auslegung also überflüssig.

Zweitens spricht auch ein sprachliches Argument dafür. Im Genaueren ist der englische Begriff für den Begriff Geschäftstätigkeit „business“ mit dem Begriff „busy“, der auf das Vorliegen einer aktiven Tätigkeit hindeutet, nicht in Verbindung zu setzen²⁷. Ein „business“ muss also nicht unbedingt aktiv („busy“) betrieben werden. Andere Faktoren können entscheidend sein, die nicht die aktive Teilnahme des Steuerpflichtigen an der Einkunftserzielung voraussetzen, z.B. der Einsatz von Kapital und die Übernahme von Geschäftsrisiken. Folglich kann auch die passive Nutzung einem modernen Verständnis des Begriffs „Geschäftstätigkeit“ entsprechen. Ein solches Verständnis pflegt z.B. die U.S.-amerikanische Rechtsprechung²⁸, die u.a. auf die oben genannten Faktoren abstellt:

“The management of real estate (...) is commonly concerned with the employment of labor; the purchase of materials; the making of contracts; and many ot-

19 Rust, in: Maisto, The Meaning of "Enterprise", "Business" and "Business Profits" under Tax Treaties and EU Tax Law, 2011, S. 85 (94); Sasseville/Vann, in: Vann, Global Tax Treaty Commentaries (February 2019), Art. 7 Tz. 5.1.2.2.

20 Vgl. Rn. 10.2 Sätze 3 und 4 OECD-MK zu Art. 3: „This addition (...) was intended to prevent that the term “business” be interpreted in a restricted way as to exclude the performance of professional services, or other activities of an independent character”.

21 Vgl. nur Mössner, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 403 (423 f.); Lehner, in: FS Frotzcher, 2013, S. 383 (392 ff.).

22 Rust (Fn. 19), S. 85 (91); Reimer (Fn. 11), Art. 3 Rn. 38; allgemein abstellend auf den Begriff „Unternehmen“ Ditz (Fn. 11), Art. 7 (2008) Rn. 52; Hemmelrath, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 7 Rn. 29; a.A. Arnold, BIT 2006, S. 5 (9); Dürrschmidt, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 41; Sasseville/Vann (Fn. 19), Art. 7 Tz. 5.1.2.2.

23 BFH v. 28.04.2010 – I R 81/09, BStBl. II 2014, S. 754 Rn. 23; v. 09.12.2010 – I R 49/09, BStBl. II 2011, S. 482 Rn. 17; v. 25.05.2011 – I R 95/10, BStBl. II 2014, S. 760 Rn. 22.

24 Zu dieser Argumentationslinie siehe Rust (Fn. 19), S. 85 (95) m.w.N.

25 Dürrschmidt (Fn. 22), Art. 3 Rn. 41a; Ditz (Fn. 11), Art. 7 (2008) Rn. 53; Wassermeyer (Fn. 11), Art. 7 Rn. 16 m.w.N.; Rust (Fn. 19), S. 85 (98). Anders auch der BFH dazu siehe die Nachweise in Fn. 23.

26 Zur folgenden Argumentationslinie siehe Reimer (Fn. 11), Art. 3 Rn. 93.

27 Reimer, BIT 2006, S. 110 (115).

28 Grundlegend U.S. Court of Appeals, 17.07.1940, Pinchot v. Commissioner of Internal Revenue, No. 113 F.2d 718 (2d Cir. 1940).

her things which come within the definition of business (...) and within the commonly accepted meaning of that word”.

Zusammenfassend sind alle selbständig ausgeübten Tätigkeiten im Grunde Geschäftstätigkeiten i.S.d. Art. 7 einschließlich der passiven Nutzung von Vermögenswerten. Der Anwendungsbereich des Art. 7 ist offenbar sehr weit. Damit ist die Wahrscheinlichkeit der Überschneidung mit Einkünften aus anderen Quellen (wie denjenigen aus unbeweglichem Vermögen) sehr groß.

2. Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen

Der letzte Unterabschnitt hat gezeigt, dass sowohl die aktive als auch die passive Nutzung von Vermögenswerten unter Art. 7 fallen, wobei die aktive Nutzung darin besteht, dass das Unternehmen selbst eine Tätigkeit ausübt, während sich die passive Nutzung auf die bloße Vermögensverwaltung beschränkt. Es stellt sich somit die Frage, ob das gleiche für Art. 6 im Kontext der privaten Nutzung unbeweglichen Vermögens gesagt werden kann und, wenn ja, ob dies auch für die Nutzung unbeweglichen Vermögens im Rahmen eines Unternehmens („betriebliche Nutzung“) gilt. Fiele z.B. nur die passive betriebliche Nutzung unbeweglichen Vermögens unter Art. 6, wäre Art. 6 in den Fällen der aktiven betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens nicht anwendbar; nur die Anwendung des Art. 7 käme in Betracht. Der Beantwortung dieser Fragen wendet sich dieser Unterabschnitt zu und gelangt zum Ergebnis bzgl. des Umfangs des Überschneidungsbereichs zwischen Art. 6 und 7.

a) Funktion und Inhalt des Art. 6 Abs. 3 OECD-MA – Der Begriff „Nutzung“ im Kontext der privaten Nutzung unbeweglichen Vermögens

Art. 6 Abs. 1 enthält tatbestandsmäßig nur Angaben über die Quelle der Einkünfte (Einkünfte (...) aus unbeweglichem Vermögen), die unter die entsprechende Verteilungsnorm fallen. Wie dieser Tatbestand erfüllt wird, lässt Art. 6 Abs. 1 im Unklaren. Diese Aufgabe übernimmt Art. 6 Abs. 3: Absatz 1 [des Art. 6] gilt für die Einkünfte aus der unmittelbaren Nutzung, der Vermietung oder Verpachtung sowie jeder anderen Art der Nutzung unbeweglichen Vermögens. Er hat also eine klarstellende Funktion: Er erklärt, wie die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen erzielt werden, nämlich durch Nutzung, und umschreibt so den Handlungstatbestand des Art. 6²⁹. Gibt es keine Nutzung unbeweglichen Vermögens, können sich keine Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen ergeben. Zu einer Überschneidung kann es auch denknotwendig nicht kommen, sodass auch keine Abgrenzung zu Art. 7 nötig ist. Insofern ist der Inhalt des Begriffs „Nutzung“ für den Umfang des Anwendungsbereichs des Art. 6 maßgeblich.

Der Begriff „Nutzung“ ist aber in Art. 6 Abs. 3 nicht definiert. Insofern ist sein Inhalt mittels Auslegung zu ermitteln. Nach der hier vertretenen³⁰ völkerrechtlichen Theorie sind die Abkommensbegriffe aus dem Abkommen heraus auszulegen. Eine Auslegung aus dem (verwirrenden) Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 kann aber kaum aussagekräftig sein³¹. Nach Art. 6 Abs. 3 Alt. 1 gilt Art. 6 Abs. 1 für die Einkünfte aus der unmittelbaren (also der aktiven) Nutzung. Diese ausdrückliche Einbeziehung der unmittelbaren Nutzung sollte eigentlich dafür sprechen, dass nur die aktive Nutzung als „Nutzung“ i.S.d. Art. 6 Abs. 3 zu

verstehen ist. Dies sollte wiederum zum Ausschluss der mittelbaren (also der passiven) Nutzung führen. Anschließend werden aber in Art. 6 Abs. 3 zwei andere Alternativen eingefügt, die den Begriff „Nutzung“ umschreiben sollten, nämlich die Vermietung und Verpachtung („VuV“) sowie jede Art der Nutzung. Da die VuV eine Art der passiven Nutzung von Vermögensgegenständen schlechthin darstellt und der Begriff „jede andere Art der Nutzung“ eher umfassend zu sein erscheint, müsste die passive Nutzung nach diesen zwei Alternativen mit einbezogen sein. Die erste Alternative des Art. 6 Abs. 3 steht also im kompletten Widerspruch zu den anderen zwei. Vor diesem Hintergrund ist es strittig, ob die passive Nutzung entgegen der widersprüchlichen Formulierung des Art. 6 Abs. 3 unter den Begriff „Nutzung“ fällt und somit den Handlungstatbestand der Verteilungsnorm für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen erfüllt. Die nachfolgenden Argumente sprechen aber für die Einbeziehung der passiven Nutzung in Art. 6 Abs. 3.

Zunächst spricht für die Einbeziehung der passiven Nutzung unter den Begriff „Nutzung“ in Art. 6 Abs. 3 der Zweck der Vorschrift für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen. Art. 6 und das darin enthaltene *Belegenheitsstaatsprinzip* erkennt die enge wirtschaftliche Verbindung zwischen Einkommensquelle und Belegenheitsstaat an³². Diesem Zweck kann folgerichtig nur dann gedient werden, wenn auch die passive Nutzung unbeweglichen Vermögens vollumfänglich von Art. 6 erfasst wird. Denn die passive Nutzung hat ebenfalls das unbewegliche Vermögen als Gegenstand. Die das Belegenheitsstaatsprinzip prägende wirtschaftliche Verbindung zwischen Einkommensquelle und Belegenheitsstaat besteht auch bei der passiven Nutzung unbeweglichen Vermögens. Eine abweichende Zuweisung des Besteuerungsrechts bei den Fällen der passiven Nutzung unbeweglichen Vermögens wäre mit dem Zweck des Art. 6, dem Belegenheitsstaatsprinzip gerecht zu werden, nicht vereinbar.

Die Systematik von Art. 6 führt ebenfalls zum gleichen Ergebnis. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 enthält einen positiven Katalog von Tatbeständen, die mit dem Tatbestand des „unbeweglichen Vermögens“ in Art. 6 Abs. 1 gleichgesetzt werden. Unter diesen Katalog fällt insbesondere in Alt. 3 der Vorschrift eine Reihe von Rechten: Es handelt sich um die Rechte, für die die Vorschriften des Privatrechts über Grundstücke gelten. Darunter sind die dinglichen Rechte zu verstehen, die (im Gegensatz zu den schuldrechtlichen Rechten) grundstücksbezogen sind (z.B. das Grundeigentum). Die Vorschriften des deutschen Privatrechts über Grundstücke gelten auch für die sog. grundstücksgleichen Rechte (wie z.B. Erbbaurechte, Mineralgewinnungsrechte, Nießbräuche und Grunddienstbarkeiten usw.)³³. Die „Nutzung“ dieser (mit dem Tatbestand des unbeweglichen Vermögens gleichgesetzten) Rechte ist also als Nutzung unbe-

29 Reimer, IStR 2011, S. 677 (679).

30 Vgl. II.1.b)aa).

31 Zur nachfolgenden Analyse des Wortlauts von Art. 6 Abs. 3 siehe Wassermeyer, in: Wassermeyer, DBA, Art. 6 Rn. 91 (Jan. 2007).

32 Vgl. Rn. 1 Satz 2 OECD-MK zu Art. 6: „There is always a very close economic connection between the source of the income and the State of the source”.

33 Kerssenbrock/Wagner, in: Strunk/Kaminski/Köhler, AStG/DBA, Art. 6 Rn. 77 (Juli 2017).

weglichen Vermögens anzusehen und führt zu Einkünften, die unter Art. 6 fallen. Diese Rechte sind dennoch nur einer passiven Nutzung zugänglich. Denn als Nutzung eines Mineralgewinnungsrechts, eines Nießbrauchs sowie eines Erbbaurechts kann nur ihre Bestellung und Überlassung vonseiten des Eigentümers zugunsten einer berechtigten Person (z.B. des Erbbauberechtigten oder Nießbrauchberechtigten) angesehen werden³⁴. Es liegt auf der Hand, dass die Bestellung und die Überlassung eines Rechts keine aktive Nutzung des unbeweglichen Vermögens darstellen; es fehlt nämlich dabei an jedweder Art von Aktivität vonseiten des Eigentümers des unbeweglichen Vermögens. Insofern ist unter den Begriff „Nutzung“ auch die passive Nutzung unbeweglichen Vermögens miteinzubeziehen, weil anderenfalls der Handlungstatbestand des Art. 6 Abs. 3 für die oben angeführten Rechte nie erfüllt werden könnte. Dies würde in krassem Widerspruch zu der Gleichstellung der oben aufgeführten Rechte mit dem Tatbestand des „unbeweglichen Vermögens“ stehen.

Es lässt sich also festhalten, dass die passive Nutzung unbeweglichen Vermögens unter den Begriff „Nutzung“ des Art. 6 Abs. 3 fällt. Bei der privaten Nutzung unbeweglichen Vermögens führt also sowohl die passive (z.B. Vermietung einer Wohnung) als auch die aktive (z.B. wenn der Steuerpflichtige eine Wohnung bewohnt) Nutzung zu Einkünften aus unbeweglichen Vermögen.

b) Der Begriff „Nutzung“ im Kontext der betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens

Die vorstehende Analyse hat als Inhalt des Begriffs „Nutzung“ in Art. 6 Abs. 3 sowohl die aktive als auch die passive Nutzung unbeweglichen Vermögens bezeichnet, wenn diese von einer Privatperson ausgeht. Es stellt sich insofern die Frage, ob die Aussagen zum Begriff „Nutzung“ im Kontext der privaten Nutzung unbeweglichen Vermögens auf die Fälle der betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens übertragbar sind. Fallen z.B. sowohl die Vermietung eines Grundstücks durch ein Unternehmen als auch die Nutzung dieses Grundstücks durch das gleiche Unternehmen für eigenbetriebliche Zwecke (z.B. als Lagerhalle) unter den Begriff „Nutzung“ in Art. 6 Abs. 3? Die Bedeutung der Antwort auf diese Frage ist deswegen sehr groß, weil der Begriff „Geschäftstätigkeit“ in Art. 7 sowohl die aktive als auch die passive Nutzung von Vermögenswerten enthält. Folglich könnte der Überschneidungsbereich zwischen Art. 6 und 7 beide Nutzungsformen umfassen, wenn auch der Begriff „Nutzung“ in Art. 6 Abs. 3 beide Nutzungsformen im Rahmen eines Unternehmens umfasst, wie es bei der privaten Nutzung der Fall ist. Um eine Antwort auf diese Frage zu geben, muss man sich wieder mit dem Inhalt des abkommensautonom auszulegenden Begriffs „Nutzung“ auseinandersetzen.

aa) Die passive betriebliche Nutzung als „Nutzung“ i.S.d. Art. 6 Abs. 3 OECD-MA

Zunächst stellt sich die Frage, ob die passive betriebliche Nutzung unter Art. 6 Abs. 3 fällt und damit zu Einkünften aus unbeweglichem Vermögen führen kann. Als passive betriebliche Nutzung unbeweglichen Vermögens sind insbesondere die VuV von betrieblichen Grundstücken (sowie die Untervermietung und Unterverpachtung³⁵), die Bestellung und die Überlas-

sung von Nutzungsrechten (z.B. Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten, Reallasten, Erbbaurechte, Leasing usw.) sowie die Überlassung von Ausbeutungsrechten³⁶ zu verstehen. Was die Bestellung und Überlassung von Nutzungsrechten angeht, ist wie folgt zu differenzieren.

Die Bestellung eines Nießbrauchs durch den Eigentümer zugunsten des Nießbrauchberechtigten ist eine Form der passiven Nutzung unbeweglichen Vermögens. Das gleiche gilt für die Überlassung eines Nutzungsrechts an eine dritte Person (z.B. durch die Vermietung) an dem mit einem Nießbrauch belasteten unbeweglichen Vermögen - sei es durch den Nießbrauchberechtigten oder durch den Eigentümer. Letzteres ist bei der Überlassung eines Nutzungsrechts an einem mit Ertragsnießbrauch belasteten Grundstück der Fall, wobei der Überlassungsvertrag mit dem Eigentümer (und nicht mit dem Ertragsnießbrauchberechtigten) als Vertragspartner des Dritten abgeschlossen wird.

Im Einzelnen sollte es nach der hier vertretenen Auffassung keine Rolle spielen, ob die Person des Überlassenden (also des „Nutzenden“ i.S.d. Art. 6 Abs. 3) mit der Person des Steuerpflichtigen (also des Einkunftsbeziehers) übereinstimmt³⁷. Fallen also die Person des Überlassenden und diejenige des Steuerpflichtigen auseinander, was bei der Überlassung eines Nutzungsrechts an einem mit Ertragsnießbrauch belasteten Grundstück der Fall ist (denn der Eigentümer ist dort der Nutzende, während der Nießbrauchberechtigte der Einkunftsbezieher ist), geht es trotzdem immer noch um die passive Nutzung unbeweglichen Vermögens. Nutzt der Nießbrauchberechtigte hingegen das unbewegliche Vermögen für eigenbetriebliche Zwecke (z.B. als Lagerhalle), statt es einer dritten Person zur Nutzung zu überlassen, geht es hierbei nicht mehr um passive, sondern um aktive betriebliche Nutzung unbeweglichen Vermögens³⁸.

Die gleichen Ausführungen gelten sinngemäß für die Bestellung (durch den Eigentümer) und Überlassung (durch den Erbbauberechtigten) von Erbbaurechten³⁹. Beide sind Formen der passiven Nutzung unbeweglichen Vermögens, wohingegen die Nutzung des mit dem Erbbaurecht belasteten unbeweg-

34 Davon ist natürlich die Nutzung zu unterscheiden, die die aus der Bestellung des Nutzungsrechts berechnete Person (z.B. der Nießbrauchberechtigte) betreibt. Diese kann nämlich sowohl passiv (Überlassung des Nutzungsrechts an dem unbeweglichen Vermögen auf eine dritte Person z.B. durch die Vermietung des mit Nießbrauch belasteten Grundstücks vonseiten des Nießbrauchberechtigten) als auch aktiv (z.B. Betreibung der Ausbeutungstätigkeit durch die berechnete Person, wenn es um ein Mineralgewinnungsrecht geht) sein.

35 Reimer, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 6 Rn. 183.

36 Lieber, in: Schönfeld/Ditz, DBA, 2. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 94 m.w.N.

37 Nach einer Ansicht in Literatur müsse die Person des „Nutzenden“ mit derjenigen des Steuerpflichtigen übereinstimmen, damit der Nutzungstatbestand des Art. 6 Abs. 3 erfüllt wird. Vgl. Wassermeyer (Fn. 31), Art. 6 Rn. 19. Die Grundvoraussetzung für die Annahme einer solchen Auffassung, nämlich die Erforderlichkeit der Übereinstimmung zwischen Nutzendem und Steuerpflichtigem, ist dennoch dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 nicht zu entnehmen, der eine solche Übereinstimmung nicht bedingt. Die Zwecksetzung des Art. 6, die Besteuerung im Belegenheitsstaat zu sichern, gebietet vielmehr das Abstellen nur darauf, dass Einkünfte mit einem starken wirtschaftlichen Zusammenhang zum Boden erzielt werden. Das Subjekt der Nutzung ist für die Anwendung des Art. 6 hingegen nicht maßgeblich. Vgl. Reimer (Fn. 35), Art. 6 Rn. 19 f.

38 Vgl. Wassermeyer (Fn. 31), Art. 6 Rn. 72.

39 Wassermeyer (Fn. 31), Art. 6 Rn. 64.

lichen Vermögens durch den Erbbauberechtigten für eigenbetriebliche Zwecke eine aktive ist.

Der Abschluss von Leasing-Verträgen ist ebenfalls als eine Form der passiven Nutzung unbeweglichen Vermögens anzusehen. Geht es aber um Leasing-Verträge, die einer Veräußerung unbeweglichen Vermögens gleichzusetzen sind, dann unterfallen die daraus erzielten Einkünfte dem spezielleren Art. 13 Abs. 1 (Gewinne *aus der Veräußerung* von Vermögen). Das ist z.B. bei einem sog. Finanzierungsleasing der Fall, wobei unter bestimmten Voraussetzungen⁴⁰ das Leasingobjekt (z.B. Grundstück) dem Leasingnehmer zuzurechnen ist. M.a.W. geht hierbei mit dem Abschluss des Leasing-Vertrags das wirtschaftliche Eigentum am unbeweglichen Vermögen auf den Leasingnehmer über und somit ist dieser Vorgang eher als eine Veräußerung und nicht als eine (zeitlich befristete) Überlassung anzusehen. Das gleiche Problem besteht im Falle der Bestellung eines Erbbaurechts nicht, denn dort ist die Überlassung auf begrenzte – obgleich i.d.R. längere – Zeit vereinbart und kann somit nicht als eine Übertragung des unbeweglichen Vermögens angesehen werden⁴¹.

Als passive Nutzung betrieblichen unbeweglichen Vermögens ist schließlich der Verzicht auf die Nutzung dieses Vermögens gegen die Leistung von (mehreren oder einmaligen) Abstandszahlungen anzusehen⁴². Nach einer überzeugenden Ansicht in der Literatur kann der Verzicht auf die Nutzung betrieblichen unbeweglichen Vermögens nur dann als passive Nutzung dieses Vermögens angesehen werden, wenn es auf dessen passive Nutzung verzichtet wird (z.B. der Eigentümer eines betrieblichen Grundstücks verzichtet auf dessen Vermietung gegen Abstandszahlungen), wohingegen der Verzicht auf seine aktive Nutzung (z.B. der Verzicht auf die Ausbeutung einer Erdölquelle) der aktiven Nutzung unbeweglichen Vermögens gleichkommt⁴³. Demzufolge ist im Falle der Zahlungen für die Unterlassung der Nutzung betrieblichen unbeweglichen Vermögens darauf abzustellen, ob die Nutzung im Falle eines Tuns (z.B. einerseits die Vermietung eines Grundstücks als passive Nutzung und andererseits die Ausbeutung einer Erdölquelle als aktive Nutzung) passiver oder aktiver Art ist.

Es ist insgesamt festzustellen, dass allen diesen Formen der Nutzung unbeweglichen Vermögens eines gemeinsam ist: Das unbewegliche Vermögen ist der überwiegende Faktor, der zur Einkunftserzielung führt. Es bedarf z.B. für die Überlassung eines Ausbeutungsrechts viel weniger Personal- und Know-how-Einsatz als für den (aktiven) Betrieb einer Ausbeutungstätigkeit selbst, sodass die letzteren Faktoren eher eine untergeordnete Rolle spielen. Es gibt also in den oben angesprochenen Nutzungsformen eine enge wirtschaftliche Verbindung zwischen Einkunftserzielung und passiver Nutzung unbeweglichen Vermögens, wobei andere hinzutretenden Faktoren (z.B. Arbeit und Know-how) eine so untergeordnete Rolle spielen, dass sie diese Verbindung nicht maßgeblich zu beeinflussen vermögen.

Diese enge wirtschaftliche Verbindung zwischen dem unbeweglichen Vermögen und der Einkunftserzielung setzt Art. 6 Abs. 1 für die Besteuerung im Belegenheitsstaat voraus. Letzteres signalisiert das Wort „aus“ in Art. 6 Abs. 1. Konkret müssen die Einkünfte „aus“ dem unbeweglichen Vermögen stammen, damit Art. 6 und mithin die Besteuerung im Belegenheitsstaat zum Zuge kommen⁴⁴. Da die in Art. 6 Abs. 1 vorausgesetzte enge wirtschaftliche Verbindung zwischen Boden

und Einkünften bei der passiven betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens zu bejahen ist, führt diese immer zu Einkünften aus unbeweglichem Vermögen. Sie fällt mithin sowohl unter Art. 6 als auch unter Art. 7, der, wie bereits erläutert, sowohl die aktive als auch die passive Nutzung von Vermögenswerten umfasst. Gilt aber das gleiche für die aktive betriebliche Nutzung unbeweglichen Vermögens?

bb) Die aktive betriebliche Nutzung als „Nutzung“ i.S.d. Art. 6 Abs. 3 OECD-MA?

Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 (*aus der unmittelbaren Nutzung (...) sowie jeder anderen Art der Nutzung*) legt jedenfalls die Einbeziehung der aktiven betrieblichen Nutzung in Art. 6 nahe. Die zitierten Passagen von Art. 6 Abs. 3 sind nämlich umfassend und schließen ausdrücklich die aktive betriebliche Nutzung nicht aus. Es ist also fraglich, ob eine solche weite Auslegung des Wortlauts des Art. 6 Abs. 3 zutrifft oder ob eine restriktive Auslegung der Vorschrift angemessener wäre, die die aktive betriebliche Nutzung aus dem Anwendungsbereich des Art. 6 ausschliesse. Im Folgenden werden Argumente nach allen Auslegungskriterien für die Einschränkung des Begriffs „Nutzung“ in Art. 6 Abs. 3 auf die passive betriebliche Nutzung unbeweglichen Vermögens (mit der Ausnahme der Land- und Forstwirtschaft; „LuF“) aufgeführt:

Art. 6 Abs. 1 bezieht mittels eines Klammerzusatzes (*einschließlich der Einkünfte aus land- und forstwirtschaftlichen Betrieben*) die Einkünfte aus LuF in seinen Anwendungsbereich ein. Dieser Klammerzusatz spricht für den Ausschluss jeder anderen Form der aktiven betrieblichen Nutzung. Im Einzelnen bezieht das OECD-MA mittels dieses Klammerzusatzes *nur* die Einkünfte aus LuF in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 ein. Da die LuF zweifellos eine Art der aktiven Nutzung betrieblichen unbeweglichen Vermögens darstellt, ist im Umkehrschluss anzunehmen, dass jede andere Form aktiver betrieblicher Nutzung aus Art. 6 Abs. 1 ausgeschlossen wird. Fiele jede Form der aktiven betrieblichen Nutzung unter Art. 6 Abs. 1, wäre die ausdrückliche Einbeziehung der LuF schlichtweg überflüssig.

Des Weiteren bekräftigt ein kurzer Überblick über die Historie des Klammerzusatzes der LuF in Art. 6 Abs. 1 dieses Argument. Konkret enthielt das OECD-MA i.d.F. 1963 keine Aussage über die Zuweisung des Besteuerungsrechts für die Einkünfte aus LuF. Es war deswegen fraglich, welche Verteilungs-

40 Zu den Einzelheiten siehe BMF v. 19.04.1971 – IV B/2-S 2170-31/71, BStBl. I 1971, S. 264.

41 *Kerssenbrock/Wagner* (Fn. 33), Art. 6 Rn. 80.

42 Vgl. BFH v. 28.04.1982 – I R 151/78, BStBl. II 1982, S. 566. Nach einer Ansicht in der Literatur sind hingegen Einkünfte aus dem Ausscheiden aus einem Miet- oder Pachtverhältnis nicht als Nutzung unbeweglichen Vermögens und somit als Unternehmensgewinne bzw. andere Einkünfte (Art. 21) anzusehen. Vgl. *Wassermeyer* (Fn. 31), Art. 6 Rn. 71. Diese Ansicht missachtet den weit gezogenen Wortlaut des Art. 6 Abs. 3, der jede Art der Nutzung umfasst. Insofern geht es hierbei ebenfalls um die passive Nutzung unbeweglichen Vermögens, woraus Einkünfte des Art. 6 entstehen.

43 *Reimer*, BIT 2006, S. 110 (111 und 114).

44 *Reimer* (Fn. 35), Art. 6 Rn. 34.

norm für die Einkünfte aus LuF anwendbar war (Art. 6 oder Art. 7?)⁴⁵. Die daraus entstehende Unsicherheit hat das *Fiscal Committee* („FC“) der OECD wahrgenommen und die im Jahre 1967 neu entstandene Working Party 30 („WP30“) mit einer Aufklärung u.a. auch zu diesem Thema beauftragt⁴⁶. Die WP30 hat sich in Bezug auf die Zuweisung des Besteuerungsrechts bei Einkünften aus LuF zugunsten des Art. 6 entschieden. Daraus hat sich die Einbeziehung der LuF in Art. 6 Abs. 1 ergeben. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass nach Einschätzung der WP30 die LuF der einzige Fall aktiver betrieblicher Nutzung unbeweglichen Vermögens war, in dem aufgrund der Maßgeblichkeit des Bodenbezugs im Vergleich zu den anderen Produktionsfaktoren Art. 6 angewandt werden muss⁴⁷:

„Income from agriculture and forestry: (...) of the three factors producing that type of income i.e., „labour“, „capital“, „land“, „land“ has obviously a predominant character: whereas commercial and industrial profits are primarily the result of a well organized disposition of „labour“ and „capital“, the farmer’s income depends to a large extent also of the quality of his land. This close connection of agricultural and forestry income with immovable property seems to require that the taxation rules for income from immovable property should apply also to that type of income“.

Ein Argument aus dem Zweck der Vorschrift vermag diese Auffassung weiter zu stützen: Wie gleich oben ausgeführt, soll Art. 6 Abs. 1 dem Belegenheitsstaat dann das Besteuerungsrecht zuweisen, wenn die Einkünfte aus dem unbeweglichen Vermögen stammen, wobei das Wort „aus“ im Lichte des Art. 6 Abs. 3 zu interpretieren ist. Dieses „aus“ signalisiert eine enge wirtschaftliche Verbindung der Einkünfte mit dem Boden. Dieses Element ist im Falle der passiven betrieblichen Nutzung (z.B. Vermietung betrieblichen unbeweglichen Vermögens) besonders prägnant, wohingegen im Falle der aktiven betrieblichen Nutzung andere Faktoren hinzutreten, wie der Einsatz von Kapital, Arbeit, Know-how usw., die sich stärker auf die Einkunftserzielung auswirken als das bloße Bestehen von unbeweglichem Vermögen. Das führt zur wirtschaftlichen Abkoppelung der aus der aktiven betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens erzielten Einkünfte von dem Boden.

Diesem Befund pflichtet auch die deutsche Literatur bei und bezeichnet überwiegend das unbewegliche Vermögen im Falle der aktiven betrieblichen Nutzung als einen „Produktionsfaktor“⁴⁸. Wird z.B. ein Supermarktbetrieb in einem Gebäude geführt, so spielen die Räumlichkeiten für die Einkunftserzielung nur eine untergeordnete Rolle, sodass nicht behauptet werden kann, dass die Einkünfte „aus“ diesem Gebäude stammen⁴⁹. Das Gleiche kann z.B. für die Bürogebäude von Freiberuflersozietäten, die Lagerhallen einer Vertriebsgesellschaft⁵⁰ sowie für das dem Hotelbetrieb dienende unbewegliche Vermögen⁵¹ konstatiert werden. In allen diesen Fällen besitzt das unbewegliche Vermögen lediglich eine komplementäre Funktion. Es fehlt damit an der engen wirtschaftlichen Verbindung zwischen Boden und Einkunftserzielung.

Allerdings gibt es Fälle der aktiven betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens, in denen der Bodenbezug stärker als in den oben angeführten Beispielen zu sein erscheint. Gemeint sind hiermit primär die Ausbeutung von Bodenschätzen. Die Gewinnung von Bodenschätzen erfolgt direkt aus dem Boden, worauf oder worin diese ruhen, weshalb der Bezug zwischen der Einkunftserzielung und der „Nutzung“ des Bodens unmittelbar zu sein erscheint⁵².

Gleichwohl ist auch in solchen Fällen nicht der Boden der entscheidende Faktor für die Einkunftserzielung. Unternehmen dieser Branche (wie z.B. Bergbau- und Erdölförderungsunternehmen) müssen u.a. über besonderes Know-how und speziell ausgebildetes Personal verfügen; ohne diese Faktoren ist der Boden nicht verwertbar. Zudem reicht die Ausbeutung der oben genannten Bodenschätze an sich für die Einkunftserzielung nicht aus. Die Vermarktung dieser Produkte ist diejenige Tätigkeit, die im Endeffekt zur Einkunftserzielung führt⁵³. Diese setzt wiederum die Verarbeitung dieser Produkte und den Aufbau eines Absatznetzwerks voraus, in dem diese Produkte vertrieben werden. Diese zwei hinzutretenden Produktions- und Vertriebschritte weisen keinen Bezugspunkt zum unbeweglichen Vermögen auf, sondern eher zum unternehmerischen Handeln. Alles in allem stellt der Boden für die aktive Geschäftstätigkeit, die in der Ausbeutung von Bodenschätzen besteht, zwar einen Faktor dar, sicherlich aber nicht den entscheidenden Faktor, sodass gesagt werden könnte, dass die Einkunftserzielung „aus“ dem unbeweglichen Vermögen stammt.

Diese Sichtweise ist im Übrigen vereinbar mit der Staatenpraxis. Darauf deuten vereinzelte DBA hin, die explizit die Ausbeutung von Bodenschätzen unter Art. 6 aufnehmen - was im Umkehrschluss bedeutet, dass diese Tätigkeit nach gängigem Verständnis nicht unter Art. 6 fällt und somit der ausdrücklichen Einbeziehung durch die Staaten bedarf⁵⁴.

Der Bodenbezug ist ebenfalls bei der Erforschung von Bodenschätzen sehr stark. Immerhin können die oben aufgeführten Argumente ebenfalls auf diesen Fall der aktiven betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens übertragen werden. Zusätzlich kann aufgeführt werden, dass Gegenstand der Einkunftserzielung aus der Erforschung von Bodenschätzen nicht der Boden ist, sondern die Forschungsergebnisse, deren Gewinnung ja den unternehmerischen Mechanismus voraussetzen⁵⁵. Der erforderliche Bezug zwischen Einkunftserzielung und Boden fehlt schließlich beim Betrieb von Wind- und Solaranlagen. Trotz ihrer Verbundenheit mit dem Boden handelt es sich bei

45 Die japanische Delegation hat 1964 – also kurz nach dem Erlass des ersten Musterabkommens 1963 – erst diese Frage aufgeworfen: „Which provisions are applicable to „income from agricultural or forestry enterprise“, the provisions of Article 6 or Article 7 (Business Profits)?“ Vgl. TFD/FC/173, 08.09.1964, S. 5. Die Arbeiten der Working Parties der OEEC und der OECD wurden abgerufen unter: <http://www.taxtreatieshistory.org/>.

46 Zur Einbestellung und zum Arbeitsauftrag der WP30 siehe TFD/FC/219, 25.07.1967, S. 7.

47 Vgl. FC/WP30(69)1, 27.06.1969, S. 25 Rn. 75.

48 Grundlegend *Wassermeyer* (Fn. 31), Art. 6 Rn. 15 und 97; *Lieber* (Fn. 36), Art. 6 Rn. 11 und 87; *Kerssenbrock/Wagner* (Fn. 33), Art. 6 Rn. 89; *Fischer*, in: Gosch/Kroppen/Grotherr, DBA, Art. 6 Rn. 330 (2016).

49 *Sasseville*, in: Maisto, *Immovable Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 2015, S. 99 (103 f.).

50 *Fischer* (Fn. 48), Art. 6 Rn. 330.

51 *Wassermeyer* (Fn. 31), Art. 6 Rn. 30; *Reimer* (Fn. 35), Art. 6 Rn. 150.

52 Deswegen wertet ein Teil der deutschen Literatur diese Tätigkeiten als „Nutzung“ i.S.d. Art. 6 Abs. 3. Vgl. *Reimer* (Fn. 35), Art. 6 Rn. 166 ff.; *Galke/Haase*, in: Haase, *ASTG/DBA*, 3. Aufl. 2016, Art. 6 Rn. 93.

53 So auch die h.M. in der deutschen Literatur *Wassermeyer* (Fn. 31), Art. 6 Rn. 77; *Lieber* (Fn. 36), Art. 6 Rn. 88; *Kerssenbrock/Wagner* (Fn. 33), Art. 6 Rn. 89.1; *Fischer* (Fn. 48), Art. 6 Rn. 319.

54 Dazu im Hinblick auf die australische DBA-Politik *Vinnitskiy*, in: *Vann, Global Tax Treaty Commentaries* (April 2017), Art. 6 Tz. 5.1.2.3.

55 Auch so *Reimer* (Fn. 35), Art. 6 Rn. 164.

der daraus gewonnenen Energie nicht um ein „Produkt“ des Bodens, wie es z.B. bei der LuF der Fall ist⁵⁶. Insofern fällt auch diese Form aktiver Nutzung unbeweglichen Vermögens unter Art. 7.

Nach all dem lässt sich insgesamt festhalten, dass nur die passive betriebliche Nutzung unbeweglichen Vermögens unter den abkommensautonom auszulegenden Begriff „Nutzung“ fällt. Sogar die Fälle der aktiven betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens, in denen der Bodenbezug am stärksten zu sehen ist, fallen nur unter Art. 7 und nicht unter Art. 6. Folglich gibt es nur hinsichtlich der Einkünfte aus passiver betrieblicher Nutzung unbeweglichen Vermögens einen Abgrenzungsbedarf zwischen Art. 6 und 7.

3. Zwischenergebnisse

- (1) Als „Unternehmensgewinne“ sind die Gewinne zu verstehen, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person durch die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit über eine dort geformte Organisationseinheit erzielt. Als „Geschäftstätigkeiten“ i.S.d. Art. 7 sind auch vermögensverwaltende Tätigkeiten anzusehen. Der Anwendungsbereich der Verteilungsnorm für die Unternehmensgewinne ist also sehr weit und kann auch Einkünfte sowohl aus der passiven als auch aus der aktiven Nutzung unbeweglichen Vermögens beinhalten, welches diesem Unternehmen zuzuordnen ist.
- (2) Unter den Begriff „Nutzung“ in Art. 6 Abs. 3 fallen nur Einkünfte aus der passiven Nutzung unbeweglichen Vermögens eines Unternehmens. Die aktive betriebliche Nutzung unbeweglichen Vermögens – mit der Ausnahme der LuF – fällt damit aus dem Anwendungsbereich des Art. 6 heraus. Auf diese Fälle ist nur Art. 7 anwendbar.
- (3) Es gibt also einen normativen Abgrenzungsbedarf nur hinsichtlich der passiven Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen eines Unternehmens, die den Überschneidungsbereich zwischen Art. 6 und 7 abdecken. Dieser Abgrenzungsfunktion dient Art. 6 Abs. 4, der im nächsten Abschnitt analysiert wird. Nachfolgende Abbildung veranschaulicht die Überschneidung zwischen Art. 6 und 7⁵⁷.

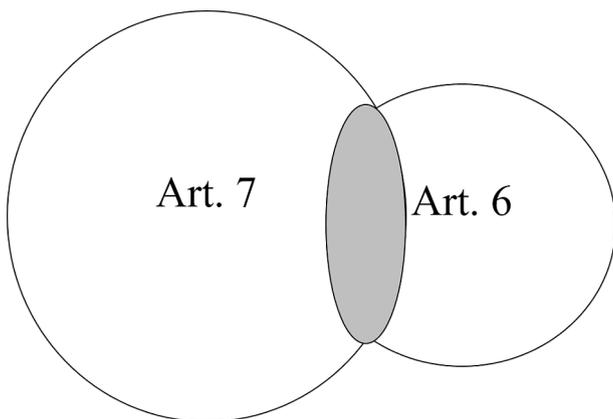


Abb. 1: Der Überschneidungsbereich zwischen Art. 6 und 7

- (4) Die nachfolgende Tabelle fasst zum Schluss die relevanten Fälle zusammen, in denen unbewegliches Vermögen betrieblich eingesetzt wird, und teilt sie in die anwendbare(n) Verteilungsnorm(en) auf. Es wird damit verdeutlicht, welche konkreten Fälle sowohl unter Art. 6 als auch unter

Art. 7 fallen, sodass Art. 6 Abs. 4 zu ihrer Abgrenzung heranzuziehen ist.

Fälle der betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens	Art. 6	Art. 7	Art. 6 und 7
VuV (sowie Untervermietung und Unterverpachtung)			x
Bestellung und Überlassung von Nutzungsrechten (Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten, Reallasten, Erbbaurechte, Leasing)			x
Überlassung von Ausbeutungsrechten			x
Verzicht auf die passive Nutzung unbeweglichen Vermögens			x
LuF	x		
Unbewegliches Vermögen als Produktionsfaktor (z.B. Lagerhalle, Bürogebäude, Hotelgebäude usw.)		x	
Ausbeutung und Erforschung von Bodenschätzen (z.B. Mineralen, Erdöl, Gesteinen usw.)		x	
Betrieb von Wind- und Solaranlagen		x	

Tab. 1: Fälle der betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens und ihre Einteilung in Art. 6 und/oder 7

III. Das Verhältnis zwischen Art. 6 und 7 OECD-MA

1. Gang der Darstellung

Der vorherige Abschnitt hat die Fälle identifiziert, in denen sowohl Art. 6 als auch Art. 7 anwendbar sind (Überschneidungsbereich). In diesem Abschnitt wird auf das Verhältnis zwischen Art. 6 und 7 eingegangen, das sich innerhalb dieses Überschneidungsbereichs entfaltet. Dazu ordnet Art. 6 Abs. 4 den Vorrang des Art. 6 vor Art. 7: „Die Absätze 1 und 3 [des Art. 6] gelten auch für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen eines Unternehmens.“

- Zur Bedeutung von Art. 6 Abs. 4 wird der Verfasser anhand von Rechtsprechung aus Frankreich und Luxemburg in einem ersten Schritt zeigen, welche Probleme sich ergeben, wenn ein Abkommen keine konkrete Antwort auf die Konkurrenzfrage gibt.
- In einem zweiten Schritt wird gezeigt, wie das OECD-MA dieses Verhältnis behandelt, nämlich wie Art. 6 und 7 voneinander abgegrenzt werden, welche Vorschrift den Vorrang erlangt und wie es historisch zu dieser Lösung kam.
- Danach werden die in der Wissenschaft vertretenen Ansichten zur Natur des Verhältnisses zwischen Art. 6 und 7 unter Geltung des Art. 6 Abs. 4 präsentiert.
- Schließlich wird eine Ansicht diskutiert, die ein Exklusivverhältnis zwischen Art. 6 und 7 befürwortet. Damit geht nach dieser Auffassung auch einher, dass die Regeln über die Gewinnzuordnung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte (Art. 7 Abs. 2; AOA-Grundsätze) auf Einkünfte des Art. 6 keine Anwendung finden können, selbst wenn diese über eine im Belegenheitsstaat gelegene Betriebsstätte erzielt werden.

⁵⁶ Reimer (Fn. 35), Art. 6 Rn. 169.

⁵⁷ Vgl. auch Rust (Fn. 19), S. 85 (102).

2. Die Bedeutung des Art. 6 Abs. 4 OECD-MA am Beispiel der sog. *Rafaella*-Entscheidung

Die Bedeutung des Art. 6 Abs. 4 für die einheitliche Zuweisung des Besteuerungsrechts und die Vermeidung von Doppelnichtbesteuerung zeigt sich zunächst in zwei Gerichtsentscheidungen zum Verhältnis von Art. 6 und 7. Die Besonderheit dieser Entscheidungen lag darin, dass die betroffenen DBA keine dem Art. 6 Abs. 4 nachgebildete Vorschrift enthielten, denn sie basierten nicht auf dem OECD-MA i.d.F. 1963, und, dass es in beiden Fällen um Nichtbetriebsstättenfälle ging, sodass die Anwendung des Art. 6 einerseits und die Anwendung des Art. 7 andererseits zur unterschiedlichen Zuweisung des Besteuerungsrechts hätte führen können.

Die erste Entscheidung wurde vom französischen *Conseil d'État* gefällt. In der berühmten *Rafaella*-Entscheidung⁵⁸ ging es um die Frage, ob fiktive Mieteinkünfte der in Italien ansässigen *Rafaella SpA* für die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer in Südfrankreich gelegenen Villa unter Art. 4 Abs. 1 (Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen) oder unter Art. 5 Abs. 1 (Unternehmensgewinne) des DBA Italien-Frankreich (1958) fielen. Das französische oberste Verwaltungsgericht hat Art. 5 Abs. 1 des DBA Italien-Frankreich den Vorrang gegeben und das Vorliegen einer Betriebsstätte verneint, sodass das Besteuerungsrecht dem Ansässigkeitsstaat (Italien) zugewiesen wurde. Das Fehlen einer dem Art. 6 Abs. 4 ähnlichen Vorschrift hat dem *Conseil d'État* eine solche Auslegung erlaubt und war deswegen für diese Entscheidung maßgeblich. Gäbe es hier eine Vorschrift i.S. von Art 6 Abs. 4, hätte die Verteilungsnorm für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen den Vorrang. Frankreich als Belegenheitsstaat wäre steuerbefugt. Diese Entscheidung steht also offenbar im kompletten Widerspruch zum Gehalt des Art. 6 Abs. 4, als sie den Unternehmensgewinnen den Vorrang eingeräumt hat.

Das luxemburgische *Tribunal Administratif* („Tribunal“) hat wiederum einige Jahre später eine gegenteilige Entscheidung erlassen und der Verteilungsnorm für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen den Vorrang eingeräumt, was zu einem misslichen Ergebnis geführt hat⁵⁹. In einem ähnlich gelagerten Fall war die luxemburgische Gesellschaft *La Coasta Sàrl* Eigentümerin von unbeweglichem Vermögen in Frankreich, woraus sie seit 1991 Mieteinkünfte erzielt hatte. Die luxemburgische Finanzverwaltung ist der Rechtsprechung des *Conseil d'État* gefolgt und hat 1995 die Mieteinkünfte als Unternehmensgewinne eingestuft, sodass das Besteuerungsrecht dem Ansässigkeitsstaat der *La Coasta Sàrl*, nämlich Luxemburg, zuzuordnen war.

Nur eine solche Sichtweise hätte angesichts der *Rafaella*-Rechtsprechung die Besteuerung der Mieteinkünfte sichergestellt: Frankreich wäre der *Rafaella*-Entscheidung gefolgt und somit die Regelung für die Unternehmensgewinne angewandt. Danach wäre mangels Betriebsstätte in Frankreich der Ansässigkeitsstaat (Luxemburg) steuerbefugt. Hätte das luxemburgische Tribunal ebenfalls der Regelung für die Unternehmensgewinne den Vorrang gegeben, wären die Einkünfte auch nach seiner Wertung Luxemburg zuzuordnen. Die einmalige Besteuerung der Einkünfte (in Luxemburg konkret) wäre sicher gewesen. Hätte aber das Tribunal umgekehrt die Regelung für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen angewandt, wäre Frankreich als der Belegenheitsstaat steuerbefugt. Frank-

reich hätte aber die Einkünfte nicht besteuert, weil sie von den Grundsätzen der *Rafaella*-Entscheidung ausging. Die Doppelnichtbesteuerung der Einkünfte hätte sich also bei einem solchen Qualifikationskonflikt ergeben. Letzteres ist in der Tat passiert:

Das Tribunal hat im Einzelnen in einem ersten Schritt die Übertragung der Aussagen der *Rafaella*-Entscheidung auf den ihm vorgelegten Fall verneint. Danach hat das Tribunal Art. 3 des DBA Luxemburg-Frankreich (also der Regelung für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen) trotz des Fehlens einer dem Art. 6 Abs. 4 ähnlichen Vorschrift den Vorrang gegeben. Dies hat das Tribunal auf die Spezialität der Einkunftsart des Art. 3 DBA Luxemburg-Frankreich im Vergleich zu Art. 4 (Unternehmensgewinne) gestützt.

Beide Gerichte haben mithin fast den gleichen Sachverhalt unterschiedlich subsumiert. Mangels einer dem Art. 6 Abs. 4 ähnlichen Regelung in den strittigen DBA mussten sie die Regelungen für die Unternehmensgewinne und für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen selbst auslegen. Dies hat in dem zweiten Fall zur Doppelnichtbesteuerung der betroffenen Einkünfte geführt. Hätte es Art. 6 Abs. 4 gegeben, wäre es zum oben erläuterten Qualifikationskonflikt nicht gekommen. Insofern hat Art. 6 Abs. 4 zur Aufklärung bzgl. des Verhältnisses zwischen Art. 6 und 7 und zur Vermeidung willkürlicher Lückenergänzung bzw. unterschiedlicher Einkünftequalifikation zwischen Ansässigkeits- und Belegenheitsstaat geführt. Wenden Ansässigkeits- und Belegenheitsstaat Art. 6 Abs. 4 an, ist die Besteuerung im Belegenheitsstaat sichergestellt.

3. Historischer Hintergrund des Art. 6 Abs. 4 OECD-MA⁶⁰

Das Zusammenspiel zwischen den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen und den Unternehmensgewinnen war den Vätern des heutigen OECD-MA bewusst. Bereits 1923 haben die Vier Ökonomen *Bruins, Einaudi, Seligman und Sir Josiah Stamp* ihren Bericht zur Doppelbesteuerung dem *Financial Committee* des Völkerbunds vorgelegt und dort jede unternehmerische Tätigkeit als „Geschäftsunternehmen unbeweglichen Charakters oder mit enger Verbundenheit mit unbeweglichem Vermögen“⁶¹ bezeichnet. In ihren Augen gingen also unternehmerische Tätigkeiten einerseits und Nutzung unbeweglichen Vermögens andererseits immer zusammen. Eine nähere Regelung des Verhältnisses zwischen den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen und den Unternehmensgewinnen lässt dieser

58 *Conseil d'État*, 22.05.1992, No. 63266, SpA *Rafaella*, RJF 1992, Heft 7, Nr. 960; verfestigt durch *Conseil d'État*, 18.03.1994, No. 79971, *Société d'investissement agricole et forestier*, RJF 1994, Heft 5, Nr. 530.

59 *Tribunal Administratif*, 03.12.2001, No. 12831; bestätigt durch *Cour Administrative*, 23.04.2002, No. 14442. Sowohl die französischen als auch die luxemburgischen Entscheidungen sind zitiert nach *Avery Jones* u.a., BTR 2006, S. 695 (735 Fn. 247 und 248) m.w.N.

60 Dieser historische Überblick basiert zu einem großen Teil auf dem Beitrag von *Yu-Hui Hsu* in *Ecker, History of Tax Treaties*, 2011, S. 289 (294 ff.).

61 Übersetzung des Verfassers. Zu Einzelheiten siehe *League of Nations („LoN“)*, E.F.S.73.F.19. 05.04.1923, in: *Legislative History of United States Tax Conventions („Legislative History“)*, S. 29(4033). Die Arbeiten des Völkerbunds wurden abgerufen unter: <http://purl.library.usyd.edu.au/seti/s/id/brulegi>.

Bericht dennoch vermissen. Erst die nachfolgenden Berichte und Musterabkommen im Rahmen des Völkerbunds haben sich mit dem Verhältnis zwischen den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen und den Unternehmensgewinnen befasst und fast alle – mit der Ausnahme der Musterabkommen 1933 und 1935 – den Letzteren den Vorrang eingeräumt⁶².

Eine andere Auffassung hat sich hingegen im Rahmen der Arbeiten der OEEC und der OECD durchgesetzt. Die mit der Besteuerung von Einkünften aus unbeweglichem Vermögen beauftragte Working Party 9 („WP9“) der OEEC hatte in ihrem Bericht vom 28.10.1957⁶³ einen Musterartikel dazu präsentiert. In Abs. 3 Satz 3 dieses Musterartikels wurden die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen kommerzieller, industrieller und handwerklicher Unternehmen dem Anwendungsbereich der Verteilungsnorm für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen zugeordnet und somit der Verteilungsnorm für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen den Vorrang vor derjenigen für die Unternehmensgewinne gewährt. Der zweite Entwurf des Musterartikels vom 03.09.1958⁶⁴ hat neben die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen kommerzieller, industrieller und handwerklicher Unternehmen die Einkünfte aus selbständiger Arbeit in seinen Abs. 3 Satz 3 miteinbezogen und insofern auch diesbezüglich die Verteilungsnorm für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen als vorrangig anwendbar erklärt:

„The same rules shall apply to immovable property of commercial, industrial or handicraft enterprises (...) as well as to immovable property used for the performance of professional services“.

Die endgültige Fassung des Musterartikels für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen und insbesondere der Vorschrift für die Abgrenzung zwischen Einkünften aus unbeweglichem Vermögen und Unternehmensgewinnen (bis dahin Abs. 3 Satz 3 des Musterartikels und aktuell Art. 6 Abs. 4) war gleichwohl Ergebnis der Anmerkungen der niederländischen Delegation dazu⁶⁵. Diese betrafen die Abgrenzung zwischen den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen und den Unternehmensgewinnen und die Zuweisung des Besteuerungsrechts zum Belegenheitsstaat sowohl in den Fällen, in denen im Belegenheitsstaat des unbeweglichen Vermögens keine Betriebsstätte begründet ist (Nichtbetriebsstättenfälle), als auch in den Fällen, in denen im Belegenheitsstaat eine Betriebsstätte vorliegt (Betriebsstättenfälle). Im Einzelnen ging es um:

- Die vorrangige Anwendung des Art. 6 in den Nichtbetriebsstättenfällen: Die WP9 hat diese bejaht⁶⁶:

„This provision (...) merely guarantees that where immovable property is not a part of permanent establishment the income therefrom will be taxed in the country in which the property is situated“.

Diese Aussage entspricht dem Inhalt der heutigen Formulierung im OECD-MK⁶⁷. Die Bedeutung dieser Regelung des OECD-MK ist für diesen Beitrag eine besondere. Wie bereits in den einleitenden Anmerkungen erwähnt, führt die Anwendung der Art. 6 und 7 in den Nichtbetriebsstättenfällen zu einer abweichenden Zuweisung des Besteuerungsrechts. Wird Art. 6 angewandt, ist das Besteuerungsrecht dem Belegenheitsstaat zuzuweisen. Bei Anwendung des Art. 7 ist dagegen das Besteuerungsrecht mangels Vorliegens einer Betriebsstätte dem Ansässigkeitsstaat zuzuweisen (Art. 7 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1). Diese abweichende Zuweisung des Besteuerungsrechts wird aber vermieden, indem Art. 6 Abs. 4 nach der oben zitierten Passage und der fast wortgleichen Formulierung des aktuellen OECD-

MK auch in den Nichtbetriebsstättenfällen Anwendung findet und Art. 6 den Vorrang vor Art. 7 gewährt.

Zudem ist in vielen DBA die Anwendung der Anrechnungsmethode statt der Freistellungsmethode in Bezug auf die Vermeidung der Doppelbesteuerung für Einkünfte vorgesehen, die unter Art. 6 fallen und nicht über eine Betriebsstätte erzielt werden. Im Gegensatz dazu unterfallen die Einkünfte des Art. 7 und die Einkünfte des Art. 6, die über eine Betriebsstätte erzielt werden, der Freistellungsmethode. Der Vorrang des Art. 6 vor Art. 7 über die Anwendung des Art. 6 Abs. 4 bringt also die Anwendung der Anrechnungsmethode statt der für Einkünfte aus Art. 7 vorgesehenen Freistellungsmethode in Bezug auf Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen in den Nichtbetriebsstättenfällen mit sich, wenn die Anwendung der Anrechnungsmethode im DBA angeordnet wird, wie es z.B. beim DBA Deutschland-Spanien und beim DBA Deutschland-Schweiz der Fall ist⁶⁸.

- Die vorrangige Anwendung des Art. 6 auch in den Betriebsstättenfällen: Die WP9 hat den Vorrang des Art. 6 vor Art. 7 auch in den Betriebsstättenfällen bestätigt⁶⁹:

“The right to tax of the State of source is given priority over other rights to tax and (...) this rule is applied above all where, in the case of a business undertaking or of non-industrial or non-commercial activity, income is only indirectly derived from immovable property. This does not prevent income from immovable property, when derived through a permanent establishment, from being taxed as income of an enterprise“.

Nach dieser Formulierung, die die aktuelle Fassung des OECD-MK ebenfalls fast wortgleich übernimmt⁷⁰, überwiegt Art. 6 gegenüber Art. 7 allgemein, also sowohl in den Betriebsstätten- als auch in den Nichtbetriebsstättenfällen. Es steht aber nach dem zweiten Satz der oben zitierten Passage und des OECD-MK den Staaten frei, Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen einer Betriebsstätte in Art. 7 zuzuordnen und nach dem Betriebsstättenstaatsprinzip zu behandeln. Dies hängt damit zusammen, dass sowohl Art. 6 als auch der das Betriebsstättenstaatsprinzip enthaltene Art. 7 Abs. 1 Satz 2 das Besteuerungsrecht dem Quellenstaat zuweisen. Da Betriebsstätten- und Belegenheitsstaat in den Betriebsstättenfällen zusammenfallen, führt die Zuweisung des Besteuerungsrechts zum Betriebsstät-

62 Siehe zunächst die Berichte vom April 1927 und Oktober 1928: LoN, C.216.M.85., in: Legislative History, S. 10(4124) und LoN, C.562.M.178.1928.II., in: Legislative History, S. 7(4161). Den Vorrang der Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen sahen dagegen die Musterabkommen 1933 und 1935 vor. Vgl. LoN, C.399.M.204.1933.II.A., in: Legislative History, S. 4(4244) und LoN, C.252.M.124.1935.II.A., in: Legislative History, S. 5(4253). Die Mexiko (1943) und London (1946) Musterabkommen sahen wiederum in Einklang mit den Berichten 1927 und 1928 den Vorrang der Unternehmensgewinne vor. Vgl. LoN, C.88.M.88.1946.II.A., in: Legislative History, S. 12(4332).

63 FC/WP9(57)1, 28.10.1957.

64 FC/WP9(58)1, 03.09.1958.

65 TFD/FC/42, 23.09.1958.

66 FC/WP9(58)6, 05.11.1958, S. 3 Rn. 2 Satz 2 des Kommentars zum Musterartikel.

67 Rn. 4 Satz 2 Hs. 2 OECD-MK zu Art. 6 statt des Worts „guarantees“ wird aktuell das Wort „secures“ verwendet.

68 Vgl. ausführlicher I.1.

69 FC/WP9(58)6, 05.11.1958, S. 3 Rn. 2 Sätze 1 und 2.

70 Vgl. Rn. 4 Sätze 1 und 2 Hs. 1 OECD-MK zu Art. 6 statt des Worts „taxed“ ist das Wort „treated“ verwendet. Zudem ist aktuell das Wort „enterprise“ verwendet, um eine Angleichung mit der Verwendung dieses Begriffs in Art. 6 Abs. 4 und Art. 7 zu schaffen.

tenstaat zum gleichen Ergebnis wie die Zuweisung zum Belegenheitsstaat, nämlich zu einer Quellenbesteuerung der Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen. Dies entspricht auch der oben erläuterten Zwecksetzung des Belegenheitsstaatsprinzips⁷¹, die Quellenbesteuerung der Einkünfte aus Art. 6 zu ermöglichen, weil die Einkunftsquelle, nämlich das unbewegliche Vermögen, eine sehr enge wirtschaftliche Verbindung mit dem Territorium des Belegenheitsstaats aufweist. Ob dies über die Anwendung des Art. 6 oder des Art. 7 erfolgt, ist gleichgültig⁷². Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass Art. 6 Abs. 4 die Besteuerung der Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen zwar ermöglicht, aber keinen absoluten Vorrang des Belegenheitsstaatsprinzips vor dem Betriebsstättenstaatsprinzip ausspricht⁷³.

4. Die vertretenen Ansichten zur Natur des Verhältnisses zwischen Art. 6 und 7 OECD-MA unter Geltung des Art. 6 Abs. 4 OECD-MA

Die Frage nach der Natur des Verhältnisses zwischen Art. 6 und 7 hat bisher die Literatur intensiv beschäftigt. Im Folgenden unternimmt der Verfasser den Versuch, die vielfältigen Ansichten in der Literatur bzgl. der Natur des Verhältnisses zwischen Art. 6 und 7 unter Geltung des Art. 6 Abs. 4 zusammenzufassen. Sie beziehen sich wesentlich auf die Rechtsfolgen, die mit einer exklusiven, gleichzeitigen oder ergänzenden Anwendung von Art. 6 und Art. 7 verbunden sein können.

- Der OECD-MK zu Art. 6 spricht sich (nach einer Literaturauffassung⁷⁴) für eine Idealkonkurrenz zwischen den strittigen Verteilungsnormen aus. Art. 6 und 7 bilden danach zwei unabhängige Rechtskreise, die nebeneinander zur Anwendung kommen, wenn sie tatbestandsmäßig erfüllt werden. In den Fällen, in denen sowohl Art. 6 als auch Art. 7 tatbestandsmäßig erfüllt sind, finden alle Rechtsfolgen der Art. 6 und 7 gleichzeitig Anwendung.
- Reimer⁷⁵ vertritt die Auffassung, dass Art. 6 Abs. 4 deklaratorischer Bedeutung sei. Der Vorrang des Art. 6 vor Art. 7 könne nämlich auch Art. 7 Abs. 4 entnommen werden. Des Art. 6 Abs. 4 bedürfte es mithin nicht. Deswegen sei zur Abgrenzung zwischen Art. 6 und 7 auf Art. 7 Abs. 4 abzustellen. Dieser sehe den Vorrang der anderen Verteilungsnormen – und darunter des Art. 6 – nur insoweit vor, als ihre Rechtsfolgen reichen. Im Übrigen sei Art. 7 anwendbar. Da Art. 6 nur Rechtsfolgen bzgl. der Zuweisung des Besteuerungsrechts enthalte, bleibe Art. 7 im Übrigen anwendbar.
- Eine Alternative besteht darin, dass Art. 6 Abs. 4 nur eine Rechtsfolgenverweisung normiert. Damit ist gemeint, dass Art. 7 auf Einkünfte, die in den Überschneidungsbereich fallen, zwar angewandt werde, er erfahre aber mittels Art. 6 Abs. 4 die speziellere Rechtsfolge des Art. 6, nämlich die Besteuerung im Belegenheitsstaat. Im Übrigen bleiben die Rechtsfolgen des anzuwendenden Art. 7 unangetastet. M.a.W. wendet man Art. 7 insoweit an, als die Rechtsfolgen des spezielleren Art. 6 nicht reichen (Spezialitätsverhältnis in Form einer Rechtsfolgenverweisung)⁷⁶.
- Eine Reihe von Autoren spricht unscharf von einem „Vorrang“ von Art. 6 vor Art. 7, ohne weitere Anhaltspunkte über die Natur dieses Verhältnisses zu geben⁷⁷.

- Im Vordringen befindet sich schließlich die Auffassung für ein Exklusivverhältnis zwischen Art. 6 und 7 im Bereich sämtlicher Rechtsfolgen⁷⁸. Danach sehe Art. 6 Abs. 4 nicht nur den Vorrang der Verteilungswirkungen des Art. 6 vor Art. 7 vor, sondern er bestätige auch die grundsätzliche Verdrängung des Betriebsstättenstaatsprinzips durch das Belegenheitsstaatsprinzip. Ein Zusammentreffen der in Art. 6 und 7 vorgesehenen Rechtsfolgen scheidet nach dieser Auffassung insofern aus. Nach Vertretern dieser Auffassung finden z.B. die AOA-Grundsätze keine Anwendung auf Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen, auch wenn diese über eine im Belegenheitsstaat gelegene Betriebsstätte erzielt werden⁷⁹: „The rules in Arts. 7(2) to (6) do not apply to income governed by Art. 6“.

5. Eigene Auffassung und Implikationen für die Anwendbarkeit der AOA-Grundsätze auf Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen eines Unternehmens

Von diesen Ansichten bzgl. der Natur des Verhältnisses zwischen Art. 6 und 7 hat die Theorie eines Exklusivverhältnisses zwischen sämtlichen Rechtsfolgen die größte praktische Bedeutung. Beispielhaft ist, dass sie die Anwendbarkeit der AOA-Grundsätze (Art. 7 Abs. 2) auf Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen ausschließt. Die nachfolgenden Ausführungen werden demgegenüber eine andere Einordnung vorschlagen und Argumente für die Anwendbarkeit der AOA-Grundsätze (Art. 7 Abs. 2) auf Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen, die über eine Betriebsstätte erzielt werden, vorbringen.

Die detaillierte Analyse im zweiten Abschnitt des Beitrags hat bewiesen, dass es sich beim Verhältnis zwischen Art. 6 und 7

71 Vgl. II.2.a).

72 Die aktuelle Judikatur des Conseil d'État hat unter dieser Prämisse für Mieteinkünfte und die damit verbundenen Betriebsausgaben eines italienischen Unternehmens aus französischem Grundbesitz Art. 7 zur Anwendung gebracht, weil es unbeachtlich sei, ob Art. 6 oder 7 angewandt wird, wenn das Besteuerungsrecht dem Belegenheitsstaat zugewiesen wird. Vgl. Conseil d'État, 05.04.2013, No. 349741, Mercurio SPA, Droit Fiscal 2013, Heft 46, Nr. 512. Dazu *Vimitskiy* (Fn. 54), Art. 6 Tz. 5.1.2.7.

73 *Variychuk*, in: Maisto, *Immovable Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 2015, S. 87 (90).

74 Rn. 4 Satz 2 Hs. 1 OECD-MK zu Art. 6: “This does not prevent income from immovable property, when derived through a permanent establishment, from being treated as income of an enterprise”. Vgl. *Reimer* (Fn. 35), Art. 6 Rn. 200.

75 *Reimer* (Fn. 35), Art. 6 Rn. 201. Zu Art. 6 Abs. 4 als eine deklaratorische Vorschrift angesichts des Bestehens von Art. 7 Abs. 4 siehe grundlegend *Arnold*, BIT 2006, S. 5 (6 Fn. 7); a.A. *Papotti/Saccardo*, BIT 2002, S. 516 (519), die Art. 7 Abs. 4 als deklaratorisch ansehen.

76 Vgl. *Reimer* (Fn. 35), Art. 6 Rn. 200; anscheinend so, ohne sich auf eine Rechtsfolgenverweisung zu berufen *Kessler/Arnold*, ISR 2014, S. 9 (10 Fn. 15); a.A. *Rust* (Fn. 19), S. 85 (98 f.), wonach die Stellung von Art. 6 vor Art. 7 gegen ein Spezialitätsverhältnis spricht.

77 *Arnold*, BIT 2006, S. 5 (6); *Günkel*, StBj 1998/99, S. 143 (149) m.w.N.; *Ege*, in: FS Haas, 1996, S. 101 (105); siehe auch *Hemmelrath* (Fn. 22), Art. 7 Rn. 170, der vom „Prinzip der Subsidiarität der Unternehmensgewinne“ spricht.

78 Grundlegend *Papotti/Saccardo*, BIT 2002, S. 516 (517 ff.); *Wassermeyer* (Fn. 31), Art. 6 Rn. 102; *Lieber* (Fn. 36), Art. 6 Rn. 97; *Fischer* (Fn. 48), Art. 6 Rn. 351; *Galke/Haase* (Fn. 52), Art. 6 Rn. 95; *Frotscher*, *Internationales Steuerrecht*, 4. Aufl. 2015, Rn. 868; *Scandone/Pappalardo*, *Intertax* 2009, S. 223 (232). So auch die deutsche Rechtsprechung ohne nähere Begründung vgl. BFH v. 23.10.1996 – I R 10/96, BStBl. II 1997, S. 313 (314).

79 *Papotti/Saccardo*, BIT 2002, S. 516 (519).

um ein tatbestandliches Zusammentreffen (Normenkonflikt) der Normen hinsichtlich der passiven betrieblichen Nutzung unbeweglichen Vermögens durch ein Unternehmen handelt. Zudem haben Art. 6 und 7 widersprechende Rechtsfolgen bzgl. der Zuteilung des Besteuerungsrechts und (in manchen DBA) der Anwendung der Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in den Nichtbetriebsstättenfällen. Damit sind die zwei Voraussetzungen für das Vorliegen eines Normenkonflikts zwischen Art. 6 und 7 erfüllt, nämlich das tatbestandliche Zusammentreffen und die unterschiedlichen Rechtsfolgen.

Um die widersprüchliche Qualifikation der Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen durch die Staaten und eventuell die Doppelnichtbesteuerung dieser zu vermeiden, muss nur eine der konfligierenden Rechtsfolgen zum Zuge kommen, wie sich historisch am Beispiel der *Rafaella*-Entscheidung erwiesen hat. Deswegen muss dieser Normenkonflikt gelöst werden. Dies erfolgt allgemein durch Anwendung von Konfliktlösungsregeln. Die rechtlichen Auswirkungen dieser Konfliktlösung können jedoch unterschiedlich sein und sind in dem jeweiligen Kontext zu ermitteln⁸⁰. Z.B. kommen einerseits die Verdrängung oder die Nichtigkeit der kollidierenden Norm in Betracht, andererseits die Anordnung eines bloßen Anwendungsvorrangs, wobei die vorrangig anzuwendende Norm angewandt wird, ohne dass die Anwendbarkeit der nachrangig anzuwendenden Norm ausgeschlossen wird.

Da es beim Verhältnis zwischen Art. 6 und 7 eine geschriebene Norm gibt, die den Konflikt zwischen diesen Vorschriften löst, nämlich Art. 6 Abs. 4, ist auf die darin enthaltene rechtliche Auswirkung der Konfliktlösung abzustellen. Art. 6 Abs. 4 enthält, wie bereits angedeutet⁸¹, eine positive Anwendungsanordnung und besagt nur, dass Art. 6 Abs. 1 und 3 vorrangig angewandt wird, nicht aber, dass die Anwendbarkeit des Art. 7 von vornherein ausgeschlossen ist.

Ein Vergleich der Formulierung in Art. 6 Abs. 4 mit der folgenden Formulierung des Art. 2 des Musterabkommens 1933 macht diesen Befund deutlich: „Der Begriff Unternehmensgewinne umfasst folgende Einkunftsarten nicht: (a) Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen“⁸². Nach dieser Formulierung stellen Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen nie Unternehmensgewinne dar⁸³. Eine Anwendbarkeit der Verteilungsnorm für die Unternehmensgewinne (Art. 7) scheidet damit von vornherein aus.

Die heutige Formulierung des Art. 6 Abs. 4 besagt dagegen etwas anderes: Wenn Unternehmensgewinne gleichzeitig Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen darstellen (davon geht ja Art. 6 Abs. 4 aus!), kommt Art. 6 Abs. 1 und 3 und nicht Art. 7 zur Anwendung (Anwendungsanordnung)⁸⁴. Art. 6 Abs. 4 akzeptiert also die tatbestandliche Überschneidung zwischen Art. 6 und 7 und löst diese bei den Rechtsfolgen auf. Dann aber löst Art. 6 Abs. 4 das Konfliktverhältnis zwischen Art. 6 und 7 nur insoweit, als dieses reicht. Ein Konfliktverhältnis reicht aber im Allgemeinen nur insoweit, als die tatbestandsmäßig gleichzeitig anwendbaren Normen unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen. Fehlt es daran, sind dann die Normen als parallele Rechtskreise anzusehen, die gleichzeitig anwendbar sind.

Art. 6 und 7 erfahren nur bei der Zuweisung des Besteuerungsrechts unterschiedliche Rechtsfolgen und abhängig von der DBA-Regelung bei der Anwendung der Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung. Art. 6 enthält hingegen keine Re-

gelung über die Gewinnzuordnung, die mit der Regelung des Art. 7 Abs. 2 konfligieren könnte. Mangels eines Normenkonflikts bzgl. der in Art. 7 Abs. 2 angeordneten Rechtsfolge finden also Art. 6 und 7 parallel Anwendung. Nach all dem sollten konsequenterweise die AOA-Grundsätze (Art. 7 Abs. 2) auch bei Einkünften aus unbeweglichem Vermögen Anwendung finden, die über eine Betriebsstätte erzielt werden und trotzdem aufgrund der Anwendungsanordnung des Art. 6 Abs. 4 von Art. 6 erfasst sind⁸⁵.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

- (1) Ausgehend von einem sehr weiten Begriff der Unternehmensgewinne, der auch passive Einkünfte beinhalten kann, und von einer restriktiven Auslegung des Begriffs „Nutzung“ in Art. 6 Abs. 3, der die aktive betriebliche Nutzung unbeweglichen Vermögens nicht beinhaltet, hat der zweite Abschnitt des Beitrags den Überschneidungsbereich zwischen Art. 6 und 7 konkretisiert. Konkret treffen die strittigen Vorschriften nur dann zusammen, wenn ein Unternehmen passive Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen erzielt. Das sind z.B. Einkünfte aus der Vermietung unbeweglichen Vermögens oder aus der Überlassung von Nutzungsrechten daran. Insoweit ergibt sich das Bedürfnis einer Abgrenzung zwischen Art. 6 und 7 in diesen Fällen.
- (2) Der dritte Abschnitt des Beitrags widmet sich dem Verhältnis zwischen Art. 6 und 7. Durch einen historischen Überblick wird gezeigt, wie das OECD-MA dieses Verhältnis über den Erlass der Konfliktlösungsregel des Art. 6 Abs. 4 behandelt. Dabei wird auch die Bedeutung dieser Vorschrift beleuchtet, die darin besteht, Qualifikationskonflikte und damit die Doppelnichtbesteuerung von Einkünften zu vermeiden. Die Anwendung des Art. 6 statt des Art. 7 bedeutet ferner für viele deutsche DBA (wie z.B. das DBA mit Spanien und der Schweiz) die Anwendung der Anrechnungsmethode statt der (bei Einkünften des Art. 7 anzuwendenden) Freistellungsmethode bei den Nichtbetriebsstättenfällen.
- (3) In einem nächsten Schritt wird die Natur dieses Verhältnisses untersucht. Der Verfasser kommt zum Ergebnis, dass es sich zwischen Art. 6 und 7 um ein Konfliktverhältnis handelt, das über die Anwendung des Art. 6 Abs. 4 aufgelöst wird. Demnach erhält Art. 6 den Vorrang vor Art. 7, soweit deren Rechtsfolgen miteinander nicht verträglich sind (also nur bzgl. der Zuweisung des Besteuerungsrechts und der Anwendung der Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, falls das DBA für Einkünfte aus Art. 6 die An-

80 Vranes, ZaöRV 2005, S. 391 (398).

81 Vgl. III.3.

82 Hervorhebung und Übersetzung des Verfassers. Zum Musterabkommen 1933 siehe Fn. 62.

83 So auch der BFH „Keine Gewinne i.S. des Art. 7“. Siehe den Nachweis in Fn. 78.

84 Reimer, in: Lang u.a., Source versus Residence, 2008, S. 1 (3 f.).

85 Reimer (Fn. 35), Art. 6 Rn. 208; Arnold, BIT 2006, S. 5 (14 f.); Kessler/Arnold, ISR 2014, S. 9 (10 Fn. 15); a.A. Papotti/Saccardo, BIT 2002, S. 516 (519); Scandone/Pappalardo, Intertax 2009, S. 223 (232); Fischer (Fn. 48), Art. 6 Rn. 356; abstellend auf die Nutzungsart Kerssenbrock/Wagner (Fn. 33), Art. 6 Rn. 97 f.

wendung einer anderen Methode als diejenige anordnet, die für Einkünfte aus Art. 7 gilt). Im Übrigen kann Art. 7 weiterhin zur Anwendung kommen. Insofern sind z.B. die

AOA-Grundsätze auch auf Einkünfte des Art. 6 anwendbar, soweit und solange diese über eine Betriebsstätte erzielt werden.



Peer Review

Kristin Kalies, Bochum*

Ertragsteuerliche Vorteilhaftigkeit der Aktienfondsanlage im Vergleich zur Aktiendirektanlage im Privatvermögen unter Unsicherheit

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Steuerrechtliche Grundlagen und temporäre Belastung der Vorabpauschale
- III. Dynamisches Modell
 1. Modellannahmen
 2. Endvermögen und Nachsteuerrenditen der Anlagealternativen
 - a) Aktienfondsanlage
 - b) Aktiendirektanlage
- IV. Effektive Belastung der Vorabpauschale unter Sicherheit
- V. Ertragsteuerliche Vorteilhaftigkeitsanalyse der Anlagealternativen unter Unsicherheit
 1. Modellannahmen für die Monte-Carlo-Simulation
 2. Simulationsergebnisse im Gewinnfall
 - a) Ausgangskonstellation
 - b) Variation der Dividendenrendite
 - c) Variation des Betrachtungszeitraums
 - d) Variation der Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite
 3. Simulationsergebnisse im Verlustfall
 - a) Ausgangskonstellation
 - b) Variation der Dividendenrendite
 - c) Variation des Betrachtungszeitraums
 - d) Variation der Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite
 4. Simulationsergebnisse unter Berücksichtigung von Kosten
- VI. Fazit

Zum 1.1.2018 trat das Investmentsteuerreformgesetz in Kraft. Eine wesentliche Neuerung ist die getrennte Besteuerung von Investmentfonds und ihrer Anleger, durch die steuerliche Vorteile in Gestalt von Steuerstundungseffekten erzielt werden können. Diese Steuerstundungseffekte werden durch die Vorabpauschale beschränkt. Dieser Beitrag untersucht die Wirkung der Vorabpauschale und die steuerlichen Vorteile der Aktienfondsanlage gegenüber der direkten Aktienanlage im Privatvermögen unter Unsicherheit im Rahmen einer Monte-Carlo-Simulation. Die Simulationsergebnisse zeigen, dass die Effekte der Vorabpauschale und die steuerlichen Vorteile des Investmentfonds von der Wertentwicklung des Fonds abhängen.

The reform of the German Investment Tax Act came into force on 1 January 2018. As a significant novelty the separate taxation

of investment funds and their investors may generate benefits in form of tax deferral effects. These tax deferrals are limited by the so-called Vorabpauschale. This article researches both the effect of this Vorabpauschale and the tax benefits of the fund investment in comparison to the direct share investment in private property under uncertainty. The research of both investment alternatives is carried out as part of a Monte Carlo Simulation. The simulation results show that the effects of the Vorabpauschale and the tax advantages of the investment fund depend on its accretion.

I. Einleitung

Mit Inkrafttreten des neuen InvStG am 1.1.2018 wurde das durch den Grundsatz der eingeschränkten Transparenz geprägte Besteuerungssystem¹ für Publikums-Investmentfonds durch ein stärker am Trennungsprinzip orientiertes Besteuerungsverfahren ersetzt. Infolge der getrennten Besteuerung von Investmentfonds und ihrer Anleger können durch die Thesaurierung von Fondserträgen Steuerstundungseffekte auf Ebene des Anlegers erzielt werden. Diesem Effekt wirkt die Besteuerung der Vorabpauschale beim Anteilseigner jedoch entgegen, die sich auf Grundlage des Basiszinses i.S.d. § 18 Abs. 4 InvStG bzw. tatsächlicher Wertsteigerungen des Aktienfonds bestimmt.

Im Vergleich zur Aktiendirektanlage im Privatvermögen ergeben sich für Investmentfonds maßgebliche steuerliche Unterschiede, die sich zum einen aus der Körperschaftsteuerpflicht des Investmentfonds und zum anderen aus der unterschiedlichen Besteuerung von Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinnen auf Ebene des Aktienfonds ergeben.² Kalies/Müller/Taqi (2018) zeigen unter Anwendung eines dynamischen Modells, dass die steuerliche Vorteilhaftigkeit der Anlagealternativen von dem Dividenden- und Kursgewinnanteil, der Kursgewinn-Realisationsquote, der Höhe der Vorsteuerrendite, dem Umfang der Fondsausüttung und dem Betrachtungszeitraum abhängig ist. Durch die im Vergleich zur Ak-

* Kristin Kalies, M.Sc., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Ruhr-Universität Bochum.

1 Siehe bspw. Dyckmans, Ubg 2015, 531.

2 Zu den Wirkungen des Investmentsteuerreformgesetzes auf im Privatvermögen gehaltene Fondsanteile s. Elser, CF 2016, 141. Zur Vorteilhaftigkeit zwischen im Privatvermögen gehaltenen Aktiendirekt- und Aktienfondsanlagen vor dem 1.1.2018 s. Dietrich/Kiesewetter, ZBB 2009, 337.

tiendirektanlage asymmetrische Besteuerung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen beim Aktienfonds besteht durch die Steuerfreiheit der Veräußerungsgewinne grundsätzlich ein steuerlicher Vorteil der Aktienfondsanlage für realisierte Kursgewinne, wohingegen Dividenden bei der Aktienfondsanlage durch die Ertragsbesteuerung auf Fonds- und Anteilseignerebene im Vergleich zur Aktiendirektanlage höher besteuert werden. Aufgrund des bei der Besteuerung der Aktienfondsanlage zur Anwendung kommenden Trennungsprinzips kann durch Gewinnthesaurierung ein temporärer steuerlicher Vorteil in Form eines Steuerstundungseffekts erzielt werden, sofern die Fondsrendite eine bestimmte Relation zu dem für die Berechnung der Vorabpauschale maßgeblichen Basiszins überschreitet. Der Steuerstundungseffekt der Gewinnthesaurierung im Fonds nimmt mit steigender Vorsteuerrendite und längerem Thesaurierungszeitraum zu.³

Bislang ist jedoch offen, welche Wirkung Wertschwankungen und Verluste auf die ertragsteuerliche Vorteilhaftigkeit der Anlagealternativen haben, u.a., da Wertsteigerungen von Investmentfonds bereits vor Realisation der Veräußerungsgewinne in Höhe der angesetzten Vorabpauschalen besteuert werden, wodurch ein negativer Zeiteffekt ausgelöst wird. Da es in Jahren mit positiven Wertentwicklungen zum Ansatz der Vorabpauschale kommt, dagegen negative Wertentwicklungen unberücksichtigt bleiben, ist es möglich, dass Wertsteigerungen der Fondsanteile über deren Haltedauer bis zu ihrer Veräußerung mehrfach durch den Ansatz der Vorabpauschale besteuert werden. Vor allem bei sehr volatilen Wertentwicklungen des thesaurierenden Investmentfonds dürfte dies zu Zinsnachteilen führen. Ziel des Beitrags ist daher die Quantifizierung der effektiven Belastung der Vorabpauschale und die Untersuchung der ertragsteuerlichen Vorteilhaftigkeit von Aktienfondsanlagen im Vergleich zur direkten Aktienanlage insbesondere unter Einbezug von Verlusten und Wertschwankungen.

Zu Beginn des Beitrags werden die Regelungen zur Besteuerung von Aktienfonds kurz beschrieben⁴ und die Wirkung der Vorabpauschale in Form einer temporären Durchschnittssteuerbelastung bezogen auf die tatsächliche Wertsteigerung des Aktienfonds analysiert, wobei Zeit- bzw. Zinseffekte zunächst unberücksichtigt bleiben. Anschließend wird unter Verwendung eines dynamischen Modells der Einfluss der Vorabpauschale auf die nachsteuerliche Rendite der Aktienfondsanlage bei Wertschwankungen beispielhaft anhand einzelner deterministischer Renditereihen bestimmt. Im Rahmen einer Monte-Carlo-Simulation wird geprüft, ob die identifizierten Effekte Einfluss auf die ertragsteuerliche Vorteilhaftigkeit von Aktienfonds gegenüber der direkten Aktienanlage haben.

II. Steuerrechtliche Grundlagen und temporäre Belastung der Vorabpauschale

Inländische Investmentfonds unterliegen mit ihren inländischen Beteiligungseinnahmen, inländischen Immobilienerträgen und sonstigen inländischen Einkünften der Körperschaftsteuer (§ 6 Abs. 1 und 2 InvStG). Die Einkünfte des Investmentfonds sind als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu ermitteln (§ 6 Abs. 7 S. 1 InvStG), wobei bei Einkünften, die einem Steuerabzug unterliegen, der Abzug von Werbungskosten und eine Verrechnung mit negativen Einkünften ausgeschlossen sind (§ 6 Abs. 7 S. 3 InvStG). Obwohl

die vom Quellensteuerabzug mit Kapitalertragsteuer betroffenen inländischen Kapitalerträge grundsätzlich sowohl Gewinnausschüttungen als auch Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen an Körperschaften umfassen (§ 43 Abs. 1 EStG), gelten bei Investmentfonds nur Gewinnausschüttungen aus Beteiligungen an inländischen Körperschaften als inländische Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3 InvStG). Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen an Körperschaften sind für Investmentfonds steuerfrei. Kapitalertragsteuerpflichtige Gewinnausschüttungen aus Beteiligungen an inländischen Körperschaften werden bei dem Investmentfonds auf Basis der Vorsteuererträge besteuert. Die Kapitalertragsteuer beträgt für Investmentfonds 15 % des Kapitalertrags. Bei Erhebung des Solidaritätszuschlags mindert sich die Kapitalertragsteuer in der Höhe, dass die Summe aus der geminderten Kapitalertragsteuer und dem Solidaritätszuschlag 15 % beträgt (§ 7 Abs. 1 InvStG). Mit dem Kapitalertragsteuerabzug i.H.v. 15 % sind die Körperschaftsteuer und der Solidaritätszuschlag abgegolten (§ 7 Abs. 2 InvStG).⁵ Die Steuerbelastung inländischer Beteiligungseinnahmen für Investmentfonds entspricht damit der regulären Körperschaftsteuerbelastung i.H.v. 15 % (§ 23 Abs. 1 KStG). Der Investmentfonds ist von der Gewerbesteuer befreit, soweit er vorrangig Vermögen verwaltet und seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet (§ 15 Abs. 2 InvStG).

Auf Anlegerebene findet eine Pauschalbesteuerung der Investorerträge Anwendung. Nach § 16 Abs. 1 InvStG umfassen die Investorerträge die Ausschüttungen des Investmentfonds nach § 2 Abs. 11 InvStG, Vorabpauschalen nach § 18 InvStG und Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen nach § 19 InvStG. Ausschüttungen sind die dem Anleger gezahlten oder gutgeschriebenen Beträge einschließlich des Steuerabzugs auf den Kapitalertrag (§ 2 Abs. 11 InvStG). Die Vorabpauschale ist der Betrag, um den die Ausschüttungen eines Investmentfonds innerhalb eines Kalenderjahres den Basisertrag für dieses Kalenderjahr unterschreiten (§ 18 Abs. 1 S. 1 InvStG). Der Basisertrag ermittelt sich aus der Multiplikation des Rücknahmepreises⁶ des Investmentanteils zu Beginn des Kalenderjahres mit 70 % des Basiszinses i.S.d. § 18 Abs. 4 InvStG⁷, ist jedoch auf den Mehrbetrag begrenzt, der sich zwischen dem ersten und dem letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis zzgl. der Ausschüttungen innerhalb des Kalenderjahres ergibt (§ 18 Abs. 2 S. 2 und 3 InvStG). Der Ansatz einer negativen Vorabpauschale ist ausgeschlossen.⁸ Die Vorabpauschale gilt am ersten Werktag des folgenden Kalenderjahres als zugeflossen (§ 18 Abs. 3 InvStG).⁹ Für Investmentanteile, die nicht in einem Betriebsvermögen gehalten

3 Siehe Kalies/Müller/Taqi, ZBB 2018, 67.

4 Siehe bspw. Kußmaul/Patzner/Kloster/Minh Bui, Ubg 2016, 596.

5 Eine Erstattung der Kapitalertragsteuer ist grundsätzlich nicht vorgesehen.

6 Wird kein Rücknahmepreis festgesetzt, tritt der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises (§ 18 Abs. 1 S. 4 InvStG).

7 Der Basiszins wird aus der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen abgeleitet und basiert auf dem Zinssatz, den die Deutsche Bundesbank anhand der Zinsstrukturdaten jeweils auf den ersten Börsentag des Jahres errechnet (§ 18 Abs. 4 S. 1 und 2 InvStG).

8 BT-Drucks. 18/8045, 89.

9 Vgl. zur steuerlichen Behandlung der Vorabpauschale während der Haltedauer der Fondsanteile ausführlich Kußmaul/Kloster, Ubg 2016, 672.

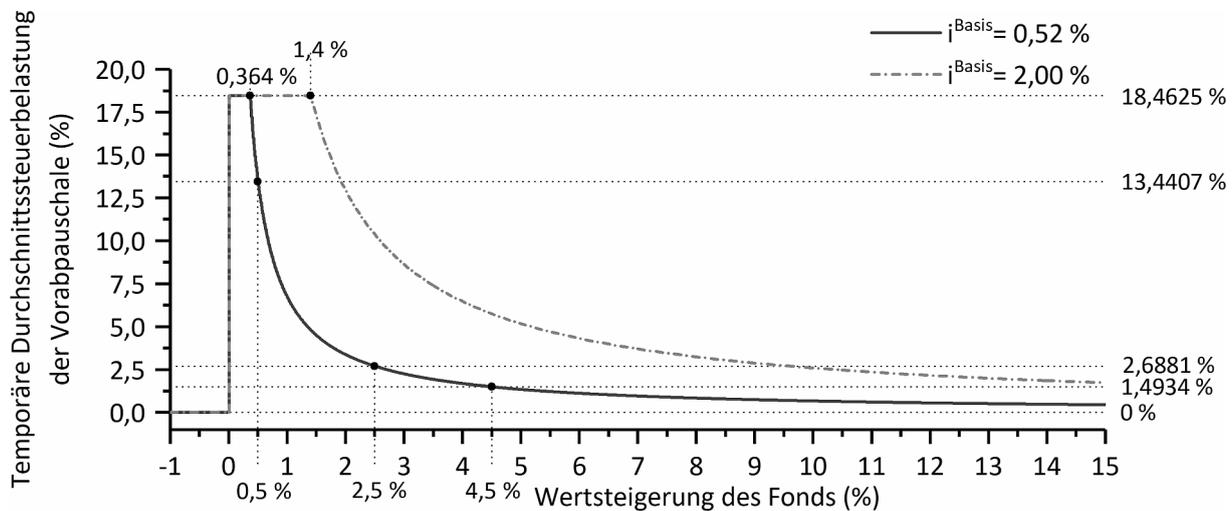


Abbildung 1: Temporäre Durchschnittssteuerbelastung der Vorabpauschale bezogen auf die tatsächliche Wertsteigerung des Fonds für Basiszinssätze i.H.v. 0,52 % und 2 %

werden, ergibt sich der Veräußerungsgewinn aus dem Veräußerungspreis abzgl. der Veräußerungsaufwendungen und der Anteilsanschaffungskosten sowie abzgl. der während der Besitzzeit angesetzten Vorabpauschalen (§ 19 Abs. 1 S. 3 InvStG i.V.m. § 20 Abs. 4 S. 1 EStG). Durch den Abzug der Vorabpauschalen kann es zu steuerlichen Verlusten kommen.¹⁰ Entsteht bei der Veräußerung des Investmentanteils ein Veräußerungsverlust, kann dieser gem. § 20 Abs. 6 EStG nicht mit den Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Er vermindert jedoch die Einkünfte, die der Anteilseigner in den folgenden Veranlagungszeiträumen aus Kapitalvermögen erzielt. Bei der Besteuerung der Investmenterträge beim Anteilseigner wird die ertragsteuerliche Vorbelastung auf Ebene des Investmentfonds pauschal durch eine Teilfreistellung gem. § 20 InvStG berücksichtigt, die u.a. vom Fondstyp¹¹ und von der steuerlichen Zuordnung zu einem Privat- oder Betriebsvermögen abhängig ist. Ist der Anteilseigner eine natürliche Person, die die Investmentanteile im Privatvermögen hält (§ 20 Abs. 1 S. 1 InvStG), beträgt die Freistellung für Aktienfonds¹² 30 %. Die Investmenterträge aus dem Aktienfonds stellen für den privaten Anteilseigner Einkünfte aus Kapitalvermögen dar (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG) und unterliegen der Abgeltungsteuer i.H.v. 25 % (§ 32d Abs. 1 S. 1 EStG).

Die Ausgestaltung des § 18 InvStG führt dazu, dass es in Abhängigkeit von der Wertsteigerung eines thesaurierenden Aktienfonds zu unterschiedlichen Belastungsbereichen durch die Vorabpauschale kommt. Zur Veranschaulichung dieser Bereiche dient die *Abbildung 1*, die die temporäre Durchschnittssteuerbelastung durch die Vorabpauschale¹³ bezogen auf die tatsächliche Wertsteigerung des Fonds darstellt.

Erzielt der Fonds eine negative Wertsteigerung, wird keine Vorabpauschale angesetzt. Die temporäre Durchschnittssteuerbelastung beträgt dementsprechend 0 %. Bei einer positiven Wertentwicklung bis zu 70 % des maßgeblichen Basiszinses beträgt die Durchschnittssteuerbelastung durch die Vorabpauschale konstant 18,4625 %. Eine darüber hinausgehende Wertsteigerung des Fonds ändert zwar nichts an der absoluten Höhe der Vorabpauschale, die auf 70 % des jeweils geltenden Basiszinses beschränkt ist, jedoch ändert sich die Steuerbelastung bezogen auf die Wertsteigerung des Fonds. Da das Verhältnis der konstanten absoluten Steuerbelastung der Vor-

abpauschale zur Wertsteigerung abnimmt, sinkt die temporäre Durchschnittssteuerbelastung der Vorabpauschale mit steigendem Wertzuwachs. Der Graph der temporären Durchschnittssteuerbelastung der Vorabpauschale verläuft in diesem Bereich regressiv, so dass anfänglich geringe Wertsteigerungen zu einer starken Minderung der Belastung führen. So führt beispielsweise bei dem für das Jahr 2019 geltenden Basiszins i.H.v. 0,52 % ein Anstieg der Wertsteigerung von 0,5 % auf 2,5 % zu einer Reduzierung der temporären Durchschnittssteuerbelastung von 13,4407 % auf 2,6881 % (Δ 10,7526 Prozentpunkte), wohingegen ein weiterer Anstieg um 2 Prozentpunkte auf 4,5 % lediglich eine Senkung der temporären Durchschnittssteuerbelastung auf 1,4934 % zur Folge hat (Δ 1,1947 Prozentpunkte). Bei sehr hohen Wertsteigerungen nähert sich die relative Bedeutung der Vorabpauschale null an.

Da die Wertsteigerungen des Fonds in Höhe der während der Besitzzeit angesetzten Vorabpauschalen bereits vor der Realisation des Veräußerungsgewinns besteuert werden, entsteht ein negativer Zins- bzw. Zeiteffekt, der sowohl von der Vorsteuerrendite des Fonds als auch vom Betrachtungszeitraum abhängig ist. Daher erfolgt anschließend die Quantifizierung des Zeiteffekts auf Basis von Beispielrechnungen, in denen unter Verwendung eines dynamischen Modells die Nachsteuerrenditen der Anlagealternativen bestimmt werden.

10 BT-Drucks. 18/8045, 90.

11 Das InvStG unterscheidet Dach-Investmentfonds (§ 2 Abs. 5 InvStG), Aktienfonds (§ 2 Abs. 6 InvStG), Mischfonds (§ 2 Abs. 7 InvStG) und Immobilienfonds (§ 2 Abs. 9 InvStG).

12 Aktienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegen (§ 2 Abs. 6 InvStG).

13 Der den Berechnungen zugrunde liegende (kombinierte) Ertragsteuersatz ermittelt sich als

$$\underbrace{0,25}_{\text{AbgSt}} \cdot \left(1 + \underbrace{0,055}_{\text{SolZ}}\right) \cdot \left(1 - \underbrace{0,3}_{\text{Teilfreistellung}}\right) = 0,184625.$$

III. Dynamisches Modell

1. Modelannahmen

Für die Analyse wird davon ausgegangen, dass Aktienfonds- und Aktiendirektanlage grundsätzlich eine identische Aktien-Portfoliozusammensetzung ausweisen. Beide Anlagealternativen erzielen damit die gleiche Rendite vor Steuern und Kosten, wobei die jeweilige Höhe der Dividenden- und Kursgewinnrenditen ebenfalls übereinstimmen. Bei beiden Anlagealternativen wird eine vollständige Gewinnrealisation unterstellt, wobei für Kursgewinne die Realisationsfrequenz variiert werden kann. Der Aktienfonds ist in Deutschland unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig und hält ausschließlich Aktien von inländischen Unternehmen. Als Kostenbestandteile werden ein Ausgabeaufschlag i.H.v. α beim Erwerb der Fondsanteile und periodisch anfallende Fondsverwaltungskosten i.H.v. β berücksichtigt. Beim Verkauf bzw. der Rückgabe der Fondsanteile fallen annahmegemäß keine Kosten an. Die Aktienfondsanteile werden erst am Ende des Betrachtungszeitraums durch den Anteilseigner veräußert bzw. zurückgegeben. Die einzige Ausnahme hiervon stellen die in dem für die Steuererhebung erforderlichen Umfang veräußerten Investmentanteile dar, auf die an späterer Stelle detaillierter eingegangen wird. Es wird vereinfachend unterstellt, dass sowohl Aktienfondsanteile als auch Aktien beliebig teilbar sind. Bei der Aktiendirektanlage wird angenommen, dass sowohl bei Erwerb als auch bei der Veräußerung Transaktionskosten i.H.v. γ anfallen. Die aus den Anlagealternativen zufließenden Erträge nach Steuern und Kosten werden annahmegemäß wieder in die gleiche Alternative reinvestiert. Die jeweils neu erworbenen Aktien weisen in beiden Fällen wiederum die gleichen Rendite- und Realisationsparameter auf.

Der Anleger ist eine in Deutschland unbeschränkt einkommensteuerpflichtige natürliche Person, die zu Beginn des Betrachtungszeitraumes ($t=0$) einmalig einen Geldbetrag i.H.v. Z anlegt. Die Kapitalanlage wird im Privatvermögen gehalten und unterliegt der Abgeltungsbesteuerung i.H.v. 26,375 % (inklusive Solidaritätszuschlag). Der Sparer-Pauschbetrag bleibt unberücksichtigt. Die Modellierung ist zeitlich diskret. Der Betrachtungszeitraum beträgt T Perioden. Alle Zahlungen einer Periode fallen vereinfachend am Ende der Periode an.

2. Endvermögen und Nachsteuerrenditen der Anlagealternativen

a) Aktienfondsanlage

Zunächst wird die nachsteuerliche Rendite auf Fondsebene für einen (vermögensverwaltenden) Aktienfonds mit inländischen Kapitalbeteiligungen gebildet, wobei sich die Vorsteuerrendite aus der kapitalertragsteuerpflichtigen Dividendenrendite (δ^r) und der steuerfreien Kursgewinnrendite¹⁴ (r_t^{KursG}) zusammensetzt. Die Rendite des Aktienfonds nach Ertragsteuern und nach der Ausschüttung i.H.v. φ stellt sich unter Berücksichtigung der periodisch auf das Aktienfondsvermögen erhobenen Verwaltungskosten i.H.v. β wie folgt dar:

$$(1) \quad r_t^{s;k} = \left(1 + \left(r_t^{KursG} + \delta_t^r \cdot (1 - s_{KSt})\right) \cdot (1 - \varphi)\right) \cdot (1 - \beta) - 1$$

Der Rücknahme- bzw. Veräußerungspreis (Wert) der Aktienfondsanteile aus dem einmalig angelegten Geldbetrag Z nach Abzug des Ausgabeaufschlags α am Ende der Periode t ergibt sich aus:

$$(2) \quad W_t^{vor VAP} = W_{t-1} \cdot \left(1 + r_t^{s;k}\right), \text{ wobei}$$

$$(3) \quad W_0 = \frac{Z}{1+\alpha}$$

Die als Investmentertrag zu versteuernde Vorabpauschale berechnet sich gem. § 18 InvStG als:

$$(4) \quad vap_t =$$

$$Max \left[Min \left[i^{Basis} \cdot 0,7 - \left(r_t^{KursG} + \delta_t^r \cdot (1 - s_{KSt})\right) \cdot \varphi, r_t^{s;k} \right], 0 \right]$$

Die auf die Vorabpauschale entfallende Abgeltungsteuer beträgt:

$$(5) \quad S_{AbgSt}^{VAP} = W_{t-1} \cdot vap_t \cdot 0,7 \cdot s_{AbgSt}$$

Die Ausgestaltung der Besteuerung der Vorabpauschale führt bei einer vollständigen Thesaurierung zu einer Liquiditätsbelastung des Anteilseigners, da unter Anwendung des InvStG die Investmentanteile verwahrende Stelle die Kapitalertragsteuer zu entrichten hat¹⁵ und diese vom Gläubiger der Kapitalerträge zur Verfügung zu stellen ist.¹⁶ Damit der Anteilseigner durch die Besteuerung der Vorabpauschale keine temporäre Liquiditätsbelastung erfährt, wird nachfolgend für Analysezwecke unterstellt, dass in dem für die Steuererhebung erforderlichen Umfang Investmentanteile veräußert werden (Veräußerungsquote x_t). Für die nach der Veräußerung verbleibenden Aktienfondsanteile ergibt sich zum Ende der Periode t ein Wert i.H.v.:

$$(6) \quad W_t = W_t^{vor VAP} \cdot (1 - x_t)$$

Die Veräußerungsquote x_t muss so bemessen sein, dass der Erlös aus der Veräußerung der Fondsanteile nach Ertragsteuern genau der Einkommensteuer auf die Vorabpauschale entspricht. D.h., dass der Veräußerungserlös vor Einkommensteuer so hoch sein muss, dass daraus die Einkommensteuer auf den Veräußerungsgewinn und auf die Vorabpauschale gezahlt werden kann:

$$(7) \quad VE_t = x_t \cdot W_t^{vor VAP} = S_{AbgSt}^{VG} + S_{AbgSt}^{VAP}$$

Zur Ermittlung der auf den steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn entfallenden Einkommensteuer ist neben dem Rücknahme- bzw. Veräußerungspreis (W_t) und den Anschaffungskosten auch der Wert der bis zum Veräußerungszeitpunkt angesetzten Vorabpauschalen zu berücksichtigen.

$$(8) \quad S_{AbgSt}^{VG} = x_t \cdot \left(W_t^{vor VAP} - (AK_t + VAP_t)\right) \cdot 0,7 \cdot s_{AbgSt}$$

Dabei bestimmen sich die für die Besteuerung des Veräußerungserlöses in der Periode t maßgeblichen Anschaffungskosten der Aktienfondsanteile unter Berücksichtigung der bereits zum Abzug gebrachten Anschaffungskosten aus:

$$(9) \quad AK_t = Z \cdot \prod_{j=1}^{t-1} (1 - x_j)$$

14 Die Kursgewinnrendite enthält sowohl unrealisierte (Wertsteigerungen) als auch realisierte (Veräußerungsgewinne) Aktienkursgewinne. In der Kursgewinnrendite könnten formal auch Zinseinnahmen erfasst werden, da Zinseinnahmen auf Ebene des Fonds ebenfalls körperschaftsteuerfrei sind.

15 § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 4 i.V.m. § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 EStG.

16 § 44 Abs. 1 S. 7 ff. EStG.

Die Summe aller während der Besitzzzeit angesetzten Vorabpau- schalen zum Zeitpunkt t, die noch nicht bei Anteilsveräußerun- gen zum Ansatz gebracht wurden, bestimmt sich wie folgt:

$$(10) VAP_t = \sum_{j=1}^{t-1} [W_{j-1} \cdot vap_j \cdot \prod_{h=j+1}^{t-1} (1 - x_h)]$$

Die Veräußerungsquote x ergibt sich damit aus:

$$(11) x_t = \frac{S_{AbgSt}^{VAP}}{W_t^{vor VAP} - (W_t^{vor VAP} - AK_t - VAP_t) \cdot 0,7 \cdot s_{AbgSt}}$$

Die Aktienfondsanteile werden am Ende des Betrachtungszeit- raums durch den Anteilseigner zurückgegeben bzw. veräußert. Da in der letzten Periode keine Vorabpau- schale zum Ansatz kommt, ergibt sich am Ende des Betrachtungszeitraums T für den Rücknahme- bzw. Veräußerungspreis (Wert) der Aktien- fondsanteile

$$(12) W_T = W_T^{vor VAP} = W_{T-1} \cdot (1 + r_T^{s;k})$$

Werden die Aktienfondsanteile veräußert, ergibt sich der Ver-äußerungsgewinn aus dem Veräußerungspreis abzgl. der An- teilsanschaffungskosten und der während der Besitzzzeit ange- setzten Vorabpau- schalen:

$$(13) VG_T = W_T - (AK_T + VAP_T)$$

Sofern bei der Veräußerung der Aktienfondsanteile ein Ver-äußerungsverlust entsteht, geht dieser für Analysezwecke am Ende des Betrachtungszeitraums unter und wird somit nicht im Endvermögen berücksichtigt. Das aus der Aktienfondsanla- ge resultierende Endvermögen nach Abgeltungsbesteuerung er- mittelt sich damit als:

$$(14) EV_T^s = W_T - Max [VG_T \cdot 0,7 \cdot s_{AbgSt}, 0]$$

Die Nachsteuerrendite der Aktienfondsanlage berechnet sich mittels Baldwin-Rendite¹⁷ aus:

$$(15) rB^{Basis} = \sqrt[T]{\frac{EV_T^s}{Z}} - 1$$

b) Aktiendirektanlage

Die Rendite der Aktiendirektanlage nach Dividendenzahlung sowie Ertragsteuern und vor Kursgewinnrealisation sowie Transaktionskosten ergibt sich aus:

$$(16) r_{s;t}^{Aktie} = r_t^{KursG} + \delta_t^r \cdot (1 - s_{AbgSt})$$

Unter Berücksichtigung der bei der Wiederanlage der Dividen- den anfallenden Transaktionskosten stellt sich die Rendite der Aktiendirektanlage vor Kursgewinnrealisation wie folgt dar:

$$(17) r_{s;k;t}^{Aktie} = r_t^{KursG} + \frac{\delta_t^r \cdot (1 - s_{AbgSt})}{1 + \gamma}$$

Kursgewinne werden annahmegemäß nach l Perioden vollstän- dig realisiert, so dass im Betrachtungszeitraum

$$\frac{T}{l} = U$$

Umschichtungen des Aktienportfolios stattfinden. Die Realisa- tion der Kursgewinne erfolgt unmittelbar nach der Dividen- denzahlung und vor Wiederanlage der Dividende. Für die erste Kursgewinnrealisation in der Periode l ergibt sich der für den Veräußerungspreis maßgebliche Wert des Aktienportfolios aus:

$$(18) W_l^{Aktie} = W_{l-1}^{Aktie} \cdot (1 + r_l^{KursG}),$$

wobei sich der Wert des Aktienportfolios nach Wiederanlage zum Ende der Periode vor der Umschichtung (l-1) wie folgt be- rechnet:

$$(19) W_{l-1}^{Aktie} = \frac{Z}{1 + \gamma} \cdot \prod_{t=1}^{l-1} (1 + r_{s;k;t}^{Aktie})$$

Der nach Transaktionskosten erzielte Veräußerungserlös beträgt:

$$(20) VE_l^{Aktie} = W_l^{Aktie} \cdot (1 - \gamma)$$

Die für die Besteuerung des Veräußerungserlöses in der Peri- ode l zu berücksichtigenden Anteilsanschaffungskosten ergeben sich aus dem Einmalanlagebetrag Z und den bis zur Periode l-1 ausgeschütteten und wiederangelegten Dividenden:

$$(21) AK_l^{Aktie} = Z + \sum_{t=1}^{l-1} \delta_t^r \cdot (1 - s_{AbgSt}) \cdot W_{t-1}^{Aktie}$$

Werden die Aktien veräußert, ergibt sich der Veräußerungs- gewinn aus dem Veräußerungspreis abzgl. der Anteilsanschaf- fungskosten:

$$(22) VG_l^{Aktie} = VE_l^{Aktie} - AK_l^{Aktie}$$

Der in der Periode l erzielte Veräußerungserlös nach Abgel- tungsteuerung ermittelt sich somit aus:

$$(23) VE_{s;l}^{Aktie} = VE_l^{Aktie} - max [VG_l^{Aktie} \cdot s_{AbgSt}, 0]$$

Soweit bei der Veräußerung der Aktien ein Veräußerungsver- lust entsteht, kann dieser nur mit Gewinnen aus der Veräuße- rung von Aktien ausgeglichen werden. In der Analyse werden daher Aktienverluste in Folgeperioden vorangetragen.¹⁸ Der voranzutragende Verlust der Periode l berechnet sich als

$$(24) WVT_l^{Aktie} = max [-VG_l^{Aktie}, 0]$$

Der Wiederanlagebetrag aus dem Veräußerungserlös nach Ab- geltungsteuer sowie der in Periode l gezahlten Dividende nach Transaktionskosten ist dann:

$$(25) \frac{VE_{s;l}^{Aktie} + D_{s;l}^{Aktie}}{1 + \gamma}, \text{ mit}$$

$$(26) D_{s;l}^{Aktie} = W_{l-1}^{Aktie} \cdot \delta_l^r \cdot (1 - s_{AbgSt})$$

Für die weiteren Veräußerungen des Aktienportfolios zu den Zeitpunkten

$$t = u \cdot l$$

mit

$$u \in \{2, \dots, U\}$$

ergibt sich der Veräußerungserlös aus

$$(27) VE_{u-l}^{Aktie} = \left[\frac{VE_{s;(u-1)l}^{Aktie} + D_{s;(u-1)l}^{Aktie}}{(1 + \gamma)} \cdot \prod_{t=(u-1)l+1}^{u-l-1} (1 + r_{s;k;t}^{Aktie}) \right] \cdot (1 + r_{u-l}^{KursG}) \cdot (1 - \gamma),$$

17 Die Beurteilung der Nachsteuerrendite in Form der Baldwin-Rendite führt zur gleichen Vorteilhaftigkeitsaussage wie die Beurteilung des End- vermögens. Da die Renditegröße – insbesondere im direkten Vergleich zur im Modell vorgegebenen Vorsteuerrendite – anschaulicher ist als der absolute Betrag des Endvermögens, wurde die Baldwin-Rendite als Vor- teilhaftigkeitskriterium gewählt.

18 § 20 Abs. 6 S. 4 EStG.

die Anteilsanschaffungskosten aus

$$(28) AK_{u-l} = VE_{s;(u-1)-l}^{Aktie} + D_{s;(u-1)-l}^{Aktie} +$$

$$\sum_{t=(u-1)-l+1}^{u-l-1} \delta_t^r \cdot (1 - s_{AbgSt}) \cdot W_{t-1}^{Aktie}, \text{ mit}$$

$$(29) W_{t-1}^{Aktie} =$$

$$\left[\frac{VE_{s;(u-1)-l}^{Aktie} + D_{s;(u-1)-l}^{Aktie}}{(1+\gamma)} \cdot \prod_{j=(u-1)-l+1}^{t-1} (1 + r_{s;k;j}^{Aktie}) \right],$$

der Veräußerungsgewinn aus

$$(30) VG_{u-l}^{Aktie} = VE_{u-l}^{Aktie} - AK_{u-l}^{Aktie}$$

und der Veräußerungserlös nach Abgeltungsbesteuerung aus

$$(31) VE_{s;u-l}^{Aktie} =$$

$$VE_{u-l}^{Aktie} - max \left[\left(VG_{u-l}^{Aktie} - VWT_{l(u-1)}^{Aktie} \right) \cdot s_{AbgSt}, 0 \right], \text{ mit}$$

$$(32) VWT_{u-l}^{Aktie} = max \left[VWT_{l(u-1)}^{Aktie} - VG_{u-l}^{Aktie}, 0 \right]$$

Die in der Periode einer Kursrealisation erzielte Dividende bestimmt sich aus

$$(33) D_{s;u-l}^{Aktie} =$$

$$\left[\frac{VE_{s;(u-1)-l}^{Aktie} + D_{s;(u-1)-l}^{Aktie}}{(1+\gamma)} \cdot \prod_{t=(u-1)-l+1}^{u-l-1} (1 + r_{s;k;t}^{Aktie}) \right] \cdot$$

$$\delta_{u-l}^r \cdot (1 - s_{AbgSt})$$

Der zum Ende des Betrachtungszeitraumes T erzielte Veräußerungserlös nach Abgeltungsbesteuerung ermittelt sich nach Gleichung (31).

Nicht verrechnete steuerliche Verluste gehen am Ende des Betrachtungszeitraums unter und finden keine Berücksichtigung im Endvermögen. Die Nachsteuerrendite der Aktiendirektanlage berechnet sich mittels Baldwin-Rendite aus:

$$(34) r_B^{Aktie} = \sqrt[T]{\frac{EV_T^{Aktie}}{Z}} - 1, \text{ mit}$$

$$(35) EV_T^{Aktie} = VE_{s;T}^{Aktie} + D_{s;T}^{Aktie}$$

IV. Effektive Belastung der Vorabpauschale unter Sicherheit

Der Ansatz der Vorabpauschale während der Haltedauer der Investmentanteile und die Verrechnung mit dem Veräußerungsgewinn bei Veräußerung der Investmentanteile lösen einen negativen Zeiteffekt aus, da die Wertsteigerungen des Fonds durch die Vorabpauschale bereits vor der Realisation des Veräußerungsgewinns besteuert werden. Um den Effekt zu quantifizieren, wird anhand von deterministischen Renditereihen in der nachfolgenden Analyse gezeigt, welche Wirkung die Vorabpauschale auf das Endvermögen bzw. die Nachsteuerrendite r_B^{Basis} einer Aktienfondsanlage mit über den Betrachtungszeitraum schwankenden Wertsteigerungen hat. Dies geschieht durch Variation der Wertentwicklung $r_1^{s;k}$, wobei in allen Konstellationen jeweils der gleiche geometrische Mittelwert $r_B^{s;k}$ erzielt werden soll. Als Referenzwert für die Wirkung der Vorabpauschale wird die Nachsteuerrendite herangezogen, die ohne Vorabpauschale erzielt werden könnte. Es handelt sich

um einen thesaurierenden Aktienfonds ($\phi = 0$). Der Betrachtungszeitraum beträgt 3 Jahre.

Es werden zwei Fälle betrachtet, die sich in der Höhe der Wertentwicklung der zweiten Periode ($r_2^{s;k}$) unterscheiden. In Fall a) soll in der zweiten Periode eine positive Wertentwicklung des Fondsvermögens erzielt werden, wogegen in Fall b) eine negative Wertentwicklung unterstellt wird.

	Fall a)	Fall b)
Durchschnittliche Fondsrendite ($r_B^{s;k}$)	$r_B^{s;k} = 9\%$	
(unabhängige) Wertentwicklung auf Fondsebene in Periode 1 ($r_1^{s;k}$)	$r_1^{s;k} \in \{-10\%, \dots, 25\%\}$	
(konstante) Wertentwicklung auf Fondsebene in Periode 2 ($r_2^{s;k}$)	$r_2^{s;k} = 9\%$	$r_2^{s;k} = -3\%$
(abhängige) Wertentwicklung auf Fondsebene in Periode 3 ($r_3^{s;k}$)	$r_3^{s;k} = \frac{(1+r_B^{s;k})^3}{(1+r_1^{s;k}) \cdot (1+r_2^{s;k})} - 1$	

Tabelle 1: Deterministische Renditereihen der Wertentwicklung auf Fondsebene bei einem dreiperiodigen Betrachtungszeitraum

In *Abbildung 2* wird die Nachsteuerrendite in Abhängigkeit von der Wertentwicklung des Fonds der ersten Periode $r_1^{s;k}$ für Basiszinssätze i.H.v. 0,52 % und 2 % abgebildet. Die *Abbildung 2a*, die den Verlauf der Nachsteuerrendite für eine positive Wertentwicklung in der zweiten Periode des Betrachtungszeitraums veranschaulicht, zeigt, dass die Nachsteuerrendite abhängig von der zeitlichen Verteilung der Fondsrenditen ist und die abgebildete Funktion nicht monoton verläuft. Es ist zu erkennen, dass die Funktion der Nachsteuerrendite unabhängig von dem zugrunde liegenden Basiszins bei einer Fondsrendite i.H.v. 0 % ein lokales Maximum erreicht. Darüber hinausgehende Wertsteigerungen des Fonds bis zu 70 % des jeweils geltenden Basiszinses führen zum Absinken der Nachsteuerrendite. Aufgrund der aus der Vorabpauschale resultierenden temporären Durchschnittssteuerbelastung (s. Abschnitt II) wird für einen Basiszins i.H.v. 0,52 % bei einer Fondsrendite i.H.v. 0,364 % und für einen Basiszins i.H.v. 2 % bei einer Fondsrendite i.H.v. 1,4 % ein lokales Minimum erzielt. Der weitere Anstieg der Fondsrendite lässt die Nachsteuerrendite ansteigen. Ab einer Fondsrendite von 23,57 % der ersten Periode bzw. einer Fondsrendite der dritten Periode i.H.v. -3,85 %¹⁹ tritt der scheinbar paradoxe Effekt auf, dass die Nachsteuerrendite mit Vorabpauschale höher ist als ohne Anwendung der Vorabpauschale. Der Effekt ist darauf zurückzuführen, dass Investmentanteile bereits vor Ende des Betrachtungszeitraums – in diesem Fall vor Auftreten des Verlusts der dritten Periode – für die Steuererhebung veräußert werden. Die Bemessungsgrundlage für die negative Wertentwicklung der dritten Periode wird hier durch die Besteuerung der Vorabpauschale und der daraus resultierenden vorzeitigen Veräußerung des entsprechenden Investmentanteils soweit vermindert, dass der Zeiteffekt der Vorabpauschale kompensiert wird.

Für den Fall, dass in der zweiten Periode des Betrachtungszeitraums auf Ebene des Fonds eine negative Wertentwicklung – hier i.H.v. -3 % (*Abbildung 2b*) – erzielt wird, entsprechen sich

¹⁹ $r_3^{s;k} = \frac{(1+0,09)^3}{(1+0,2357) \cdot (1+0,09)} - 1 = -0,0385$.

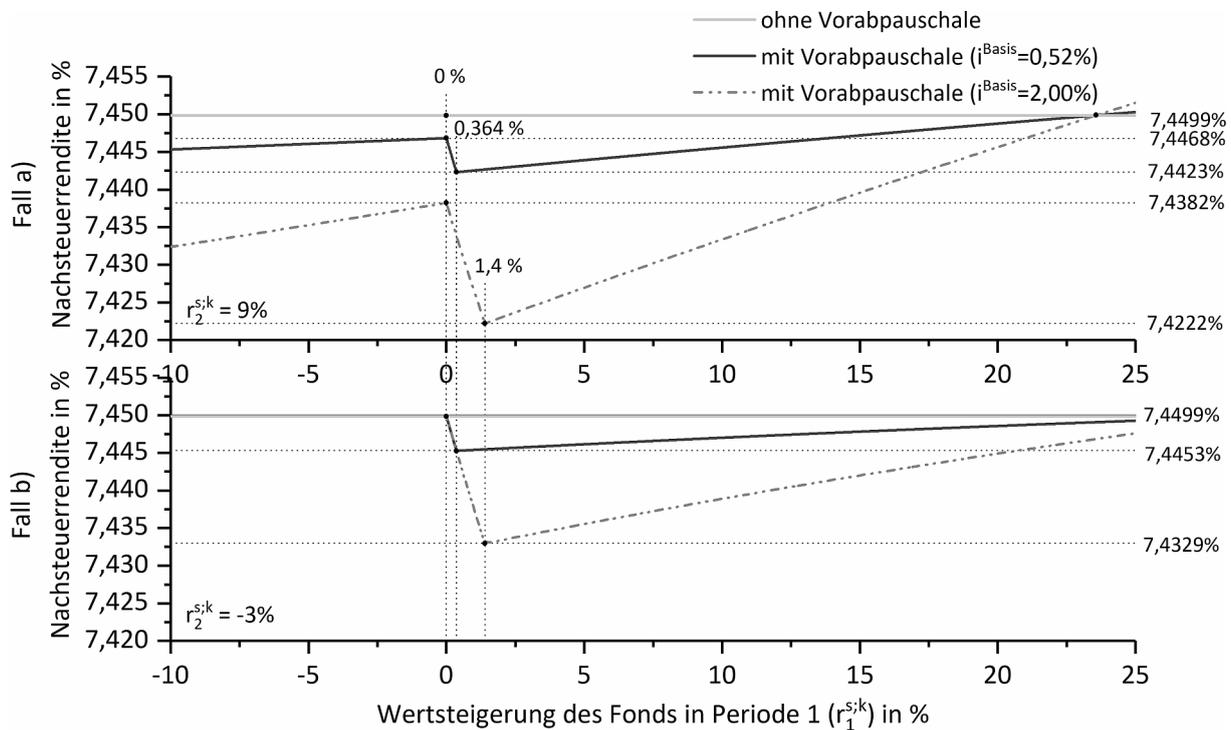


Abbildung 2: Nachsteuerrendite der Fondsanlage bei einem dreiperiodigen Betrachtungszeitraum in Abhängigkeit von der zeitlichen Verteilung der Fondsrendite für Basiszinssätze i.H.v. 0 %, 0,52 % und 2 %

die Nachsteuerrenditen mit und ohne Vorabpauschale bis zu einer Fondsrendite i.H.v. 0 %, da aufgrund der negativen Wertentwicklungen in beiden Perioden keine Vorabpauschale zum Ansatz kommt. Wie auch im ersten Fall führen darüber hinausgehende Wertsteigerungen des Fonds zum Absinken der Nachsteuerrendite bis zum Erreichen des Minimums bei einer Wertsteigerung i.H.v. 70 % des jeweils geltenden Basiszinses. Höhere Renditen lassen die Nachsteuerrendite ansteigen.

Obwohl im Fall negativer Wertentwicklungen die Nachsteuerrendite unter Ansatz der Vorabpauschale geringer ausfällt als im Fall ohne Vorabpauschale, bleibt festzuhalten, dass geringe Fondsrenditen eine größere negative Wirkung auf die Nachsteuerrendite haben als zwischenzeitlich negative Wertentwicklungen. Ursächlich hierfür ist die temporäre Durchschnittssteuerbelastung der Vorabpauschale, die bei positiven Wertentwicklungen bis zu 70 % des maßgeblichen Basiszinses maximal wird.

Um die effektive Belastung der Vorabpauschale zu messen, kann eine Verhältniszahl der Nachsteuerrenditen mit und ohne Vorabpauschale in Form einer effektiven Steuerquote²⁰ verwendet werden:

$$(36) s_{eff}^{VAP} = \begin{cases} 1 - \frac{r_B^{iBasis}}{r_B^{ohne VAP}} \text{ für } r_B^{ohne VAP} > 0 \\ \frac{r_B^{iBasis}}{r_B^{ohne VAP}} - 1 \text{ für } r_B^{ohne VAP} < 0 \end{cases}$$

Die effektive Belastung der Vorabpauschale nimmt bereits in dem vorstehend untersuchten dreiperiodigen Fall in Abhängigkeit von der Höhe des Basiszinssatzes Werte zwischen -0,02 % und 0,37 % an. Bei Variation der Fondsrendite und des Anlagezeitraums dürfte sich die effektive Belastung der Vorabpauschale noch stärker auswirken.

V. Ertragsteuerliche Vorteilhaftigkeitsanalyse der Anlagealternativen unter Unsicherheit

1. Modellannahmen für die Monte-Carlo-Simulation

Bereits in drei- bis vierperiodigen Fällen wird eine formale Analyse des durch den Ansatz der Vorabpauschale ausgelösten Zeiteffekts so unübersichtlich, dass eine ökonomische Interpretation und die Ableitung verallgemeinerungsfähiger Aussagen kaum möglich sind. Um zu zeigen, welche Wirkung die Vorabpauschale auf das Endvermögen nach Steuern bzw. die Nachsteuerrendite r_B^{iBasis} einer Aktienfondsanlage bei einem mehrperiodischen Betrachtungszeitraum hat, werden im Folgenden Monte-Carlo-Simulationen²¹ für unterschiedliche Parameterkonstellationen mit jeweils $n=1.000.000$ Iterationen durchgeführt. Die Monte-Carlo-Simulation ermöglicht den Einsatz verschiedener Verteilungsfunktionen für die einzelnen Modelldeterminanten, die im Folgenden festgelegt werden.

Die Vorsteuerrenditen r_t der Perioden 1 bis T sind unabhängig und identisch normalverteilt mit dem Erwartungswert μ und der Varianz σ^2 :

$$(37) r_t \sim N(\mu, \sigma^2), t = 1, \dots, T$$

Die Dividendenrendite kann keine negativen Werte annehmen. Aus diesem Grund wird davon ausgegangen, dass die Entwicklung der Dividendenrendite einer geometrischen Brown'schen

20 Zur effektiven Steuerquote s. King/Fullerton, The Taxation of Income from Capital, 1984, S. 9 f. Zu den unterschiedlichen Konzepten zur Messung von effektiven Steuerbelastungen s. Spengel/Lammersen, StuW 2001, 222 (225 ff.).

21 Zur Vorgehensweise vgl. bspw. Niemann, ZfB 2004, 359 (367 ff.).

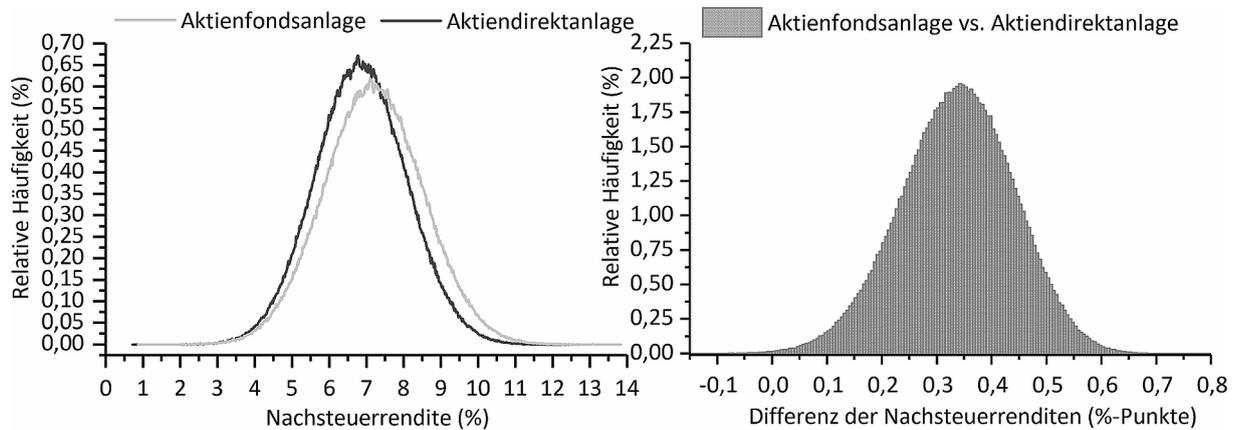


Abbildung 3: Verteilungen der Nachsteuerrenditen der Fondsanlage und der Direktanlage sowie die Verteilung der Nachsteuerrendite-Differenzen bei einer erwarteten Vorsteuerrendite i.H.v. $\mu = 9\%$

Bewegung folgt.²² Dabei erfolgt eine Logarithmierung, um zum einen ein Auftreten negativer Dividendenrenditen zu vermeiden und zum anderen eine stetige Dividendenrenditeveränderung zu erhalten. Ausgehend von dem Startwert δ_1^r wird angenommen, dass sich die Dividendenrendite in den jeweiligen Perioden wie folgt entwickelt, wobei die Zuwächse ϵ_t unabhängig und identisch normalverteilt sind mit dem Erwartungswert μ_δ und der Varianz σ_δ^2 :

$$(38) \ln(\delta_t^r) - \ln(\delta_{t-1}^r) = \epsilon_t \sim N(\mu_\delta, \sigma_\delta^2), \quad t = 2, \dots, T$$

Die Kursgewinnrenditen der Perioden 1 bis T ermitteln sich als Differenz aus Vorsteuerrendite und Dividendenrendite:

$$(39) r_t^{KursG} = r_t - \delta_t^r, \quad t = 1, \dots, T$$

2. Simulationsergebnisse im Gewinnfall

a) Ausgangskonstellation

Der Wert des Einmalanlagebetrags im Zeitpunkt $t = 0$ beträgt $Z = 10.000$ €. In der Ausgangskonstellation beläuft sich der Betrachtungszeitraum auf $T = 7$ Jahre. Der Erwartungswert der Vorsteuerrendite r_t beträgt zunächst $\mu = 9\%$ mit einer Standardabweichung i.H.v. $\sigma = 4\%$ bzw. einer Varianz i.H.v. $\sigma^2 = 0,16\%$ p.a.

$$r_t \sim N(0.09, 0.0016) \text{ [s. Notation (37)]}$$

Ausgehend von dem Startwert $\delta_1^r = 3\%$ entwickelt sich die Dividendenrendite wie folgt:

$$\ln(\delta_t^r) - \ln(\delta_{t-1}^r) = \epsilon_t \sim N(0, 0.01)$$

Kosten werden zunächst vernachlässigt. Der für die Berechnung der Vorabpauschale maßgebliche Basiszins beträgt zunächst $0,52\%$. Für die Direktanlage wird angenommen, dass keine Umschichtungen vorgenommen werden; es gilt $l=T$. Die Gewinnrealisation aus der Veräußerung erfolgt bei der Direktanlage dementsprechend grundsätzlich am Ende des Betrachtungszeitraums.

Nachfolgend werden in *Abbildung 3* die Verteilungen der Nachsteuerrenditen der Fondsanlage und der Direktanlage (linke Grafik) sowie die Verteilung der Nachsteuerrendite-Differenzen (rechte Grafik) für die oben genannten Parameter abgebildet. Für die linke Abbildung wurde eine Intervallbreite

von jeweils $0,02$ Prozentpunkten gewählt und die relative Häufigkeit jedes Intervalls auf der Ordinate abgetragen.

Für die beiden Anlagealternativen zeigt sich, dass die Verteilungen der Nachsteuerrenditen annähernd symmetrisch sind. Dies zeigt sich auch an der geringen Differenz zwischen Median und arithmetischem Mittel ($\bar{\Delta}$) der jeweiligen Nachsteuerrendite. Für die Nachsteuerrendite der Fondsanlage ergibt sich ein arithmetisches Mittel von $7,191\%$ und ein Median von $7,183\%$. Im Vergleich dazu liegen das arithmetische Mittel und der Median der Nachsteuerrendite der Direktanlage bei $6,854\%$ und $6,844\%$. Die Verteilung der Nachsteuerrenditen der Fondsanlage weist mit einer Standardabweichung (SD) von $1,32$ Prozentpunkten eine geringfügig weitere Streuung als die der Direktanlage mit $1,22$ Prozentpunkten auf. Negative Nachsteuerrenditen treten bei beiden Alternativen nicht auf. Die Fondsanlage ist in der hier untersuchten Parameterkonstellation in $99,8814\%$ der Fälle die ertragsteuerlich vorteilhafte Alternative, was auch bei Betrachtung der rechten Grafik der *Abbildung 3* deutlich wird, die die Nachsteuerrendite-Differenzen mit einem arithmetischem Mittel i.H.v. $0,337$ Prozentpunkten und einer Standardabweichung i.H.v. $0,10$ darstellt.²³ Fälle, in denen die Direktanlage die vorteilhafte Alternative darstellt, treten nur auf, wenn die über den Betrachtungszeitraum durchschnittlich erzielte Vorsteuerrendite gering ist. In diesem Fall entfällt ein hoher Anteil der Vorsteuerrendite auf Dividenden, die bei der Fondsanlage durch die Besteuerung des Fonds und des Anteilseigners im Vergleich zur Direktanlage mit $4,318125\%$ ($= 30,693125\% - 26,375\%$) höher besteuert werden. Der Steuerstundungseffekt, der aus dem temporären Steuervorteil der Dividendenbesteuerung auf Fondsebene i.H.v. $11,375\%$ ($= 26,375\% - 15\%$) gegenüber der Direktanlage resultiert, ist nicht groß genug, um den permanenten steuerlichen Nachteil aus der höheren Dividendenbesteuerung der Fondsanlage zu kompensieren.²⁴

²² Die Annahme über eine Brown'sche Bewegung wird auch in anderen Modellen verwendet. So bspw. auch *Bock*, *StuW* 2010, 321 (325) und *Djanani/Kastl*, *StuW* 2018, 157 (159) zur Modellierung des Umsatzes bzw. Umsatzwachstums.

²³ Für die rechte Abbildung wurde eine Intervallbreite von jeweils $0,005$ Prozentpunkten gewählt.

²⁴ Siehe zu den temporären und permanenten Steuerdifferenzen zwischen Aktienfondsanlage und direkter Aktienanlage ausführlich *Kalies/Müller/Taqi*, *ZBB* 2018, 67 (69 ff.).

	Nachsteuerrendite	relativer Vorteil ggü. Direktanlage	effektive Belastung der Vorabpauschale
	$\bar{\Delta} * (SD^{**})$	$\bar{\Delta} * (SD^{**})$	$\bar{\Delta} * (SD^{**})$
Direktanlage	6,854 (1,22)	-	-
Fondsanlage ($i^{Basis}=0,52\%$)	7,191 (1,32)	4,784 (0,79)	0,171 (0,02)
Fondsanlage ($i^{Basis}=0\%$)	7,203 (1,33)	4,963 (0,80)	-
Fondsanlage ($i^{Basis}=2\%$)	7,156 (1,32)	4,284 (0,77)	0,647 (0,08)
Fondsanlage ($i^{Basis}=5\%$)	7,091 (1,30)	3,333 (0,72)	1,555 (0,19)

* Angabe in Prozent

** Angabe in Prozentpunkten

Tabelle 2: Arithmetisches Mittel der Nachsteuerrenditen der Alternativenanlagen, des relativen Vorteils der Fondsanlage ggü. der Direktanlage sowie der effektiven Belastung der Vorabpauschale bei einer erwarteten Vorsteuerrendite i.H.v. $\mu = 9\%$

Um den Einfluss der Vorabpauschale zu untersuchen, wird die jeweilige Nachsteuerrendite der beiden Alternativenanlagen mit denen verglichen, die bei Basiszinssätzen i.H.v. 0 %, 2 % sowie 5 % unter ansonsten unveränderten Parameterannahmen durchschnittlich erzielt werden. Die Erhöhung des Basiszinssatzes führt zwar wie erwartet zu einer Senkung der durchschnittlichen Nachsteuerrendite, die Fondsanlage bleibt jedoch unabhängig von der Höhe des Basiszinses in dieser Parameterkonstellation gegenüber der Direktanlage die steuerlich vorteilhafte Anlageform. Zudem lässt sich der durch die Vorabpauschale verursachte Zeiteffekt quantifizieren: Die effektive Belastung der Vorabpauschale liegt bei einem Basiszinssatz i.H.v. 0,52 % zwischen 0 % und 0,281 % mit einem arithmetisches Mittel i.H.v. 0,171 % und einer Standardabweichung i.H.v. 0,02 Prozentpunkten. Eine Erhöhung des Basiszinssatzes von 0,52 % auf 2 % bzw. 5 % führt dazu, dass die effektive Belastung der Vorabpauschale auf durchschnittlich 0,647 % bzw. 1,555 % ansteigt. D.h., je geringer der Quotient aus Vorsteuerrendite und Basiszinssatz ist, desto größer ist die Belastung der Vorabpauschale. Insbesondere für Fondsanlagen mit geringen Fondsrenditen bedeutet dies, dass diese durchschnittlich stärker durch die Vorabpauschale belastet werden als Fondsanlagen mit höheren Renditen. Paradoxe Wirkungen, die im Vergleich zum Fall ohne Vorabpauschale zu höheren Nachsteuerrenditen führen, treten in dieser Parameterkonstellation nicht auf.

b) Variation der Dividendenrendite

Einer der maßgeblichen Parameter für die Vorteilhaftigkeit der Fondsanlage ggü. der Direktanlage ist der Dividendenanteil an der Vorsteuerrendite. Höhere Dividendenrenditen bei ansonsten unveränderten Parameterannahmen führen zu steigenden Dividendenanteilen an der gesamten Vorsteuerrendite. Bei einer Erhöhung der Dividendenrendite sinkt die durchschnittliche Nachsteuerrendite der Fondsanlage stärker als die der Direktanlage. Ursächlich hierfür sind die steuerlichen Unterschiede in der Behandlung von Kursgewinnen und Dividenden bei der Fonds- und der Direktanlage: Während für Kursgewinne bei der Fondsanlage ein steuerlicher Vorteil i.H.v. 7,9125 % (= 26,375 %-18,4625 %) gegenüber der Direktanlage besteht, werden Dividenden bei der Fondsanlage durch die Besteuerung des Fonds und des Anteilseigners im Vergleich zur Direktanlage mit 4,318125 % höher besteuert. Auf die effektive Belastung

der Vorabpauschale hat die Höhe der Dividendenrendite keinen wesentlichen Einfluss, da es unerheblich ist, ob die für die Berechnung der Vorabpauschale zugrunde liegende Wertsteigerung auf Dividenden oder Kursgewinne entfällt. Die geringen Differenzen sind auf die Veränderung der Wertsteigerung zurückzuführen, die sich aus der auf die Dividendenrenditedifferenz entfallenden Körperschaftsteuer ergeben.

c) Variation des Betrachtungszeitraums

Bei einer Verlängerung des Betrachtungszeitraumes steigen die Nachsteuerrenditen, da der Steuerstundungseffekt ein größeres Gewicht im Endvermögen der Anlagealternativen erlangt. In Fällen mit hohen Kursgewinnanteilen an der Vorsteuerrendite fällt der temporäre Steuervorteil des thesaurierenden Aktienfonds gering aus, da durch die Vorabpauschale nicht realisierte Kursgewinne besteuert werden, während die Besteuerung bei der Direktanlage erst am Ende des Betrachtungszeitraums bei der Gewinnrealisation erfolgt. Längere Betrachtungszeiträume erhöhen die effektive Belastung der Vorabpauschale. Der durch die Vorabpauschale verursachte Zeiteffekt führt somit dazu, dass die Nachsteuerrendite der Fondsanlage eine geringere Steigung aufweist als die der Direktanlage. Obwohl bei der Direktanlage in dieser Parameterkonstellation unter Vernachlässigung von Zins- und Zeiteffekten ein permanenter steuerlicher Nachteil gegenüber der Fondsanlage besteht,²⁵ kann die Direktanlage vorteilhaft gegenüber der Fondsanlage werden, wenn der Zeiteffekt der Vorabpauschale den steuerlichen Nachteil der Direktanlage kompensiert. Die Fondsanlage wird unter einem Basiszins i.H.v. 5 % in dieser Parameterkonstellation ab dem 27. Jahr durchschnittlich nachteilig gegenüber der Direktanlage. Da die Nachsteuerrendite der Direktanlage stärker steigt als die der Fondsanlage unter Ansatz der Vorabpauschale, werden auch die Differenzen der Nachsteuerrenditen unter den Basiszinssätzen i.H.v. 0,52 % und 2 % mit steigendem Be-

25 Der permanente steuerliche Nachteil der Direktanlage ggü. der Fondsanlage beträgt in dieser Parameterkonstellation unter Zugrundelegung der erwarteten Vorsteuerrendite durchschnittlich

$$4,318125\% \cdot \underbrace{\frac{3\%}{9\%}}_{\text{Dividendenanteil}} - 7,9125\% \cdot \underbrace{\frac{6\%}{9\%}}_{\text{Kursgewinnanteil}} = -3,835625\%$$

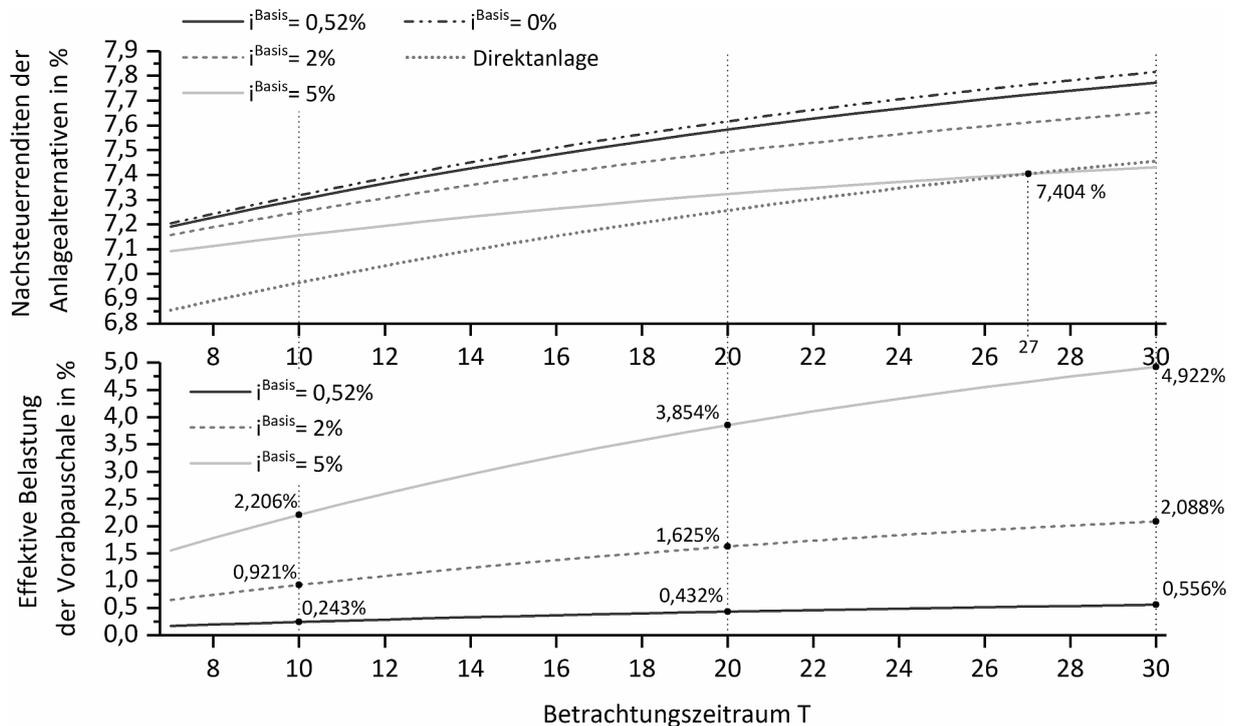


Abbildung 4: Arithmetisches Mittel der Nachsteuerrenditen der Alternativenanlagen sowie der effektiven Belastung der Vorabpauschale in Abhängigkeit von dem Betrachtungszeitraum bei einer erwarteten Vorsteuerrendite i.H.v. $\mu = 9\%$

	Nachsteuerrendite	relativer Vorteil ggü. Direktanlage	effektive Belastung der Vorabpauschale
	$\bar{\Delta}^* (SD^{**})$	$\bar{\Delta}^* (SD^{**})$	$\bar{\Delta}^* (SD^{**})$
Direktanlage	6,872 (0,92)	-	-
Fondsanlage ($i^{\text{Basis}} = 0,52\%$)	7,212 (0,99)	4,874 (0,54)	0,174 (0,02)
Fondsanlage ($i^{\text{Basis}} = 0\%$)	7,224 (0,99)	5,057 (0,54)	-
Fondsanlage ($i^{\text{Basis}} = 2\%$)	7,177 (0,99)	4,359 (0,53)	0,664 (0,05)
Fondsanlage ($i^{\text{Basis}} = 5\%$)	7,107 (0,98)	3,351 (0,51)	1,624 (0,14)

* Angabe in Prozent

**Angabe in Prozentpunkten

Tabelle 3: Arithmetisches Mittel der Nachsteuerrenditen der Alternativenanlagen, des relativen Vorteils der Fondsanlage ggü. der Direktanlage sowie der effektiven Belastung der Vorabpauschale bei einer Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite i.H.v. $\sigma = 3\%$

trachtungszeitraum geringer. Die Darstellung der Ergebnisse (jeweils arithmetisches Mittel) der Variation des Betrachtungszeitraumes zwischen 7 und 30 Jahren enthält *Abbildung 4*.

In dieser Parameterkonstellation erreicht die durchschnittliche effektive Belastung der Vorabpauschale in allen drei Fällen bei einem Betrachtungszeitraum von 30 Jahren in etwa die Höhe des jeweiligen Basiszinssatzes. Da die Belastung der Vorabpauschale mit sinkender Vorsteuerrendite (bzw. Vorsteuerrendite-Basiszins-Verhältnis) sowie längeren Betrachtungszeiträumen steigt, können Fondsanlagen mit geringen Fondsrenditen in Verbindung mit hohen (unrealisierten) Kursgewinnanteilen und langer Haltedauer nachteilig gegenüber der Direktanlage sein.

d) Variation der Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite

Um die Auswirkung der Volatilität auf die Vorteilhaftigkeit der Fondsanlage ggü. der Direktanlage zu analysieren, wird im Fol-

genden die Standardabweichung σ bzw. die Varianz σ^2 der erwarteten Vorsteuerrendite variiert. Wird für die Ausgangskonstellation die Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite beispielsweise von 4 % ($\sigma^2 = 0,16\%$) auf 3 % ($\sigma^2 = 0,09\%$) gesenkt, ergeben sich die in *Tabelle 3* dargestellten Renditen und Belastungen.

Eine Senkung der Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite führt zu einem Anstieg der Nachsteuerrenditen der Anlagealternativen. Selbstverständlich nimmt auch die Standardabweichung der Nachsteuerrenditen mit der Senkung der Standardabweichung der Vorsteuerrenditen ab. Die Fondsanlage bleibt unabhängig von den untersuchten Basiszinssätzen die durchschnittlich vorteilhafte Anlagealternative, wobei der relative Vorteil der Fondsanlage ggü. der Direktanlage im Vergleich zur Ausgangskonstellation leicht zunimmt. Gleichzeitig führt die Senkung der Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite zu einem Anstieg der effektiven Belastung der Vorabpauschale, woraus geschlossen werden kann, dass Anla-

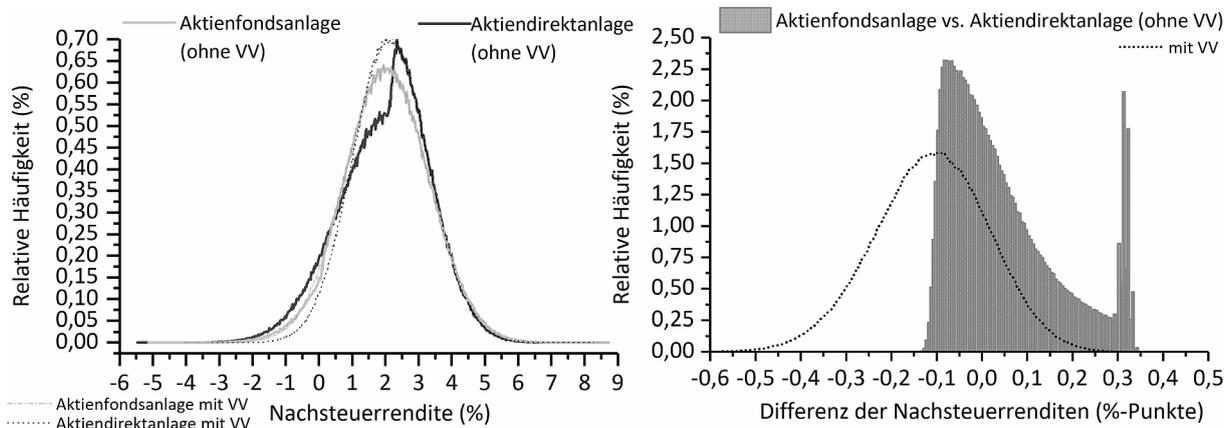


Abbildung 5: Verteilungen der Nachsteuerrenditen der Fondsanlage und der Direktanlage sowie die Verteilung der Nachsteuerrendite-Differenzen bei einer erwarteten Vorsteuerrendite i.H.v. $\mu = 3\%$

gen mit weniger schwankenden Fondsrenditen relativ stärker durch die Vorabpauschale belastet werden als Fondsanlagen mit volatileren Wertentwicklungen.

3. Simulationsergebnisse im Verlustfall

a) Ausgangskonstellation

Die Höhe der Vorsteuerrendite ist einer der maßgeblichen Parameter für einen ertragsteuerlichen Vorteilhaftigkeitsvergleich zwischen der direkten Aktienanlage und der Fondsanlage. Eine Senkung des Erwartungswertes der Vorsteuerrendite r_t auf $\mu = 3\%$

$$r_t \sim N(0,03, 0,0016) \text{ [s. Notation (37)]}$$

unter den ansonsten unverändert geltenden Parameterannahmen der Ausgangskonstellation im Gewinnfall führt dazu, dass negative Nachsteuerrenditen bei den Anlagealternativen auftreten.²⁶ Die Verteilungen der Nachsteuerrenditen der Fondsanlage und der Direktanlage sowie die Verteilung Nachsteuerrendite-Differenzen werden in *Abbildung 5* dargestellt. Für die Intervallbreiten wurden die gleichen Größen wie zuvor bei der Ausgangskonstellation im Gewinnfall gewählt.

Während die Nachsteuerrendite der Fondsanlage weiterhin nahezu symmetrisch verteilt ist, zeigt sich für die Nachsteuerrendite der Direktanlage eine asymmetrische Verteilung, deren linke Hälfte der Verteilung deutlich flacher verläuft als die rechte. Der Grund für die asymmetrische Verteilung liegt in der Annahme über die steuerliche Verlustverrechnung (VV): Existiert am Ende des Betrachtungszeitraums kein ausreichendes Verrechnungspotential, gehen nicht verrechnete steuerliche Verluste sowohl bei der Direktanlage als auch bei der Fondsanlage unter und nicht in das Endvermögen ein. Bei der Direktanlage führt die Wiederanlage der Dividenden zu einer Erhöhung der steuerlichen Anteilsanschaffungskosten des Anteilseigners, die bei der Fondsanlage mangels Wiederanlage auf Anteilseignerebene konstant bleiben. Die steuerlichen Anteilsanschaffungskosten, für die kein Verrechnungspotential besteht, gehen als nicht verrechnete steuerliche Verluste im Fall der Direktanlage somit wesentlich häufiger (zumindest anteilig) unter als bei der Fondsanlage.

Im Fall einer negativen durchschnittlichen Wertentwicklung ist die Fondsanlage unter den getroffenen Annahmen der steuerlichen Verlustverrechnung vorteilhaft ggü. der Direktanlage, da Dividenden lediglich durch die Körperschaftsteuer auf Fonds-

ebene belastet werden, während diese bei der Direktanlage dem Anteilseigner zufließen und der Abgeltungssteuer unterliegen. Die durchschnittliche Differenz der Nachsteuerrenditen beträgt im Verlustfall 0,318 Prozentpunkte.²⁷ Sofern in dem Betrachtungszeitraum die Vorabpauschale zum Ansatz kommt, verringert sich zwar der Vorteil der Fondsanlage gegenüber der Direktanlage, der Nachteil aus der höheren Dividendenbesteuerung bei der Direktanlage wird allerdings nicht durch die Vorabpauschale unter einem Basiszins i.H.v. 0,52% ausgeglichen. Übersteigt die durchschnittliche Wertentwicklung des Fonds 0%, sinkt der Vorteil der Fondsanlage gegenüber der Direktanlage. Dies lässt sich zum einen damit begründen, dass Dividenden im Gewinnfall durch die Besteuerung auf Fondsebene und Anteilseignerebene bei der Fondsanlage höher besteuert werden als bei der Direktanlage. Zum anderen nimmt mit steigender Rendite bei der Direktanlage der Anteil der verrechenbaren steuerlichen Anteilsanschaffungskosten des Anteilseigners zu. Der Nachteil der Fondsanlage wird maximal, wenn die Rendite den Wert annimmt, bei der der Anteil der Dividendenrendite an der Gesamtrendite 100% beträgt. Höhere Renditen lassen die Vorteilhaftigkeit der Fondsanlage wieder ansteigen. Die Nachteiligkeit der Fondsanlage im Bereich geringer Renditen mit hohen Dividendenanteilen führt dazu, dass im Gegensatz zur Ausgangskonstellation im Gewinnfall in der hier untersuchten Parameterkonstellation in beinahe der Hälfte der Fälle (45,7411%) durch die Direktanlage eine höhere Nachsteuerrendite erzielt wird als durch die Fondsanlage. Das arithmetische Mittel der Differenz der Nachsteuerrenditen beträgt in diesem Fall lediglich 0,044 Prozentpunkte mit einer Standardabweichung i.H.v. 0,12.

Hervorzuheben ist, dass in dieser Parameterkonstellation paradoxe Wirkungen der Vorabpauschale zu beobachten sind. So wird in 6,466% aller Fälle unter Ansatz der Vorabpauschale

²⁶ Im Folgenden wird das Auftreten negativer Nachsteuerrenditen als Verlustfall bezeichnet. Dies ist nicht mit dem Auftreten steuerlicher Verluste gleichzusetzen.

²⁷ Unter der Annahme, dass der Anteilseigner weitere Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 S. 1 EStG erzielt, mit denen die steuerlichen Verluste beider Anlagealternativen vollständig verrechnet werden könnten, wird die direkte Aktienanlage die durchschnittlich vorteilhafte Alternative mit einem arithmetischen Mittel der Nachsteuerrendite-Differenz i.H.v. -0,113 Prozentpunkten (SD 0,13). Siehe hierzu *Abbildung 5* (mit Verlustverrechnung VV).

	Nachsteuerrendite	relativer Vorteil ggü. Direktanlage	effektive Belastung der Vorabpauschale	relative Häufigkeit paradoxer Wirkungen*
	$\bar{\Delta} * (SD^{**})$	$\bar{\Delta} * (SD^{**})$	$\bar{\Delta} * (SD^{**})$	
Direktanlage				
• gesamt	2,007 (1,34)	-	-	-
• davon $rB^{Aktie} < 0$ (7,8 %)	-0,681 (0,60)	-	-	-
Fondsanlage ($i^{Basis} = 0,52\%$)				
• gesamt	2,051 (1,28)	11,405 (33,86)	0,408 (1,88)	6,466
• davon $rB^{i^{Basis}=0,52\%} < 0$ (5,2 %)	-0,630 (0,56)	44,860 (22,76)	6,322 (6,28)	0
Fondsanlage ($i^{Basis} = 0\%$)				
• gesamt	2,055 (1,28)	11,752 (34,25)	-	-
• davon $rB^{ohneVAP} < 0$ (5,0 %)	-0,630 (0,60)	46,331 (22,83)	-	-
Fondsanlage ($i^{Basis} = 2\%$)				
• gesamt	2,038 (1,29)	9,827 (29,54)	2,190 (8,34)	4,127
• davon $rB^{i^{Basis}=2\%} < 0$ (5,7 %)	-0,629 (0,56)	40,820 (22,49)	21,725 (22,20)	0
Fondsanlage ($i^{Basis} = 5\%$)				
• gesamt	2,010 (1,29)	5,518 (20,01)	6,197 (18,39)	0,776
• davon $rB^{i^{Basis}=5\%} < 0$ (6,5 %)	-0,624 (0,55)	32,849 (21,49)	51,589 (51,63)	0

* Angabe in Prozent
** Angabe in Prozentpunkten

Tabelle 4: Arithmetisches Mittel der Nachsteuerrenditen der Alternativenanlagen, des relativen Vorteils der Fondsanlage ggü. der Direktanlage und der effektiven Belastung der Vorabpauschale sowie die relative Häufigkeit paradoxer Wirkungen bei einer erwarteten Vorsteuerrendite i.H.v. $\mu = 3\%$

unter einem Basiszins i.H.v. 0,52 % eine durchschnittlich 0,0132 % höhere Rendite erzielt als ohne Vorabpauschale. Paradoxe Wirkungen treten nur auf, wenn der Fonds im Durchschnitt eine positive Fondrendite erzielt, die Wertentwicklungen der Einzelperioden jedoch nicht einheitlich positiv sind. Bei höheren Basiszinssätzen nimmt die Anzahl der paradoxen Fälle ab.

Die Ergebnisse in *Tabelle 4* zeigen, dass die bisher gewonnen Erkenntnisse über die Belastung der Vorabpauschale auch unter Einbezug von Verlusten gelten: Fondsanlagen mit geringen Fondrenditen werden relativ stärker durch die Vorabpauschale belastet als Fondsanlagen mit höheren Renditen. Im Verlustfall kann die Belastung der Vorabpauschale unter einem Basiszinssatz i.H.v. 0,52 % Werte von über 6 % annehmen, wodurch die Fondsanlage bei höheren Basiszinssätzen nachteilig ggü. der Direktanlage werden kann. Durchschnittlich bleibt die Fondsanlage allerdings unter den getroffenen Annahmen die vorteilhafte Alternative.

b) Variation der Dividendenrendite

Die bereits aufgezeigten Effekte verdeutlichen sich bei einer Variation der Dividendenrendite. In der Gesamtbetrachtung führt die Erhöhung der Dividendenrendite nach wie vor zu einem Anstieg des Dividendenanteils und somit zu einer Verringerung der Nachsteuerrenditen beider Anlagealternativen. Die Anzahl der Verlustfälle nimmt bei beiden Anlagealternativen zu. Im Verlustfall selbst profitiert die Fondsanlage im direkten

Vergleich zur Direktanlage von einem höheren Dividendenanteil aufgrund der niedrigeren Dividendenbesteuerung. Die Nachsteuerrendite-Differenzen steigen in diesem Fall an. Mit steigendem Dividendenanteil nimmt auch die Anzahl der Fälle mit paradoxer Wirkung der Vorabpauschale zu.

c) Variation des Betrachtungszeitraums

Für die Erklärung des in *Abbildung 6* dargestellten Verlaufs der Nachsteuerrenditen muss zwischen Gewinn- und Verlustfall differenziert werden. Im Verlustfall ist die Nachsteuerrendite der Fondsanlage höher als die der Direktanlage, wohingegen im Gewinnfall die Fondsanlage aufgrund der höheren Dividendenbesteuerung zunächst durchschnittlich nachteilig gegenüber der Direktanlage ist. Die Verlängerung des Betrachtungszeitraums führt zu einer sinkenden Streuung um den Erwartungswert der durchschnittlich erzielten Vorsteuerrendite, woraus resultiert, dass der Anteil der verrechenbaren steuerlichen Anteilsanschaffungskosten des Anteilseigners bei der Direktanlage zunimmt. Es folgt eine Verringerung der Anzahl der Verlustfälle. Aufgrund dessen kommt es im Vergleich zur Fondsanlage zunächst zu einer stärkeren Steigung der Nachsteuerrendite der Direktanlage, die sich mit steigendem Betrachtungszeitraum abflacht. Auf Seiten der Fondsanlage bewirkt die Verlängerung des Betrachtungszeitraums einen Anstieg des Steuerstundungseffekts, wohingegen bei der Direktanlage nur ein Steuerstundungseffekt entstehen kann, wenn der Anteil der Dividendenrendite an der Gesamrendite kleiner als 100 % ist. Der Steuer-

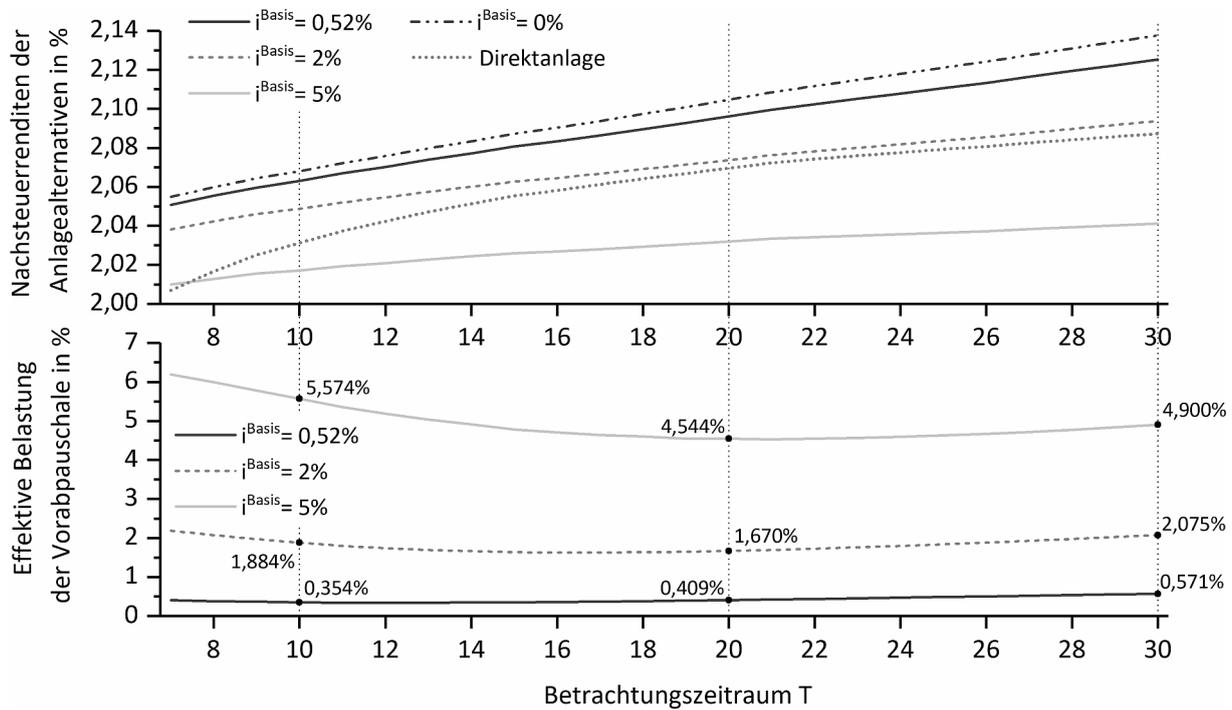


Abbildung 6: Arithmetisches Mittel der Nachsteuerrenditen der Alternativenanlagen sowie der effektiven Belastung der Vorabpauschale in Abhängigkeit von dem Betrachtungszeitraum bei einer erwarteten Vorsteuerrendite i.H.v. $\mu = 3\%$

	Nachsteuerrendite	relativer Vorteil ggü. Direktanlage	effektive Belastung der Vorabpauschale	relative Häufigkeit paradoxer Wirkungen*
	$\bar{\Delta}^* (SD^{**})$	$\bar{\Delta}^* (SD^{**})$	$\bar{\Delta}^* (SD^{**})$	
Direktanlage				
• gesamt	2,066 (1,01)			
• davon $rB^{Aktie} < 0$ (2,8 %)	-0,436 (0,39)			
Fondsanlage ($i^{Basis} = 0,52\%$)				
• gesamt	2,076 (0,95)	6,291 (26,26)	0,229 (1,11)	2,954
• davon $rB^{i^{Basis}=0,52\%} < 0$ (1,4 %)	-0,399 (0,36)	54,209 (22,08)	8,058 (6,78)	0
Fondsanlage ($i^{Basis} = 0\%$)				
• gesamt	2,079 (0,95)	6,511 (26,48)	-	-
• davon $rB^{ohneVAP} < 0$ (1,3 %)	-0,400 (0,36)	55,575 (21,87)	-	-
Fondsanlage ($i^{Basis} = 2\%$)				
• gesamt	2,066 (0,95)	5,386 (23,47)	1,189 (5,18)	1,672
• davon $rB^{i^{Basis}=2\%} < 0$ (1,6 %)	-0,398 (0,36)	50,206 (22,27)	26,411 (23,03)	0
Fondsanlage ($i^{Basis} = 5\%$)				
• gesamt	2,045 (0,96)	2,940 (17,39)	3,346 (10,89)	0,175
• davon $rB^{i^{Basis}=5\%} < 0$ (1,9 %)	-0,393 (0,36)	43,976 (22,51)	57,520 (49,01)	0

* Angabe in Prozent

**Angabe in Prozentpunkten

Tabelle 5: Arithmetisches Mittel der Nachsteuerrenditen der Alternativenanlagen, des relativen Vorteils der Fondsanlage ggü. der Direktanlage und der effektiven Belastung der Vorabpauschale sowie die relative Häufigkeit paradoxer Wirkungen bei einer Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite i.H.v. $\sigma = 3\%$

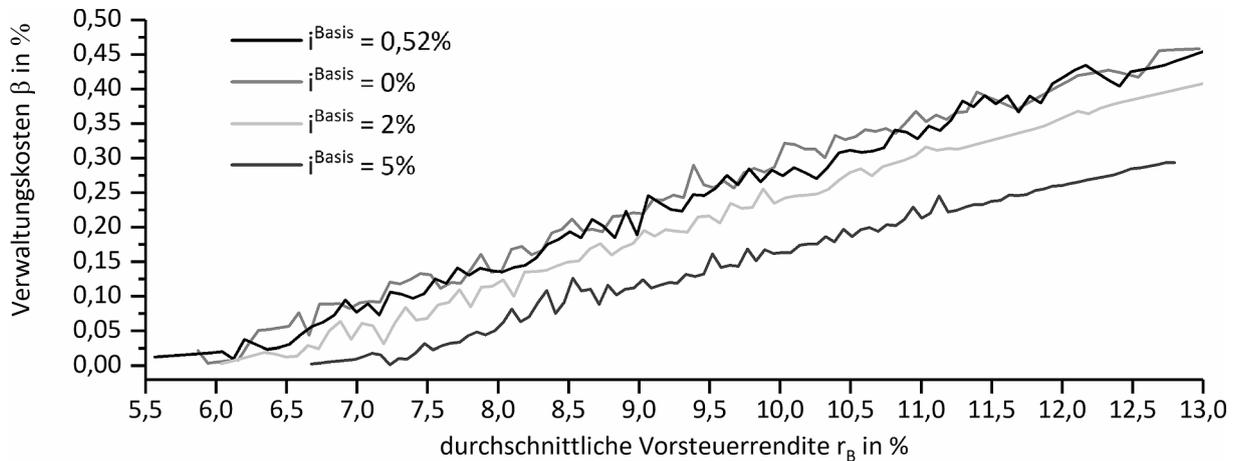


Abbildung 7: Linear interpolierte Indifferenzwerte der Fondsverwaltungskosten für den Rangfolgewechsel der Vorteilhaftigkeit der Fondsanlage gegenüber der Direktanlage in Abhängigkeit von der durchschnittlich erzielten Vorsteuerrendite

stundungseffekt lässt die Fondsanlage im Gewinnfall bei einem ausreichend großen Betrachtungszeitraum vorteilhaft gegenüber der Direktanlage werden.

Die Variation des Betrachtungszeitraums bewirkt einen u-förmigen Verlauf der durchschnittlichen effektiven Belastung der Vorabpauschale: Da die zunächst geringer ausfallenden Fondsrenditen relativ stärker belastet werden als höhere Renditen, bewirkt die mit dem längerem Betrachtungszeitraum sinkende Streuung um den Erwartungswert der durchschnittlich erzielten Vorsteuerrendite zunächst eine Verringerung der durchschnittlichen effektiven Belastung der Vorabpauschale. Wird dieser Effekt durch den Zinseffekt der Vorabpauschale überschritten, steigt die effektive Belastung der Vorabpauschale an. Mit steigendem Betrachtungszeitraum reduziert sich die Anzahl paradoxer Fälle.

d) Variation der Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite

Im Folgenden wird die Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite wiederum von 4 % ($\sigma^2 = 0,16$ %) auf 3 % ($\sigma^2 = 0,09$ %) gesenkt. Dies führt zu einem Anstieg der Nachsteuerrenditen der Anlagealternativen, wobei der relative Vorteil der Fondsanlage ggü. der Direktanlage im Vergleich zur Ausgangskonstellation im Verlustfall abnimmt. Zwar ist die Fondsanlage bei einem Basiszins i.H.v. 0,52 % noch durchschnittlich vorteilhaft ggü. der Direktanlage, bei einem Basiszins i.H.v. 2 % käme es jedoch zu einem Rangfolgewechsel der Vorteilhaftigkeit zwischen den Alternativen. In dieser Parameterkonstellation führt die Senkung der Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite zu einem Anstieg der effektiven Belastung der Vorabpauschale im Verlustfall. Da die Belastung im Gewinnfall wesentlich geringer ausfällt als im Verlustfall und die Anzahl der Verlustfälle im Vergleich zur Ausgangssituation durch die Senkung der Standardabweichung wesentlich vermindert wird, kommt es in der Gesamtbetrachtung zu einer Verringerung der effektiven Belastung der Vorabpauschale.

4. Simulationsergebnisse unter Berücksichtigung von Kosten

Die bisher ausschließlich auf die steuerliche Vorteilhaftigkeit ausgerichtete Analyse wird nachfolgend um den Aspekt der Kosten der Anlagealternativen erweitert. Unter den Parameterannahmen der Ausgangskonstellation im Gewinnfall²⁸ werden beispielhaft die Fondsverwaltungskosten (β) ermittelt, bei denen der steuerliche Vorteil der Fondsanlage gegenüber der Direktanlage überschritten wird. *Abbildung 7* stellt die linear interpolierten Indifferenzwerte der Fondsverwaltungskosten für den Rangfolgewechsel der Vorteilhaftigkeit zwischen den Alternativen in Abhängigkeit von der durchschnittlich erzielten Vorsteuerrendite r_B für Basiszinssätze i.H.v. 0,52 %, 0 %, 2 % und 5 % dar.²⁹ Für die Fondsanlage wird ein Ausgabeaufschlag i.H.v. 2 % und für die Direktanlage werden Transaktionskosten i.H.v. 0,5 % unterstellt. Für die jeweiligen Kosten wird angenommen, dass sie während des Betrachtungszeitraums konstant bleiben.

Es zeigt sich, dass die Indifferenz-Fondsverwaltungskosten mit steigenden durchschnittlichen Vorsteuerrenditen ansteigen. Allerdings führen bereits geringe Verwaltungskosten zu einem Rangfolgewechsel der Vorteilhaftigkeit zwischen den Anlagealternativen. Da in der Praxis die jährlichen Fondsverwaltungskosten durchaus 0,5 % übersteigen können, lässt die Höhe der abgebildeten Indifferenzwerte vermuten, dass in den meisten Fällen die Kosten der Fondsanlage den steuerlichen Vorteil ggü. der Direktanlage unabhängig von der Höhe des Basiszinssatzes überwiegen dürften.³⁰

²⁸ Siehe Abschnitt V.2.a).

²⁹ Die durchschnittlich erzielte Vorsteuerrendite ermittelt sich als geometrischer Mittelwert:

$$r_B = \left(\prod_{i=1}^{T-1} (1 + r_i) \right)^{\frac{1}{T-1}} - 1.$$

³⁰ Selbstverständlich ändern sich die Indifferenz-Fondsverwaltungskosten bei einer Variation der Modellparameter. Aus Platzgründen wird deren Einfluss auf die Indifferenz-Fondsverwaltungskosten jedoch nicht quantifiziert.

VI. Fazit

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass die effektive Belastung der Vorabpauschale maßgeblich von der Höhe der Wertsteigerung des thesaurierenden Fonds abhängig ist. Insbesondere Fondsanlagen mit geringen Fondsrenditen werden durchschnittlich stärker durch die Vorabpauschale belastet als Fondsanlagen mit höheren Renditen. Ursächlich hierfür ist die temporäre Durchschnittssteuerbelastung der Vorabpauschale, die bei positiven Wertentwicklungen des Fonds bis zu 70 % des maßgeblichen Basiszinssatzes maximal wird. Zudem konnte gezeigt werden, dass Fondsanlagen mit weniger schwankenden Fondsrenditen relativ stärker durch die Vorabpauschale belastet werden als Fondsanlagen mit volatileren Wertentwicklungen. Die effektive Belastung steigt mit längerem Betrachtungszeitraum. Ebenso kann es zu dem paradoxen Effekt kommen, dass die Nachsteuerrendite unter Ansatz der Vorabpauschale höher ist als ohne Vorabpauschale. Dieser Effekt kann auftreten, wenn der Fonds eine durchschnittlich positive Fondsrendite aufweist, die Wertentwicklungen der Einzelperioden jedoch wechselnde Vorzeichen besitzen. Allerdings nimmt die Anzahl der paradoxen Fälle mit längerem Betrachtungszeitraum, sinkender Standardabweichung der erwarteten Vorsteuerrendite sowie sinkendem Vorsteuerrendite-Basiszins-Verhältnis ab.

In dem steuerlichen Vorteilhaftigkeitsvergleich zwischen Aktienfondsanlage und direkter Aktienanlage unter Unsicherheit zeigt sich, dass für viele realistische Parameterkonstellationen die Fondsanlage die steuerlich vorteilhafte Anlageform sein dürfte. Dabei spielt u.a. der Dividendenanteil an der Vorsteuerrendite eine erhebliche Rolle. Während Dividenden bei der Fondsanlage durch die Besteuerung des Fonds und des Anteilseigners im Vergleich zur Direktanlage höher besteuert werden,

besteht für Kursgewinne bei der Fondsanlage ein steuerlicher Vorteil gegenüber der Direktanlage. Zudem kann durch die getrennte Besteuerung von Aktienfonds und Anteilseigner durch Gewinnthesaurierung ein Steuerstundungseffekt erzielt werden, der mit steigender Vorsteuerrendite und längerem Betrachtungszeitraum steigt. Bei der Aktiendirektanlage tritt ein Steuerstundungseffekt lediglich im Fall unrealisierter Kursgewinne auf. Tendenziell begünstigen höhere Vorsteuerrenditen und längere Betrachtungszeiträume die Fondsanlage. Da die effektive Belastung der Vorabpauschale mit sinkendem Vorsteuerrendite-Basiszins-Verhältnis sowie längeren Betrachtungszeiträumen steigt, können Fondsanlagen mit geringeren Fondsrenditen in Verbindung mit hohen (unrealisierten) Kursgewinnanteilen und langer Haltedauer allerdings auch nachteilig gegenüber der Direktanlage sein, wenn der Zeiteffekt der Vorabpauschale den steuerlichen Nachteil der Direktanlage bei der Veräußerungsgewinnbesteuerung kompensiert. Die abgeleiteten Ergebnisse gelten grundsätzlich auch im Verlustfall. Durch die Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus der Veräußerung von Aktien gem. § 20 Abs. 6 S. 4 EStG wird allerdings tendenziell die steuerliche Vorteilhaftigkeit der Fondsanlage gestärkt, bei der Verluste gem. § 20 Abs. 6 S. 1 EStG auch mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet werden können. Darüber hinaus ist für beide Anlagealternativen ein Verlustvortrag innerhalb der Einkunftsart des § 20 EStG möglich, der im vorliegenden Beitrag jedoch nicht in die Modellrechnungen integriert wurde. Auch die Fondsverwaltungskosten haben einen wesentlichen Einfluss auf die Vorteilhaftigkeit der Anlagealternativen. In den meisten Fällen dürften die Fondsverwaltungskosten die steuerlichen Vorteile der Fondsanlage übersteigen.



*Prof. Dr. Stephan Kudert / Dino Höppner, beide Frankfurt (Oder)**

Besteuerung von außerordentlichen Einkünften nach der Fünftelregelung – eine quantitative Analyse

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 1. Problemstellung
 2. Theoretische Einordnung und Ziel der Untersuchung
- II. Steuerrechtliche Grundlagen und Modellrahmen
- III. Analyse der Besteuerung nach der Fünftelregelung
 1. Formalisierung und Wirkungsanalyse der Fünftelregelung
 2. Analyse der Grenzsteuersatzfunktion
 - a) Taxographische Analyse der Grenzsteuersatzfunktion
 - b) Ermittlung der Indifferenzkurve bei Grenzsteuersätzen in Höhe von 100 %
- IV. Das Entscheidungsmodell
 1. Formalisierung des Entscheidungsmodells
 2. Taxographische Analyse
 3. Restriktionen des Entscheidungsmodells durch gesetzliche Beschränkungen
 - a) Abzugsgrößen zur Minderung des verbleibenden zu versteuernden Einkommens
 - b) Modellimplikationen durch Beschränkung des Spendenabzugs
- V. Fazit

In § 34 Abs. 1 EStG ist die sogenannte Fünftelregelung kodifiziert. Damit hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die bei außerordentlichen Einkünften (z.B. Abfindungen für Arbeitnehmer) zu einer Progressionsglättung führen soll, um die übermäßige Besteuerung von Einkünften, die zwar durch Leistungen in mehreren Jahren veranlasst wurden, aber in einem Veranlagungszeitraum zusammengeballt besteuert werden, zu verhindern. Die Konstruktion der Norm kann jedoch bei bestimmten Konstellationen dazu führen, dass andere Einkünfte, die der Steuerpflichtige im selben Veranlagungszeitraum erzielt, mit Grenzsteuersätzen bis zu 225 % besteuert werden. Dieser Effekt ist zwar seit 20 Jahren bekannt, wurde allerdings bislang nur kasuistisch analysiert. Der Beitrag zeigt erstmalig, dass diese Steuerwirkung bei zahlreichen Konstellationen auftritt. Mit Hilfe einer taxographischen Analyse wird darauf aufbauend ein Entscheidungsmodell entwickelt, mit dem das nachsteuerliche Einkommen optimiert werden kann. Es kann um bis zu 16.773 EUR erhöht werden.

Sec. 34 para. 1 German Income Tax Act applies to extraordinary income (e.g. severance payments for employees) and intends to mitigate the effect of high progressive rates. This special tax norm stipulates that extraordinary income must be taxed in the

year of payment, but the tax rate that applies to one-fifth of the extraordinary income is applied to the entire extraordinary income for purposes of progression smoothing. However, the construction of sec. 34 para. 1 German Income Tax Act may result in marginal tax rates of up to 225 % on regular income earned by the taxpayer during the same assessment period. Although this effect has been known for 20 years, it has so far only been analysed casuistically. For the first time, this article finds that this effect occurs in numerous constellations. Based on mathematical and graphical analysis, a decision model to optimise the net income is developed. Thus, the net income can be increased by up to EUR 16,773.

I. Einleitung

1. Problemstellung

Der deutschen Einkommensteuer sind das Prinzip der Abschnittsbesteuerung und die progressive Besteuerung der Einkünfte nach der Tarifformel gem. § 32a EStG immanent.¹ Das Zusammentreffen der Abschnittsbesteuerung und der progressiven Besteuerung kann bei Vorliegen von außerordentlichen Einkünften (aoE) zu einer progressionsbedingten Mehrbelastung des gesamten Einkommens führen. Eine solche Mehrbelastung ergibt sich dadurch, dass die aoE wirtschaftlich in mehreren Veranlagungszeiträumen veranlasst, aber in einem Veranlagungszeitraum erfasst und besteuert werden. Um diese Progressionswirkung abzumildern, hat der Gesetzgeber durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. März 1999 die sogenannte Fünftelregelung im § 34 Abs. 1 EStG kodifiziert.²

Das Ziel, die Progressionswirkung durch die rechnerische Verteilung der aoE auf fünf Jahre abzumildern, hat der Gesetzgeber nicht erreicht.³ Darüber hinaus führt die Berechnungs-

* Prof. Dr. Stephan Kudert ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) sowie Direktor am Institute for Central and East European Taxation (I CEE Tax). Dino Höppner, M.Sc. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl sowie Doktorand am I CEE Tax. Die Autoren danken dem anonymen Gutachter für die wertvollen Anregungen und Hinweise.

1 Dies gilt nicht ausnahmslos für alle Einkunftsarten bei natürlichen Personen.
 2 Zur Zielsetzung der Abmilderung der Progressionswirkung des Gesetzgebers vgl. BT-Drs. v. 09.11.1998, Az. 14/23, 183.
 3 Zur Kritik an der Abmilderung der Progressionswirkung durch die Fünftelregelung vgl. Kroschel/Wellich, BB 1998, 2550 (2251 f.); Herzig/Förster, DB 1999, 711 (714); Schmidtman, DBW 2012, 137 (141).

weise der Einkommensteuer gem. § 34 Abs. 1 S. 2 EStG zu Tarifverwerfungen bei der Grenzsteuersatzfunktion des verbleibenden zu versteuernden Einkommens (zvzE). Das zvzE umfasst die Einkünfte des Steuerpflichtigen, die keine aoE sind. Der Grenzsteuersatz auf diese Einkommensanteile kann mitunter das Fünffache des Spitzensteuersatzes (225 %) erreichen.⁴

Dieser Effekt ist in der Wissenschaft und Praxis bekannt, wurde bislang aber nur kasuistisch beschrieben und analysiert, weil mehrere unabhängige Variable zu berücksichtigen sind. Im Folgenden wird untersucht, in welchen Fallkonstellationen Grenzsteuersätze von mehr als 100 % auftreten, welche Steuerwirkungen daraus resultieren und welche steuerlichen Gestaltungen sich ableiten lassen. Zudem kann gezeigt werden, warum im Entscheidungsmodell nicht auf Grenz- sondern auf die Differenzsteuersätze abzustellen ist und wie zusätzliche rechtliche Restriktionen in das Modell integriert werden können.

2. Theoretische Einordnung und Ziel der Untersuchung

Bei der Messung der Steuerbelastung unterscheidet die Betriebswirtschaftliche Steuerlehre zwischen Zeit-, Bemessungsgrundlagen- und Steuersatz- bzw. Tariffeffekten.⁵ Dabei wird in der Literatur von einer systematischen Tariffunktion ausgegangen, wenn unter: $S_i = f(zvE_i)$ und $zvE_1 < zvE_2$ für die Grenzsteuersatzfunktion die Bedingung: $\frac{dS}{dzvE} < 1$ erfüllt ist.⁶ Daher bestehen Steuersatzeffekte, die Tarifverwerfungen darstellen, wenn die Grenzsteuersatzfunktion diese Bedingung verletzt.⁷

Die Untersuchung dieser Steuersatzeffekte bei Anwendung der Fünftelregelung ist Gegenstand mehrerer theoretisch-quantitativer Beiträge.⁸ Ein Strang der Literatur untersucht Tariffeffekte bei zeitgleicher Anwendung der Fünftelregelung und anderer Tarifvorschriften. Mittelpunkt der Diskussion ist die Ausgestaltung sowie steuerliche Wirkung des Zusammentreffens der Fünftelregelung und des Progressionsvorbehalts gem. § 32b EStG.⁹ Daneben untersucht *Houben* die Steuersatzeffekte bei gemeinsamer Anwendung der Fünftelregelung und der Besteuerung nach dem ermäßigten Steuersatz gem. § 34 Abs. 3 EStG.¹⁰ Außerdem analysieren *Müller/Kalies* die Vorteilhaftigkeit der einzelnen Tarifvorschriften nach § 34 EStG unter dem Aspekt der Zusammenveranlagung bei Ehepartnern.¹¹ Ein anderer Strang der Literatur untersucht Tariffeffekte bei isolierter Betrachtung der Fünftelregelung. Dabei behandeln *Hennig/Hundsdoerfer/Schult* erstmalig das Vorliegen von Grenzsteuersätzen über 100 %.¹² Darauf aufbauend untersucht *Hundsdoerfer* die Auswirkungen auf die Steuerbilanzpolitik und legt in diesem Rahmen die Vorteile einer zeitlichen Verlagerung der aoE und des zvzE (verbleibendes zvE) offen.¹³

Die Untersuchung von Bemessungsgrundlageneffekten kann durch die Betrachtung von Differenzsteuersätzen¹⁴ bzw. der Differenzsteuerlast erfolgen. Für die Differenzsteuersätze leitet sich aus der Bedingung der Grenzsteuersätze ab, dass diese ebenfalls 100 % nicht übersteigen dürfen ($\frac{S_2 - S_1}{zvE_2 - zvE_1} < 1$). Die Verletzung dieser Bedingung führt dazu, dass mit sinkenden Bemessungsgrundlagen steigende Differenzsteuersätze vorliegen können. Diese Verwerfungen im Zusammenhang mit der Fünftelregelung und die damit verbundenen Gestaltungspotenziale werden in der Literatur bislang nur kasuistisch aufgezeigt.¹⁵

Die Formulierung eines steuerlichen Wirkungs- oder Entscheidungsmodells, basierend nur auf Steuersatz- oder Bemessungsgrundlageneffekten genügt indes nicht. Erst die Untersuchung des interdependenten Verhältnisses zwischen dem Steuersatz- und Bemessungsgrundlageneffekt¹⁶ führt zu allgemeingültigen Formulierungen der steuerplanerischen Gestaltungsmöglichkeiten. Hinsichtlich der Fünftelregelung ist daher zum einen die Frage nach den Einkommenskonstellationen, die zu kritischen Steuerwirkungen führen, bislang unbeantwortet und zum anderen die Ableitung des damit verbundenen Umfangs des Gestaltungspotenzials offen.¹⁷

Diese bestehende Forschungslücke schließt der vorliegende Beitrag, indem der Umfang der steuerplanerischen Möglichkeiten zur Optimierung des nachsteuerlichen Einkommens¹⁸ hergeleitet, quantifiziert und offengelegt werden.¹⁹ Dafür werden zunächst im Kapitel II die rechtlichen Grundlagen und der Modellrahmen dargestellt. Darauf aufbauend wird im Kapitel III die Fünftelregelung mithilfe der Teilsteuerrrechnung²⁰ formalisiert und sowohl verbal als auch im Rahmen einer (taxo-)graphischen Analyse²¹ hinsichtlich Tarifverwerfungen bzw. Steu-

4 Vgl. *Hennig/Hundsdoerfer/Schult*, DStR 1999, 131; *Hundsdoerfer*, StuW 2000, 18 (30), zuletzt *Müller/Kalies*, FR 2019, 698 (702).

5 Instruktiv *Wagner*, BFuP 1984, 201 (211 ff.); *Wagner*, StuW 2004, 237 (239). Der Beitrag umfasst ein statisches Modell, weshalb Zeiteffekte nicht Gegenstand der Untersuchung sind; weitergehend Fn. 22.

6 Vgl. *Wagner/Dirrigl*, Die Steuerplanung der Unternehmung, 1980, S. 17.

7 Vgl. *Hechtner*, BFuP 2017, 472 (476 f) m.w.N.

8 Neben der Diskussion zur betriebswirtschaftlichen Wirkung befassen sich Beiträge ebenfalls mit einer möglichen Verfassungswidrigkeit der Fünftelregelung, dazu vgl. *Jahndorf/Lorscheider*, FR 2000, 433; *Juchum*, DB 2000, 343; *Siegel*, DStR 2007, 978; *Nettersheim/Gottwald*, EStB 2012, 148 (152); *Siegel*, DB 2015, 1419; *Bareis*, FR 2015, 577.

9 Vgl. *Siegel/Korezkij*, DStR 2005, 577; *Diller*, ZfB 2006, 1139; *Eggesiecker/Ellerbeck*, DStR 2007, 1281; *Siegel*, FR 2008, 389; *Siegel/Diller*, DStR 2008, 178; *Hechtner/Siegel*, DStR 2010, 1593; *Hechtner*, BFuP 2017, 472.

10 Vgl. *Houben*, DStR 2006, 200.

11 Vgl. *Müller/Kalies*, FR 2019, 698.

12 Vgl. *Hennig/Hundsdoerfer/Schult*, DStR 1999, 131.

13 Vgl. *Hundsdoerfer*, StuW 2000, 18 (29 ff.).

14 Zur Bedeutung und Differenzierung zwischen Grenz- und Differenzsteuersätzen, vgl. *Siegel*, WPg 1980, 266 (267).

15 Vgl. *Bein*, DB 2002, 2402; *Happe*, BBK 2010, 1000; *Nettersheim/Gottwald*, EStB 2012, 148. Lediglich *Schmidtmann* betrachtet das Gestaltungspotenzial in allgemeingültiger Form, jedoch verfolgt der Ansatz eine Verteilung des Einkommens in andere Tarifvorschriften (vgl. *Schmidtmann*, DBW 2012, 137). Auch *Müller/Kalies* stellen den Effekt kaustisch unter expliziten Verweis auf die Schwierigkeit der Verallgemeinerung dieser Problematik dar (vgl. *Müller/Kalies*, FR 2019, 698 (701)).

16 Zur Interdependenz von Steuersatz- und Bemessungsgrundlageneffekten bei progressiven Tarifen vgl. *Wagner*, BFuP 1984, 210 (212 f.).

17 Zur Formulierung der Forschungsfragen vgl. Kapitel IV.1.

18 Das nachsteuerliche Einkommen umfasst das zvE abzüglich der Einkommensteuerlast, die nach Maßgabe der Tarifformel (§ 32a Abs. 1 i.V.m. § 34 Abs. 1 S. 2 EStG) erhoben wird.

19 Der Beitrag ist der Betriebswirtschaftlichen Steuerwirkungslehre und Steuergestaltungslehre zuzuordnen, vgl. *Kußmaul*, StuW 1995, 3 (4 f.); *Rose*, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, 1992, S. 16–19.

20 Die Methode der Teilsteuerrrechnung ist auf *Rose* zurückzuführen, dazu vgl. *Rose*, BFuP 1979, 293; *Rose*, Die Steuerbelastung der Unternehmung, 1973, S. 56–63.

21 Der methodische Ansatz sowie der Kunstbegriff der Taxographie sind ebenfalls auf *Rose* zurückzuführen, vgl. *Rose*, (Fn. 19), S. 150 f. Zur Anwendung der (taxo-)graphischen Analyse bei betriebswirtschaftlichen Untersuchungen im Steuerrecht in der jüngeren Literatur, vgl. *Melkonyan/Kahlenberg*, BFuP 2017, 406; *Fritz-Schmied/Kudert/Schewel/Urnik*, BFuP 2019, 121; *Kahlenberg/Melkonyan*, StuW 2019, 182.

ersatzeffekten bei der Grenzsteuerlast untersucht. In Kapitel IV wird ein statisches Entscheidungsmodell²² entwickelt, das die Maximierung des nachsteuerlichen Einkommens durch Minderung (sic!) des vzvE als Zielfunktion beschreibt. Das Modell legt die kombinierte Wirkung von Steuersatz- und Bemessungsgrundlageneffekten und damit die Gestaltungsspielräume allgemeingültig anhand der Untersuchung der Differenzsteuersätze offen. Darüber hinaus werden die Implikationen gesetzlicher Beschränkungen auf das Entscheidungsmodell, in Form des Spendenabzugs, zur Maximierung des nachsteuerlichen Einkommens in die Modellierung integriert. Abschließend werden in Kapitel V die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst.

II. Steuerrechtliche Grundlagen und Modellrahmen

Die tariflich begünstigte Besteuerung gem. § 34 Abs. 1 EStG für aoE erfolgt nur, wenn die Tatbestandsmerkmale des § 34 Abs. 2 EStG erfüllt sind.²³ Nach der abschließenden Aufzählung in § 34 Abs. 2 EStG kommen nur Veräußerungsgewinne nach §§ 14, 14a, 16, 18 EStG (Nr. 1), Entschädigung nach § 24 Nr. 1 EStG (Nr. 2), Nutzungsvergütungen i.S.d. § 24 Nr. 3 EStG (Nr. 3) sowie Vergütungen für mehrjährige Tätigkeiten (Nr. 4) als aoE in Betracht.

Für die weitere Untersuchung fokussiert sich der Beitrag auf eine Entschädigungsleistung (Abfindung) i.S.d. § 24 Nr. 1 Buchst. a) oder b) EStG,²⁴ die die Voraussetzungen gem. § 34 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt und von einer unbeschränkt steuerpflichtigen natürlichen Person im Rahmen von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit im Veranlagungszeitraum 2020 erzielt wird. Ferner erzielt diese Person im selben Veranlagungszeitraum laufende Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit i.S.d. § 19 EStG, die das vzvE darstellen. Nachfolgend wird nur ein positives vzvE untersucht, da nur in diesen Fällen die angeführten Verwerfungen auftreten.²⁵ Ebenso sind nur positive aoE Untersuchungsgegenstand des Beitrags, um überhaupt die Anwendung der Fünftelregelung i.S.d. § 34 Abs. 1 S. 2 EStG zu ermöglichen.²⁶ Die Anwendung weiterer Tarifvorschriften, Vergünstigungen und des SolZ wird ausgeschlossen, damit bei der Untersuchung die Wirkungsweise der Fünftelregelung analysiert werden kann und diese nicht durch andere Effekte überlagert oder beeinflusst wird.

III. Analyse der Besteuerung nach der Fünftelregelung

1. Formalisierung und Wirkungsanalyse der Fünftelregelung

Sind aoE i.S.d. § 34 Abs. 2 EStG Bestandteil des zu versteuern Einkommens (zvE), findet der Einkommensteuertarif nach § 32a Abs. 1 S. 2 EStG in modifizierter Form Anwendung (§ 34 Abs. 1 S. 1 EStG). Der Wortlaut der Fünftelregelung ist nicht leicht verständlich (§ 34 Abs. 1 S. 2 EStG). Während das vzvE der tariflichen Einkommensteuer unterworfen wird, ist für die aoE die verfünffachte Differenzsteuerlast aus der tariflichen Einkommensteuer auf das vzvE erhöht um ein Fünftel der aoE und der Einkommensteuer auf das vzvE anzusetzen.²⁷ Diese Tarifvorschrift lässt sich in Teilsteuersätze überführen:²⁸

$$(1) S^{34} = \underbrace{S^{32a}(vzvE)}_{\text{Steuerbelastung des vzvE}} + \underbrace{5 \cdot (S^{32a}(0, 2 \cdot aoE + vzvE) - S^{32a}(vzvE))}_{\text{Differenzsteuerlast auf die aoE}}$$

Während der erste Summand die Einkommensteuerlast des vzvE darstellt, umfasst der zweite Summand die verfünffachte Differenzsteuerlast eines Fünftel der aoE und damit die einkommensteuerliche Belastung der aoE unter Berücksichtigung der Höhe des vzvE. Grundsätzlich bewirkt die Fünftelregelung eine Streckung der Steuerprogression für die aoE um das Fünffache. Dabei ist diese abmildernde Wirkung entscheidend von der Höhe des vzvE abhängig. Denn mit steigenden vzvE fällt dieses die progressiven Tarifzonen auf, so dass die Abmilderung der Progressionswirkung für die aoE mit zunehmendem vzvE sinkt. Führt das vzvE zu einer Besteuerung im Rahmen der letzten Proportionalzone, läuft die Entlastungswirkung der Fünftelregelung für die aoE ins Leere.²⁹

Die Berechnungsweise zur Begünstigung von aoE führt bei Betrachtung der Grenzsteuersätze, die auf das vzvE wirken, zu den eingangs formulierten tariflichen Verwerfungen, auf die erstmals *Hundsdoerfer/Hennig/Schult* hingewiesen haben.³⁰ Für die Untersuchung der Grenzsteuersätze, die auf das vzvE An-

22 Bei der Untersuchung wird ein statisches Modell zu Grunde gelegt, da die Entscheidung das vzvE zu mindern, keine Bindungswirkung für spätere Veranlagungszeiträume hat, wodurch die Betrachtung von Zeiteffekten ausgeschlossen ist, dazu vgl. *Großel/Kudert*, IStR 1999, 737 (739). Zur Differenzierung zwischen einem statischen und dynamischen Modell vgl. *Heinen*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 1992, S. 159 f.; *Brähler*, DBW 2008, 654.

23 Neben der Fünftelregelung besteht, zur Abmilderung der Progressionswirkung alternativ, die Möglichkeit zur Besteuerung der aoE mit 56 % des durchschnittlichen Steuersatzes (§ 34 Abs. 3 EStG). Die Besteuerung nach dem Durchschnittsteuersatz findet nur unter Erfüllung weiterer Voraussetzungen auf Veräußerungsgewinne nach §§ 14, 14a, 16 und 18 EStG Anwendung. Instrukтив dazu vgl. *Horn*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 34 EStG, Rz. 73 ff. (Juni 2019).

24 Für die Abgrenzung zwischen einer Abfindung, die ein Arbeitnehmer i.S.d. § 24 Nr. 1 Buchst. a) oder b) EStG erhält vgl. *Horn* (Fn. 23), § 24 EStG, Rz. 46 (Juni 2019).

25 Bei einem negativen vzvE und positiven aoE, die insgesamt zu einem positiven zvE führen, findet die Fünftelregelung nach § 34 Abs. 1 S. 3 EStG Anwendung. Bei einem positiven vzvE bestimmt sich die Höhe der Einkommensteuer nach dem § 34 Abs. 1 S. 2 EStG. Die Ermittlung der Einkommensteuer nach Satz 2 wird im nächsten Kapitel dargelegt.

26 Liegen negative aoE vor, beispielsweise aus einem Veräußerungs- bzw. Aufgabeverlust nach § 16 EStG, ist vorrangig der Verlustausgleich (§ 2 Abs. 3 EStG) sowie der Verlustabzug (§ 10d EStG) anzuwenden. Vgl. instrukтив *Geissler*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 16 EStG, Rz. 25 (Juni 2019).

27 Die Berechnung der Einkommensteuer nach der Fünftelregelung kann in vier Schritte unterteilt werden. 1. Schritt: Ermittlung der Einkommensteuer auf das vzvE. 2. Schritt: Ermittlung der Einkommensteuer des vzvE zuzüglich eines Fünftels der aoE. 3. Schritt: Berechnung der fünffachen Differenzsteuerlast aus dem zweiten und ersten Schritt. 4. Schritt: Berechnung der Gesamtsteuerlast als Summe der Steuerlasten des ersten und dritten Schritts. Vgl. *Jacobs*, Unternehmensbesteuerung, 2015, S. 400.

28 Die Bezeichnung eines Teilsteuersatzes mit *S* beschreibt die tarifliche Einkommensteuer, d.h. dargestellt ist die steuerliche Belastung der Bemessungsgrundlage unter Verwendung des Durchschnittsteuersatzes, der in Abhängigkeit von der Höhe der Bemessungsgrundlage aus der Tarifformel nach § 32a Abs. 1 EStG hervorgeht.

29 Zur Abmilderung der Progressionswirkung vgl. Fn. 3.

30 Vgl. *Hennig/Hundsdoerfer/Schult*, DStR 1999, 131 (133). Aufgrund der damals noch unzureichenden computerunterstützten Rechenleistung konnten Henning et. al das Phänomen allerdings nur kasuistisch beschreiben.

Terme & Tarifzonen		$5 \cdot s'_{vzvE}{}^{32a}(0,2 \cdot aoE + vzvE)$				
		I	II	III	IV	V
$- 4 \cdot s'_{vzvE}{}^{32a}(vzvE)$	I	0 %	70 % bis 120 %	120 % bis 210 %	210 %	225 %
	II		14 % bis 64 %	24 % bis 154 %	114 % bis 154 %	129 % bis 169 %
	III			24 % bis 114 %	42 % bis 114 %	57 % bis 129 %
	IV				42 %	57 %
	V					45 %

Tab. 1: Grenzsteuersätze der Grenzsteuersatzfunktion des vzvE nach Tarifzonen (i.A.a. Schmidtman, DBW 2012, 143)

wendung finden, kann eine Termumformung der Gleichung (1) vorgenommen werden, um dann die erste partielle Ableitung nach dem vzvE zu bilden:

$$(2) S^{34} = 5 \cdot S^{32a}(0,2 \cdot aoE + vzvE) - 4 \cdot S^{32a}(vzvE)$$

$$(3) \frac{dS^{34}}{dvzvE} = 5 \cdot \frac{dS^{32a}(0,2 \cdot aoE + vzvE)}{dvzvE} - 4 \cdot \frac{dS^{32a}(vzvE)}{dvzvE}$$

Die Gleichung (3), die Grenzsteuersatzfunktion des vzvE nach der Fünftelregelung, kann in eine übersichtlichere Form überführt werden.³¹ Dafür wird der Ausdruck des Grenzsteuersatzes durch $s'_{vzvE}{}^{34}$ bzw. $s'_{vzvE}{}^{32a}$ ersetzt:³²

$$(4) s'_{vzvE}{}^{34} = 5 \cdot \underbrace{s'_{vzvE}{}^{32a}(0,2 \cdot aoE + vzvE)}_{\text{belastender Term}} - 4 \cdot \underbrace{s'_{vzvE}{}^{32a}(vzvE)}_{\text{entlastender Term}}$$

Anhand des vereinfachten Ausdrucks (4) kann die marginale Steuerlast auf das vzvE verbal analysiert werden. Der Minuend des Ausdrucks umfasst die steuerliche Belastung des nächsten zusätzlichen Euros des vzvE. Dabei ist die Höhe des Grenzsteuersatzes auf das vzvE auch abhängig von der Höhe der aoE. Durch den Faktor 5 im belastenden Term können Grenzsteuersätze zwischen 0 % und 225 % (= 5 · 45 %) auftreten. Überschreitet die Summe aus dem vzvE und einem Fünftel der aoE das Existenzminimum, aber das vzvE selbst befindet sich unterhalb des Grundfreibetrags, wirken Grenzsteuersätze zwischen 70 % (das Fünffache des Eingangsteuersatzes i.H. von 14 %) und 225 %. Dies ist in der ausschließlichen Wirkung des belastenden Terms begründet.

Erst wenn das vzvE das Existenzminimum überschreitet, tritt die Wirkung des Subtrahenden ein. Dieser führt zu einer vierfachen Entlastung in Höhe der tariflichen Grenzsteuersätze, die nur von der Höhe des vzvE (und nicht von den aoE) anhängig ist. Folglich nehmen mit steigenden vzvE über den Grundfreibetrag hinaus die Grenzsteuersätze auf den jeweils nächsten zusätzlichen Euro des vzvE insgesamt ab. Dabei umfasst die Grenzsteuersatzfunktion des vzvE ausschließlich positive Werte.³³

Die auf das vzvE wirkenden Grenzsteuersätze können in tabellarischer Form systematisiert werden. Die Tabelle 1 veranschaulicht die Bandbreite der wirkenden Grenzsteuersätze für alle Kombinationen aus dem belastenden und entlastenden Term, klassiert nach den Tarifzonen der Einkommensteuerfunktion.

Die dargestellten Bandbreiten in der Tabelle 1 lassen sich in drei Kategorien untergliedern:

1. der minimale und maximale Grenzsteuersatz unterschreiten 100 % (keine Schattierung),
2. der minimale Grenzsteuersatz unterschreitet 100 %, während der maximale Grenzsteuersatz 100 % überschreitet (grau schattiert)
3. sowohl der minimale als auch der maximale Grenzsteuersatz überschreiten 100 % (Negativ).

Liegt das vzvE unterhalb des Grundfreibetrags, befindet sich der entlastende Term in der Tarifzone I, wodurch die Grenzsteuersätze in Abhängigkeit des Umfangs der aoE zwischen 0 % und 225 % liegen. Überschreitet das vzvE den Grundfreibetrag tritt die Entlastungswirkung der Tarifzone II ein. Diese führt zu einer vierfachen Entlastungswirkung i.H. des Eingangsteuersatzes auf den ersten zusätzlichen Euro des vzvE, der den Grundfreibetrag übersteigt. Folglich liegt der Grenzsteuersatz zwischen 14 % und 169 %. Mit einem darüber hinaus ansteigenden vzvE nimmt die Entlastungswirkung zu und die wirkenden Grenzsteuersätze nehmen ab.

Jedoch fallen die Grenzsteuersätze mit einem steigenden vzvE nicht ausnahmslos, da das vzvE ebenfalls Bestandteil des belastenden Terms ist. Demzufolge existieren Bereiche, in denen durch den Anstieg des vzvE die Belastungswirkung, aufgrund der Wirkung der nächsthöheren Tarifzone, stärker zunimmt als die Entlastungswirkung. Im Ergebnis steht dann eine Zunahme des Grenzsteuersatzes bei einem steigenden vzvE.

Die verbale Analyse der in Teilsteuersätzen hergeleiteten Grenzsteuersatzfunktion sowie die tabellarische Systematisierung der Grenzsteuersätze haben offengelegt, bei welchen Kombinationen aus dem belastenden Term und entlastenden

31 Im Ergebnis erfolgt ein Wechsel von der Leibniz-Notation zur Lagrange-Notation.
 32 Ähnlich Hechtner, BFuP 2017, 472 (484). Die Angabe eines Teilsteuersatzes als s' beschreibt den Grenzsteuersatz, der sich aus der Tarifformel nach § 32a Abs. 1 EStG ergibt.
 33 Negative Grenzsteuersätze auf das vzvE können bei zeitgleicher Anwendung der Fünftelregelung und des Progressionsvorbehalts auftreten. Vgl. dazu Hechtner, BFuP 2017, 472 (489) m.w.N.

Term Grenzsteuersätze im Umfang von mindestens 100 % auftreten. Jedoch ist keine eindeutige Unterteilung der Grenzsteuersätze, die innerhalb der zweiten Kategorie liegen und 100 % überschreiten, möglich. Daher wird im nächsten Kapitel eine taxographische Analyse durchgeführt, die alle Konstellationen des vzvE (bestehend aus aoE und dem vzvE) identifiziert, bei denen das vzvE Grenzsteuersätzen von mindestens 100 % unterliegt.

2. Analyse der Grenzsteuersatzfunktion

a) Taxographische Analyse der Grenzsteuersatzfunktion

Die Grenzsteuersatzfunktion des vzvE nach der Fünftelregelung (Gleichung (4)) kann als dreidimensionale Grafik in Abhängigkeit von der Höhe der aoE und des vzvE dargestellt werden. Abbildung 1 veranschaulicht den Bereich der Grenzsteuersätze zwischen 100 % und 225 % entlang der Ordinate. Während das vzvE auf der Abszisse bis 35.000 EUR abgetragen ist, umfasst die Applikate die aoE bis 1.500.000 EUR.³⁴

Aus Abbildung 1 ist ein zusammenhängender Bereich ersichtlich, in dem die Grenzsteuersätze auf das vzvE mindestens 100 % betragen. Grundsätzlich sind zwei Wirkungsrichtungen der Grenzsteuersatzfunktion erkennbar: Zum einen steigt die Funktion mit zunehmenden aoE und zum anderen sinkt diese mit einem steigendem vzvE. Jedoch ist bei der Betrachtung des vzvE zu differenzieren. Im Bereich des Grundfreibetrags verläuft die Grenzsteuersatzfunktion, abhängig von der Höhe der aoE, mit zunehmendem vzvE zunächst steigend oder konstant. Erst darüber hinaus verläuft die Funktion mit zunehmenden vzvE fallend.

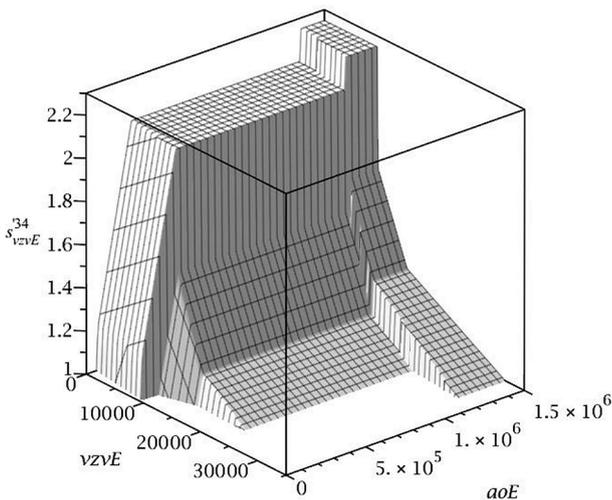


Abbildung 1: Grenzsteuersätze über 100 % bei Fünftelregelung

Erreichen die aoE einen Betrag i.H. von 1.352.505 EUR³⁵ kann nur eine Änderung des vzvE zu einer Veränderung der wirkenden Grenzsteuersätze führen, da der belastende Term bereits der zweiten Proportionalzone des Einkommensteuertarifs unterliegt. Demzufolge wird der erste Euro des vzvE einem Grenzsteuersatz von 225 % unterworfen, soweit die aoE mindestens 1.352.505 EUR³⁶ betragen. Für eine detaillierte Analyse der Grenzsteuersatzfunktion kann dann die dreidimensionale Grafik auf eine zweidimensionale Ansicht als Querschnitt des Kubus reduziert werden.

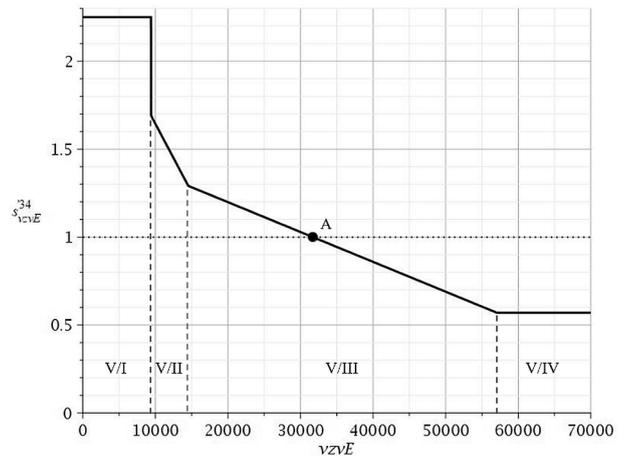


Abbildung 2: Querschnitt der Abb. 1 bei aoE von 1.352.500 EUR

Die Abbildung 2 umfasst diesen Querschnitt bei aoE im Umfang von 1.352.500 EUR und stellt den Verlauf der Grenzsteuersatzfunktion als schwarzen Graph in Abhängigkeit vom vzvE bis 70.000 EUR dar. Die unterteilten Bereiche entsprechen den Tarifkombinationen der letzten Spalte in Tabelle 1. Im Bereich V/I liegt jeder Euro des vzvE unterhalb des Grundfreibetrags (9.408 EUR), worin die ausschließliche Wirkung des belastenden Terms begründet ist und jeder Euro einem Grenzsteuersatz i.H. von 225 % unterworfen wird. Das bedeutet, jeder zusätzliche Euro an Einkommen in diesem Bereich mindert das nachsteuerliche Einkommen um 1,25 EUR.

Erst beim Überschreiten des Grundfreibetrags durch das vzvE setzt die Wirkung des entlastenden Terms ein, während der belastende Term weiterhin konstant 225 % beträgt. Durch das Eintreten des entlastenden Terms in die erste Progressionszone bei einem vzvE i.H. von 9.409 EUR, tritt eine Entlastungswirkung i.H. des vierfachen Eingangssteuersatzes ein. In der Folge springt die Grenzsteuersatzfunktion um $(14 \cdot 4 =) 56$ Prozentpunkte auf einen Grenzsteuersatz i.H. von $(225 - 56 =) 169$ % und verläuft bis zum Erreichen der zweiten Progressionszone des entlastenden Terms bei einem Grenzsteuersatz i.H. von 129 % fallend. Dies entspricht den maximalen und minimalen Grenzsteuersätzen der Tarifkombination V/II, die auf die Teile des vzvE zwischen 9.409 EUR und 14.532 EUR wirken. Demzufolge führt die Erzielung eines zusätzlichen Euros in diesem Bereich zu einer Minderung des nachsteuerlichen Einkommens zwischen 0,69 EUR und 0,29 EUR.

Umfasst das vzvE 14.533 EUR, setzt die zweite Progressionszone des entlastenden Terms ein und die Steigung des Graphen nimmt zu, bleibt jedoch weiterhin negativ. Bei einem vzvE i.H. von 31.700 EUR (Punkt A) umfasst die Entlastungswirkung auf den letzten Euro des vzvE 125 %, wodurch dieser letzte Euro des vzvE einem Grenzsteuersatz i.H. von 100 % unterliegt. Daher bewirkt dieser letzte Euro des vzvE

34 Um die gesamte Wirkung der Grenzsteuersatzfunktion zu erfassen, umfasst der Betrachtungshorizont der aoE 1.500.000 EUR. Da lediglich ein Fünftel der aoE in die Bemessungsgrundlage eingehen, wird die letzte Tarifzone erst bei einem Umfang von 1.352.505 EUR erreicht.

35 Dies entspricht dem Fünffachen der Einkommensgrenze des Einkommensteuertarifs nach § 32a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 EStG.

36 Dieser Betrag stellt die verfünffachte obere Einkommensgrenze des Einkommensteuertarifs nach § 32a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG dar.

i.H. von 31.700 EUR weder eine Minderung noch eine Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens.

Mit einem weiter steigenden $vzvE$ über 31.700 EUR hinaus nimmt die entlastende Wirkung weiter zu. Demzufolge verläuft die Grenzsteuersatzfunktion mit Zunahme des $vzvE$ weiterhin fallend und nimmt die Grenzsteuersätze der Tarifkombinationen V/III, V/IV bis hin zu einem Grenzsteuersatz i.H. von 45 % in der Tarifkombination V/V an. Im Ergebnis führt die Erzielung von Einkommensteilen des $vzvE$ über 31.700 EUR bei Betrachtung einer infinitesimalen Erhöhung des $vzvE$ zu einer Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens.

Die Analyse des Zustandekommens der Grenzsteuersatzfunktion des $vzvE$, in Abhängigkeit von den Dimensionen der aoE und des $vzvE$, hat die Tarifverwerfungen der Grenzsteuersatzfunktion allgemein quantifiziert und ergänzend das Zustandekommen dieser Verwerfungen zunächst kasuistisch (für $aoE = 1.352.500$ EUR) erläutert. Die Tarifverwerfungen umfassen zum einen die Wirkung von Grenzsteuersätzen von über 100 % und zum anderen das untypische Monotonieverhalten einer fallenden Grenzsteuersatzfunktion bei steigenden $vzvE$, weshalb die Anforderungen an eine systematische Tarifformel verletzt sind.³⁷ Zudem hat die taxographische Analyse einen zusammenhängenden Bereich offenbart, in dem der Grenzsteuersatz 100 % überschreitet. Anschließend sind die Einkommenskonstellationen nicht mehr kasuistisch, sondern systematisch zu ermitteln, bei denen diese Grenzsteuersätze wirken, um basierend darauf die Bemessungsgrundlageneffekte zu analysieren.

b) Ermittlung der Indifferenzkurve bei Grenzsteuersätzen in Höhe von 100 %

Die Bestimmung der Konstellationen aus aoE und $vzvE$, bei denen das $vzvE$ Grenzsteuersätzen von mindestens 100% unterliegt, kann mittels einer Indifferenzkurve erreicht werden. Diese Indifferenzkurve beschreibt alle Konstellationen des $vzvE$, in denen der letzte Euro des $vzvE$ einem Grenzsteuersatz von 100% unterliegt. Für die Ermittlung dieser Indifferenzkurve ist es notwendig, den Ausdruck (4) gleich einem Grenzsteuersatz von 100 % zu setzen:

$$(5) s'_{vzvE}{}^{34} = 1$$

Das Ergebnis dieser Ermittlung ist der schwarze Graph der Abbildung 3. Die Abbildung stellt die Indifferenzkurve in Abhängigkeit von den aoE bis 1.500.000 EUR und dem $vzvE$ bis 35.000 EUR dar. Der graue Bereich der Abbildung umfasst alle Konstellationen des $vzvE$, bei denen der Grenzsteuersatz auf jeden einzelnen Euro des $vzvE$ 100 % überschreitet ($s'_{vzvE}{}^{34} > 1$).

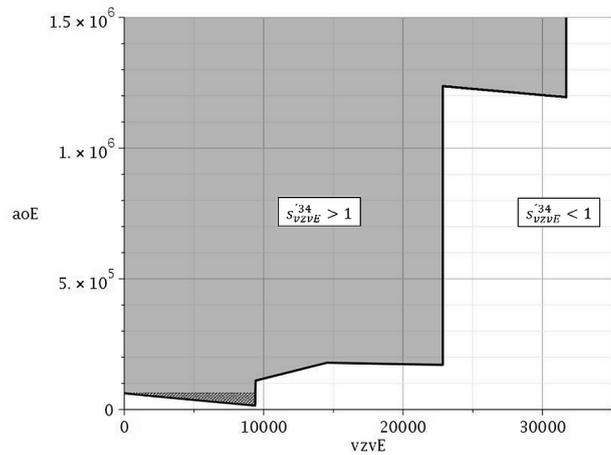


Abbildung 3: Indifferenzkurve der Grenzsteuersätze i.H. von 100 %

Umfassen die aoE mindestens 62.460 EUR, unterliegt bereits der erste Euro des $vzvE$ einem Grenzsteuersatz von mindestens 100 %. Mit steigenden aoE vergrößert sich der graue Bereich zunehmend. Bei aoE zwischen 170.975 EUR und 1.194.004 EUR wird ein Grenzsteuersatz von 100 % bei einem $vzvE$ von 22.856 EUR erreicht. Umfassen die aoE mindestens 1.194.005 EUR, unterliegt der letzte Euro eines $vzvE$ i.H. von 31.700 EUR stets einem Grenzsteuersatz von 100 %. Innerhalb dieses grauen Bereichs mindert bereits der erste Euro des $vzvE$ das nachsteuerliche Einkommen des Steuerpflichtigen, weshalb eine vollständige Minderung des $vzvE$, bei diesen Einkommenskonstellationen, das nachsteuerliche Einkommen maximiert.

Jedoch ist der kleine schwarz schraffierte Bereich bei aoE zwischen 15.420 EUR und 62.459 EUR gesondert zu betrachten. Innerhalb dieses Bereichs (anders als innerhalb des grauen Bereichs) unterliegt nicht bereits der erste Euro des $vzvE$ einem Grenzsteuersatz von mindestens 100 %. Erst soweit das $vzvE$ einen Umfang erreicht, der zu einer linksseitigen Überschreitung der Indifferenzkurve führt und das $vzvE$ damit innerhalb des schraffierten Bereichs liegt, wirken Grenzsteuersätze von mindestens 100 %. Das bedeutet, soweit das $vzvE$ vor der Indifferenzkurve liegt, erhöht dieses das nachsteuerliche Einkommen noch. Folglich ist bei Einkommenskonstellationen, die im schwarz schraffierten Bereich liegen, eine Minderung des $vzvE$ nur bis zur linken unteren Indifferenzkurve vorteilhaft.

Im Ergebnis beantwortet die Abbildung 3 allgemeingültig die Frage nach dem Bereich der Fünftelregelung, in dem Grenzsteuersätze von mindestens 100 % wirken. Bei der Formulierung, in welchen Bereichen $s'_{vzvE}{}^{34} > 1$ gilt, muss nicht länger abstrakt auf die Wirkung des belastenden und entlastenden Terms abgestellt werden. Dies kann nun allgemein für jede Höhe der aoE sowie des $vzvE$ erfolgen.

Die Teile des $vzvE$, die einem Grenzsteuersatz von unter 100 % ($s'_{vzvE}{}^{34} < 1$) unterliegen, umfassen den gesamten Bereich unterhalb der Indifferenzkurve. Bei Betrachtung des einzelnen zusätzlichen Euros liefern diese Teile des $vzvE$ einen positiven Beitrag zum nachsteuerlichen Einkommen, daher scheint auf den ersten Blick eine Minderung dieser Einkommensteile nicht

37 Vgl. für die Anforderungen an eine systematische Tariffunktion Kapitel 1.2.

vorteilhaft zu sein. Allerdings ist bei der Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens nicht auf den Grenzsteuersatz, sondern auf den Differenzsteuersatz abzustellen! Denn eine Minderung des $vzvE$, für das $s'_{vzvE}{}^{34} < 1$ gilt, kann ebenfalls eine Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens bewirken, soweit durch die Minderung Grenzsteuersätze erreicht werden, die 100 % übersteigen ($s'_{vzvE}{}^{34} > 1$). Deshalb wird im nächsten Kapitel ein Entscheidungsmodell entwickelt, das sowohl den Vorteilsbereich einer Minderung des $vzvE$ sowie die Höhe des damit jeweils verbundenen Vorteils quantifiziert.

IV. Das Entscheidungsmodell

1. Formalisierung des Entscheidungsmodells

Die interdependente Wirkung zwischen Steuersatz- und Bemessungsgrundlageneffekt verursacht, dass eine Minderung des $vzvE$ ebenfalls vorteilhaft sein kann, wenn das $vzvE$ einem Grenzsteuersatz von unter 100 % unterliegt. Diese Folge ergibt sich aus dem o.g. untypischen Verlauf der Grenzsteuersatzfunktion. Die Wirkung eines Grenzsteuersatzes von über 100 % auf das $vzvE$ führt zu einer überproportionalen Erhöhung der Steuerlast. D.h. vorliegend übersteigt die zusätzliche Steuerlast das zusätzlich erzielte $vzvE$. Dieser Steuersatzeffekt nimmt mit steigendem $vzvE$ zwar ab, führt aber zu einer derart hohen kumulierten überproportionalen Steuerlast, dass eine Minderung des $vzvE$ ebenfalls eine Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens bewirken kann, wenn das $vzvE$ bereits Grenzsteuersätzen von weniger als 100 % unterliegt.

Durch den Verzicht auf ein $vzvE$, das eine Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens bewirkt ($s'_{vzvE}{}^{34} < 1$), entsteht dem Steuerpflichtigen zunächst ein Nachteil. Jedoch führt eine Minderung des $vzvE$ in Bereiche hinein, die Grenzsteuersätzen von über 100 % unterliegen, zu einer Überkompensation des zunächst entstehenden Nachteils. Das bedeutet, der Bemessungsgrundlageneffekt (die Minderung des $vzvE$) führt eine derart hohe Entlastung herbei, dass diese über den Steuersatzeffekt hinaus wirkt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Minderung des $vzvE$ auch Teile des $vzvE$ erfasst, die Grenzsteuersätzen von über 100 % unterliegen. Dieses Verhältnis zwischen der kumulierten Steuerlast zur Bemessungsgrundlagenveränderung und damit der Wirkung des Steuersatz- und Bemessungsgrundlageneffekts ist Ausdruck des Differenzsteuersatzes, auf den nun an als Entscheidungskriterium für eine Minderung des $vzvE$ abzustellen ist.

Dieser Zusammenhang wurde in der Literatur bisher nicht eingehend untersucht.³⁸ Die Analyse zur Wirkung des § 34 EStG wurde bislang ausschließlich kasuistisch³⁹ hinsichtlich der Grenzsteuerlast des $vzvE$ und des damit verbundenen Gestaltungspotenzials durchgeführt.⁴⁰ Deshalb sollen nunmehr zwei Forschungsfragen allgemeingültig untersucht und beantwortet werden:

1. Unter welchen Bedingungen, also Konstellationen von $vzvE$ und aoE , bewirkt eine Minderung des $vzvE$ eine Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens?
2. In welchem Umfang kann durch die Minderung des $vzvE$ in den Konstellationen zu 1. das nachsteuerliche Einkommen erhöht werden?

Die Minderung des $vzvE$ bzw. der Verzicht auf das $vzvE$ wird im Folgenden als Abzugsbetrag bezeichnet, der darin bestehen kann, dass im betrachteten Veranlagungszeitraum prospektiv auf Einkünfte verzichtet wird oder zum Jahresende Spenden geleistet werden, die als Sonderausgaben abzugsfähig sind.

Im ersten Schritt ist die Einkommensteuerlast unter Berücksichtigung der Minderung des $vzvE$ zu bestimmen. Dafür wird die Gleichung (2) um den Abzugsbetrag (AB) erweitert. Die Einkommensteuerlast unter Berücksichtigung des Abzugsbetrags wird formal beschrieben als:

$$(6) S_{AB}^{34} = 5 \cdot S^{32a}(0, 2 \cdot aoE + vzvE - AB) - 4 \cdot S^{32a}(vzvE - AB)$$

Der Abzugsbetrag vermindert die Bemessungsgrundlage im Umfang des $vzvE$. Jedoch zeigt Abbildung 3, dass nicht in allen Konstellationen eine vollständige Minderung des $vzvE$ vorteilhaft ist, daher ist der Abzugsbetrag in Abhängigkeit von der Höhe der aoE zu formulieren:

1. Unterschreiten die aoE einen Umfang von 15.420 EUR, bleibt eine Minderung des $vzvE$ aus, da das $vzvE$ stets einem Grenzsteuersatz von unter 100 % unterliegt.
2. Liegen die aoE zwischen 15.420 EUR und 62.460 EUR ist eine Minderung nur in den Fällen vorteilhaft, in denen die Indifferenzkurve linksseitig überschritten wird (das $vzvE$ liegt innerhalb des schwarz schraffierten Bereichs oder darüber hinaus). In solchen Fällen ist eine Minderung des $vzvE$ nur bis zur linken unteren Indifferenzkurve vorteilhaft.⁴¹ Folglich entspricht der Abzugsbetrag der Differenz aus dem erzielten $vzvE$ und dem $vzvE$, das sich entlang der linken unteren Indifferenzkurve ergibt. Formal entspricht das $vzvE$ entlang der Indifferenzkurve: $vzvE = -0, 2 \cdot aoE + 12.492$.
3. Hingegen entspricht der Abzugsbetrag vollständig dem $vzvE$ (sic!), wenn die aoE 62.460 EUR überschreiten.

Ferner muss der Abzugsbetrag die Nebenbedingung: $AB > 0$ erfüllen und entspricht gemäß den Ausführungen formal:⁴²

$$(7) AB = \begin{cases} [\quad]; & aoE < 15.420 \\ 0, 2 \cdot aoE - 12.492 + vzvE; & aoE \leq 62.460 \\ vzvE; & aoE > 62.460 \end{cases}$$

38 Die bisherige Literatur veranschaulicht mögliche Gestaltungspotenziale nur kasuistisch, ohne dabei die wechselseitige Wirkung der beiden Effekte zu berücksichtigen, weshalb allgemeingültige Untersuchungsergebnisse in der Literatur bislang fehlen, dazu vgl. *Bein*, DB 2002, 2402; *Happe*, BBK 2010, 1000; *Nettersheim/Gottwald*, EStB 2012, 148. Nur *Müller/Kalies* führen an, dass ein negatives Nettoauszahlungspotenzial bis zu einem Differenzsteuersatz von 100% bestehen kann. Dabei identifizieren sie dies nur in zwei Fallkonstellationen und führen explizit die Schwierigkeit einer allgemeingültigen Formulierung dieser Problemstellung an, vgl. *Müller/Kalies*, FR 2019, 698 (701).

39 Das $vzvE$ und die aoE sind unabhängige Variablen. Von einer kasuistischen Analyse wird ausgegangen, wenn zumindest eine dieser beiden Variablen als konstant angenommen wird.

40 Vgl. für den Stand der Literatur Kapitel I.2.

41 Vgl. Kapitel III.2.b).

42 Der hergeleitete Abzugsbetrag berücksichtigt keine einkommensteuerlichen Einschränkungen, sondern dient im ersten Schritt der Aufstellung des Entscheidungsmodells. Für die Berücksichtigung der gesetzlichen Einschränkungen vgl. Kapitel IV.3.

Im letzten Schritt ist das Entscheidungsmodell aufzustellen, das den absoluten Vorteil einer Minderung des *vzvE* quantifiziert. Der absolute Vorteil umfasst zum einen die geminderte Einkommensteuerlast durch die Minderung des *vzvE*. Diese ergibt sich als Differenzsteuerlast zwischen der Einkommensteuerlast nach der Fünftelregelung (Gleichung (2)) und der Einkommensteuer nach Fünftelregelung samt dem Abzugsbetrag (Gleichung (6)). Zum anderen muss der Abzugsbetrag ebenfalls von der Einkommensteuerlast der Gleichung (2) abgezogen werden, da dieses *vzvE* dem Steuerpflichtigen nicht mehr zur Verfügung steht. Das bedeutet, der Vorteil umfasst die Differenz aus der Steuerlast der Fünftelregelung (Gleichung (2)) und der Summe aus der Steuerlast unter Berücksichtigung der Minderung des *vzvE* (Gleichung (6)) und des Abzugsbetrags (Gleichung (7)):

$$(8) V = \underbrace{S^{34} - S_{AB}^{34}}_{\text{Differenz-}} - AB = S^{34} - (S_{AB}^{34} + AB) \\ \text{steuerlast}$$

Im Ergebnis führt eine Minderung des *vzvE* zu einer Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens solange die Differenzsteuerlast den Abzugsbetrag übersteigt. Demzufolge ist eine Minderung des *vzvE* nur vorzunehmen, wenn der Ausdruck (8) positive Werte ($V > 0$) annimmt. Andernfalls führt eine Minderung des *vzvE* zu einer Minderung des nachsteuerlichen Einkommens, da der Nachteil des Verzichts auf das *vzvE* nicht durch den Vorteil der Senkung der überproportionalen Steuerlast überkompensiert wird. In der Konsequenz umfasst der formulierte Abzugsbetrag eine Minderung des *vzvE* zur Maximierung des nachsteuerlichen Einkommens.

Aus der Minderung des *vzvE* resultiert eine Veränderung der Steuerlast, die durch eine nichtmarginale Änderung der Bemessungsgrundlage herbeigeführt wird, weshalb diese Veränderung nicht Ausdruck des Grenzsteuersatzes ist, sondern durch den Differenzsteuersatz bestimmt wird.⁴³ Zur Bestimmung des Differenzsteuersatzes als Entscheidungskriterium zur Bewertung der Vorteilhaftigkeit des Entscheidungsmodells ist lediglich die Differenzsteuerlast ins Verhältnis zur Bemessungsgrundlagenveränderung zu setzen:

$$(9) s_{diff} = \frac{S^{34} - S_{AB}^{34}}{vzvE - (vzvE - AB)} = \frac{S^{34} - S_{AB}^{34}}{AB}$$

Bei der Veränderung der Bemessungsgrundlage ist zu bedenken, dass bei der Einkommensteuerlast unter Berücksichtigung des Abzugsbetrags nicht stets das gesamte *vzvE* gemindert wird. Folglich bestehen Bereiche, in denen die Bemessungsgrundlagenveränderung den Unterschiedsbetrag zwischen dem erzielten *vzvE* und der Differenz zwischen dem *vzvE* und dem Abzugsbetrag darstellt. Im Ergebnis umfasst der Differenzsteuersatz somit die Relation zwischen der Differenzsteuerlast und dem Abzugsbetrag.

2. Taxographische Analyse

Basierend auf der mathematischen Formulierung des Entscheidungsmodells können der Vorteilsbereich sowie die Höhe des jeweiligen Vorteils mittels einer taxographischen Analyse bestimmt werden. Da das Modell zwei unabhängige Variablen (*vzvE* und *aoE*) enthält, bietet sich die dreidimensionale Darstellung mit anschließender Steuerwirkungsanalyse an.

Für die Untersuchung wird in Abbildung 4 zunächst die Höhe des Vorteils in EUR (Ordinate), die sich aus der Gleichung (8) ergibt, in Abhängigkeit von der Höhe des *vzvE* bis 90.000 EUR (Abszisse) und der *aoE* bis 1.500.000 EUR (Applikate) visualisiert. Aus der dreidimensionalen Abbildung sind zwei Wirkungsrichtungen ersichtlich. Zum einen steigt der Vorteil mit steigenden *aoE* bis zu einem Maximum, das erreicht wird, soweit die *aoE* die fünffache Einkommensgrenze der zweiten proportionalen Tarifstufe erreichen. Zum anderen nimmt mit steigenden *vzvE* der Vorteil bis zu einem absoluten Maximum zu und fällt darüber hinaus bis eine Minderung des *vzvE* keinen Vorteil mehr bewirkt.

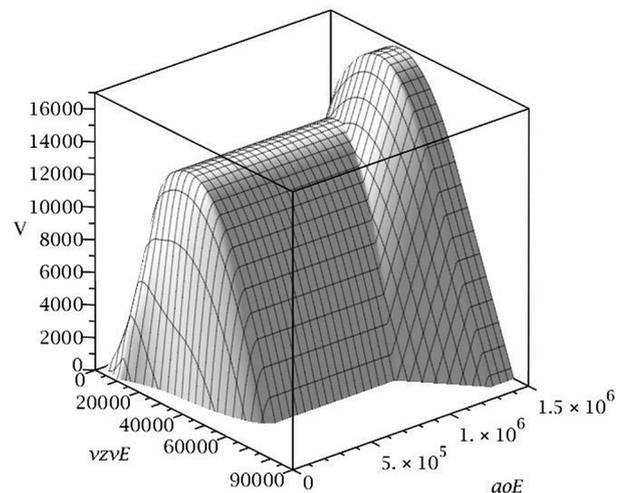


Abbildung 4: Vorteil der Reduktion des *vzvE* durch den AB

Analog zur Untersuchung der Grenzsteuersatzfunktion kann bei der Analyse des Entscheidungsmodells auf Basis von Differenzsteuersätzen die Höhe des Vorteils zunächst durch eine (kasuistische) Querschnittsbetrachtung erfolgen. Hierzu wird vorläufig das Vorliegen von *aoE* im Umfang von 1.352.500 EUR⁴⁴ angenommen. Die damit entstehende zweidimensionale Darstellung in Abbildung 5 verdeutlicht in Abhängigkeit vom *vzvE* den Verlauf der Höhe des Vorteils (schwarzer Graph) in Euro, der sich an der Primärachse (linke Achse) orientiert. Zudem umfasst die Abbildung den Verlauf der Grenzsteuersätze⁴⁵ (gestrichelter Graph) sowie den Verlauf der Differenzsteuersätze (punkt-gestrichelter Graph), die an der Sekundärachse (rechte Achse) abgetragen sind.

43 Vgl. Schult, WPg 1979, 379.

44 Dies entspricht der fünffachen Obergrenze der ersten proportionalen Tarifzone, vgl. Kapitel III.2.b).

45 Der Verlauf der Grenzsteuersatzfunktion entspricht der Abb. 2.

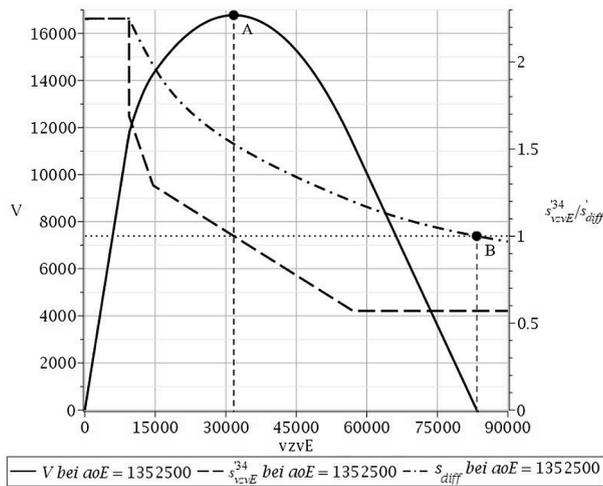


Abbildung 5: Querschnitt der Abb. 4 bei aoE von 1.352.500 EUR

Der Querschnitt kann in zwei Abschnitte unterteilt werden. Im ersten Abschnitt verläuft der Vorteil einer vollständigen Minderung des vzwE mit steigendem vzwE streng monoton wachsend. Dabei nimmt die Höhe des Vorteils im Bereich des Grundfreibetrags stärker zu als darüber hinaus, da jeder zusätzlich erzielte Euro einem Grenzsteuersatz von 225 % unterliegt. Überschreitet das vzwE das Existenzminimum, nimmt die Steigung des schwarzen Graphen ab. Dies ist in den abnehmenden Grenzsteuersätzen begründet. Durch die eintretende entlastende Wirkung verläuft die Grenzsteuersatzfunktion fallend. Dennoch verläuft diese insgesamt über dem Niveau von 100 % und die Steuerlast nimmt durch die Minderung des vzwE überproportional stark ab, weshalb die Höhe des Vorteils bis zu einem Maximum zunimmt. Dieses Maximum wird im Punkt A erreicht, wenn das vzwE 31.700 EUR beträgt. In dieser Konstellation des zVE unterliegt der letzte Euro des vzwE einem Grenzsteuersatz von 100 % und eine vollständige Minderung des vzwE führt zur höchstmöglichen Differenzsteuerlast in einem Umfang von 48.473 EUR. Denn bis zu diesem Punkt unterliegen alle Teile des vzwE einem Grenzsteuersatz von über 100 %. Unter Berücksichtigung des Abzugsbetrags i.H. von 31.700 EUR, der den Umfang des vzwE beschreibt auf das zu Gunsten der reduzierten Differenzsteuerlast verzichtet wird, erhöht sich das nachsteuerliche Einkommen um 16.773 EUR. Anders ausgedrückt: Verzichtet der Steuerpflichtige auf sein laufendes Einkommen i.H. von 31.700 EUR, vermindert sich seine Steuerlast um 48.473 EUR! Sein Vorteil aus dem Verzicht beträgt damit 16.773 EUR.

Der zweite Abschnitt der Abbildung 5 ist durch die Abnahme der Höhe des Vorteils und der Wirkung von Grenzsteuersätzen unter 100 % charakterisiert. Zwar führen die Teile des vzwE, die den Punkt A übersteigen, bei Betrachtung einer infinitesimalen Erhöhung des vzwE, zu einer Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens, jedoch kann eine Minderung dieser Teile ebenfalls vorteilhaft sein. Denn solange die Differenzsteuerlast das erzielte vzwE betragsmäßig übersteigt, ist eine vollständige Minderung des vzwE, aufgrund der überproportionalen Belastung der Teile des vzwE, die einem Grenzsteuersatz von über 100 % unterliegen, vorteilhaft. Im Maximum des Vorteils (Punkt A) umfasst der Grenzsteuersatz 100 %, während der Differenzsteuersatz bei 153 % liegt. Erst soweit das vzwE einem Differenzsteuersatz von 100 % unterliegt, führt eine Minderung des vzwE zu keiner Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens,

da die Differenzsteuerlast und der Umfang der Minderung des vzwE (Abzugsbetrag) betragsmäßig identisch sind. Dieser Punkt B wird in der Querschnittsbetrachtung (Abbildung 5) bei einem vzwE i.H. von 83.383 EUR erreicht.

Die Querschnittsuntersuchung bei aoE i.H. von 1.352.500 EUR veranschaulicht, dass eine vollständige (!) Minderung des vzwE zwischen einem Euro und 83.382 EUR zu einer Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens führt, während das Maximum erreicht wird, wenn das vzwE 31.700 EUR umfasst. Übersteigt das vzwE 83.382 EUR, führt die vollständige Minderung des vzwE zu keiner Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens, sondern zu einer Verringerung. Denn die Reduzierung der Gesamtsteuerlast reicht nicht, um den Nachteil des Verzichts auf das vzwE auszugleichen bzw. zu überkompensieren.

Durch die Ergebnisse der taxographischen Analyse in den Abbildungen 4 und 5 ist der absolute Vorteil im Entscheidungsmodell für alle Konstellationen des zVE dargelegt. Dabei ist die Höhe des Vorteils abhängig von der Höhe der aoE und nimmt mit steigendem vzwE bis zu einem Maximum zu. Dieses Maximum wird in den Konstellationen des zVE erreicht, in denen der letzte Euro des vzwE einem Grenzsteuersatz von 100 % unterliegt. Wirken auf das vzwE Grenzsteuersätze unterhalb von 100 %, führt der Bemessungsgrundlageneffekt solange zu einem Vorteil bis der Differenzsteuersatz 100 % umfasst. Die all-gemeingültige Formulierung der Konstellationen des zVE bei denen durch eine Minderung des vzwE ein Differenzsteuersatz von mindestens 100 % ausgelöst wird, kann durch die Bestimmung einer Indifferenzkurve erfolgen. Dafür sind alle Konstellationen zu bestimmen bei denen im Entscheidungsmodell ein Differenzsteuersatz von 100 % wirkt:

$$(10) s_{diff} = 1$$

Abbildung 6 fasst die zentralen Erkenntnisse des Entscheidungsmodells zusammen. Während Abbildung 5 kasuistisch für genau eine Konstellation der aoE den Vorteil darstellt, werden nunmehr alle Kombinationen von vzwE und aoE integriert. Rechnerisch unterscheiden sich die Abbildungen 4 und 6 nicht. Da aber die Ergebnisse von dreidimensionalen Darstellungen auf einem zweidimensionalen Medium (Papier oder Bildschirm) nicht ganz leicht erkennbar sind, wurde aus didaktischen Gründen eine topographische Darstellung gewählt, bei der die Höhenlinien die identischen Vorteile für verschiedene Kombinationen aus vzwE und aoE zeigen.

Die zweidimensionale Abbildung 6 umfasst daher in Abhängigkeit von der Höhe der aoE bis 1.500.000 EUR und dem vzwE bis 90.000 EUR neben der Indifferenzkurve des Vorteilsbereichs als schwarzen Graphen (Ausdruck (10)) ebenfalls die Indifferenzkurve der Grenzsteuersatzfunktion als gestrichelten Graphen (Ausdruck (5)). Komplementiert wird die Abbildung durch die Darstellung der Höhe des Vorteils in Form von drei Niveaus (5.000 EUR, 10.000 EUR und 15.000 EUR) als gepunktete Höhenlinien.

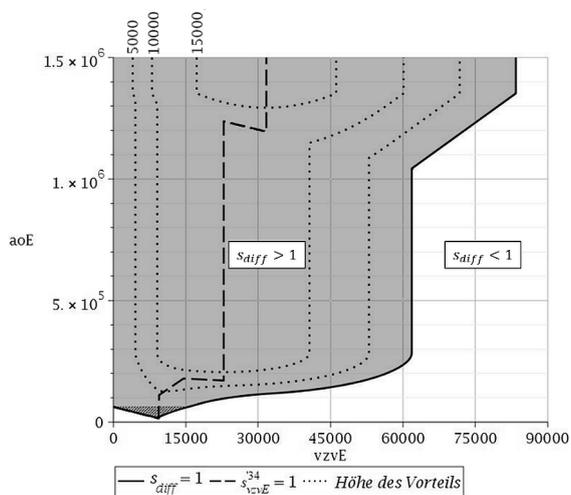


Abbildung 6: Indifferenzkurve der Differenzsteuersätze i.H. von 100 %

Bei allen Konstellationen des zvE, die sich entlang der Indifferenzkurve des Vorteilsbereichs (schwarzer Graph) ergeben, führt die vollständige Minderung des zvE zwar zu keiner Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens, aber mindert dieses auch nicht, da der Differenzsteuersatz 100 % beträgt. Demzufolge umfasst die graue Fläche alle Konstellationen von aoE und dem zvE, in denen eine vollständige Minderung, und nur eine vollständige Minderung, des zvE zu einer Maximierung des nachsteuerlichen Einkommens führt. In diesem Bereich unterliegt das zvE im Vergleich zu einem vollständig gemindertem zvE einem Differenzsteuersatz von über 100 %. Erst Konstellationen des zvE, die außerhalb des Vorteilsbereichs liegen, wohnt kein Potenzial zur Steigerung des nachsteuerlichen Einkommens inne, da der Differenzsteuersatz 100 % unterschreitet. Dabei ist jedoch hinsichtlich des Vorteilsbereichs die Aussage, eine vollständige Minderung des zvE maximiert das nachsteuerliche Einkommen, wieder für einen kleinen Bereich einzuschränken. Innerhalb des schwarz schraffierten Bereichs, bei aoE zwischen 15.420 EUR und 62.460 EUR, ist eine Minderung des zvE nur bis zur linken unteren Indifferenzkurve vorteilhaft. Denn das zvE vor dem schwarz schraffierten Bereich unterliegt einem Grenz- und Differenzsteuersatz von unter 100 % und bewirkt eine Erhöhung des nachsteuerlichen Einkommens.⁴⁶

Übersteigen die aoE 62.460 EUR, vergrößert sich mit steigenden aoE der Bereich, in dem eine Minderung des zvE das nachsteuerliche Einkommen erhöht. Wenn die aoE einen Betrag von 285.255 EUR umfassen, endet der Vorteilsbereich bei einem zvE i.H. von 61.818 EUR. Erst wenn die aoE 1.043.410 EUR übersteigen, vergrößert sich der Vorteilsbereich erneut, da das zvE im Indifferenzpunkt bei einem zvE 61.818 EUR die letzte Tarifzone erreicht.⁴⁷ Folglich führt die erhöhte Grenzsteuerlast zu einem Anstieg der Differenzsteuerlast, wodurch auch bei einem zvE über 61.818 EUR eine vollständige Minderung des zvE das nachsteuerliche Einkommen erhöhen kann. Die Ausweitung des Vorteilsbereichs erschöpft sich bei einem zvE i.H. von 83.383 EUR, soweit die aoE mindestens 1.352.500 EUR betragen.

Die Erweiterung der Abbildung um eine topographische Darstellung mit drei Höhen des Vorteils ermöglicht zum einen die Bestimmung, bei welchen Konstellationen des zvE die vollumfängliche Minderung des zvE einen Vorteil i.H. von 5.000 EUR, 10.000 EUR oder 15.000 EUR herbeiführt. Zum an-

deren ermöglicht die Abbildung 6 leicht eine approximative Bestimmung der Höhe des Vorteils für alle Konstellationen des zvE, die zwischen den Niveaus liegen. Zudem veranschaulichen die Höhenlinien sehr deutlich, dass im niedrigen Bereich des zvE die Vorteilhaftigkeit über alle Bereiche der aoE mit steigendem zvE stark ansteigt, während mit Überschreiten des Maximums, aufgrund der lange wirkenden Differenzsteuersätze von über 100 %, die Vorteilhaftigkeit langsam abnimmt.

Neben dem Umfang des Vorteilsbereichs und der Höhe des Vorteils visualisiert die Abbildung 6 in Abhängigkeit der Höhe der aoE das korrespondierende zvE, bei dem der höchstmögliche Vorteil im Modell erzielt werden kann. Diese Konstellationen des zvE sind durch den gestrichelten Graphen, der die Erreichung eines Grenzsteuersatzes i.H. von 100 % umfasst, dargestellt.

Des Weiteren ist erkennbar, dass erst durch die Betrachtung der Wechselwirkung des Steuersatz- und des Bemessungsgrundlageneffekts das gesamte Gestaltungspotenzial der Fünftelregelung anhand des Entscheidungsmodells offengelegt wird. Zum einen deckt das Modell den gesamten Bereich auf, in dem eine Minderung des zvE vorteilhaft ist, und zum anderen quantifiziert dieses die Höhe des Vorteils. Damit sind beide Forschungsfragen vollumfänglich beantwortet. Anders als die bisherige Literatur ermöglicht das aufgestellte Entscheidungsmodell somit die Formulierung des Gestaltungspotenzials der Fünftelregelung für jede Zusammensetzung des zvE. Jedoch berücksichtigt die modelltheoretische Betrachtung noch keine Aussagen darüber, wie dieses Gestaltungspotenzial konkret durch den Steuerpflichtigen genutzt werden kann. Dafür werden im nächsten Abschnitt die einkommensteuerlichen Gestaltungsmittel sowie deren Implikationen auf das Entscheidungsmodell untersucht.

3. Restriktionen des Entscheidungsmodells durch gesetzliche Beschränkungen

a) Abzugsgrößen zur Minderung des verbleibenden zu versteuernden Einkommens

Würde der Steuerpflichtige zu Beginn des Veranlagungszeitraums die Zusammensetzung seines zvE kennen, könnte er auf Basis des entwickelten Modells versuchen, gegebenenfalls dem zvE „zu entgehen“, etwa indem er die aoE in den nachfolgenden Veranlagungszeitraum verlagert, sofern dann kein zvE existiert. Dies wird allerdings in der Realität nicht immer möglich sein. Erst gegen Ende des Veranlagungszeitraums wird der steuerliche Sachverhalt eines Arbeitnehmers weitgehend verwirklicht sein, d.h. sowohl die Höhe der aoE als auch des zvE sind im Wesentlichen bekannt. Dies könnte ebenso Vorliegen, wenn das Arbeitsverhältnis, mit einer abschließenden Abfindung, unterjährig beendet wird. Setzt sich in diesen Fällen das zvE eines Steuerpflichtigen aus einer der Konstellationen zu-

⁴⁶ Für detailliertere Ausführungen zur Indifferenzkurve und der Höhe der Minderung des zvE in diesem Bereich vgl. Kapitel III.2.b).

⁴⁷ Das Fünffache der Grenze der zweiten Proportionalzone abzüglich des zvE entspricht den aoE i.H. von 1.043.410 (= 5 · 270.501 – 61.818 (zvE)), wodurch der belastende Term die letzte Tarifzone erreicht und die Grenzsteuersatzfunktion um 15 Prozentpunkte nach oben springt.

sammen, denen Gestaltungspotenzial i.S.d. Entscheidungsmodells innewohnt, kann der Steuerpflichtige zum Jahresende sein *vzvE* im vorgesehenen Rahmen mindern, um sein nachsteuerliches Einkommen zu maximieren. Für eine Minderung des *vzvE* kommen Werbungskosten, Sonderausgaben oder außergewöhnliche Belastungen in Betracht. Demzufolge ist für die Minderung des *vzvE* die Reihenfolge der Einkünftermittlung entscheidend.

Werbungskosten, die im Zusammenhang mit den laufenden Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit stehen, sind von diesen abzuziehen und erst darüber hinaus von den *aoE*.⁴⁸ Die Nutzung von Werbungskosten zur Minderung des *vzvE* am Ende des Veranlagungszeitraums ist problematisch. Zum einen wirken sich die Werbungskosten erst einkommensmindernd aus, wenn diese 1.000 EUR übersteigen (§ 9 S. 1 Nr. 1 Buchst. a) EStG). Zum anderen kann das Tätigen von Werbungskosten am Ende des Veranlagungszeitraums schwierig sein, da diese meist im Zeitablauf anfallen, die Höhe nicht stets beeinflussbar ist oder sie teilweise der Höhe nach nur begrenzt abzugsfähig sind.⁴⁹

Die Sonderausgaben und auch außergewöhnlichen Belastungen sind nach den Erwerbsaufwendungen und etwaigen Freibeträgen vorrangig bei dem *vzvE* (laufenden, nicht begünstigten Einkünften) abzuziehen (§ 2 Abs. 3 und 4 EStG).⁵⁰ Jedoch eignen sich außergewöhnliche Belastungen ebenfalls nicht zur Minderung des *vzvE*. Nach § 33 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 EStG wird nur der Betrag der außergewöhnlichen Belastung zum Abzug gebracht, der die zumutbare Belastung übersteigt. Dabei ergibt sich die Höhe der zumutbaren Belastung nach den persönlichen Umständen des Steuerpflichtigen. Folglich bewirken die außergewöhnlichen Belastungen, ähnlich die Werbungskosten, keine gleichläufige Minderung des *vzvE* mit dem Anstieg der außergewöhnlichen Belastungen.

Damit verbleiben die Sonderausgaben zur Minderung des *vzvE*. Sonderausgaben gem. §§ 10 ff EStG können unterteilt werden in der Höhe nach beschränkt⁵¹ und unbeschränkt⁵² abziehbare Sonderausgaben. Eine Minderung über die freiwillige Zahlung von unbeschränkt abziehbaren Sonderausgaben scheitert am engen Anwendungsbereich dieser Sonderausgaben. So ist der Abzug von Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen zwar der Höhe nach nicht beschränkt, aber sachlich auf die Beträge der Basisversicherungen begrenzt. Die Vorsorgeausgleichleistungen gem. § 10 Abs. 1a Nr. 2–4 EStG sind ebenfalls unbeschränkt abzugsfähig, aber können nicht von jedem Steuerpflichtigen getätigt werden, da der entsprechende Lebenssachverhalt nicht realisiert werden kann. Im Ergebnis scheiden damit die unbegrenzt abzugsfähigen Sonderausgaben in der Regel als Gestaltungsmittel aus.

Folglich verbleiben die begrenzt abzugsfähigen Sonderausgaben zur Minderung des *vzvE*. Sonderausgaben, die einem absoluten Höchstbetrag unterliegen, scheiden ebenfalls als Gestaltungsmittel aus, sofern diese betragsmäßig unzureichend sind, um das gesamte Gestaltungspotenzial des Entscheidungsmodells abzudecken.⁵³ Damit können noch Sonderausgaben zur Nutzung des aufgedeckten Gestaltungspotenzials herangezogen werden, die einer relativen Beschränkung unterliegen. Solche Sonderausgaben stellen Zuwendungen zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke i.S.d. §§ 52 bis 54 AO (Spenden oder Mitgliedsbeiträge) dar. Sind die Voraussetzungen des Spenden-

abzug dem Grunde nach erfüllt,⁵⁴ wird gem. § 10b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG der Spendenabzug auf 20 % des Gesamtbetrags der Einkünfte begrenzt.⁵⁵ Das bedeutet, für die Berechnung des Höchstbetrags werden die *aoE* und das *vzvE* herangezogen.⁵⁶

Das Tätigen einer Spendenzahlung zur Minderung des *vzvE* bietet im Vergleich zu den Werbungskosten, außergewöhnlichen Belastungen und anderen Sonderausgaben einen entscheidenden Vorteil: am Ende des Veranlagungszeitraums, wenn der steuerliche Sachverhalt nahezu vollständig verwirklicht ist und einer der oben aufgeführten Einkommenskonstellationen, denen ein Gestaltungspotenzial innewohnt, vorliegt, kann durch die Zahlung einer Spende zielgenau das nachsteuerliche Einkommen maximiert werden. Dabei ist hinsichtlich des Zahlungszeitpunkts der Spende das Zu- bzw. Abflussprinzip gem. § 11 EStG zu beachten, so dass die Zahlung in den Veranlagungszeitraum fallen muss, in dem die *aoE* und das *vzvE* veranlagt werden. Ferner muss die Spende die Höhe des *vzvE* unter Berücksichtigung aller zum Abzug zu bringenden Aufwendungen des Steuerpflichtigen umfassen. Das bedeutet, die Spende muss der Höhe des *vzvE* entsprechen, das gem. der Fünftelregelung der Besteuerung unterworfen wird.

48 Dies gilt entsprechend für die Werbungskosten-Pauschbeträge. Die Werbungskosten-Pauschbeträge i.S.d. 9a EStG mindern die *aoE* nur insoweit, als diese die laufenden Einkünfte der jeweiligen Einkunftsart übersteigen. Der Arbeitnehmer-Pauschbetrag ist nur einmal abzuziehen, wenn insgesamt keine höheren Aufwendungen nachgewiesen werden, vgl. R 34.4 Abs. 3 EStR 2012.

49 Beispielsweise Aufwendungen für den Weg zwischen Wohnung und Arbeitsort, Mehraufwand für die doppelte Haushaltsführung oder Übernachtungskosten, vgl. § 9 EStG.

50 So entschieden durch den BFH, vgl. BFH v. 25.06.1959 – IV 617/56 U, BStBl III 1959, 404 und durch die Finanzverwaltung anerkannt, vgl. R 34.1 Abs. 1 Satz 3 EStR 2012.

51 Beschränkt abzugsfähig sind Altersvorsorgeaufwendungen, sonstige Vorsorgeaufwendungen (ohne Kranken- und Pflegeversicherung), Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung, Unterhaltsleistungen, zusätzliche Altersvorsorge, Aufwendungen für steuerbegünstigte Zwecke. Vgl. *Kulosa*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 10 EStG, Rz. 30 (Juni 2019).

52 Unbeschränkt abzugsfähig sind Beiträge zur Basis-Kranken- und Pflegeversicherung, Kirchensteuer, Versorgungsleistungen bei einer Vermögensübergabe und Ausgleichleistungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs. Vgl. *Kulosa* (Fn. 50), § 10 EStG, Rz. 30 (Juni 2019).

53 Vgl. für die Höchstbeträge die Übersicht in: *Kulosa* (Fn. 50), § 10 EStG, Rz. 30 (Juni 2019).

54 Die Legaldefinition des Zuwendungsbegriffs für Spenden verlangt eine unentgeltliche und freiwillige Zuwendung. Unentgeltlich und freiwillig bedeutet, dass der Steuerpflichtige weder eine Gegenleistung erhält noch rechtlich verpflichtet ist die Spende zu leisten. Ferner muss die Spende einem steuerbegünstigten Zweck nach §§ 52 bis 54 AO zukommen und an einen Empfänger geleistet werden, der zu dem Kreis der in § 10b Abs. 1 S. 2 EStG aufgeführten Personen gehört. Vgl. *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, § 10b EStG, Rz. 5-22 (38. Aufl. 2019).

55 Des Weiteren besteht der relative Abzugshöchstbetrag gem. § 10b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG. Die Bemessungsgrundlage für diese Alternative stellen die insgesamt erwirtschafteten Umsätze zuzüglich der geleisteten Löhne und Gehälter eines Kalenderjahres dar. Von dieser Bemessungsgrundlage können maximal 0,4 % als Spenden bei der Ermittlung des *vzvE* berücksichtigt werden. Diese Alternative scheidet für Arbeitnehmer die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielen aus, weshalb die nachfolgende Untersuchung nur die Alternative gem. Nr. 1 betrachtet.

56 Die Berechnungen und Implikationen eines Spendenabzugs werden im nächsten Kapitel dargestellt und untersucht.

b) Modellimplikationen durch Beschränkung des Spendenabzugs

Inwieweit die gesetzliche Beschränkung des Spendenabzugs der Höhe nach eine Restriktion des Entscheidungsmodells darstellt, kann durch die Beschreibung dieser Beschränkung in Abhängigkeit von den Einkommensbestandteilen untersucht werden. Entscheidend für die Modellierung ist: soweit der Steuerpflichtige eine Minderung des *vzvE* durch eine Spende vornimmt, ist die einkommensteuerliche Anerkennung im selben Veranlagungszeitraum auf höchstens 20 % des *zvE* beschränkt (§ 10b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG). Folglich ergibt sich für das Entscheidungsmodell durch die Beschränkung des Spendenabzugs keine Restriktion, solange das *vzvE* 20 % des *zvE* nicht übersteigt. Das bedeutet, eine vollständige Minderung des *vzvE* durch eine Spende ist noch möglich, wenn das *vzvE* 20 % des *zvE* umfasst:

$$(11) \frac{vzvE}{vzvE+aoE} = 0,2 \leftrightarrow aoE = 4 \cdot vzvE$$

Durch die umgestellte Gleichung (11) ist die Formulierung der Abzugsbeschränkung für Spenden als lineare Funktion in Abhängigkeit von der Höhe des *vzvE* möglich. Daraus ergibt sich, dass das *vzvE* 20 % des *zvE* umfasst, wenn die *aoE* dem Vierfachen des *vzvE* entsprechen. Anders gewendet: um einen Euro des *vzvE* unter Berücksichtigung des Spendenabzugs mindern zu können, müssen die *aoE* mindestens vier Euro umfassen.

Die Integration der Abzugsbeschränkung in das Modell erfolgt durch Abbildung 7, um die gesetzlichen Implikationen dieser Beschränkung zu untersuchen. Diese Abbildung betrachtet den Ausschnitt der Abbildung 6 bei *aoE* bis 500.000 EUR und ist um den Graphen der Abzugsbeschränkung der Gleichung (11) als punkt-gestrichelter Graph erweitert. Alle Konstellationen des *zvE* die oberhalb des Graphen liegen, erfüllen die Voraussetzung des Spendenabzugs der Höhe nach, da das *vzvE* weniger als 20 % des *zvE* umfasst. Demzufolge beträgt der Anteil des *vzvE* bei allen Konstellationen des *zvE* unterhalb der Geraden mehr als 20 %, wodurch diese Konstellationen der Abzugsbeschränkung unterliegen.

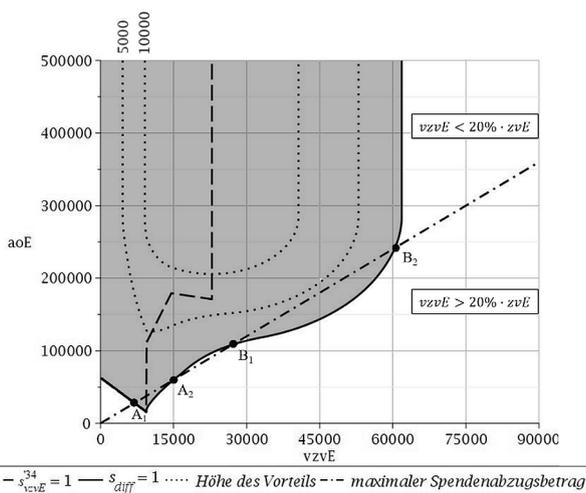


Abbildung 7: Restriktion des Entscheidungsmodells durch den Spendenabzug

Die Abbildung 7 zeigt zwei Bereiche, in denen die Abzugsbeschränkung das Entscheidungsmodell einschränken kann. Der erste Bereich erstreckt sich unterhalb des punkt-gestrichelten Graphen zwischen den Punkten *A*₁ und *A*₂. Im Punkt *A*₂ entspricht das *zvE* 74.378 EUR bestehend aus *aoE* i.H. von

59.504 EUR und einem *vzvE* im Umfang von 14.874 EUR. Damit liegen diese Konstellationen des *zvE* im Bereich der *aoE* zwischen 15.420 EUR und 62.460 EUR, in dem nicht eine vollständige Minderung des *vzvE* das nachsteuerliche Einkommen maximiert, sondern eine Minderung bis zur linken unteren Indifferenzkurve.

Liegt das *zvE* im Punkt *A*₂ maximiert eine Spende i.H. von 14.282 EUR das nachsteuerliche Einkommen. Demzufolge umfasst die Spende im Verhältnis zum *zvE* 19,2 % ($= \frac{14.282}{74.378}$), weshalb die gesetzliche Abzugsbeschränkung das Entscheidungsmodell nicht begrenzt. Der Umfang der Spende im Schnittpunkt *A*₁ bei einem *vzvE* von 6.940 EUR und *aoE* von 27.760 EUR wird ebenfalls nicht von der gesetzlichen Restriktion erfasst, da dieser Punkt auf der unteren Indifferenzkurve liegt und die Spende im Umfang von einem EUR weniger als ein Prozent des *zvE* darstellt. Im Ergebnis ist der gesamte Bereich zwischen den Punkten *A*₁ und *A*₂ als Vorteilsbereich zulässig, da im Punkt *A*₂ das maximale Verhältnis der Spende zum *zvE* (19,2 %) für diesen Bereich erreicht wird.

Im Bereich zwischen den Punkten *B*₁ und *B*₂ gilt die Ausnahme einer teilweisen Minderung des *vzvE* nicht. Folglich unterliegen alle Konstellationen des *zvE*, die unterhalb des punkt-gestrichelten Graphen und gleichzeitig innerhalb des Vorteilsbereichs liegen, der gesetzlichen Beschränkung. Innerhalb dieses Bereichs ist eine vollständige Minderung des *vzvE* vorteilhaft, jedoch übersteigt die Spende 20 % des gesamten *zvE*. Durch die Verweigerung einer vollumfänglichen einkommensteuerlichen Berücksichtigung der Spenden führt eine vollständige Minderung des *vzvE* über eine solche Spende zu einer Minderung des nachsteuerlichen Einkommens. Denn die Minderung des *vzvE* bewirkt durch die steuerliche Nichtberücksichtigung eine unzureichende Verringerung der Steuerlast, die den Verzicht auf das *vzvE* nicht (über)kompensiert. Im Ergebnis verkleinert sich der Vorteilsbereich geringfügig um den restriktiven Bereich zwischen dem Punkt *B*₁ und *B*₂, wodurch die Indifferenzkurve auf den Verlauf des punkt-gestrichelten Graphen zwischen den beiden Punkten beschränkt wird.

Erzielt der Steuerpflichtige ein *zvE*, dem ein Gestaltungspotenzial zugrunde liegt, aber ist die Ausnutzung dieses Potenzials durch eine Spende allein nicht möglich, besteht dennoch die Möglichkeit das nachsteuerliche Einkommen zu maximieren. Der Steuerpflichtige sollte prüfen, ob er andere Sonderausgaben oder Werbungskosten⁵⁷ geltend machen kann, die eine Minderung des *vzvE* bis zur Unterschreitung der Abzugsbeschränkung herbeiführen, um das restliche *vzvE* durch eine Spende zu reduzieren.

Im Ergebnis restringiert die gesetzliche Beschränkung des Spendenabzugs nur einen kleinen Bereich des Entscheidungsmodells, der auch anderweitig ausgenutzt werden kann, um das volle Gestaltungspotenzial zu nutzen. Das aufgedeckte Gestaltungspotenzial bei Anwendung der Fünftelregelung ist folglich nicht theoretischer Natur, sondern für den Steuerpflichtigen durch Tätigen einer Spende tatsächlich realisierbar.

57 Unter Berücksichtigung der genannten Einschränkungen, vgl. Kapitel IV.3.a).

Maximaler Vorteil (bei einem vzvE von ...)		Vorteilbereich bis zu einem verbleibenden zu versteuernden Einkommen von ...					
		≤ 9.408	< 15.433	< 61.819	< 61.820	< 83.382	≤ 83.382
Höhe der außerordentlichen Einkünfte	< 15.420						
	< 62.461	0 – 2.240 (9.408)					
	< 285.256	2.240 – 12.682 (9.408 – 22.856)					
	< 1.043.410	12.682 (22.856)					
	< 1.352.500	12.682 – 16.773 (22.856 / 31.700)					
	≥ 1.352.500	16.773 (31.700)					

Tab. 2: Tabellarische Übersicht der Ergebnisse des Entscheidungsmodells

Die Ergebnisse des Entscheidungsmodells lassen sich in Abhängigkeit von der Höhe der aoE in der Tabelle 2 zusammenfassen. Dabei umfasst die Tabelle den maximal möglichen Vorteil sowie eingeklammert die Höhe des korrespondierenden vzvE, bei dem dieser Vorteil erreicht wird. Bis zu welcher Höhe des vzvE eine Minderung vorteilhaft ist, ist anhand der ersten Zeile der Tabelle ersichtlich. In Abhängigkeit von der Höhe der aoE entspricht die Bandbreite des Vorteilsbereichs dem grau markierten Umfang der Spalten des vzvE.

V. Fazit

Mit § 34 Abs. 1 EStG hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die bei außerordentlichen Einkünften zu einer Progressionsglättung führt, um die übermäßige Besteuerung von Einkünften, die zwar durch Leistungen in mehreren Jahren veranlasst wurden, aber in einem Veranlagungszeitraum zusammengeballt besteuert werden, zu verhindern. Bei bestimmten Konstellationen der aoE und des vzvE kann das vzvE mit

Grenzsteuersätzen bis zu 225 % besteuert werden. Diese Tarifverwerfungen sind seit 20 Jahren bekannt. Allerdings wurden sie bislang im Schrifttum nur kasuistisch analysiert.

Mithilfe einer Steuerwirkungsanalyse sowie einer taxographischen Analyse konnten erstmals die Kombinationen von aoE und vzvE, bei denen diese Tarifverwerfungen auftreten, vollständig aufgedeckt werden. Darauf aufbauend wurde ein Entscheidungsmodell entwickelt, dessen Optimalitätskriterium nicht auf Grenz- sondern auf Differenzsteuersätzen basiert und mit dem das Nachsteuereinkommen optimiert werden kann. Die taxographische Analyse im Entscheidungsmodell wurde um eine topographische Darstellung erweitert, durch die nicht nur die Konstellationen dargestellt werden, denen ein Optimierungspotenzial innewohnt, sondern aus der auch leicht die Höhe der möglichen Steuerersparnis durch zusätzliche steuerliche Abzugsbeträge ablesbar ist. So kann etwa durch Spendenzahlungen das nachsteuerliche Einkommen um bis zu 16.773 EUR erhöht werden.

Dr. Daniel R. Kälberer, Hohenheim*

Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland

Eine ökonomische und rechtliche Analyse

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Energieeffizienzbegriff
 1. Globale Energietrends und Energieeffizienz
 2. Rebound-Effekt
 3. Energieeffizienz und deutsche Klimaschutzpolitik des Bundes
- III. Rahmensezung einer steuerlichen Energieeffizienzförderung
 1. Einordnung steuerlicher Lenkungsnormen
 2. Lenkungszwecknormen im (umwelt-)ökonomischen Verständnis
 3. Umwelt- und klimaschutzrechtlicher Instrumentenverbund
 - a) Ökonomisch geprägter Umweltschutz und marktlicher Steuerungsmechanismus
 - b) Ökonomische Ineffizienz des Ordnungsrechts
 - c) Allgemeiner Gleichheitssatz
 4. Europarechtliche Vorgaben
- IV. Implementierung einer steuerlichen Energieeffizienzförderung
 1. Energieeffizienz im Kontext des ökologisierten Steuerrechts
 - a) Verbrauchsteuern
 - b) Energie- und Stromsteuern im Zeichen der Energiewende
 - c) Förderwirkungen
 2. Implementierungskonzept
 - a) Umweltpolitische Bewertungsmaßstäbe
 - b) Instrumentenkombination
 - c) Ausgestaltung der steuerlichen Energieeffizienzförderung
- V. Fazit

Angesichts des Klimawandels, der globalen Energietrends sowie der Energiesituation in Deutschland und Europa, bildet die Steigerung der Energieeffizienz ein Zwischenziel zur Förderung des Umwelt-, Klima- und Ressourcenschutzes. Vor diesem Hintergrund gewinnt das Thema der Energieeffizienz u.a. zur Verringerung des Primärenergieverbrauchs sowie zur Reduktion der Treibhausgasemissionen zunehmend an Bedeutung. Aufgrund von Marktunvollkommenheiten und Markthemmnissen kann das wirtschaftliche Energieeffizienzpotential allerdings nicht in seiner Gesamtheit realisiert werden, weshalb gesetzgeberische Interventionen infrage stehen. Insb. steuerliche Lenkungsnormen zielen dabei auf eine preisinduzierte Mengenwirkung ab und sollen im umweltökonomischen Kontext Substitutionsvorgänge, Einsparmaßnahmen oder Innovationsprozesse bewirken und so Umweltbeeinträchtigungen verringern bzw. vermeiden. Gleichwohl ist hierfür ein strenger Rechtfertigungsmaßstab anzulegen.

In the face of climate change, global energy trends and the energy situation in Germany and Europe, increasing energy efficiency is an interim target for promoting environmental, climate and resource protection. Against this background, energy efficiency is becoming increasingly important in reducing primary energy consumption and reducing greenhouse gas emissions. However, due to market imperfections and market barriers, the economic energy efficiency potentials cannot be realised in their entirety, which is why legislative interventions are being questioned. Especially taxation standards aim at a price-induced quantitative effect and are intended to effect substitution processes, saving measures or innovation processes in an environmental economic context, thereby reducing or avoiding environmental damage. For this purpose, a strict standard of justification must be applied.

I. Problemstellung

Mit der Erhebung von Steuern verfolgt der Staat im Wesentlichen das Ziel der Einnahmenerzielung.¹ Die Steuer wird als eine einmalige oder laufende Geldleistung von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs auferlegt (§ 3 Abs. 1 AO). Nach dem Grundsatz der Gesamtdeckung (Non-Affektationsprinzip) ist eine Zweckbindung des Steueraufkommens zur Begleichung von bestimmten Staatsausgaben, insb. aus haushaltsrechtlicher Sicht, nur eingeschränkt möglich.² Damit besteht nach geltendem Recht kein strukturierter bzw. quantifizierbarer Zusammenhang zwi-

* Dr. oec. Daniel R. Kälberer war wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Prüfungswesen an der Universität Hohenheim. Der vorliegende Beitrag beruht auf der veröffentlichten Dissertation des Verfassers mit dem Titel „Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland – Eine Analyse des ökonomischen und rechtlichen Rahmens zur Einführung einer steuerlichen Energieeffizienzförderung sowie eine Untersuchung des Einflusses von Energie- und Umweltpolitik auf das Wirtschafts- und Steuerrecht“ (Josef Eul Verlag, Siegburg 2019). Der Literaturstand wurde beibehalten. Der Verfasser dankt seinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Holger Kahle für die Möglichkeit zur Promotion und das entgegengebrachte Vertrauen. Ebenso dankt der Autor seinen Eltern, denen dieser Beitrag gewidmet ist.

1 Vgl. Kraft/Kraft, Grundlagen der Unternehmensbesteuerung, 5. Aufl. 2018, S. 1; Kußmaul, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, 7. Aufl. 2014, S. 244; Lang, Entwurf eines Steuergesetzbuchs, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 49, 1993, S. 25 Rz. 88; Vogel, Die Einflussnahme steuerlicher Lenkungsnormen auf Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten, 2015, S. 1; Weber-Grellet, DStR 2018, 1398 (1399 f.).

2 Vgl. Kube in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Band 7, Art. 110 GG Rz. 143 (Dez. 2013).

schen der Steuergesetzgebung und dem Finanzmittelbedarf des Staates.³ Dennoch hat der im Kontext des nationalen Haushaltsrechts abgesicherte Gesamtdeckungsgrundsatz, nach hergebrachter Meinung, keinen absoluten Geltungsbereich.⁴ Dieser Umstand fand auch im sog. Ökosteuer-Urteil des BVerfG vom 20.4.2004 Erwähnung, wengleich offen blieb, ob die allgemeine Auffassung uneingeschränkt zutreffend sei. Gleichwohl billigte das Gericht die Zweckbindung von Steuern, so dass einzelne Einnahmequellen grundsätzlich mit bestimmten Ausgaben verknüpft werden können.⁵ Zwar hat der Steuerpflichtige gem. § 3 Abs. 1 AO keine unmittelbare Gegenleistung für besondere Leistungen zu erwarten, dennoch wird das Steuerrecht bereits seit jeher für die Erreichung anderweitiger Ziele herangezogen.⁶ Durch diese zumeist wirtschaftspolitisch geprägten Zielsetzungen wird die Einnahmenerzielung zu einem Neben Zweck;⁷ das Steuerrecht ist dann doppelfunktional.⁸ Vor diesem Hintergrund ist zu beobachten, dass die Steuerpolitik der vergangenen Jahre zu einer Verlagerung der „Abgabenlast von Unternehmensteuern und Sozialversicherungsbeiträgen auf die Steuerbelastung von Energie und CO₂-Emissionen“ geführt hat.⁹ Auch wenn steuerliche Lenkungsnormen in Form von wirtschaftslenkenden Steuervergünstigungen nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG zulässig sind, bewirken sie dennoch eine Durchbrechung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung.¹⁰ Des Weiteren führen Lenkungsnormen zu einer verzerrten Güterallokation und zu einer Durchbrechung des geltenden Ordnungsrahmens einer Marktwirtschaft, was letztendlich die übergeordnete Struktur einer Wirtschaft beeinflussen kann.¹¹ Steuerliche Eingriffsmaßnahmen gelten nur dann als verfassungskonform, wenn die Norm „von erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidungen getragen“ wird und gleichheitsgerecht ausgestaltet ist.¹² Die bloße Bemäntelung einer Abzugsbeschränkung oder eines Abzugsverbots mit (z.B.) ökologischen Rechtfertigungsgründen entfaltet somit keine hinreichende Tauglichkeit.¹³

Vor diesem Hintergrund geht der vorliegende Beitrag der Frage nach, ob eine steuerliche Förderung der Energieeffizienz im Kontext der (gegenwärtigen) Energie- und Umweltpolitik der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich gerechtfertigt werden kann. Für diesen Zweck werden zunächst die wesentlichen Gesichtspunkte und Abgrenzungsmerkmale des Begriffs der Energieeffizienz aufgezeigt und in einen umwelt- bzw. energiepolitischen Kontext gebracht (II). Weiterhin stehen sowohl die ökonomischen als auch rechtlichen Rahmenbedingungen (III.) im Mittelpunkt der Betrachtung, deren Würdigung letztlich in einem Implementierungskonzept (IV.) für eine unternehmensbezogene Energieeffizienzförderung in Deutschland münden. Der Beitrag schließt mit einem Fazit (V.).

II. Energieeffizienzbegriff

1. Globale Energietrends und Energieeffizienz

Die Sicherstellung einer nachhaltigen und zuverlässigen Energieversorgung rückt vor dem Hintergrund verschiedener geopolitischer Konflikte sowie zahlreicher Krisen im Nahen Osten und Nordafrika zunehmend in den Vordergrund der nationalen und internationalen Politik.¹⁴ Insb. die EU und deren Mitgliedstaaten zählen die Abhängigkeit von Energieimporten sowie die zunehmende Knappheit von Energieressourcen zu den größten Herausforderungen des 21. Jahrhunderts.¹⁵ Mit Blick

auf die gesamtwirtschaftlichen Entwicklungen und einer wachsenden Weltbevölkerung ist insoweit von einem Anstieg des globalen Energiebedarfs auszugehen.¹⁶ Demnach kann es in naher Zukunft verstärkt zu Versorgungsengpässen und Preisschwankungen bei importierten Energieträgern kommen. Um den Klimawandel sowie den genannten Herausforderungen zu begegnen, werden verschiedene Instrumente in der aktuellen umwelt- und energiepolitischen Diskussion genannt.¹⁷ Vor diesem Hintergrund gewinnt das Thema der Energieeffizienz u.a. zur Verringerung des Primärenergieverbrauchs¹⁸ sowie zur Reduktion der Treibhausgasemissionen zunehmend an Bedeutung.¹⁹

Im energiewirtschaftlichen Sinne versteht man unter Energieeffizienz das Verhältnis zwischen Ertrag und Aufwand beim

3 Vgl. *Rust/Reimer*, IStR 2005, 843 (848).

4 Vgl. *Krohn*, ZUR 2010, 393 (394); *Kube* (Fn. 2), Art. 110 GG Rz. 144 m.w.N. (Dez. 2013); *Waldhoff*, StuW 2002, 285 (298 m.w.N.). *Indes a.A.*: *Kube* (Fn. 2), Art. 110 GG Rz. 145 (Dez. 2013); *Musil*, DVBl. 2007, 1526 (1530 f.); *Waldhoff*, StuW 2002, 285 (299 ff.).

5 Vgl. BVerfG v. 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99, 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274 (294 f.).

6 Vgl. *Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, S. 3; *Birk*, Ad Legendum 2015, 269 (270 f.); BVerfG v. 22.5.1963 – 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147 (161); *Gersch* in Klein, AO, 14. Aufl. 2018, § 3 AO Rz. 7; *Kirchhof*, Grundriß des Steuer- und Abgabenrechts, 2. Aufl. 2001, S. 6 Rz. 13; *Kraft/Kraft* (Fn. 1), S. 1; *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, S. 183 ff.; *Vogel* (Fn. 1), S. 1; *Wagner*, DStR 2014, 1133 (1142); *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657; *Weber-Grellet*, DStR 2018, 1398 (1400).

7 Vgl. BVerfG v. 22.5.1963 – 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147 (161); *Fischer* in FS Höhn, 1995, S. 25 (30 f.); *Gersch* (Fn. 6), § 3 AO Rz. 9; *Tipke*, StuW 1976, 162.

8 Vgl. *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657; *Weber-Grellet*, DStR 2018, 1398 (1400).

9 *Englisch* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 7 Rz. 121. Ähnlich: *Bach*, Wirtschaftsdienst 2017, 391 f.

10 Vgl. *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 20. Aufl. 2017, S. 59 Rz. 196 f.; *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 19 Rz. 2; *Schelle* in FS Haubrichs, 1977, S. 235 (241 f.).

11 Vgl. *Brümmerhoff/Büttner*, Finanzwissenschaft, 11. Aufl. 2015, S. 210; *Brümmerhoff/Büttner*, Finanzwissenschaft, 12. Aufl. 2018, S. 190; *Schelle* (Fn. 10), S. 235 (242).

12 BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07 – 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, BVerfGE 122, 210 (232).

13 Vgl. *Driën*, StuW 2008, 3 (12).

14 Vgl. Gemeinsame Mitteilung v. 18.11.2015, JOIN (2015) 50 final, 2; *Hausner/Simon*, Wirtschaftsdienst 2006, 769; Mitteilung der Kommission v. 23.7.2014, COM (2014) 520 final, 1; *Schiffer/Vrublevska*, EnWZ 2014, 67.

15 Vgl. Richtlinie 2012/27/EU v. 25.10.2012, ABl. EU Nr. L 315 v. 14.11.2012, 1.

16 Vgl. *International Energy Agency*, World Energy Outlook 2017, Zusammenfassung, German translation, 2017, 4.

17 Vgl. hierzu exemplarisch *BMUB*, Klimaschutzplan 2050, 2015, S. 2–10; *BT-Drucks.* 18/3484 v. 5.12.2014, 7 ff.; *Europäische Umweltagentur*, Politische Strategien zur Bekämpfung des Klimawandels, 2008, S. 5–7; Mitteilung der Kommission v. 23.1.2008, KOM (2008) 30 endgültig, 2 ff.; Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. EU Nr. C 264 v. 20.7.2016, Rz. 1.5, 1.5.3; *Ströbele/Pfaffenberger/Heuterkes*, Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2012, S. 319–361; Richtlinie 2012/27/EU v. 25.10.2012, ABl. EU Nr. L 315 v. 14.11.2012, 1 ff.

18 Definition des Primärenergieverbrauchs als „Bruttoinlandsverbrauch ohne nichtenergetische Nutzungsformen“ nach Richtlinie 2012/27/EU v. 25.10.2012, ABl. EU Nr. L 315 v. 14.11.2012, 10.

19 Vgl. hierzu exemplarisch *BMWi*, Nationaler Aktionsplan Energieeffizienz, 2014, 2 ff.; *BMWi*, G7-Energieministertreffen in Hamburg – Communiqué, 2015, 3 f.; *Gawel et al.*, ZUR 2014, 219 (224); *G7 Summit*, G7 Ise-Shima Leaders' Declaration, 2016, 3 und 28; Richtlinie 2012/27/EU v. 25.10.2012, ABl. EU Nr. L 315 v. 14.11.2012, 1 ff.

Energieeinsatz.²⁰ Der Begriff der Energieeffizienz beschreibt damit die rationelle Nutzung der eingesetzten Energie und ist im Allgemeinen in angebots- und nachfrageseitige Energieeffizienz zu unterscheiden.²¹ Diese Aufwand-Nutzen-Relation bzw. Zweck-Mittel-Relation ist im ökonomischen Sprachgebrauch mit „Wirtschaftlichkeit“ zu übersetzen und stellt sich dann ein, wenn die Minimalkostenkombination realisiert wird.²² Im Sinne einer ergebnisorientierten Zweckmäßigkeit ist hierbei ein vorgegebenes Ziel mit dem geringstmöglichen Aufwand zu erreichen.²³ Während Effizienz die Wirtschaftlichkeit beschreibt, stellt Effektivität auf die Wirksamkeit von Maßnahmen und Handlungen ab.²⁴

Insgesamt lassen sich bei der Energieeffizienz verschiedene Ebenen und Perspektiven unterscheiden.²⁵ Stellt man lediglich auf die aggregierte Perspektive der Gesamtwirtschaft ab, wird Energieeffizienz entweder durch die Energieintensität oder durch den Kehrwert, der Energieproduktivität, dargestellt.²⁶ Im Hinblick auf die herkömmliche marktorientierte Ökonomie wird hierbei der Primär- oder Endenergieverbrauch ins Verhältnis zu einer monetären Größe gesetzt.²⁷ Eine Steigerung der Energieeffizienz betrifft demzufolge die gesamte Wertschöpfungskette der Energie und nimmt Einfluss auf sämtliche Sektoren, in denen Energie zum Einsatz kommt.²⁸ Kommt es aufgrund der Energieeffizienz zu einer Reduktion des Energieeinsatzes, so geht Energieeffizienz auch mit einer Energieeinsparung einher.²⁹ Indes zeigt die allgemeine Lebenserfahrung, dass unter Vernachlässigung von Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten die Marktteilnehmer Energie ohne greifbaren Nutzen vergeuden; es bedarf deshalb staatlicher Anreize oder preisinduzierter Anregungen, um vorhandene Effizienzsteigerungspotentiale abzurufen.³⁰ Insoweit wäre die Ausgestaltung eines Rahmens zur (steuerlichen) Energieeffizienzförderung an den verschiedenen Ansatzpunkten zur Steigerung der Energieeffizienz auszurichten.³¹

2. Rebound-Effekt

Unter dem Mechanismus des Rebound-Effekts werden jene Effekte verstanden, die einer Reduktion des Energieeinsatzes entgegenwirken, obgleich energieeinsatzsenkende Maßnahmen ergriffen wurden.³² Als Rebound-Effekt bezeichnet man demnach „den gesteigerten Konsum von Ressourcen, der von einer oder mehreren Produktivitätssteigerungen bedingt oder zumindest ermöglicht wird.“³³ Verantwortlich für einen Rebound-Effekt sind verschiedene Wirkungsmechanismen; so z.B. die Erhöhung der Komfortansprüche auf Energienachfrageseite, die insgesamt das Potential der Energieeffizienz verringern oder überkompensieren können.³⁴ Wesentlich ist, dass die verschiedenen Ausprägungsformen (finanzieller, materieller oder psychologischer Rebound-Effekt sowie Cross-Factor-Rebound-Effekt) des Rebound-Effekts bei der Ausgestaltung und Konzeption von politischen Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz in ausreichendem Maße zu berücksichtigen sind.³⁵

3. Energieeffizienz und deutsche Klimaschutzpolitik des Bundes

In Deutschland kommt der Energieeffizienz, neben der verstärkten Nutzung von erneuerbaren Energien, eine entscheidende Rolle für das Gelingen der nationalen Transformation der Energieversorgung zu.³⁶ Das politische Ziel der Bundes-

regierung besteht dabei in einer erheblichen Senkung der fossilen sowie nuklearen Energiequellennutzung.³⁷ Obgleich die Energiewende in Deutschland grundsätzlich eine breite gesellschaftliche Zustimmung erfährt, werden einzelne Energiewendeziele im vorgegeben Zielhorizont absehbar verfehlt werden. Um die Zielerreichung und Glaubwürdigkeit der Klimaschutzpolitik zu wahren, ist eine Perspektive zu formulieren, die auf offene sowie zielentsprechend realisierbaren Maßnahmen basiert und zugleich durch eine Analyse der endogenen bzw. exogenen Ursachen der Verfehlung komplettiert wird.³⁸ Der derzeitige Instrumentenmix zur Erreichung der nationalen Klimaschutzziele ist Zunehmens von einer Kleinteiligkeit der ergriffenen Maßnahmen geprägt.³⁹ Demzufolge stehen eine Vielzahl von granularen Regelungen der Anreizgestaltung belastungs-

-
- 20 Vgl. *Irrek/Thomas*, Definition Energieeffizienz, 2008, S. 1; *Pehnt* in *Pehnt*, Energieeffizienz, 2010, S. 1 (2); *Pielow*, ZUR 2010, 115 (118); *Schomerus*, ZfZ 2010, 141 (142); *Wüstemann*, Die Vorgaben der Europäischen Union im Bereich der Energieeffizienz, 2011, S. 25.
- 21 Vgl. *Schomerus/Sanden*, Rechtliche Konzepte für eine effizientere Energienutzung, 2008, 16; *Walker*, Klimaschutz in föderalen Mehrebenensystemen, 2017, 29; *Wüstemann* (Fn. 20), S. 27.
- 22 Vgl. *Birk* in *FS Friauf*, 1996, S. 889 (900); *Fehl* in *Dichtl/Issing*, Vahlers Großes Wirtschaftslexikon, Band 1, 1993, S. 493; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 55; *Gutenberg*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Band 1, 24. Aufl. 1983, S. 9 f.; *Pack*, Betriebswirtschaftliches Repetitorium 1961, 207; *Pielow*, ZUR 2010, 115 (118).
- 23 Vgl. *Bohr* in *Wittmann/Kern/Köhler/Küpper/Wysocki*, Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Teilband 1, 5. Aufl. 1993, Sp. 863 f.; *Eidenmüller* (Fn. 22), S. 55; *Heintzen* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 3. Aufl. 2007, S. 1186 Rz. 19; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2018, Art. 114 GG Rz. 8; *Koch*, ZfzF 1951, 160 (161); *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 185 m.w.N.; *Siekmann* in *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 114 GG Rz. 14; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S. 436.
- 24 Vgl. *Müller-Stewens/Schnupp*, Controlling 2017, Heft 1, 74; *Pehnt*, (Fn. 20), S. 1 (2).
- 25 Vgl. *Irrek/Thomas* (Fn. 20), S. 1.
- 26 Vgl. *Irrek/Thomas* (Fn. 20), S. 1; *Pehnt* (Fn. 20), S. 1 (3); *Zimmermann/Sauer* in *Sauer/Bauernhansl*, Energieeffizienz in Deutschland, 2. Aufl. 2016, S. 4.
- 27 Vgl. *Irrek/Thomas* (Fn. 20), S. 1; *Zimmermann/Sauer* (Fn. 26), S. 4.
- 28 Vgl. *Wustlich*, ZUR 2007, 281.
- 29 Vgl. *Wüstemann* (Fn. 20), S. 27.
- 30 Vgl. *Winkler*, ZUR 2003, 395 (396).
- 31 Vgl. *Walker* (Fn. 21), S. 30.
- 32 Vgl. *Gallastegui/Escapa/Ansuetegi* in *Ansuetegi/Delgado/Galarraga*, Green Energy and Efficiency, 2015, S. 7; *Härtel*, NuR 2011, 825 (832 m.w.N.); *Pehnt* (Fn. 20), S. 1 (5); *Scheelhaase et al.*, Wirtschaftsdienst 2018, 655 (663); *WBGU*, Welt im Wandel, 2011, 149.
- 33 *Santarius*, Der Rebound-Effekt, 2012, S. 7 (im Original kursiv; Anm. d. Verf.).
- 34 Vgl. *Härtel*, NuR 2011, 825 (832); *Santarius* (Fn. 33), S. 5; *WBGU*, Welt im Wandel, 2011, 149.
- 35 Vgl. *IEA*, Capturing the Multiple Benefits of Energy Efficiency, 2014, S. 38; *Santarius* (Fn. 33), S. 5 f.; *Weber/Hey*, Wirtschaftsdienst 2012, Sonderheft, 43 (47).
- 36 Vgl. *BMWi* (Fn. 19), S. 4; *BMWi*, „Efficiency first“ – Energieeffizienz als zentrale Säule der Energiewende, 2016, 1; *BMWi*, Grünbuch Energieeffizienz, 2016, 4; *Günther*, Energieeffizienz durch Erneuerbare Energien, 2015, S. 11.
- 37 Vgl. *Günther* (Fn. 36), S. 11.
- 38 Vgl. *Löschel et al.*, Kurzkomentar zu Stand und wichtigen Handlungsfeldern der Energiewende, 2017, S. 3.
- 39 Vgl. *Löschel et al.* (Fn. 38), S. 3 f.; *Löschel/Kaltenegger*, ifo Schnelldienst 2018, 2/2018, 14; *Schmidt*, Wirtschaftsdienst 2018, 74.

verschonenden Ausnahmen gegenüber.⁴⁰ In der Gesamtschau ist die Anreizgestaltung kleinteilig, zu komplex und nicht integriert ausgestaltet; teilweise sind die Förderprogramme zudem mit hohem Bewerbungsaufwand und weitreichenden Offenlegungspflichten verbunden.⁴¹ Insb. das Energie- und Stromsteuerrecht sieht sich im Kontext der Energiewende einem erweiterten Zielkanon ausgesetzt und zeigt aufgrund diverser Marktverzerrungen, Inkonsistenzen sowie Defizite hinsichtlich des Klimaschutzes einen erheblichen Weiterentwicklungsbedarf.⁴²

III. Rahmensezung einer steuerlichen Energieeffizienzförderung

1. Einordnung steuerlicher Lenkungsnormen

Die in den Steuergesetzen enthaltenen Normen sind Ausfluss verschiedener Prinzipien, so dass i.V.m. den tatbestandlichen Voraussetzungen einer Steuer, ein pluralistisches System gegeben ist.⁴³ Mit der Erhebung einer Steuer sind regelmäßig Gestaltungs- und Belastungswirkungen verbunden.⁴⁴ Zur Aufdeckung der normkonzipierenden Prinzipien der Steuergesetze unterscheidet *Tipke* zwischen Fiskalzwecknormen, Vereinfachungszwecknormen und Sozialzwecknormen. Letztere finden eine weitere Untergliederung in Lenkungs- und Interventionsnormen (auch als Umverteilungsnormen bezeichnet).⁴⁵

Fiskalzwecknormen haben die Funktion den öffentlichen Finanzierungsbedarf des Gemeinwesens durch Verteilung der Gesamtsteuerlast auf die jeweiligen Steuersubjekte zu decken.⁴⁶ In der Sprache des § 3 Abs. 1 AO dienen Steuern einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen und werden allen auferlegt, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft.⁴⁷ Neben der Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs treffen Fiskalzwecknormen zugleich konkrete Steuerwürdigkeitsentscheidungen und werden deshalb ferner als Lastenausteilungsnormen bezeichnet. Da die Belastungswirkung nach Kriterien austeilender Gerechtigkeit zu erfolgen hat, gilt für Fiskalzwecknormen vorrangig der Grundsatz der finanziellen Leistungsfähigkeit, wenngleich für die Besteuerung des Gewerbebetriebs und des Grundbesitzes zusätzlich eine Orientierung am Äquivalenzprinzip erfolgt.⁴⁸ Aus theoretischer Sicht dürfen von Fiskalzwecknormen weder eine Allokationswirkung noch eine Umverteilungswirkung ausgehen.⁴⁹ Zwar können Fiskalzwecknormen auch wirtschaftliche oder soziale Auswirkungen auf Ebene der adressierten Wirtschaftssubjekte nach sich ziehen, diese sind allerdings als Folgeerscheinungen anzusehen und liegen demnach nicht im eigentlichen Gegenstandsbereich einer Fiskalzwecknorm.⁵⁰

Unter Berücksichtigung von technisch-ökonomischen Gründen, sollen *Vereinfachungszwecknormen* (Simplifikationsnormen) mittels Typisierungen, Pauschalierungen, Freibeträgen oder auch Freigrenzen eine Erleichterung der Steuerrechtsanwendung bewirken.⁵¹ So gesehen können Vereinfachungszwecknormen sowohl Fiskal- als auch Sozialzwecknormen vereinfachen und bilden damit keine selbständige Normengruppe.⁵² Dagegen kann zwischen Lenkungs- und Simplifikationsnormen ein Konflikt auftreten, da Lenkungsnormen regelmäßig kompliziert ausgestaltet sind und ihre reine Existenz das Steuerrecht verkomplizieren könnte.⁵³

Sozialzwecknormen sind nach *Tipke* dagegen sozial-, gesundheits-, kultur-, forschungs-, umwelt- oder wirtschaftspolitisch

(einschließlich agrar-, entwicklungs- und energiepolitisch) motiviert.⁵⁴ In Abgrenzung zu den Fiskalzwecknormen, werden unter dem Oberbegriff der Lenkungsnorm solche gesetzliche Regelungen zusammengefasst, die nicht originär der Erzielung von Einnahmen dienen.⁵⁵ Mithilfe solcher Normen beabsichtigt der Staat das Verhalten der Steuerpflichtigen durch gezielte Steuerentlastung oder Steuerbelastung zu beeinflussen. Demzufolge wird das Verhalten der Steuerpflichtigen im Rahmen ihrer Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsleben in eine gewünschte Richtung „gelenkt“.⁵⁶ Im Gegensatz zu den Umverteilungsnormen, bei denen eine Korrektur der Einkommens- und Vermögensverhältnisse und damit der soziale Ausgleich im Mittelpunkt steht, wird bei Lenkungsnormen das Erreichen eines Lenkungszwecks als Erfüllungsmaßstab angeführt.⁵⁷ Mit Blick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip⁵⁸, ist eine steuerinduzierte Umverteilung immer dann gegeben, wenn „die interindividuelle Verteilung der Steuerlasten über das zur Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsgrundsatzes erforderliche Maß hinaus einen progressiven Verlauf nimmt, um auf diese Weise eine gewisse, mit den Grundinstitutionen einer Marktwirtschaftsordnung noch zu vereinbarende und nach vorherrschender Auffassung als gerecht angesehene Redistribution von Einkommen und Vermögen zu erreichen“.⁵⁹ Vor diesem Hinter-

40 Vgl. *Institut für Energieeffizienz in der Produktion EEP*, Efficiency First? – Die Förderstrategie des BMWi, 2017, 7; *Löschel et al.* (Fn. 38), S. 4; *Löschel/Kaltenegger*, ifo Schnelldienst 2018, 2/2018, 14.

41 Vgl. *Löschel/Kaltenegger*, ifo Schnelldienst 2018, 2/2018, 14; *Spengell/Elschner*, ZfB 2010, 1 (16).

42 Vgl. *Gawel/Purkus*, ZfE 2015, 77; *Rodi* in GS Joecks, 2018, S. 739; *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 ff.

43 Vgl. *Hey* (Fn. 10), § 3 Rz. 19; *Waldhoff*, StuW 2002, 285. Die Pluralität des Steuersystems einschränkend: *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2. Aufl. 2000, S. 74.

44 Vgl. *Kempny*, StuW 2014, 185 (187).

45 Vgl. *Tipke* (Fn. 43), S. 74. Vgl. hierzu auch *Hey* (Fn. 10), § 3 Rz. 19; *Schwan*, Steuerliche Begrenzungsmöglichkeiten der Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat, 2012, S. 101 ff.; *Vogel*, StuW 1977, 97 (107).

46 Vgl. *Tipke* (Fn. 43), S. 77. Vgl. auch *Birk*, Ad Legendum 2015, 269 (270 f.); *Weber-Grellet*, DStR 2018, 1398 (1399 ff.).

47 Vgl. z.B. auch *Kirchhof* (Fn. 6), S. 6 Rz. 13; *Schneider*, Steuerlast und Steuerwirkung, 2002, S. 3; *Schomerus*, ZfZ 2010, 141 (143); *Tipke* (Fn. 43), S. 77; *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657.

48 Vgl. *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 10), S. 58 Rz. 192; *Hey* (Fn. 10), § 3 Rz. 20; *Tipke* (Fn. 43), S. 77; *Vogel*, StuW 1977, 97 (107).

49 Vgl. *Elschen*, StuW 1991, 99 (112).

50 Vgl. *Tipke* (Fn. 43), S. 77. Vgl. auch *Vogel* (Fn. 1), S. 10.

51 Vgl. *Hey* (Fn. 10), § 3 Rz. 23; *Tipke* (Fn. 43), S. 80.

52 Vgl. *Tipke* (Fn. 43), S. 80.

53 Vgl. *Fischer/Fetzer*, RIW 2002, 372 (374); *Vogel* (Fn. 1), S. 10, Fn. 34. Hierzu auch *Friauf*, DStJG 21 (1998), 85 (97 f.); *Glaser*, StuW 2012, 168 (170); *Kälberer*, Wirtschaftsdienst 2018, 306; *Rodi*, Umweltsteuern, 1993, S. 78; *Rodi*, StuW 1994, 204 (212); *Schelle* (Fn. 10), S. 235 (240–242); *Zitzelsberger*, StuW 1985, 197 (202).

54 Vgl. *Tipke* (Fn. 43), S. 77 f. So auch *Hey* (Fn. 10), § 3 Rz. 21. Vgl. hierzu auch *Jakob* in FS Offerhaus, 1999, S. 65; *Schauhoff* in FS Schaumburg 2009, S. 95 (96).

55 Vgl. *Vogel* (Fn. 1), S. 1.

56 Vgl. *Hey* (Fn. 10), § 19 Rz. 1; *Hey* (Fn. 10), § 3 Rz. 21; *Kraft/Kraft* (Fn. 1), S. 1; *Musil*, DVBl. 2007, 1526 (1529); *Vogel* (Fn. 1), S. 5.

57 Vgl. *Birk* in Grundrechtsschutz im Steuerrecht, Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission, 2001, S. 73; *Hey* (Fn. 10), § 19 Rz. 1; *Kraft/Kraft* (Fn. 1), S. 1.

58 Beachte hierzu eingehend *Birk* (Fn. 6), S. 1 ff.

59 *Neumark*, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, 1970, S. 195 (im Original kursiv; Anm. d. Verf.).

grund ist eine steuerliche Umverteilung dahingehend auszulegen, dass sie auf die Verringerung der durch Marktmechanismen und Marktmacht bewirkten Unterschiede in der Primärverteilung abzielen.⁶⁰

2. Lenkungszwecknormen im (umwelt-)ökonomischen Verständnis

Eine funktionierende Lenkungsnorm ist auf die Erosion ihrer eignen Bemessungsgrundlage ausgerichtet und steht in dieser Hinsicht der Fiskalzwecknorm diametral gegenüber.⁶¹ Während die rechtswissenschaftliche Dogmatik darauf verweist, dass ein Lenkungsbedarf an sich keinen abgabefähigen Belastungsgrund vorweisen kann, erkennt die Ökonomie gerade im Lenkungsbedarf (bei Umweltgütern) eine entscheidende Abgabenrechtfertigung.⁶² Hierbei wird auf die Kostenverantwortung des Preismechanismus verwiesen, der die Grundlage des marktwirtschaftlichen Systems bildet.⁶³ Bei Gütern und Aktivitäten, die lediglich eine geringe (Steuer-)Preiselastizität aufweisen, bleibt der Substitutionseffekt der steuerinduzierten Verteuerung zunächst aus. Demnach verringert sich die Nachfrage nach den nunmehr relativ teurer gewordenen Steuerobjekten gegenüber den unbesteuerten Gütern nicht.⁶⁴ Trotz fehlendem Substitutionseffekt entfaltet die Lenkungsteuer durch den einsetzenden Mittelentzug dennoch ihre Wirkung; man spricht hier vom Einkommenseffekt.⁶⁵ Verteuert sich nämlich die Produktion für umweltintensive Güter und sinkt die Rentabilität, so ist der Lenkungseffekt nicht das Ergebnis einer unmittelbaren Verringerung der aggregierten Bemessungsgrundlage, sondern er resultiert aus dem Mittelentzug über nachgelagerte Markt- und Preiseffekte. Dies kann die Reallokation von Faktoren in weniger umweltintensive Branchen anreizen oder einzelne Unternehmen zu einem vollständigen Marktaustritt bewegen.⁶⁶ Vor diesem Hintergrund umfasst steuerliche Lenkung die Gesamtheit der Allokationswirkungen eines interventionszielbezogenen Steuerzugriffs des Staates.⁶⁷

3. Umwelt- und Klimaschutzrechtlicher Instrumentenverbund

a) Ökonomisch geprägter Umweltschutz und marktlicher Steuerungsmechanismus

Der Beitrag der ökonomischen Denkweise zum Umweltschutz ist darin zu sehen, dass Umweltgüter so zu allozieren sind, damit die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt maximiert wird.⁶⁸ Wird Umweltbelastung als ein ökonomisches Knappheitsverhältnis begriffen, gehören Umweltgüter in die Klasse der wirtschaftlichen Güter: In einem marktwirtschaftlichen System hat die Allokation von Umweltgütern (d.h. die Verteilung auf die besten Verwendungen) über den Preismechanismus zu erfolgen. Nur so kann eine gesellschaftlich optimale Verteilung der Produktionsmittel gewährleistet werden; der Markt vermag diese Funktion allerdings nur bei privaten Gütern vollumfänglich zu erfüllen.⁶⁹

Wird die Marktkoordination als überlegen angesehen, so bedürfen Steuereingriffe einer besonderen Rechtfertigung:⁷⁰ Aus ökonomischer Sicht kann ein Lenkungseingriff (nur) im Falle von Marktversagen gerechtfertigt werden.⁷¹ Marktversagen liegt vor, wenn das freie Wirken der Marktkräfte ohne den

staatlichen Eingriff zu einem schlechteren Ergebnis führt, als es mit jenem Eingriff der Fall wäre.⁷² Ohne den hoheitlichen Eingriff würde eine ausreichende Güter- und Ressourcenallokation nicht gewährleistet werden; die ineffiziente Ressourcenallokation hätte sodann eine wohlfahrtsmindernde Wirkung.⁷³

Unter Berücksichtigung der Kosten eines lenkenden Markteingriffes, sollte eine Intervention nur dann erfolgen, wenn das Wohlfahrtsniveau gesamtwirtschaftlich gesteigert werden kann. Ist dies nicht der Fall, sollte auch ein nicht „perfekter“ Markt sich selbst überlassen bleiben; nicht jedes Marktversagen erfordert ein staatliches Eingreifen.⁷⁴ Diese Frage stellt sich auch bei energieeffizienzfördernden Regelungen, die wirtschaftliche Veränderungen herbeiführen sollen.⁷⁵ Denn aufgrund von strukturellen, ökonomischen und sozialpsychologischen Hemmnissen wird das wirtschaftliche Potential der Energieeffizienz nicht ausgeschöpft.⁷⁶ Die ökonomische Legitimation von Energieeffizienzmaßnahmen lässt sich insofern aus einer gesamtwirtschaftlichen (makroökonomischen) Perspektive oder aus einer mikroökonomischen Betrachtungsweise heraus begründen.⁷⁷ Bei Ersterer sind die Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz eng mit klimapolitischen Anstrengungen verknüpft, die eine Bekämpfung des Klimawandels bezwecken und deshalb negative externe Effekte adressieren.⁷⁸ Makroökonomisch fundierte Erklärungsmuster beziehen sich zudem auf das nationalstaatliche Interesse der Versorgungssicherheit und der intergenerativen Ressourcenverteilung (Ressourcenknappheit).⁷⁹

60 Vgl. Neumark (Fn. 59), S. 195.

61 Vgl. Bongartz in Bongartz/Schröder-Schallenberg, Verbrauchsteuerrecht, 3. Aufl. 2018, S. 38 Rz. C 31; Birk, Ad Legendum 2015, 269 (272); Gawel, StuW 2001, 26 (27); Rodi (Fn. 53), S. 58.

62 Vgl. Gawel, StuW 2001, 26 (26).

63 Vgl. wiederum Gawel, StuW 2001, 26 (26).

64 Vgl. Gawel, StuW 2001, 26 (31); Hey, StuW 1998, 32 (34).

65 Vgl. Gawel, StuW 2001, 26 (31).

66 Vgl. Gawel, StuW 2001, 26 (31); Sacksofsky, NJW 2000, 2619 (2624).

67 Vgl. Gawel, StuW 2001, 26 (41).

68 Vgl. Feess/Seeliger, Umweltökonomie und Umweltpolitik, 4. Aufl. 2013, S. 1.

69 Vgl. Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1978, 1978, S. 537.

70 Vgl. Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 1; Kröger, Die Förderung erneuerbarer Energien im Europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt, 2015, S. 43; Richter, FR 2001, 1000.

71 Vgl. etwa Buchholz/Pfeiffer, ifo Schnelldienst 2011, 18/2011, 30 (31); Lehmann et al., Wirtschaftsdienst 2017, 727 (730); Müsgens, EnWZ 2017, 243 (246); Fritsch (Fn. 70), S. 1; Hey (Fn. 10), § 19 Rz. 4.

72 Vgl. Fritsch (Fn. 70), S. 1.

73 Vgl. Groth/Baumgärtner, Wirtschaftsdienst 2009, 419; Hey (Fn. 10), § 19 Rz. 4; Kröger (Fn. 70), S. 43.

74 Vgl. Fritsch (Fn. 70), S. 78; Vogel (Fn. 1), S. 32.

75 Vgl. Walker (Fn. 21), S. 35.

76 Vgl. Mitteilung der Kommission v. 26.4.2000, COM (2000) 247 endgültig, 3; Weber/Hey, Wirtschaftsdienst 2012, Sonderheft, 43 (46); Walker (Fn. 21), S. 34 f.

77 Vgl. Dobroschke, Energieeffizienzpotentiale und staatlicher Lenkungsbedarf, FiFo Discussion Papers No. 12-1, 2012, S. 23 ff.; Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 2013, S. 407 ff.

78 Vgl. Dobroschke (Fn. 77), S. 24; Ludwigs (Fn. 77), S. 408 f.

79 Vgl. Dobroschke (Fn. 77), S. 24.

b) Ökonomische Ineffizienz des Ordnungsrechts

Mit Blick auf das wirtschafts- und umweltschutzrechtliche Instrumentarium sind imperative sowie ökonomische Formen der Verhaltenssteuerung zu unterscheiden. Diese Unterscheidung knüpft an die Wirkungsweise der eigentlichen Steuerung des Wirtschaftsablaufs oder der Umweltsteuerung an. Insoweit haben Lenkungssteuern, wie auch Abgaben und Sonderabgaben, als ökonomische Steuerungsinstrumente, einen indirekten und damit mittelbaren Wirkungsansatz.⁸⁰ Die Lenkung beruht demzufolge auf der Setzung von Motivationsdaten, d.h. sie orientiert sich am Verhalten des Lenkungsadressaten und ermutigt diesen zu einem ständigen „Sichverbessern“.⁸¹ Aufgrund ihrer Integration in das Besteuerungsverfahren sind Lenkungsbelastungen sowie Steuervergünstigungen leichter administrierbar.⁸² Dieser Vorteil resultiert zusätzlich daraus, da deren Gewährung – anders als bei Direktsubventionen – frei von Ermessensspielräumen ist.⁸³ Indes ist mit dem Einsatz von steuerlichen Lenkungsnormen eine gewisse Verkomplizierung des Steuerrechts verbunden.⁸⁴ Die Förderung weist zudem eine geringere Zielgenauigkeit auf, d.h. Steuervergünstigungen sind schlechter dosierbar.⁸⁵ Behördliche Gebote oder Verbote zählen dagegen zu den Instrumenten des klassischen Ordnungsrechts; sie legen dem Einzelnen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen auf.⁸⁶ Man spricht deshalb auch von imperativen Maßnahmen.⁸⁷ Mit steigendem Stellenwert des Umweltschutzgedankens, verschiebt sich nunmehr die Grenze für ein ordnungsrechtliches Vorgehen. Der von den Unternehmen zu zahlende restriktive Preis einer Intensivierung des Ordnungsrechts läge wohl in der Stilllegung etwaiger Betriebsanlagen.⁸⁸ Insofern kann ein Verbot unverhältnismäßig sein, da es den Marktmechanismus außer Kraft setzt.⁸⁹ Negative externe Effekte bzw. Marktversagen mithilfe eines Verbots zu internalisieren ist stets mit der Frage nach der richtigen Dosierung des entsprechenden Eingriffs verbunden.⁹⁰ Folglich dürfte die komplette Verhinderung eines Gutes bzw. Verhaltens nur in Ausnahmefällen wohlfahrtsoptimal sein.⁹¹ Nicht zuletzt deswegen sind preisliche Maßnahmen, wie etwa Steuern, den imperativen Maßnahmen regelmäßig überlegen.⁹² Gleichwohl kaufen auch lenkungssteuerliche Impulse dem Bürger einen Teil seiner Freiheit ab; aufgrund ihrer indirekten sowie untergründigen Wirkungsweise bleibt deren Effektivität zudem unklar und es besteht die Gefahr von Mitnahmeeffekten.⁹³ Zudem erreichen Lenkungssteuern ihr eigentliches Lenkungsziel regelmäßig nicht, da sie ansonsten kaum zur Finanzierung des staatlichen Gemeinwens beitragen würden.⁹⁴ Je mehr sie ihre steuernde Wirkung entfalten, desto stärker verringern sich die aus ihr generierten öffentlichen Einnahmen.⁹⁵ In dieser Konsequenz zielen lenkende Abgaben auf ihre eigene Abschaffung ab.⁹⁶ Im Ergebnis ist zu betonen, dass sich direkte und indirekte Lenkungsinstrumente wohl komplementär ergänzen sollten.⁹⁷ Tritt aber die indirekte Verhaltenssteuerung zum direkten Ordnungsrecht hinzu, resultiert ein Bürokratiewachstum.⁹⁸

c) Allgemeiner Gleichheitssatz

Infolge des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG ist „wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (...). Er gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen“.⁹⁹ Der Gleichheitsgrundsatz „ist die wichtigste grundrechtliche Vorgabe für das

Steuerrecht“;¹⁰⁰ er bindet den Gesetzgeber an den Grundsatz der Steuergerechtigkeit, weshalb die Besteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen auszurichten ist.¹⁰¹ Das Leistungsfähigkeitsprinzip gilt uneingeschränkt für sämtliche Steuerarten und damit auch für indirekte Steuern auf den Konsum.¹⁰² Dennoch bleibt das Leistungsfähigkeitsprinzip bei Verbrauchsteuern konturenlos, denn Verbrauchsteuern klammern das Wirtschaftssubjekt als Individuum aus und beschränken sich zur Feststellung der Bemessungsgrundlage auf den objektiv bezahlten Preis.¹⁰³

Eine möglichst lückenlose Erfassung der objektiven wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Einkommen) setzt voraus, dass steuerliche Vergünstigungen nur maßvoll eingesetzt werden.¹⁰⁴ Werden innerhalb einer Steuerart etwaige Sonderregelungen in Form von Steuervergünstigungen oder Sonderbelastungen zum Zwecke der Verhaltensbeeinflussung getroffen, so führen diese Lenkungssteuern zu Ungleichbehandlungen, was in erster Linie der von *Adam Smith* aufgestellten Besteuerungsgleichheit zuwider läuft.¹⁰⁵ Darüber hinaus ist anzumerken, dass der Staat durch verhaltenslenkende Sonderbelastungen eine Wahlschuld

80 Vgl. *Seidel*, NVwZ 1993, 105 (107).

81 Vgl. *Schwan* (Fn. 45), S. 131 m.w.N.; *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657 (3658).

82 Vgl. *Bach*, StuW 1995, 264 (269 f.); *Kälberer*, Wirtschaftsdienst 2018, 306; *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657 (3660). Vgl. hierzu (kritisch) *Schwan* (Fn. 45), S. 133.

83 Vgl. *Jakob* (Fn. 54), S. 65 (68).

84 Vgl. z.B. *Fischer/Fetzer*, RIW 2002, 372 (374); *Kälberer*, Wirtschaftsdienst 2018, 306.

85 Vgl. *Friauf*, DStJG 21 (1998), 85 ff.; *Hey*, DStJG 39 (2016), 11 (38).

86 Vgl. *Behlau/Lutz/Schütt*, Klimaschutz durch Beihilfen, 2012, S. 23.

87 Vgl. *Behlau/Lutz/Schütt* (Fn. 86), S. 23; *Seidel*, NVwZ 1993, 105 (107).

88 Vgl. *Trzaskalik*, StuW 1992, 135 (137).

89 Vgl. *Birk* (Fn. 57), S. 85; *Vogel* (Fn. 1), S. 6.

90 Vgl. *Fritsch* (Fn. 70), S. 111.

91 Vgl. *Fritsch* (Fn. 70), S. 111, 151.

92 Vgl. *Andel*, Finanzwissenschaft, 4. Aufl. 1998, S. 431; *Fritsch* (Fn. 70), S. 111, 139; *Vogel* (Fn. 1), S. 6.

93 Vgl. *Kube*, FR 2018, 408 (410).

94 Vgl. *Kirchhof* in *Kirchhof/Korte/Magen*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, S. 404 f. Rz. 5 f.; *Kruse*, BB 1998, 2285 (2287).

95 Vgl. *Kirchhof* (Fn. 94), S. 404 Rz. 5.

96 Vgl. *Gosch*, StuW 1990, 201 (214). Ähnlich: *Söhn* in *FS Stern*, 1997, S. 587 (589). Relativierend: *Sacksofsky*, NJW 2000, 2619 (2620 f.).

97 Vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, S. 365 § 5 Instrumente des Umweltrechts Rz. 782.

98 Vgl. *Kloepfer* (Fn. 97), S. 365 § 5 Instrumente des Umweltrechts Rz. 784.

99 BVerfG v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, 1082 = FR 2017, 577 m. Anm. *Suchanek* (1094 m.w.N.).

100 *Kempny*, StuW 2014, 185 (196). Vgl. auch *Drüen*, Ubg 2018, 605 (613).

101 BVerfG v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, 1082 = FR 2017, 577 m. Anm. *Suchanek* (1094 m.w.N.); *Kahle/Grimm* in *Haun/Kahle/Goebel/Reiser*, AStG, § 4j EStG Rz. 10 (Okt. 2018).

102 Vgl. *Glaser*, StuW 2012, 168 (172 m.w.N.); *Hey* (Fn. 10), § 3 Rz. 121. Vgl. auch BVerfG v. 7.5.1998 v. 25.10.1995 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, BVerfGE 98, 106 (127 f.); BVerfG v. 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99, 905/00, BVerfGE 110, 274 (297); BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, NJW 2017, 2249 (2256).

103 Vgl. *Kirchhof* (Fn. 6), S. 38 Rz. 81; *Kirchhof*, BB 2017, 662 (666 f.). Vgl. auch *Lang*, StuW 2013, 53 (58).

104 Vgl. *Hey*, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, 1997, S. 115 f.

105 Vgl. *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 10), S. 59 Rz. 196; *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem 2005, S. 16.

schaft. Für leistungsfähige Steuerpflichtige besteht die Möglichkeit sich vom staatlichen Lenkungsbeehl „freizukaufen“, wodurch bestimmte Verhaltensalternativen zu Privilegien von besonders leistungsfähigen Steuerpflichtigen werden.¹⁰⁶

4. Europarechtliche Vorgaben

Im Rahmen seiner Grundfreiheiten fordert das europäische Gemeinschaftsrecht, dass der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr durch mitgliedstaatliche Rechtsnormen nicht unnötig behindert oder unattraktiv gemacht wird.¹⁰⁷ Da allerdings „jede Differenzierung zwischen internen und grenzüberschreitenden Situationen“ eine potentielle unionsrechtswidrige Differenzierung darstellen kann, können auch steuerliche Vorschriften die Grundfreiheiten beeinflussen.¹⁰⁸ Damit müssen auch steuerliche Lenkungsnormen den europäischen Anforderungen genügen, wenngleich ein tatbestandlicher Eingriff in die Grundfreiheiten nicht unmittelbar die EU-Rechtswidrigkeit der Rechtsnorm zur Folge hat.¹⁰⁹ Vielmehr kann der formale Verstoß gegen die Grundfreiheiten gerechtfertigt sein, sofern ein materieller Rechtfertigungsgrund (Schranke) vorliegt, und die Maßnahme den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Schranken-Schranke) wahr.¹¹⁰

Den europäischen Mitgliedstaaten steht es grundsätzlich frei, wirtschaftspolitische Maßnahmen zu bestimmen und die Steuerlast gemäß eigener Vorstellungen zu verteilen.¹¹¹ Dabei werden auch energiepolitische Weichenstellungen ungeachtet der zunehmenden Integration des EU-Energiebinnenmarkts und der in Art. 194 AEUV formulierten Energiekompetenz von Seiten der Mitgliedstaaten getroffen.¹¹² Gleichwohl verfügt die EU-Kommission mit ihrem Initiativmonopol nach Art. 17 Abs. 2 Satz 1 EUV oder auf Grundlage der delegierten Rechtssetzung (Art. 290 AEUV, Art. 108 Abs. 4 AEUV) über verschiedene Einflussmöglichkeiten.¹¹³ Schärfstes Instrument zur (präaktiven) Kontrolle und Steuerung energiepolitischer Vorhaben der Nationalstaaten ist das EU-Beihilfenrecht.¹¹⁴ Grundnorm für ein Verbot staatlicher Beihilfen ist Art. 107 Abs. 1 AEUV.¹¹⁵ Dabei werden nicht nur unmittelbare Zuwendungen eines Staates vom Beihilfeverbot erfasst, sondern auch privilegierende Maßnahme des Steuerrechts, die dem Steuerpflichtigen eine Verschonung von einer staatlichen Belastung gewähren.¹¹⁶ Insoweit können steuerliche Anreizregime eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV darstellen, so dass eine Beihilfenkontrolle im Rahmen der gemeinsamen Wettbewerbsregeln (Art. 107 bis 109 AEUV) zu erfolgen hat.¹¹⁷ Vor diesem Hintergrund darf – vorbehaltlich der Ausnahmeklauseln des Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV – eine steuerliche Lenkungsnorm einzelnen Unternehmen oder Branchen keinen selektiven Vorteil gewähren.¹¹⁸ Zur Einordnung als unerlaubte Beihilfe ist darüber hinaus eine Geringfügigkeitsgrenze zu beachten, weshalb (u.a.) nicht alle steuerlichen Maßnahmen unter die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen.¹¹⁹ Vor allem kleineren Beihilfen (sog. De-minimis-Beihilfen) fehlt es insoweit an einer einschlägigen Binnenmarktrelevanz.¹²⁰ Zur Erleichterung des Beihilfeverfahrens wurde auf Grundlage von Art. 109 AEUV mit der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung¹²¹ (AGVO) – neben der De-minimis-Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 – ein zweites Regelwerk geschaffen, auf dessen Grundlage eine beihilferechtliche Notifizierung unterbleiben kann.¹²²

IV. Implementierung einer steuerlichen Energieeffizienzförderung

1. Energieeffizienz im Kontext des ökologisierten Steuerrechts

a) Verbrauchsteuern

Zu den fiskalisch bedeutsamen Verbrauchsteuern, gehören neben den Warensteuern auf Tabak und alkoholischen Getränken auch die speziellen Verbrauchsteuern auf Energie und Energieträger.¹²³ Da weder das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland noch die deutschen Steuergesetze eine Legaldefinition für den Verbrauchsteuerbegriff aufweisen, beruft sich das BVerfG auf das historisch gewachsene Verständnis und definiert Verbrauchsteuern als „Warensteuern, die den Verbrauch vertretbarer, regelmäßig zum baldigen Verzehr oder kurzfristigen Verbrauch bestimmter Güter des ständigen Be-

106 Vgl. *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 10), S. 60 Rz. 198 m.w.N.

107 Vgl. *Musil/Leibohm*, FR 2008, 807 (808); *Schönfeld* (2012), S. 220.

108 Vgl. *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 10), S. 65 Rz. 217; *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2015, S. 27 Rz. 69; *Weber-Grellet*, S. 52 Rz. 1 (auch direktes Zitat).

109 Vgl. *Dürschmidt*, StuW 2010, 137 (149); *Frotscher* (Fn. 108), S. 46 Rz. 119; *Schnitger*, DB 2018, 147 (149); *Vogel* (Fn. 1), S. 77 f.; *Weber-Grellet* (Fn. 108), S. 62 Rz. 29.

110 Vgl. *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, 2002, S. 103; *Daxkobler*, Die grundfreiheitliche Rechtsprechung des EuGH, 2015, S. 98; *Dürschmidt*, StuW 2010, 137 (149); *Frotscher* (Fn. 108), S. 46 Rz. 118; *Schnitger*, DB 2018, 147 (149).

111 Vgl. *Balbinot*, FR 2018, 729 (730); *Jochimsen/Kleve*, IStR 2017, 265 (268). Ähnlich auch *Schlücke*, ISR 2018, 244 (246).

112 Vgl. *Pompl*, EWS 2016, 247.

113 Vgl. *Pompl*, EWS 2016, 247 (248).

114 Vgl. *Cordewener/Henze*, FR 2016, 756 (757); *Pompl*, EWS 2016, 247 (248).

115 Vgl. z.B. *Balbinot*, FR 2018, 729; *Cordewener/Henze*, FR 2016, 756; *Ekken-gal/Safaei*, DStR 2018, 1993; *Englisch* (Fn. 9), § 4 Rz. 115; *Kröger* (Fn. 70), S. 176; *Martini*, StuW 2017, 101 (102); *Schröer-Schallenberg* in *Bongartz/Schröer-Schallenberg*, Verbrauchsteuerrecht, 3. Aufl. 2018, S. 359 Rz. H 320; *Sutter*, DStJG 39 (2016), 169 (173).

116 Vgl. *Balbinot*, FR 2018, 729; *Demleitner*, ISR 2016, 328 (329); *Frenz*, DStZ 2016, 142 (145); *Hey*, StuW 2015, 331 (338); *Jatzke*, Europäisches Verbrauchsteuerrecht, 2016, S. 21 Rz. B 10; *Kröger* (Fn. 70), S. 176 f.; *Linn/Pignot*, StuB 2016, 573; *Martini*, StuW 2017, 101; *Schnitger*, IStR 2017, 421 (422); *Sennekamp* in *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015, S. 133; *Sutter*, DStJG 39 (2016), 169 (174 ff.).

117 Vgl. *Germelmann*, ZfZ 2017, 306 (307); *Jochimsen/Kleve*, IStR 2017, 265 (268).

118 Vgl. z.B. *Englisch* (Fn. 9), § 4 Rz. 116 und 123; *Germelmann*, ZfZ 2017, 306 (309); *Jatzke* (Fn. 116), S. 16 Rz. B 1 und S. 18 f. Rz. B 4-B 6; Mitteilung der Kommission, 2014/C 200/01, ABl. EU Nr. C 200 v. 28.6.2014, 2; *Sennekamp* (Fn. 116), S. 134; *Sutter*, DStJG 39 (2016), 169 (173 f.); *Thiede*, IStR 2017, 51 (53); *Vogel* (Fn. 1), S. 84.

119 Vgl. *Blumenberg/Kring*, ifst-Schrift 473 (2011), S. 22; *Schnitger*, IStR 2017, 421 (426); *Vogel* (Fn. 1), S. 86.

120 Vgl. *Blumenberg/Kring*, ifst-Schrift 473 (2011), S. 22 f.; *Jatzke* (Fn. 116), S. 25 Rz. B 16; *Schnitger*, IStR 2017, 421 (426); *Sennekamp* (Fn. 116), S. 134.

121 Vgl. Verordnung (EU) Nr. 651/2014 v. 17.6.2014, ABl. EU Nr. L 187 v. 26.6.2014, 1 ff.

122 Vgl. *Ackermann*, ZfZ 2017, 31 (36); *Blumenberg/Kring*, ifst-Schrift 473 (2011), S. 22 ff.; *Englisch* (Fn. 9), § 4 Rz. 123; *Glaser*, StuW 2012, 168 (180); *Lutz/Schütt/Behlau*, ZUR 2011, 178 (180 f.); *Schumacher*, ZfZ 2017, 151 (153); *Schnitger*, IStR 2017, 421 (426); *Schröer-Schallenberg* (Fn. 115), S. 361 Rz. H 331; *Sennekamp* (Fn. 116), S. 134 f.; *Thiede*, IStR 2017, 51 (52).

123 Vgl. *Englisch* (Fn. 9), § 18 Rz. 106.

darfs belasten“.¹²⁴ Diese Warensteuern richten sich somit auf den Verbrauch von Konsumgütern und unterliegen innerhalb des europäischen Gemeinschaftsgebiets einer weitgehenden Harmonisierung.¹²⁵ Da die Energiesteuerrichtlinie 2003/96/EG lediglich die Harmonisierung der Mindestbesteuerung bezweckt, verfügen die einzelnen Mitgliedstaaten der EU insb. bei den Steuersätzen gleichwohl über signifikante Gestaltungsspielräume.¹²⁶ Als Nebenprodukt dieser Freiräume können selbst bei kleinen Unterschieden substantielle Arbitragemöglichkeiten in globalisierten Märkten auftreten.¹²⁷ Soll mithilfe von Umweltsteuern dagegen ein ökologisch sinnvolles Handeln der Wirtschaftssubjekte bezweckt werden, wird dies nur in einem global bzw. EU-weit abgestimmten Kontext möglich sein.¹²⁸

Verbrauchssteuern sind in aller Regel als indirekte Steuern auf Überwälzung angelegt und werden wirtschaftlich vom Endverbraucher getragen.¹²⁹ Indes ist die tatsächliche Überwälzbarkeit kein Wesensmerkmal der Verbrauchsbesteuerung; eine reine Fiktion der Überwälzbarkeit erscheint ausreichend.¹³⁰ Man spricht hier von einer „typisierten Überwälzbarkeit“.¹³¹ Weiterhin gilt zu beachten, dass eine tatsächliche Überwälzbarkeit von der aktuellen Marktlage abhängig wäre; insb. bei der Einführung einer neuen Verbrauchsteuer ließe sich die Marktlage zwar einschätzen, nicht jedoch zweifelsfrei voraussagen.¹³² Ob eine „Weitergabe der Steuerlast vom Steuerschuldner auf den Endverbraucher durch Erhöhung des Kaufpreises“ gelingen würde, ließe sich nur ex post feststellen.¹³³

b) Energie- und Stromsteuern im Zeichen der Energiewende

Ursprünglich als klassisches Verbrauchsteuerrecht mit Finanzierungsfunktion konzipiert, haben sich die Energiesteuern zwischenzeitlich sowohl in ihrer Funktion als auch Legitimation verändert.¹³⁴ Zwar bleiben sie im Kern fiskalpolitisch motivierte Verbrauchsteuern, doch sind sie nunmehr auch Klimaschutzsteuern.^{135, 136}

Das deutsche Energiesteuerrecht ist von einer inkrementellen Entstehungsgeschichte geprägt; die umwelt- und klimapolitischen Zielsetzungen wurden dabei in mehreren Schritten punktuell in das tradierte Steuersystem aufgenommen.¹³⁷ Dies hat zu Verwerfungen in der Verbrauchsteuersystematik und bei den nachträglich „eingebauten“ klimapolitischen Funktionen geführt.¹³⁸ Insofern ist zu betonen, dass in der Gestaltung von Energie- und Stromsteuern eine Vielzahl von Zielen zum Ausdruck kommt:¹³⁹ Neben Zielen, die auf eine Verbesserung des Allokationsergebnisses gerichtet sind – wie z.B. „die Vermeidung von internationalen und intermodalen Wettbewerbsverzerrungen (zwischen länderbezogenen Unternehmensstandorten und Verkehrsträgern)“ – sollen auch umweltschonende bzw. innovative Technologien gefördert werden.¹⁴⁰ Weiterhin sind „auch distributiv motivierte sozial-, industrie- und agrarpolitische Zielstellungen“, hinsichtlich der Belastung spezifischer Sektoren und Wirtschaftsbereiche, in den politischen Zielkanon eingebunden.¹⁴¹ Damit stellt sich zugleich die Frage, ob die energie- und stromsteuerlichen Wirkungen (gegenwärtig) mit den energiepolitischen Kernzielen, wie sie auch in § 1 EnWG zu finden sind, konsistent sind.¹⁴² Dies erscheint vor dem Hintergrund multipler Marktversagenstatbeständen, konfligierender Politikzielen und Wechselwirkungen mit außersteuerlichen Instrumenten gleichwohl zweifelhaft.¹⁴³ Bereits das komplexe Ausnahme- und Entlastungsregime schließt eine verzerrungs-

freie Besteuerung praktisch aus;¹⁴⁴ hinzu treten gleichfalls Energie-träger- und sektorspezifische Ausgestaltungsdifferenzierungen.¹⁴⁵ Zugleich wird ersichtlich, dass – wohl aus (traditionell) sozialpolitischen Erwägungen heraus – der Verwendungsbereich des Heizens einer besonders moderaten Besteuerung unterworfen wird.¹⁴⁶ Aus diesem Grund scheint eine schrittweise Reduktion der Verzerrungswirkungen im Strom-, Wärme- und Verkehrsbereich dringend geboten.¹⁴⁷ Dabei sollten erneuerbare Energien nicht von vorneherein von einer steuerlichen Erfassung ausgeschlossen werden; auch sie verursachen in gewissen Umfang negative externe Effekte.¹⁴⁸ D.h. ungeachtet ihrer umweltbilanziellen Vorteile gegenüber der konventionellen Energieerzeugung, sind erneuerbare Energien mit externen Raumkosten (z.B. in den Bereichen Wohnumfeld-, Gewässer- oder Naturschutz) verbunden.¹⁴⁹ Insofern ist eine energieträgerübergreifende Steigerung der Energieeffizienz gleichfalls von Bedeutung.¹⁵⁰

124 Vgl. BVerfG v. 7.5.1998 v. 25.10.1995 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, BVerfGE 98, 106 (123 f.) (auch direktes Zitat).

125 Vgl. Csikós, ET 2006, 208; *Englisch* (Fn. 9), § 18 Rz. 106; *Englisch* (Fn. 9), § 7 Rz. 106; *Heidecke/Mammen*, FR 2018, 941 (942).

126 Vgl. *Englisch* (Fn. 9), § 18 Rz. 106; *Falkenberg*, BB 2018, 2591 (2592); *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (96); *Weber-Grellet* (Fn. 108), S. 138 Rz. 4; *Wernsmann* in *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht, 3. Aufl. 2015, S. 1872 Rz. 3.

127 Vgl. *Kofler*, DStJG 33 (2010), 213 (233); *Waldhoff* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 113 AEUV Rz. 2.

128 Vgl. *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 10), S. 60 Rz. 200; *Englisch* (Fn. 9), § 7 Rz. 115.

129 Vgl. BT-Drucks. 480 v. 29.4.1954, 107; *Englisch* (Fn. 9), § 7 Rz. 106; *Jatzke*, ZfZ 2011, 109; *Kirchhof* (Fn. 6), S. 43 Rz. 90.

130 Vgl. *Eiling*, Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben an die Einführung neuer Verbrauchsteuern, 2014, S. 82.

131 Vgl. *Eiling* (Fn. 130), S. 82; *Seer*, DStR 2012, 325 (333).

132 Vgl. *Eiling* (Fn. 130), S. 82.

133 Vgl. *Birk/Förster*, DB 1985, Beilage 17 zu Heft Nr. 30, 1 (7); *Eiling* (Fn. 130), S. 82 (auch direktes Zitat auf S. 81).

134 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (741); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187.

135 Vgl. hierzu auch *Schomerus*, ZfZ 2010, 141 ff.

136 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (741); *Soyk*, Energie- und Stromsteuerrecht, 2013, S. 3 Rz. 1.

137 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (740 f. m.w.N.); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (188).

138 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 ff.; *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (188).

139 Vgl. *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (189).

140 Vgl. BT-Drucks. 14/40 v. 17.11.1998, 1; *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (189) (auch direktes Zitat).

141 Vgl. *Jatzke* in FS BFH, 2018, S. 1611 (1612); *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (741, 743); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (189) (auch direktes Zitat); *Stein* in *Stein/Thoms*, Energiesteuern in der Praxis, 3. Aufl. 2016, S. 36.

142 Vgl. etwa *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 ff.; *Rodi* (Fn. 42), S. 739 ff.; *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 ff.

143 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (77, 98 f.).

144 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (743). Vgl. auch *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (189).

145 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (743); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (189).

146 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (743).

147 Vgl. etwa *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77.

148 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (742, 749).

149 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (91); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (192). Man mag hier an die Errichtung von Talsperren bzw. Staumauern zur energetischen Nutzung der Wasserkraft denken. Auch die Errichtung von Windkraftanlagen zur Erzeugung von Windenergie oder die Geothermie sind nicht frei von Landschaftseingriffen.

150 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (742); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (192).

c) Förderwirkungen

Das Lenkungsziel der Energie- und Strombesteuerung umfasst neben der Förderwirkung auf Energieeffizienz auch die absolute Reduktion der Energienachfrage.¹⁵¹ Der Wirkungszusammenhang von Energiebesteuerung und Effizienzanzreizen besteht darin, dass durch die Belastung des Energieverbrauchs Anreize zur Erschließung von Energiespar- und Effizienzpotentialen gesetzt werden sollen.¹⁵² Dies ist dann der Fall, wenn entsprechende Investitionen, unter Berücksichtigung des steuerlichen Knappheitssignals, als kosteneffizient anzusehen sind.¹⁵³ Insoweit entspricht die Energie- und Strombesteuerung dem konzeptionellen Ansatz von Internalisierungsabgaben und gilt prinzipiell als anreizkompatibel.¹⁵⁴ Die Steuergegenstände sowie die (unterschiedlichen) Steuersätze gehen auf den europäischen Mindestrahmen der Energiesteuerrichtlinie 2003/96/EG zurück, die der deutsche Gesetzgeber großzügig überschritten hat.¹⁵⁵ Gleichwohl weichen die Energie- und Stromsteuern vom Ideal einer kosteneffizienten *Pigou*-Steuer, aufgrund des umfassenden Ausnahmeregimes und der politisch gesetzten Steuersätze, ab.¹⁵⁶ Letztere sind nach Energieerzeugnis und Verwendungszweck ausdifferenziert, was zur Folge hat, dass Energieeffizienzinvestitionen nicht als Erstes dort umgesetzt werden, wo es ökonomisch am sinnvollsten wäre.¹⁵⁷ Im Übrigen hängen die steuersatzbedingten Lenkungsanreize von der Preiselastizität der Energienachfrage ab; diese wird für den Unternehmenssektor höher eingeschätzt als für private Haushalte.¹⁵⁸ Vor diesem Hintergrund wird die Existenz steuerlicher Energieeffizienzanzreize im Unternehmenssektor (neben der allgemeinen Steuerbelastung) in erster Linie von den zahlreichen Sonder- und Kompensationsregelungen abhängig gemacht.¹⁵⁹ Dies beeinträchtigt sowohl die Konsistenz als auch Kosteneffizienz der steuerlichen Lenkungswirkung, weshalb die zum Teil branchenspezifischen Ausnahmetatbestände kritisch beurteilt werden;¹⁶⁰ das weit gefasste Ausnahmeregime unterläuft nicht nur die Einpreisung externer Umweltkosten, sondern verhindert auch, dass Anreize für Energieeinsparung und Energieeffizienzverbesserungen nicht (notwendigerweise) dort gesetzt werden, wo dies am kostengünstigsten wäre.¹⁶¹

2. Implementierungskonzept

a) Umweltpolitische Bewertungsmaßstäbe

Ökologische Steuerungsinstrumente sind in erster Linie mit einem umweltpolitischen Zweck verbunden, weshalb ihre Beurteilung zunächst auf Basis der Zielerreichungsgenauigkeit zu erfolgen hat.¹⁶² Weiterhin ist die Allokationseffizienz (ökonomische Effizienz bzw. volkswirtschaftliche Kosten), die administrative Praktikabilität (Verwaltungsaufwand), die Variabilität sowie die politische Durchsetzbarkeit und Akzeptanz zu berücksichtigen.¹⁶³

Die Eignung einer ökologischen Lenkungsnorm hängt maßgeblich davon ab, in welchem Maße sie zur Zielerreichung der Umweltpolitik beiträgt und den Trias aus Genauigkeit, Geschwindigkeit sowie Dauerhaftigkeit verwirklicht.¹⁶⁴ Hierbei gilt zu beachten, dass sich Aussagen über die ökologische Wirksamkeit eines umweltpolitischen Instruments in der praktischen Umsetzung nur bedingt auf gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse stützen lassen.¹⁶⁵ Vor diesem Hintergrund hängt die Entscheidung über den Instrumenteneinsatz von einem

wertenden Prognoseurteil auf Grundlage unsicherer Tatsachen ab.¹⁶⁶ Damit verbleibt ein weit gefasster Beurteilungsspielraum bei den Entscheidungsträgern.¹⁶⁷ Hinsichtlich der umweltpolitischen Wirksamkeit von Steuervergünstigungen (etwa für Energieeffizienzmaßnahmen) wird man mit einem schwerlich zu lösenden Dilemma konfrontiert werden: Einerseits sollen sog. Mitnahmeeffekte im Rahmen der Förderung vermieden werden, d.h. Maßnahmen, welche von den betroffenen Akteuren auch ohne staatliche Hilfe ergriffen worden wären sollen nicht mitfinanziert werden.¹⁶⁸ Eine Möglichkeit bestünde darin, nur solche Umweltschutzinvestitionen zu fördern, die an sich unrentabel sind.¹⁶⁹ Andererseits wird aber geltend gemacht, dass von steuerlichen Entlastungswirkungen, „die für die Durchführung unrentabler Umweltschutzmaßnahmen gewährt werden“ und unterhalb der Ebene der Vollsubventionierung liegen, keinerlei umweltpolitische Wirkung ausgehen.¹⁷⁰ Insoweit steht die ökologische Wirksamkeit und die ökonomische Effizienz einer Förderung von additiven Umweltschutztechnologien infrage.¹⁷¹ Ökologische Steuerungsinstrumente sind deshalb nicht nur anhand ihrer Wirksamkeit zum Zwecke der Zielerreichung zu messen, sondern auch anhand der Allo-

-
- 151 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (194).
- 152 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84) und etwa auch *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (194).
- 153 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (194).
- 154 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84). Weiterhin wird verwiesen auf *Meller*, ifo Schnelldienst 2005, 19/2005, 3 ff.
- 155 Vgl. *BDI*, ZfZ 2018, 285; *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (194); Richtlinie 2003/96/EG v. 27.10.2003, ABl. EU Nr. L 283 v. 31.10.2003, 51 ff.
- 156 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (194).
- 157 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84).
- 158 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84); *Kohlhaas*, Gesamtwirtschaftliche Effekte der ökologischen Steuerreform, 2005, S. 18; *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (195). Auf längere Sicht nimmt die Preiselastizität der Nachfrage sowohl im Haushalts- als auch im Unternehmenssektor „zu, da langfristige Energiepreistrends bei Ersatzinvestitionen in langlebige Anlagen, Fahrzeuge und Gebäude berücksichtigt und neue Technologien eingesetzt werden können.“ Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84 m.w.N.) (auch direktes Zitat).
- 159 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84).
- 160 Vgl. *Böhringer/Schwager*, PWP 2003, 211; *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (194).
- 161 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (84); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (194). Vgl. zudem *Böhringer/Schwager*, PWP 2003, 211 ff.; *Eichhammer et al.*, DfW Wochenbericht 2012, 10/2012, 3 ff.
- 162 Vgl. etwa *Rodi* (Fn. 53), S. 51.
- 163 Vgl. *Gawell* in *Kloepfer*, Umweltschutz als Rechtsprivileg, 2014, S. 43; *Rodi* (Fn. 53), S. 51–54.
- 164 Vgl. *Knüppel*, Umweltpolitische Instrumente, 1989, 77 ff.; *Sprenger* in *Schneider/Sprenger*, Mehr Umweltschutz für weniger Geld, 1984, 41 (52 ff.); *Rodi* (Fn. 53), S. 51.
- 165 Dies zeigt sich wohl auch in den unterschiedlichen Modellierungsergebnissen in Bezug auf die Auswirkungen des Energiesteuerrechts auf CO₂-Emissionen. Vgl. dazu *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (85 f.).
- 166 Vgl. *Benkert/Bundel/Hansjürgens*, Umweltpolitik mit Öko-Steuern?, 1990, 86 ff.; *Rodi* (Fn. 53), S. 51.
- 167 Vgl. *Benkert/Bundel/Hansjürgens* (Fn. 166), S. 87 ff.; *Rodi* (Fn. 53), S. 51.
- 168 Vgl. *Rodi* (Fn. 53), S. 77; *Rodi*, StuW 1994, 204 (211).
- 169 Vgl. *Rodi*, StuW 1994, 204 (211). Gesetzestechisch wäre eine Regelung in Anlehnung an den früheren § 7d EStG denkbar.
- 170 Vgl. *Rodi*, StuW 1994, 204 (211) (auch direktes Zitat). So auch in *Rodi* (Fn. 53), S. 76 f. Vgl. hierzu zudem *Benkert*, NuR 1984, 132 (135); *Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen* (Fn. 69), S. 539 f. Kritisch: *Kötzle*, Die Eignung von Subventionen für die Umweltpolitik, 1980, 114 ff.
- 171 Vgl. *Rodi*, StuW 1994, 204 (211).

kationseffizienz, d.h. an den ökonomischen Kosten, die mit einer bestimmten Verbesserung der Umweltqualität verbunden sind.¹⁷² Gerade im Hinblick auf beschränkte Ressourcen, sind umweltpolitische Ziele innerhalb einer Volkswirtschaft mit möglichst geringem Aufwand zu realisieren.¹⁷³

Zu betonen ist auch, dass sich der ökonomisch-ökologische Erfolg einer Umweltabgabe am zugrunde liegenden Zielkonzept bemisst.¹⁷⁴ Ob der Umweltgebrauch zurückgeht, entscheidet sich über die mittel- und langfristigen Anpassungsprozesse im Rahmen der nachgelagerten Markt- sowie Preiswirkungen. Dies stellt zwar im ersten Moment keinen unmittelbaren ökologischen Erfolg dar; gleichwohl ist ein allokativer Erfolg zu erkennen. Lenkungsabgaben sind Substitutions- und Entzugshebel zugleich.¹⁷⁵

b) Instrumentenkombination

Die abstrakten Strategien der Effizienz, Substitution und der Suffizienz erfordern konkrete Instrumente. Da es im Ergebnis aber nicht das „eine“ Klimaschutzinstrument geben wird, bedarf es innovative und oftmals hybride Instrumentenkombinationen, die ordnungsrechtliche, ökonomische oder informatorische Komponenten mit Elementen der Selbstregulierung verbinden.¹⁷⁶ Werden Umwelt- und Klimaschutzabgaben anhand der energiepolitischen Zielstellungen ausgerichtet, können sie gegenüber ordnungsrechtlichen Instrumenten den Vorteil aufweisen, dass sie die gesetzten Ziele ökonomisch effizienter erreichen.¹⁷⁷ Zugleich greifen steuerliche Lenkungsnormen aber in ein Wirkungsfeld ein, das bereits von außersteuerlichen Instrumenten weitestgehend geprägt ist. Dies gilt insb. für den Primärenergieeinsatz zur Erzeugung von elektrischem Strom, weshalb in Abhängigkeit vom sektoralen Förderinstrument (Klimaschutz, Energieeffizienz und Erneuerbaren-Energien-Ausbau) steuerliche Lenkungsnormen eine potentielle Doppelförderung bewirken können; andererseits können steuerliche Anreize auch eine sinnvolle Ergänzung zu bereits vorhandenen Instrumenten sein.¹⁷⁸

c) Ausgestaltung der steuerlichen Energieeffizienzförderung

aa) Kombinierte CO₂-/Energiesteuer

Das Energiesteuerrecht entfaltet eine effektive Förderung zugunsten der Energieeffizienz, wenn einerseits Effizienzverbesserungen im Rahmen der Konversion von Primärenergieträgern angeregt werden und andererseits eine Verringerung der Energieintensität im Endenergieverbrauch erreicht wird.¹⁷⁹ Unter Berücksichtigung etwaiger Rebound-Effekte sollten Energieeffizienzverbesserungen zu einer Reduktion bei der Energienachfrage führen.¹⁸⁰ Da Energie- und Stromsteuern je nach steuerlichem Anknüpfungspunkt unterschiedliche Lenkungswirkungen mit diversen Zielerreichungsbeiträgen in Bezug auf Klimaschutz, Erneuerbare-Energien-Ausbau und Energieeffizienz entfalten, ergeben sich innerhalb der energiepolitischen Ziele signifikante Konflikte.¹⁸¹

Unter ökonomischen Gesichtspunkten läge es sicherlich nahe, wenn die Besteuerung am CO₂-Ausstoß (bzw. Schadstoffausstoß oder Ressourcenverbrauch) anknüpfen würde.¹⁸² Angesichts der vielfältigen Wechselwirkungen im EnergieStG und StromStG sowie des erhebungstechnisch äußerst aufwendigen Verfahrens, welches präzise Messungen voraussetzt, erscheint

ein solches Vorgehen jedoch weniger praktikabel.¹⁸³ Zumal dürfte eine „Emissionssteuer“ mangels unbegrenztem Steuerfindungsrecht und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG zur Kernbrennstoffsteuer verfassungsrechtlich nicht zulässig sein.¹⁸⁴ Indes könnte eine kombinierte CO₂-/Energiesteuer in Erwägung gezogen werden, deren CO₂-Komponente das klimapolitische Ziel im Sinne einer direkten steuerlichen Lenkungswirkung adressiert.¹⁸⁵ Zugleich könnte mit der Besteuerung des Primärenergiegehalts (oder des Energieverbrauchs) das Energieeffizienzziel sowie das Ziel der Energieverbrauchsreduzierung gefördert werden, indem die Energienachfrage reduziert und Produktionsprozesse energetisch optimiert werden würden. Weiterhin ließe sich im Wege reduzierter Steuersätze und Befreiungen eine indirekte steuerliche Lenkungswirkung zugunsten des Erneuerbaren-Energien-Ausbaus setzen.¹⁸⁶ Derartig konzipierte CO₂- bzw. Energiesteuern verfügen insb. in skandinavischen Ländern über eine lange Tradition.¹⁸⁷ In ihrer Grundstruktur sollte eine klimapolitisch ausgerichtete Energiebesteuerung ihre Bemessungsgrundlage am Energiegehalt (Euro je GJ) orientieren; man spricht deshalb auch von einer Energieverbrauchsteuer.¹⁸⁸ Damit würde sichergestellt werden, dass Energieträger einer rationalen Gleichbehandlung unterliegen; zumindest würde aber eine Vergleichbarkeit geschaffen werden, soweit bestimmte Energieverbräuche (z.B. für Heizzwecke) oder Energieträger (z.B. erneuerbare Energien) einem Begünstigungsregime unterliegen. Im Übrigen spricht hierfür auch eine umweltpolitische Ratio, nämlich die sparsame und zugleich effektive Verwendung von Energieträgern i.S.d. Energieverbrauchsreduzierung und der Energieeffizienz.¹⁸⁹ Die Energieverbrauchsteuer wird sodann mit einer CO₂-Komponente verknüpft,¹⁹⁰ nur mithilfe der Besteuerung des Energiegehalts lebt der Verbrauchsteuercharakter fort.¹⁹¹ Dies ist relevant, da eine isolierte CO₂-Steuer verfassungsrecht-

172 Vgl. Rodi (Fn. 53), S. 52.

173 Vgl. Sprenger (Fn. 164), 41 (57 ff.); Rodi (Fn. 53), S. 52.

174 Vgl. Gawel, Umweltabgaben zwischen Steuer- und Gebührenlösung, 1999, S. 29.

175 Vgl. Gawel (Fn. 174), S. 29.

176 Vgl. Schomerus, ZfZ 2010, 141 (142).

177 Vgl. Gawel/Purkus, ZfE 2015, 77 (91); Schomerus, ZfZ 2010, 141 (142).

178 Vgl. Gawel/Purkus, ZfE 2015, 77 (92).

179 Vgl. Gawel/Purkus, ZfE 2015, 77 (83 f.).

180 Vgl. Gawel/Purkus, ZfE 2015, 77 (84).

181 Vgl. Gawel/Purkus, ZfE 2015, 77 (91).

182 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (742).

183 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (742); Rodi et al., StuW 2016, 187 (199).

184 Vgl. BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, NJW 2017, 2249 ff.; Kloepfer/Thull, DVBl. 1992, 195 (203); Ludwigs, NVwZ 2017, 1509 ff.; Rodi, EnWZ 2017, 195 (202); Rodi (Fn. 42), S. 739 (742, 745, 748) und auch bereits Rodi (Fn. 53), S. 45.

185 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (743) und auch Smith in Parry/Pittel/Vollebergh, Energy Tax and Regulatory Policy in Europe, 2017, 303 ff.

186 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (743).

187 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (744); Speck, Vermont Journal of Environmental Law 2008, Vol. 10 (1), 31 (33). Beachte zu einem derartigen Vorschlag auf EU-Ebene: Padilla/Roca, ERE 2004, 273 ff.

188 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (745). Auf diesem Wege würde man „genau an dem für den Verbrauch relevanten Charakteristikum von Energie“ anknüpfen. Rodi (Fn. 42), S. 739 (745).

189 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (745).

190 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (745, 748).

191 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (743, 745).

lich nicht zulässig wäre und eine Verbrauchsteuer stets eine Fiskalkomponente in sich tragen sollte.¹⁹² Im Kern bliebe eine kombinierte Besteuerung von CO₂ und Energieverbrauch damit im verfassungsrechtlichen Rahmen des Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 GG.¹⁹³ Für sich gesehen würde eine CO₂-Steuer (bzw. eine CO₂-Komponente als deren Äquivalent) sodann das Klimaschutzziel direkt adressieren.¹⁹⁴ Zudem sollte sich eine steuerliche CO₂-Bepreisung nur auf Anlagen erstrecken, die nicht unter das Emissionshandelsregime fallen. Insoweit würde eine Orientierung der Steuerbemessungsgrundlage am CO₂-Ausstoß den Anwendungsbereich des Emissionszertifikatehandel ergänzen.¹⁹⁵ Andererseits könnte durch eine Ausdehnung der klimapolitisch ausgerichteten Energiebesteuerung auf den Emissionshandel (ggf. mit reduzierten Steuersätzen) ein CO₂-Mindestpreis geschaffen werden.¹⁹⁶

bb) Energie(effizienz)forschung

Aus innovations- und klimapolitischer Sicht könnte auch eine volumenbasierte Steuergutschrift für Aufwendungen der Energie(effizienz)forschung in Erwägung gezogen werden. Die Steuergutschrift könnte dahingehend mit der abzuführenden Lohnsteuer für das FuE-Personal verrechnet werden und so einen unmittelbaren (monatlichen) Liquiditätseffekt bewirken.¹⁹⁷ Damit dieser Anreiz im Verlustfall oder bei unzureichender Steuerschuld nicht „verpufft“, sollte die Steuergutschrift über eine Erstattungsoption verfügen.¹⁹⁸ Während inkrementelle Maßnahmen lediglich den Anstieg förderwürdiger FuE-Aufwendungen begünstigen, favorisieren volumenbasierte Förderinstrumente sämtliche Aufwendungen (und teilweise auch Erträge).¹⁹⁹ Bei einer entsprechend ausgestalteten Steuergutschrift²⁰⁰ lässt sich der Förderbetrag einfach und transparent ermitteln; dieser ist zugleich unabhängig von der Rechtsform und der zugrunde liegenden Ergebnislage.²⁰¹ Jegliche Form der Differenzierung bzw. Selektion sollte zugunsten der Neutralität einer steuerlichen Lenkungsnorm vermieden werden, d.h. eine Differenzierung der Fördersätze anhand der Unternehmensgröße oder des Technologisierungsgrades wäre zu vermeiden.²⁰² Ein einheitlicher Fördersatz induziert weniger Verzerrungen und verhindert Abgrenzungsfragen.²⁰³ Konkret sollte sich eine steuerliche FuE-Förderung (mit Energieeffizienzbezug) an den Prinzipien der Gewissheit, der Einfachheit, der Konsistenz und der Neutralität orientieren.²⁰⁴ Damit wäre die Lenkungsnorm transparent, vorhersehbar, verständlich und über den Zeitablauf stabil.²⁰⁵ Insofern würde eine einfach ausgestaltete Maßnahme sowohl die Administrations- als auch die Transaktionskosten auf Seiten des Staates und der Unternehmen reduzieren.²⁰⁶ Zur Vermeidung einer Doppelförderung sollten ggf. gewährte Förderbeträge eines direkten oder indirekten Förderprogramms, durch Abzug von der Bemessungsgrundlage, für die Steuergutschrift berücksichtigt werden.²⁰⁷

cc) Reduktion sektoraler Verzerrungswirkungen

Soll die Energiebesteuerung nunmehr einen wesentlichen Beitrag zum Erreichen der Energiewendeziele einnehmen, bedarf es letztlich einer Reformierung der Energie- und Strombesteuerung.²⁰⁸ Aus Gründen der Praktikabilität wäre deshalb eine schrittweise Reduktion von Verzerrungswirkungen innerhalb einzelner Verwendungsbereiche in Erwägung zu ziehen.²⁰⁹ Dies erscheint sinnvoll, da sich die Energie- und Strombesteuerung

nicht nur mit multiplen Marktversagenstatbeständen, sondern auch mit konfligierenden Politikzielen sowie Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Instrumenten der Energie- und Klimaschutzpolitik auseinanderzusetzen hat.²¹⁰ Vor diesem Hintergrund ist das energie- und stromsteuerliche Präferenzregime auf Basis seiner allokativen und distributiven Begründungen zu diskutieren.²¹¹ Die (Neu-)Gestaltung der Energie- und Strombesteuerung hat sich in den mittlerweile etablierten Instrumentenmix einzufügen und dabei insb. auch die zwischen den Energieerzeugnissen auftretenden starken Substitutionsbeziehungen aufzulösen.²¹² Hinsichtlich der Ausrichtung im Stromsektor sollte die Stromsteuer konsequent auf die Förderung der Energieeffizienz ausgerichtet werden. Bei einer parallelen Positionierung als Instrument der Förderung des Er-

192 Vgl. BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, NJW 2017, 2249 ff.; Kloepfer/Thull, DVBl. 1992, 195 (203); Ludwigs, NVwZ 2017, 1509 ff.; Rodi (Fn. 53), S. 45; Rodi, EnWZ 2017, 195 (202); Rodi (Fn. 42), S. 739 (742, 745, 748).

193 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (748). Insofern würde eine klassische Verbrauchsteuer (hier: Energiesteuer) nur eine Modifikation des Bemessungsmaßstabs erfahren, vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (748).

194 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (747).

195 Vgl. Rodi (Fn. 42), S. 739 (748).

196 Vgl. Gawell/Purkus, ZfE 2015, 77 (98); Rodi (Fn. 42), S. 739 (748).

197 Vgl. Elschner/Ernst/Spengel, ZfB 2011, 344 (347); Hellen, DB 2018, 729 (732); Kessler/Probst, DB 2017, M4 (M5); Schlie/Spengel/Malke, IStR 2015, 570 (572 f.); Spengel, S:R 2009, 23; Spengel, ifo Dresden berichtet 2009, 34; Spengel, S:R 2009, 272; Spengel in FS Frotscher, 2013, S. 579 (587); Spengel in FS Endres, 2016, S. 409 (413).

198 Vgl. etwa Bilobrck, Steuerliche Förderung unternehmerischer Forschung und Entwicklung, 2016, 280; Elschner/Ernst/Spengel, ZfB 2011, 344 (347); Lehmann, DStR 2010, 1459 (1463); Spengel/Elschner, ZfB 2010, 1 (17); Spengel et al., Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung (FuE) in Deutschland, 2009, S. 97.

199 Vgl. Arbeitsgruppe „Steuerliche FuE-Förderung“ der Forschungsunion Wirtschaft – Wissenschaft, DStR 2009, 179; Bilobrck (Fn. 198), S. 274; Spengel (Fn. 197), S. 409 (412); Vogel (Fn. 1), S. 193.

200 Alternativ kann eine Steuergutschrift auch in Abhängigkeit vom Investitionszuwachs gewährt werden, vgl. Brinkmann/Maier/Brandstätter, IStR 2009, 563.

201 Vgl. Bilobrck (Fn. 198), S. 274 und 280; Elschner/Ernst/Spengel, ZfB 2011, 344 (347); Schlie/Spengel/Malke, IStR 2015, 570 (573); Spengel, S:R 2009, 23; Spengel, ifo Dresden berichtet 2009, 34 (36); Spengel, S:R 2009, 272; Spengel (Fn. 197), S. 579 (586); Spengel (Fn. 197), S. 409 (413); Spengel/Elschner, ZfB 2010, 1 (17, 19); Spengel et al. (Fn. 198), S. 97 f. und S. 102.

202 Vgl. Spengel, S:R 2009, 23; Spengel, ifo Dresden berichtet 2009, 34 (36); Spengel, S:R 2009, 272; Spengel/Elschner, ZfB 2010, 1 (18 f.); Spengel et al. (Fn. 198), S. 98, 102 f.

203 Vgl. Spengel, S:R 2009, 23 (24); Spengel, S:R 2009, 272; Spengel/Elschner, ZfB 2010, 1 (18 f.); Spengel et al. (Fn. 198), S. 103. Sollte die FuE-Fördermaßnahme dennoch vorzugsweise KMU adressieren (um hohe Mitnahmeeffekte bei Großunternehmen zu vermeiden), wäre der einheitliche Fördersatz u.a. mit einer Obergrenze zu ergänzen. Alternativ ließen sich die finanziellen Risiken auch über den Prozentsatz der Steuergutschrift begrenzen. Vgl. Bilobrck (Fn. 198), S. 275 und 282; Spengel et al. (Fn. 198), S. 102 f.

204 Vgl. Bilobrck (Fn. 198), S. 279.

205 Vgl. Bilobrck (Fn. 198), S. 279; Lehmann, DStR 2010, 1459 (1463); Spengel et al. (Fn. 198), S. 83.

206 Vgl. Bilobrck (Fn. 198), S. 279 f.

207 Vgl. Spengel, S:R 2009, 23; Spengel, ifo Dresden berichtet 2009, 34 (36); Spengel, S:R 2009, 272; Spengel et al. (Fn. 198), S. 92, 101.

208 Vgl. etwa Gawell/Purkus, ZfE 2015, 77 (98); Rodi (Fn. 42), S. 739 ff.; Rodi et al., StuW 2016, 187 (199).

209 Vgl. Gawell/Purkus, ZfE 2015, 77 (98); Rodi et al., StuW 2016, 187 (199).

210 Vgl. Gawell/Purkus, ZfE 2015, 77 (98 f.); Rodi et al., StuW 2016, 187 (199).

211 Vgl. Gawell/Purkus, ZfE 2015, 77 (100); Rodi et al., StuW 2016, 187 (199).

212 Vgl. Rodi et al., StuW 2016, 187 (199).

neuerbaren-Energien-Ausbaus droht hingegen eine weniger transparente Konkurrenzbeziehung zum EEG und dem Emissionszertifikatehandel.²¹³ Soll zudem die CO₂-Intensität der Stromerzeugung berücksichtigt werden, kann der Stromsteuer auch eine CO₂-Komponente hinzugefügt werden; die Stromsteuer würde dann auf die zur Stromerzeugung eingesetzten Energieträger eine lenkende Wirkung entfalten (Energieinputsteuerung) – zu beachten ist, dass europarechtlich für elektrischen Strom der Grundsatz der Output-Besteuerung festgelegt ist.²¹⁴ Aus diesem Grund verfügt der nationale Gesetzgeber auch nicht über die Möglichkeit, das gegenwärtige Stromsteuersystem generell zugunsten einer nach Primärenergieträger ausdifferenzierten Besteuerung zu ersetzen.²¹⁵ Weiterhin verursacht die Berücksichtigung der CO₂-Intensität einen Zuwachs an Verwaltungsaufwand, da die CO₂-Komponente im System der Energiebesteuerung wohl separat zu erfassen ist.²¹⁶ Dahingegen kann ein steuerliches Anreizinstrument im *Wärmesektor* wichtige Akzente zugunsten der Energieeffizienz und der Förderung von erneuerbaren Energieträgern leisten.²¹⁷ Die steuersystematische Ausgestaltung hat hier eine Vermittlungsposition zwischen Sozialverträglichkeit und Anreizkompatibilität einzunehmen.²¹⁸ Hinsichtlich des *Verkehrssektors* erscheint indes eine Abkehr von einer volumen- bzw. gewichtsbezogenen Besteuerung zugunsten einer konsistenten Ausrichtung am Energiegehalt geboten; dies eröffnet zudem die Möglichkeit, die Elektromobilität auf lange Sicht systemgerecht in die Besteuerung einzubinden.²¹⁹ Gerade der Beitrag von Elektromobilität zur Emissionsreduktion im Straßenverkehr wird maßgeblich von den zur Stromerzeugung eingesetzten Energieträgern bestimmt. Grundsätzlich würde sich für den Verkehrssektor auch eine Ausrichtung am CO₂-Ausstoß anbieten; gleichwohl sind hierbei etwaige Verzerrungswirkungen aufgrund von Überschneidungen mit der CO₂-basierten Kraftfahrzeugsteuer und der (treibhausgasbasierten) Biokraftstoffquote zu berücksichtigen.²²⁰ Insoweit würde eine energiegehaltsbasierte Bemessungsgrundlage für die Besteuerung von Kraftstoffen zusätzliche Effizienzmaßnahmen sowie Verbrauchsreduktionen im Rahmen der Biokraftstoffe und der Elektromobilität anstoßen.²²¹

V. Fazit

Angesichts der vielfältigen Steuerungsmöglichkeiten im Umwelt- und Klimaschutzbereich ist eine Auswahlentscheidung über die zu verfolgende Regulierungsstrategie erforderlich, bei der zum Teil substituierbare Instrumente anhand ihrer ökologischen Wirksamkeit und Treffsicherheit, der ökonomischen Effizienz, der Praktikabilität, der Wettbewerbskonformität sowie der Reversibilität und Flexibilität zu bewerten sind.²²² Ausgangspunkt für eine steuerliche Lenkungsnorm zugunsten der Energieeffizienz muss allerdings die Ökologie sein.²²³ Ob ein steuerliches Lenkungsinstrument nunmehr seinem Lenkungszweck in effizienter Weise nachkommt, ist letztlich in einer Gesamtschau zu würdigen. Weiterhin hat eine jede Energieeffizienzförderung (mit Lenkungscharakter) den verfassungs- und europarechtlichen Anforderungen zu genügen; sollte dies nicht der Fall sein, wird die Umsetzung einer Maßnahme scheitern.²²⁴ Gleichwohl sind die Grenzen ökologisch ausgerichteter Lenkungsnormen weniger in der Finanzverfassung, als in den ökologischen und ökonomischen Modalitäten zu suchen.²²⁵ Ohnehin steht infrage, ob eine einzelne Lenkungsmaßnahme aufgrund des komplexen Zielkanons aus umwelt-, sozial- und

industriepolitischen Zielen, im Rahmen des Effektivitätskriteriums, tatsächlich das beste Ergebnis erzielt.²²⁶ Unter Berücksichtigung der energie- und umweltpolitischen Relevanz, sind Marktversagenstatbestände i.S.d. Leistungsfähigkeitsprinzips hingegen für steuerliche Zwecke zu korrigieren.²²⁷ Nach hier vertretener Auffassung muss die Steuerbemessungsgrundlage frei von Verzerrungen sein, da andernfalls eine steuerliche Belastungsgleichheit nicht zu wahren ist. Darüber hinaus kann eine Lenkungsnorm auch dazu beitragen, dass Marktversagen außerhalb des steuerlichen Bereichs korrigiert wird, was insb. in Bezug auf das Energieeffizienzziel hervorzuheben ist.²²⁸

213 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (99); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (199).

214 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (750 f.).

215 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (751). Ggf. ließe sich die CO₂-Intensität der Stromerzeugung auch über eine Relativierung des steuerbegünstigten Einsatzes von Primärenergie zur Stromerzeugung erreichen, vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (751).

216 Vgl. *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (751).

217 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (99) und auch *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (199).

218 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (99); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (199).

219 Vgl. wiederum *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (99); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (199).

220 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (99); *Rodi et al.*, StuW 2016, 187 (199) und zur Biokraftstoffförderung exemplarisch *Probst*, ZUR 2015, 393 ff.

221 Vgl. *Gawell/Purkus*, ZfE 2015, 77 (99).

222 Vgl. *Kloepfer* (Fn. 97), S. 240 f. Rz. 47 f. zu § 5 Instrumente des Umweltrechts.

223 Vgl. *Bach*, StuW 1995, 264 (269); *Hey*, StuW 1998, 32 (42).

224 So auch *Vogel* (Fn. 1), S. 289.

225 Vgl. *Hey*, StuW 1998, 32 (42).

226 Vgl. an dieser Stelle nur *Rodi* (Fn. 42), S. 739 (741).

227 Vgl. *Vogel* (Fn. 1), S. 289.

228 Vgl. im Ergebnis auch *Vogel* (Fn. 1), S. 289.

Neu im März.



Mit den
Erbschaftsteuer-
Richtlinien 2019

Das Werk bietet dem Praktiker eine systematische und umfassende Kommentierung des ErbStG samt Erbschaftsteuer-Richtlinien und -Hinweisen 2019 sowie der relevanten Vorschriften des BewG und aller DBA-ErbSt mit Sichtweisen der Finanzverwaltung, Rechtsprechung und Beratung. Es liefert Lösungen zu wichtigen Praxisfragen und stellt rechtliche Querverbindungen auch zu verwandten Rechtsbereichen her.

von Oertzen/Loose, **Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz Kommentar** mit Bewertung und ErbSt-DBA. Herausgegeben von RA/FAStR Dr. Christian von Oertzen und RiBFH Prof. Dr. Matthias Loose.

Bearbeitet von 13 namhaften Experten. 2. Auflage 2020, ca. 1.800 Seiten Lexikonformat, gbd. ca. 170,- €.

ISBN 978-3-504-25013-3

Am besten gleich vorbestellen unter www.otto-schmidt.de

otto schmidt

Kompaktes Erfolgsmodell.



Neuaufgabe



Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz Kommentar

Der Lutter/Hommelhoff setzt für das GmbH-Recht Maßstäbe. Kompakt gestaltet, aber hochmodern und randvoll angefüllt mit komplexem Inhalt. Effizient und leistungsfähig. Stärker als manch ein „Großer“.

Ausgezeichnet auch in der 20. Auflage: Vollständige und zuverlässige Erörterung des gesamten Rechts der GmbH auf einem höchst aktuellen Stand. Mit einer grundlegenden Neukommentierung des § 40 GmbHG zur Gesellschafterliste. Und mit kritisch erläuternder Darstellung umfangreicher neuer Rechtsprechung.

Das besondere Plus: Der Kommentar wird von den Autoren kontinuierlich online aktualisiert.

Leseprobe und Bestellung unter www.otto-schmidt.de/gk20

Lutter/Hommelhoff
GmbH-Gesetz Kommentar
Bearbeitet von Prof. Dr. Walter Bayer,
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff,
Prof. Dr. Detlef Kleindiek. 20. Auflage 2020,
2.116 Seiten Lexikonformat, gbd. 139,- €. ISBN 978-3-504-32503-9

Das Werk online
www.otto-schmidt.de/akgr
www.juris.de/pmhgrp

ottoschmidt

Hochprozentiges gefällig?



NEU!

Süß

Die Alkoholsteuer

Von RA, FASr Dr. Christian Süß,
2019, 276 Seiten Lexikonformat,
gbd. brosch. 79,80 €.
ISBN 978-3-504-20008-4

Fehler oder Ungenauigkeiten im Umgang mit der Alkoholbesteuerung haben mitunter gravierende wirtschaftliche Folgen. Dennoch ist Literatur zu diesem Thema bislang rar. Dieses Handbuch schließt nun die Lücke.

Es bietet einen Gesamtüberblick zum Alkoholsteuerrecht, der die Rechtsanwendung in der Praxis erleichtert. Dabei geht es auch auf typische Praxis- und Problemfälle ein. Neben der Gesamtdarstellung fasst es zudem alle relevanten Materialien einheitlich zusammen. So sind das Alkoholsteuergesetz, die Alkoholsteuerverordnung, die Gesetzesbegründung und die entsprechenden europäischen Richtlinien in diesem Buch vereint. Das macht dieses Werk zum idealen Begleiter für die praktische Arbeit.

Überzeugen Sie sich selbst bei einer Leseprobe unter www.otto-schmidt.de/alk

otto schmidt

OPTIMALE RECHTS- SICHERHEIT IM NEUEN JAHR



HAUFE STEUER OFFICE

Mit der Haufe Steuer Office-Familie profitieren Sie im neuen Jahr von bewährter Rechts- und Gestaltungssicherheit und sind top-informiert über steuerrechtliche Änderungen.

- + **Änderungen in der Ertragssteuer**, wie z. B. Absenkung des Einkommensteuertarifs 2020
- + **Umsatzsteuer-Änderungen**, wie z. B. Anhebung der Kleinunternehmergrenze
- + **Sonstige wichtige Themen**, wie z. B. grenzüberschreitenden Steuergestaltungen oder Geldwäschegesetz

Starten Sie erfolgreich ins neue Jahr.

Bestellen Sie jetzt:

www.haufe.de/jahreswechsel-steuern
0800 72 34 244 (Anruf kostenlos)