

kung grundsätzlich möglich ist, gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch ein ausdifferenziertes Lenkungs-instrumentarium. Ein solches würde aber bei der einseitigen Belastung von Managervergütungen fehlen. Schon die Erforderlichkeit ist angesichts gesellschaftsrechtlicher Interventionsmöglichkeiten fraglich (s. bereits D. III.). Ferner gilt die bereits skizzierte Gefahr vielfältiger Gestaltungsmöglichkeiten auch für die steuerliche Belastung des Vergütungsgläubigers. Konkret besteht die Möglichkeit, Vergütungsbestandteile in den „Anwendungsbereich“ der Abgeltungssteuer zu transferieren. Ein Sondertarif innerhalb der Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit drohte dann leer zu laufen. Selbst wenn ein Lenkungszweck verfolgt würde, wäre dieser nicht unausweichlich und darum insgesamt fragwürdig.

Scheidet aus diesem verfassungsrechtlichen Grund ein Sondertarif für Managervergütungen aus, verbleibt dem Gesetzgeber gleich die Möglichkeit einer generellen Erhöhung des (Spitzen-)Steuersatzes für Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit (Schedulbesteuerung). Dieser Ansatz kollidiert zunächst mit der im Zuge der Einführung der Abgeltungssteuer vollzogenen tariflichen Begünstigung (mobiler) Kapitaleinkünfte. Ein „zusätzlich“ erhöhter Tarif nur für abhängig Beschäftigte ist mangels eines sachlichen Grundes überdies gleichheitsrechtlich nicht zu rechtfertigen.<sup>166</sup>

**E. Fazit**

Der Vorschlag, das politisch als solches erkannte Problem der Regulierung von Managervergütungen mit Hilfe des Steuerrechts zu lösen, ist nur prima vista eingängig. Er passt zur Tradition, das Steuerrecht zu verschiedensten Lenkungszwecken zu instrumentalisieren. Dieser instrumentale Einsatz hat indes Folgen und ist vielfältiger Kritik ausgesetzt. Die Einkommensteuer ist von der „Königin der Steuern“ (Johannes Popitz)<sup>167</sup> zur lenkungspolitischen Magd herabgekommen. Die Mehrheit der Steuerrechtler spricht sich allgemein für die Rückführung der Indienstellung des Steuerrechts für Lenkungszwecke und gegen eine weitere Denaturierung des Steuerrechts aus.<sup>168</sup> Das Steuerrecht ist das falsche Instrument, um originär fachrechtliche Probleme anzugehen.<sup>169</sup> Die Probleme sollten vielmehr an der fachrechtlichen Wurzel gelöst werden, statt sie ins Steuerrecht „abzuschieben“.<sup>170</sup>

Dass das Steuerrecht als allgemeines Regulierungsinstrument eingesetzt werden kann, heißt nicht, dass dies auch politisch klug ist und erst recht nicht, dass der konkrete Einsatz auch im Einklang mit der Verfassung steht. Speziell gegen eine Regulierung der Managervergütung durch das Steuerrecht sprechen durchgreifende Einwände: Die Regulierung von Managervergütungen durch eine Abzugslimitation auf der Ebene des Vergütungsschuldners verletzt das objektive Nettoprinzip und das Folgerichtigkeitsgebot. Auch wenn das BVerfG die verfassungsrechtliche Einordnung des objektiven Nettoprinzips weiter offen lässt, verlangt es eine Rechtfertigung auf

grund besonderer sachlicher Gründe. Gewichtige Sachgründe lassen sich für eine derartige Abzugsbegrenzung aber nicht anführen.<sup>171</sup> Die fast einstimmige Ablehnung des „Vorbilds“ des § 10 Nr. 4 KStG für Aufsichtsratsvergütungen mag hier zur Warnung reichen. Ein Sondersteuersatz für „Managervergütungen“ ab einer bestimmten Höhe tangiert den Grundsatz der Gleichbelastung der einkommensteuerlichen Einkunftsarten. Ein tragfähiger Rechtfertigungsgrund für eine Sonderlast lässt sich nicht finden. In Betracht kommt einzig die – politisch auch diskutierte – allgemeine Erhöhung des Spitzensteuersatzes.

Das Ergebnis der rechtspolitischen Erwägungen fällt demnach deutlich aus: Auch wenn ein internationaler Rechtsvergleich Beispiele für die Regulierung der Managervergütung mit Hilfe des Steuerrechts aufzeigt<sup>172</sup> sollte der deutsche Steuergesetzgeber diesen Weg nicht einschlagen.<sup>173</sup> Das Steuerrecht, sein Gerechtigkeitsgehalt und seine Akzeptanz basieren auf Gleichheit.<sup>174</sup> Die Steuer als voraussetzungslose Geldleistung steht und fällt mit der gleichheitsgerechten Ausgestaltung und Durchsetzung.<sup>175</sup> Ungleiche Steuerlasten delegitimieren die Steuer als solche.<sup>176</sup> Selbst wenn sich Gründe für eine Regulierung von Managervergütungen formulieren lassen, rechtfertigen diese kein steuerliches Sonderopfer für Schuldner oder Gläubiger unangemessener Managervergütungen. Eine diskriminierende Steuerregulierung mag dem Gerechtigkeitsempfinden Mancher entgegenkommen, verstößt indes gegen das Verfassungsrecht.

Univ.-Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen ist Inhaber des Lehrstuhls für Unternehmenssteuerrecht, Bilanzrecht und Öffentliches Recht und Direktor am Institut für Unternehmensrecht an der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf sowie Richter am Finanzgericht Düsseldorf im zweiten Hauptamt.

166 Allgemein gegen einen „dualistischen“ Spitzensteuersatz bereits *Söhn*, DSJG 30 (2007), 13 (29) m.w.N.  
 167 *Popitz*, Einkommensteuer, in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. III, 4. Aufl., Jena 1926, S. 400, 402.  
 168 Vgl. *Kirchhof*, in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl. 2013, Einleitung Rz. 18 f.; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rz. 25; *Trzaskalik*, Gutachten E zum 63. Deutschen Juristentag Leipzig 2000, E 118 These Nr. 6.  
 169 In diese Richtung bereits *Kort*, in: FS Hüffer, 2010, S. 487 (494).  
 170 Zutreffend *Hüttemann*, DSJG 34 (2011), 291 (317).  
 171 A.A. aber *Schwan*, Steuerliche Begrenzungsmöglichkeiten, S. 231 ff.  
 172 Näher zu derartigen Regulierungsinstrumenten im Ausland, mit der Empfehlung, sie nicht zu kopieren, *Fleischer*, RIW 2010, 497 (503); *Fleischer/Hupka*, DB 2010, 601 (604 f.).  
 173 Ebenso *Fleischer/Hupka*, DB 2010, 601 (605); *Friese/Link/Mayer*, in: Schön, Tax and Corporate Governance, 2008, S. 357 (390 f.); rechtspolitisch gl. A. *Schwan*, Steuerliche Begrenzungsmöglichkeiten der Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat, S. 252 ff; zweifelnd auch *Kort*, in: FS Hüffer, 2010, S. 487 (494).  
 174 Dazu engagiert *Tipke*, JZ 2009, 533 (534).  
 175 Treffend *Isensee*, StuW 1994, 3 (7): „Mit der Gleichheit steht und fällt die Steuer“.  
 176 Vgl. schon *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., S. 316: „Wird die Steuer nicht nach einem allgemeinen Maßstab erhoben, so ist sie keine Steuer mehr, sondern Brandschatzung“.

Prof. Dr. Johanna Hey

# Körperschaftsteuerpflicht für Streubesitzdividenden: systemwidrig – verfassungswidrig – europarechtswidrig

Der Gesetzgeber hat auf das Urteil des EuGH v. 20.10.2011 (C-284/09) mit der Einführung einer generalen Körperschaftsteuerpflicht für Streubesitzdividenden reagiert (§ 8b Abs. 4 KStG) und für die Vergangenheit in § 32 Abs. 5 KStG eine Erstattungsregel für die bisher unionsrechtswidrig von EU-/EWR-Körperschaften erhobene Kapitalertragsteuer normiert (EuGHDivUmsG v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 561). Die Regeln werfen viele Zweifelsfragen im Detail auf, die sich aber im Wege der Auslegung auflösen lassen. Problematischer ist, dass der Gesetzgeber – wohlgernekt, ohne das Ziel der Europarechtskonformität zu erreichen – schwerwiegende Systembrüche in Kauf nimmt und damit die Grenze der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht überschreitet. Zudem ist die Regelung nicht mit den bestehenden Vorschriften zur Gewerbesteuerpflicht von Streubesitzdividenden (§ 8 Nr. 5 i.V.m. § 9 Nrn. 2a, 7 GewStG) abgestimmt.

**A. Der europarechtliche Anlass: EuGH v. 20.10.2011**

Europarechtliche Bedenken waren gegenüber der Beschränkung der Steuerbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG auf unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Anteilseigner bereits unmittelbar nach der Einführung des Schachtelprivilegs durch die Unternehmensteuerreform 2001<sup>1</sup> geäußert worden.<sup>2</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat sich indes taub gestellt, sich stattdessen von der EU-Kommission verklagen lassen, um – nach vorangegangenen Entscheidungen des EuGH<sup>3</sup> wenig überraschend<sup>4</sup> – zu erfahren, dass die Erhebung abgeltender Kapitalertragsteuer auf nicht unter die Mutter-/Tochter-Richtlinie fallende Dividenden, die an in anderen EU-/EWR-Staaten ansässige Körperschaften gezahlt werden (vgl. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG), nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist, da inländische Empfänger trotz Anwendung von § 8b Abs. 1 KStG eine Erstattung erhalten (§ 31 Abs. 1 KStG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG).

**B. Das Gesetzgebungsverfahren: Ein durch Aufkommensinteressen motivierter Kompromiss**

Nachdem bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Jahressteuergesetz 2009 die Einführung einer allgemeinen Steuerpflicht für Streubesitzdividenden vorgeschlagen worden war,<sup>5</sup> weckte die Klage gegen die Bundesrepublik gemischte Gefühle.<sup>6</sup> So positiv es einerseits ist, wenn der EuGH eine Benachteiligung ausländischer Anleger aufgreift, so vorhersehbar war die Reaktion des auf sein Steueraufkommen<sup>7</sup> bedachten Gesetzgebers, nicht etwa die Steuerbefreiung auf ausländische Anteilseigner auszuweiten, sondern im Gegenteil Streubesitzdividenden auch in Inlandsfällen steuerpflichtig zu machen. Allerdings war dieses Vorgehen, auch wenn es gängiger Gesetzgebungspraxis entspricht, als Eingriff in Grundwertungen des Körperschaftsteuersystems äußerst brisant. Dies spiegelt sich in dem hochstreitigen Gesetzgebungsverfahren zum neuen § 8b Abs. 4 KStG wider. War anfangs seitens der Regierungskoalition vorgeschlagen worden, auch EU-/EWR-Anteilseignern – unter restriktiven Voraussetzungen – die Kapitalertragsteuer zu erstatten<sup>8</sup>, scheiterte

dieser Vorschlag am Widerstand der Länder, die zur Vermeidung von Steuerausfällen zunächst auf der vollen Steuerpflicht von Streubesitzdividenden und Veräußerungsgewinnen für In- und Auslandsfälle bei gleichzeitiger Einführung einer besonderen Streubesitzschedule beharrten.<sup>9</sup> Herausgekommen ist im „Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20.10.2011 in der Rechtssache C-284/09 (EuGH-DivUmsG) vom 21.3.2013“<sup>10</sup>, wie so oft, ein Kompromiss<sup>11</sup>, nämlich die Erstreckung der ungünstigeren Auslandsregel

1 Steuersenkungsgesetz (StSenkG) v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, S. 1433.  
 2 Vgl. *Dautzenberg*, BB 2001, 2137; *Herzig*, DB 2003, 1459 (1461); *Desens*, IStR 2003, 613.  
 3 Bereits EuGH, Urt. v. 14.12.2006 – Rs. C-170/05 – Denavit International, EuGHE 2006, I-11949; EuGH, Urt. v. 8.11.2007 – Rs. C-379/05 – Amurta, EuGHE 2007, I-9569.  
 4 Für das BMF *Sydow*, JbFStR 2012/2013, 57. Eine – von vornherein wenig vielversprechende und im Ergebnis untaugliche (s. EuGH, Urt. v. 20.10.2011 – Rs. C-284/09 – Kommission/BRD, IStR 2011, 840 Rz. 71) – Verteidigungslinie war der Hinweis auf eine Kompensation durch die (nur) inländische Anteilseigner treffende Gewerbesteuerbelastung von Streubesitzdividenden; hierzu *Baumgärtel/Lange*, Ubg. 2008, 525 (527 f.); zweifelnd auch *Gosch*, in: Kessler (Hrsg.), FS Herzig, 2010, S. 63 (80).  
 5 Der den Verbänden vorgelegte Referentenentwurf des BMF v. 28.4.2008 zum JStG 2009 enthielt den Vorschlag noch nicht. Vielmehr schlug der BMF die Besteuerung von Streubesitzdividenden erstmals in der nie offiziell veröffentlichten „Formulierungshilfe zum JStG 2009“ v. 19.5.2008, S. 2750a/08/10001 vor (vgl. § 8b Abs. 4 KStG-E i.d.F. der Formulierungshilfe); dazu *Patzner/Frank*, IStR 2008, 433; *Schönfeld*, DSrR 2013, 937 (938). Kritisch zu den Besteuerungsplänen des BMF bereits der BDI in seiner Stellungnahme v. 8.5.2008, S. 23 ff. abrufbar unter: [http://www.bdi.eu/download\\_content/SteuerUndFinanzpolitik/12\\_8er-Stellungnahme\\_JStG2009.pdf](http://www.bdi.eu/download_content/SteuerUndFinanzpolitik/12_8er-Stellungnahme_JStG2009.pdf) (zuletzt abgerufen am 19.8.2013). Aufgrund heftiger Kritik aus der Wirtschaft fand das geplante Besteuerungsvorhaben für Streubesitzdividenden damals weder Eingang in den Regierungsentwurf v. 18.6.2008 noch in das endgültige JStG 2009; dazu *Köster*, DSz 2008, 461; *Schwenke*, IStR 2008, 473; *Nacke*, BB 2008, 1396; BGBl. I 2008, 2794 (2811 f.).  
 6 Im Vorfeld *Hey*, StuW 2011, 131 (132).  
 7 Die jährlichen Mindereinnahmen bei der Erstattung der Kapitalertragsteuer auch an ausländische Anteilseigner wurden auf 600 bis 650 Mio. Euro beziffert, BT-Drucks. 17/11314, S. 1; angezweifelt von *Parzner/Nagler*, IStR 2012, 790 (796).  
 8 Vgl. den ursprünglichen Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20.10.2011 in der Rechtssache C-284/09 (EuGHDivUmsG), BT-Drucks. 17/11314.  
 9 Mit Beschluss v. 14.12.2012 versagte der Bundesrat seine Zustimmung zum Koalitionsentwurf des EuGHDivUmsG (vgl. BR-Drucks. 736/12 (Beschluss), S. 1). Zu den einzelnen Argumenten vgl. näher die Stellungnahme des Bundesrates v. 6.7.2013 zum Entwurf des JStG 2013, BR-Drucks. 302/12 (Beschluss), S. 67 f. (Steuerpflicht) und 69 f. (Schedulbesteuerung) sowie die Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates v. 6.12.2012 zum EuGHDivUmsG, BR-Drucks. 736/1/12, S. 2.  
 10 BGBl. I 2013, S. 561.  
 11 *Linn*, IStR 2013, 235 (236); *Herlinghaus*, FR 2013, 529 (531); Empfehlung des Vermittlungsausschusses BT-Drucks. 17/12465.

auf den Inlandsfall, aber nur für Dividenden. Veräußerungsgewinne aus Streubesitzbeteiligungen bleiben (zunächst) steuerfrei. Auch auf die Einführung einer besonderen Schedule für die Einkünfte aus Streubesitz wurde verzichtet.

**C. Die Regelung des § 8b Abs. 4 KStG im Einzelnen**

**I. Feststellung der Beteiligungshöhe: Zeitpunkt und Zurechnungsfragen**

Das Aufstellen von Beteiligungsgrenzen zieht stets komplexe Regeln nach sich, mittels derer der Gesetzgeber zum einen festlegen muss, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Beteiligungshöhe abzustellen und wie mit mittelbaren Beteiligungen umzugehen ist. Zum anderen müssen Manipulationen durch kurzfristige Beeinflussung der Beteiligungshöhe verhindert werden. So bedarf es zur Regelung der neuen Steuerpflicht von Streubesitzdividenden nicht weniger als acht Sätze, ohne dass damit alle Zweifelsfragen geklärt wären.<sup>12</sup>

Für das Vorliegen einer Streubesitzbeteiligung stellt der Gesetzgeber als Grundprinzip darauf ab, ob zum Beginn des Kalenderjahres eine Beteiligung von weniger als 10% bestand. Auf diese Weise wird Manipulationen kurz um den Dividendenzahlungszeitpunkt herum vorgebeugt. Eine Ausnahme normiert § 8b Abs. 4 Satz 7 KStG für Umwandlungsfälle,<sup>13</sup> in denen es auf die Beteiligungshöhe zum Ausschüttungszeitpunkt ankommt, auch wenn zum Beginn des Kalenderjahres eine 10%-Beteiligung vorlag, diese aber im Zuge einer unterjährigen Verschmelzung verwässert wird.

Zurechnungsobjekt sind grundsätzlich nur unmittelbare Beteiligungen. Sonderregeln existieren für:

- von Mitunternehmensgruppen gehaltene Beteiligungen (§ 8b Abs. 4 Sätze 4, 5 KStG): anteilige Zurechnung der im Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft gehaltenen Beteiligungen nach dem Transparenzprinzip, auch bei mehrstöckigen Personengesellschaften;
- die Wertpapierleihe (§ 8b Abs. 4 Satz 3 KStG): Zurechnung zum Verleiher, nicht vollständig abgestimmt mit § 8b Abs. 10 KStG,<sup>14</sup> gleichzeitig Erstreckung des in § 8b Abs. 10 KStG geregelten Abzugsverbots der Entleihergebühr auf Fälle des § 8b Abs. 4 KStG;
- Organschaften (§ 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 KStG): getrennte Beurteilung bei Organträger und Organgesellschaften in Abkehr von der Bruttomethode;
- Verbundgruppen des Kreditgewerbes (§ 8b Abs. 4 Satz 8 KStG).

Weitere Sonderregeln finden sich im Investmentsteuergesetz für Investmentfonds (§ 2 Abs. 2 InvStG).<sup>15</sup> Eine Durchrechnung der über Investmentfonds gehaltenen Beteiligungen findet nicht statt. Bei den Fondsanlegern als ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge zu erfassende Dividenden fallen demnach unabhängig von der Beteiligungshöhe nicht mehr unter § 8b Abs. 1 KStG, sondern sind voll steuerpflichtig. Eine Sonderregelung gilt für Spezialfonds.

**II. Betriebsausgaben und Verluste im Zusammenhang mit Streubesitzbeteiligungen**

Betriebsausgaben, die in Zusammenhang mit steuerpflichtigen Streubesitzdividenden stehen, können konsequenterweise voll abgezogen werden. § 8b Abs. 5 KStG gilt nicht; dies wird, ohne dass es einer ausdrücklichen Regelung bedurft hätte, durch § 8b Abs. 4 Satz 7 KStG klargestellt. Dagegen gibt es keine Einschränkung von § 8b Abs. 3 KStG, das heißt bei voller Steuerpflicht der Dividende bleibt es dabei, dass Veräußerungsverluste keine Berücksichtigung finden und Teilwertabschreibungen unzulässig sind. Diese Unbeachtlichkeit von Substanzverlusten ist begründet in der fortbestehenden Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen.

**D. Die Konsequenz: ein verfassungswidriger Systembruch**

**I. Steuersystematische Rechtfertigung von § 8b Abs. 4 KStG**

**1. Bruch mit den Grundwertungen des seit 2001 geltenden Körperschaftsteuersystems**

Wie so oft ist der im Vermittlungsverfahren gefundene Kompromiss in vielerlei Hinsicht „faul“. Er führt nicht zu einer ausbalancierten Lösung, sondern geht mit schweren Systembrüchen einher und rüttelt an den Grundfesten des seit 2001 geltenden Körperschaftsteuersystems. Dabei handelt es sich nicht um bloße Schönheitsfehler, die den akademischen Steuerjuristen stören. Vielmehr entsteht an jeder Bruchstelle des Steuerrechts Gestaltungspotential.<sup>16</sup> Abgrenzungskonflikte und gesetzgeberische Interventionen zur Verhinderung von Gestaltungen sind die regelmäßigen Folgen.

Die im Zuge der Unternehmenssteuerreform 2001 eingeführte Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b KStG soll die wirtschaftliche Doppelbelastung bei Ausschüttungen an körperschaftsteuerpflichtige Anteilseigner vermeiden.<sup>17</sup> Solange Gewinne auf der Körperschaftsebene verbleiben, werden sie nur einmal<sup>18</sup> und zwar auf der untersten Ebene besteuert. Der Gesetzgeber ist damit auf Körperschaftsebene zwar vom Vollanrechnungs- zu einem Freistellungssystem übergegangen, jedoch ohne dass sich an der gesetzgeberischen Grundwertung<sup>19</sup> etwas geändert hätte: Mehrfachbelastungen ein und desselben Gewinns mit Körperschaftsteuer sollen zuverlässig ausgeschlossen werden. Eine Nachbelastung, die im Wesentlichen die Funktion hat, das niedrigere Körperschaftsteuerniveau an das Einkommensteuerniveau anzupassen, findet erst beim Transfer von Gewinnen auf die Ebene der natürlichen Person statt. § 8b Abs. 4 KStG bricht für Beteiligungen unterhalb von 10% mit diesem System.<sup>20</sup>

12 Umfassende Beiträge zu diesen Zweifelsfragen siehe *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404; *Herlinghaus*, FR 2013, 529; *Intemann*, BB 2013, 1239; *Hechtner/Schmitz*, Ubg. 2013, 269; *Benz/Jeiter*, DStR 2013, 489; *Lemaire*, IWB 2013, 269.  
 13 Zu weiteren Einzelheiten bei Umwandlung zum Beispiel *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 (407).  
 14 Anders als § 8b Abs. 10 KStG keine (ausdrückliche) Einbeziehung von Wertpapierleihe für Pensionsgeschäfte, vgl. *Lemaire*, IWB 2013, 269 (271).  
 15 Im Einzelnen zu den Auswirkungen auf Investmentfonds *Ebner*, NWB 2013, 2147 (2149-2153).  
 16 Zu den „praktischen Folgen systemfremder Steuergesetzgebung“ siehe *Drißen*, in: *Mellinghoff/Schön/Viskorf* (Hrsg.), FS Spindler, 2011, S. 29 (48 ff.).  
 17 BT-Drucks. 14/2683, S. 96.  
 18 „Prinzip der Einmalbelastung“, vgl. BT-Drucks. 14/2683, S. 96, 115.  
 19 So BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (249); siehe auch *Lang*, DStJG 24 (2001), 49 (92); *Herlinghaus*, FR 2013, 529 (532).  
 20 *Schön*, JbFStR 2012/2013, 33 (57); *Lemaire*, IWB 2013, 269 (272); *Intemann*, BB 2013, 1239; *Anissimov/Stöber*, DStZ 2013, 380 (382).

**2. Beteiligungshöhe im Hinblick auf die Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbelastung irrelevant**

Konsequent wurde die Beteiligungsertragsbefreiung in der Unternehmenssteuerreform 2001 nicht von einem Mindestbeteiligungserfordernis abhängig gemacht, denn zur wirtschaftlichen Doppelbelastung kommt es unabhängig vom Umfang der Beteiligung. Die Ausgrenzung von Streubesitzbeteiligungen unterhalb von 10% lässt sich steuersystematisch nicht begründen. Wirtschaftliche Unterschiede, die die Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Ziel der Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbelastung legitimieren könnten, bestehen nicht. Zwar versucht sich der Gesetzgeber mit folgender Begründung:<sup>21</sup>

„Die unterschiedliche Behandlung der Erträge von Beteiligungen, an denen der Anteilseigner zu mindestens 10 Prozent und denen, an denen er zu weniger als 10 Prozent beteiligt ist, ist dadurch gerechtfertigt, dass bei einer Streubesitzbeteiligung die Beteiligung als Kapitalanlage angesehen wird und häufig auch keine dauerhafte Beteiligung an der Unternehmung angestrebt ist. Der Anteilseigner kann aufgrund der Höhe seiner Beteiligung keinen unternehmerischen Einfluss auf die Entscheidungen bei der Kapitalgesellschaft ausüben. Bei einer Beteiligung von mindestens 10 Prozent kann hingegen regelmäßig ein betriebliches Engagement des Anteilseigners unterstellt werden.“

Überzeugen kann diese Differenzierung zwischen Vermögensverwaltung und unternehmerischer Beteiligung indes nicht.<sup>22</sup> Zum einen wäre die 10%-Grenze ungeeignet, „unternehmerische“ von „nicht unternehmerischen“ Beteiligungen abzugrenzen, denn GmbH- oder aktienrechtlich eröffnet auch das Überschreiten der Beteiligungsschwelle von 10% nicht die Möglichkeit, auf die laufende Geschäftstätigkeit der Körperschaft entscheidenden Einfluss zu nehmen.<sup>23</sup> Zum anderen soll die Steuerfreiheit der Beteiligungserträge nicht besonderes unternehmerisches Engagement der Beteiligungsgesellschaft prämiieren – hierfür gibt es die an ganz andere Beteiligungserfordernisse geknüpfte Organschaft –, sondern wirtschaftliche Doppelbelastung vermeiden. Der Hinweis auf fehlendes unternehmerisches Engagement des lediglich streubesitzbeteiligten Anteilseigners passt auch deshalb nicht, weil dadurch der Anteilseigner eher in die Nähe eines Fremdkapitalgebers gerückt wird. Dann aber müsste die Doppelbelastung erst recht beseitigt werden, weil eine alternative Fremdkapitalgabe zu lediglich auf der Ebene des Darlehensgebers einmalig belasteten Zinseinkünften führen würde.

Auch aus dem Internationalen Steuerrecht ergibt sich keine tragfähige Begründung für die innerstaatliche Differenzierung nach der Beteiligungshöhe. Zwar kennen das OECD-Musterabkommen (Art. 10 Abs. 2 OECD-MA) und die deutschen DBA eine Unterscheidung zwischen Schachtel- und Streubesitzdividenden, an die sich eine Reduktion oder der Verzicht des Quellenstaates auf Kapitalertragsteuer knüpft. Begründet wird diese Differenzierung damit, dass die Besteuerung bei Schachtelbeteiligung der einer Betriebsstätte angeglichen<sup>24</sup> und die Mehrfachbelastung im Konzern vermieden werden soll, während die Streubesitzdividende eher einer Finanzanlage gleiche. Schon im internationalen Kon-

text vermag diese Argumentation zwar den (weitgehenden) Verzicht auf die Besteuerung der Schachteldividende durch den Quellenstaat erklären, nicht aber die (höhere) Besteuerung der Streubesitzdividende durch jenen. Eine Fremdkapitalanlage würde ohne die Gefahr einer Doppelbelastung ausschließlich im Wohnsitzstaat besteuert, da Zinsen den Gewinn der Gesellschaft im Quellenstaat mindern würden und die meisten Staaten die beschränkte Steuerpflicht für Zinsen von Steuerausländern nicht ausüben. Entweder kommt Art. 11 OECD-MA, der einen 10%igen Quellenabzug erlaubt, von vornherein nicht zur Anwendung oder es ist abkommensrechtlich eine Quellensteuerbefreiung vereinbart.<sup>25</sup> Wie bereits dargelegt spielt die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Beteiligungen weder für die Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbelastung eine Rolle, noch kann diese im Vergleich mit einem Fremdkapitalgeber Belastungsneutralität herstellen. Das gilt international ebenso wie innerstaatlich.

Aus steuersystematischer Sicht sind Einschränkungen der Beteiligungsertragsbefreiung – dies gilt für § 8b Abs. 4 KStG ebenso wie für § 8b Abs. 5 KStG, der übrigens ebenfalls eine Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH darstellt<sup>26</sup>, folglich nicht zu rechtfertigen.<sup>27</sup> Es handelt sich um Vorschriften, deren alleiniger Zweck in der Vermeidung der Steuerausfälle liegt, die bei systemkonformer Beseitigung unionsrechtswidriger Diskriminierungen auftreten würden. Es gab im Fall der europarechtswidrigen Besteuerung von Streubesitzdividenden ausländischer Körperschaften nur eine richtige Reaktion auf die EuGH-Rechtsprechung: Die Erstattung der Kapitalertragsteuer auch an beschränkt steuerpflichtige Anteilseigner. Die hiermit verbundenen Mindereinnahmen<sup>28</sup> hätten hingenommen werden müssen, zumal sie – insbesondere bei relativ enger Ausgestaltung des Erstattungsverfahrens<sup>29</sup> – nicht unüberschaubar gewesen wären. Dabei sei noch einmal betont, dass der EuGH lediglich zur Beseitigung der Unionsrechtswidrigkeit verpflichtet ist, so dass der Gesetzgeber stets den Weg zu einer mit steuersystematischen Prinzipien konformen Gleichstellung von In- und Auslandssachverhalten beschreiten kann. Man kann auch aus

21 Vgl. Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates v. 13. November 2012 zum JStG 2013, BR-Drucks. 632/1/12, S. 33.  
 22 Etwas aufgeschlossener gegenüber dieser Argumentation, im Ergebnis jedoch ebenfalls ablehnend *Herlinghaus*, FR 2013, 529 (533).  
 23 An die 10%-Grenze sind lediglich gewissen Privilegien bezüglich der Einberufung der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung geknüpft. § 50 Abs. 1 GmbHG: Einberufung der Gesellschafterversammlung durch Gesellschafter, die allein oder gemeinsam mindestens 10% der Anteile am Stammkapital halten. Bei der Aktiengesellschaft reichen 5% der Stimmrechte, um die Einberufung einer Hauptversammlung zu erzwingen (§ 122 Abs. 1 Satz 1 AktG).  
 24 OECD-MK Art. 10 Nr. 10; hierzu ferner *Kaesser/Wassermeyer*, in: *Debatin/Wassermeyer*, DBA, Art. 10 Rz. 9; *Tschibirek*, in: *Vogel/Lehner*, DBA, 5. Aufl., 2008, Art. 10 Rz. 11; zum Normsinn des gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegs für Auslandsbeteiligungen in § 9 Nr. 7 GewStG *Kraft/Jochimsen*, IStR 2013, 334 (335).  
 25 *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rz. 16.356; *Pöllath/Lohbeck*, in: *Vogel/Lehner*, DBA, 5. Aufl., 2008, Art. 11 Rz. 22.  
 26 Dazu *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 11 Rz. 42; und grundlegend *Michaelis*, Die territoriale Zuordnung von Beteiligungsaufwand im Europäischen Unternehmenssteuerrecht: Zugleich zur Verfassungsmäßigkeit des § 8b Abs. 5 KStG in der Fassung des ProtErKIG, Diss. Frankfurt a.M., 2006.  
 27 *Intemann*, BB 2013, 1239; *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 (408).  
 28 Jahreswirkung rd. 600 Mio. Euro, vgl. BT-Drucks. 17/11314, S. 1, und Fn. 7.  
 29 Was freilich europarechtlich nicht unproblematisch ist, siehe unten C. Zu den Möglichkeiten eines „haushaltsschonenden“ Erstattungsverfahrens für ausländische Anteilseigner unter Einbeziehung möglicher Anrechnungsvorschriften im Ansässigkeitsstaat siehe *Partzner/Nagler*, IStR 2012, 790 ff., die daher die Kosten für wesentlich geringer halten. Zudem hätten sich die Kosten durch eine Regelungstechnik begrenzen lassen, dies es ermöglicht, Drittstaatenfälle auszuschließen, hierzu *Gosch*, NWB 2012, 4043 ff.

unionsrechtlicher Sicht sogar bestreiten, dass es überhaupt eine Wahlfreiheit bezüglich der Angleichungsrichtung gibt. Mit dem Geist der europäischen Verträge,<sup>30</sup> die auf Beseitigung von Verzerrungen von Investitionsentscheidungen durch staatliche Maßnahmen gerichtet sind, ist, auch wenn innerstaatliche und grenzüberschreitende Sachverhalte gleichermaßen betroffen sind, eine Verschlechterung der Investitionsbedingungen durch Flucht in den Systembruch grundsätzlich nicht vereinbar.

### 3. Ungleichbehandlung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen

§ 8b Abs. 4 KStG bricht nicht nur mit dem System der Einmalbesteuerung, sondern auch mit der Entscheidung, Ausschüttungs- und Veräußerungsvorgänge gleich zu besteuern,<sup>31</sup> um auf diese Weise Verwendungsneutralität zu erreichen und steueroptimierenden Gestaltungen vorzubeugen. Allerdings war die Veräußerungsgewinnbefreiung insbesondere unmittelbar nach ihrer Einführung 2001 nicht unangefochten.<sup>32</sup> Kritiker erkannten zwar das Ziel der Vermeidung von Doppelbelastungen thesaurierter und mit Körperschaftsteuer vorbelasteter Gewinne an, bemängelten aber die überschießende und das Subjektprinzip verletzend wirkende Wirkung von § 8b Abs. 2 KStG. Denn § 8b Abs. 2 KStG erfasst auch jenen Teil des Veräußerungsgewinns, der auf erst in Zukunft körperschaftsteuerbelastete stille Reserven und Gewinnerwartungen entfällt. Eine dem Leistungsfähigkeits- und Individualsteuerprinzip entsprechende Verteilung der Steuerbelastung zwischen Veräußerer und Erwerber setzt mithin voraus, dass die zukünftige Körperschaftsteuerbelastung bei der Preisfindung mildernd berücksichtigt und auf diese Weise vom Erwerber auf den Veräußerer überwältigt wird.

Folgt hieraus, dass eine Ausdehnung der Steuerpflicht auch auf die Veräußerung von Streubesitzbeteiligungen nicht nur hinzunehmen, sondern sogar wünschenswert wäre?<sup>33</sup>

Unionsrechtlich war eine Erstreckung der Steuerpflicht auf Veräußerungsgewinne nicht geboten, da die derzeitige Steuerbefreiung unterschiedslos gegenüber in- und ausländischen Anteilseignern gilt. Auch aus systematischer Sicht spricht wenig für die Ausweitung der Steuerpflicht. Der Fehler der Aufgabe der Beteiligungsertragsbefreiung für Streubesitzdividenden wird nicht kleiner,<sup>34</sup> wenn man ihn auf Veräußerungsgewinne erstreckt. Im Gegenteil, denn die Steuerbefreiung von Veräußerungsgewinnen ist ja nicht in toto verfehlt, sondern allenfalls diskussionsbedürftig, insofern sie nicht auf thesaurierte Gewinne beschränkt ist. Auch zur Wiederherstellung von Verwendungsneutralität ist eine Angleichung nicht zwingend. Zwar sind Gestaltungen denkbar, mittels derer die Steuerpflicht der Dividenden durch Ballooning und anschließenden steuerfreien Beteiligungsverkauf umgangen wird, doch wird es sich hierbei um Ausnahmefälle handeln.<sup>35</sup> Größere Rückwirkungen auf die Gewinnverwendungsentscheidung sind nicht zu erwarten, weil streubesitzbeteiligte Kapitalgesellschaften in der Regel Gewinnausschüttungen nicht längerfristig verhindern können. Die durch die einseitige Steuerpflicht nur für Dividenden auftretenden Probleme sind zudem nicht neu, sondern bereits von der nur für Einkünfte i.S. des § 8b Abs. 1 KStG geltenden gewerbesteuerlichen Hinzurechnung des § 8 Nr. 5 GewStG bekannt.<sup>36</sup>

Ob es bei der Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen bleiben wird, ist indessen ungewiss. Im Vermittlungsverfahren wurde zu Protokoll gegeben, dass die Behandlung von Veräußerungsgewinnen nicht abschließend geklärt sei, sondern im Zuge einer generellen Neuregelung der Investmentbesteuerung erneut aufgegriffen werden solle.<sup>37</sup>

## II. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG und das Gebot der Folgerichtigkeit

### 1. Verfassungsrechtliche Folgen von Systembrüchen

Hat der Systembruch auch eine verfassungsrechtliche Konsequenz?<sup>38</sup> Diese Frage stellt sich in zweierlei Hinsicht: zum einen im Hinblick auf den Bruch mit der Entscheidung, wirtschaftliche Doppelbelastungen zu vermeiden, zum anderen im Hinblick auf den Bruch mit der Entscheidung, Dividenden- und Veräußerungsgewinne gleich zu behandeln.

Ein Systembruch allein begründet zwar noch keine Verfassungswidrigkeit, stellt sich aber dann als gleichheitssatzwidrig dar, wenn er ohne tragfähige Begründung erfolgt. Das seitens des Bundesverfassungsgerichts im Steuerrecht zur Anwendung gebrachte Folgerichtigkeitsgebot<sup>39</sup> verpflichtet den Gesetzgeber zu konsequenter Umsetzung einmal getroffener Belastungsentscheidungen. Zwar wird der Gesetzgeber durch die eigene Entscheidung nicht in alle Ewigkeit gebunden. Ein Wechsel des Systems ist zulässig, aber nur zu einem seinerseits verfassungskonformen alternativen Belastungskonzept, zudem muss der Wechsel planvoll vollzogen werden und setzt ein „Mindestmaß an neuer Systemorientierung“ voraus.<sup>40</sup>

30 Mit Hinweis auf die Qualität der Grundfreiheiten als Gleichheitssätze auch *Englisch*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 4 Rz. 26.

31 Siehe BT-Drucks. 14/2683, S. 96: Totalausschüttungsfiktion.

32 Zur Kritik hinsichtlich der Einbeziehung stiller Reserven *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 11 Rz. 14 mit zahlreichen Nachweisen der unterschiedlichen Positionen; umfassend hierzu *Roderburg*, Die Steuerfreiheit der Anteilsveräußerungsgewinne im neuen Körperschaftsteuersystem, Diss. Berlin, 2005.

33 Die Bewertung der Halbseitenlösung ist sehr unterschiedlich. Aus Beratersicht wird sie positiv beurteilt (zum Beispiel *Lemaitre*, IWB 2013, 269, 273: „Lichtblick“). Aus systematischer Sicht wird ein (weiterer) Bruch beklagt, vgl. *Intemann*, BB 2013, 1239, 1242; *Herlinghaus*, FR 2013, 529, 533; a.A. mit dem Argument, der Gesetzgeber habe auch die Gleichbehandlung von Streu- und Schachtelbesitz an die Stelle der Gleichbehandlung von Ausschüttung und Veräußerung setzen können *Desens*, DStR 2013, Beihefter zu Heft 4, 13(14). Dies vermag deshalb allerdings nicht recht zu überzeugen, weil der Gesetzgeber, will er nicht allein auf das zur Rechtfertigung untaugliche Fiskalargument zurückfallen, ja gerade die Andersartigkeit von Streu- und Schachtelbeteiligungen reklamieren muss. Zur Ambiguität der fortbestehenden Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen auch *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 (408).

34 Andererseits lässt sich der Gleichheitssatzwidrigkeit der Steuerpflicht von Dividenden nicht entgegenhalten, man könne ihr durch Flucht in die Veräußerung ausweichen; nicht überzeugend zur gleichheitsrechtlichen Bedeutung von Ausschüttungsmöglichkeiten BVerfG, Beschl. v. 15.1.2008 – 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, 1 (52 f.); einschränkend BVerfG, Beschl. v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, HFR 2010, 521 (526).

35 A.A. *Intemann*, BB 2013, 1239 (1242); *Benz/Jetner*, DStR 2013, 489 (492), die von einem hohen Gestaltungspotential ausgehen; zurückhaltender *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 (409).

36 Die jetzt gegenüber § 8b Abs. 4 KStG geäußerten Bedenken wurden schon 2001 bei Einführung von § 8b Nr. 5 GewStG geäußert, siehe *Ritzer/Slangl*, INF 2002, 131 (134).

37 Protokollerklärung zum Vermittlungsausschuss v. 28. Februar 2013, BT-PIPr. 17/225, 28160.

38 So *Intemann*, BB 2013, 1239 (1240): „erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit“; noch deutlicher *Anisimov/Stöber*, DStZ 2013, 380 (383): nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

39 Hierzu *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 3 Rz. 118 ff.

40 S. BVerfG, Urt. v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (242); ausf. *Drien*, Ubg. 2009, 23 (26 ff.).

## 2. Gleichheitsrechtliche Vorgaben für die Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbelastung von Dividenden

Das Schrifttum ist hinsichtlich der Frage, ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich zur Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbelastung von Dividenden verpflichtet ist, gespalten. Ausgehend von dem ökonomischen Befund, dass die juristische Person keine von den hinter ihr stehenden natürlichen Personen unterscheidbare eigene<sup>41</sup> steuerliche Leistungsfähigkeit begründet,<sup>42</sup> es also durch den Einsatz juristischer Personen nicht zu einer Vervielfältigung von Leistungsfähigkeit kommt, wird zum Teil in der Mehrbelastung von in Körperschaften erwirtschafteten Gewinnen ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gesehen.<sup>43</sup> Dabei konzentriert sich die Diskussion regelmäßig auf die Frage der Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Körperschaftsteuer in der Einkommensteuer. Die Fragestellung bekommt noch eine andere Dimension, wenn es um Mehrfachbelastungen auf der Körperschaftsebene geht. Hier wird noch deutlicher, dass die juristische Person lediglich ein nahezu beliebig spaltbares und hinter- oder nebeneinander schaltbares Vehikel ist, ein betriebliches Organisationsinstrument zur besseren operativen Strukturierung einheitlicher wirtschaftlicher Prozesse. Dann aber lässt sich eine Mehrfachbelastung von Gewinnen auf der Körperschaftsebene nicht rechtfertigen. Auch würde es andernfalls zu unerwünschten Konzentrationsprozessen kommen.

Dagegen geht das BVerfG von Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bezüglich der Wahl des Körperschaftsteuersystems aus.<sup>44</sup>

„Die prinzipielle Freistellung von wirtschaftlicher Doppel- oder Mehrfachbelastung ... ist in erster Linie eine finanz- und wirtschaftspolitische Entscheidung des Gesetzgebers. Von Verfassungen wegen ist er hingegen nicht gehindert, für die Beantwortung der Frage, ob bei einem Unternehmen ein grundsätzlich steuerbarer Leistungszuwachs eingetreten ist, an die rechtliche Selbständigkeit der Kapitalgesellschaft anzuknüpfen, wie dies im Rahmen des das Körperschaftsteuerrecht beherrschenden Trennungsprinzips zwischen den Vermögenssphären von Körperschaft und Anteilseigner ... auch sonst geschieht.“

Das Bundesverfassungsgericht hält damit eine Doppelbelastung, folglich auch eine Abkehr von der derzeitigen Grundentscheidung für das System der Beteiligungsertragsbefreiung für grundsätzlich zulässig.

## 3. Entscheidung für ein neues System?

Hiervon ausgehend stellt sich zunächst die Frage, ob der Gesetzgeber mit § 8b Abs. 4 KStG eine – aus Sicht des BVerfG verfassungsrechtlich nicht näher rechtfertigungsbedürftige – neue Gestaltungsentscheidung dahingehend getroffen hat, das Freistellungssystem erst ab einer bestimmten Beteiligungshöhe eingreifen zu lassen. Im Ausland finden sich ähnliche Regeln der Besteuerung von Streubesitzdividenden,<sup>45</sup> eine Feststellung, die freilich keine normativen Aussagen über deren Systemhaftigkeit oder Vereinbarkeit mit dem deutschen Verfassungsrecht erlaubt.<sup>46</sup>

Doch es bleibt unklar, welchem neuen System der Gesetzgeber folgt. Man könnte meinen, dass, wenn das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die zivilrechtliche Verselbständigung der juristischen Person selbst die volle Abkehr vom System der Beteiligungsertragsbefreiung für zulässig hält, dies erst recht für eine partielle Abkehr gelten müsste. Doch wenn die zivilrechtliche Verselbständigung der Schlüssel ist, warum findet die Systemabkehr dann nur für Streubesitzdividenden statt? Wo ist der zivilrechtliche Unterschied gegenüber Beteiligungen von 10 % und mehr, an den der Gesetzgeber anknüpft? An welcher „zivilrechtlichen Grundentscheidung“<sup>47</sup> orientiert er sich? An der zivilrechtlichen Selbständigkeit der ausschüttenden Körperschaft ändert sich schließlich nichts, wenn bestimmte Beteiligungsgrenzen überschritten werden.

Für eine neue Systementscheidung hätte der Gesetzgeber zudem – ungeachtet dessen, dass dies steuersystematisch<sup>48</sup> genauso verfehlt ist, wie die Steuerpflicht der Dividenden – zwingend Veräußerungsgewinne aus Streubesitzbeteiligungen miteinbeziehen müssen. Wenn die neue Belastungsentscheidung lauten sollte, dass die Beteiligungsertragsbefreiung nur für qualifizierte Beteiligungen gilt, muss dies auch für den Veräußerungsfall gelten. In der Entscheidung zur Entfernungspauschale hat das Bundesverfassungsgericht zur Voraussetzung der Annahme einer neuen Systementscheidung gemacht, dass sich der Gesetzgeber erkennbar an alternativen Prinzipien orientiert.<sup>49</sup> Dies gilt umso mehr, wenn der Systemwechsel nur einen schmalen Teilbereich betrifft, wie hier das eigenständige Subsystem für Streubesitzbeteiligungen. Selbst wenn der Systemwechsel schrittweise vollzogen werden sollte, muss dies planvoll anhand eines „nach und nach zu verwirklichenden Grundkonzeptes“<sup>50</sup> geschehen. Der im Vermittlungsausschussverfahren angebrachte<sup>51</sup> Vorbehalt, man wolle eine zukünftige Erstreckung der Steuerpflicht auch auf Veräußerungsgewinne prüfen, erfüllt diese Voraussetzungen nicht, da die Anknüpfung in einen anderen Kontext, nämlich den einer grundlegenden Reform der Investmentbesteuerung gestellt wurde. Vielmehr schürt die Protokollerklärung zur Veräußerungsgewinnbefreiung die Zweifel an einer konsequenten neuen Systementscheidung. Denn hier wird zugestanden, dass die „bisherige Systematik der Besteuerung von

41 Es gibt lediglich eine temporäre steuerliche Selbständigkeit der Körperschaft bis zur Ausschüttung des Gewinns, siehe *Hey*, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, Diss. Köln, 1997, S. 256.

42 *Neumark*, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, 1970, S. 131 ff.

43 Ausf. begründet mit zahlreichen Nachweisen *Englisch*, Dividendenbesteuerung, Diss. Köln, 2005, S. 128 ff.; ferner zum Beispiel *Hey* DSJG 24 (2001), 155 (166 ff.); a.A. *K. Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, 2. Aufl., 2003, 1037 f.; gegen einen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechtsformneutralität zum Beispiel *Musil/Leibohm*, FR 2008, 807 (813); *Drien*, GmbHR 2008, 393 (401 f.). Teilkongruent mit der Frage nach der Bedeutung von Art. 3 Abs. 1 GG für ein Gebot rechtsformneutraler Besteuerung; hierzu *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 13 Rz. 172 ff.

44 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (250).

45 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates v. 6.7.2012 zum Entwurf des JStG 2013, BR-Drucks. 302/12 (Beschluss), S. 68; siehe auch *Herlinghaus*, FR 2013, 529 (531).

46 Ähnlich *Herlinghaus*, FR 2013, 529 (533); *Desens*, DStR 2013, Beihefter zu Heft 4, 13 (14).

47 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (250).

48 Siehe oben D. I. 3.

49 BVerfG, Urt. v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (242).

50 BVerfG, Urt. v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (242).

51 Protokollerklärung zum Vermittlungsausschussverfahren, BT-PIPr. 17/225, 28160.

Beteiligungserträgen verlassen<sup>52</sup> werde, allerdings ohne dass dargelegt würde, welcher neuen Systematik gefolgt werden soll.

**4. Verfassungsrechtlich relevante Rechtfertigung des Systembruchs**

Sollte man die Annahme einer neuen Systementscheidung verneinen, stellt sich § 8b Abs. 4 KStG als Durchbrechung der folgerichtigen Umsetzung der fortbestehenden einfachgesetzlichen Grundentscheidung für ein System der Beteiligungsertragsbefreiung dar. Derartige Systemausnahmen sind nicht per se verfassungswidrig, bedürfen aber einer sachlichen Rechtfertigung.

Das Bundesverfassungsgericht ist im Verfahren zu § 8b Abs. 5 KStG von einer derartigen Rechtfertigung ausgegangen, allerdings basierte die Entscheidung auf verschiedenen, auf die Herausnahme von Streubesitzdividenden aus § 8b Abs. 1 KStG nicht übertragbaren Prämissen: Zum einen hat das BVerfG die Kehrseitentheorie zugrundegelegt, wonach Steuerbefreiungen zulässigerweise Betriebsausgabenabzugsverbote nach sich ziehen.<sup>53</sup> Zum anderen hat es in § 8b Abs. 5 KStG eine in verfassungsrechtlich zulässiger Weise typisierende Vereinfachungsvorschrift gesehen.<sup>54</sup> Zudem muss die Entscheidung auch vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die Belastungswirkungen von § 8b Abs. 5 KStG als geringfügig angesehen wurden;<sup>55</sup> etwaige Kaskadeneffekte bei einer längeren Beteiligungskette durch die mehrfache Anwendung von § 8b Abs. 5 KStG wurden ausdrücklich ausgeklammert.<sup>56</sup> Die Mehrfachbelastungen durch § 8b Abs. 4 KStG haben eine ganz andere Dimension,<sup>57</sup> die noch potenziert werden durch die parallele Mehrfachbelastung der Streubesitzdividendenbesteuerung mit Gewerbesteuer.

Das Fiskalinteresse als solches und befürchtete Steuerausfälle aufgrund einer gleichheitsrechtlich gebotenen Steuerentlastung eignen sich grundsätzlich nicht als Rechtfertigungsgrund.<sup>58</sup> Fraglich ist, ob sich hieran etwas ändert, wenn der Gesetzgeber nicht allein aus fiskalischen Gründen handelt, sondern seiner unionsrechtlichen Reparaturpflicht nachkommt. Im Verfahren zu § 8b Abs. 5 KStG hat sich das BVerfG mit der bisher ungeklärten Frage, ob die Herstellung eines europarechtskonformen Zustandes ein hinreichender Rechtfertigungsgrund sein kann,<sup>59</sup> nicht auseinandergesetzt. Ich halte dies für ausgeschlossen, soweit der Systembruch zur Herstellung der Europarechtskonformität aus fiskalischen Gründen<sup>60</sup> eingegangen wird<sup>61</sup> und es durch Besserstellung der Auslandssachverhalte eine europarechts- und zugleich systemkonforme Lösung gegeben hätte, die auch nicht zu einer Störung der Ausgewogenheit der Besteuerungsrechte führt, also auch bei Berücksichtigung der legitimen Interessen des Gesetzgebers zum Schutz des nationalen Steuerstrats vertretbar ist. In seiner Ablehnung reiner Fiskalinteressen als Rechtfertigungsgrund für steuerliche Ungleichbehandlungen ist das Bundesverfassungsgericht sehr konsequent, es sollte sich durch den unionsrechtlichen Gesetzgebungsanlass nicht blenden lassen.

**E. Das Ziel: Europarechtskonforme Dividendenbesteuerung verfehlt**

Ist wenigstens das Ziel der Europarechtskonformität erreicht? Die Gleichstellung erfolgt nur bezüglich der materiel-

len Steuerpflicht der Streubesitzdividende, nicht jedoch im Hinblick auf das Besteuerungsverfahren. Für ausländische Anteilseigner bleibt es bei der abgeltenden Erhebung durch den Kapitalertragsteuerabzug ohne Veranlagungsmöglichkeit und damit auch ohne die Möglichkeit der in § 8b Abs. 4 Satz 7 KStG explizit zugelassenen vollen Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben. Dass eine derartige Bruttobesteuerung von EU-Ausländern unter Verletzung des Nettoprinzip vom EuGH als europarechtswidrig eingestuft wird<sup>62</sup> ist spätestens seit der Rechtssache *Gerritse* aus dem Jahr 2003 bekannt<sup>63</sup> und kann nur durch eine Veranlagungsmöglichkeit auch zugunsten der beschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner vermieden werden.

**F. Zweierlei Streubesitzbeteiligungen: Fehlende Abstimmung zwischen KStG und GewStG**

Über § 7 Satz 1 GewStG erhöht die Herausnahme von Streubesitzdividenden aus dem Anwendungsbereich des § 8b Abs. 1 KStG auch die gewerbesteuerliche Bemessungsgrundlage. Die gewerbesteuerliche Hinzurechnungsregel für Streubesitzdividenden (§§ 8 Nr. 5; 9 Nrn. 2a, 7 GewStG)<sup>64</sup> hat bereits bisher zu demselben Ergebnis geführt, ohne jedoch obsolet zu werden, da das Gewerbesteuergesetz eine höhere Beteiligungsgrenze ansetzt (15%). Auch im Übrigen sind die Regelungen nicht aufeinander abgestimmt,<sup>65</sup> etwa im Hinblick auf die Ermittlung der Beteiligungsquote bei über Mitunternehmenschaften gehaltene Beteiligungen.<sup>66</sup> Grundsätzlich ist die Regelung in der Gewerbesteuer umfassender. Allerdings sind auch Fälle denkbar, in denen für Körperschaftsteuerzwecke von einer steuerpflichtigen Streubesitzdividende auszugehen ist, während für Gewerbesteuerzwecke die Kürzungsvorschriften des § 9 Nrn. 2a, 7 GewStG greifen.<sup>67</sup> Für eine Übertragbarkeit der Regelungen des § 8b Abs. 4 KStG auf § 9 Nrn. 2a, 7 GewStG und umgekehrt gibt es keine Anhaltspunkte.<sup>68</sup> Es gibt folglich zukünftig zweierlei Arten von Streubesitzbeteiligungen, körperschaftsteuerrechtliche und gewerbesteuerrechtliche.

Aufgrund des minimalinvasiven Vorgehens des Gesetzgebers, dessen alleiniges Ziel lautete „Beseitigung der Beanstandungen durch EuGH vom 20.10.2011 ohne Steuerminderein-

nahmen“, stand eine Abstimmung der Regelungen im Gesetzgebungsverfahren gar nicht zur Diskussion. Dies ist indes fatal. Statt die Gewerbesteuer – wenn man denn schon an ihrer Abschaffung scheitert – immer stärker an die Körperschaftsteuer anzunähern und damit der Sache nach zu einer Art Zuschlag auf die körperschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage zu machen, geht die unabgestimmte Regelung für Streubesitzbeteiligungen in die entgegengesetzte Richtung zweier sich immer weiter voneinander entfernender Unternehmensteuern. Jedes Vereinfachungsanliegen wird damit torpediert.<sup>69</sup> Der Illusion, ein rationales und praxistaugliches System lasse sich auch im Nebeneinander zweier selbständiger Unternehmensteuern erreichen, solange nur die Belastungshöhe stimmt, sollte man sich nicht hingeben.

Wäre dem Gesetzgeber daran gelegen gewesen, lediglich die Europarechtswidrigkeit zu beseitigen, ohne die Belastung inländischer Anteilseigner wesentlich zu verschärfen, hätte sich ein Transfer der Streubesitzregelung von der Gewerbe- in die Körperschaftsteuer angeboten.<sup>70</sup> Aus steuersystematischer Sicht gab es keine Notwendigkeit, an der gewerbesteuerlichen Regelung festzuhalten. Die Notwendigkeit der Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbelastung besteht in der Gewerbesteuer genauso wie in der Körperschaftsteuer.<sup>71</sup> Die Hinzurechnungsvorschrift des § 8 Nr. 5 GewStG ist systematisch genauso verfehlt wie § 8b Abs. 4 KStG.<sup>72</sup> Im Gesetzgebungsverfahren zum Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz wurde sie mit der – als Rechtfertigungsgrund ungeeigneten – Vermeidung von Steuerausfällen der Kommunen<sup>73</sup> begründet. Auch der Hinweis auf den Objektsteuercharakter der Gewerbesteuer und deren fragwürdige Rechtfertigung mit dem Äquivalenzprinzip<sup>74</sup> liefert keine Begründung für die gewerbesteuerliche Hinzurechnung von Streubesitzdividenden.<sup>75</sup> Die Nutzung der kommunalen Infrastruktur wird durch die Besteuerung der den Gewinn erwirtschaftenden Gesellschaft abgegolten. Der Kapitaltransfer im Rahmen der Streubesitzbeteiligung verursacht in der Gemeinde der Anteilseignerin keine zusätzlichen Lasten. Das bloße Halten von Streubesitzbeteiligungen ist vermögensverwaltend, eine Tätigkeit, die isoliert betrachtet auch sonst keine Gewerbesteuerpflicht nach sich zieht.

Das Problem der Europarechtswidrigkeit hätte sich durch Anordnung der Steuerpflicht in der Körperschaft- statt in der Gewerbesteuer auf elegante Weise mit – je nach Gewerbesteuerhebesatz – lediglich geringen Mehrbelastungen, evtl. sogar geringfügigen Entlastungen der Steuerpflichtigen lösen lassen, hätte aber unweigerlich zu Kompensationsforderungen der Kommunen geführt.<sup>76</sup> Das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Steuergläubiger verhindert sinnvolle Lösungen.

Statt die staatlichen Einnahmeverluste zurückzunehmen, hat man durch das Zusammentreffen der Streubesitzdividendenbesteuerung in KStG und GewStG eine Inländerdiskriminierung in Kauf genommen.<sup>77</sup> Zwar ließ sich der Vorwurf der unionsrechtswidrigen Diskriminierung nicht mit dem Hinweis auf die nur Inländer treffende Gewerbesteuerpflicht der Streubesitzdividenden rechtfertigen, da der EuGH zu Recht eine Saldierung inkongruenter Vor- und Nachteile abgelehnt hat.<sup>78</sup> Dies ändert aber nichts an der nunmehr eintretenden Doppelbelastung der von in Deutschland ansässigen Anteils-

eignern empfangenen Streubesitzdividenden mit Körperschaft- und Gewerbesteuer, von der ausländische Anteilseigner verschont sind. Verfassungsrechtlich lässt sich die Ungleichbehandlung nicht aufgreifen, da sie durch die Systematik der Gewerbesteuer bedingt ist. Sie wird aber innerhalb von Konzern Gestaltungsüberlegungen Vorschub leisten, Streubesitzbeteiligungen zukünftig vermehrt über Auslandsholdinggesellschaften zu halten.<sup>79</sup>

**G. Die Vergangenheitsbewältigung: Unzureichender Zuschnitt des in § 32 Abs. 5 KStG normierten Erstattungsverfahrens**

Wählt der Gesetzgeber in Reaktion auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs die Variante der Angleichung durch Schlechterstellung des Inlandsfalls, so zieht dies unweigerlich eine eigenständige Regelung für die bis zum Inkrafttreten der neuen Regelung verwirklichten Auslandssachverhalte nach sich. Da der EuGH, anders als das BVerfG, von der ex tunc-Wirkung der Feststellung einer Europarechtswidrigkeit<sup>80</sup> in Steuersachen noch nie eine Ausnahme zugelassen hat, bezieht sich die Reparaturpflicht des Gesetzgebers stets auch auf die noch offenen Altfälle. Der für die Zukunft gewählte Weg der Angleichung durch Schlechterstellung der Inlandsfälle kann im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen belastender gesetzlicher Rückwirkungen nicht beschränkt werden. Es kommt zu einer gespaltenen Regelung.

An einer Erstattung der Kapitalertragsteuer für die bis zum Inkrafttreten von § 8b Abs. 4 KStG von beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Anteilseignern bezogenen Dividenden führte mithin kein Weg vorbei. In § 32 Abs. 5 KStG findet sich nunmehr die entsprechende gesetzliche Regelung. Der immerhin eineinhalb Jahre währende Zustand der Regelungslosigkeit und Rechtsunsicherheit insbesondere bezüglich der Frage, wo der Erstattungsantrag zu stellen ist,<sup>81</sup> ist damit endlich überwunden. Eine Lösung im Wege einer Ver-

52 Protokollerklärung zum Vermittlungsausschussverfahren, BT-PIPr. 17/225, 28160.  
 53 Außerachtlassend, dass die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG allein dazu dient, Doppelbelastungen zu vermeiden BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (246, 253).  
 54 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (247 ff.).  
 55 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (254 f.).  
 56 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (254).  
 57 Insb. unter Berücksichtigung des Kaskadeneffekts Patzner/Nagler, ISr 2012, 790 (797).  
 58 Ständige Rspr., ausf. BVerfG, Urt. v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (236 f.); ferner BVerfG, Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 [80]; v. 29.5.1990 – 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60 [89]; v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 [182].  
 59 So scheinbar Gosch, s. Podiumsdiskussion anlässlich des DACH Steuersymposiums 2012 am 20. September 2012 in Berlin, wiedergegeben in: Rödder/Schönfeld (Hrsg.), Aktuelle Steuerpolitik und Gesetzgebung 2012, Köln 2013, S. 40.  
 60 Explizit BR-Drucks. 302/12, S. 67.  
 61 Grds. ebenso Desens, DStR 2013, Beihefter zu Heft 4, 13 (14).  
 62 Herlinghaus, FR 2013, 529 (532); Wiese/Lay, GmbHR 2013, 404 (408); Kessler/Dietrich, DStR 2011, 2131 (2134); Schön., JbFSr 2012/2013, 33 (57).  
 63 EuGH, Urt. v. 12.6.2003 – Rs. C-234/02 – Gerritse, EuGHE 2003, I-5933.  
 64 Eingeführt durch Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, S. 3858.  
 65 Siehe den Vergleich beider Regelungen bei Kusch, NWB 2013, 1068 (1072 f.).  
 66 Siehe Hechmer/Schnüger, Ubg. 2013, 269 (274).  
 67 Siehe Häisch/Helios, DB 2013, 724 (727).  
 68 Siehe Hechmer/Schnüger, Ubg. 2013, 269 (274); Häisch/Helios, DB 2013, 724 (727).

69 Kritik äußern auch Wiese/Lay, GmbHR 2013, 404 (408); Funke/Bütscheid, Versorgungswirtschaft 2013, 155 (156); Herlinghaus, FR 2013, 529 (533).  
 70 Siehe auch Sydow, JbFSr 2012/13, 33 (60).  
 71 Ebenso Ernst, Ubg. 2010, 494.  
 72 So noch im Gesetzgebungsverfahren BT-Drucks. 14/7084, S. 8; krit. ferner Hofmeister, in: Blümich, § 8 GewStG Rz. 561; Gröning/Siegmund, DStR 2003, 617 (621); Prinz/Simon, DStR 2002, 149 (150); im Zusammenhang mit § 9 Nr. 7 GewStG sehen Kraft/Jochimsen, ISr 2013, 334 (336) in der Doppelbelastung mit Gewerbesteuer einen Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip.  
 73 BT-Drucks. 14/7084, S. 5.  
 74 BVerfG, Beschl. v. 15.1.2008 – 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, 1 (33 ff.). Zur Kritik an diesen zur Rechtfertigung untauglichen Prinzipien siehe Hey, in: Tipke/Seer/Hey (Hrsg.), FS Lang, 2010, S. 133 (152 ff.).  
 75 So aber zu Unrecht BT-Drucks. 14/7084, S. 5; dagegen Prinz/Simon, DStR 2002, 149 (150).  
 76 Siehe auch Kusch, NWB 2013, 1068 (1072). Der Vorschlag einer pauschalen Anrechnung der GewSt. (Desens, DStR 2013, Beihefter zu Heft 4, 13 [15]), hätte das Problem aus Sicht der Gemeinden gelöst. Aus Sicht von Bund und Ländern wäre das Mehraufkommen aus der generellen Steuerpflicht für Streubesitzdividenden auf diese Weise zwar weitgehend aufgezehrt worden, die Lösung wäre aber aufkommensneutral gewesen, da Dividenden ausländischer Anteilseigner grds. nicht der Gewerbesteuer unterliegen, so dass sich aus der Anrechnung keine Mindereinnahmen gegenüber dem status quo ergeben hätten.  
 77 Kusch, NWB 2013, 1068 (1074); Desens, DStR 2013, Beihefter zu Heft 4, 13 (16).  
 78 Lapidar unter Hinweis auf seine ständige Rspr. EuGH, Urt. v. 20.10.2011 – Rs. C-284/09 – Kommission/BRD, ISr 2011, 840 Rz. 71.  
 79 Zu den hierbei zu beachtenden außensteuerrechtlichen Rahmenbedingungen Le-maire, IWB 2013, 269 (274).  
 80 Zur zeitlichen Geltung von EuGH-Judikaten im Einzelnen Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 22 Rz. 307, und krit. English, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 4 Rz. 44.  
 81 Sinnvollerweise hat der Gesetzgeber die Erstattungsanträge jetzt gemäß § 5 Nr. 39 FVG beim Bundeszentralamt für Steuern gebündelt. BFH, Urt. v. 11.01.2012 – I R 25/10, BFH/NV 2012, 871 (874); BFH, Urt. v. 11.1.2012 – I R 30/10, BFH/NV 2012, 1105 (1107) hatte dies noch verneint.

waltungsvorschrift hätte den unionsrechtlichen Vorgaben auch für einen begrenzten Zeitraum nicht genügt; es bedurfte des Tätigwerdens des Gesetzgebers.<sup>82</sup>

Allerdings mutet die gefundene gesetzliche Regelung eher als ein Recht zur Verhinderung von Erstattungsansprüchen an, da die Erstattung an zahlreich restriktive Voraussetzungen geknüpft ist.<sup>83</sup> Neben dem Erfordernis von Sitz und Geschäftsleitung in einem EU-/EWR-Staat muss der Anteilseigner im Ansässigkeitsstaat einer § 1 KStG vergleichbaren unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen und darf nicht steuerbefreit sein (§ 32 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KStG). Daneben werden in § 32 Abs. 5 Satz 2 KStG zahlreiche Ausschlussgründe normiert. So muss der Steuerpflichtige insbesondere durch Bescheinigung der Steuerbehörden des Ansässigkeitsstaates nachweisen, dass die deutsche Kapitalertragsteuer im Ansässigkeitsstaat keinerlei Berücksichtigung findet (§ 32 Abs. 5 Satz 2 Nr. 5 i.V.m. Satz 4 u. 5 KStG).

Man kann darüber streiten, ob die verfahrensrechtlichen Anforderungen den Effektivitätsgrundsatz des Art. 4 Abs. 3 EUV verletzen, indem sie die Durchsetzung der Gleichbehandlung ausländischer Anteilseigner faktisch nahezu unmöglich machen.<sup>84</sup> Das Erfordernis einer der ausländischen Finanzbehörde im Zweifel unbekannt Bescheinigung dürfte den Anteilseigner vielfach vor erhebliche Probleme stellen. Andererseits hat der EuGH Nachweispflichten zulasten des Steuerpflichtigen ungeachtet der hiermit verbundenen Erschwernisse bisher für zulässig erachtet.<sup>85</sup>

Befriedigend ist die Lösung dennoch nicht. Denn der Gesetzgeber bleibt im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich des Erstattungsanspruchs hinter dem europarechtlich Gebotenen zurück.<sup>86</sup> Der Erstattungsanspruch ist auf EU-/EWR-ansässige (Sitz und Ort der Geschäftsleitung) Körperschaften beschränkt, statt auch Drittstaatenkörperschaften einzubeziehen. Es handelt sich hierbei nicht um eine unionsrechtliche „Minimallösung“,<sup>87</sup> sondern um eine klar unionsrechtswidrige *Scheinlösung*. Die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, auf deren Grundlage die verschiedenen Streubesitzdividendenurteile des EuGH ergangen sind, auf Drittstaatenverhalte steht für Altfälle vor Einführung von § 8b Abs. 4 KStG außer Frage;<sup>88</sup> sie wird für Beteiligungen unterhalb von 10% auch nicht durch die Niederlassungsfreiheit verdrängt.<sup>89</sup> Ferner sind keine erweiterten Rechtfertigungsmöglichkeiten gegenüber Drittstaatenangehörigen ersichtlich. Zwar sollen sich restriktivere Regelungen gegenüber Drittstaatenangehörigen im Fall eingeschränkter Ermittlungsmöglichkeiten rechtfertigen lassen. Dies setzt allerdings voraus, dass es derartiger Ermittlungen im Ausland bedarf. Dies ist vorliegend grundsätzlich nicht der Fall. Zwar hat der EuGH zugestanden, dass die Erhebung von Kapitalertragsteuer durch den Quellenstaat zulässig sein kann, soweit sichergestellt ist, dass diese im Sitzstaat vollständig angerechnet und gegebenenfalls auch erstattet wird.<sup>90</sup> Dementsprechend schließt § 35 Abs. 5 Satz 2 Nr. 5 KStG den Erstattungsanspruch aus, wenn die Kapitalertragsteuer im Sitzstaat Berücksichtigung findet. Diesbezüglich kann ein Ermittlungsbedürfnis bestehen. Ausreichend zur Vermeidung einer Doppelentlastung wäre es aber auch gegenüber Drittstaatenkörperschaften gewesen, die Erstattung davon abhängig zu machen, dass der Steuerpflichtige den Nachweis fehlender

Kompensation im Sitzstaat erbringt. Dies sieht § 32 Abs. 5 Satz 2 Nr. 5 i.V.m. Satz 4 u. 5 KStG für den EU-/EWR-Fall ohnehin vor. Die vollständige Ausgrenzung von Drittstaaten-sachverhalten ist somit unverhältnismäßig. Wird die Nachweispflicht dem Steuerpflichtigen aufgebürdet, lässt sich, jedenfalls wenn der Drittstaat auf der Grundlage von DBA eine den Instrumenten der Amtshilferichtlinie vergleichbare Amtshilfe leistet, nicht entgegenhalten, dass in Drittstaaten-sachverhalten eine Überprüfung der Voraussetzungen mangels Amtshilferichtlinie<sup>91</sup> nicht möglich und die Benachteiligung hierdurch gerechtfertigt sei.<sup>92</sup>

Auch die weiteren einschränkenden Voraussetzungen für EU-/EWR-Körperschaften (unbeschränkte Steuerpflicht und kein Eingreifen einer Steuerbefreiung im Ansässigkeitsstaat) sind unionsrechtlich nicht haltbar,<sup>93</sup> da sie für inländische Körperschaften nicht gelten.<sup>94</sup> Insbesondere gilt der Erstattungsanspruch damit nach Wortlaut<sup>95</sup> und Gesetzesbegründung<sup>96</sup> nicht für im Ausland ansässige Investmentfonds. Diese Einschränkung ist mit der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen FIM Santander u.a. vom 10.5.2012<sup>97</sup> und Kommission/Belgien vom 25.10.2012<sup>98</sup> unvereinbar.<sup>99</sup> In beiden Entscheidungen hat der EuGH die Diskriminierung

von Investmentfonds für mit Art. 56 AEUV unvereinbar angesehen. Dass Investmentfonds im EuGH-Urteil vom 20.10.2011 nicht explizit erwähnt werden, entbindet den Gesetzgeber aufgrund der unmittelbaren Geltung des Unionsrechts nicht davon, Investmentfonds von sich aus einzubeziehen. Er wird hierzu ohnehin über kurz oder lang gezwungen werden. Das scheinbarweise Vorgehen ist umso ärgerlicher, als die entsprechenden EuGH-Entscheidungen bereits zu Beginn des Gesetzgebungsprozesses vorlagen. Zwar hat der Gerichtshof dem Umstand, ob die Empfängerinvestmentgesellschaft im Ansässigkeitsstaat steuerbefreit ist, durchaus Bedeutung beigemessen,<sup>100</sup> da ein Erstattungsanspruch inländischer Investmentfonds aber unabhängig von deren Steuerbefreiung durch § 11 InvStG besteht, kann dem Vorwurf der Ungleichbehandlung nicht mit der fehlenden Vergleichbarkeit begegnet werden.

Soweit § 32 Abs. 5 KStG hinter den Vorgaben des AEUV zurückbleibt, können Erstattungsansprüche direkt auf die Kapitalverkehrsfreiheit gestützt werden. Dabei sind die Zuständigkeitsregeln des § 32 Abs. 5 KStG anzuwenden, da der Anwendungsvorrang zu dessen europarechtskonformer Erweiterung für die zu Unrecht nicht erfassten Fälle führt,<sup>101</sup> so dass die Anträge insbesondere beim Bundeszentralamt gestellt werden können.

Darüber hinaus wird die Anwendbarkeit von § 32 Abs. 5 KStG auch auf nach dem 28.2.2013 zufließende Bezüge ausländischer Anteilseigner diskutiert,<sup>102</sup> soweit es durch die Erhebung der Kapitalertragsteuer auf Bruttobasis zu einer Benachteiligung gegenüber inländischen Anteilseignern kommt, die im Wege der Veranlagung ungeschmälert im Zusammenhang mit der Streubesitzbeteiligung stehende Betriebsausgaben geltend machen können (§ 8b Abs. 4 Satz 7 KStG).

Da sich die sehr restriktiven Voraussetzungen von § 32 Abs. 5 KStG nicht explizit aus der Entscheidung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ablesen lassen, wirft die rückwirkende Anwendung für vor dem 28.2.2013 zugeflossene Kapitalerträge (§ 34 Abs. 13b Satz 4 KStG) die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot auf.<sup>103</sup> Diese Frage stellt sich letztlich immer, wenn der Gesetzgeber im Anschluss an eine EuGH-Entscheidung deren Inhalt mit der Folge zusätzlicher Anforderungen an den Steuerpflichtigen konkretisiert. Handelt es sich lediglich um unselbständige Regeln, etwa eine Antragspflicht, ohne die sich ein entsprechender Anspruch nicht durchsetzen lässt, greift das Rückwirkungsverbot schon deshalb nicht ein, weil derartige Begleitmaßnahmen nichts an der grundsätzlichen Einordnung der Regelung als begünstigend ändern. Rechtsstaats- und Vertrauensschutzprinzip schützen nur vor rückwirkenden Belastungen. Anders ist dies zu sehen, wenn im Zuge der rückwirkenden Normierung der dem Grunde nach günstigen Regelung eigenständige Belastungen eingeführt werden, die die Inanspruchnahme der Begünstigung vereiteln können und die für den Steuerpflichtigen nicht vorhersehbar waren. Unterlässt der Steuerpflichtige beispielsweise Maßnahmen zur Sicherung von rückwirkend eingeforderten Nachweisen, die später nicht mehr nachholbar sind, wäre – auch wenn es sich um bloße Obliegenheiten zur Sicherung eines Anspruchs gegen den Staat handelt – von einer Verletzung des Rechts-

staatsprinzips auszugehen. Vorliegend ist dies jedoch zu verneinen. Unabhängig davon ob und ab wann die von § 32 Abs. 5 Satz 3 ff. KStG geforderten Nachweise für den Steuerpflichtigen vorhersehbar waren, dürfte es prinzipiell möglich sein, diese auch noch im Nachhinein einzuholen.

## H. Fazit

Minimalinvasive Eingriffe sind aus der modernen Operationstechnik nicht hinwegzudenken. Sie gelten als kostengünstig und weniger belastend. Freilich haben sie Grenzen bei unübersichtlichem Operationsgelände. Mit dem EuGHDiv-UmsG versucht der Gesetzgeber, den Beanstandungen des EuGH hinsichtlich der Behandlung von Streubesitzdividenden auf minimalinvasive Weise gerecht zu werden. Der Gesetzesübel ist Programm: Der Gesetzgeber schaut nicht nach rechts und links, er arbeitet allein die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache C-284/09 ab. Zur möglichst bruchfreien Beseitigung von Unionsrechtsverstößen ist dies jedoch die falsche Methode. Gerade weil Judikate des Europäischen Gerichtshofs den Gesetzgeber oftmals vor schwierige Entscheidungen stellen, wird das minimalinvasive Vorgehen der Situation nicht gerecht. Im Gerangel um die finanziellen Auswirkungen der EuGH-Entscheidung vom 20.10.2011 hat der Gesetzgeber offensichtlich die Übersicht verloren: Das EuGHDivUmsG bricht mit Grundprinzipien des 2001 eingeführten Körperschaftsteuersystems und verfehlt gleichzeitig das Ziel einer europarechtskonformen Lösung. Weder wird die Entscheidung in einen allgemeinen europarechtlichen Kontext gestellt – deshalb sind Drittstaatengesellschaften und Investmentfonds nicht in die Erstattungsregel einbezogen und deshalb meint der Gesetzgeber, mit einer nur ausländische Anteilseigner treffenden Bruttobesteuerung durchkommen zu können – noch wird der nationale Kontext berücksichtigt. Dies betrifft nicht nur den zentralen Vorwurf des Bruchs mit den Grundwertungen des geltenden Körperschaftsteuersystems, sondern auch die fehlende Abstimmung mit den Regeln der gewerbsteuerlichen Streubesitzbesteuerung.

Prof. Dr. Johanna Hey ist Direktorin des Instituts für Steuerrecht an der Universität zu Köln.

82 St. Rspr.: Pflicht zur Änderung mindestens auf derselben Stufe der Normenhierarchie, siehe *Englisch*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 4 Rz. 29, u. a. unter Verweis zum Beispiel auf EuGH, Urt. v. 26.10.1995 – Rs. C-151/94 – Kommission/Luxemburg, EuGHE 1995, I-03685, Rz. 18.

83 Kritik zum Beispiel *Intemann*, BB 2013, 1239 (1243); *Benz/Jettner*, DStR 2013, 489 (494), die allein 11 Voraussetzungen für die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs ausmachen.

84 *Jansen*, Das Steuerverfahren im Spannungsfeld von Europa- und Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Spendenrechts, Diss., Baden-Baden, 2012, S. 85 f.

85 EuGH, Urt. v. 28.1.1992 – Rs. C-204/90 – Bachmann, EuGHE 1992, I-249 Rz. 18, 20; v. 3.10.2002 – Rs. C-136/00 – Danner, EuGHE 2002, I-8147, Rz. 50; v. 13.3.2007 – Rs. C-524/04 – Test Claimants in the Thin Cap Group litigation, EuGHE 2007, I-2107, Rz. 85; nicht unproblematisch hinsichtlich der Gefahr, dass die Berufung auf die Grundfreiheiten mittels des Verfahrensrechts zum Scheitern gebracht wird; siehe *Englisch*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 4 Rz. 104.

86 *Linn*, ISrR 2013, 235 (237); *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 (731); *Johannemann/Herr*, ISrR 2013, 94; zweifelnd auch *Intemann*, BB 2013, 1239 (1243).

87 So wohlwollend *Hechtner/Schnüger*, Ubg. 2013, 269 (276), die allerdings in der Sache auch davon ausgehen, dass der Erstattungsanspruch Drittstaatenkörperschaften in gleicher Weise zusteht.

88 *Patzner/Nagler*, ISrR 2012, 437 (438); *Linn*, ISrR 2013, 235 (237); *Lemaître*, IWB 2013, 269 (276); *Johannemann/Herr*, ISrR 2012, 94 (96 ff.); *Geurts/Faller*, DStR 2012, 2357 (2359); *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 (731); *Desens*, DStR 2013, Beihefte zu Heft 4 [17]; *Anissimov/Stöber*, DStZ 2013, 380 (383); *Anissimov*, in: Lademann, KStG, Loseblatt, § 32 KStG Rz. 140 (Lfg. März 2013); *Schön*, JbFStR 2012/13, 33 (56); *Duttiné/Stumm*, BB 2012, 867 (872).

89 Zur Abgrenzung zwischen Art. 49 und Art. 56 AEUV aktuell EuGH v. 13.11.2012 – Rs. C-35/11 – Test Claimants in the FII Group Litigation, ISrR 2012, 924. Anders ist dies für nach dem 28.2.2013 zufließende Dividenden, da eine Ungleichbehandlung hier nur noch für Beteiligungen von 10% und mehr auftreten kann, ebenso *Benz/Jettner*, DStR 2013, 489 (494); *Kusch*, NWB 2013, 1068 (1074). *Gosch*, NWB 2012, 4043 ff., hatte im Vorfeld ausgeführt, dass sich eine Erstattungsregel für zukünftige Fälle durch entsprechende Wahl der Beteiligungsgrenze auf EU-/EWR-Fälle hätte beschränken lassen.

90 EuGH, Urt. v. 8.11.2007 – Rs. C-379/05 – Amurta, EuGHE 2007, I-9569, Rz. 52.

91 EuGH, Urt. v. 18.12.2007 – Rs. C-101/05 – A, EuGHE 2007, I-11531; v. 10.2.2011 – C 436/08 – Haribo, EuGHE 2011, I-305 Rz. 67.

92 In diese Richtung auch *Sydou*, JbFStR 2012/2013, 58, die aus diesen Grund für den Fall, dass sich der Gesetzgeber für eine generelle Erstattungslösung entscheiden hätte, Schwierigkeiten der Ausgrenzung von Drittstaatenfällen sah.

93 *Hechtner/Schnüger*, Ubg. 2013, 269 (276 f.).

94 § 8b KStG wird durch das Hinzutreten anderweitiger Steuerbefreiungen nicht verdrängt, vgl. BFH, Urt. v. 14.1.2009 – I R 47/08, BStBl. II 2011, 131 (133); v. 23.6.2010 – I R 71/09, BStBl. II 2011, 129 (131).

95 Die Anwendung scheitert im Zweifel an der Voraussetzung, dass der Antragsteller im Ansässigkeitsstaat nicht steuerbefreit sein darf (§ 32 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c KStG).

96 BT-Drucks. 17/11314, S. 5.

97 EuGH, Urt. v. 10.5.2012 – verb. Rs. C-338/11 bis C-347/11 – FIM Santander u.a., ISrR 2012, 432.

98 EuGH, Urt. v. 25.10.2012 – Rs. C-387/11 – Kommission/Belgien, ISrR 2012, 971.

99 Ebenso *Ebner*, NWB 2013, 2147 (2149); *Linn*, ISrR 2013, 235 (328).

100 EuGH, Urt. v. 25.10.2012 – Rs. C-387/11 – Kommission/Belgien, ISrR 2012, 971, Rz. 60, 61.

101 A.A. unter Verknüpfung des Gewaltenteilungsprinzips *Anissimov/Stöber*, DStZ 2013, 379 (387).

102 *Lemaître*, IWB 2013, 269 (273, 279), der insofern auf die vor Inkrafttreten von § 32 Abs. 5 KStG seitens des BFH „aufgestellten Regeln“ zurückgreifen will, so dass der Antrag bei den nach § 20 Abs. 3 und 4 AO zuständigen Finanzämtern zu stellen wäre.

103 Die Verletzung wird bejaht durch *Hechtner/Schnüger*, Ubg. 2013, 269 (278).

# KSzW

Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht



## Wissenschaftlicher Beirat:

Prof. Dr. Klaus P. Berger LL.M.  
Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb  
Prof. Dr. Ulrich Ehricke LL.M., M.A.  
Prof. Dr. Barbara Grunewald  
Prof. Dr. Joachim Hennrichs  
Prof. Dr. Martin Henssler  
Prof. Dr. Norbert Herzig  
Prof. Dr. Johanna Hey  
Prof. Dr. Kirk W. Junker  
Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel  
Prof. Dr. Cornelius Nestler  
Prof. Dr. Ulrich Preis  
Prof. Dr. Hanns Prütting  
Prof. Dr. Anja Steinbeck

## Bilanz- und Steuerrecht

Aus dem Inhalt:

Fachbeiträge

- 311** *Heinrich Weber-Grellet*  
Wider den subjektiven Fehlerbegriff – ein Beitrag zur  
Stärkung des Steuerrechts
- 318** *Thomas Blöink*  
Die Reform der EU-Bilanzrichtlinien
- 324** *Sebastian Mock*  
Kapitalmarktrechtliche Finanzberichterstattung und  
Deutscher Corporate Governance Kodex
- 343** *Klaus-Dieter Drüen*  
Zur steuerrechtlichen Regulierung von Manager-  
vergütungen
- 353** *Johanna Hey*  
Körperschaftsteuerpflicht für Streubesitzdividenden:  
systemwidrig – verfassungswidrig – europarechtswidrig

**ols** Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

# 4.13

www.kszw.de  
S.309-388  
PVSt 24857