

# FR

## Finanz-Rundschau

# Ertragsteuerrecht

EST · KSt · GewSt · UmwSt · ErbSt

Herausgegeben  
in Verbindung mit dem Fachinstitut der Steuerberater

5. Juni 2016

Seiten 485–528

98. Jahrgang · 11/2016

Prof. Dr. jur. Johanna Hey, Köln\*

### Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase – Zur Verfassungswidrigkeit von § 238 AO und § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG

Steuergesetzgeber und Rechtsprechung verweigern sich bisher, Schlussfolgerungen aus der anhaltenden Niedrigzinsphase zu ziehen, obwohl die steuergesetzlichen Zinstypisierungen mit 6 % bzw. 5,5 % evident realitätsfern sind. Im Folgenden wird dargelegt, dass

die Besteuerung aufgrund von Sachverhaltsfiktionen nicht nur berechtigte steuerpolitische Änderungsforderungen auslöst, sondern verfassungsrechtlichen Handlungsbedarf begründet.

#### I. Niedrigzinsphase und Besteuerung: Von steuerpolitischen Forderungen zu verfassungsrechtlichen Handlungszwängen

An die Politik gerichtete Forderungen nach einer Anpassung steuergesetzlicher Normen an die seit Jahren anhaltende Niedrigzinsphase sind bisher wirkungslos verhallt. Dabei dürfte der Tatsachenbefund unstreitig sein. Der dramatische Abfall der Zinskurve<sup>1</sup> lässt sich

nicht wegdiskutieren. Auch kann der Einbruch des Zinsniveaus nicht mehr als natürliche Schwankung der Zinskurve interpretiert werden, die möglicherweise durch bloßes Zuwarten „abgewettert“ werden kann. Der Leitzins der EZB hat seit sieben Jahren die 1 %-Grenze kaum noch überschritten; seit vier Jahren liegt er deutlich unter 1 % – mit stetig abnehmender Tendenz. Seit März 2016 gilt ein Leitzins von 0 %.

Leitzinsen Federal Reserve Bank of the United States, Deutsche Bundesbank und Europäische Zentralbank

Quelle: Deutsche Bundesbank, Fredgraph Fed St. Louis

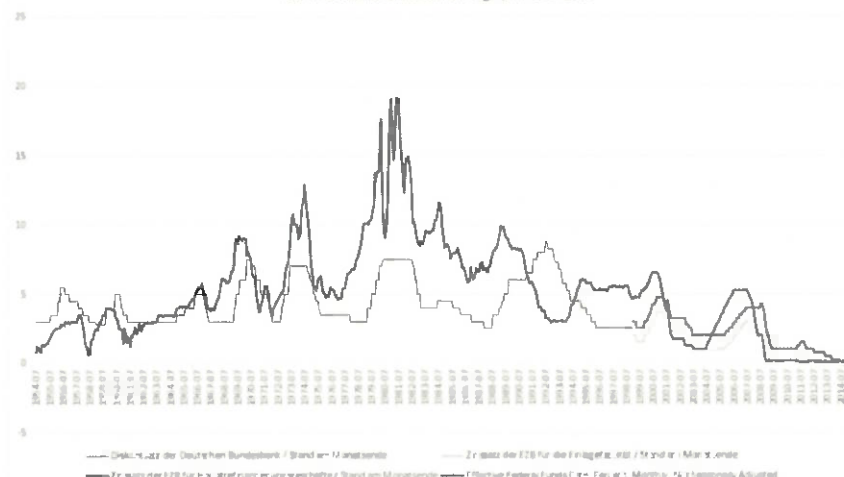


Abbildung 1; Quelle: <https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Leitzinsen.png>

\* Prof. Dr. Johanna Hey ist Direktorin des Instituts für Steuerrecht an der Universität zu Köln. Der Beitrag beruht auf einem Referat der Autorin auf dem 58. Berliner Steuer-

gespräch am 15.2.2016.

1 Zur Entwicklung des Leitzinses der Deutschen Bundesbank und der EZB s. Abbildung 1.

## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

Ungeachtet der erheblichen Bandbreite volkswirtschaftlicher Vorhersagen<sup>2</sup> deutet nichts auf eine schnelle signifikante Erholung hin. Auch jenseits der Niedrigzinspolitik der EZB zur Stützung der Staatshaushalte der Krisenstaaten wird bezweifelt, dass die hohen Zinssätze der Vergangenheit von in der Spitze 9 bis 10 %<sup>3</sup> jemals wieder erreicht werden können.<sup>4</sup>

### II. Zinsniveau und Gleichmäßigkeit der Besteuerung

Zunächst ist die „Abschaffung von Zinsen“ für die Gleichmäßigkeit der Besteuerung ein Gewinn. Ob Steuern auch im tatsächlichen Belastungserfolg gleichmäßig wirken, muss richtigerweise in Steuerbarwerten gemessen werden, die unterschiedliche Steuerentstehungs- und Steuerzahlungszeitpunkte ausblenden.<sup>7</sup>



Abbildung 2; Quelle: <https://www.voba-sbh.de/private-banking/service/vermoegensstruktur.html>

Der Tatsachenbefund der anhaltenden Niedrigzinsphase ist unstrittig. Es sind die finanziellen Auswirkungen, die den Steuergesetzgeber bisher vom Handeln abhalten,<sup>5</sup> und das, obwohl der Staatshaushalt massiv vom niedrigen Zinsniveau profitiert. Allein die Zinsausgaben des Bundes haben sich von rund 40 Mrd. Euro in 2008 auf rund 21 Mrd. Euro in 2015 nahezu halbiert.<sup>6</sup>

Ist der Steuergesetzgeber von sich aus nicht zum Handeln bereit, wird es gerichtlicher Hilfe bedürfen, ihm die Notwendigkeit gesetzlicher Anpassungen vor Augen zu führen. Dies wirft die Frage auf, ob sich die steuerpolitischen Forderungen zu verfassungsrechtlichen Handlungspflichten verdichten lassen. Ab wann und unter welchen Umständen führt der Niedrigzins bei unverändertem Normenbestand zur Verfassungswidrigkeit der Besteuerung?

Denn für die Gleichgerechtigkeit der Besteuerung ist nicht allein das Ob der Besteuerung, sondern das Wann der Besteuerung maßgebend. Die Attraktivität von Steuerstundungsmodellen, gegen die sich § 15b EStG richtet, erklärt sich in erster Linie aus den Zinseffekten späterer Versteuerung.<sup>8</sup> Zentrale Unterschiede zwischen der Gewinnermittlung durch Bestandsvergleich und durch Überschussrechnung liegen im Zeitpunkt der Besteuerung.<sup>9</sup> Der Grundsatz der Gesamtgewinnlichkeit<sup>10</sup> vermag das Steuerobjekt anzugleichen, eliminiert indes nicht die Zinseffekte der Versteuerung zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Sind Haben- und Sollzins gleichermaßen auf (nahezu) null gestellt, nähern sich beide Gewinnermittlungsmethoden in ihren Wirkungen stark aneinander an. Zinsvorteile sind mit der späteren Steuerzahlung nicht länger verbunden. Es bleiben lediglich Liquiditätseffekte, solan-

2 Zu den großen Unsicherheiten von Modellen zur langfristigen Zinsprognose s. *Beyer/Wieland*, Schätzung des mittelfristigen Gleichgewichtszinses in den Vereinigten Staaten, Deutschland und dem Euro-Raum mit der Laubach-Williams-Methode, Arbeitspapier 03/2015, für den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.

3 Zur Rendite zehnjähriger Bundesanleihen s. Abbildung 2.

4 Z.B. *Summers*, Reflections on the New Secular Stagnation Hypothesis in *Teulings/Baldin*, *Secular Stagnation*, 2014, 27 ff.

5 Einleuchtend *Geberth*, *ifst-Schrift* Nr. 507 (2015), 22.

6 <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/157800/umfrage/entwicklung-der-zinsausgaben-des-bundes-seit-1969/>.

7 *Dorenkamp*, *Nachgelagerte Besteuerung von Einkommen*, Diss. 2004, 76 f.

8 *Kaeser* in *Kirchhof/Söhn*, EStG, § 15b Anm. A1 (2009).

9 *Hennrichs* in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 22. Aufl. 2015, § 9 Rz. 552.

10 BFH v. 4.7.1990 – GrS 1/89, BStBl. II 1990, 830 (834 ff.); *Drüen*, *Periodengewinn und Totalgewinn*, Diss. 1999, 61 ff.

## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

ge nicht alle Unternehmen in gleicher Weise freien und unbegrenzten Zugang zum Kapitalmarkt haben.

Auch die Zinsbesteuerung erfordert keine unmittelbaren Anpassungen. Das Steueraufkommen sinkt naturgemäß mit infolge sinkender Zinsen sinkenden Zinseinkünften. Solange die Zinsbesteuerung, wie unter der Geltung der Abgeltungsteuer, auf tatsächlichen Zinseinkünften basiert, atmet die Besteuerung mit der Zinskurve. Das wäre anders nur unter einer Sollertragsbesteuerung, die mit bestimmten typisierten Zinsannahmen arbeitet, wie die sog. Box 3-Besteuerung in den Niederlanden.<sup>11</sup> Probleme entstehen bei einer Ist-Besteuerung erst dann, wenn für Einlagen Strafzinsen gezahlt werden müssen<sup>12</sup> bzw. wenn der Realzins infolge einer den Nominalzins übersteigenden Inflation negativ wird. Allerdings hat das BVerfG bisher aus Art. 14 Abs. 1 GG keine Pflicht zur Berücksichtigung der Inflation bei der Besteuerung von Kapitaleinkünften abgeleitet,<sup>13</sup> wengleich der Gesetzgeber andererseits verfassungsrechtlich nicht gehindert ist, der besonderen Inflationsanfälligkeit von Kapitaleinkünften, z.B. durch ermäßigte Steuersätze, Rechnung zu tragen.<sup>14</sup>

### III. Niedrigzinsen als Rechtsproblem in Bezug auf gesetzliche Zinsannahmen

Zum Rechtsproblem wird die Niedrigzinsphase dort, wo der Gesetzgeber in der Vergangenheit auf der Grundlage eines deutlich höheren Zinsumfelds Zinsannahmen getroffen und die entsprechenden Normen auch dann nicht an die veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen angepasst hat, als deutlich war, dass der Zinsverfall persistent ist.

Gesetzliche Zinsannahmen können in Form von Zinssatztypisierungen explizit erfolgen. So legt der Gesetzgeber für die Verzinsung von Steuerforderungen in § 238 AO und für die Abzinsung von Pensionsrückstellungen in § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG einen Zinssatz von 6 % zugrunde; in § 6 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 3a Buchst. e EStG für Verbindlichkeiten ohne Zinsanteil und Rückstellungen von 5,5 %. Dies entspricht dem im Bewertungsgesetz für die Bewertung unverzinslicher Forderungen oder Schulden angeordneten Zinssatz (§ 12 Abs. 3 Satz 2 BewG).

Aber auch implizit liegen manchen Vorschriften Zinsannahmen zugrunde. So erfasst die Zinsschranke des § 4h EStG aufgrund der 3 Mio.-Euro-Freigrenze je nach Zinsniveau einen sehr unterschiedlich großen Kreis von Unternehmen.<sup>15</sup> Für das einzelne Unternehmen, das unter die Zinsschranke fällt, ändert sich hierdurch nichts am Belastungsergebnis. Der Charakter der Norm ändert sich indes, wenn immer weniger Unternehmen erfasst werden. Gleichzeitig ist das Bedürfnis für eine gegen Fremdfinanzierungsgestaltungen

gerichtete Missbrauchsvermeidungsvorschrift infrage gestellt, wenn zur Erzielung nennenswerter Verlagerungserfolge immer größere Kapitalbeträge bewegt werden müssen. Ist die Norm funktionslos oder trifft sie eher atypische Einzelfälle, sollte sie aus Gründen der Gesetzeshygiene besser abgeschafft werden, ein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Handlungsauftrag lässt sich indes nicht begründen.

### IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen steuergesetzlicher Zinssatztypisierungen

#### 1. Funktion und Regelungsgehalt steuergesetzlicher Zinssatztypisierungen

Anders sieht dies aus, soweit der Gesetzgeber sich mit expliziten Zinssatztypisierungen so weit von der Realität entfernt, dass er die gleichheitssatzrechtlichen Anforderungen an eine verfassungskonforme Typisierung nicht mehr erfüllt.

Zinssatztypisierungen dienen der Vereinfachung indem Zinsvorteile oder -nachteile nicht anhand der individuellen Verhältnisse der Steuerpflichtigen ermittelt werden, sondern generalisierend die konkreten Vertragsbedingungen ausblenden, z.B. Laufzeit und Bonität, die sich auf den individuellen Zinsvorteil oder -nachteil auswirken können. Feste Zinstypisierungen, die unabhängig von der Veränderlichkeit der Marktzinssätze, an denen sie sich orientieren, konstant bleiben, typisieren zudem über die Zeit hinweg ein durchschnittliches Zinsniveau und machen die Besteuerung damit von konjunkturellen Schwankungen der Zinskurve unabhängig.

Welchen Zinssatz der Steuergesetzgeber als Referenz vor Augen hat, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Ob es sich hierbei um Haben- oder Sollzinsen handelt, ob um Unternehmensanleihen oder Konsumentenkredite, lang- oder kurzfristige Vertragslaufzeiten, hängt vom jeweiligen Kontext ab. Es gibt nicht den einen allgemeinen „Marktzins“. Woran sich der Gesetzgeber orientiert bzw. orientieren müsste, ist anhand des Normzwecks zu bestimmen.

#### 2. Der allgemeine Gleichheitssatz als Grenze gesetzlicher Typisierungen

Das BVerfG billigt dem Gesetzgeber im steuerlichen Massenfallrecht einen erheblichen Typisierungsspielraum zu.<sup>16</sup> Vereinfachungszwecknormen sind unerlässlich, um einen gleichheitssatzkonformen Steuervollzug zu ermöglichen, auch wenn sie ihrerseits zu Ungleichbehandlungen führen. Die Ungleichbehandlung ist der Typisierung inhärent, weil bestimmte in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte unter generalisierender Vernachlässigung von

11 Lühn, PStB 2013, 302 (305 f.); Häck/Spierts, IStR 2014, 58 (61).

12 S. hierzu BMF-Schr. zur Abgeltungsteuer v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017 - 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85 (106, Tz. 129a), wonach negative Einlagezinsen nicht als Zinsen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG einzuordnen sein sollen, sondern als Verwahr- und Einlagegebühr, die bei den Einkünften aus Kapitalvermögen als Werbungskosten vom Spärer-Pauschbetrag gem. § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG erfasst ist.

13 BVerfG v. 19.12.1978 – 1 BvR 335/76, 1 BvR 427/76, 1 BvR

811/76, BVerfGE 50, 57 (104 ff.).

14 BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (282) = FR 1991, 375 m. Anm. Felix.

15 Vgl. zur Bedeutung des Zinsniveaus für die Zinsschranke Kreft/Schmitt-Homann, BB 2009, 2404 (2408).

16 BVerfG v. 28.6.1960 – 2 BvL 19/59, BVerfGE 11, 245 (254); v. 31.5.1988 – 1 BvR 520/83, BVerfGE 78, 214 (227) = FR 1988, 675; v. 8.10.1991 – 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (359) = FR 1992, 70; v. 9.12.2008 – 2 BvL 1, 2/07, 1, 2/08, BVerfGE 122, 210 (232); v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 (277 f.) = FR 2010, 804 m. Anm. Greite.

## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

Besonderheiten normativ zusammengefasst werden.<sup>17</sup> Zu Ungleichbehandlungen kommt es sowohl in der Gruppe derer, die von der Typisierung betroffen sind, als auch zwischen Gruppen bzw. Sachverhalten, die typisiert werden und solchen, bei denen der konkrete Einzelfall zugrunde gelegt wird.

Grenzen setzt der allgemeine Gleichheitssatz. Der Vereinfachungszweck rechtfertigt nicht jede durch Typisierung bewirkte ungleiche Behandlung. Vielmehr kommt es auf das Ausmaß der Ungleichbehandlung an. Die wirtschaftlich ungleiche Wirkung auf die Steuerzahler darf ein gewisses Maß nicht übersteigen. Die steuerlichen Vorteile der Typisierung müssen im rechten Verhältnis zu der durch die Typisierung bewirkten Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen.<sup>18</sup> Noch enger fordert das Gericht zum Teil, die durch die Typisierung bedingten Härten und Ungerechtigkeiten dürften nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen treffen und der Sache nach nicht intensiv sein.<sup>19</sup> Zudem soll es darauf ankommen, ob diese Härten ohne größere Schwierigkeiten vermeidbar gewesen wären.<sup>20</sup>

Zentrale Bedingung verfassungskonformer Typisierung ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG zudem ihre Realitätsgerechtigkeit.<sup>21</sup> Realität snähe setzt voraus, dass die gesetzlichen Verallgemeinerungen „von einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung ausgehen“.<sup>22</sup> Insbesondere darf der Gesetzgeber für eine gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen,<sup>23</sup> sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen.<sup>24</sup> Er ist berechtigt, von einem Gesamtbild auszugehen, das nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt.<sup>25</sup> Zwar kann auch die realitätsferne Typisierung vereinfachend wirken, es handelt sich dann aber

nicht mehr um eine Typisierung der Realität, sondern um eine Fiktion.<sup>26</sup> Dort, wo der Sachverhalt aufklärbar ist, noch mehr, wenn er – wie im Fall des Zinsniveaus – allgemein zugänglich und offen zutage tritt, ist das Handeln auf der Grundlage von Sachverhaltsfiktionen verfassungswidrig. Die Besteuerung auf der Grundlage von Sachverhaltsfiktionen ohne Realitätsbezug führt zu willkürlichen Belastungsergebnissen.<sup>27</sup>

### 3. Anpassungsbedarf bei Prognoseentscheidungen

#### a. Grenzen des weiten Prognosespielraums des Gesetzgebers

Im Fall statischer gesetzlicher Zinsannahmen enthält die Typisierung nicht nur ein generalisierendes, sondern auch ein prognostisches Element indem nicht nur individuelle Zinskonditionen, sondern auch zyklische Zinsschwankungen ausgeblendet werden. Diese waren in der Vergangenheit mal stärker, mal schwächer ausgeprägt, aber stets war der Zins in einer Auf- und Abwärtsbewegung. Die Entscheidung für einen fixen Zinssatz soll die Volatilität dieser kurzfristigen Zinsentwicklungen eliminieren und so permanente Anpassungen vermeiden. Der Gesetzgeber trifft dabei eine Annahme über den zukünftigen Verlauf der Zinskurve. Hierbei kann er sich auf seinen weiten Prognosespielraum berufen.<sup>28</sup> Dieser schließt auch Irrtümer über den Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung ein.<sup>29</sup> Die Notwendigkeit, prognostische Entscheidungen zu treffen, berechtigt freilich nicht dazu, an Gesetzen festzuhalten, deren Voraussetzungen sich erkennbar im Zeitablauf in entscheidender Weise verändert haben.<sup>30</sup> Tritt die fehlerfrei getroffene Prognose nicht ein, wird das Gesetz ungeachtet des Prognosespielraums verfassungswidrig.<sup>31</sup>

Fraglich ist, ab wann von der Fehlerhaftigkeit einer Prognose auszugehen ist und mit welcher Wirkung der Gesetzgeber tätig werden muss. Dem Gesetzgeber

17 Vgl. BVerfG v. 7.5.2013 – 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07, BVerfGE 133, 377 (412) = FR 2013, 712 m. Anm. Greite; v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 (279) = FR 2010, 804 m. Anm. Greite.  
18 Ständige Rspr. vgl. BVerfG v. 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99, 905/00, BVerfGE 110, 274 (292); v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 (31) = FR 2007, 338 sowie v. 10.4.1997 – 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 (6) = FR 1997, 571; v. 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280 (290) = FR 1999, 254; v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 (127) = FR 2002, 391 m. Anm. Fischer; v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (182 f.); v. 15.1.2008 – 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, 1 (30) = FR 2008, 818 m. Anm. Keß; v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (246) = FR 2010, 1141.  
19 BVerfG v. 8.10.1991 – 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (360) = FR 1992, 70.  
20 BVerfG v. 8.10.1991 – 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (360) = FR 1992, 70.  
21 BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (233, 240); v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (182 f.); v. 11.1.2005 – 2 BvR 167/02, BVerfGE 112, 164 (180 f.) = FR 2005, 706.  
22 BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 (279) = FR 2010, 804 m. Anm. Greite; v. 8.10.1991 – 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (359) = FR 1992, 70; v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234 (255); v. 10.4.1997 – 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 (6) = FR 1997, 571.  
23 BVerfG v. 22.2.1984 – 1 BvL 10/80, BVerfGE 66, 214 (223) = FR 1984, 340; v. 16.3.2005 – 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268 (280 f.) = FR 2005, 759; v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 (31) = FR 2007, 338.

24 BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (182 f.); v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (233).  
25 BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (257) = FR 2010, 1141; ferner BVerfG v. 16.3.2005 – 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268 (280) = FR 2005, 759.  
26 Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen Typisierung und Fiktion s. Jachmann, Die Fiktion im Öffentlichen Recht, Habil. 1998, 209 ff.  
27 Jonas, Ubg 2011, 960 (961); grundlegend zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Sachverhaltsfiktionen s. Jachmann, Die Fiktion im Öffentlichen Recht, Habil. 1998, 1008 ff.  
28 Ständige Rspr., vgl. insb. BVerfG v. 9.3.1971 – 2 BvR 326, 327, 341, 342, 343, 344, 345/69, BVerfGE 30, 250 (263); v. 5.2.2002 – 2 BvR 305, 348/93, BVerfGE 105, 17 (34). Diese rechtfertigen sich nach Huster, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2003, 3 (6), durch die eingeschränkten Möglichkeiten der Überprüfung empirischer Befunde durch das BVerfG.  
29 BVerfG v. 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64 und 5, 11, 12/65, BVerfGE 25, 1 (12 f.).  
30 BVerfG v. 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64 und 5, 11, 12/65, BVerfGE 25, 1 (12 f.); v. 9.3.1971 – 2 BvR 326, 327, 341, 342, 343, 344, 345/69, BVerfGE 30, 250 (263); v. 10.5.1972 – 1 BvR 286, 293, 295/65, BVerfGE 33, 171 (189 f.); v. 19.3.1975 – 1 BvL 20, 21, 22, 23, 24/73, BVerfGE 39, 210 (226).  
31 Steinberg, Der Staat 1997, 161 (169); Baumeister, Das Rechtswidrigwerden von Normen, Diss. 1996, 206 f.; BVerfG v. 30.5.1972 – 1 BvL 21/69 und 18/71, BVerfGE 33, 199 (204); v. 12.3.1975 – 1 BvL 15, 19/71 und 32/73, 1 BvR 297, 315/71, 407/72 und 37/73, BVerfGE 39, 169 (181).



## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

werden seitens des Verfassungsgerichts einige Freiräume zugestanden.<sup>32</sup> Zum einen muss er bei Erkennbarwerden der Fehlerhaftigkeit seiner Prognose bzw. Einsetzen einer Sachverhaltsveränderung nicht sofort tätig werden, sondern kann zunächst abwarten und beobachten, welchen Verlauf die Entwicklung nimmt. Zum anderen zwingt ihn nicht jede kleinere Abweichung von der ursprünglichen Annahme dazu, tätig zu werden, sondern erst, wenn diese ein größeres Ausmaß erreicht hat.

Grundsätzlich bezieht sich die Anpassungspflicht bei ursprünglich fehlerfrei getroffener Prognose nur auf die Zukunft, weil die Prognoseentscheidung erst dann verfassungswidrig wird, wenn sich herausgestellt hat, dass die Entwicklung einen signifikant anderen Verlauf genommen hat. Allerdings besteht eine Beobachtungsobliegenheit des Gesetzgebers<sup>33</sup> insofern, als Normen automatisch verfassungswidrig werden, wenn sich Realität und Prognose offensichtlich auseinander entwickeln. Das Verkennen einer erkennbaren Abweichung oder gar gesetzgeberische Ignoranz ändert nichts daran, dass sich die Korrekturpflicht auf den Zeitpunkt zurückbeziehen muss in dem die Fehlerhaftigkeit der Prognose eindeutig erkennbar geworden ist.

### b. Konkretisierung für steuergesetzliche Zinssatztypisierungen durch BVerfGE 68, 287

Mit der Notwendigkeit der Anpassung steuergesetzlicher Zinssatztypisierungen an veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen hat sich das BVerfG bereits 1984 befasst. Anlass war die Anhebung des Rechnungszinsfußes von 5,5 % auf 6 % in § 6a Abs. 3 Satz 2 EStG durch das Zweite Haushaltsstrukturgesetz vom 22.12.1981<sup>34</sup>. Zwar befand das Gericht, der Zinsfuß habe sich im Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 1984 – bei einem damaligen Zinsniveau von knapp 8 % – noch in einem „der wirtschaftlichen Realität angemessenen Rahmen“ gehalten. Der seit 1981 zu beobachtende „Trend zur Zinssenkung“ veranlasste den Senat aber zu der Mahnung, dass der Gesetzgeber, „sollten sich in Zukunft die wirtschaftlichen Verhältnisse so einschneidend ändern, dass die Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, dann (...) von Verfassungen wegen gehalten sein [können] zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung auch unter den veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist“.<sup>35</sup> 2004 sah das FG Hamburg diesen Zeitpunkt noch nicht erreicht,<sup>36</sup> obwohl das Zinsniveau – sowohl bezogen

auf den Leitzins (dazu Abb. 1) als auch auf die Verzinsung zehnjähriger Bundesanleihen<sup>37</sup> – zu diesem Zeitpunkt bereits seit knapp zehn Jahren deutlich unter 6 % lag.

## V. Beurteilung einzelner Typisierungen

### 1. Notwendigkeit differenzierender Betrachtung

Der Grund für die bisherige Zurückhaltung der Gerichte, Zinssatztypisierungen zu beanstanden, mag auch darin liegen, dass vielfach unklar bleibt, an welchem Maßstab die gesetzgeberische Typisierung zu messen ist. Die Realitätsgerechtigkeit der Typisierung lässt sich indes erst dann ermitteln, wenn das Leitbild, an dem sich der Gesetzgeber orientiert hat, festgestellt ist. Dies muss – wie bereits dargelegt – ausgehend vom Normzweck der jeweiligen Typisierung kontextbezogen geschehen, weshalb die Verfassungsmäßigkeit der einzelnen Zinssatzannahmen nur in Bezug auf die jeweilige Norm beurteilt werden kann.<sup>38</sup>

### 2. Verzinsung von Steuernachforderungen gem. § 238 AO

#### a. Anwendungsbereich und Zweck der 6 %-Verzinsung

Gem. § 238 AO werden sämtliche Steuernachforderungen, ebenso wie Steuererstattungen nach § 233a AO, mit 6 % p.a. verzinst. Der Zinssatz gilt für Nachzahlungszinsen ebenso wie für Stundungs- und Aussetzungszinsen (§§ 234, 237 AO). Er liegt seit 1961 unverändert bei 6 %.

Zweck der Verzinsung von Steuernachforderungen ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH die Abschöpfung des Nutzungsvorteils, den der Steuerpflichtige dadurch erhält, dass er während der Dauer der Aussetzung über eine Geldsumme verfügen kann, die nach dem im angefochtenen Steuerbescheid konkretisierten materiellen Recht „an sich“ dem Steuergläubiger zusteht.<sup>39</sup> Auf diese Weise sollen Belastungsunterschiede, die sich aus unterschiedlichen Steuerzahlungszeitpunkten ergeben, nivelliert werden. Die Verzinsung dient der „gleichmäßigen Behandlung der Steuerschuldner in der Zeit“.<sup>40</sup>

#### b. Realitätsgerechtigkeit der Typisierung?

Die Begründung des Steueränderungsgesetzes 1961,<sup>41</sup> auf das die 6 %-Verzinsung zurückzuführen ist, schweigt sich sowohl zu der Höhe als auch zu der Referenz, an der sich der Gesetzgeber orientiert hat, aus. Auch die Gesetzesbegründung zur AO 1977 gibt hierzu keine Erläuterung. So lässt sich nur vermuten, dass

32 BVerfG v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (130); v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (335); v. 14.1.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 (78); v. 26.5.1981 – 1 BvL 56/78, 1 BvL 57/78, 1 BvL 58/78, BVerfGE 57, 139 (162); v. 24.11.1981 – 2 BvC 1/81, BVerfGE 59, 119 (127).

33 Vgl. hinsichtlich einer „Beobachtungs-, Prüfungs- und Nachbesserungspflicht“ das Sondervotum des Richters Sommer, BVerfG v. 9.3.1994 – 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE 90, 145 (216, 221); ferner z.B. BVerfG v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (309 ff.); sehr zurückhaltend dagegen Huster, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2003, 3 (20 ff.).

34 BGBl. I 1981, 1523.

35 BVerfG v. 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287 (309) = FR 1985, 241.

36 FG Hamburg v. 17.8.2004 – III 366/04, DStRE 2004, 1451.

37 Zum Zinsniveau für Unternehmensanleihen s. unten Abbildung 3.

38 Ebenso Drüen, FR 2014, 218 (225) in Bezug auf die unterschiedlichen Verzinsungstatbestände der AO.

39 BFH v. 20.9.1995 – X R 86/94, BStBl. II 1996, 53 (54); v. 5.6.1996 – X R 234/93, BStBl. II 1996, 503 (504) = FR 1996, 680; v. 7.11.2013 – X R 23/11, BFH/NV 2014, 660 (661).

40 Seer, DB 2014, 1945 (1947); zu der Frage nach der richtigen Referenz auch *Ortheil*, BB 2012, 1513 (1516 ff.).

41 BT-Drucks. 3/2573, 33.

### Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

sich der Gesetzgeber an einem Mix aus durchschnittlichen Guthaben- und Kreditzinsen orientiert hat, weil der Zins von 6 % zu beiden Zeitpunkten zwischen diesen beiden Werten lag.<sup>42</sup>

Vierzig Jahre später ist der Anlagezins nahe null und auch das durchschnittliche Entgelt für Kreditzinsen liegt unter 6 %.<sup>43</sup> Dennoch hat die Rechtsprechung den Zinssatz bisher für die Jahre bis 2012 nicht aufgegriffen.<sup>44</sup> Die Zinssatztypisierung sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Nur das FG Hamburg hat zu erkennen gegeben, dass dies für Zeiträume ab 2012 möglicherweise anders zu sehen sein könnte.<sup>45</sup>

Eine Rolle hat bei der bisherigen Zurückhaltung gespielt, dass der Zinssatz ausschließlich an den Zinsen für (kurzfristige) unbesicherte Konsumentenkredite gemessen wurde. Seer hat jedoch überzeugend dargelegt, dass eine ausschließliche Orientierung am Sollzins nur für Stundungszinsen sachgerecht ist.<sup>46</sup> Bereits bei Aussetzungszinsen ist dies nicht zwingend, da die Aussetzung nicht durch Zahlungsunfähigkeit bedingt ist.<sup>47</sup> Verfehlt ist eine einseitige Orientierung an Sollzinsen bei den Nachzahlungszinsen. Die einseitige Annahme, der Nutzungsvorteil liege in der Zinersparnis für die infolge der späteren Steuerzahlung nicht notwendige Kreditaufnahme, gibt nicht den Regelfall wieder. Bei Nachzahlungszinsen lässt sich nicht unterstellen, die Steuerpflichtigen seien nicht in der Lage, die Steuern aus Eigenmitteln zu entrichten. Soweit der Steuerpflichtige über hinreichende Eigenmittel verfügt, muss sich die Zinssatztypisierung am Kapitalmarktzins orientieren, zu dem die zunächst ersparte Steuer angelegt werden konnte. Hat der Gesetzgeber keine konkreten Anhaltspunkte in wie viel Prozent der Fälle der Nutzungsvorteil in dem durch Kapitalanlage erzielbaren Habenzins liegt und in wie viel Prozent der Fälle hierfür der ersparte Sollzins für Fremdfinanzierung maßgeblich ist, spricht vieles dafür, für den zu typisierenden Regelfall auf einen zu gleichen Teilen aus Soll- und Habenzins bestehenden Mischzins abzustellen. Hinsichtlich der Fristigkeit ist eher von kurz laufenden Anlagen/Darlehen auszugehen. Zwar kann es bei langwierigen Betriebsprüfungen oder gerichtlichen Klärungen zu einer erheblichen zeitlichen Verschiebung und damit zu einem langjährigen Zinslauf kommen. In der Regel dürfte der Zinslauf jedoch auf wenige Jahre begrenzt sein. Zudem muss der Steuerpflichtige jederzeit über das Geld verfügen können, da er

nur schwer abschätzen kann, wann die Zahlung tatsächlich zu leisten ist, sodass er sich nicht lang festlegen kann.

Ungeachtet dieser differenzierenden Betrachtung ist die Typisierung mit 6 % mittlerweile schon deshalb nicht mehr realitätsgerecht, weil nach der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank für Februar 2016 selbst für unbesicherte Konsumentenkredite im Durchschnitt nur noch Zinsen i.H.v. 4,94 % zu zahlen sind.<sup>48</sup> Der Geldmarktzins ist negativ;<sup>49</sup> der Anlagezins für kurzfristige Kapitalanlagen liegt bei unter 1 %.<sup>50</sup> Die Zinsentwicklung kann – verglichen mit dem Zinsniveau 1961 oder 1977 – als dramatisch bezeichnet werden.

Zur Rechtfertigung kann nicht angeführt werden, dass die Verzinsung in beide Richtungen, also auch zugunsten der Steuerpflichtigen, 6 % beträgt. Denn es besteht kein innerer Zusammenhang zwischen Nachzahlungs- und Erstattungszinsen, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich die Effekte in der Person eines Steuerpflichtigen ausgleichen. Zudem ergibt sich insgesamt ein erheblicher Saldo zugunsten des Fiskus,<sup>51</sup> sodass auch bei einer Gesamtbetrachtung nicht von einer Nivellierung ausgegangen werden kann.

Ebenso wenig zulässig ist es, den Zins von 6 % mit Blick auf die fünfzehntonatige Karenzzeit (§ 233a Abs. 2 Satz 1 AO) herunterzurechnen. Zum einen hängt der Effekt stark davon ab, für wie viele Monate anschließend der § 238 AO-Zins zu bezahlen ist. Zum anderen basiert der Beginn des Zinslaufs auf anderen Erwägungen indem hier – möglicherweise zu großzügig<sup>52</sup> – der Zeitbedarf für die Abgabe der Steuererklärung und Steuerfestsetzung typisiert wird.<sup>53</sup>

#### c. Verfassungswidrigkeit von Zinsbescheiden mangels Rechtfertigung der nicht marktgerechten Verzinsung

Rechtfertigungsgründe für das Festhalten an dem nicht realitätsgerechten Zins sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist der überhöhte Zins nicht durch den der Typisierung zugrunde liegenden Vereinfachungszweck gerechtfertigt.

Eine über die Abschöpfung des typisierten Nutzungsvorteils hinausgehende Sanktionierung verspäteter Steuerzahlung ist in der Vollverzinsung gerade nicht angelegt, sondern Gegenstand von Verspätungszuschlag bzw. Säumniszuschlag.<sup>54</sup> Es mag sein, dass die drohende Zinslast die Steuerzahlungsmoral beflü-

42 Seer, DB 2014, 1945 (1947).

43 Vgl. Zinsstatistik Deutsche Bundesbank: [www.bundesbank.de](http://www.bundesbank.de).

44 BVerfG v. 3.9.2009 – 1 BvR 2539/07, BFH/NV 2009, 2115; Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde (betr. Jahre 2003 bis 2006); BFH v. 20.4.2011 – I R 80/10, BFH/NV 2011, 1654; v. 29.5.2013 – X B 233/12, BFH/NV 2013, 1380; v. 1.7.2014 – IX R 31/13, BStBl. II 2014, 925; v. 14.4.2015 – IX R 5/14, BStBl. II 2015, 986; für Zeiträume bis 2011 Unbedenklichkeit verfassungsgerichtlich geklärt. FG Berlin-Bdbg. v. 15.1.2014 – 3 K 3079/13, EFG 2014, 724; unbedenklich (2008 bis 2011); VG Köln v. 8.1.2015 – 24 K 3933/14, juris: unbedenklich (2012).

45 FG Hamburg v. 23.5.2013 – 2 K 50/12, EFG 2013, 1734; unbedenklich (2004 bis 2011), mglw. anders ab 2012.

46 Seer, DB 2014, 1945 (1948 f.).

47 BFH v. 20.9.1995 – X R 86/94, BStBl. II 1996, 53 (54 f.); v. 1.7.2014 – IX R 31/13, BStBl. II 2014, 925 (926 f.).

48 Bei einer Laufzeit von über 1 Jahr bis 5 Jahre, vgl. Zinsstatistik Deutsche Bundesbank.

49 Vgl. Zinsstatistik Deutsche Bundesbank.

50 <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/202273/umfrage/entwicklung-des-zinssatzes-fuer-tagesgeld-in-deutschland/>.

51 Loose in FS Kruse (2001), 295 (300).

52 Für die vollständige Abschaffung der Karenzzeit Seer/Klemke, Neuordnung der Verzinsung aus Steueransprüchen, ifst-Schrift Nr. 490 (2013), 121 ff.; dagegen Neumann-Tomm, DB 2015, 1011.

53 Loose in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 233a AO Tz. 17 (2016).

54 BFH v. 10.10.2001 – XI R 41/00, BStBl. II 2002, 124 (125); v. 22.6.1990 – III R 150/85, BStBl. II 1991, 864 (866); Seer in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 152 AO Tz. 2 (2012); Seer/Klemke, Neuordnung der Verzinsung aus Steueransprüchen, ifst-Schrift Nr. 490 (2013), 20.

## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

gelt, aber der Zinslauf lässt sich nur bedingt beeinflussen,<sup>55</sup> zumal die in der Praxis zu beobachtende Strategie, zur Vermeidung der Zinslast auch vor endgültiger Festsetzung auf ein Sperrkonto zu zahlen, keine explizite gesetzliche Grundlage hat<sup>56</sup> und auch nur dann zur Verfügung steht, wenn die mögliche höhere Steuerschuld erkennbar ist.

Ferner kann der verfassungsrechtlichen Anpassungsnotwendigkeit weder entgegengehalten werden, die Festsetzung eines fixen Zinssatzes diene gerade der Nivellierung von Zinsschwankungen, noch kann dem Gesetzgeber eine weitere Beobachtungsphase zugestanden werden. Bereits seit Ende der 1990er-Jahre ist erkennbar, dass das Zinsniveau insgesamt gesunken ist,<sup>57</sup> zudem wird immer deutlicher, dass die bereits seit 2014 nahe null eingependelten Leitzinsen nicht mit den kurzfristigen Zinseinbrüchen der Vergangenheit vergleichbar sind, sondern einen länger anhaltenden Zustand markieren. Da es auch keine Anzeichen für eine alsbaldige deutliche Erholung der Zinskurve gibt, kann nicht mehr von einem Ausgleich „normaler“ Volatilität ausgegangen werden.<sup>58</sup> Ohnehin ist der Glättungsgedanke bei den Nachzahlungszinsen problematisch; die verhältnismäßig kurze Zeit, die der Steuerpflichtige über den Steuerbetrag verfügen kann, reduziert die Möglichkeiten, Zeiten niedriger Verzinsung durch Hochzinsphasen auszugleichen.

Auch kann der Gesetzgeber sich nicht länger darauf berufen, die Entwicklung zunächst zu beobachten. Zwar musste er nicht bei den ersten Anzeichen für eine länger anhaltende extreme Niedrigzinsphase tätig werden. So lässt sich das Festhalten an der 6 %-Verzinsung möglicherweise noch bis 2010<sup>59</sup> rechtfertigen, wenn man einseitig auf die Fremdfinanzierungszinsen abstellt. Allerdings wird man dem Gesetzgeber gerade in Bezug auf die Verzinsung von Steuerforderungen keine allzu lange Karenzzeit zugestehen können. Zum einen lässt sich der Zinssatz ohne praktische Schwierigkeiten absenken, zum anderen könnte der Gesetzgeber auch auf eine Erholung des Zinsniveaus zeitnah und ohne nennenswerten Umstellungsaufwand reagieren, sei es, dass er am Konzept des festen Zinssatzes festhält oder diesen flexibilisiert indem er ihn an die Zinskurve, etwa an den Basiszins der Bundesbank, koppelt, sodass die Anpassung automatisch erfolgen würde.<sup>60</sup> Eine derartige Flexibilisierung durch einen variablen Zinssatz wäre vorzugswürdig im Hinblick darauf, dass der Zinslauf in der Regel auf wenige Jahre beschränkt ist, sodass ein Ausgleich über die Zeit sehr unwahrscheinlich ist. Ob flexibel oder fest, liegt aber

anders als die Frage der Realitätsgerechtigkeit in der Gestaltungshoheit des Gesetzgebers.

### d. Handlungsobliegenheiten des Steuerpflichtigen und Notwendigkeit einer Entscheidung des BVerfG mit Rückwirkung

Konsequenz des Festhaltens an der nicht realitätsgerechten Verzinsung ist, dass Zinsbescheide rechtswidrig sind. Eine Herabsetzung auf der Grundlage von §§ 163, 227 AO kommt nicht in Betracht,<sup>61</sup> weil das Gesetz generell Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.<sup>62</sup> Dies festzustellen, ist Aufgabe des BVerfG. Zinsbescheide sind offenzuhalten,<sup>63</sup> um von einer zukünftigen Entscheidung des BVerfG zu profitieren (§ 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG). Dazu wird es allerdings nur dann kommen, wenn das Gericht den Gesetzgeber rückwirkend zu einer Beseitigung der verfassungswidrigen Verzinsung verpflichtet und ihm nicht – wie so oft – die Früchte des verfassungswidrigen Grundrechtseingriffs belässt, selbst wenn die Verfassungswidrigkeit weithin erkennbar war. Das Gericht läuft Gefahr, die Funktion der Grundrechte als Schutz des Bürgers gegenüber verfassungswidrigen Gesetzen zu entwerten, wenn es – wie bei der Grunderwerbsteuer<sup>64</sup> oder der Erbschaftsteuer und der jüngsten Kontroverse um die Auslegung des Tenors des Erbschaftsteuerurteils<sup>65</sup> – verfassungswidrige Belastungsergebnisse bestehen lässt. Im Fall des § 238 AO besteht hierzu auch im Hinblick auf demokratische Prozesse und die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers keine Notwendigkeit und folglich keinerlei Rechtfertigung. Das Gericht wird keinen exakten Zinssatz vorgeben können, zu einer Senkung gibt es aber angesichts der seit Jahren bestehenden Diskrepanz zu jedem denkbaren Marktzins keine Alternative.

### 3. Abzinsung von Pensionsrückstellungen gem. § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG

#### a. Unterschiede zu § 238 AO

Ein Zinssatz von 6 % gilt auch für die Bewertung von Pensionsrückstellungen. Trotzdem lässt sich das zu § 238 AO gefundene Ergebnis nicht ohne Weiteres auf § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG übertragen. Zum einen ist zunächst zu ermitteln, welcher Referenzzins Leitbild der gesetzgeberischen Typisierung ist. Zudem stellt sich die Frage, ob ein großzügigerer verfassungsrechtlicher Maßstab anzulegen ist, zum einen, weil es sich um eine Vorschrift des Steuerbilanzrechts handelt, für die nach der Entscheidung des BVerfG zur Bildung von Ju-

55 Loose, *StuW* 2003, 377 (378).

56 Loose, *StuW* 2003, 377 (378); einzuordnen als Billigkeitsmaßnahme, s. Seer, *DB* 2014, 1945 (1950).

57 Vgl. Zinsstatistik Deutsche Bundesbank zur Entwicklung des Diskontsatzes.

58 Drüen, *FR* 2014, 218 (225); Schmidt/Siegel, *WPg* 2016, 75 (76).

59 Seer, *DB* 2014, 1945 (1950), geht mit Blick auf die Zinsentwicklung infolge der Finanzkrise ab dem Jahr 2009 von der Verfassungswidrigkeit der Verzinsung aus.

60 Seer weist zu Recht darauf hin, dass auch Praktikabilitäts Gesichtspunkte keinen festen Zinssatz erfordern, *DB* 2014, 1945 (1951 f.); Seer/Klemke, *Neuordnung der Verzinsung aus Steueransprüchen*, *ifst-Schrift* Nr. 490 (2013), 110 ff.

61 BFH v. 19.5.2011 – X B 184/10, *BFH/NV* 2011, 1659; s. aber

auch FG Düsseldorf v. 19.8.2010 – 14 K 364/08 AO, *EFG* 2010, 1968, mit zust. Anm. Loose, *EFG* 2010, 1972.

62 Neben der Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ist auch ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in Art. 14 GG zu bejahen, da es hier nicht um die Belastungswirkung von Steuern geht (vgl. Seer, *DB* 2014, 1945 [1949 f.]), sowie eine Gefährdung der Rechtsschutzgarantie, vgl. Drüen, *FR* 2014, 218 (220).

63 *Ortheil*, *BB* 2015, 675 (676).

64 BVerfG v. 23.6.2015 – 1 BvL 13/11, 1 BvL 14/11, *BStBl.* II 2015, 871.

65 S. Drüen, *DStR* 2016, 643 ff.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, *Folgen der Erbschaftsteuer-Entscheidung des BVerfG. Was geschieht, wenn der Gesetzgeber nicht handelt?*, *Ausarbeitung* WD 4 – 3000 – 103/15.

## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

biläumsrückstellungen<sup>66</sup> eigene Maßstäbe zu gelten scheinen, zum anderen, weil Pensionsrückstellungen über sehr lange Zeiträume gebildet werden, sodass dem Gesetzgeber möglicherweise längere Beobachtungsphasen zuzugestehen sind. Schließlich mag eine Rolle spielen, mit welchem Aufwand die durch eine Absenkung des Rechnungszinsfußes verbundene Neubewertung der Pensionsrückstellungen einhergeht und wie sich in der Folge gegebenenfalls notwendige neuerliche Anhebungen des Rechnungszinses auswirken würden.

### b. Rechtsentwicklung und systematische Einordnung der Abzinsung von Pensionsrückstellungen

Die Entscheidung des Gesetzgebers für die 6 %-Verzinsung in § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG datiert aus dem Jahr 1981. Eingefügt wurde § 6a EStG durch Gesetz zur Neuordnung von Steuern (StNG) vom 16.12.1954<sup>67</sup>. Damals betrug der Zinssatz 3,5 %. Durch Steueränderungsgesetz v. 30.7.1960<sup>68</sup> kam es zu einer ersten Anhebung auf 5,5 %. Durch das Zweite Haushaltsstrukturgesetz vom 22.12.1981<sup>69</sup> wurde der Rechnungszins dann auf die heutigen 6 % angehoben.

Der Rechnungszinsfuß dient der Ermittlung des für die steuerliche Rückstellung maßgeblichen Teilwerts der Pensionsverpflichtung im Fall von Direktzusagen. Pensionszusagen des Arbeitgebers im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung begründen unverfallbare zukünftige Ansprüche der Arbeitnehmer. Da sie der Höhe nach ungewiss sind, kann die Passivierung nur über die Bildung von Rückstellungen erfolgen. Pensionsrückstellungen sind wie alle anderen Rückstellungen formal-bilanzrechtlich der Passivseite zugeordnet und stellen folglich Fremdkapital dar. Auch die lange Zeit, die der Unternehmer in der Regel mit dem Rückstellungsbetrag operieren kann, macht sie nicht funktional zu Eigenkapital,<sup>70</sup> denn der Pensionsrückstellung stehen durch § 1b BetrAVG geschützte unverfallbare Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber. Diese verzichten zugunsten der späteren Betriebsrente während der Erwerbstätigkeit auf die Auszahlung eines Teils ihrer Löhne und Gehälter.<sup>71</sup> Der Auszahlungsanspruch wird langfristig gestundet.<sup>72</sup> Auch ein langfristig begebenes Darlehen wird jedoch nicht zu Eigenkapital.

Die Abzinsung von Pensionsrückstellungen soll den Vorteil ausgleichen, den der Unternehmer dadurch erfährt, dass er den Rückstellungsbetrag bis zur Leistungsphase im Unternehmen nutzen kann. Die Abzinsung hat die Funktion, den Steuerbarwert zu ermitteln, um „den zukünftigen Erfüllungsbetrag auf einen Gegenwartswert zurückzuführen“,<sup>73</sup> der dem Umstand

Rechnung trägt, dass die erst in ferner Zukunft zu erfüllende Schuld den Unternehmer nicht durch einen gegenwärtigen Liquidationsabfluss belastet.<sup>74</sup>

Die Abzinsung ist im Hinblick auf das Realisationsprinzip nicht unumstritten, weil die Kürzung der Rückstellung durch zukünftig zu erwirtschaftende Kapitalerträge begründet ist.<sup>75</sup> Die Unzulässigkeit der Abzinsung lässt sich hieraus indes nicht ableiten, soweit die Abzinsung darauf beschränkt ist, die unterschiedlichen Zahlungszeitpunkte einander wirtschaftlich anzunähern. Berücksichtigt werden können und müssen die Vorgaben des Realisationsprinzips bei der Bemessung der Abzinsung. Da das Realisationsprinzip die Funktion hat, die Besteuerung unsicherer Erträge zu verhindern,<sup>76</sup> kann für die Bestimmung des Abzinsungsfaktors nur auf sichere Kapitalerträge abgestellt werden, d.h. auf Erträge, die der Unternehmer in jedem Fall mit dem Rückstellungsbetrag erzielen kann.

### c. Leitbild für die Ermittlung des Rechnungszinsfußes

Dieser Maxime ist der historische Gesetzgeber bei der Festlegung des Zinssatzes in § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG ursprünglich gefolgt indem er einen deutlichen Sicherheitsabstand zu den damaligen durchschnittlichen Kapitalmarktzinsen gehalten hat.<sup>77</sup> In der Gesetzesbegründung zum Steueränderungsgesetz 1960 wird allerdings nicht allein auf die Verzinsung von Kapitalanlagen, sondern auch auf die Zinersparnis für die alternative Aufnahme von Fremdkapital abgestellt.<sup>78</sup> Der vorgesehene Rechnungszinsfuß sollte *mindestens der Rendite entsprechen, die das Unternehmen auf längere Sicht mit dem durch die Pensionsrückstellungen gebundenen Kapital erwirtschaften konnte*; andererseits werde der erhöhte Zinsfuß an den *durchschnittlichen Zinssatz für langfristige Fremdgelder* heranreichen.<sup>79</sup>

Dieser Ansatz findet sich auch in der Begründung zur Anhebung von 5,5 % auf 6 % durch das 2. Haushaltsstrukturgesetz:

„Der vorgesehene Rechnungszinsfuß von 6 v. H. wird in der Regel im Rahmen der Renditeerwartungen liegen, die die pensionsverpflichteten Unternehmen auf längere Sicht mit dem durch die Pensionsrückstellungen gebundenen Kapital erwirtschaften können; er dürfte auch erheblich unter dem auf absehbare Zeit zu erwartenden Zinssatz für langfristige Fremdgelder liegen.“<sup>80</sup>

Ursprünglich peilte der Gesetzgeber dabei scheinbar einen deutlichen Abstand zu dem für Unternehmensanleihen durchschnittlich zur Anwendung kommenden Sollzins an. Jedenfalls markiert dieser Zinssatz nach der Intention des historischen Gesetzgebers eine Obergrenze.

66 BVerfG v. 12.5.2009 – 1 BvR 23/00, BVerfGE 123, 111.

67 BGBl. I 1954, 373.

68 BGBl. I 1974, 3610.

69 BGBl. I 1981, 1523.

70 So aber *Kaufmann* in Frotscher, EStG, § 6a Rz. 7 (2010).

71 Stellungnahme der Deutschen Bundesbank vom 18.8.2015 zur Entschließung des Deutschen Bundestages zum HGB-Rechnungszins für Pensionsrückstellungen (BT-Drucks. 18/5256), S. 2.

72 *Schmidt/Siegel*, WPg 2016, 75 (77); Vergleich mit Darlehen des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber.

73 *Henrichs* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 9

Rz. 288.

74 BT-Drucks. 14/23, 171 f.; BFH v. 6.10.2009 – I R 4/08, BStBl. II 2010, 177 = FR 2010, 339 m. Anm. *Buciek*.

75 *Tiedchen* in *MüKo zum Bilanzrecht*, 1. Aufl. 2013, § 253 HGB Rz. 52; *Schulze-Osterloh*, DStR 2008, 63 (70).

76 *J. Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, Habil. 1988, 276.

77 Zur Rendite zehnjähriger Bundesanleihen s. Abbildung 2.

78 BT-Drucks. III/1811, 9.

79 BT-Drucks. III/1811, 9.

80 BT-Drucks. 9/795, 66.



## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

Nicht genau definiert der historische Gesetzgeber, an welchem Durchschnittsfall er sich bezüglich der Rendite orientiert, die durch Nutzung des Kapitals im Unternehmen zu erwirtschaften ist. Denkbar ist zum einen ein Abstellen auf die unternehmerische Eigenkapitalrendite,<sup>81</sup> zum anderen kann die am Kapitalmarkt zu erzielende Rendite als Referenz herangezogen werden. Nur Letzteres ist sachgerecht. Der einheitliche Abzinsungssatz des § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG muss den Durchschnittsfall anhand der Unternehmensgesamtheit abbilden. Die Eigenkapitalrendite ist hierfür ungeeignet, da sie sowohl im Zeitverlauf als auch unternehmensindividuell in der Regel sehr volatil ist. Als unsichere Größe stünde ein Abstellen auf die Eigenkapitalrendite zudem nicht in Einklang mit dem die Abzinsung begrenzenden Realisationsprinzip als Ausprägung des Vorsichtsprinzips. Die Bemessung des Steuerstundungseffekts mit den durch langfristige, verhältnismäßig risikoarme Anlagen am Kapitalmarkt erzielbaren Erträgen trägt zudem den Zielen der betrieblichen Altersversorgung Rechnung.<sup>82</sup> Um die spätere Pensionszahlung sicher gewährleisten zu können, muss der Unternehmer den rückgestellten Betrag risikoarm anlegen. *Schmidt/Siegel* führen zusätzlich für ein Marktzinskonzept an, dass dies auch in Einklang stehe mit einem hypothetischen Zinssatz, den ein Arbeitnehmer mit seinem Arbeitgeber für ein Darlehen in Höhe der gestundeten Barlohnzahlung vereinbaren würde.<sup>83</sup>

Hieraus lässt sich folgern, dass § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG einen Mischzins aus langfristiger Kapitalanlage und langlaufenden Unternehmensanleihen typisiert, der deutliche Parallelen zu der handelsrechtlichen Marktzinskonzeption aufweist, wie sie sich aus § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB i. V.m. der RückAbzinsV ergibt.<sup>84</sup>

### d. Verfassungswidrigkeit nicht allein aufgrund des Auseinanderfallens von HGB-/IFRS- und Steuerbilanz

Diese Nähe zu der handelsbilanziellen Zinskonzeption für die Abzinsung von Pensionsrückstellungen in § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB wirft die Frage auf, wie das Auseinanderfallen des HGB-Rechnungszinses (aktuell 4,24 %<sup>85</sup> bei zehn Jahre Durchschnittsbildung) verfassungsrechtlich zu bewerten ist.

In der Praxis wird die Kritik an der Abzinsung von Pensionsrückstellungen in der Steuerbilanz immer lauter,

seit es infolge des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes zu immer deutlicheren Diskrepanzen zwischen Handels- und Steuerbilanzansatz kommt.<sup>86</sup> Die steuerliche Unterbewertung wird nunmehr unübersehbar. Dabei ist indes zum einen unklar, ob die Handelsbilanz den „richtigen Wert“ ausweist. Schon anhand der erheblichen Bewertungsunterschiede zwischen HGB- und IFRS-Bilanz<sup>87</sup> wird deutlich, dass es scheinbar unterschiedliche Bewertungsansätze gibt, sodass aus anderweitigen Rechnungslegungsvorschriften unmittelbare Rückschlüsse für den steuerlichen Wert nicht gezogen werden können, zumal der Steuergesetzgeber andere Ziele verfolgen kann als der HGB-Gesetzgeber. Auch der Umstand, dass § 6a EStG die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz missachtet, führt nicht zur Verfassungswidrigkeit. Das BVerfG hat im Beschluss zur Bildung von Jubiläumsrückstellungen ausdrücklich festgehalten, dass das Maßgeblichkeitsprinzip den Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht bindet.<sup>88</sup> Berechtigung erfährt die auf das Auseinanderfallen von HGB- und Steuerbilanz gestützte Kritik erst angesichts der soeben dargelegten Parallelen bezüglich der Bestimmung der zutreffenden Referenzgröße als Mischzins zwischen Kapitalmarktanlagezinsen und Unternehmensanleihen.

### e. Glättungseffekt der Zinssatztypisierung und Beobachtungszeitraum

Ein zentraler Unterschied besteht zwischen der Konzeption des HGB-Abzinsungssatzes und dem steuerrechtlichen Abzinsungssatz jedoch dahingehend, dass es sich bei § 6a EStG um eine statische Typisierung handelt, während § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB dynamisch typisiert. Zudem enthält § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB hinsichtlich der Glättungsfunktion der Marktzinstypisierung mit der früheren siebenjährigen, mittlerweile zehnjährigen<sup>89</sup> Durchschnittsbetrachtung präzise Vorgaben.

Ob der Steuergesetzgeber sich aus verfassungsrechtlichen Gründen an ähnlichen Zeiträumen orientieren muss, kann nicht durch bloßen Verweis auf § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB geklärt werden, sondern richtet sich sowohl nach den oben dargestellten Grenzen verfassungskonformer Typisierung als auch nach den Anforderungen an gesetzgeberische Prognoseentscheidungen. Da sich der den Pensionsrückstellungen zugrunde liegende Sachverhalt des Aufbaus der Altersversor-

81 *Schmidt/Siegel*, WpG 2016, 75 (77); *Erle* in FS für Hommelhoff, 2012, 212.

82 Viel spräche im Hinblick auf die bestmögliche Sicherung der Ansprüche der Arbeitnehmer auf Betriebsrente dafür, wie bei den Lebensversicherern nach Solvency II auch die Pensionsrückstellungen i.R.d. Altersversorgung *allein* anhand risikoloser Marktzinssätze zu berechnen. Denn nur auf diese Weise würde sichergestellt, dass infolge risikoloser Kapitalanlage das für die späteren Rentenzahlungen erforderliche Kapital tatsächlich noch im Unternehmen vorhanden ist. Hierbei handelt es sich indes nur um eine rechtspolitische Forderung. Das BVerfG hat schon in seiner Entscheidung zur Anhebung des Rechnungszinsfußes in § 6a EStG von 5,5 auf 6 % im Jahr 1984 klar gemacht, dass Differenzierungen zwischen versicherungstechnischen Rückstellungen der Lebensversicherer und Pensionsrückstellungen keinen Rechtfertigungsbedarf auslösen, weil es sich um unterschiedliche Sachverhalte handelt, deren Re-

gelung unterschiedlichen Prinzipien folgt, vgl. BVerfG v. 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287 (303) = FR 1985, 241.

83 *Schmidt/Siegel*, WpG 2016, 75 (77).

84 Der von der Bundesbank ermittelte Rechnungszins nach § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB ergibt sich aus der um einen Risikoaufschlag erhöhten Null-Kupon-Euro-Zinsswapkurve (§ 1 Satz 2 RückAbzinsV); für den Risikoaufschlag wird der Unternehmensanleiheindex herangezogen (§§ 6, 6a RückAbzinsV).

85 3,7 % nach alter Rechtslage bei siebenjähriger Durchschnittsbetrachtung.

86 *Bachmann/Baumann/Richter*, BFuP 2015, 377; *Geberth*, BetrAV 2016, 108.

87 Vgl. *Geberth*, ifst-Schrift Nr. 507 (2015), 16.

88 BVerfG v. 12.5.2009 – 1 BvR 23/00, BVerfGE 123, 111 (121 ff.).

89 BGBl. I 2016, 396.

## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

gung über einen sehr langen Zeitraum erstreckt,<sup>90</sup> kann es durch Schwankungen der Zinskurve zu einem Ausgleich kommen, wenn die Marktzinsen teils über, teils unter dem gesetzlich vorgegebenen Wert liegen. Deshalb wird man dem Gesetzgeber eine längere Beobachtungsphase zubilligen müssen. Er kann zunächst abwarten, ob sich das Zinsniveau wieder erholt, sodass eine temporäre Niedrigzinsphase ausgeglichen wird. Dies rechtfertigt aber kein Zuwarten über einen Zeitraum von mehreren Jahrzehnten, nachdem sichtbar geworden ist, dass das Zinsniveau dauerhaft abgesunken ist.

### f. Anpassungsbedarf im Hinblick auf die einschneidende Veränderung der Realität insb. unter Beachtung von BVerfGE 68, 287

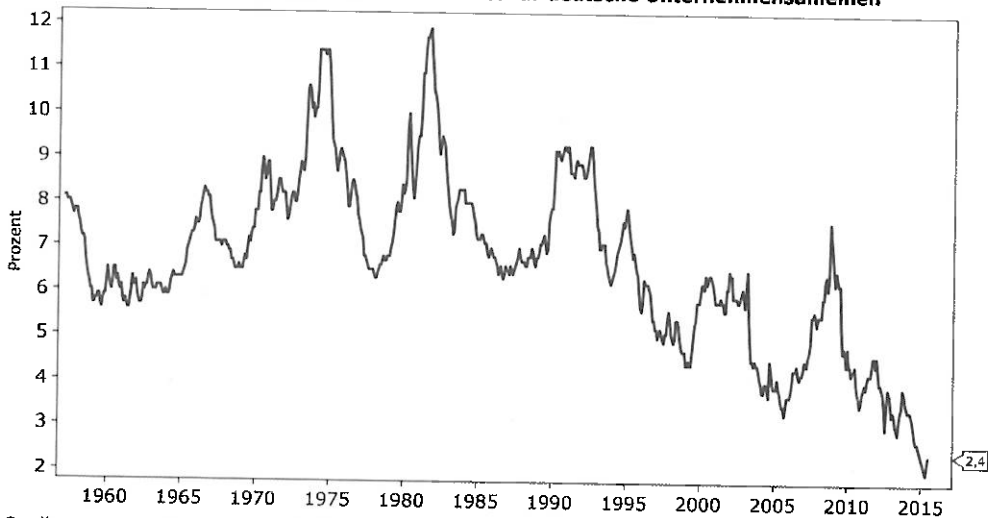
Insofern dürften die Voraussetzungen für eine Revision des Zinssatzes, die das BVerfG in seinem § 6a EStG-Beschluss aus dem Jahr 1984 formuliert hat,<sup>91</sup> unzweifelhaft vorliegen: Zwar ist die „einschneidende“ Absenkung des Zinsniveaus für sich betrachtet noch nicht ausreichend. Vielmehr muss die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse die gesetzgeberische Entscheidung entscheidend infrage stellen. Dies ist hier der Fall. Insbesondere ist die „Sicherheitsreserve“, die der Gesetzgeber durch die ursprünglich eher vorsichtige Zinsannahme gelegt hatte, längst aufgebraucht, seitdem nicht nur der Zins für Anlagen am Kapitalmarkt, sondern auch für Unternehmensanleihen deutlich unter 6 % gerutscht ist.

Prognoseentscheidungen kann nicht von völlig unrealistischen Annahmen ausgegangen werden. Es muss nachprüfbare Anhaltspunkte dafür geben, dass sich das Zinsniveau in einem überschaubaren Zeitraum wieder auf einen Wert erhöht, der der gesetzlichen Typisierung entspricht bzw. diese zum Ausgleich der unberücksichtigt gebliebenen Niedrigzinsphase deutlich übersteigt. Hieran fehlt es.

### g. Mögliche Maßstabsänderung durch BVerfG zu Jubiläumsrückstellungen ändert hieran nichts

Das Ergebnis einer mangels Realitätsgerechtigkeit verfassungswidrigen Typisierung bleibt auch dann erhalten, wenn man die im BVerfG-Beschluss zur Bildung von Jubiläumsrückstellungen<sup>92</sup> aufgestellten Grundsätze zur Anwendung bringt. Das Gericht hatte den gleichheitsrechtlichen Prüfungsmaßstab für das Steuerbilanzrecht dahingehend modifiziert, dass das gleichheitsrechtliche Gebot der Folgerichtigkeit nur für die „zentralen Fragen gerechter Belastungsverteilung“ gelten soll.<sup>93</sup> Die darüber hinausreichende Entwicklung „überzeugender“ dogmatischer Strukturen durch eine systematisch konsequente und praktikable Tatbestandsausgestaltung bleibe dagegen der Gesetzgebung und der Fachgerichtsbarkeit überlassen. Es sei nicht Aufgabe des BVerfG, die „Richtigkeit“ von Lösungen komplexer dogmatischer Streitfragen, wie sie für manche Bereiche des Steuerbilanzrechts und jedenfalls für den Bereich der Rückstellungen typisch seien, zu kontrollieren und zu gewährleisten. Zu den

Deutsche Bundesbank: durchschnittliche Rendite für deutsche Unternehmensanleihen



Quelle: Macrobond, Central Bank of Germany (Deutsche Bundesbank)  
Grafik: Grüner Fisher Investments

Abbildung 3; Quelle: [www.gruener-fisher.de/files/content/Unternehmensanleihen.png](http://www.gruener-fisher.de/files/content/Unternehmensanleihen.png)

Dabei hat sich die vom Gericht 1984 aufgestellte Überprüfungspflicht vor dem Hintergrund der anhaltenden extremen Niedrigzinsphase und der Abwesenheit von Anzeichen für eine baldige Erholung der Zinskurve längst zu einer Änderungspflicht verdichtet. Auch bei

nicht ohne Weiteres verfassungsrechtlich erheblichen Einzelregelungen bei der Ausgestaltung von Steuertatbeständen gehörten Entscheidungen des Steuergesetzgebers zur Begrenzung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit und zur Bildung von Rückstellungen für unge-

<sup>90</sup> Zu hieraus ableitbaren Schlussfolgerungen für die Durchschnittsbildung s. *Schmidt/Siegel*, WPg 2016, 75 (77).

<sup>91</sup> BVerfG v. 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287

(309) = FR 1985, 241.

<sup>92</sup> BVerfG v. 12.5.2009 – 1 BvR 23/00, BVerfGE 123, 111.

<sup>93</sup> BVerfG v. 12.5.2009 – 1 BvR 23/00, BVerfGE 123, 111 (123).

## Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase

wisse Verbindlichkeiten nach dem handelsrechtlichen Vorsichtsprinzip.

Die Reichweite dieser kritikwürdigen<sup>94</sup> Entscheidung ist unklar. Soll der Gesetzgeber allgemein im Steuerbilanzrecht einen erweiterten Gestaltungsspielraum haben, also auch dort, wo es nicht um dogmatisch streitige Fragen geht, sondern um unstrittige Grundprinzipien? Folgt der erweiterte Gestaltungsspielraum generell daraus, dass es bei der Bildung von Rückstellungen nie um die Abzugsfähigkeit als solche, sondern immer nur um den Zeitpunkt der Aufkommensberücksichtigung geht?<sup>95</sup> All dies kann vorliegend offenbleiben. Selbst wenn man den Rückzug auf das Willkürverbot auf sämtliche Fragen des Bilanzsteuerrechts erweitert,<sup>96</sup> ändert dies nichts an der Verfassungswidrigkeit des Festhaltens am überhöhten Rechnungszins. Denn bei § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG geht es nicht um die folgerichtige Umsetzung des Vorsichtsprinzips, sondern um die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Typisierung. Zudem verletzt die Anwendung eines realitätsfernen Rechnungszinses das Willkürverbot, ist also auch gemessen an dem gleichheitsrechtlichen Maßstab der Jubiläumsrückstellungsentscheidung nicht zu rechtfertigen. Ähnlich wie die Abweichungen, die sich durch die nicht realitätsgerechte Grundstücksbewertung im Rahmen von Vermögens- und Erbschaftsteuer ergaben,<sup>97</sup> trifft die überhöhte Abzinsung die Unternehmen je nach Ertragslage höchst unterschiedlich. Dies ist zwar zunächst eine gerechtfertigte Folge des Verzichts auf eine unternehmensindividuelle Abzinsung. Die Rechtfertigung steht aber unter der Prämisse, dass ein Kapitalmarktzins zugrunde gelegt wird, weil dieser infolge der allen Unternehmen offenstehenden Anlagemöglichkeiten am Kapitalmarkt grundsätzlich von allen Unternehmen gleichermaßen sicher erwirtschaftet werden kann. Ist dies nicht mehr der Fall, lässt sich die Belastungswirkung nur noch im Verhältnis zur unternehmensindividuellen Eigenkapitalverzinsung ermitteln. Für die hierdurch verursachten Ungleichbehandlungen gibt es keinen sachlichen Grund. Insbesondere gibt es keinen Grund, ertragsschwache Unternehmen mit unsicheren Gewinnen härter zu treffen als ertragsstarke. Dies war ersichtlich nicht vom Gesetzgeber intendiert.

Zwar hat der IV. Senat unter Anwendung von BVerfGE 123, 111 als sachlichen Grund für die Einschränkung der Rückstellungsbildung durch die Anordnung des generellen Abzinsungsgebots in § 6 Abs. 1 Nr. 3a Buchst. e EStG ausreichen lassen, dass der Gesetzgeber mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 die Bildung stiller Reserven einschränken wollte.<sup>98</sup> So zweifelhaft dies ist, weil es sich letztlich nur um eine Mehreinnahmen generierende Verbreiterung der

Bemessungsgrundlage handelt und diese grundsätzlich keinen Rechtfertigungsgrund darstellt, also auch im Rahmen des Willkürverbots unbeachtlich ist, fehlt es vorliegend selbst an einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung. Die Norm des § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG ist in die Verfassungswidrigkeit hineingewachsen,<sup>99</sup> ohne dass damit die Bildung stiller Reserven verhindert werden sollte. Vor allem ist die Diskrepanz zum Marktzins nicht Ausdruck der ursprünglichen gesetzgeberischen Typisierungsentscheidung. Der Vereinfachungszweck legitimiert lediglich einen festen Rechnungszins, nicht aber einen überhöhten.

Ein sachlicher Grund für das Festhalten am überhöhten Rechnungszins lässt sich auch nicht aus den sonstigen Restriktionen der Bildung von Pensionsrückstellungen folgern. Soweit *Gosch* insoweit von einer eingeschränkten Geltung des objektiven Nettoprinzips spricht,<sup>100</sup> mag dies für die einzelnen Einschränkungen, etwa das Stichtagsprinzip, zutreffen. Indes sind die einzelnen Elemente des Tatbestands des § 6a EStG isoliert zu würdigen. Der Gesetzgeber intendierte mit der Typisierung des Rechnungszinssatzes in § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG ursprünglich gerade keine Einschränkung der Bildung von Pensionsrückstellungen, sondern eine realitätsgerechte, wenn nicht sogar eher sehr vorsichtige Abbildung des Liquiditätsvorteils zukünftiger Zahlung.

Schließlich sind auch die finanziellen Auswirkungen einer Anpassung<sup>101</sup> nicht geeignet, die vollständige gesetzgeberische Untätigkeit zu rechtfertigen. Dies hat das BVerfG beispielsweise hinsichtlich der ähnlich kostspieligen Reform der Rentenbesteuerung deutlich gemacht.<sup>102</sup> Die mit der Beseitigung der Verfassungswidrigkeit verbundenen Steuerausfälle können allenfalls die Art und Weise der Anpassung – beispielsweise schrittweise oder nur für den Neubestand – modifizieren.

## VI. Fazit

Die vor Jahrzehnten in einem völlig anderen wirtschaftlichen Umfeld getroffenen steuergesetzlichen Zinssatztypisierungen begründen – wie für § 238 AO und § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG ausführlich dargelegt – verfassungsrechtlichen Anpassungsbedarf. Steuerbescheide, die unter Anwendung dieser Zinsvorschriften ergehen, sind rechtswidrig. Der Ruf nach dem Steuergesetzgeber ist also keineswegs nur ein rechtspolitisches Petition. Für die Steuerpflichtigen folgt daraus der Rat, entsprechende Steuerbescheide anzugreifen und den Eintritt der Bestandskraft zu verhindern. Angesichts der Tatsache, dass der verfassungswidrige Zustand bereits seit mehreren Jahren andauert, ist zu hoffen, dass das BVerfG möglichst schnell durch Normenkontrollanträge gem. Art. 100 GG durch die FG in den Stand gesetzt wird,<sup>103</sup> den Gesetzgeber

94 Siehe z.B. *Hennrichs* in FS für J. Lang, 2010, 237 ff.; *Hey*, DSiR 2009, 2561 ff.

95 S. *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, ifst-Schrift Nr. 461 (2010), 13.

96 In diese Richtung BFH v. 25.2.2010 – IV R 37/07, BStBl. II 2010, 784 (785 f.) = FR 2010, 838 m. Anm. *Kanzler*; v. 5.5.2011 – IV R 32/07, BStBl. II 2012, 98 (102).

97 BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (136); v. 22.6.1995 – 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 (173).

98 BFH v. 5.5.2011 – IV R 32/07, BStBl. II 2012, 98 (102) mit Verweis auf die Begründung des Entwurf eines Steuerent-

lastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drucks. 14/23, 170.

99 Vgl. zu diesem schleichenden Prozess und den sich daraus ergebenden Konsequenzen in Bezug auf § 238 AO auch *Drüen*, FR 2014, 218 (225).

100 *Gosch* in P. Kirchhof, EStG, 14. Aufl. 2015, § 6a Rz. 1.

101 Vgl. *Geberth*, ifst-Schrift Nr. 507 (2015), 21: Absenkung um einen Prozentpunkt kostet 12 Mrd. Euro Steueraufkommen.

102 BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 (135) = FR 2002, 391 m. Anm. *Fischer*.

103 So schon im Jahr 2011 *Jonas*, Ubg 2011, 960.

## Niedrigverzinsung und Unternehmensbesteuerung

an seine verfassungsrechtlichen Handlungspflichten zu erinnern. Der einzige Grund für die Untätigkeit des Gesetzgebers liegt in den mit der Herstellung des verfassungskonformen Zustands verbundenen Einnahmeausfällen und dies, obwohl der Fiskus der größte Profitteur der Niedrigzinsphase ist. Es ist nicht nur eine

Frage der Fairness, sondern der Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung, sich in dieser Situation nicht doppelt zu bereichern, einmal durch die gesunkene öffentliche Zinslast, und ein zweites Mal durch das Festhalten an einem längst vergangenen Zinsniveau gegenüber den Steuerpflichtigen.

*Prof. Dr. Christoph Spengel/Ina Meier, M.Sc.\**

## Niedrigverzinsung und Unternehmensbesteuerung

*Das anhaltende Niedrigzinsumfeld wirkt sich auf verschiedene Dimensionen der Unternehmensbesteuerung aus. Dabei lassen sich direkte Effekte des Zinsaufwands auf den steuerlichen Gewinn von Unternehmen, Zins- und Liquiditätseffekte der Besteuerung sowie Auswirkungen des Niedrigzinsumfelds auf die Bewer-*

*tung von Rückstellungen gemäß Handels- und Steuerrecht und die daraus resultierenden Wertdifferenzen unterscheiden. Ziel des Beitrags ist es, diese Zusammenhänge aufzuzeigen und zu analysieren sowie ggf. Reformüberlegungen anzustellen.*

### 1. Ausgangssituation und Fragestellung

Seit der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise im Jahr 2008 hat sich das Zinsniveau stark verringert. Während die durchschnittliche Rendite (gemessen an der Rendite der langfristigen Staatsanleihen) im Sommer 2008 noch bei etwa 4 % lag, ist am aktuellen Rand ein Wert nahe null zu verzeichnen. Auch die Europäische Zentralbank (EZB) hat den Leitzins seit Oktober 2008 stetig gesenkt (s. Abbildung 1).<sup>1</sup>

mensionen aufzuzeigen und zu analysieren. Dabei lassen sich drei Themenblöcke unterscheiden, die im Folgenden näher untersucht werden: Zunächst werden in Kapitel 2 die direkten Effekte des Zinsaufwands auf den steuerlichen Gewinn von Unternehmen – sowohl national als auch international – aufgezeigt, bevor in Kapitel 3 auf Zins- und Liquiditätseffekte der Besteuerung eingegangen wird. Hierbei werden die Folgen sowohl für Steuerbilanzpolitik im Allgemeinen als auch für eine mögliche Harmonisierung der steuerlichen

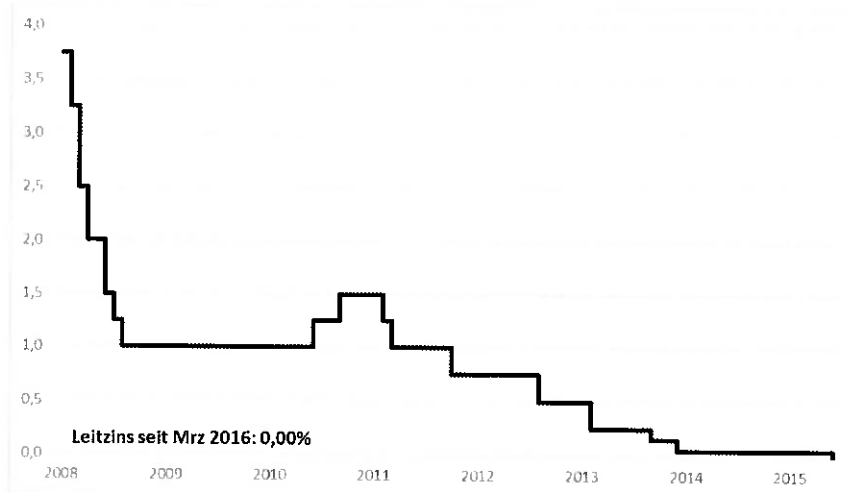


Abbildung 1: Leitzins der Europäischen Zentralbank für die Eurozone

Für Unternehmen sowie den Gesetzgeber stellt sich daher die Frage, wie sich diese anhaltende Niedrigzinsphase steuerlich auswirkt und ob sich daraus steuerpolitischer Handlungsbedarf ableiten lässt. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, die Zusammenhänge zwischen dem gegenwärtigen Niedrigzinsumfeld und den verschiedenen steuerlichen bzw. steuerbilanziellen Di-

Gewinnermittlung innerhalb der Europäischen Union thematisiert. Kapitel 4 befasst sich mit den Auswirkungen des Niedrigzinsumfelds auf die Bewertung von Rückstellungen gemäß Handels- und Steuerrecht sowie die daraus resultierenden Wertdifferenzen. Darauf basierend werden Reformüberlegungen angestellt. Der

\* Prof. Dr. Christoph Spengel ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II an der Universität Mannheim, Research Associate am ZEW Mannheim sowie Sprecher und Direktor des Leibniz WissenschaftsCampus MaTax; Ina Meier, M.Sc., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an diesem

Lehrstuhl und Mitglied des MaTax. Der Aufsatz beruht auf einem Referat des Verfassers auf dem 58. Berliner Steuergespräch am 15.2.2016.

<sup>1</sup> Quelle: [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu) -> Statistics -> Monetary operations -> Key interest rates (Stand: März 2016).