

Finanz-Rundschau

Einkommensteuer

mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer

In Verbindung mit dem Fachinstitut der Steuerberater
herausgegeben vom Verlag Dr. Otto Schmidt

11/98 · 8. Juni 1998

Seiten 497–540

80. Jahrgang

Steuern verwalten durch Banken

Einige grundsätzliche Anmerkungen zur Heranziehung der Banken zu Steuerverwaltungsaufgaben aus Anlaß der BGH-Urteile v. 15.7.1997¹

Von Dr. jur. JOHANNA HEY, Köln

I. Die Heranziehung Privater zur Erfüllung staatlicher Aufgaben vor dem Hintergrund der BGH-Entscheidungen v. 15.7.1997

Während der sog. Arbeitgeberlösung für die Auszahlung des Kindergeldes (§ 73 EStG) in der Fachwelt ein regelrechter Aufschrei der Entrüstung folgte², finden die den Banken durch das Zinsabschlagsgesetz vom 9.11.1992³ aufgebürdeten Verwaltungstätigkeiten weit weniger Beachtung. Hieran haben selbst zwei der Sache nach spektakuläre Urteile des BGH vom 15.7.1997⁴ nichts ändern können, mit denen den Banken untersagt wurde, die bei der Bearbeitung von Freistellungsaufträgen entstehenden Kosten in allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ihre Kunden zu überwälzen⁵.

Das Desinteresse in der Literatur ist kaum zu verstehen, werfen doch die Urteilsgründe der Entscheidungen mehr Fragen auf, als sie beantworten. Der Bundesgerichtshof stufte die Bearbeitung von Freistellungsaufträgen als eine den Kreditinstituten vom Staat *im öffentlichen Interesse* auferlegte Pflicht ein. Diese Pflicht sei von der Heranziehung der Banken zur *unentgeltlichen* Einziehung von Steuern im Rahmen des Zinsabschlags mit umfaßt. Die Frage, ob die aus der Auferle-

gung dieser Pflichten erwachsende finanzielle Belastung noch angemessen und zumutbar sei, wurde als rein verfassungsrechtliches, allein die Wirksamkeit der Steuernorm betreffendes Problem bei der Urteilsfindung ausgeklammert. Unabhängig von dieser Frage kreierte das Gericht jedoch einen „allgemeinen Grundsatz des dispositiven Gesetzesrechts“, daß Aufwendungen, die dem Rechtsunterworfenen durch die Erfüllung seiner dem Staat gegenüber bestehenden Pflichten erwachsen, selbst getragen werden müssen und nicht auf Dritte abgewälzt werden dürfen. Schließlich sei es nicht Sache des Kunden, die Bank dafür zu entlohnen, daß diese aufgrund des Freistellungsauftrags davon absieht, eine Steuer abzuführen, die gar nicht geschuldet wird und auf diese Weise dem Staat die Kosten der Erstattung erspart. Da der Fiskus selbst für die Berechnung und für die Prüfung von Steuerbefreiungstatbeständen kein Entgelt verlange, müsse dies auch dann gelten, wenn er sich bei der Steuereinzahlung „im Interesse der Allgemeinheit“ privater Unternehmen bedient.

Die Wiedergabe der tragenden Urteilsgründe läßt Zweifel aufkommen, ob die Dezision der Vielschichtigkeit des Themas hinreichend gerecht geworden ist. Da werden Fragen der Zulässigkeit der Inanspruchnahme

1 BGH, Urt. v. 15.7.1997 – XI ZR 269/96, NJW 1997, 2752 und BGH, Urt. v. 15.7.1997 – XI ZR 279/96, NJW 1997, 2753.

2 Vgl. etwa H.-J. Kanzler, Die sog. Arbeitgeberlösung bei Auszahlung des Kindergeldes. Einige Gedanken zum Problem der Inpflichtnahme privater Arbeitgeber zur Kindergeldzahlung, FR 1996, 473 ff.; O. Depenheuer, Arbeitgeber als Zahlstelle des Sozialstaates. Zur Indienstnahme privater Arbeitgeber zur Auszahlung des Kindergeldes, BB 1996, 1218 ff.; J. Pelka/F. Balmes, Kindergeldauszahlungspflicht durch die Arbeitgeber, DStR 1997, 1309 ff.

3 BGBl. I 1992, 1853.

4 S. FN 1.

5 Ferner – wenn auch mit etwas anderer Begründung – OLG Zweibrücken, Urt. v. 8.11.1996 – 2 U 16/96, ZIP 1996, 2107 ff. Kritische Anmerkungen finden sich in erster Linie im zivilrechtlichen Schrifttum: A. Früh, Vergütungsanspruch von Banken bei gesetzlich auferlegten Pflichten – Widerspruch zum BGH-Urteil v. 15. Juli, WM 1998, 63; Anm. von A. Imping, MDR 1997, 1047; zustimmende Anm. von U. Reißner/A. Tiffe, EWiR § 9 AGBG 18/1997, 1057 f.; zur Vorinstanz OLG Karlsruhe, Urt. v. 8.11.1996 – 15 U 198/95, ZIP 1997, 70, vgl. Anm. von D. Joost, EWiR § 8 AGBG 1/1997, 51 f.; mit steuerrechtlichen Bezügen M. Geurts, Private als Erfüllungsgehilfen des Staates am Beispiel des Freistellungsauftrags, DB 1997, 1997 ff.

der Bank zur Steuereinzahlung mit der Frage der Entgeltlichkeit gleichgesetzt, das Fehlen eines Entgeltanspruchs der Banken gegen den Staat nicht hinreichend von der Überwälzbarkeit der Steuerbefolgungskosten auf den Bankkunden abgeschichtet. Zudem ist die Feststellung des BGH, durch öffentlich-rechtliche Pflichten entstehende Kosten dürften nicht auf die Verursacher abgewälzt werden, vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts höchst angreifbar. Hatte doch das Verfassungsgericht – befaßt mit der gesetzlichen Mineralölbevorratungspflicht privater Unternehmen⁶ – die Heranziehung Privater zu Verwaltungsaufgaben gerade im Hinblick auf die Möglichkeit der Abwälzung der Kosten für verfassungskonform gehalten⁷, ein Argument, das zwar zweifelhaft ist⁸, jetzt aber durch das Urteil des BGH ad absurdum geführt wird.

Diese Widersprüche müssen eine Standortbestimmung geradezu provozieren. Daher soll hier der Versuch unternommen werden, das Thema ausgehend von seinen verfassungsrechtlichen Bezügen systematisch zu entwickeln. Zunächst soll untersucht werden, wie das Tätigwerden der Banken im Rahmen des Zinsabschlagsgesetzes öffentlich-rechtlich zu bewerten ist. Sodann sind zwei zentrale Fragen zu trennen. Zum einen muß nach einer Rechtfertigung für die Belastung der Banken mit Steuerverwaltungshandlungspflichten gesucht werden. Danach erst läßt sich beantworten, ob sich aus einer zulässigen Übertragung von Handlungspflichten automatisch auch Kostentragungspflichten ergeben und ob dies einer Überwälzung der Kosten auf den Bankkunden als Schuldner der Kapitalertragsteuer tatsächlich entgegensteht.

II. Pflichten der Bank nach dem Zinsabschlagsgesetz vom 9.11.1992, BGBl. I 1992, 1853

Zinsen aus Kapitalforderungen sonstiger Art, das sind insbesondere Einlagen und Guthaben bei Kreditinstituten, Darlehen und Anleihen, unterliegen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG der Einkommensteuer. Um den Vollzug der Besteuerung von Zinseinkünften – angemahnt vom Bundesverfassungsgericht im Zinsbesteuerungsurteil⁹ – zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber durch das sog. Zinsabschlagsgesetz die Erhebung der Steuer mit Wirkung zum 1.1.1993 einem Quellenabzugsverfahren (§ 43 Abs. 1 Nr. 7 EStG) unterstellt. Flankiert wurde die Einführung des Zinsabschlags durch die Gewährung hoher Freibeträge (6 000/12 000 DM), vgl. § 20 Abs. 4 EStG¹⁰.

Die Ausgestaltung der Kapitalertragsteuer auf Zinsen als Zahlstellensteuer sieht vor, daß die auszahlende Stelle, d. h. das Kreditinstitut, die Steuer einbehält und abführt (§ 44 Abs. 1 S. 3, 4 EStG). Während Schuldner

der Kapitalertragsteuer weiterhin der Gläubiger der Zinserträge ist (§ 44 Abs. 1 S. 1 EStG), macht das Gesetz die Zahlstelle somit zum Entrichtungspflichtigen. Die Steuer wird für Rechnung des Gläubigers der Kapitalforderung abgeführt. Der Bank obliegt zunächst die Ermittlung der Tatbestandsvoraussetzungen für die Abführung der Kapitalertragsteuer. Insbesondere gilt es festzustellen, ob einer der Ausnahmetatbestände des § 43 Abs. 1 Nr. 7 b) aa)–dd) EStG zum Tragen kommt oder ob gemäß § 44 a EStG vom Steuerabzug Abstand zu nehmen ist. Zentrale Bedeutung gewinnt in diesem Zusammenhang das Instrument des Freistellungsauftrags¹¹, der eine Besteuerung verhindern soll, wenn die Zinserträge den Sparerfreibetrag (§ 20 Abs. 4 EStG) zuzüglich der Werbungskostenpauschale des § 9 a Nr. 2 EStG nicht übersteigen. Die Bank hat einen ihr vom Gläubiger des Zinsertrages erteilten Freistellungsauftrag bereits bei der Abführung der Kapitalertragsteuer zu beachten, um auf diese Weise spätere Erstattungsfälle zu vermeiden. Sie ist weiterhin verpflichtet, dem Gläubiger der Kapitalerträge gemäß § 45 a Abs. 2 EStG auf dessen Verlangen detaillierte Bescheinigungen über die abgeführte Kapitalertragsteuer zu erteilen. Abgesichert werden die Entrichtungspflichten der Bank durch umfassende Haftungsvorschriften, vgl. etwa §§ 44 Abs. 5; 45 a Abs. 6 S. 1 EStG.

Zusammenfassend lassen sich die Aufgaben der Bank im Quellenabzugsverfahren folgendermaßen beschreiben¹²: Einerseits wird die Bank als verlängerter Arm des Fiskus tätig. Die Abführung der Steuer wird aus dem Verantwortungsbereich des Steuerschuldners ausgegliedert und einem Dritten, der Bank, übertragen. Dadurch wird ein neues Steuerschuldverhältnis zwischen Bank und Fiskus begründet. Andererseits nimmt die Bank dem Steuerschuldner die üblicherweise ihn selbst treffende Entrichtungspflicht ab, indem sie die Steuer für seine Rechnung abführt. Die Pflicht zur Entgegennahme und Berücksichtigung von Freistellungsaufträgen erfüllt eine Doppelfunktion. Das Instrument des Freistellungsauftrags reduziert die vorzunehmenden Steuererstattungen, die ansonsten in ca. 80 % der Besteuerungsfälle¹³, durchgeführt werden müßten und spart damit dem Fiskus Verwaltungskosten in beträchtlichem Umfang. Für den Bankkunden als Steuerschuldner ergeben sich durch die unmittelbare Berücksichtigung des Sparer-Freibetrages bereits im Quellenabzugsverfahren Liquiditäts- und Zinsvorteile.

III. Rechtliche Einordnung der Pflichten nach dem Zinsabschlagsgesetz

1. Rechtsformen der Verwaltung durch Private

Obwohl sich das Steuerverwaltungsrecht der Hilfe Dritter zur Durchsetzung des Steueranspruchs gegenüber

6 Gesetz über Mindestvorräte an Erdölzeugnissen vom 9.9.1965, BGBl. I 1965, 1217.

7 BVerfG v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292 (326).

8 Kritik zB bei Chr. Trzaskalik, Die Steuererhebungspflichten Privater, DStJG 12 (1989), 157 (179).

9 BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 ff.

10 Zu Einzelheiten vgl. die Kommentierung von K. Lindberg, Das Zinsabschlagsgesetz. Die Besteuerung des Kapitalertrags ab 1.1.1993, München 1992.

11 Eine ausführliche Darstellung des weithin gesetzlich nicht geregelten Instruments des Freistellungsauftrags findet sich bei S. Eisendick, Der Freistellungsauftrag – gesetzliches Niemandsland, FR 1998, 49 ff.

12 Mitwirkungspflichten der Bank, die sich darüber hinaus im Veranlagungsverfahren der Bankkunden ergeben (zB §§ 93 Abs. 1 Satz 1, 3; 97 Abs. 1 AO), sind kein Spezifikum des Quellenabzugsverfahrens und sollen daher im folgenden außer Betracht bleiben.

13 J. Giloy, Zur Besteuerung von Kapitalerträgen nach dem Zinsabschlagsgesetz, FR 1992, 605.

dem Steuerschuldner gerne bedient¹⁴, fehlt es an einer speziell steuerverwaltungsrechtlichen Systematik dieser Instrumente¹⁵. Auch im allgemeinen Verwaltungsrecht sucht man vergebens nach einer Kodifikation des Phänomens „Verwaltungshandeln durch Private“. Allerdings bemüht sich die Verwaltungslehre seit langem um die Entwicklung dogmatischer Strukturen. Diese ermöglichen wenigstens ansatzweise eine Eingrenzung der unterschiedlichen Erscheinungsformen des Verwaltens durch Private.

Auf Otto Mayer läßt sich die Rechtsfigur der Beleihung zurückführen¹⁶, deren Konturen indessen auch 100 Jahre später noch weitgehend ungeklärt sind¹⁷. Übereinstimmung besteht nur insoweit, als der Beliehene als natürliche oder juristische Person des Privatrechts kraft eines staatlichen Übertragungsaktes im eigenen Namen¹⁸ hoheitliche Aufgaben wahrnimmt¹⁹. Er ist damit Träger öffentlicher Verwaltung, bleibt aber zugleich Subjekt des Privatrechts. Durch die Kompetenzübertragung wird der Beliehene in die Lage versetzt, gegenüber Dritten obrigkeitlich durch Verwaltungsakt oder schlichthoheitlich tätig zu werden. In den Fällen des schlicht-hoheitlichen Handelns, in denen nicht auf eine der Handlungsformen des Verwaltungsrechts zurückgegriffen wird, ergibt sich der hoheitliche Charakter allein aus der Ausführung einer Staatsaufgabe (Aufgabentheorie).

Heftig umstritten ist, ob zu der Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch Private auch ein formales Element hinzutreten muß. So fordert die sog. Rechtsstellungstheorie²⁰, der Beliehene müsse in den Verwaltungsapparat in der Weise eingegliedert sein, daß ihm originäre Verwaltungskompetenzen übertragen werden. Diesem Merkmal kommt insbesondere bei der Abgrenzung der Beleihung zu dem von H. P. Ipsen entwickelten Institut der „Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben“²¹ tragende Bedeutung zu. Die mitt-

Ceterum censeo

Falsche Sicht

ES – Als Cato das Urteil des FG Köln vom 23.4.1996 (EFG 1996, 919) las, fiel ihm der altgriechische Philosoph Hippias ein: mißgünstige Menschen sind doppelt so übel dran als andere Leute, denn sie ärgern sich nicht nur über ihr eigenes Mißgeschick, sondern auch über fremdes Glück! Denn nur so vermochte er sich nämlich zu erklären, warum sich die Finanzverwaltung der dort vertretenen, zwar rechtskräftigen, aber mit normalem Menschenverstand nicht nachvollziehbaren Auffassung anzunehmen beginnt und ihre Lohnsteuerprüfer auf Dienstreisen von Arbeitnehmern mit vor- oder nachgeschalteten privaten Urlaubstagen ansetzt. Obgleich – oder vielmehr weil sie selbst und ihre Kollegen davon schon deshalb nicht betroffen sind, weil bei aus öffentlichen Kassen gezahlten Reisekosten steuerlich nicht zu prüfen ist, ob überhaupt Dienstreisen vorgelegen haben, sich mithin die Frage, ob eine Verbindung zwischen dienstlichen und privaten Interessen bestanden hat, von vornherein nicht stellt.

Wenn somit ausschließlich Arbeitnehmer privater Arbeitgeber die ihnen vom Arbeitgeber erstatteten Aufwendungen für eine angeordnete Dienstreise dann als Arbeitslohn versteuern sollen, wenn der Arbeitnehmer vor oder im Anschluß an diese Dienstreise private Urlaubstage angeschlossen hat, läßt sich das wohl nur unter einen Neidkomplex einordnen. Schließlich steht die Erledigung der dienstlichen Aufgaben stets im Vordergrund und jede Liebe zum Arbeitgeber hört dann auf, wenn solche Aufgaben nicht auf Kosten des Arbeitgebers, sondern aus eigener Tasche bestritten werden sollen. Wie umgekehrt der Arbeitgeber lediglich die dem Arbeitnehmer in Zusammenhang mit der geforderten Aufgabenerledigung entstehenden bzw. entstandenen Aufwendungen zu ersetzen bereit und regelmäßig auch verpflichtet ist. Ein vor- oder nachgeschalteter privater Aufenthalt am Ort der Dienstreise ist zwar mit dem Arbeitgeber abzustimmen, wird ihn aber sicher nicht dazu veranlassen können, dem Arbeitnehmer die privaten Aufenthaltstage ebenfalls zu finanzieren. Aus solchem Sachverhalt „gemischte Aufwendungen“ zu machen, die Dienstreise quasi zur „Liebhaberei“ in einen geldwerten Vorteil umzustilisieren und die dafür entstandenen dienstlich veranlaßten Aufwendungen den Kosten normaler Lebensführung zuzuordnen, ist absurd. Denn in einem privat bezahlten privaten Aufenthalt vor oder nach einer Dienstreise liegt bestenfalls ein Mitnahmeeffekt.

Die dem FG-Urteil zugrundeliegende Argumentation ignoriert die Tatsache, daß einfache Mitnahmeeffekte weder geldwerte Vorteile noch Arbeitslohn auslösen können. Schließlich gibt es im täglichen Leben eine unübersehbare Zahl vergleichbarer Effekte: von der privaten Nutzungsmöglichkeit dienstlich erworbener Kenntnisse und Erfahrungen über die Nutzung betrieblicher Bibliotheken und Zeitschriften auch für sehr private Zwecke bis zur Nutzung von Klosettpapier in betrieblichen oder öffentlichen Toiletten. Das hat das Gericht übersehen und die Finanzverwaltung will es wohl nicht sehen.

14 Vgl. etwa §§ 38 ff.; 43 ff.; 50 a EStG; § 18 Abs. 8 UStG iVm §§ 51 ff. UStDV; § 7 Abs. 1 S. 3 VersStG.

15 Der steuerrechtsspezifische Systematisierungsversuch von Chr. Trzaskalik, DStJG 12 (1989), 157 ff., stellt eine Ausnahmeerscheinung dar.

16 O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1. Aufl. 1896, S. 294; 2. Aufl. 1914, S. 431 ff.; 3. Aufl. 1924, S. 243 ff.; später von E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 1953, S. 533 ff., durch die Figur des „beliehenen Unternehmers“ auf Verwaltungshandlungen im Zusammenhang mit unternehmerischen Tätigkeiten beschränkt. Seit K. Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, S. 60 ff., wird das Rechtsinstitut der Beleihung hingegen von der ganz h. M. wieder auf alle Tätigkeitsbereiche erstreckt.

17 F. Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137 (138 ff.).

18 BVerwG, Urt. v. 5.3.1968 – I C 35/65, BVerwGE 29, 166 (169).

19 R. Stober, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, § 74 I; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 104 Rz. 2.

20 Im Anschluß an K. Vogel, aaO (FN 16), S. 60, zB W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 133; S. v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private. Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, 1982, S. 36 f.

21 H. P. Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: FS für E. Kaufmann, 1950, S. 141 ff. und ders., Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater.



lerweile als eigenständige Rechtsfigur anerkannte Indienstnahme unterscheidet sich von der Beleihung dadurch, daß der Indienstgenommene keine Hoheitsbefugnisse ausübt. Ihm sind lediglich Aufgaben zur Erfüllung übertragen, aber keine Kompetenzen zur Wahrnehmung²².

Nicht gesichert ist ferner, ob die Beleihung für den Beliehenen mit einem Privileg oder einem sonstigen Vorteil verbunden sein muß²³. Zwar wird die Vergabe von öffentlich-rechtlichen Monopolen, Regalen, Privilegien und Konzessionen mittlerweile nicht mehr unter den Tatbestand der Beleihung subsumiert²⁴, gleichwohl wird die Beleihung zumeist mit der Begründung einer Vorzugsstellung in Verbindung gebracht²⁵. Dies ist wohl in der Weise zu verstehen, daß der Rechtskreis der beliehenen Privatperson durch die Übertragung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen erweitert wird. Mit der Beleihung ist die Erlangung einer Machtposition verbunden. Häufig, wenn auch nicht zwingend, erhält der Beliehene zudem ein Gebührenprivileg. Im Gegensatz hierzu steht bei der Indienstnahme ein belastendes Element im Vordergrund. Dem Indienstgenommenen werden in erster Linie *Pflichten* übertragen²⁶, die nicht notwendigerweise auch mit einer Erweiterung seines Rechtskreises verbunden sind.

Von den Instituten der Beleihung und Indienstnahme ist die Stellung des *Verwaltungshelfers* abzuschichten²⁷. Im Wege der Verwaltungshilfe werden Private vorübergehend zur unselbständigen Erledigung untergeordneter Tätigkeiten nach Weisung eingesetzt. Ein gesetzlicher Übertragungsakt liegt regelmäßig nicht vor.

2. Konsequenzen der Einordnung

Auch wenn es bisher nicht gelungen ist, eine trennscharfe Terminologie und überzeugende Systematik zu entwickeln, lassen sich die Definitionsversuche nicht als bloße begriffsjuristische Spielerei abtun, knüpfen sich doch an die einzelnen Institute sehr unterschiedliche Rechtsfolgen. So entscheidet die Einordnung dar-

über, ob das Rechtsverhältnis zwischen Staat, Beliehenen und Dritten dem öffentlichen Recht oder Privatrecht zuzurechnen ist²⁸ und ob Pflichtverletzungen Staatshaftungsansprüche auszulösen vermögen²⁹. Der Beliehene unterliegt zudem der staatlichen Aufsicht³⁰. Anders als der Indienstgenommene ist er Verwaltungsbehörde im funktionalen Sinne³¹.

3. Einordnung der Pflichten nach dem Zinsabschlagsgesetz

a) Einbehaltung und Abführung des Zinsabschlags als Indienstnahme

In der Literatur werden Steuerentrichtungspflichten im Rahmen von Quellenabzugsverfahren allgemein entweder als Beleihung oder als Indienstnahme eingestuft. Die Klassifikation als bloße Verwaltungshilfe scheidet bereits wegen der Komplexität und Dauerhaftigkeit der Entrichtungspflichten aus³². Der Abzugsverpflichtete wird selbständig und nicht aufgrund gezielter verwaltungsbehördlicher Einzelweisung tätig.

Weit weniger eindeutig ist die Abgrenzung zwischen Beleihung und Indienstnahme. So ist bereits zweifelhaft, ob der Steuerentrichtungspflichtige tatsächlich der Aufgabentheorie folgend in eigenem Namen *hoheitliche Aufgaben* wahrnimmt. Noch problematischer ist die Frage, ob hierbei im Sinne der Rechtsstellungstheorie *originär staatliche Verwaltungskompetenzen* ausgeübt werden.

Für das Lohnsteuerabzugsverfahren und neuerdings für die Kindergeldauszahlung durch den Arbeitgeber haben sich mit dieser Frage eine Reihe von Autoren beschäftigt, von denen etwa *H. Schäfer*³³ und *J. Stolterfoth*³⁴ den Arbeitgeber als Beliehenen einordnen, während der *Bundesminister für Finanzen*³⁵ sowie *zB H. P. Ipsen*³⁶ und *F. P. Kloubert*³⁷ in ihm lediglich einen indienstgenommenen Privaten sehen³⁸.

Die Stellung der Banken nach dem Zinsabschlagsgesetz wird hingegen ausdrücklich nur selten themati-

Erläutert am Modell des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölzeugnissen vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1217), AÖR 90 (1965), 393 (417 ff.).

22 S. v. *Heimburg*, aaO (FN 20), S. 39.

23 So noch die frühen Definitionsversuche etwa von *E. R. Huibers*, aaO (FN 16), S. 533 ff.

24 Etwa *P. Dagdoglou*, Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben, DöV 1970, 532 (535).

25 *U. Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1985, S. 224; *R. Michaelis*, Der Beliehene. Ein Beitrag zur Verflechtung von öffentlichem und privatem Recht, 1969, S. 127 ff.; *J. Terrahe*, Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, 1961, S. 83 ff.; *F. P. Kloubert*, Rechtliche Stellung des Arbeitgebers beim Lohnsteuerabzug, 1988, S. 47; *W. Schick*, Grundfragen des Lohnsteuerverfahrens, 1983, S. 14 f. Etwas unklar insofern *H. Schäfer*, Die Dreiecksbeziehung zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Finanzamt beim Lohnsteuerabzug, 1990, S. 84 FN 187, der zwar ebenfalls von einer Vorzugsstellung ausgeht, diese aber nicht näher definiert.

26 *R. Stober*, aaO (FN 19), § 81 I.

27 Hierzu etwa *Wolff/Bachof* aaO (FN 19), § 104 Rz. 5 u. § 123 Rz. 10.

28 Im Falle der Beleihung ist sowohl das Verhältnis zwischen Staat und Beliehenen als auch zwischen Beliehenen und Dritten als öffentlich-rechtlich einzuordnen, während der Indienstgenommene gegenüber Dritten lediglich in der

Form des Privatrechts handelt, vgl. *zB R. Michaelis*, aaO (FN 25), S. 182.

29 Hierzu *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 1991, S. 17 ff.; *U. Steiner*, Der „beliehene Unternehmer“ – VG Münster, NJW 1967, 171, JuS 1969, 69 (75).

30 *R. Stober*, aaO (FN 19), § 74 IV. 2.

31 *Wolff/Bachof*, aaO (FN 19), § 104 Rz. 10.

32 *J. Stolterfoth*, Einwirkungen des Lohnsteuerrechts auf das Arbeitsverhältnis, DSTJG 9 (1986), 175 (193); *F. P. Kloubert*, aaO (FN 25), S. 46.

33 AaO (FN 25), S. 93 ff., 96.

34 DSTJG 9 (1986), 175 (191 ff.).

35 Stellungnahme in BVerfG v. 23.11.1976 – 1 BvR 150/75, BVerfGE 43, 108 (114), im Anschluß an BVerfG v. 14.12.1965 – 1 BvL 31, 32/62, BVerfGE 19, 226 (240).

36 AaO (FN 21), S. 141 (145 ff.).

37 AaO (FN 25), S. 47 f.

38 Vgl. ferner *R. Stober*, aaO (FN 19), § 81 II; *S. v. Heimburg*, aaO (FN 20), S. 40. Ohne klare Einordnung, aber gegen die Einordnung als Beliehener *H. Mösch*, Über die Erhebung von Lohnsteuer durch den Arbeitgeber, 1968, S. 12 ff.; vgl. auch *G. Krohn*, Zulässigkeit und Grenzen der Überwälzung von Steuerabführungspflichten auf private Unternehmer, BB 1969, 1233, der den Steuerentrichtungspflichtigen als „Sachwalter des Steuerschuldners“ bezeichnet. Für die Kindergeldauszahlung geht *O. Depenheuer*, BB 1996, 1218, von einer Indienstnahme aus.

sirt. *J. Dahm*³⁹ und *M. Geurts*⁴⁰, die sich etwas ausführlicher mit der Problematik beschäftigt haben, qualifizieren den Quellenabzug mit dem Hinweis auf die gesetzliche Gleichstellung von Steueranmeldung und Vorbehaltsfestsetzung in § 168 AO als Beleihung. Wenig überzeugend folgern sie aus der Wirkung der Steueranmeldung als Steuerverwaltungsakt, daß die Bank nicht nur schlicht-hoheitlich handle, sondern sogar obrigkeitliche Befugnisse ausübe. Verkannt wird dabei, daß § 168 Abs. 1 Satz 1 AO lediglich eine gesetzliche Fiktion enthält⁴¹. Derjenige, der eine Steueranmeldung abgibt, erläßt keineswegs selbst einen Verwaltungsakt. In vielen Fällen nimmt der Steuerschuldner selbst die Anmeldung vor (vgl. etwa §§ 18 Abs. 1 UStG; 44 Abs. 1 GrStG). Auch hier wirkt die Steueranmeldung wie ein Steuerverwaltungsakt, dennoch würde niemand auf die Idee kommen, der Steuerschuldner handle bei der Abgabe von Steueranmeldungen aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 168 Abs. 1 Satz 1 AO hoheitlich.

Grund der Einordnungsschwierigkeiten ist die Zwitterstellung des Steuerentrichtungspflichtigen im Steuerabzugsverfahren. Die Besonderheit liegt darin, daß sich die Tätigkeit der Bank – umschrieben als Steuerentrichtung – mit der Bürgerpflicht eines Dritten, nämlich des Steuerschuldners, deckt. Die Verwaltung von Steuern und damit auch ihre Erhebung ist zwar zunächst eine genuin staatliche Verwaltungsaufgabe, die gemäß Art. 108 Abs. 1 GG ausdrücklich dem Zuständigkeitsbereich des Staates zugewiesen ist. In der Regel bedient sich der Staat aber bei der Erhebung der Steuer der Mitwirkung des Steuerschuldners. Im Fall des Quellenabzugsverfahrens schaltet er zusätzlich einen zunächst unbeteiligten Dritten ein. Dieser tritt an die Stelle des Steuerschuldners⁴², für dessen Rechnung er die Kapitalertragsteuer abführt. Am ehesten ließe sich im Gefüge von Indienstrafe und Beleihung die Inanspruchnahme als Entrichtungspflichtiger daher als eigene Kategorie verstehen. Den Klassifikationskonflikt überwinden kann nur die Beantwortung der Frage, ob die Bürgerpflicht „Steuerentrichtung“ durch die Übertragung auf einen Dritten zur Staatsaufgabe wird. Dabei wird man darüber, ob die *Steuerentrichtung* durch die Übertragung zur *Steuereintreibung* wird und sich damit allein durch den Übertragungsakt die Aufgabe aus dem Bereich des Privaten löst und in den Bereich des Staatlichen übergeht, trefflich streiten können. Die Bank läßt sich im Quellenabzugsverfahren sowohl der Sphäre des Steuerpflichtigen zuordnen als dessen besseres, weil pflichtbewußtes alter ego, das den Hang des Zinsempfängers zur Steuerhinterziehung in Zaum hält, als auch dem Fiskus als eine Art präventive Steuerfahndungsinstanz.

Abstrakt betrachtet wird man hier kaum zu einem Ergebnis gelangen. Beide Zuordnungsvarianten sind denkbar, obwohl bereits die Begrifflichkeit des „Entrichtungspflichtigen“, also nicht „Eintreibungspflichtigen“ ebenso wie die Gleichstellung des Steuerentrichtungspflichtigen mit dem Steuerschuldner in § 33 Abs. 1 AO nahelegt, daß der zum Quellenabzug Verpflichtete dem Steuerbürger zuzurechnen ist. Betrachtet man allein die Durchführung des Quellenabzugs, so wird die Bank dem Steuerschuldner an die Seite gestellt⁴³. Sie repräsentiert nicht den Staat als Steuereintreiber, sondern den Steuerschuldner. Die Steueranmeldung, als Sonderform der Steuererklärung (§ 150 Abs. 1 Satz 2 AO), ebenso wie die Abführung von Steuern ist eine Tätigkeit, die allein vom Steuerpflichtigen, nie aber vom Staat selbst wahrgenommen wird. Auch aus dem Umstand, daß die Bank gemäß § 43 a Abs. 2 bis 4 EStG eigenständig die Bemessungsgrundlage ermittelt, kann nicht gefolgert werden, sie nehme hierbei eine hoheitliche Tätigkeit wahr⁴⁴. Sind Steueranmelder und Steuerschuldner identisch (zB §§ 16, 18 UStG; § 44 GrStG), so kommt der Steuerschuldner mit der selbständigen Berechnung der geschuldeten Steuer lediglich seinen Steuerschuldnerpflichten nach. *Chr. Trzaskalik* bezeichnet daher im Fall der Umsatzsteuer die Steueranmeldung als „Annex zur Steuerschuldnerschaft“⁴⁵. Lediglich die Übertragung dieser Tätigkeiten vom Steuerschuldner auf die Zahlstelle ist ein hoheitlicher Akt, der aber der Ausführung dieser Tätigkeiten vorgelagert ist.

Auch die Interpretation des Quellenabzugsverfahrens als eine Art der Vorverlagerung der Steuerüberwachung, als Steuerhinterziehungsprävention kann einen hoheitlichen Kontext nicht begründen. Zwar liegt dieser Gedanke angesichts der Mahnung des Bundesverfassungsgerichts, der Gesetzgeber müsse Regelungen schaffen, um der notorischen Steuerunehrlichkeit von Zinsempfängern zuvorzukommen⁴⁶, durchaus nahe. Der Funktionenzusammenhang mit der regelmäßig den Staat treffenden Verifikationsaufgabe vermag eine hoheitliche Stellung des Kreditinstituts jedoch schon deshalb nicht zu begründen, weil die Tätigkeit der Bank nicht als Überwachungs- sondern Entrichtungspflicht konzipiert wurde.

Erhärten läßt sich die Einordnung als Indienstrafe anhand von Rückschlüssen aus der gesetzlichen Ausgestaltung des Zinsabschlags⁴⁷. Die Einbindung der Bank in das Quellenabzugsverfahren begründet keine Vorzugsstellung. Die Bank wird nicht aus einem eigenen, ihr übertragenen *Recht* zur Steuereinzahlung tätig, der Quellenabzug ist vielmehr ausschließlich als *Pflicht* gegenüber dem Fiskus ausgestaltet⁴⁸. Verletzt die Bank ihre Pflichten, so haftet sie gesamtschuldnerisch (§ 44 Abs. 1 S. 1 AO) mit dem Gläubiger der Ka-

39 WM 1996, 1285 (1287).

40 DB 1997, 1997 (1999).

41 Die der Fiktion des § 168 S. 1 AO zugrundeliegende rechtsdogmatische Konstruktion ist zudem unklar, vgl. *Chr. Trzaskalik*, Über die Vorbehaltsfestsetzung und die Steueranmeldung, *StuW* 1993, 371 (376).

42 Ähnlich *G. Krohn*, *BB* 1969, 1233.

43 Ebenso *S. v. Heimburg*, aaO (FN 20), S. 40.

44 So aber *M. Geurts*, *DB* 1997, 1997 (1998).

45 *Chr. Trzaskalik*, *StuW* 1993, 371 (376).

46 AaO (FN 9), S. 273.

47 Wobei ein solches deduktives Vorgehen immer der Gefahr des Zirkelschlusses ausgesetzt ist, vgl. *F. Ossenbühl*, *VVD-StRL* 29 (1971), 137 (157 FN 90).

48 Ähnlich *W. Schick*, aaO (FN 25), S. 14, für den Arbeitgeber im Lohnsteuerabzugsverfahren, der allerdings hieraus eine Eingliederung des Arbeitgebers in die Finanzverwaltung folgert. Dagegen überzeugend die Argumentation *H. Schäfers*, aaO (FN 25), S. 86 f., für die organisationsrechtliche Selbständigkeit des Arbeitgebers.

pitalerträge für die Steuerschuld (§ 44 Abs. 5 EStG). Die Einschaltung der Bank im Quellenabzugsverfahren dient damit nicht nur der Verwaltungsvereinfachung, sondern auch der Schaffung eines weiteren Haftungsobjekts⁴⁹. Daß die Bank als Quellenabzugsverpflichtete nicht, auch nicht funktional, Teil der Verwaltung wird und damit nicht beliehen, sondern lediglich als Privatperson in die Pflicht genommen ist, läßt sich schließlich damit belegen, daß ihr die Ausführung ihrer Pflichten weder durch Verwaltungsanweisungen erleichtert wird, noch ein der Anrufungsauskunft des § 42 e EStG vergleichbares Institut vorgesehen ist⁵⁰. Anders als in den klassischen Fällen der Beleihung fordert das Gesetz zudem keinen Tauglichkeitsnachweis. Wie jeder andere Steuerpflichtige auch ist die Bank auf ihre individuellen Fähigkeiten, das Steuergesetz auszuführen, angewiesen.

b) Die Bearbeitung von Freistellungsaufträgen als Annex

Von der Einordnung der Anmeldung und Abführung der Kapitalertragsteuer ist die Bearbeitung von Freistellungsaufträgen zu trennen, deren Rechtsnatur ebenfalls kontrovers diskutiert wird. Bereits die Bezeichnung als „Auftrag“ hat zu Verunsicherung geführt. Die Wortwahl legt nahe, es handle sich um eine rein zivilrechtliche Nebenvereinbarung zwischen den Parteien des Bankvertrages. Allerdings wirkt diese Vereinbarung unmittelbar auf die Quellenabzugspflicht der Bank ein, die nach der gesetzlichen Konzeption des § 44 a Abs. 1 EStG bei Vorliegen eines Freistellungsauftrags zur Abstandnahme vom Quellenabzug verpflichtet sein soll⁵¹. Daher ist verschiedentlich vertreten worden, die Bezeichnung als „Freistellungsauftrag“ sei eine gesetzliche *falsa demonstratio*; der Freistellungsauftrag gehöre dem öffentlichen Recht an⁵².

Für die Konstruktion eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Bank und Bankkunden⁵³ besteht indes kein Anlaß. Die Bank wird auch im Rahmen des Freistellungsverfahrens nicht als Teil des Staatsapparates, sondern als indienstgenommene Privatperson tätig. Deshalb muß der „Freistellungsauftrag“ im Verhältnis zwischen Bank und Bankkunde als zivilrechtlicher Vertrag, als Nebenabrede zum Bankvertrag gedeutet werden. Die vom Zinsabschlagsgesetzgeber gewollte Bin-

dung an den Freistellungsauftrag kann auch im Rahmen eines zivilrechtlichen Verhältnisses im Wege eines Kontrahierungszwanges realisiert werden⁵⁴. Die Anordnung des Kontrahierungszwangs ist – unabhängig davon, ob sich ein solcher im Ergebnis rechtfertigen läßt – vorläufig als Annex zur staatlichen Indienstnahme im Rahmen des Quellenabzugs zu verstehen.

Der Einordnung als zivilrechtlicher Vertrag steht auch die Feststellung des BGH⁵⁵, die Bank nehme mit der Überprüfung der Steuerbefreiungstatbestände eine staatliche Aufgabe wahr, nicht entgegen. Die Tätigkeit der Bank unterscheidet sich nämlich in einem wesentlichen Punkt von der des Fiskus, denn die Bearbeitung von Freistellungsaufträgen durch die Bank enthält kein materielles Prüfungsrecht. Vielmehr ist die Bank an formal wirksame Freistellungsaufträge gebunden⁵⁶. Die endgültige Entscheidung über die Gewährung des Freibetrages verbleibt bei den Steuerbehörden⁵⁷.

IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und Grenzen der Indienstnahme der Bank

Werden damit sowohl die Anmeldung und Abführung der Kapitalertragsteuer als auch die Pflicht zur Bearbeitung von Freistellungsaufträgen als Fall der staatlichen Indienstnahme Privater eingestuft, so drängt sich die Frage auf, ob die Bank dieser Inanspruchnahme schutzlos gegenübersteht.

Mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und den Grenzen staatlicher Indienstnahme haben sich sowohl der Bundesfinanzhof als auch das Bundesverfassungsgericht bereits verschiedentlich befaßt. Gleichwohl haben Entscheidungen wie der Mineralölbevorratungsbeschluß⁵⁸ oder die Judikate zu Lohnsteuerabführung⁵⁹ und Kuponsteuer⁶⁰ nur wenig Licht in das Dunkel der „kalten Privatisierung“ gebracht. Die fehlende Sensibilität gegenüber den freiheits- und gleichheitsrechtlichen Bezügen dieses Phänomens mag damit zusammenhängen, daß Private in der Vergangenheit nur vereinzelt zu Verwaltungstätigkeiten herangezogen wurden. Nachdem aber bereits im Jahre 1989 die der Privatwirtschaft durch überbürdete Verwaltungsaufgaben jährlich entstehenden Kosten auf rund 10,5 Mrd. DM hochgerechnet wurden⁶¹ und sich der Trend zum staatlichen Outsourcing seither noch

49 Haftungskonstruktionen kennt zwar gerade auch das Recht der Beleihung. Allerdings geht es hierbei um die staatliche Außenhaftung gegenüber Dritten, die durch das Tätigwerden des Beliehenen Schaden erleiden. Zwischen Staat und Beliehenen kommen regelmäßig nur Regreßansprüche in Betracht. § 44 Abs. 5 EStG betrifft im Gegensatz hierzu die Haftung für eine fremde Schuld.

50 Vgl. Chr. Trzaskalik, DStJG 12 (1989), 157 (171).

51 So im Hinblick auf den Wortlaut des § 44 a Abs. 1 EStG, „bei Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4, 7 und 8 ... ist der Steuerabzug nicht vorzunehmen“, wohl zutreffend OLG Zweibrücken, aaO (FN 5), S. 2108; zu der abweichenden Formulierung in § 43 Abs. 1 Nr. 7 a) bb) EStG, vgl. J. Giloy, FR 1992, 605 (610).

52 Etwa S. Eisendick, FR 1998, 50; M. Geurts, DB 1997, 1999. Diese Vorstellung liegt wohl auch den BGH-Urteilen vom 15.7.1997, aaO (FN 1), zugrunde.

53 So M. Geurts, DB 1997, 1997 (1999), dessen Schlußfolgerung insofern konsequent ist, als er die Banken für Beliehene hält.

54 So auch A. Früh, WM 1998, 65; A. Imping, MDR 1997, 1047; von OLG München, Urt. v. 11.7.1996 – 29 U 1677/96, ZIP 1996, 1778, allerdings verneint.

55 AaO (FN 1).

56 Vgl. oben FN 51.

57 Dies zeigt auch die Vorschrift des § 45 d EStG, nach der die Banken lediglich die Informationen zu liefern haben, damit die Finanzbehörden eine doppelte Inanspruchnahme des Freibetrages verhindern können.

58 AaO (FN 7), S. 326.

59 BFH, Urt. v. 5.7.1963 – VI 270/62 U, BStBl. III 1963, 468 f.; BVerfG v. 17.2.1977 – 1 BvR 33/76, BVerfGE 44, 103 f.

60 BVerfG v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 ff. (Kuponsteuer).

61 W. Kitterer, Die Belastung der Privatwirtschaft durch unbezahlte Hilfstätigkeiten für den Fiskus, Stbg. 1990, 175 (177).

verschärft haben dürfte, kann von einer unbedeutenden Einzelercheinung keine Rede mehr sein.

1. Unterscheidung zwischen der Primärebene der Inanspruchnahme und der Sekundärebene der Kostentragung

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme kann nur dann sinnvoll beurteilt werden, wenn zwischen der *Rechtmäßigkeit der Indienstnahme als solcher* und der Frage, *ob die Dienste unentgeltlich geleistet werden müssen*, unterschieden wird und beide Ebenen getrennt betrachtet werden⁶². Denn weder läßt sich aus der Zulässigkeit der Inpflichtnahme als solcher auf die Unentgeltlichkeit der zu erbringenden Leistungen schließen. Vielmehr kann sich das Verdikt der Verfassungswidrigkeit als Verletzung des Gebots der Lastengleichheit gerade aus dem Fehlen einer Kostentragungsregel ergeben, auch wenn der Freiheitseingriff selbst gerechtfertigt ist. Noch kann eine verfassungswidrig in Freiheitsrechte des Indienstgenommenen eingreifende Heranziehung zu Handlungspflichten durch eine salvatorische Kostenregelung oder gar mit dem Hinweis auf Abwälzungsmöglichkeiten geheilt werden. Verfassungskonformes Verhalten ist nicht handelbar, daher ist dem Verfassungsrecht ein Liquidationsrecht für Verfassungsverstöße unbekannt⁶³.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben auf der Primärebene

a) Staatsorganisationsrechtliche Prämissen: Trennung von Staatlichem und Privatem im Steuerstaat

Einzelgrundrechte haben bei der Übertragung von Verwaltungstätigkeiten auf Private bisher stets versagt. Die Ausgangsfrage, ob der Staat seine Aufgaben überhaupt auf Private auslagern darf, läßt sich einem bestimmten Grundrecht nicht zuordnen, ist der Berührung des Schutzbereiches individueller Grundrechte vorgelagert⁶⁴. Grundrechte entfalten ihre Schutzwirkung in erster Linie erst auf einer zweiten Stufe bei der Frage der konkreten Ausgestaltung einer Indienstnahme. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private zulässig ist, ist hingegen im Staatsorganisationsrecht zu verorten.

Abgesehen von allgemeinen Mitwirkungspflichten, die sich in der Regel auf ein Tätigwerden in eigenen Angelegenheiten beschränken, liegt die Verwaltung in staatlicher Hand. Diese verfassungsrechtliche Grund-

entscheidung kommt etwa in Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Art. 12 Abs. 2 oder Art. 33 Abs. 4 GG⁶⁵ zum Ausdruck. Art. 108 GG und dessen einfachgesetzliche Ausprägung § 85 AO weisen die Verwaltung der Steuern sogar explizit den Finanzbehörden zu. Die Verwaltung von Steuern ist daher staatliche Aufgabe⁶⁶, die dem Privaten nur *ausnahmsweise* auferlegt werden darf⁶⁷. Seinen Beitrag für das Gemeinwohl leistet der Bürger im Steuerstaat mit der Entrichtung der von ihm geschuldeten Steuern⁶⁸. Die anonyme und entpersonalisierte Geldleistungspflicht hat die überkommenen Hand- und Spanndienste abgelöst.

Art. 108 GG hat allerdings in erster Linie funktionelle Bedeutung⁶⁹. Weder enthält die Verfassung ein explizites Verbot der Inanspruchnahme unbeteiligter Dritter im Quellenabzugsverfahren⁷⁰, noch läßt sich angesichts der zum Verfassungsgewohnheitsrecht verstetigten Tradition der Inanspruchnahme Privater ein solches Verdikt konkludent aufstellen⁷¹.

Gleichwohl bedarf es eines besonderen Grundes der Inanspruchnahme. Wird ein unbeteiligter Dritter in fremden Angelegenheiten als Wächter über die Steuerbefolgung durch den Steuerschuldner eingesetzt, so ist hierfür eine sachliche Notwendigkeit zu fordern. Denn zunächst obliegt es – so die verfassungsrechtliche Grundentscheidung – dem Staat, mit den Mitteln der steuerfinanzierten Verwaltung, die Steuerentrichtung durch den Steuerschuldner sicherzustellen. Nur wenn es der staatlichen Verwaltung aus eigenen Kräften nicht gelingt, die Durchsetzung des Steueranspruchs zu gewährleisten, ist die Heranziehung Privater zu Hilfstätigkeiten legitim, soweit auf diese Weise und *nur* auf diese Weise die Eintreibung der Steuer effektuiert werden kann. Zu weitgehend – oder doch zumindest mißbrauchsanfällig – sind daher die von *F. Ossenbühl*⁷² für eine Abbürdung von Verwaltungstätigkeiten beispielhaft genannten Gründe der Zweckmäßigkeit, Verwaltungsökonomie, Sach- und Fachkunde des Privaten oder der Situationsbeherrschung, da sie die Subsidiarität der Verwaltung durch Private nicht hinreichend zum Ausdruck bringen⁷³.

b) Grundrechtsschutz und Indienstnahme

Zusätzliche Schranken ergeben sich aus der Betroffenheit spezieller Grundrechtspositionen durch die Inpflichtnahme. Dabei wurden erste verfassungsrechtliche Bedenken an Art. 12 GG festgemacht. Der Bundesfinanzhof maß die Inpflichtnahme zum Steuerabzug zunächst als Fall der Heranziehung zu Zwangsdiensten

62 So wie hier: *R. Stober*, aaO (FN 19), § 81 I; *H. P. Ipsen*, aaO (FN 21), S. 141 ff.; *ders.*, AöR 90 (1965), 393 (426 ff.); *K.-H. Friauf*, Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Steuerbürger, in: FS für H. Jahrreiß, 1974, S. 45 (62 ff.); *M. Geurts*, DB 1997, 1997 (1999); a. A. *Chr. Trzaskalik*, DStJG 12 (1989), 157 (179 ff.), der die Frage der Rechtmäßigkeit der Indienstnahme für untrennbar mit der Kostentragung verbunden hält. Ohne saubere Trennung auch *H. Hendel*, Die Belastung der Arbeitgeber durch die Lohnsteuer, IFSt-Schrift Nr. 359, Bonn 1997, S. 66.

63 *F. Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (181).

64 So auch *Chr. Trzaskalik*, DStJG 12 (1989), 157 (162).

65 Trotz der „elastischen Ausnahmen“, vgl. *F. Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (162), läßt sich der Regel in Art. 33 Abs. 4 GG eine Grundentscheidung ablesen.

66 *H. Hendel*, aaO (FN 62), S. 66.

67 Ebenso *Chr. Trzaskalik*, DStJG 12 (1989), 157 (160).

68 Soweit den Steuerschuldner hierbei begleitende Dienstleistungen wie Melde-, Erklärungs-, Auskunfts- oder Nachweispflichten treffen, sind diese regelmäßig als unselbständige Bestandteile der Geldleistungspflicht anzusehen, vgl. *P. Dagoglou*, DöV 1970, 532 (536).

69 Anders wohl *J. Pelka/F. Balmes*, DStR 1997, 1309 (1311).

70 *Wolff/Bachof*, aaO (FN 19), § 6 Rz. 22.

71 So *F. Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (164).

72 VVDStRL 29 (1971), 137 (181).

73 Gerade das Argument der Verwaltungsvereinfachung ist in hohem Maße mißbrauchsanfällig, da die Abwälzung von Verwaltungsaufgaben auf Dritte immer zu einer Entlastung führt.

an Art. 12 Abs. 2 GG⁷⁴, stieß aber mit dieser Interpretation beim Bundesverfassungsgericht auf ausdrückliche Ablehnung⁷⁵. Art. 12 Abs. 2 GG erschöpfe sich im wesentlichen in dem Schutz vor physischer Zwangsarbeit und sei vorrangig als verfassungsrechtliche Abkehr von den Arbeitsdiensten des NS-Regimes zu sehen⁷⁶. Steuerentrichtungspflichten könnten daher allenfalls als Berufsausübungsregelungen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG tangieren. Seitdem wird gemeinhin im Schrifttum Art. 12 Abs. 1 GG als verfassungsrechtlicher Maßstab herangezogen⁷⁷. Nicht ganz unberechtigt ist jedoch der Einwand *Chr. Trzaskaliks*, der Schutzbereich der Berufsfreiheit sei nicht eröffnet, da die Steuerentrichtungspflicht sich nicht unmittelbar regelnd auf die Berufsausübung auswirke. Die Steuerentrichtungspflicht weise ebenso wie die Pflicht des Schuldners, Steuern zu zahlen, keinerlei Berufsbezug auf⁷⁸.

Weder Art. 12 Abs. 1 noch Abs. 2 GG erfassen die Situation der Indienstnahme des Quellenabzugsverpflichteten präzise. Soll Art. 12 GG nicht zu einem konturenlosen Auffangtatbestand verkommen, so darf der Artikel seines Charakters als *Berufsfreiheit* nicht entblößt werden. Vor der grenzenlosen Ausdehnung des Schutzbereiches spezieller Grundrechte ist nur zu warnen, weil sie notwendigerweise um so rigidere Beschränkungen auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit nach sich ziehen. Diese Wechselwirkung reduziert den Grundrechtsschutz im Ergebnis, anstatt ihn zu erweitern. Im übrigen besteht zu einer solchen Auflösung der Berufsfreiheit gar kein Anlaß, da für unspezifische Eingriffe Art. 2 Abs. 1 GG zur Verfügung steht⁷⁹.

Zudem berührt die Indienstnahme, stellt man auf die Inanspruchnahme der Betriebseinrichtungen des Steuerentrichtungspflichtigen ab, thematisch eher den Schutzbereich von Art. 14 GG als von Art. 12 GG⁸⁰. Durch die Pflicht zur Abführung der Kapitalertragsteuer sowie der Verwaltung von Freistellungsaufträgen, werden Betriebsmittel der Bank für einen staatlichen Zweck gebunden, und damit der freien Verfügung zu privatwirtschaftlichen Zwecken entzogen. Auf diesen Zusammenhang zwischen der Heranziehung zu Steuerentrichtungspflichten und der Eigentumsfreiheit hat früh bereits *H. P. Ipsen*⁸¹ hingewiesen. Hierfür müssen noch nicht einmal die so gerne zitierten Halbteilungsbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts⁸² bemüht werden⁸³, da auch nach herkömmlichem Ver-

ständnis Beeinträchtigungen der Unternehmerfreiheit als Eingriff in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb von Art. 14 GG erfaßt werden. Zwar greift der Staat bei der Indienstnahme nicht final zur Güterbeschaffung in die Eigentumssphäre ein, eine gleichspflichtige Enteignung iS des Art. 14 Abs. 3 GG liegt damit nicht vor. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG schützt jedoch darüber hinaus auch vor rechtswidrigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die den Gebrauch der Eigentümerfreiheit unverhältnismäßig einschränken⁸⁴.

Unabhängig davon, ob man vorrangig auf Art. 2 Abs. 1 GG abstellt⁸⁵ oder Art. 14 GG zur Anwendung bringt, wird sich die Frage der Zulässigkeit der konkreten Indienstnahme weitgehend in der Verhältnismäßigkeit abspielen, wobei im Rahmen von Art. 14 GG der in Absatz 2 zum Ausdruck kommende Aspekt der Sozialbindung des Eigentums besonders zu berücksichtigen ist.

3. Inanspruchnahme auf der Primärebene durch das Zinsabschlagsgesetz nur zum Teil verfassungskonform

Anhand dieser Maßstäblichkeit ist zunächst zu überprüfen ob die Heranziehung der Banken im Quellenabzugsverfahren grundsätzlich zulässig ist, dann ob die Indienstnahme – vor allem in ihrer konkreten Ausgestaltung – dem verfassungsrechtlich verbürgten Schutz der Grundrechte hinreichend Rechnung trägt. Dabei muß zwischen der *Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer* auf der einen Seite und der *Verwaltung der Freistellungsaufträge* auf der anderen Seite unterschieden werden, da jeweils ganz unterschiedliche Ziele verfolgt werden.

a) Abführung des Zinsabschlags

Vor der Einführung des Quellenabzugs herrschten im Bereich der Zinseinkünfte erhebliche Vollzugsdefizite, die nicht nur den staatlichen Steueranspruch gefährdeten, sondern – wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Zinssteuer-Entscheidung feststellte – darüber hinaus die Belastungsgleichheit der Steuer, ihre materielle Rechtfertigung in Frage stellten. Die Verfassungsrichter sahen sich veranlaßt, den Gesetzgeber zum Handeln aufzufordern, ließen ihm allerdings in der Entscheidung, wie dem Vollzugsdefizit Abhilfe geschaffen wird, freie Hand. Statt der Einführung des

74 Urt. v. 5.7.1963, vgl. FN 59.

75 AaO (FN 60), S. 383.

76 So auch *G. Krohn*, BB 1969, 1233, 1234; kritisch *F. Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (176).

77 Etwa *R. Scholz*, in: Th. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Lfg. 32, München 1996, Art. 12 Rz. 219; *H. Herrler*, Mitwirkung der Banken bei der Besteuerung von Bankkunden, 1984, S. 219; *J. Pelka/F. Balmes*, DStR 1997, 1309 (1312); *F. P. Kloubert*, aaO (FN 25), S. 67 f.; *O. Depenheuer*, BB 1997, 1218.

78 DStJG 12 (1989), 157 (163); vgl. auch *G. Krohn*, BB 1969, 1233 (1234). In der Tat wird die Steuerentrichtung lediglich bei Gelegenheit der Berufsausübung geleistet und berührt noch nicht einmal nach der extensiven Schutzbereichsdefinition des BVerfG die Berufsfreiheit.

79 So auch *M. Hoffmann*, Staatliche Wirtschaftsregulierung und grundrechtlicher Schutz der Unternehmensfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, BB 1995, 53 (57 f.).

80 A. A. *H.-J. Kanzler*, FR 1996, S. 473, 478, der den Schutzbereich von Art. 14 GG nicht für eröffnet hält.

81 AaO (FN 21), S. 141 (155). Auf den Zusammenhang mit Art. 14 GG gehen zB auch *F. Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (178 ff.); *G. Krohn*, BB 1969, 1233 (1235); *H. P. Ipsen*, AöR 90 (1965), 418 u. *F. P. Kloubert*, aaO (FN 25), S. 70 ff., ein.

82 BVerfG v. 22.6.1995, BVerfGE 93, 121 ff. (Vermögenssteuer); BVerfG v. 22.6.1995, BVerfGE 93, 165 ff. (Erbchaftsteuer).

83 Verfassungsrechtlich auf der Höhe geben sich etwa die Urteilsbegründung des FG Rheinland-Pfalz v. 31.7.1996 – 1 K 1686/96, FR 1997, 100 (105) zur Kindergeldauszahlung durch den Arbeitgeber u. *J. Pelka/F. Balmes*, DStR 1997, 1309 (1313).

84 *W. Leisner*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, Heidelberg 1989, § 149 Rz. 63 ff.

85 So *Chr. Trzaskalik*, DStJG 12 (1989), 157 (163); *F. Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (178 ff.), und im Ergebnis wohl auch *G. Krohn*, BB 1969, 1233 (1235).

Zinsabschlags wäre daher durchaus auch die Aufhebung von § 30 a AO und die Einführung effizienter Kontrollinstrumente, etwa durch Anzeigepflichten, denkbar gewesen⁸⁶. Der Gesetzgeber hat seine legislatorische Gestaltungsfreiheit hingegen in der Weise genutzt, daß er die Banken zum Quellenabzug verpflichtete. Diese Entscheidung ist nicht zu beanstanden. Die Steuerverwaltung war vor dem Erlaß des Zinsabschlagsgesetzes mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln nicht in der Lage, den staatlichen Steueranspruch durchzusetzen, so daß die Grundvoraussetzung der Indienstnahme Privater vorliegt. Die Entscheidung für das Quellenabzugsverfahren war zudem das effektivere Mittel von zwei die Privatsphäre der Bank gleichermaßen belastenden Alternativen⁸⁷. Denn auch für die Belastung der Bank mit gesteigerten Anzeigepflichten hätte es einer besonderen Rechtfertigung bedurft, schließlich gilt im Steuerverfahrensrecht das Prinzip der Subsidiarität der Inanspruchnahme Dritter⁸⁸, vgl. etwa §§ 93 Abs. 1 S. 3, 208 Abs. 1 Nr. 1 iVm S. 3 AO. Dieser ist auch zu Informationseingriffen erst dann heranzuziehen, wenn die erforderlichen Informationen vom Steuerschuldner nicht zu erlangen sind. Zwar hätte durch eine bereichsspezifische Aufgabe des Subsidiaritätsprinzips die Bank unmittelbar zur Abgabe von die Durchsetzung des Steueranspruchs sichernden Anzeigen verpflichtet werden können, ein solches Vorgehen hätte aber wie die Quellenabzugsverpflichtung in die Rechtssphäre der Bank eingegriffen, ohne zugleich eine Verfahrenserleichterung zu bewirken.

Auch die inhaltliche Ausgestaltung des Quellenabzugs hält einer Überprüfung an den Grundrechten der betroffenen Geldinstitute⁸⁹ stand. Durch die Belastung mit dem Quellenabzug werden zwar die Betriebsmittel der Bank partiell gebunden, der Gesetzgeber hat aber den Maßstab der Verhältnismäßigkeit beachtet, so daß im Ergebnis weder Art. 14 GG noch Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sind. Aufgrund der weitgehenden Standardisierung des Quellenabzugsverfahrens ist die Abführung der Kapitalertragsteuer mit einem verhältnismäßig geringen Verwaltungsaufwand zu bewältigen, so daß der Bank ein eigenbestimmtes Wirtschaften weiterhin möglich bleibt. Ferner wurden die finanziellen Risiken so gering wie möglich gehalten. So ist die Bank zB nicht verpflichtet, die Steuer aus Eigenmitteln abzuführen, sondern kann, falls der Kapitalertrag nicht in Geld besteht oder zur Deckung der Kapitalertragsteuer nicht ausreicht, auf den Steuerschuldner zurückgreifen bzw. sich durch Anzeige gegenüber dem zuständigen Be-

triebsstättenfinanzamt der Steuerentrichtungspflicht entledigen (§ 44 Abs. 1 S. 7–9 EStG). Auch bei der für eine effektive Durchsetzung der Steuerentrichtungspflicht unverzichtbaren Haftungsanordnung in § 44 Abs. 5 S. 1 EStG hat der Gesetzgeber das mildeste Mittel gewählt, da die Haftung nur im Fall von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz eintritt⁹⁰.

b) Verwaltung der Freistellungsaufträge

Anders ist die Inpflichtnahme der Bank im Rahmen des Freistellungsauftrags zu beurteilen. Das Instrument des Freistellungsauftrags dient der frühzeitigen Berücksichtigung der von § 20 Abs. 4 EStG eingeräumten hohen Freibeträge. Mit dem eigentlichen gesetzgeberischen Ziel des Zinsabschlagsgesetzes, die Banken zur Verhinderung von Steuerhinterziehung in das Besteuerungsverfahren einzuschalten, steht das Institut des „Freistellungsauftrags“ also nur in einem sehr mittelbaren Zusammenhang. Allenfalls kann die frühe Berücksichtigung der Freibeträge deren psychologische Wirkung verstärken. Da dank des Freistellungsauftrags ein Großteil der Zinseinkünfte von vornherein nicht der Besteuerung unterworfen wird, mag die Berücksichtigung der Freibeträge bereits im Quellenabzugsverfahren der aufgrund der Einführung der Kapitalertragsteuerpflicht befürchteten Kapitalflucht⁹¹ entgegenwirken.

Eine Inpflichtnahme der Bank auch zur Bearbeitung des Freistellungsauftrags läßt sich mit derartigen kapitalmarktpolitischen Motiven indessen nicht rechtfertigen. Es fehlt bereits an dem sachlichem Grund für die Übertragung der Staatsaufgabe „Gewährung von Steuerfreibeträgen“ auf Private. Zwar werden die Finanzbehörden von § 85 S. 2 AO auch dazu angehalten, keine Steuern zu erheben, die nicht geschuldet werden. Dieser Pflicht könnte aber genauso effektiv im Veranlagungsverfahren genügt werden. Es besteht keine Gefahr, daß das Verwaltungsziel der Gewährung des Sparerfreibetrages ohne die Indienstnahme der Bank vereitelt wird. Darüber hinaus läßt sich eine gesteigerte Verantwortlichkeit der Bank für die Beachtung der Steuerfreibeträge ihrer Kunden nicht ausmachen, zumal anders als zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zwischen Bank und Bankkunden kein besonderes Fürsorgeverhältnis besteht⁹², das eine solche Pflicht begründen könnte⁹³. Auch daß es gerade die Kleinsparer sind, die von den Freibeträgen und damit auch von der frühzeitigen Berücksichtigung profitieren⁹⁴, vermag an dieser Betrachtung nichts zu ändern. Allein aufgrund einer höheren Leistungsfähigkeit oder

86 Zu den Alternativen, vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 12/2501, 11.

87 So auch H. Herrler, aaO (FN 77), S. 212 ff.; H.-J. Rendels, Die Änderungen des Steuerrechts durch das Zinsabschlagsgesetz, DStR 1992, 1027, hält die Entscheidung für das Quellenabzugsverfahren wohl in erster Linie im Hinblick auf die hohen Freibeträge für verhältnismäßig, die aber verfassungsrechtlich bedenklich sind und daher in die Betrachtung nicht einfließen dürfen. Für die Beurteilung der Inpflichtnahme der Banken kann es auf den Freibetrag ohnehin nicht ankommen.

88 Z. B. R. Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 15. Aufl. 1996, § 22 Rz. 194.

89 Inwieweit auch Grundrechte des durch die Anordnung des Quellenabzugs partiell entmündigten Steuerschuldners

betroffen sind, soll hier nicht thematisiert werden, vgl. hierzu zB G. Krohn, BB 1969, 1233 (1236).

90 Vgl. hierzu Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 12/2501, 18; s. aber auch die Kritik an diesem milden Haftungsmaßstab bei J. Giloy, FR 1992, 605 (614).

91 Die massive Kapitalflucht war ein Grund für das Scheitern der sog. „kleinen Kapitalertragsteuer“ im Jahre 1990, vgl. K. Lindberg, aaO (FN 10), S. 20.

92 Seit BAG, Urt. v. 27.3.1958 – 2 AZR 188/56, AP Nr. 1 (Bl. 3) zu § 670 BGB, ist die Fürsorgepflicht das Leitmotiv der Lohnsteuer-Rechtsprechung des BAG; auch das BVerfG stellte im Zusammenhang mit der Kirchenlohnsteuer auf die Fürsorgepflicht ab, vgl. FN 59.

93 Ebenso A. Imping, MDR 1997, 1047.

94 S. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 12/2501, 11.

einer wirtschaftlichen und sozialen Machtposition läßt sich die Inanspruchnahme nicht rechtfertigen⁹⁵. Dies gilt für Enteignungen i. S. vom Art. 14 GG gleichermaßen wie für die Indienstnahme Privater⁹⁶.

Dennoch wird der Freistellungsauftrag oft als „Kernstück“ des Steuerabzugsverfahrens nach dem Zinsabschlagsgesetz⁹⁷ bezeichnet, ohne das es in ca. 80 % aller Fälle⁹⁸ zu – kostenintensiven – Erstattungsverfahren käme. Daher fragt sich, ob die durch den Freistellungsauftrag für die Banken anfallenden Verwaltungspflichten überhaupt von der Pflicht zur Anmeldung und Abführung der Kapitalertragsteuer getrennt werden können. Die hier angestellte isolierende Betrachtung mag dem Vorwurf ausgesetzt sein, die Intention des Zinsabschlagsgesetzgebers bewußt zu mißachten. Andererseits ist kein Grund dafür ersichtlich, Private in die Pflicht zu nehmen, um den vom kapitalmarktpolitischen Kalkül des Gesetzgebers getragenen Freibeträgen, mit denen den Zinsbeziehern der Übergang vom Laisser-faire zur Herstellung gesetzlicher Zustände versüßt werden soll, zur Geltung zu verhelfen. Allein die unstreitige Kostenersparnis, die sich aus der Vermeidung von Erstattungsverfahren ergibt, ist nicht geeignet, die Indienstnahme zu rechtfertigen. Mit diesem Argument könnte die gesamte Steuerverwaltung auf private Steuereintreiber übertragen werden. Das Verwalten durch Dritte ist immer billiger als der Einsatz eigener staatlicher Verwaltungskräfte, zumal dann, wenn diese dafür keine gesonderte Entlohnung erhalten.

Die vom Gesetzgeber – unabhängig von der präzisen rechtlichen Einordnung des Instruments des Freistellungsauftrags – intendierte *Pflicht* der Bank zur Entgegennahme und Durchführung von Freistellungsaufträgen läßt sich damit verfassungsrechtlich nicht aufrechterhalten. Es fehlt bereits an der ersten Voraussetzung, dem besonderen Grund für die Einbindung von Privaten in Staatsaufgaben. Verfassungskonform – und mit dem Wortlaut durchaus zu vereinbaren⁹⁹ – müßte das Institut des „Freistellungsauftrags“ daher tatsächlich als privatrechtlicher Vertrag ausgelegt werden mit der *Möglichkeit* der Bank, den Antrag abzulehnen. Die Bindung an den Freistellungsauftrag tritt daher nur dann ein, wenn die Bank sich entscheidet, den ihr angebote-

nen Freistellungsauftrag anzunehmen. Ein *Kontrahierungszwang* läßt sich mangels rechtmäßiger Indienstnahme weder gegen Entschädigung durch den Staat, noch bei Überwälzung der Kosten auf den Kunden rechtfertigen, da der rechtswidrige Freiheitseingriff nicht liquidiert werden kann.

V. Die Sekundärebene: Entschädigung durch den Staat, Entgeltlichkeit im Verhältnis zum Bankkunden

Die Feststellung, daß die Heranziehung der Banken zur Durchführung des Quellenabzugs einer verfassungsrechtlichen Überprüfung Stand hält, bedeutet noch nicht, daß diese Tätigkeit unentgeltlich erbracht werden muß.

1. Das Gebot der Lastengleichheit

Die Frage der Kostentragung muß richtigerweise im Zusammenhang mit dem aus Art. 3 Abs. 1 GG gewonnenen Gebot der Lastengleichheit diskutiert werden¹⁰⁰. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß das Entgelt nicht den Freiheitseingriff liquidieren kann und soll. Schließlich ist die Rechtmäßigkeit der *Belastung* mit der Indienstnahme als solcher ja auch bereits festgestellt. Auf der Sekundärebene ist nur noch die Frage zu beantworten, ob sich die *Sonderbelastung* des Indienstgenommenen im Vergleich mit anderen Bürgern rechtfertigen läßt¹⁰¹. Anders als ein rechtswidriger Freiheitseingriff können Gleichheitsverstöße durch entsprechende Entschädigung kompensiert werden¹⁰². Hierfür steht gerade Art. 14 Abs. 3 GG und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Modell, nach der *rechtmäßige*, und zwar *nur* rechtmäßige Enteignungen durch Entschädigung auszugleichen sind¹⁰³. Für die Indienstnahme muß dieser Rechtsgedanke über Art. 3 Abs. 1 GG fruchtbar gemacht werden, da eine Enteignung iS des Art. 14 Abs. 3 GG – wie dargelegt¹⁰⁴ – tatbestandlich nicht vorliegt.

Ebensowenig wie die Inpflichtnahme als solche kann die hieraus resultierende finanzielle Sonderbelastung mit einer besonderen wirtschaftlichen oder sozialen Mächtigkeit gerechtfertigt werden¹⁰⁵, auch wenn sich

95 O. Depenheuer, BB 1996, 1221; ausführlich im Hinblick auf die Entschädigungsproblematik H. Ferger, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, 1979, S. 262 ff.

96 K.-H. Friauf, aaO (FN 62), S. 58.

97 J. Giloy, FR 1992, 605 (611).

98 So die ausdrückliche Intension des Gesetzgebers, vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 12/2501, 11.

99 Zwar geht § 44 a Abs. 1, 2 EStG davon aus, daß die Bank verpflichtet ist, von der Abführung der Kapitalertragsteuer abzusehen, soweit ihr ein Freistellungsauftrag vorliegt, dem Gesetzeswortlaut lassen sich damit aber noch keine zwingenden Aussagen über das Zustandekommen des Auftrags ableiten; ähnlich OLG Karlsruhe, aaO (FN 5), S. 73.

100 So etwa K.-H. Friauf, aaO (FN 62), S. 64 ff.; F. Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), 137 (181); anders H. P. Ipsen, aaO (FN 21), S. 141 (154 ff.); G. Krohn, BB 1969, 1233 (1236); H.-J. Kanzler, FR 1996, 473 (478), die allein aus den Freiheitsgrundrechten eine Entschädigung ableiten wollen.

101 K.-H. Friauf, aaO (FN 62), S. 63 ff., will den Maßstab des Gleichheitssatzes bereits bei der Handlungspflicht anlegen. M. E. ist diese Frage jedoch ausschließlich auf der

Ebene der Kostentragungspflicht anzusiedeln, da die Mehrbelastung gegenüber anderen Bürgern anders als der Freiheitseingriff durch Entschädigung kompensiert werden kann. Zudem werden dem Auswahlermessens des Staates zwischen mehreren für die Indienstnahme in Betracht kommenden Privaten bereits insoweit Grenzen gesetzt, als hier derjenige auszuwählen ist, der die Verwaltungsaufgabe am effektivsten erledigen kann.

102 Dogmatisch schwer einzuordnen ist daher die verfassungsgerichtliche Kreation der entschädigungspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, mit der eine unverhältnismäßige Inhaltsbestimmung ausgleichspflichtig und damit rechtmäßig gemacht wird, vgl. etwa BVerfG v. 14.7.1981 – 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, 137 (149 ff.) (Pflichtexemplar); BVerfG v. 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174 (192).

103 Der Grundsatz „dulde und liquidiere“ gilt nur, wenn der Eingriff rechtmäßig ist, hierzu H.-J. Papier, in: Th. Maunz/G. Dürig aaO (FN 77), Art. 14 Rz. 553.

104 Oben IV. 2. b.

105 Zur Problematik der „großen Konzerne“, die aufgrund finanzieller Leistungsfähigkeit und gesellschaftlicher

dieser Gedanke bei der Inpflichtnahme der Banken aufdrängen mag¹⁰⁶. Umverteilung findet jedoch allein durch progressive Steuersätze statt. Zudem gibt *K. H. Friauf* zu recht zu bedenken, daß dann zumindest alle gleich Leistungsfähigen der Sonderbelastung unterworfen werden müßten.

Eines Ausgleichs bedarf es deshalb nur dann nicht, wenn die *Sonderbelastung* des Indienstgenommenen sich im Verhältnis zu anderen Bürgern aufgrund einer *Sonderverpflichtung* rechtfertigen läßt. Dieser Gedanke wohnt auch der Konzeption der Sonderabgabe inne. In Analogie zu den Merkmalen der Gruppenverantwortlichkeit und Gruppennützigkeit der Sonderabgabe¹⁰⁷ ist eine entschädigungslose Indienstnahme nur dann zulässig, wenn der Indienstgenommene in einer qualifizierten Beziehung zu dem zu erreichenden Verwaltungsziel steht. Dies ist zunächst im Sinne einer besonderen Sachnähe zu verstehen. Hinzutreten muß eine gesteigerte Verantwortung gerade des Indienstgenommenen für das angestrebte Verwaltungsziel. Wird dem Indienstgenommenen die Verantwortung für das Verhalten eines Dritten übertragen wie im Fall der Einsetzung zum Steuerentrichtungspflichtigen, so ist diese Sonderbelastung nur dann zu rechtfertigen, wenn er in einer besonderen, eine Art Garantstellung rechtfertigenden Beziehung zu dem Dritten und dem angestrebten Verwaltungsziel steht.

Kann eine die Kostenbelastung legitimierende Sonderverpflichtung nicht festgestellt werden, muß die Art der Kompensation näher bestimmt werden. Kompensation kann dem Indienstgenommenen nämlich auf verschiedenste Weise zu Teil werden. Das Bundesverfassungsgericht sah im bereits mehrfach erwähnten Mineralölbevorratungsbeschluß¹⁰⁸ dem Ausgleichsbedürfnis durch die bloße Möglichkeit der Kostenabwälzung auf Dritte Genüge geleistet¹⁰⁹. Diese verkürzende Betrachtung ist jedoch in zweifacher Hinsicht angreifbar. Zum einen kann die bloße *Möglichkeit* einer Abwälzung nicht ausreichen, um einen etwaigen Gleichheitsverstoß zu salvirieren. Die Rechtmäßigkeit der Indienstnahme hinge davon ab, ob sich die Abwälzung im freien Markt tatsächlich realisieren läßt¹¹⁰. Zum anderen muß vorab geklärt werden, wen die Kosten treffen würden, wenn der Staat die Aufgabe selbst ausführen würde. Hier sind grundsätzlich drei Alternativen denkbar: 1. die Kosten werden aus dem allgemeinen Staatshaushalt, also aus Steuern finanziert, 2. der Staat erhebt für die Verwaltungstätigkeit Gebühren oder Beiträge von dem Bürger, dem die Handlung zugute kommt, und 3. kann es sich um die Übertragung einer Tätigkeit han-

deln, die den allgemeinen, entschädigungslos zu erbringenden Bürgerpflichten eines Dritten zuzuordnen ist. Nur anhand dieser differenzierten Betrachtung kann die Entschädigungsfrage gelöst werden. So ist dem Inpflichtgenommenen nur in Fall eins ein Rückgriffsanspruch gegen den Staat zu gewähren¹¹¹, in den Fällen zwei und drei muß die Indienstnahme mit einem gesetzlichen Gebührenprivileg verbunden werden, das sicherstellt, daß die Abwälzung der Kosten auf den Kostenverursacher tatsächlich gelingt.

2. Die Einbehaltung und Abführung des Zinsabschlags als kompensationspflichtige Sonderlast

Läßt sich auch die Heranziehung der Bank im Quellenabzugsverfahren als solche rechtfertigen, so gibt es keinen Grund, die Bank auch mit den Kosten für die Indienstnahme zu belasten. Die Bank trifft per se weder eine Schuld an der Hinterziehung von Steuern auf Zins-einkünfte, noch ist sie in besonderem Maße für die Steuermoral ihrer Kunden verantwortlich. Ihr erwachsen auch keine persönlichen Vorteile aus der Steuer-treue ihrer Kunden. Die Bank steht damit der Steuer ihrer Kunden – wenn man von dem rein technischen Moment der Zugriffsnähe absieht – genauso nahe wie jeder Dritte. Das Kriterium der Sachnähe und der technischen Möglichkeit, die Steuerentrichtung sicherzustellen, erschöpft seine Bedeutung in der Rechtfertigung der Heranziehung zu der Handlungspflicht. Die Sachnähe vermag die Inanspruchnahme der Bank gerade deshalb zu rechtfertigen, weil hierdurch die Erhebung effizient und damit die Kosten der Verwaltung besonders niedrig gehalten werden können, besagt aber nicht, daß die Bank auch diese – nur im Verhältnis zu anderen Erhebungsformen – niedrigen Kosten selbst tragen muß. Die Indienstnahme der Bank ist daher nur dann mit dem Postulat der Lastengleichheit in Einklang zu bringen, wenn die hieraus entstehenden finanziellen Nachteile kompensiert werden.

Die Ambiguität der Abführung des Zinsabschlags läßt hierfür grundsätzlich zwei Abwälzungsrichtungen denkbar erscheinen. Sieht man die Abführung der Kapitalertragsteuer auf Bankzinsen als spezielle Form der Steuerentrichtung an, so übernimmt die Bank eine Tätigkeit, die sonst dem Steuerschuldner obliegt. Die Bank ist in diesem Fall Sachwalterin für die Steuerbefolgung, die der Steuerschuldner als Ausfluß seiner allgemeinen Bürgerpflichten kostenlos zu erbringen hat¹¹². Ist der Steuerschuldner nicht bereit, seinen gesetzlichen Steuerpflichten nachzukommen und überträgt der Staat deshalb die Steuerbefolgung auf einen

Mächtigkeit als Zugriffsobjekte für Sonderlasten prädestiniert sind, vgl. *H. Ferger*, aaO (FN 95), S. 262 ff.

106 So wohl *R. Stober*, aaO (FN 19), § 81 I, der leistungsfähige Großunternehmen als Ausfluß der Sozialgebundenheit zu entschädigungslosen Verwaltungstätigkeiten heranziehen will.

107 Vgl. etwa BVerfG v. 10.12.1980, BVerfGE 55, 274 (276); BVerfG v. 6.11.1984, BVerfGE 67, 256 (276 ff.).

108 AaO (FN 7).

109 Ebenso *R. Stober*, aaO (FN 19), § 81 I.

110 Eindringlich *Chr. Trzaskalik*, DSuJG 12 (1989), 157 (179).

111 In diesem Sinne fordert *K. Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, 1993, S. 1057, die Anrechnung der Bürokratiekosten auf die von dem Entrichtungspflichtigen selbst ge-

schuldeten Steuern, allerdings ohne zu differenzieren, wen dies Kosten träfen, wenn der Staat die Verwaltungsaufgabe selbst durchführen würde. Ähnlich *H. Hendel*, aaO (FN 62), S. 68 ff., der für die Lohnsteuererhebung durch den Arbeitgeber ein differenziertes Vergütungssystem entwirft, dabei aber nur Ansprüche gegen den Staat erörtert.

112 Ähnlich *Chr. Trzaskalik*, DSuJG 12 (1989), 157 (181), der die Überlegung an diesem Punkt aber beendet und auf die Frage, ob in diesem Fall dem Entrichtungspflichtigen in fremden Angelegenheiten eine Rückgriffsmöglichkeit gegenüber dem Steuerschuldner gesetzlich garantiert werden muß, nicht eingeht.



Dritten, so hat für die hierdurch entstehenden Kosten nicht der Staat, sondern der unzuverlässige Steuerschuldner aufzukommen. Der Staat muß allerdings dafür Sorge tragen, daß der von ihm indienstgenommene Dritte, den an der Unverantwortlichkeit des Steuerschuldners keine Schuld trifft, einen Vergütungsanspruch für seine Sachwaltertätigkeiten gegen den Steuerschuldner auch tatsächlich realisieren kann. Hierzu ist die Schaffung eines Gebührentatbestandes erforderlich. Solange ein solcher Gebührentatbestand nicht existiert, können die Banken nur versuchen, die Kosten vertraglich auf den Kunden abzuwälzen.

Ordnet man die Tätigkeit der Bank im Rahmen des Steuerabzugs hingegen als reine Hinterziehungsprävention ein, dann träfe den Staat eine Entschädigungspflicht, da er die durch den Quellenabzug eingesparten Kosten der Steuerfahndung aus allgemeinen Steuermitteln aufzubringen hätte. Auch diese Betrachtung ändert jedoch nichts an dem Umstand, daß der Auslöser der Präventionsmaßnahmen in dem ungesetzlichen Verhalten des Steuerschuldners zu suchen ist, so daß es sachgerecht erscheint, diese Kosten dem Steuerbürger direkt aufzulasten. Ohnehin würde ein Rückgriff beim Staat vermutlich über eine Erhöhung der Steuer finanziert werden, die dann aber möglicherweise von der Allgemeinheit der Steuerzahler getragen werden müßte und nicht – wie es sachgerecht wäre – speziell von den Empfängern von Zinseinkünften.

VI. Fragwürdiges Ergebnis des BGH hinsichtlich der Bearbeitung von Freistellungsaufträgen vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bewertung

Abschließend soll die Ausgangsfrage beantwortet werden, ob in Bank-AGB Entgelte für die Bearbeitung von Freistellungsaufträgen festgesetzt werden dürfen.

Wie oben dargelegt, ist eine Pflicht der Bank zur Bearbeitung von Freistellungsaufträgen, sei es, daß man den Freistellungsauftrag als ein rein öffentlich-rechtliches Gestaltungsinstrument begreift, sei es, daß man einen zivilrechtlichen Auftrag mit Kontrahierungszwang annimmt, verfassungsrechtlich nicht haltbar. Verfassungskonform muß der Freistellungsauftrag als gewöhnlicher zivilrechtlicher Vertrag angesehen werden¹¹³, als eine Zusatzvereinbarung zum Bankvertrag, die der Privatautonomie unterliegt. Unter dieser Prämisse ist dann aber die Argumentation des BGH nicht mehr haltbar, mit der dieser die Erhebung eines Entgelts vom Auftraggeber des Freistellungsauftrags ablehnte. War schon der in den Urteilsgründen aufgestellte Grundsatz, daß Kosten aus öffentlich-rechtlich auferlegten Pflichten nicht offen auf Dritte überwält werden dürften, kaum nachvollziehbar¹¹⁴, so gibt es jedenfalls keinen Grundsatz, daß vertraglich vereinbarte Leistungen nicht vergütet werden müßten. Die Festsetzung eines Entgelts in allgemeinen Geschäftsbedin-

gungen weicht weder von Vorschriften des Gesetzesrechts noch des ungeschriebenen Rechts ab, noch handelt es sich bei der Verwaltung von Freistellungsaufträgen um eine bloße Nebenpflicht zum Bankvertrag, für die eine Vergütung nicht verlangt werden könnte¹¹⁵. Preisabreden für sonstige vertragliche Leistungen unterliegen ohne Einschränkungen der Privatautonomie. Sie sind gemäß § 8 AGBG einer Inhaltskontrolle entzogen. Grenzen zieht allenfalls § 138 BGB¹¹⁶. Insoweit gaben die vom BGH überprüften Klauseln mit 10 DM bzw. 12 DM Verwaltungsgebühr pro Jahr jedoch keinen Anlaß zu Bedenken.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß – auch wenn man die Auffassung des BGH zugrunde legt, die Bank erfülle mit der Verwaltung von Freistellungsaufträgen eine ihr zu Recht auferlegte öffentlich-rechtliche Pflicht – die streitgegenständlichen Klauseln eine Überprüfung am AGB-Gesetz unbeschadet hätten passieren müssen. Die Auffassung des Gerichts, daß die Berechnung eines Entgelts für die Verwaltung von Freistellungsaufträgen mit wesentlichen Grundgedanken der Rechtsordnung nicht vereinbar sei (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) und die betroffenen Kapitalanleger in unangemessener Weise (§ 9 Abs. 1 AGBG) benachteilige, läßt sich nicht aufrechterhalten¹¹⁷. Ganz im Gegenteil verstieße es gerade gegen „Grundgedanken der Rechtsordnung“, nämlich gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Lastengleichheit, wollte man den Banken die Abwälzung der Kosten für die Verwaltung von Freistellungsaufträgen versagen. Zwar enthalten die steuerrechtlichen Vorschriften der §§ 43 ff. EStG keine Kostentragungsregelung, hieraus läßt sich aber lediglich entnehmen, daß ein Erstattungsanspruch gegen den Fiskus nicht besteht. Eine Aussage gegen die Überwälzbarkeit auf den Kunden läßt sich diesen Vorschriften nicht entnehmen. Die Erhebung eines Entgelts führt auch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bankkunden. Schließlich wird das Kreditinstitut im Interesse des den Auftrag erteilenden Bankkunden und zu dessen Vorteil tätig¹¹⁸. Diesem Vorteil stehen individuell zurechenbare Kosten gegenüber. Die Forderung eines Entgelts, das von den konkreten Kostenverursachern zu entrichten ist, ist deshalb keineswegs unangemessen, sondern ein Gebot größtmöglicher Kostentransparenz. Daß hierdurch möglicherweise gerade der Kleinsparer, der mehrere Freistellungsaufträge erteilen muß, bis er seinen Freibetrag ausgeschöpft hat, mit höheren Kosten belastet wird, ist sachgerecht. Es gibt keinen Grund dafür, diese Kosten – wie der BGH vorschlägt – in den Gemeinkosten zu verstecken und auf die Gesamtheit der Bankkunden zu verteilen, um auf diese Weise die Kleinsparer auf Kosten der anderen Bankkunden zu subventionieren. Ein Solidarprinzip ist dem Zivilrecht (noch) fremd, die Schaffung sozialer Gerechtigkeit durch Umverteilung bisher dem Steuer- und Sozialrecht vorbehalten. Zudem verstoßen diese Anregungen des BGH eklatant gegen die allseitige Forderung nach größerer Gebührentransparenz¹¹⁹.

113 Ebenso A. Früh, WM 1998, 63 (65); A. Imping, MDR 1997, 1047, der allerdings im Ergebnis von einem Kontrahierungszwang ausgeht.

114 Deshalb zutreffend OLG Karlsruhe, aaO (FN 5).

115 So aber OLG Zweibrücken, aaO (FN 5), S. 2108.

116 D. Joost, aaO (FN 5), S. 51 (52).

117 So auch A. Imping, MDR 1997, 1047.

118 OLG Karlsruhe, aaO (FN 5), S. 74.

119 A. Früh, WM 1998, 63 (66).

VII. Resümee

Das Urteil des BGH zur Entgeltlichkeit der Verwaltung von Freistellungsaufträgen sollte als Anlaß genommen werden für eine Neuorientierung im Recht des Verwaltungshandelns durch Private. Dabei trifft der Vorwurf in erster Linie den Gesetzgeber, der in Zeiten leerer Kassen die Abbürdung von Verwaltungstätigkeiten auf den Bürger als elegante Variante der Verwaltungsverschlinkung entdeckt hat. Bestätigt wird er allerdings durch die prominentesten Gerichte, die gegenüber solchen Praktiken kein Argwohn beschleicht. Damit besteht die Gefahr einer epidemischen Ausbreitung der Heranziehung Privater zu Verwaltungsaufgaben.

Einer solchen Entwicklung ist Einhalt zu gebieten. Hierzu sind die systematischen Ansätze der Literatur konsequent weiterzuführen, indem die Notwendigkeit der Heranziehung Privater sorgsam überprüft und von der Frage der Entgeltlichkeit getrennt wird und indem sich der Gesetzgeber für die von ihm Indienstgenommenen in der Weise verantwortlich zeigt, daß er dort, wo die rechtmäßige Indienstnahme zu einer ungerechtfertigten Sonderbelastung führt, gesetzliche Kostentragungsregeln schafft. Dies alles setzt einen einsichtigen Gesetzgeber voraus, der die Möglichkeit der Aufgabenübertragung auf Private nicht als kostengünstiges Modell der Verwaltungsvereinfachung mißbraucht¹²⁰.

120 Vgl. insoweit die eindringliche Warnung von H. Schübler,

Steuerliche Hand- und Spanndienste für die öffentliche Hand, in: FS für W. Ritter, 1997, S. 487 (496).

Die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz im Rahmen des § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG

Von Dr. KLAUS HERKENROTH, LL. M., RA, *Sib. Attorney-at-Law, New York* und
Dr. THOMAS WINKEMANN, RA/*Sib. beide Berlin*

I. Problemstellung

Bei jungen Technologieunternehmen ist verstärkt eine Tendenz zum „Going Public“ zu beobachten, also zur Einführung des Unternehmens an einer Wertpapierbörse. Dies setzt die Überführung des Unternehmens in die Rechtsform der Aktiengesellschaft voraus. Es ist darauf zu achten, daß dies ohne eine Versteuerung der stillen Reserven des Unternehmens erfolgt.

Im Rahmen von Börseneinführungen von Aktiengesellschaften ist es erforderlich, ein Grundkapital darzustellen, das möglichst die Größenordnung von DM 7,5 Mio. erreicht. Werden die zu dem Unternehmen gehörenden Wirtschaftsgüter im Rahmen einer Sachgründung (§ 27 AktG) oder Nachgründung (§ 52 AktG) in die AG eingebracht, so stellt sich häufig das Problem, daß die steuerlichen Buchwerte der eingebrachten Wirtschaftsgüter erheblich unter dem Betrag des gewünschten Nennkapitals liegen. Dies liegt häufig daran, daß es sich bei den Wirtschaftsgütern, die den eigentlichen Wert des Unternehmens der AG ausmachen sollen, um selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter handelt, die nicht bilanzierungsfähig sind.¹ Zu denken ist etwa an Computersoftware oder Patente etc. Andererseits sollen stille Reserven aber regelmäßig an dieser Stelle nicht realisiert werden, da die hieraus resultierende Steuerbelastung zumeist bereits deshalb unerwünscht ist, weil mangels Vorhandensein einer Vergütung die zur Steuerzahlung erforderliche Liquidität nicht vorhanden sein dürfte.

Aus steuerlicher Sicht ist fraglich, ob es zur Darstellung des höheren Grundkapitals erforderlich ist, eine Ein-

bringung der Wirtschaftsgüter zu einem Zwischenwert oder zum Teilwert gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 UmwStG unter Inkaufnahme eines steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns vorzunehmen.

Zur Illustration soll folgender Ausgangsfall dienen:

Die A-GmbH verfügt über Patente im Bereich der Gentechnologie, die nach einem Sachverständigengutachten einen Verkehrswert von DM 5 Mio. haben. Sonstige Vermögensgegenstände seien aus Vereinfachungsgründen nicht vorhanden. Die Herstellungskosten der Patente, insbesondere Kosten der Anmeldung etc. mögen DM 100 000,00 betragen. Alleinigere Gesellschafter der A-GmbH ist X. Seine steuerlichen Anschaffungskosten der Geschäftsanteile entsprechen dem Nennwert der Geschäftsanteile an der GmbH von DM 50 000,00.

X bringt nunmehr die Geschäftsanteile im Wege einer Sachgründung in die neu gegründete B-AG gegen Gewährung von Aktien im Nennwert von DM 5 Mio. ein.

II. Die Entstehung eines steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns

Fraglich ist, ob infolge der Bilanzierung der Geschäftsanteile mit DM 5 Mio. in der Handelsbilanz für X ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn i.H.d. Differenz des Nennwertes der Aktien (DM 5 Mio.) und dem Buchwert der Geschäftsanteile (DM 50 000,00) entsteht.

Gemäß § 20 Abs. 2 UmwStG ist es zulässig, Wirtschaftsgüter zum Buchwert, zum Zwischenwert oder zum Teilwert in eine Kapitalgesellschaft, also insbesondere in eine AG oder eine GmbH, einzubringen. § 20 UmwStG findet auf die Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft Anwendung, wenn die

1 Vgl. § 5 Abs. 2 EStG sowie handelsrechtlich § 248 Abs. 2 HGB.