

## Inhalt\*

	Seite
<i>Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff, Präsident des Bundesfinanzhofs, München</i>	
<b>Eröffnung der Tagung und Rechtfertigung des Themas</b> .....	1
I. Einige Aspekte des Themas .....	1
II. Die Konzeption der Tagung .....	7
 <i>Prof. Dr. Johanna Hey, Universität zu Köln</i>	
<b>Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik</b> .....	11
I. Einführung: Gibt es Steuerpolitik, die nicht zugleich Wirtschaftspolitik ist? .....	12
II. Historischer Abriss .....	14
III. Der Gegenstand steuerlicher Wirtschaftspolitik .....	15
IV. Kategorien wirtschaftspolitisch relevanter Normen .....	28
V. Akteure steuerlicher Wirtschaftspolitik .....	47
VI. Fazit .....	51
 <i>Prof. Dr. Monika Schnitzer, Ludwig-Maximilians-Universität München</i>	
<b>Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik – Am Beispiel der steuerlichen Förderung von Unternehmen</b> .....	53
I. Einführung .....	53
II. Innovationsförderung .....	56
III. Förderung von Familienunternehmen durch Verschonung von Betriebsvermögen bei der Erbschaftsteuer .....	68
IV. Schlussfolgerungen .....	77
Diskussion .....	79

---

\* Ausführliche Inhaltsübersichten jeweils zu Beginn der Beiträge.

---

 Inhalt
 

---

*Prof. Dr. Michael Eichberger, Richter des BVerfG, Karlsruhe*

<b>Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen</b> .....	97
I. Das Bundesverfassungsgericht, das Steuerrecht und die Wirtschaftspolitik .....	97
II. Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung .....	98
III. Freiheit des Eigentums .....	99
IV. Vertrauensschutz – Investitionsschutz – rückwirkende Gesetze .....	105
V. Gleichheitssatz .....	111
VI. Nochmals: Bundesverfassungsgericht – Steuerrecht – Wirtschaftspolitik und die Rechtsfolgenanordnungen bei verfassungswidrigen Gesetzen .....	116

*Prof. Dr. Alexander Rust, LL.M. (NYU), Wirtschaftsuniversität  
Wien*

<b>Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts</b> .....	119
I. Einführung .....	119
II. Vergleich mit dem EU-Recht .....	120
III. Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) .....	121
IV. Das Verbot von Exportsubventionen .....	123
V. Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Investitionen ....	124
VI. Schlussfolgerungen .....	133
Diskussion .....	134

*Dr. iur. Lars Dobratz, Dipl.-Kfm., Gerichtshof der Europäischen  
Union, Luxemburg*

<b>Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik</b> .....	145
I. Einleitung .....	145
II. Grundfreiheiten und Gestaltung der Steuersätze .....	147
III. Grundfreiheiten und national orientierte Steuer- vergünstigungen .....	156
IV. Zusammenfassung .....	167

---

 Inhalt
 

---

*Franz Philipp Sutter, Österreichischer Verwaltungsgerichtshof,  
Wien*

<b>Steuerrecht und Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten im Lichte des Europäischen Beihilfenrechts</b> .....	169
I. Einleitung .....	170
II. Die Anwendung des Beihilfentatbestandes in Abgabensachen und seine Unschärfe .....	173
III. Steuerliche Differenzierungen in der jüngeren Europäischen Rechtsprechung .....	192
IV. Der Einfluss des Beihilfenrechts auf die nationale Steuer- und Wirtschaftspolitik .....	199
V. Fragen des Vertrauensschutzes .....	203
VI. Der Einfluss des Beihilfenrechts auf das bipolare Abgabenschuldverhältnis des nationalen Verfahrensrechts .....	209
VII. Zusammenfassung .....	213
Diskussion .....	216

*Ministerialdirigent Dr. Stefan Breinersdorfer, Ministerium der  
Finanzen Rheinland Pfalz, Mainz*

<b>Organisation und Verfahren steuerlicher und außersteuerlicher Wirtschaftsförderung</b> .....	231
I. Bedeutung des Themas: Wirtschaftsförderung als Belang des Gemeinwohls .....	232
II. Konkretisierung der Fragestellung .....	233
III. Ableitung des Subventionsbegriffs .....	234
IV. Auswahl der Prototypen für den Vergleich der unterschiedlichen Förderwege .....	237
V. Vergleich der Prototypen .....	239
VI. Fazit .....	259

*Oliver Nussbaum, BASF AG, Ludwigshafen*

<b>Steuerliche Bedingungen von Investitionen</b> .....	263
I. Einleitung .....	263
II. Ausgangslage .....	264

---

 Inhalt
 

---

III. Wirkung steuerlicher Anreize – Erfolgsfaktoren .....	270
IV. Investitionshemmnisse .....	274
V. Beispielsfälle .....	276
VI. Fazit .....	280
Diskussion .....	281
<i>Prof. Dr. Thomas Rödder, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Bonn</i>	
<b>Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken .....</b>	<b>293</b>
I. Risikotragung, Unternehmertum und betrachtete Ausprägungen wirtschaftlicher Risiken .....	293
II. Wirtschaftliche Risiken und Ertragsteuerrecht .....	295
III. Wirtschaftliche Risiken und steuerliche Unternehmens- bewertung .....	303
IV. Fazit und Appell .....	304
<i>Dr. Erik Röder, Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, München</i>	
<b>Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung .....</b>	<b>307</b>
I. Die steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und -beschaffung als Gegenstand der Wirtschaftspolitik .....	307
II. Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapital- beschaffung <i>de lege lata</i> .....	310
III. Steuerpolitische <i>Desiderata</i> für Kapitalbildung und Kapital- beschaffung .....	313
IV. Optionen zur Herstellung von bzw. Annäherung an Finanzierungsneutralität .....	333
V. Förderung der Eigenfinanzierung für bestimmte Unternehmenstypen .....	354
VI. Fazit .....	359
Diskussion .....	361

---

 Inhalt
 

---

*Dr. Reimar Pinkernell, Rechtsanwalt, Steuerberater, Bonn*

<b>Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung</b> .....	369
I. Einführung .....	370
II. Ertragsteuerliche Rahmenbedingungen von FuE .....	372
III. Instrumente zur steuerlichen Förderung von FuE .....	420
IV. Zusammenfassung und Fazit .....	424

*Prof. Dr. Roland Ismer, Msc Econ. (LSE), Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

<b>Umweltschutz durch Steuern und Abgaben</b> .....	429
I. Einleitung .....	429
II. Statistische statt deterministischer Steuerung bei Informationsdefiziten .....	433
III. Ausgestaltung .....	440
IV. Internationaler Kontext .....	446
V. Zusammenfassung und Ausblick .....	452
Diskussion .....	454

*Prof. Dr. Susanne Sieker, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*

<b>Resümee</b> .....	461
I. Einleitung .....	461
II. Steuerliche Wirtschaftspolitik – Erscheinungsformen und ökonomische Analyse .....	462
III. Rechtliche Rahmenbedingungen steuerlicher Wirtschaftspolitik .....	465
IV. Rahmenbedingungen des Europarechts .....	468
V. Organisation und Verfahren steuerlicher und außersteuerlicher Wirtschaftspolitik .....	469
VI. Steuerliche Bedingungen von Investitionen und von Forschung und Entwicklung .....	470
VII. Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken und steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung .....	472

---

Inhalt

---

VIII. Umweltschutz im Steuer- und Abgabenrecht .....	474
IX. Fazit .....	474
<i>Univ.-Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Rheinische Friedrich-</i>	
<i>Wilhelms-Universität Bonn</i>	
<b>Laudatio</b> .....	477
Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e.V. ....	481
Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat der Deutschen Steuer-	
juristischen Gesellschaft e.V. ....	483
Teilnehmerverzeichnis .....	485
Stichwortverzeichnis .....	491

## Eröffnung der Tagung und Rechtfertigung des Themas

Prof. Dr. h.c. *Rudolf Mellinghoff*  
Präsident des Bundesfinanzhofs, München

I. Einige Aspekte des Themas | II. Die Konzeption der Tagung

### I. Einige Aspekte des Themas

Die Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft hat sich mit dem Thema „Steuerrecht und Wirtschaftspolitik“ ein sehr anspruchsvolles, zugleich aber auch wichtiges Thema gewählt. Es ist nicht nur anspruchsvoll, weil es schwierig ist, den Begriff der Wirtschaftspolitik zu fassen und weil sehr viele steuerrechtliche Einzelfragen auf wirtschaftspolitischen Erwägungen beruhen, Auswirkungen auf die Wirtschaft haben und diese beeinflussen. Vielmehr ist es eine große Herausforderung für die Steuerrechtswissenschaft nicht nur rechtliche, sondern speziell steuerrechtliche Maßstäbe für wirtschaftspolitische Entscheidungen zu entwickeln. Die Bedeutung der wissenschaftlichen Begleitung steuerrechtlicher Entscheidungen im Bereich der Wirtschaft ist eine wichtige Aufgabe, weil damit Weichen für den Wirtschaftsstandort Deutschland gestellt werden. Wir sollten dabei nie vergessen, dass es nicht der im öffentlichen Dienst beschäftigte Arbeitnehmer und nicht Verbände und Politiker sind, die den Wohlstand in unserem Land erarbeiten. Vielmehr beruht unser Wohlstand auf einer erfolgreichen, ertragreichen und zukunftsweisenden Wirtschaft.

Ich will in meiner Einführung nicht den Versuch wagen, den Begriff der Wirtschaftspolitik oder der Wirtschaft zu definieren; das wird teilweise Gegenstand nachfolgender Vorträge sein. Vielmehr möchte ich in meiner Einführung exemplarisch einige Aspekte dieses Themas erwähnen, Herausforderungen benennen und den Verlauf dieser Tagung vorstellen.

1. Betrachtet man die aktuelle wirtschafts- und finanzpolitische Agenda in Deutschland, so ist der Zusammenhang zwischen Steuerrecht und Wirtschaftspolitik offenkundig. Viele wirtschaftspolitische Themen stehen in engem Zusammenhang mit dem Steuerrecht und viele der steuerpolitischen Vorhaben hängen untrennbar mit der Wirtschaft zusammen oder haben unmittelbar Auswirkungen auf die Wirtschaft.

---

Mellinghoff – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik

---

Ich möchte hier nur einige Beispiele nennen:

Kaum ein Gesetzentwurf im Steuerrecht wird in den Bundestag eingebracht, ohne dass Einfluss auf das unternehmerische Handeln genommen wird, ohne dass Vorgaben für die Art und Weise der Unternehmensführung gemacht oder Anreize für die Wirtschaft gesetzt werden, sich in einer bestimmten Art und Weise zu verhalten. Fast alle Gesetzentwürfe, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden, enthalten Regelungen, die wirtschaftspolitisch begründet werden oder die Einfluss auf die Wirtschaft nehmen.

Häufig werden wirtschaftspolitische Vorhaben durch steuerrechtliche Fördermaßnahmen unterlegt, um den Bürger zu einem bestimmten Handeln zu veranlassen. So hat der Bundesrat im März eine Entschließung für eine steuerliche Förderung der energetischen Gebäudemodernisierung beraten.<sup>1</sup> Gleichzeitig sollten an anderer Stelle steuerliche Fördermaßnahmen eingeschränkt werden, denn in diesem Zusammenhang sollte die steuerliche Förderung der Handwerkerleistungen zumindest reduziert werden. Auch wenn die Bundesregierung diesen Entwurf derzeit nicht weiter verfolgt, ist damit zu rechnen, dass dieses Thema auf der steuerpolitischen Agenda bleibt. Es dauerte nicht lange, bis andere mehr oder weniger sinnvolle Maßnahmen als steuerrechtlich förderungswürdig diskutiert wurden; so forderten insbesondere Sicherheitspolitiker, dass Maßnahmen an Gebäuden und Wohnungen zum Schutz vor Einbruchdiebstählen steuerlich gefördert werden müssten<sup>2</sup>.

Ein weiterer Gesetzentwurf mit Vorschlägen von Bundesländern zur weiteren Vereinfachung des Steuerrechts, der derzeit dem Bundestag vorliegt, aber ebenfalls von der Bundesregierung abgelehnt wird, will die Verlustbeschränkung des § 15a EStG vereinfachen, den sog. Carried Interest der Initiatoren von Private Equity Fonds vollversteuern und die Steuerermäßigung von Handwerkerleistungen einschränken.<sup>3</sup>

Im Oktober soll das Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung zum Zollkodexanpassungsgesetz in Kraft treten, das zahlreiche wirtschaftspolitische Regelungen enthält.<sup>4</sup> So soll unter anderem die Offshore-Wirtschaft durch die Erweiterung des Inlandsbegriffs ertragsteuerlich er-

---

1 Vgl. BR-Drucks. 589/14

2 So der Bayerische Innenminister *Herrmann*; vgl. aber die ablehnende Haltung der Bundesregierung: BT-Drucks. 18/1789, S. 14

3 BT-Drucks. 18/3017 und BT-Drucks. 18/3158.

4 BT-Drucks. 18/4902.

---

Mellinghoff – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik

---

fasst werden, der Entnahmewert bei Privatnutzung von Elektro- und Hybridfahrzeugen eingeschränkt werden, der Investitionsabzugsbetrag verändern oder in § 8c KStG die Konzernklausel beim Verlustabzug auf Alleingesellschafter und Personengesellschaft als Muttergesellschaft erweitert werden.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geht es bei der Diskussion um die Reform des Erbschaftsteuerrecht alleine um die Verschonung des unternehmerischen Vermögens. Reichweite und Umfang dieser Verschonungsregelung werden alleine unter wirtschaftspolitischen Aspekten diskutiert.<sup>5</sup> Gerechtigkeitsfragen, steuersystematische und verfassungsrechtliche Erwägungen stehen weder im Vordergrund noch erscheinen sie als willkommener Maßstab einer Neuregelung.

Der gegenwärtige Entwurf des Investmentsteuerreformgesetzes<sup>6</sup> sieht eine Ausdehnung der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen aus Streubesitzanteilen vor und soll die Besteuerung von Investmentvermögen vollständig reformieren. Er hat nach Auffassung verschiedener Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren erhebliche wirtschaftspolitische Auswirkungen, denn er droht nach Einschätzung z.B. des DIHK den Investitionsstandort Deutschland zu schädigen. Die Bürokratie würde zunehmen, für Start-up-Unternehmen würden sich die Finanzierungsbedingungen verschlechtern, und die Altersvorsorge von Kleinanlegern würde belastet.

Selbst so neutral anmutende Gesetzesvorhaben wie das Gesetzgebungsvorhaben zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens<sup>7</sup> haben Auswirkungen auf die Wirtschaft. Die Einführung und Umsetzung der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens verfolgen zwar keine spezifischen wirtschaftspolitischen Ziele, verändern aber die Verfahrensabläufe in den Unternehmen dramatisch, verursachen erhebliche Folgekosten, betreffen

---

<sup>5</sup> BT-Drucks. 18/5923.

<sup>6</sup> Vgl. die Veröffentlichung des Diskussionsentwurfs auf der Seite des Bundesfinanzministeriums: <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Steuerarten/Investmentsteuer/2015-07-22-Diskussionsentwurf-Investmentsteuerreformgesetz%E2%80%93Investmentsteuerreformgesetz.html>

<sup>7</sup> Vgl. die Veröffentlichung des Referentenentwurfs auf der homepage des BMF: [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Gesetze/2015-08-27-entwurf-eines-Gesetzes-zur-modernisierung-des-besteuerungsverfahrens.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Gesetze/2015-08-27-entwurf-eines-Gesetzes-zur-modernisierung-des-besteuerungsverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1)

---

Mellinghoff – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik

---

die Weitergabe firmeninterner Daten und haben Auswirkungen auf unternehmerische Entscheidungen.

Zahlreiche Gesetzesvorhaben zielen darauf ab, Unternehmen in einer globalisierten Welt nach gerechten Maßstäben zu erfassen. Auch wenn viele dieser Maßnahmen unter dem Aspekt der Missbrauchsbekämpfung diskutiert werden, dürfen die wirtschaftspolitischen Auswirkungen nicht unterschätzt werden. Es geht in vielen Fällen um die Ansiedlung von Unternehmen, um die Teilhabe an deren Wirtschaftskraft und damit um bedeutende wirtschaftspolitische Standortentscheidungen. Geplant ist ein BEPS-Umsetzungsgesetz, das Regelungen zur Vermeidung von hybriden Steuergestaltungen durch Einführung eines allgemeinen Korrespondenzprinzips in § 4 Abs. 5a (neu) EStG enthält und Transparenzregeln für die Erteilung von Steuervorbescheiden/tax rulings und das Steueraufkommen von Unternehmen in der EU enthält. Auch das Gesetzesvorhaben zum automatischen Informationsaustausch nach OECD-Standards dient nicht nur der Bekämpfung von Missbrauch und Steuerhinterziehung, sondern lässt zahlreiche Aufschlüsse über die Wirtschaftstätigkeit in den beteiligten Staaten zu, die sodann zu weiteren steuerpolitischen Entscheidungen führen können.

Welche Auswirkungen Gesetze haben, bei denen die wirtschaftlichen Auswirkungen nicht ausreichend sondiert worden sind, zeigt die durch das sog. Kroatiengesetz<sup>8</sup> eingeführte Regelung des § 50i EStG. Insbesondere die Regelungen in § 50i Abs. 2 EStG zur Entstrickung bei gewerblich geprägten und infizierten Personengesellschaften mit im DBA-Ausland ansässigen Gesellschaftern bei Umstrukturierungen, Unternehmensnachfolge und Strukturwandel bedarf einer gesetzlichen Neuregelung.

Auch der gegenwärtige Bundeswirtschaftsminister hat das Steuerrecht als Feld der Wirtschaftspolitik entdeckt. Im Mai dieses Jahres überraschte er mit der Aussage, dass man eigentlich an den 20 Milliarden Mittelstandsbauch heranmüsse.<sup>9</sup> Dass es sich hierbei nicht alleine um eine steuersystematische und rechtsdogmatische Frage handelt zeigt sich nicht nur daran, dass es die Bundeswirtschaftsminister und nicht der Bundesfinanzminister war, der den Finger in diese Wunde gelegt hat. Vielmehr beruhte seine Aussage auf einer Analyse der OECD, nach der Deutschland die leistungsfeindlichsten Grenzsteuersätze habe.

---

<sup>8</sup> Gesetz zur Anpassung des nationalen Steuerrechts an den Beitritt Kroatiens zur EU und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften v. 25.7.2014, BGBl. 2014, S. 1266.

<sup>9</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28.4.2015, S. 1.9

---

Mellinghoff – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik

---

Den zahlreichen Wirtschafts- und Unternehmensverbänden gehen aber die wirtschaftspolitischen Maßnahmen im Steuerrecht immer noch nicht weit genug.

Viele Wirtschaftsverbände setzten sich für die steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung ein.

Einzelne Verbände fordern konkrete interessenbezogene Maßnahmen. So fordert der VDA nicht nur, dass die steuerlichen Innovationen und neuen Technologien steuerlich flankiert werden müssen. Außerdem soll nach seiner Auffassung die Energiesteuerermäßigung für Erdgasfahrzeuge verlängert werden.<sup>10</sup>

Auch uns eher unbedeutend erscheinende Freizeitaktivitäten wie der Saunagang sind unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftsförderung ins Blickfeld des Steuerrechts geraten. Vor 10 Jahren hat der Bundesfinanzhof entschieden, dass der ermäßigte Steuersatz nicht für eine Sauna im Fitnessstudio gelte, weil sie nur dem allgemeinen Wohlbefinden gelte.<sup>11</sup> Die Verabreichung eines Heilbads müsse der Behandlung einer Krankheit oder einer anderen Gesundheitsstörung und damit dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen. Nunmehr kämpft die Branche für eine Sonderregelung für alle Saunen, mit der Behauptung, dass die Existenz von 650 kleineren Saunabädern bedroht sei.

Viele von uns wird dies an die Einführung des ermäßigten Steuersatzes für Hotels zu Beginn der vorigen Legislaturperiode erinnern, deren Nutzen nach wie vor umstritten ist, und der das Steuerrecht auch nicht einfacher gemacht hat.

2. Die Steuerrechtswissenschaft und auch die Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft haben sich schon vielfältig mit wirtschaftspolitischen Maßnahmen beschäftigt. Allerdings standen in der Diskussion doch eher der Abbau von steuer- und zollrechtlichen Hemmnissen, die Abwehr von Lenkungsnormen und Lenkungssteuern und die Durchsetzung eines systematisch folgerichtigen, am Fiskalzweck orientierten Steuerrechts im Vordergrund.

Dabei ist es ein großes Verdienst der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft, an der Systematisierung und wissenschaftlichen Erforschung steuerrechtlicher Grundlagen mitgewirkt zu haben. Es ist gelungen, das

---

<sup>10</sup> Vgl. auf der homepage des VDA: <https://www.vda.de/de/themen/wirtschaftspolitik-und-infrastruktur/steuern-und-zoelle/aktuelle-steuerpolitik.html>.

<sup>11</sup> BFH v. 12.5.2005 – V R 54/02, BStBl II 2007, 283.

---

Mellinghoff – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik

---

Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Ertragsbesteuerung zu verankern, viele Bereiche des Steuerrechts zu systematisieren und die dogmatischen Grundlagen des geltenden Steuerrechts zu festigen. Es gehört heute zu den Selbstverständlichkeiten der Steuerrechtswissenschaft, zwischen Fiskalzweck- und Sozialzwecknormen zu unterscheiden und sich über die grundrechtlichen und finanzverfassungsrechtlichen Grenzen steuerlicher Lenkungsmaßnahmen Gedanken zu machen. Die Herausarbeitung dieser Maßstäbe gibt der Diskussion um ein an Rechtsmaßstäben orientiertes Steuerrecht ein solides Fundament und hat wesentlich dazu beigetragen, die verfassungsmäßige Prüfung von Steuergesetzen zu ermöglichen und zu intensivieren.

Diese Diskussion führte zu einer umfassenden Steuerreformdiskussion, die sich nicht auf den Kreis der Steuerrechtswissenschaftler beschränkte, sondern auch den politischen Raum erreichte. Vor zwei Jahren haben wir uns in Berlin der Frage gewidmet, wie sich die zahlreichen guten Reformentwürfe politisch durchsetzen lassen.

Die Reformentwürfe der Stiftung Marktwirtschaft<sup>12</sup> oder das Bundessteuergesetzbuch von *Paul Kirchhof*<sup>13</sup> zeichnen sich dadurch aus, dass nach Möglichkeit auf Subventions- und Lenkungsnormen verzichtet wird. Am ehesten ist noch der Reformentwurf der dualen Einkommensteuer von einer wirtschaftspolitischen Zielsetzung getragen, wenn Arbeit und Kapital unterschiedlich besteuert werden sollen.

Die Politik verschließt sich aber diesen auch wirtschaftspolitisch klugen, steuersystematisch folgerichtigen und dogmatisch überzeugenden Reformentwürfen in aller Regel. Wir können dies gerade jetzt auch wieder an der Diskussion um die Erbschaftsteuerreform sehen. Es gibt mehrere wissenschaftlich fundierte, gut begründete und vollständig ausformulierte Entwürfe für ein neues Erbschaftsteuerrecht, die vorschlagen, die Bemessungsgrundlage zu verbreitern, soweit wie möglich auf Ausnahmeregelungen zu verzichten und mit wesentlich geringeren, dafür aber gleichheitsgerechten Steuersätzen auskommen. Trotzdem wird verblissen um Privilegien, Sonderregelungen und Ausnahmetatbestände gestritten, weil dies nach Auffassung vieler Beteiligter wirtschaftspolitisch notwendig sei.

---

<sup>12</sup> Vgl. *Lang/Eilfort* (Hrsg.), *Strukturreform der deutschen Ertragsteuern*, 2013.

<sup>13</sup> *Paul Kirchhof*, *Bundessteuergesetzbuch*, 2011.

Auch der neueste Subventionsbericht der Bundesregierung vom August dieses Jahres<sup>14</sup> belegt, dass alleine die auf den Bund entfallenden Steuer-subventionen einen Betrag von über 15 Mrd. Euro haben, ohne dass damit zu rechnen ist, dass diese wesentlich reduziert werden.

Die diesjährige Tagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft geht daher einen anderen Weg. Auf dem Fundament einer für zutreffend erkannten Steuerrechtsordnung widmet sie sich den Grundlagen des Verhältnisses von Steuerrecht und Wirtschaftspolitik. In den vergangenen Jahren ist in vielen Beiträgen herausgearbeitet worden, welches die Grundlagen einer leistungsfähigkeitsgerechten, rechtsformneutralen und freiheitsschonenden rechtsstaatlich zutreffenden Besteuerung sind. Ausgehend hiervon werden die einzelnen Maßnahmen der Wirtschaftspolitik, die Zulässigkeit und die Grenzen steuerrechtlicher Wirtschaftspolitik erörtert.

Das bedeutet nicht, dass die nicht nur von Steuerrechtlern sondern auch von vielen Wirtschaftswissenschaftlern als verfehlt angesehenen wirtschaftspolitischen Lenkungs- und Subventionsnormen gebilligt oder gar befürwortet werden. Unter Anerkennung realpolitischer Gegebenheiten geht es aber darum, Maßstäbe zu formulieren, Grenzen aufzuzeigen und Erkenntnisse zu gewinnen.

## II. Die Konzeption der Tagung

Grundlage einer Diskussion über Steuerrecht und Wirtschaftspolitik ist zunächst eine Untersuchung, was unter Wirtschaftspolitik zu verstehen ist und welche Arten von steuerrechtlichen Regelungen existieren, die diesen Bereich betreffen. *Johanna Hey* wird sich dieser Thematik in dem einleitenden Grundsatzvortrag „Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik“ widmen.

Wenn wir uns mit Steuerrecht und Wirtschaftspolitik beschäftigen kommt es mehr noch als in anderen Bereichen des Steuerrechts darauf an, die Wirkungsweise steuerpolitischer Maßnahmen zu evaluieren. In der Medizin wird z.B. kein Medikament eingesetzt, bevor es nicht getestet wird. Es wird einer Gruppe von Patienten verabreicht, eine sogenannte „Kontrollgruppe“ von Patienten erhält nur ein Placebo. Wirkt das Medikament, sollten sich Krankheitssymptome in der Gruppe der behandelten Patienten zumindest stärker zurückbilden als in der Kontrollgruppe. Oh-

---

<sup>14</sup> BT-Drucks. 18/5940.

---

Mellinghoff – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik

---

ne derartige Studien gingen wir das Risiko ein, Medikamente mit drastischen Nebenwirkungen oder mit unzureichender Wirkung einzuführen.

Auch die Wirtschaftspolitik muss kritisch untersucht werden, ob und welche Maßnahmen zur Erreichung eines Ziels eingesetzt werden, und welche Auswirkungen sie haben. So stellt sich z.B. die Frage, ob die Behauptung, dass durch den vollen Mehrwertsteuersatz mehrere hundert Saunabetriebe in den Konkurs gehen, überhaupt wissenschaftlich fundiert ist. In aller Regel erschöpfen sich die Aussagen zur Wirksamkeit von wirtschaftspolitischen Maßnahmen in Behauptungen, bestenfalls in Schätzungen.

Häufig gibt es auch verschiedene Wege, um ein Ziel zu erreichen. So können steuerlich gefördert werden, es könnten subventionierte Kredite an Unternehmen gegeben oder spezielle Beratungen angeboten werden. Was am wirkungsvollsten ist, lässt sich im Vorhinein nicht sagen. Die Vizepräsidentin der Deutschen Bundesbank hat jüngst mehrfach für eine evidenzbasierte Politikberatung plädiert, in der Ökonomen nach wissenschaftlichen Maßstäben wirtschaftspolitische Maßnahmen evaluieren und begleiten.

*Monika Schnitzler* wird sich in ihrem Vortrag der ökonomischen Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik widmen.

Die Wirtschaftspolitik ist ebenso wie das Steuerrecht an die Vorgaben des Grundgesetzes gebunden. Gelegentlich meinen Politiker gerade im Steuerrecht, das Gericht mit den enormen finanziellen Auswirkungen einer Entscheidung zu beeindrucken oder den fehlenden Gestaltungsspielraum zu beklagen. Ich bin besonders froh, mit *Michael Eichberger* einen Richter des Bundesverfassungsgerichts zu begrüßen, der uns die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Wirtschaftspolitik durch Steuerrechtsregelungen erläutert.

Wirtschaftspolitik durch Steuern ist aber nicht nur an das Grundgesetz gebunden. Darüber hinaus gibt es Vorgaben des internationalen Wirtschaftsrechts und des Rechts der Europäischen Union. Diese Rahmenbedingungen erläutert uns *Alexander Rust* für das internationale Wirtschaftsrecht, *Lars Dobratz* für die europäischen Grundfreiheiten und *Franz Philipp Sutter* für das europäische Beihilferecht.

Wie bereits eben zur Förderung von Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten von Unternehmen ausgeführt gibt es häufig verschiedene Wege um ein Ziel zu erreichen. Wirtschaftspolitik ist nicht zwingend auf steuerrechtliche Maßnahmen angewiesen, sondern kann auch außer-

---

Mellinghoff – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik

---

steuerliche Anreize, z.B. durch Subventionen, günstige Kredite oder personelle Unterstützung geschehen. Breinersdorfer wird sich dieser Problematik in seinem Vortrag zu „Organisation und Verfahren steuerlicher und außersteuerlicher Wirtschaftsförderung“ widmen.

Eine zukunftsgerichtete und langfristige Wirtschaftspolitik ist auf Investitionen in der Privatwirtschaft angewiesen, bei denen finanzielle Mittel eingesetzt werden, um langfristig Gewinne in einem Unternehmen zu erwirtschaften. Das geltende Steuerrecht enthält zahlreiche Regelungen, die die unternehmerische Investitionsentscheidung beeinflussen. Diese Frage geht *Oliver Nussbaum* in seinem Vortrag „Steuerliche Bedingungen von Investitionen“ nach. Weiteren zentralen Fragen unternehmerischer Entscheidungen widmen sich *Thomas Rödder* zur „Steuerlichen Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken“ und *Erik Röder* zu „Steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung“.

Beispielhaft für die steuerlichen Rahmenbedingungen konkreter wirtschaftspolitischer Maßnahmen stehen zum Schluss dieser Tagung die Vorträge von *Reimar Pinkernell* zu „Steuerlichen Bedingungen von Forschung und Entwicklung“ sowie von *Roland Ismer* zum „Umweltschutz im Steuer- und Abgabenrecht“.

Damit spannt diese Tagung einen weiten Bogen von grundsätzlichen Themen bis hin zu konkreten und bedeutenden wirtschaftspolitischen Einzelfragen.

Damit ist die Tagung eröffnet und ich wünsche ihr einen guten Verlauf.



## Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

Prof. Dr. *Johanna Hey*

Institut für Steuerrecht, Universität zu Köln

- |  |  |
|--|--|
| <p><b>I. Einführung: Gibt es Steuerpolitik, die nicht zugleich Wirtschaftspolitik ist?</b></p> <p><b>II. Historischer Abriss</b></p> <p><b>III. Der Gegenstand steuerlicher Wirtschaftspolitik</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Wirtschaftspolitik als staatliche Einwirkung auf Wirtschaftsprozesse</li> <li>2. Felder steuerlicher Wirtschaftspolitik             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Überblick</li> <li>b) Steuern als Instrumente der Konjunkturpolitik</li> <li>c) Steuerliche Standortpolitik</li> <li>d) Branchen-, investitions- und unternehmensspezifische Zielsetzungen</li> <li>e) Steuerpolitik und Subventionspolitik</li> <li>f) Steuerrecht als Teil des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts</li> <li>g) Bürokratieabbau und Steuervereinfachung</li> </ol> </li> <li>3. Abgrenzung gegenüber Sozialpolitik</li> <li>4. Freie Wahl wirtschaftspolitischer Ziele, Zweckpluralität und Konkurrenz mit anderen Politikzielen</li> </ol> <p><b>IV. Kategorien wirtschaftspolitisch relevanter Normen</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Zielgerichteter Einsatz des Steuerrechts für wirtschaftspolitische Zwecke</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Die klassische Dichotomie von Fiskalzweck- und Lenkungsnormen</li> <li>b) Typologie</li> <li>c) Notwendigkeit und Schwierigkeiten der Abgrenzung</li> <li>d) Rechtfertigung des gezielten Einsatzes des Steuerrechts zur Verfolgung wirtschaftspolitischer Zwecke</li> </ol> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Ungezielte wirtschaftspolitisch relevante Gestaltungswirkungen             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Erscheinungsform steuerlicher Wirtschaftspolitik?</li> <li>b) Einfluss auf die Gestaltung wirtschaftlicher Prozesse</li> <li>c) Vorhersehbarkeit als Voraussetzung der Zurechnung von Gestaltungswirkungen</li> <li>d) Beobachtungspflichten</li> </ol> </li> <li>3. Gezielte Maßnahmen zur Ausschaltung unerwünschter Gestaltungswirkungen</li> </ol> <p><b>V. Akteure steuerlicher Wirtschaftspolitik</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Verwirklichung wirtschaftspolitischer Zwecke und Berücksichtigung von Gestaltungswirkungen im Steuergesetzgebungsprozess             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Alleinige Zuständigkeit des Steuergesetzgebers</li> </ol> </li> </ol> |
|--|--|

---

 Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik
 

---

- |  |   |
|--|---|
| b) Gesetzesvorbereitung durch die Ministerialbürokratie innerhalb von Ressortzuständigkeiten<br>c) Zur Rolle der Wirtschaftsverbände | 2. Finanzverwaltung als wirtschaftspolitischer Gestalter?<br>3. Internationale und Europäische Wirtschaftspolitik<br><b>VI. Fazit</b> |
|--|---|

## I. Einführung: Gibt es Steuerpolitik, die nicht zugleich Wirtschaftspolitik ist?

Kann es Steuerpolitik geben, die nicht zugleich Wirtschaftspolitik ist?

Richtigerweise ist das Steuerrecht in Gänze dem öffentlichen Wirtschaftsrecht<sup>1</sup> zuzuordnen<sup>2</sup> und ist damit Teilmenge von Wirtschaftspolitik. Die Einwirkung von Steuern auf Wirtschaftsprozesse ist ubiquitär. Jeder steuerliche Eingriff wirkt regulierend, indem er Gewinne abschöpft, Preise beeinflusst. Die ökonomische Forschung beraubt uns der Illusion neutraler Steuern; gegenüber einer Welt ohne Steuern begründet jede Form der Besteuerung, selbst die Kopfsteuer, Verzerrungen und beeinflusst Entscheidungen.<sup>3</sup> *Dieter Birks* Habilitationsschrift ist die Erkennt-

---

1 In Lehrbüchern und Abhandlungen zum Wirtschaftsrecht tauchen Steuern als Instrumente wirtschaftspolitischer Lenkung und Regulierung jedoch schlichtweg nicht auf, z.B. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2010; *Stober/Eisenmenger*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Aufl. 2011, die noch nicht einmal im Abschnitt zum Subventionsrecht auf die steuerlichen Instrumente eingehen, was angesichts des Volumens indirekter Subventionen bemerkenswert ist. Auch in *Michael Rodis* Münchner Habilitationsschrift „Die Subventionsrechtsordnung“ aus dem Jahr 2000 spielen Steuervergünstigungen nur eine sehr untergeordnete Rolle. Das von *Christian Tietje* herausgegebene und knapp tausendseitige Lehrbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2015, kommt trotz eines Abschnitts zum Internationalen Währungs- und Finanzrecht ohne ein Wort zum Recht der Doppelbesteuerungsabkommen aus. *Matthias Herdegen* widmet dem Internationalen Steuerrecht in seinem Lehrbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2011, § 19, gerade einmal zweieinhalb Seiten. Eine positive Ausnahme stellt *G. Kirchhof/Korte/Magen*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, mit einer ausführlichen Darstellung abgabenrechtlicher Instrumente der Wirtschaftslenkung durch *G. Kirchhof* dar (§ 13).

2 Jedenfalls wenn die gezielte Beeinflussung der Wirtschaftsprozesse steuerlicher Hauptzweck ist, handelt es sich um „steuergesetzliches Wirtschaftsrecht“, s. *Tipke*, *StuW* 1976, 162; *Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, S. 199 f.

3 *Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl. 2015, S. 54, 93 f.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

nis zu verdanken, dass Steuern stets neben der Belastungswirkung Gestaltungswirkungen entfalten. Die wirtschaftspolitische Relevanz des Steuerrechts geht damit weit über das klassische Verständnis steuerlicher Lenkung durch Lenkungssteuern und Steuervergünstigungen hinaus.

Genau aus diesem Grund ist das Generalthema der diesjährigen Jahrestagung „Steuerrecht und Wirtschaftspolitik“ offen formuliert. Es heißt eben nicht „Steuerrecht und Wirtschaftsförderung“ oder „Steuerrecht und Wirtschaftslenkung“. Das Thema reicht hinaus über die klassische Dichotomie von Lenkungsnormen und Fiskalzwecknormen. Zugleich verlangt diese bewusste Offenheit aber nach Eingrenzung und Konturierung und wirft die Frage nach dem angestrebten Erkenntnisgewinn unserer Tagung auf. Juristische Kategorienbildung ist nicht Selbstzweck, sondern heuristische Methode. Was also wollen wir wissen?

Lange hat sich die überwiegend kritische Diskussion des Steuerinterventionismus<sup>4</sup> auf Berechtigung und Eignung des Steuerrechts für die Verwirklichung außerfiskalischer Ziele konzentriert. Mögen die „goldenen Zeiten“ der Sonderabschreibungen auch vorbei sein,<sup>5</sup> so verfällt der Gesetzgeber immer wieder auf das Instrument der Steuervergünstigung zur gezielten Verhaltensbeeinflussung. Ein aktuelles Beispiel ist die Bundesratsinitiative zur steuerlichen Förderung der Elektromobilität.<sup>6</sup> Gleichzeitig begründet das Erbschaftsteuerurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2014<sup>7</sup> aus dem letzten Jahr Zweifel, ob die Grenzen steuerlicher Lenkung verfassungsdogmatisch<sup>8</sup> bereits hinreichend durchdrungen sind. Rechtfertigung und zweckgerechte Ausgestaltung von Steuervergünstigungen und Lenkungsbelastungen bleiben damit relevante Fragestellungen.

Allerdings wäre die Befassung mit dem Steuerinterventionismus zu eng. Dies liegt zum einen an der weitverbreiteten Zweckpluralität steuerrechtlicher Regeln. Viele primär fiskalisch motivierte Normen verfolgen – ausgesprochen oder unausgesprochen – wirtschaftspolitische *Neben-*

---

4 Selmer, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1971.

5 Aktuell werden nach Jahren des Bemühens um Subventionsabbau die Finanzhilfen aufgestockt, nicht dagegen die Steuervergünstigungen, vgl. 25. Subventionsbericht, BT-Drucks. 18/5940, S. 7 (Abb. 1).

6 Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung der Elektromobilität, BT-Drucks. 18/5864.

7 1 BvL 21/12, BStBl. II 2015, 50.

8 Auch im Schrifttum ist es trotz der Fülle der Urteilsanmerkungen bisher nur vereinzelt zu einer differenzierten verfassungsdogmatischen Auseinandersetzung mit der Entscheidung gekommen, vgl. Sachs, NJW 2015, 601.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

zwecke. Dabei sind fiskalische und außerfiskalische Zwecke oft untrennbar verwoben. Noch weiter wird das Feld, wenn auch die *unbeabsichtigten*, möglicherweise sogar *unerwünschten* Gestaltungswirkungen in den Blick genommen werden. Diesen wird bisher weder im Gesetzgebungsprozess noch in der rechtlichen Überprüfung hinreichende Beachtung geschenkt, obwohl sie den unternehmerischen Alltag weit mehr beeinflussen als vereinzelte Lenkungsnormen.

In diesem Sinne soll das Themenfeld im Folgenden in drei Schritten näher eingegrenzt werden:

1. In einem ersten Schritt soll ermittelt werden, in welchen Bereichen der Wirtschaftspolitik steuerliche Instrumente eine besondere Rolle spielen und wo steuerrechtliche Normen besondere wirtschaftspolitische Gestaltungswirkungen entfalten.
2. Im zweiten Schritt geht es um eine Typologie wirtschaftspolitisch relevanter Steuernormen und deren Einteilung in bestimmte Kategorien. Es ist der Versuch einer Abschichtung vom allgemeinen Normenbestand. Gibt es Normen, die intendiert oder unintendiert wirtschaftspolitisch *besonders* relevant sind?
3. In einem abschließenden dritten Schritt werden die Akteure und Verfahren steuerlicher Wirtschaftspolitik in den Blick genommen.

## II. Historischer Abriss

Abgaben werden seit jeher, und zwar bereits bevor sie zum Hauptfinanzierungsinstrument des Staates wurden, wirtschaftslenkend eingesetzt.<sup>9</sup> Es handelt sich nicht um ein Phänomen der Neuzeit. Zölle als Instrumente wirtschaftspolitischer Steuerung gehören zu den ältesten Lenkungsabgaben.<sup>10</sup> Bereits *Adam Smith* hatte sich im ausklingenden 18. Jahrhundert im „Wohlstand der Nationen“ dem Phänomen der Lenkungssteuern wissenschaftlich gewidmet.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Hierzu etwa *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1971, S. 183 ff.

<sup>10</sup> *G. Kirchhof* in *G. Kirchhof/Korte/Magen*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 13 Rz. 6.

<sup>11</sup> *Smith*, Der Wohlstand der Nationen, 1776, Ausgabe Recktenwald, 1974, S. 111 (Lenkungswirkung von Zöllen), S. 749 f.; s. auch *Mann*, Steuerpolitische Ideale. Vergleichende Studien zur Geschichte der ökonomischen und politischen Idee und ihres Wirkens in der öffentlichen Meinung 1600–1935, S. 336 ff.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Die Entstehung der modernen Steuerstaaten kreiste von Anbeginn um das Dilemma sozialgestaltender Umverteilung bei möglichst geringer Belastung der Wirtschaft. In der Nachkriegszeit bis hinein in die 1970er Jahre feierte der Steuerinterventionismus in der Bundesrepublik im Bereich der direkten Steuern seine Blüte. Steuervergünstigungen jedweder Art waren das Ventil, um den Druck der von den Alliierten oktroyierten hohen Steuersätze abzulassen.<sup>12</sup> Erst als diese in den 1990er Jahren ihrerseits durch die zunehmende Öffnung der Volkswirtschaften unter Druck gerieten, kam es zur Stagnation bzw. teilweise zur Rückführung von Steuervergünstigungen, um die Senkung der Steuersätze gegenzufinanzieren.<sup>13</sup> Gleichzeitig werden seit den 1990er Jahren Steuern verstärkt als Lenkungsinstrumente des Umweltschutzes eingesetzt. In jeder Phase war das Steuerrecht ein zentrales Handlungsfeld der Wirtschaftspolitik.

### III. Der Gegenstand steuerlicher Wirtschaftspolitik

#### 1. Wirtschaftspolitik als staatliche Einwirkung auf Wirtschaftsprozesse

Wirtschaftspolitik umfasst jegliche Einwirkung auf wirtschaftliche Prozesse und ist damit denkbar weit gefasst. Wie stark der Staat auf die Wirtschaft einwirkt, hängt von der jeweiligen Wirtschaftsverfassung<sup>14</sup> ab und oszilliert zwischen zentraler Planwirtschaft und marktwirtschaftlichem Liberalismus. Wirtschaftspolitik untergliedert sich in die großen Bereiche der Konjunktur-, Geld-, Wettbewerbs- und Strukturpolitik.<sup>15</sup> Wirtschaftslenkung- und Wirtschaftsförderung<sup>16</sup> haben gegenüber einem allgemeinen Verständnis von Wirtschaftspolitik einen instrumentellen Charakter.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> *Raupach*, *StuW* 2000, 341 (350); *G. Kirchhof* in *G. Kirchhof/Korte/Magen*, *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 2014, § 13 Rz. 7.

<sup>13</sup> *Schöberle*, in *FS Klein*, 1994, S. 255 (258).

<sup>14</sup> Differenzierter Überblick über Wirtschaftssysteme s. *Peters*, *Wirtschaftspolitik*, 3. Aufl. 2000, S. 50 ff.

<sup>15</sup> *Peters*, *Wirtschaftspolitik*, 3. Aufl. 2000, S. 3.

<sup>16</sup> Hierauf beschränkt *Stober*, *BB* 1996, 1845.

<sup>17</sup> *Ziekow*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 2010, § 3 Rz. 6.

## 2. Felder steuerlicher Wirtschaftspolitik

### a) Überblick

Die wirtschaftspolitischen Einsatzmöglichkeiten steuerlicher Instrumente sind vielfältig.<sup>18</sup> Unterschieden werden kann zwischen dem Einsatz des Steuerrechts zur *globalen* Konjunktur- und Wachstumssteuerung (III.2.b)<sup>19</sup> und der *spezifischen* Steuerung (III.2.d), die sich auf einzelne Wirtschaftszweige und Investitionsformen richtet. In offenen Volkswirtschaften kommt dem Steuerrecht darüber hinaus erhebliche standortpolitische Bedeutung zu (III.2c). Steuerrecht ist Instrument der Subventionspolitik ebenso wie der Regulierungspolitik (III.2e.f). Auch steuerliche Umwelt- und Forschungspolitik lässt sich als Wirtschaftspolitik einordnen, wenn Adressat private Unternehmen sind. Unterschätzt ist die wirtschaftspolitische Bedeutung des Steuervollzugs (III.2g).

### b) Steuern als Instrumente der Konjunkturpolitik

Seit dem Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft von 1967<sup>20</sup> („Stabilitätsgesetz“) wird das Steuersystem ausdrücklich in den Dienst der Konjunkturpolitik gestellt<sup>21</sup> und ist Be-

18 Vgl. exemplarisch die Gesetzesbegründung zum Standortsicherungsgesetz 1993, BT-Drucks. 12/4487: „Förderung des gesamtwirtschaftlichen Wachstums durch Stärkung der Investitionstätigkeit; die Erhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft und Sicherung der Attraktivität Deutschlands als Wirtschaftsstandort; Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen mit gezielten mittelstandpolitischen Akzenten; weitere Belebung der Investitionstätigkeit in den jungen Ländern.“

19 Von *Neumark*, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, 1970, S. 224 als Steuerinterventionismus bezeichnet; zu den Zielen einer Globalsteuerung s. auch *Neumark*, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, 1970, S. 19: Das Steuerrecht soll „dazu beizutragen, die heute als solche anerkannten obersten Ziele der Wirtschaftspolitik zu verwirklichen, also eine möglichst stetige, von größeren Geldwertschwankungen freie wirtschaftliche Entwicklung, ein hohes Maß an Beschäftigung des Arbeitskräftepotentials und an Ausnutzung der sachlichen Produktionsfaktoren (was, richtig interpretiert, ein relativ kräftiges Wirtschaftswachstum einschließt) sowie einen Zahlungsbilanzausgleich mit marktwirtschaftskonformen Mitteln“. Anders die Begriffssetzung bei *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1971, der gerade auch bereichsspezifische Lenkungsnormen dem Steuerinterventionismus zuordnet.

20 BGBl. I 1967, 582.

21 *Cassel/Thieme* in Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie- und Wirtschaftspolitik, Band 2, 8. Aufl. 2003, S. 363 (385 ff.).

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

standteil einer auf die Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher Ziele gerichteten Fiskalpolitik. Von der infolge des Stabilitätsgesetzes im EStG und KStG (§ 51 Abs. 3 EStG bzw. § 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b i.V.m. § 23 Abs. 2 KStG) eingeführten Ermächtigung, Einkommen- und Körperschaftsteuersatz bei Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts per Rechtsverordnung für maximal ein Jahr um bis zu 10 Prozent hoch- bzw. herabzusetzen, ist freilich bisher nie Gebrauch gemacht worden. Der stattdessen 1970 per Gesetz eingeführte rückzahlbare Konjunkturzuschlag<sup>22</sup> hat keine Wiederholung gefunden.

Letztlich sind konjunkturell begründete Steuererhöhungen zum einen politisch kaum durchsetzbar,<sup>23</sup> zum anderen stabilitätspolitisch von zweifelhafter Wirksamkeit.<sup>24</sup> Dies gilt auch für die gleichfalls im Stabilitätsgesetz vorgesehene Möglichkeit der konjunkturabhängigen Einschränkung oder Erweiterung von Abschreibungsmöglichkeiten.<sup>25</sup> Steuern als indirekte Investitions- und Nachfragestimuli sind weniger flexibel als die direkte Beeinflussung durch staatliche Investitions- und Konsumprogramme.<sup>26</sup> Nichtsdestotrotz hat der Gesetzgeber mit dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz 2009<sup>27</sup> im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise erneut auf das Steuerrecht als Instrument der Wachstumspolitik<sup>28</sup> zurückgegriffen, allerdings ging es dabei primär um die Abmilderung steuerlicher Härten für von der Wirtschaftskrise betroffene Unternehmen und nicht um eine aktive Bekämpfung der Krise mit steuerlichem Instrumentarium.<sup>29</sup>

---

22 Gesetz über die Erhebung eines rückzahlbaren Konjunkturzuschlags v. 23.7.1970, BGBl. I 1970, 1125; dazu *Koch*, DStZ 1971, 7 (8).

23 *Koch*, DStZ 1971, 8.

24 *Cassel/Thieme* in *Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie- und Wirtschaftspolitik*, Band 2, 8. Aufl. 2003, S. 363 (389); ausf. *Littmann*, Finanzarchiv, Bd. 14 (1953/54), 351 ff.

25 *Armin/Borell*, StuW 1973, 61 f.; *Müller/Schmidt*, BB 1970, 1280 ff.

26 *Armin/Borell*, StuW 1973, 61 (65 f.); *Schöberle* in FS Klein, 1994, S. 255 (263 ff.).

27 Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 22.12.2009, BGBl. I 2009, 3950.

28 S. BT-Drucks. 17/15, S. 1.

29 Zu den ökonomischen Effekten des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes: *Hübner*, Wirtschaftsdienst 2010, 240; sowie *Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung Halle (IWH)*, in Kiel Economics, Ökonomische Wirksamkeit der Konjunktur stützenden finanzpolitischen Maßnahmen der Jahre 2008 und 2009. Forschungsvorhaben im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen. IWH Online 4/2015, 2015, insb. S. 31 und 33.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Soll das Steuerrecht als Instrument globaler Wirtschaftsteuerung eingesetzt werden, ergeben sich hieraus Schlussfolgerungen für die Kompetenzzuordnung. Diese muss notwendigerweise beim Bund liegen.<sup>30</sup> Schnelles Eingreifen erfordert einen Verzicht auf Einschaltung des Bundesrates. Dies erklärt, warum die Ergänzungsabgabe in Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG als Instrument kurzfristiger Konjunktursteuerung<sup>31</sup> in die alleinige Ertragszuständigkeit des Bundes gestellt ist.<sup>32</sup> Umgekehrt schließt eine Dezentralisierung der Kompetenz einen globalsteuernden Einsatz praktisch aus. So könnte eine temporäre Erhöhung der Grunderwerbsteuer zwar theoretisch einer niedrigzinsbedingten Überhitzung des Immobilienmarktes entgegenwirken. Die Kompetenzzuweisung zu den Ländern (Art. 106 Abs. 2a Satz 2 GG) steht indes einem koordinierten Einsatz schon deshalb entgegen, weil die Festlegung des Grunderwerbsteuersatzes als einziges frei steuerbares Einnahmeventil der Länder anderen Gesetzen folgt und der Steuersatz daher im Zweifel auch dann nicht wieder gesenkt würde, wenn die Zinsen schon längst wieder angestiegen sind.

### c) Steuerliche Standortpolitik

Spätestens seit den 1990er Jahren ist die Positionierung im internationalen Wettbewerb ein wichtiges Anliegen der Steuer- und Wirtschaftspolitik. Die Gesamtheit aller steuerlichen Normen bildet einen bedeutenden Standortfaktor<sup>33</sup> und entscheidet mit über die Wertschätzung eines Wirtschaftsstandortes.<sup>34</sup> Das Standortsicherungsgesetz 1993<sup>35</sup> hat dies im Titel selbst zum Ausdruck gebracht.

---

<sup>30</sup> Höpker-Aschoff, AöR 75 (1949), 306 (319).

<sup>31</sup> Ermöglichung einer elastischen, dem jeweiligen Konjunkturzyklus angepassten Finanzpolitik als einer der Zwecke der Ergänzungsabgabe, vgl. die Gesetzesbegründung zum Finanzverfassungsgesetz 1955, BT-Drucks. 480, S. 108, sowie die Begründung zum Gesetz über eine Ergänzungsabgabe zur Einkommensteuer und zur Körperschaftsteuer, BT-Drucks. 484, S. 4.

<sup>32</sup> Gerade dieser Erklärungszusammenhang macht freilich die Nutzung dieser Nummer des Art. 106 GG für den Solidaritätszuschlag besonders fragwürdig, s. hierzu *Wiss. Beirat bei Ernst & Young*, DStR 2014, 1309 (1310 ff.).

<sup>33</sup> Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 66.

<sup>34</sup> Widergespiegelt in der Bedeutung internationaler Steuerplanung s. *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung, 7. Aufl. 2011, S. 911 ff. und 1041 ff. (speziell zu Holdingstandorten).

<sup>35</sup> Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt, BGBl. I 1993, 1569.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Regeln, die nicht nach bestimmten Branchen oder Investitionsarten differenzieren, können der allgemeinen Standortpolitik zugeordnet werden. Ausdruck von *Wirtschaftspolitik* sind dabei letztlich nur jene Maßnahmen, die auf realwirtschaftliche Veränderungen abzielen. Dagegen geht es bei Maßnahmen des sog. „Substratwettbewerbs“<sup>36</sup> aus staatlicher Sicht allein um Einnahmeerzielung bzw. die Abwehr der Verlagerung von Buchgewinnen und hieraus resultierenden Steuermindereinnahmen. Auch aus unternehmerischer Sicht sind Maßnahmen zur Ausnutzung des Steuersubstratwettbewerbs etwa durch Verlagerung immaterieller Wirtschaftsgüter in Niedrigsteuerländer oder steuerorientierte Optimierung der Konzernfinanzierung darauf angelegt, die unternehmerische Aktivität möglichst unverändert zu lassen.<sup>37</sup>

Der standortpolitische Einsatz des Steuerrechts korrespondiert oft mit geographischen oder wirtschaftlichen Besonderheiten eines Standortes. Die Wirtschaft kleiner Staaten mit sehr begrenzten Absatzmärkten und ohne natürliche Ressourcen als Steueroasen basiert nicht selten auf dem Geschäftsmodell besonders günstiger steuerlicher Rahmenbedingungen.<sup>38</sup> Die Größe eines Standortes beeinflusst auch die Auswahl der Instrumente steuerlicher Standortpolitik<sup>39</sup>: Abschreibungen und tax credits ergeben Sinn, wenn in einem Staat viel Substanz und damit Verrechnungspotential vorhanden ist. Niedrige Steuersätze/Steuerbefreiungen sind dagegen eher ein Instrument kleiner Staaten.

---

36 Zu diesem Begriff s. *Hey*, Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung des Steuerrechts?, Münchner Schriften zum internationalen Steuerrecht, Heft 27, 2007, S. 295 (297 ff.).

37 Unterscheidung zwischen realwirtschaftlichen Veränderungen und der Verlagerung von Buchgewinnen s. *Wiss. Beirat beim BMF*, Einheitliche Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer in der EU, Schriftenreihe des BMF Bd. 81 (2007), S. 14.

38 Zum Zusammenhang zwischen der Größe eines Landes und seiner steuerlichen Standortpolitik s. *Konrad*, Wirtschaftsdienst 2013, 359 (360); *Slemrod*, Journal of Empirical Legal Studies Bd. 5 (2008), 683 (691), wonach tendenziell eher kleine Staaten Steueroasen sind.

39 *Kaeser*, FR 2013, 788 (791).

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Mittels Zuzugsprämien<sup>40</sup> und Wegzugsschranken<sup>41</sup> können zudem positive und negative Anreize gesetzt werden. In den letzten Jahren haben nationale Maßnahmen zur Abwehr der Abwanderung von Steuersubstrat an Bedeutung gewonnen. Sie laufen ihrerseits Gefahr schwerwiegender Beeinträchtigungen des Wirtschaftsstandortes. Nicht gezielte Lenkung, sondern die Vermeidung wirtschaftspolitisch unerwünschter Gestaltungswirkungen rückt dann in den Blick. Das deckt sich mit dem Befund des World Economic Forum, dass das Steuerrecht selten als positiver Standortfaktor ins Gewicht fällt, dafür aber häufig bei der Frage nach den fünf größten Investitionshemmnissen eines Standortes auftaucht.<sup>42</sup>

Nicht nur Staaten, sondern auch Gebietskörperschaften konkurrieren um Unternehmensansiedlungen.<sup>43</sup> Der Gewerbesteuerhebesatz ist neben der Ausweisung von Gewerbegebieten ein probates Mittel kommunaler Standortpolitik.<sup>44</sup> Hebesatzgefälle vor allem zwischen Großstädten und Umlandgemeinden erweisen sich als wirksame Anreizinstrumente, um die Ansiedlung von Unternehmen zu beeinflussen.

Nicht verkannt werden darf, dass Steuern *nur ein* Standortfaktor unter vielen sind, der nicht überschätzt werden sollte. Politische Stabilität, Rechtssicherheit, Arbeitsangebot und Lohnkosten oder öffentliche Infrastruktur dürften für die meisten Ansiedlungsentscheidungen bedeutender sein als das Steuersystem.<sup>45</sup> Die Gefahr der Überzeichnung der Relevanz der steuerrechtlichen Standortbedingungen ist darin begründet, dass sich die Steuerbelastung scheinbar leicht messen und verglei-

---

40 Innerhalb der EU verstoßen derartige Praktiken allerdings in der Regel gegen den *Code of Conduct* gegen unfairen Steuerwettbewerb, vgl. Entschließung des Rates für einen Verhaltenskodex zur Unternehmensbesteuerung vom 1.12.1997, ABl. EG 1998 Nr. C 2/2 Anhang 1, B.1, oder sind als steuerliche Beihilfen der Kontrolle gem. Art. 107 f. AEUV unterworfen.

41 Innerhalb der EU verbunden mit dem Risiko der Verletzung der Grundfreiheiten.

42 Hierauf weist *Kaeser*, FR 2013, 788 (790) hin.

43 Bedeutung von Wettbewerb zwischen Gebietskörperschaften für die Ausrichtung der Wirtschaftspolitik s. *Kerber*, Grenzen der Wirtschaftspolitik, in Engel/Morlok, Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 207

44 Gleichzeitig ist die Erhöhung des Gewerbesteueraufkommens zentrale Triebfeder für die Schaffung attraktiver Standortbedingungen, die Unternehmensansiedlungen nach sich ziehen. Zu diesen Zusammenhängen *Krumm*, Wirtschaftsdienst 2001, 119 (126).

45 Für einen Vergleich s. den zweijährlich erscheinenden *Global Competitiveness Report* des World Economic Forum, [www.weforum.org](http://www.weforum.org).

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

chen lässt. Dies gilt freilich nur für nominelle Steuersätze, denen insofern Signalwirkung zukommt, nicht jedoch für die nur unternehmens- und investitionsindividuell zu ermittelnden Effektivsteuersätze. Letztere sind ausschlaggebend. Relevanz und Vorteilhaftigkeit der steuerlichen Rahmenbedingungen lassen sich nicht pauschal bestimmen, sondern immer nur in Bezug zum individuellen Unternehmen bzw. zu spezifischen Unternehmensaktivitäten. Je weniger ein Unternehmen auf sonstige Standortbedingungen angewiesen ist, desto sensibler wird es allerdings auf die steuerlichen Rahmenbedingungen reagieren. Damit kommt vor allem der Besteuerung mobiler Faktoren hohe Standortrelevanz zu.<sup>46</sup>

#### **d) Branchen-, investitions- und unternehmensspezifische Zielsetzungen**

Außer zur Verfolgung gesamtwirtschaftlicher Ziele wird das Steuerrecht traditionell auch zur *sektorspezifischen* Förderung einzelner Branchen eingesetzt,<sup>47</sup> etwa durch die frühere Sonderabschreibung für den Schiffs- und Flugzeugbau,<sup>48</sup> die degressive Gebäude-AfA zur Ankurbelung der Bauwirtschaft,<sup>49</sup> die Tonnagesteuer<sup>50</sup> oder die nach wie vor bestehenden Vergünstigungen für die Land- und Forstwirtschaft. Auch die Kapitalbildung und das Verhältnis zwischen Fremd- und Eigenkapital sind immer wieder Gegenstand steuerlicher Intervention, die freilich zum Teil nur dazu dient, bestehende – ebenfalls steuerliche – Verzerrungen auszugleichen.<sup>51</sup>

Weit verbreitet sind zudem *größenklassenspezifische Differenzierungen*. Unterschieden wird zwischen Kleinunternehmen, Mittelstand und

---

46 Zur Differenzierung nach Mobilitätsgraden der Bemessungsgrundlage *Wiss. Beirat beim BMF*, Reform der Internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung (1998), S. 100, publiziert in: Sammelband 1988–1998.

47 *G. Kirchhof* in *G. Kirchhof/Korte/Magen*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 13 Rz. 36 spricht in diesem Zusammenhang von „unmittelbar parzellierender Wettbewerbslenkung“.

48 § 82f EStDV.

49 § 7 Abs. 5 EStG; vgl. BT-Drucks. 10/4042, S. 1, 5.

50 Lenkungsnorm s. FG Düsseldorf v. 23.2.1999, DStRE 1999, 783 rkr.; BFH v. 14.3.2000, IX R 8/97, BStBl. II 2001, 66, wobei BT-Drucks. 11/4688, S. 1 f. u. 10, nahelegt, dass die Maßnahme doppelfunktional angelegt war und wohl primär dem sozialpolitischen Zweck der Verbesserung des Wohnungsangebotes diene.

51 Hierzu *Schöberle* in FS Klein, 1994, S. 255 (258, 266).

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Großunternehmen, ohne dass man es hierbei mit trennscharfen Kategorien zu tun hat. Gerade steuerliche Mittelstandspolitik – es handelt sich um eine beliebte Floskel politischer Sonntagsreden – ist häufig sehr unspezifisch. Beispiele sind die Freigrenze im Rahmen der Zinsschranke von 3 Mio. Euro (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. a EStG)<sup>52</sup> oder der Sockelbetrag von 1 Mio. Euro in der Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 Satz 1 EStG).<sup>53</sup> Kleinunternehmen erfahren neben materiellen Steuerentlastungen – etwa Freibeträge oder § 7g-Rücklage<sup>54</sup> – vor allem Verfahrenserleichterungen, etwa bei der Umsatzsteuervoranmeldung oder im Bereich von Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten. Dass die Schwellenwerte auch den Verwaltungsvollzug vereinfachen sollen, schließt ihre Einordnung als wirtschaftspolitische Maßnahmen nicht aus, da Aufgriffsgrenzen zur Reduktion von Steuererhebungskosten und Kapazitätsregulierung der Finanzverwaltung auf Seiten der Unternehmen mit der Reduktion von Steuerbefolgungskosten korrespondieren. Kleine und mittelständische Unternehmen benötigen ein einfacheres Steuerrecht als Großunternehmen.

Neben der sektoralen steuerlichen Wirtschaftspolitik steht, wenngleich mit stark abnehmender Tendenz, die *Regionalförderung* für die ostdeutschen Länder.<sup>55</sup>

### e) Steuerpolitik und Subventionspolitik

Steuervergünstigungen unterliegen als Bestandteil der allgemeinen Subventionspolitik der Kontrolle durch Aufnahme in den Subventionsbericht auf der Grundlage von § 12 Stabilitätsgesetz.<sup>56</sup> Das Volumen der

---

52 Vgl. Begründung zur dauerhaften Einführung der höheren Freigrenze BT-Drucks. 17/15, S. 10: „um kleine und mittlere Unternehmen von der Zinsabzugsbeschränkung auszunehmen und so in konjunkturell schwierigen Zeiten zu entlasten und zu stärken“.

53 Vgl. BT-Drucks. 15/1518, S. 13; dort wird der in § 10d Abs. 2 EStG eingeführte Sockelbetrag als „Mittelstandskomponente“ bezeichnet.

54 Vgl. BT-Drucks. 12/4487, S. 54.

55 Vgl. derzeit nur noch das Investitionszulagengesetz 2010 v. 7.12.2008, BGBl. I 2008, 2350. Eine Verlängerung derartiger Investitionshilfen ist nicht geplant, siehe dazu BT-Drucks. 16/10291, S. 12 und soll sich zukünftig auf Maßnahmen im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (Art. 91a GG) beschränken.

56 Vgl. aktuell 25. Subventionsbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/5940, S. 11.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Steuervergünstigungen im Verhältnis zu den Finanzhilfen<sup>57</sup> macht deutlich, dass die Politik die indirekte Förderung der direkten Subventionierung häufig vorzieht. Ob dies mit objektiven Vorzügen von Steuervergünstigungen gegenüber Finanzhilfen korrespondiert, ist zu erörtern.<sup>58</sup>

#### **f) Steuerrecht als Teil des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts**

Gleichermaßen wird das Steuerrecht zur staatlichen Wettbewerbsregulierung eingesetzt.<sup>59</sup> Unterschiede in der Besteuerung von Unternehmen, wozu neben den direkten Steuern auch die preisbildenden indirekten Steuern gehören, haben eine hohe Wettbewerbsrelevanz.

Unmittelbar einsichtig ist die Bedeutung der Besteuerung für die Herstellung von Wettbewerbsgleichheit zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen. Die Besteuerung der öffentlichen Hand zielt nicht primär auf die Erwirtschaftung von Einnahmen, sondern verfolgt wirtschaftspolitische Ziele.<sup>60</sup> Dies schlägt sich in der Auslegung der Tatbestandsmerkmale Betrieb gewerblicher Art und Hoheitsbetrieb nieder, die originär an einem wirtschaftspolitischen Ziel, nämlich der Herstellung von Wettbewerbsneutralität orientiert ist.<sup>61</sup>

Zum Privatisierungsfolgerecht<sup>62</sup> wird das Steuerrecht dort, wo es um die Besteuerung bestehender und ehemaliger staatlicher Monopole geht

---

57 25. Subventionsbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/5940, S. 17, trotz steigendem Volumen der Finanzhilfen haben Steuervergünstigungen nach wie vor das Übergewicht, obwohl der steuerliche Subventionsbegriff im Subventionsbericht eng gefasst ist.

58 Hierzu unten IV.1.d).

59 Es ist damit Bestandteil des öffentlichen Wettbewerbs- und Regulierungsrechts. Letzteres wurde schon früh als neue Kategorie erkannt von *Ruffert*, AöR 124 (1999), 237 ff. Freilich sind die Konturen nach wie vor unscharf. Vor allem wird der Begriff des Regulierungsrechts verwendet, um von der allgemeinen Wirtschaftsordnung jene Vorschriften abzuschichten, die den Wettbewerb innerhalb einzelner Märkte und Sektoren spezifisch beeinflussen sollen; in diesem Sinne *Basedow* in FS Immenga, 2004, S. 3 (4). Bei einem weiteren Verständnis ist auch die Subventionierung Teil staatlicher Regulierung, s. *Eifert* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, § 19 Rz. 2 ff.

60 Zutreffend *G. Kirchhof* in G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 13 Rz. 10F.

61 *Thiele* in G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 5 Rz. 41.

62 *Säcker*, AöR 130 (2005), 180 (186).

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

wie bei der Telekom, Post oder Bahn oder im staatlichen Bankensektor. Privatisierung und Deregulierung bildet sich stets auch in der Besteuerung ab. Einerseits führt die Umwandlung in Körperschaften des Privatrechts zur Anwendung der allgemeinen steuerlichen Regeln, andererseits kann die besondere Gemeinwohlbindung der ehemals staatlichen Tätigkeit das Bedürfnis nach Sonderkonditionen begründen. Ein gutes Beispiel ist die Umsatzsteuerbefreiung für Standardbriefe nach § 4 Nr. 11b UStG, die zunächst auf die Post AG beschränkt war, weil sie bis zur Freigabe des Briefmonopols eine Sonderrolle bei den Universaldienstleistungen wahrnahm.<sup>63</sup>

Lenkungssteuern und Lenkungsbelastungen stellen darüber hinaus eine Alternative zum ordnungsrechtlichen Instrumentarium dar. Besonders häufig werden Steuern im Bereich des Umweltschutzes anstatt von Ge- und Verboten eingesetzt. Es finden sich aber, etwa in den Bestrebungen, eine Finanztransaktionsteuer als Instrument der Bankenregulierung zu etablieren,<sup>64</sup> oder der Diskussion steuerlicher Instrumente zur Begrenzung überhöhter Managervergütungen,<sup>65</sup> auch andere Einsatzfelder.

Im Unterschied zum subventionspolitischen Einsatz des Steuerrechts fehlt es an einer systematischen Kontrolle steuerlicher Regulierung.<sup>66</sup> Es gibt nicht analog zum Subventionsbericht einen Regulierungsbericht. Wir wissen schlicht nicht, wie stark, geschweige denn wie effektiv, das Steuerrecht zur Regulierung eingesetzt wird. Allenfalls ließe sich dies am Steueraufkommen aus Lenkungssteuern und Lenkungsbelastungen ablesen.

### g) Bürokratieabbau und Steuervereinfachung

Eine besondere Affinität weist das Steuerrecht zum wirtschaftspolitischen Ziel des Bürokratieabbaus auf, dem seit rund einem Jahrzehnt große Aufmerksamkeit geschenkt wird. Seither verpflichtet § 2 Normen-

---

63 Vgl. *Klenk* in Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Nr. 11b Rz. 1 ff.; zu deren Wirkungen vgl. *Jungblut*, UR 2012, 143 ff.

64 *Frey/Bruhn*, BB 2012, 1763.

65 Hierzu (im Ergebnis ablehnend) *Schwan*, Steuerliche Begrenzungsmöglichkeiten der Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat, 2012, insb. S. 172, 182.

66 Freilich ist dies nicht nur ein Phänomen steuerlicher Regulierung, sondern gilt ganz allgemein aufgrund mangelnder Konturierung des Regulierungsrechts für die staatliche Regulierung von Wirtschaftsprozessen, s. *Stober/Eisenmenger*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Aufl. 2011, S. 174 f.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

kontrollratsgesetz<sup>67</sup> Gesetzesvorlagen zu Angaben zu den Erfüllungskosten. Darüber hinaus rückt auch die standortpolitische Relevanz<sup>68</sup> der Bürokratielast zunehmend in den Blick. Die PWC Studie „Paying Taxes“ deckt Jahr für Jahr den mit der Erfüllung der Steuererklärungspflichten verbundenen Zeitaufwand in einem weltweiten Vergleich auf.<sup>69</sup> Hohe Dokumentations- und Verwaltungslasten behindern die unternehmerische Entfaltung. Gleichzeitig können kooperative Verwaltungsformen, zeitnah erteilte verbindliche Auskünfte oder gar das Angebot von Zertifizierungen und damit einhergehender Freistellung von Betriebsprüfungen offensiv als positiver Standortfaktor eingesetzt werden.<sup>70</sup>

Die Vereinbarkeit derartiger Erleichterungen mit dem Rechtsstaatsprinzip ist gewiss sorgsam zu bedenken. Jedoch sind Rechtsrichtigkeit und Rechtssicherheit gleichermaßen im Rechtsstaatsprinzip angelegt.<sup>71</sup> Vieles ist zudem eher eine Perspektivfrage. Wenn in Deutschland die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vornehmlich zur Lösung der Personalprobleme innerhalb der Finanzverwaltung diskutiert wird,<sup>72</sup> so besteht die Gefahr, dass die Rationalisierungsdebatte einseitig geführt wird und nicht zugleich Gewinne für den Wirtschaftsstandort bringt.

Freilich sind Bürokratielasten nicht allein im Steuervollzug und der mehr oder weniger effizienten Ausgestaltung der Steuerverfahren begründet. Ihre Wurzel liegt in der Regel im materiellen Steuerrecht und dessen Kompliziertheit. Damit ist auch Steuervereinfachung ein zentrales wirtschaftspolitisches Ziel.

### 3. Abgrenzung gegenüber Sozialpolitik

Abzugrenzen ist steuerliche Wirtschaftspolitik gegenüber Sozial- und Umverteilungspolitik. Die von *Klaus Tipke* verwendete Terminologie

---

67 Gesetz über die Einrichtung eines Nationalen Normenkontrollrats v. 14.8.2006, BGBl. I 2006, 1866.

68 Beispiele steuerverfahrensrechtlicher Instrumente, mit denen Staaten in den Wettbewerb treten, bei *Kaeser*, FR 2013, 788 (789).

69 *Paying Taxes 2016*, abrufbar unter <http://www.pwc.com/gx/en/paying-taxes-2016/paying-taxes-2016-appendix-3.pdf> (Abruf am 11.1.2016).

70 Damit geraten sie gleichzeitig in das Fadenkreuz des unionsrechtlichen Beihilfeverbots. Für die verbindliche Auskunft s. hierzu *Grotherr*, EWS 2015, 67.

71 *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 154 m.w.N.

72 *Buchwald/Bernhardt/Welsch*, FR 2015, 1010.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

der Sozialzwecknorm ist insofern nicht trennscharf, weil sie Lenkungs-  
zwecknormen und sozialpolitische Umverteilungszwecknormen ohne  
verhaltenssteuernde Wirkung zusammenfasst.<sup>73</sup>

Die Abgrenzung gegenüber Normen der Sozialpolitik ist von zentraler  
Bedeutung, weil sie das Design der Norm bestimmt. Sozialpolitische  
Fördernormen sind am Bedürfnisprinzip auszurichten, wirtschaftspoliti-  
sche Lenkungsnormen dagegen am Verdienstprinzip.<sup>74</sup> Eine Ausnahme  
stellt der wirtschaftspolitisch motivierte Besteuerungsverzicht zur Un-  
ternehmenserhaltung dar. Hier muss grundsätzlich ebenfalls das Bedürf-  
nisprinzip angelegt werden. Welche Schwierigkeiten dessen Anwendung  
auf Unternehmen mit sich bringt, wird freilich deutlich anhand der in  
§ 28a des Erbschaftsteuergesetzentwurfs<sup>75</sup> vorgesehenen Verschonungs-  
bedarfsprüfung.

#### **4. Freie Wahl wirtschaftspolitischer Ziele, Zweckpluralität und Konkurrenz mit anderen Politikzielen**

Die Verfolgung wirtschaftspolitischer Ziele mit den Mitteln des Steuer-  
rechts liegt grundsätzlich in der Gestaltungsfreiheit des Steuerge-  
setzgebers.<sup>76</sup> Insbesondere ist er in der Entscheidung zwischen wider-  
streitenden wirtschaftspolitischen Zielen frei.<sup>77</sup> Selten ist eine bestimmte  
wirtschaftspolitisch begründete Zielsetzung zwingend. So hat sich der  
Erbschaftsteuerreformgesetzgeber für die Konservierung bestehender  
Unternehmensstrukturen entschieden. Lohnsummenregel und Behal-  
tensfrist verleiten selbst dann zur Bestandwahrung, wenn betriebswirt-  
schaftlich eine Umstrukturierung sinnvoll wäre. Der Erbe von Privatver-

---

73 Zu Recht *Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl. 2015, S. 6 mit Fußnote  
8.

74 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. I, 2. Aufl. 2000, S. 530.

75 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Erbschaft- und Schenkungsteuer-  
gesetzes an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BT-Drucks.  
18/5923.

76 Ständige Rechtsprechung, vgl. jüngst BVerfG v. 17.12.2014, 1 BvL 21/12,  
BStBl. II 2015, 50, Rz. 124; auch BVerfG v. 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE  
93, 121, Rz. 76; BVerfG v. 11.11.1998, 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280, Rz. 3d);  
BVerfG v. 9.12.2008, 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210, Rz. 59; BVerfG v.  
12.5.2009, 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111, Rz. 39.

77 BVerfG v. 17.12.2014, 1 BvL 21/12, BStBl. II 2015, 50, Rz. 125. Äußerste Gren-  
zen zieht das BVerfG, falls der Gesetzgeber „vom Grundgesetz missbilligte  
Ziele ... verfolgt oder sich mit seinen Förderzwecken in unauflösbaren Wider-  
spruch zu anderweitigen gesetzlichen Festlegungen setzt“.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

mögen, der ererbtes Vermögen unternehmerisch investiert, damit nicht nur bestehende Arbeitsplätze erhält, sondern sogar neue Arbeitsplätze schafft, wird nicht privilegiert. Ist das volkswirtschaftlich sinnvoll? Darüber lässt sich trefflich streiten.<sup>78</sup> *Rechtlich* scheint der Gesetzgeber indes frei, wirtschaftspolitische Ziele selbst dann zu verfolgen, wenn sie zu Wohlfahrtsverlusten führen; jedenfalls hinterfragt das Bundesverfassungsgericht isolierte gesetzgeberische Zielsetzungen nicht dahingehend, ob andere Ziele volkswirtschaftlich sinnvoller wären.

Eine der Schwierigkeiten der Zuordnung steuerlicher Normen zu bestimmten Politikfeldern liegt in der häufig anzutreffenden Zweckpluralität. Zum einen sind Lenkungs- und Fiskalzwecke oft untrennbar verwoben.<sup>79</sup> Zum anderen werden zum Teil mehrere außerfiskalische Zielsetzungen zur gleichen Zeit verfolgt.<sup>80</sup> Gerade wirtschafts- und sozialpolitische Zwecke werden häufig entweder bewusst oder unbewusst vermengt. So verfolgen Fördertatbestände für bestimmte Versicherungs- und Vermögensbildungsprodukte wie die Altersvorsorgezulage (§§ 79 ff. EStG) primär sozial- und gesellschaftspolitische Zwecke. Sie dienen nicht der Förderung der Versicherungsbranche, erzeugen aber jedenfalls steuerlich induziertes Sondergeschäft, wobei aufgrund der Überwälzungsmechanismen im Einzelnen nicht immer klar ist, wem die Vorteile im Ergebnis zugutekommen. Auch die ungezielten Gestaltungswirkungen primär fiskalischer Normen können mehrere Wirkrichtungen aufweisen. So ist die Entfernungspauschale des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG primär durch das objektive Nettoprinzip zu rechtfertigende Fiskalzwecknorm, hat aber darüberhinausgehende Wirkungen. Einerseits ermöglicht der Abzug erwünschte Arbeitsplatzmobilität, andererseits ist er mitverantwortlich für raumpolitisch unerwünschte Zersiedelung.<sup>81</sup>

---

78 Ökonomen betonen in der Regel die Gefahr der Fehllenkung durch die erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungsregeln, vgl. *Prinz* in *ifst-Schrift* Nr. 506 (2015), S. 107 f.; *Wiss. Beirat beim BMF*, Die Begünstigung des Unternehmensvermögens in der Erbschaftsteuer, 01/2012, S. 33 f.

79 *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 85; *Arndt*, *NVwZ* 1988, 767 (791).

80 Zur Notwendigkeit der Abstimmung und Konsistenz *Rodi*, *JZ* 2000, 827 (834).

81 *Richter/Theile*, *StuW* 1998, 351 (355); *Richter/Söhn*, *StuW* 2008, 117; *Donges/Eekhoff/Franz/Fuest/Möschel/Neumann* [Kronberger Kreis] in *Stiftung Marktwirtschaft*, Gegen die Neubelebung der Entfernungspauschale, Argumente zu Marktwirtschaft und Politik, Nr. 102 (2008), S. 5.

---

#### Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Wirtschaftspolitische Ziele wirken ferner in vielerlei Hinsicht mäßigend auf die Verfolgung anderer Politikziele ein. Steuerpolitik hat das Ziel staatlicher Einnahmeloptimierung und –maximierung. Wirtschaftspolitik schraubt dieses Ziel zurück. Der Schutz der Steuerquellen ist jenseits der nur schwach konturierten *rechtlichen* Grenzen der Freiheitsrechte ein ureigenes Anliegen der Wirtschaftspolitik. Wie nahe beide nebeneinander liegen, macht die zweite Halbteilungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 deutlich. Einerseits werden verfassungsrechtliche Belastungsobergrenzen abgelehnt, andererseits wird eine besondere Rechtfertigungslast begründet, wenn „eine solche Belastung auch im internationalen Vergleich als bedrohliche Sonderentwicklung gekennzeichnet werden kann“.<sup>82</sup> Aus grundrechtlicher Perspektive erstaunt diese Blickweite über die Grenzen. Hier wird jedoch eine elementare wirtschaftspolitische Klugheitsregel für offene Volkswirtschaften formuliert.

Auch andere außerfiskalische Ziele, etwa auf dem Gebiet der Umwelt-, der Sozial- und Umverteilungspolitik, der Gesellschafts- oder Familienpolitik, werden aus wirtschaftspolitischen Gründen zurückgenommen, um die Konkurrenzfähigkeit der Wirtschaft nicht zu gefährden.<sup>83</sup> Beispielfhaft genannt seien die Erleichterungen, die energieintensiven Unternehmen im Rahmen der umweltpolitisch motivierten Stromsteuer gewährt werden (§ 9a StromStG). Problematisch sind Fälle gegenläufiger Zielsetzungen (z.B. Umweltschutz versus Arbeitsplatzertahl), weil die Norm dann den Kompromiss in sich trägt, so dass für die Anwendung des Folgerichtigkeitsgebots wenig Raum bleibt. Zugleich werden die Lenkungseffizienz und damit die ökonomische Rechtfertigung in Frage gestellt.

#### IV. Kategorien wirtschaftspolitisch relevanter Normen

Im Folgenden soll zum Zweck der Abschichtung von „reinen“ Fiskalzwecknormen zwischen drei Kategorien wirtschaftspolitisch relevanter Normen unterschieden werden: 1.) klassische Lenkungsnormen, 2.) Normen mit ungezielten wirtschaftspolitisch relevanten Gestaltungswir-

---

<sup>82</sup> BVerfG v. 18.1.2006, 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (116).

<sup>83</sup> Ungleichbehandlungen aufgrund eines derartigen Ausgleichs konkurrierender Zwecke sind von der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit gedeckt, vgl. BVerfG v. 20.4. 2004, 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274, Rz. 57, 75.

kungen und 3.) Normen zur Korrektur unerwünschter Gestaltungswirkungen.

## 1. Zielgerichteter Einsatz des Steuerrechts für wirtschaftspolitische Zwecke

### a) Die klassische Dichotomie von Fiskalzweck- und Lenkungsnormen

Traditionell wird der wirtschaftspolitische Einsatz des Steuerrechts in der Dichotomie von Fiskalzweck- und Lenkungszwecknormen diskutiert, gelegentlich ist auch – weniger trennscharf – von Sozialzwecknormen die Rede.<sup>84</sup> Ungeachtet der Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelnen<sup>85</sup> lässt sich theoretisch zwischen Verhaltenslenkung durch Belastung und Verhaltenslenkung durch Entlastung unterscheiden. Innerhalb dieser beiden Kategorien können entweder ganze Gesetze wirtschaftspolitisch motiviert sein, oder es werden Begünstigungs- bzw. Belastungsnormen in allgemeine Steuergesetze eingebaut.<sup>86</sup>

Begrifflich herrscht in beiden Richtungen große Vielfalt. Entlastungsnormen werden als Steuerausnahmen, Steuervergünstigungen, Verschonungssubventionen,<sup>87</sup> indirekte Subventionen, tax expenditures,<sup>88</sup> (steuerliche) Beihilfen<sup>89</sup> bezeichnet. Wird die Regelbelastung zur Verfolgung wirtschaftspolitischer Ziele verschärft, ist die Rede von Lenkungsteuern, Lenkungsbelastungen, tax disincentives<sup>90</sup> (Abreize), Steuerbenachteiligungen,<sup>91</sup> Sonderbelastungen,<sup>92</sup> steuerlichen Sonderlasten.<sup>93</sup>

84 Siehe oben III.3.

85 Siehe oben zu zweckpluralen Normen III.4.

86 *Jakob* in FS Offerhaus, 1999, S. 65 (68).

87 BVerfG v. 3.12.1997, 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67 (80); ferner *P. Kirchhof*, Gutachten F, 57. DJT (1988), F 78.

88 Zurückzuführen auf *Surrey*, Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures (Harvard University Press, 1973).

89 Art. 107 Abs. 1 AEUV

90 *Surrey/Stanley*, General Report, Cahiers de droit fiscal, Vol. LXIa (1976), 15 (26).

91 *Groß*, Steuervergünstigungen & Steuerbenachteiligungen. Gibt es besondere Regelungen im Gesetzesvollzug?, 1997, S. 77; *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 93.

92 *Vogel*, StuW 1977, 113 (114).

93 *Höfling*, StuW 1992, 247 f.

## b) Typologie

### aa) Verhaltenslenkung durch Belastung

#### (1) Lenkungssteuern

Der lenkende Steuergesetzgeber kann gemäß § 3 Abs. 1, 2. Hs. AO die Einnahmeerzielung so weit zurückdrängen, dass die Steuer als Lenkungssteuer in der Hauptsache an einem außerfiskalischen Ziel ausgerichtet wird.<sup>94</sup> Die im Werkverkehrs-Urteil<sup>95</sup> abgesteckte Schranke des Formenmissbrauchs, die bei erdrosselnder und damit verbotsgleicher Wirkung erreicht sein soll, dürfte kaum jemals aktuell werden.

Voraussetzung für die Annahme einer Lenkungssteuer ist eine bewusste lenkungspolitische Entscheidung des Gesetzgebers.<sup>96</sup> Ursprüngliche Fiskalzwecksteuern können, wie die Beispiele der Mineralöl- und Kfz-Steuer zeigen, einem Bedeutungswandel unterliegen, die sie zu Lenkungssteuern machen.<sup>97</sup> Auch hohe Aufkommen ändern dann nichts an der Einordnung als Lenkungssteuer.

Lenkungssteuern haben in zweifacher Hinsicht besondere wirtschaftspolitische Bedeutung. Zum einen kann der Lenkungszweck selbst ein wirtschaftspolitischer im engeren Sinne sein. So soll sich die von der EU-Kommission vorgeschlagene Finanztransaktionssteuer<sup>98</sup> dämpfend auf Finanztransaktionen auswirken.<sup>99</sup> Zum anderen zwingt das wirtschaftspolitische Ziel der Standortsicherung fast immer zu Mäßigung

94 *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 613.

95 BVerfG v. 22.5.1963, 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147.

96 *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 614.

97 Siehe die Einordnung bei *Englisch* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 18 Rz. 85 f.

98 Siehe den Richtlinienentwurf COM/2013/71 v.14.2.2013 über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer.

99 Vorschlag für eine RICHTLINIE DES RATES über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer vom 14.2.2013, COM(2013) 71 final, S. 2: „Schaffung geeigneter Hemmnisse für Transaktionen, die der Effizienz der Finanzmärkte nicht förderlich sind, womit regulatorische Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Krisen ergänzt werden sollen.“ Das weitere Ziel, den Finanzsektor an den Kosten der Bewältigung der Finanzkrise zu beteiligen, begründet dagegen keinen eigenen Lenkungszweck, weil hierdurch keine Verhaltensänderung bewirkt werden soll.

bei der Ausgestaltung von Lenkungssteuern, die anderweitige Ziele verfolgen. Dies gilt primär für den Sektor der Umweltsteuern,<sup>100</sup> zeigt sich aber auch an den Vorbehalten gegen nationale Alleingänge bei der Finanztransaktionssteuer.<sup>101</sup> Je weniger ortsgebunden das Verhalten ist, an das die Belastung anknüpft, desto größer ist die Gefahr negativer Folgen für den heimischen Standort bei gleichzeitiger Lenkungsineffizienz.

## (2) Lenkungsbelastungen innerhalb allgemeiner Steuergesetze

Einzelnormen mit belastendem Lenkungshauptzweck innerhalb von Fiskalzwecksteuern sind eine eher seltene Erscheinung.<sup>102</sup> In erster Linie kommen Abzugsverbote für bestimmte Betriebsausgaben in Betracht. In diese Kategorie lassen sich die Abzugsverbote des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8, 10, 13 EStG einordnen, die zwar keinen eigenen Strafzweck verfolgen, das Steuerrecht aber im Interesse der Einheit der Rechtsordnung in den Dienst außersteuerlicher Zwecke stellen. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 EStG soll verhindern, dass die Sanktionswirkung von Geldbußen abgeschwächt wird;<sup>103</sup> § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG soll die Korruptionsbekämpfung mit den Mitteln des Steuerrechts effektuieren;<sup>104</sup> § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG intendiert die Verstärkung der Beeinflussung der Geschäftspolitik der Banken durch die Bankenabgabe.<sup>105</sup> Lenkungsnorm mit wirtschaftspolitischem Hauptzweck ist ferner das hälftige Abzugsverbot für Aufsichtsratsvergütungen in § 10 Nr. 4 KStG.<sup>106</sup>

Abzugsverbote, die primär Fiskalzwecken dienen, können wirtschaftspolitische *Nebenzwecke* verfolgen; dies gilt etwa für die Zinsschranke des § 4h EStG, die nicht nur gegen die Abwanderung von Steuersubstrat gerichtet ist, sondern nach den Vorstellungen des Gesetzgebers einen Anreiz zu Eigenkapitalfinanzierung setzen soll.<sup>107</sup> Hier stellt sich die

100 Siehe oben III.4.

101 *Dietlein*, ZRP 2012, 82 ff.

102 *Glaser*, StuW 2012, 168 (170); *Trzaskalik*, Gutachten E, 63. DJT (2000), E 20, 61 f.

103 *Kruschke* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1706.

104 *Kruschke* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1846.

105 Sehr krit. bzgl. der Folgerichtigkeit des Abzugsverbots im Hinblick auf den Lenkungszweck *Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad*, WM 2010, 2193 (2202 f.).

106 *Schwan*, Steuerliche Begrenzungsmöglichkeiten der Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat, 2012, S. 135 ff. mit ausführlicher Kritik.

107 Ziel der Stärkung der Eigenkapitalfinanzierung, vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 31.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Frage nach der Relevanz des Nebenzwecks für die Rechtfertigung. Nach Auffassung des BVerfG kann ein lenkungspolitischer (Neben)zweck zwar zur Rechtfertigung herangezogen werden, aber nur wenn er von „erkennbaren gesetzgeberischen Erwägungen“ getragen ist.<sup>108</sup> Das BVerfG lehnt es von vornherein ab, eine mögliche Rechtfertigung durch außerfiskalische Zwecke auch nur zu prüfen, wenn die Lenkungsabsicht nicht dokumentiert ist. Auf diese Weise wird den Gesetzesmaterialien erhebliche verfassungsrechtliche Relevanz beigemessen, deren dogmatische Grundlage nicht ganz klar ist.<sup>109</sup>

### **(3) Normen zur Verhinderung von Steuergestaltungen als Lenkungsnormen?**

Wenig diskutiert ist die Frage, ob auch Normen, die sich gegen Steuergestaltungen richten, als Lenkungsnormen einzuordnen sind,<sup>110</sup> was sich zentral auf Auslegung und Überprüfung auswirken würde. Auch sie knüpfen an bestimmte Verhalten an. So ließe sich das Außensteuergesetz als Lenkungsteuergesetz einordnen, weil es darauf angelegt ist, steuerlich motivierte Abwanderungen und Gewinnverlagerungen zu verhindern. Der Unterschied zu wirtschaftspolitisch motivierten Lenkungsteuern ist jedoch zum einen, dass die Verhaltenslenkung hier das steuerliche Binnensystem betrifft. Zum andern ist die Verhaltenslenkung nur Mittel zum Zweck der Erreichung des Finanzierungsziels. Diese Differenzierung ist insofern relevant, als damit deutlich wird, dass die Rechtsfolge der speziellen Missbrauchsvermeidungsnorm nicht über das hinausgehen darf, was ohne die Gestaltung an Steuer geschuldet gewesen wäre. So soll beispielsweise das Außensteuergesetz nur die Besteuerung herstellen, die ohne Grenzüberschreitung entstanden wäre, nicht aber durch zusätzliche Sanktionierung anderweitige Standortvorteile, die sich durch Ansiedelung im Ausland ergeben, nehmen. Dass

---

108 BVerfG v. 9.12.2008, 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (238); BVerfG v. 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (147); noch weitgehender das Erfordernis einer „tatbestandlichen Vorzeichnung“ des Lenkungszieles in BVerfG v. 11.11.1998, 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280 (296) und in BVerfG v. 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (148); kritisch *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 252 ff.

109 Hierzu *Waldhoff*, Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in *Fleischer*, *Mysterium Gesetzesmaterialien*, 2013, S. 77 ff.

110 In diese Richtung *Osterloh*, DStJG 24 (2001), S. 383 (394); hierzu allerdings ohne klares Ergebnis ferner *Glaser*, *StuW* 2012, 168 (170).

speziellen Missbrauchsnormen zumeist in erheblichem Maße Gestaltungswirkungen entfalten,<sup>111</sup> macht sie nicht zu Lenkungsnormen.

## **bb) Verhaltenslenkung durch Entlastung**

### **(1) Steuersubventionsgesetze**

Im Bereich der wirtschaftspolitischen Lenkung durch Entlastung ist das spezielle Steuersubventionsgesetz gegenüber der Einbettung in den Steuertatbestand von Fiskalzwecksteuern die Ausnahme. Zu nennen sind in erster Linie die Zulagengesetze, insb. das Investitionszulagengesetz 2010<sup>112</sup> oder die frühere Eigenheimzulage,<sup>113</sup> die dem Umstand Rechnung getragen haben, dass Bemessungsgrundlagenabzüge zu lenkungszweckwidrigen Widersprüchen mit dem Bedürfnisprinzip führen. Zulagen entkoppeln die Förderung vom Steuersatz und wirken damit der Reduktion der Anreizwirkung bei sinkenden Steuersätzen entgegen. Spezielles Steuersubventionsgesetz ist auch das REIT-Gesetz.<sup>114</sup>

### **(2) Steuervergünstigungen**

Sehr viel häufiger sind einzelne Vergünstigungsnormen innerhalb der allgemeinen Steuergesetze.<sup>115</sup> In ihrer Ausgestaltung sind sie überaus vielfältig: Sie reichen von persönlichen Steuerbefreiungen im Körperschaftsteuerrecht (§ 5 KStG) über Kataloge sachlicher Steuerbefreiungen wie in § 3 EStG oder § 4 UStG, Abschreibungs- und Bewertungsfreiheiten, den Aufschub von Gewinnrealisierungen, bis hin zu Steuertarif- oder Steuerschuldermäßigungen.

## **c) Notwendigkeit und Schwierigkeiten der Abgrenzung**

### **aa) Praktische Bedeutung der Abgrenzung**

Da Steuervergünstigungen an jeder Stelle des Steuertatbestandes ansetzen können, bereitet ihre Identifikation Schwierigkeiten.<sup>116</sup> Gleichzei-

111 Siehe hierzu unten IV.2.

112 BGBl. I 2008, 2350.

113 BGBl. I 1997, 734.

114 BGBl. I 2007, 914.

115 *Glaser*, *StuW* 2012, 168 (169).

116 Hierzu grundlegend *Lang*, *Systematisierung der Steuervergünstigungen*. Ein Beitrag zur Lehre vom Steuertatbestand, 1974, S. 64 und passim.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

tig ist die Abgrenzung gegenüber Fiskalzwecknormen für Rechtfertigung und Rechtsanwendung im Hinblick auf die unterschiedliche Teleologie der Normgruppen von erheblicher Bedeutung.<sup>117</sup>

Von noch größerer Bedeutung ist die Abgrenzung im Hinblick auf das unionsrechtliche Beihilfeverbot,<sup>118</sup> weil die richtige Einordnung hier zur Wirksamkeitsvoraussetzung wird. So viel Freiheit das Verfassungsrecht dem Gesetzgeber im Bereich der Verschonungssubventionen lässt, so strikt sind die Begrenzungen des Beihilferechts. Dabei wird europarechtlich bisher grundsätzlich nicht zwischen direkten und indirekten Subventionen unterschieden, obwohl zunehmend zweifelhaft ist, ob eine 1:1 Anwendung des für direkte Subventionen entwickelten Instrumentariums auf Steuervergünstigungen den sehr wohl bestehenden Unterschieden zwischen beiden Subventionsformen wirklich gerecht wird.<sup>119</sup> So erscheinen die Rechtsfolgen – Versagung jedweden Vertrauensschutzes, zehnjähriger Rückabwicklungszeitraum – vor dem Hintergrund der erheblichen Wertungsspielräume bei der Einordnung steuerlicher Normen als Beihilfen nicht angemessen.

#### **bb) Der Eichstrich der „Regelbelastung“ im Rahmen der Identifikation von EU-Beihilfen**

Von den zahlreichen Abgrenzungsversuchen wie etwa *Klaus Vogels* Normabschichtungslehre<sup>120</sup> soll hier nur der im EU-Beihilferecht prak-

---

117 Hierzu und zu weiteren Gründen der Einordnung, s. *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 72; ferner *Hüttemann*, IStR 2010, 118 (123); *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. I, 2. Aufl. 2000, S. 85; *Vogel*, DStZ/A 1977, 5 (11).

118 Hierzu im Einzelnen *Sutter*, DStJG 39 (2016) S. 169 ff. (in diesem Band).

119 *Hey*, StuW 2015, 331 (336 f.); *Linn* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Aufl. 2013, Rz. 617 ff.; *Englisch* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 4 Rz. 120; *Soltész/Hellstern*, EuZW 2013, 489 (490 ff.).

120 *Klaus Vogels* Versuch der Abschichtung von Lastenausteilungs- und Lenkungsnormen kann nicht überzeugen (ebenso *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 88 f.), und zwar nicht nur weil sie zu kompliziert ist, sondern weil *Vogel* von den Wirkungen auf den Zweck rückschließt. Dies führt zu einem dazu, dass dem Gesetzgeber Zwecke unterstellt werden, die dieser nicht verfolgt hat, was zumindest mit dem klassischen Verständnis des Begriffs Gesetzeszweck nicht vereinbar ist.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

tizierte Ansatz der Ermittlung der Regelbelastung herausgegriffen werden, der bei der Feststellung der Selektivität einer Maßnahme zentrale Bedeutung zukommt. Die Regelbesteuerung hat im Zweifel nur allgemeine standortpolitische Bedeutung und ist beihilferechtlich neutral. Zu Wettbewerbsverzerrungen kann es jedoch kommen, wenn zugunsten der Verfolgung sektoraler, regionaler oder größenklassenspezifischer wirtschaftspolitischer Ziele Ausnahmen von der Regelbesteuerung vorgesehen werden. Die Regelbesteuerung wird anhand der jeweiligen steu-erartsspezifischen Prinzipien als eine Art Normal-Null-Niveau ermittelt, gegenüber dem – im Fall der Steuervergünstigung – die Besteuerung vorteilhaft ausfällt. Dieselbe Technik lässt sich grds. auch zur Identifikation von gegenüber der Regelbesteuerung abweichenden Lenkungsbelastungen einsetzen.

Allerdings erfasst das Beihilferecht nur eine Teilmenge wirtschaftspolitisch relevanter Fördertatbestände. Der Beihilfebegriff ist einerseits enger, andererseits weiter als der der Steuervergünstigung.<sup>121</sup> Das der Herstellung und Sicherung von Wettbewerbsneutralität verpflichtete Beihilferecht ist nur auf spezifische Wettbewerbsverzerrungen durch Begünstigung bestimmter Unternehmen anzuwenden. Allgemeine standortpolitische Maßnahmen, die nicht selektiv wirken, also (theoretisch) allen Unternehmen offen stehen, sind dagegen beihilferechtlich neutral, mag es sich auch um Steuervergünstigungen handeln. Ein Beispiel sind die sog. Patent Boxes, Tarifiermäßigungen für Lizenzeinkünfte, die klar als Steuervergünstigungen einzuordnen sind, angeblich aber keine Beihilfen darstellen, wobei letzteres allerdings auch europarechtlich nicht überzeugt.<sup>122</sup>

### cc) Relevanz der gesetzgeberischen Intention

Andererseits kommt es unionsrechtlich nicht darauf an, ob mit der Vergünstigung ein Lenkungszweck verfolgt wird. Der gesetzgeberischen In-

---

Zum anderen verkennt die Umdeutung nicht zweckgerecht ausgestalteter Lenkungsnormen in Lastenausteilungsnormen die Notwendigkeit verfassungsrechtlicher Rechtfertigung staatlicher Verhaltensbeeinflussung gerade als Ausnahme von der Lastenausteilungsentscheidung. Zum Problem der Abschichtung auch *F. Kirchhof*, DVBl. 2000, 1166 (1167).

121 Hierzu ausführlich *Hey*, *StuW* 2015, 331 ff.

122 Siehe *Hey*, *StuW* 2015, 331 (340 f.).

## Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

tention kommt nach Auffassung des EuGH weder Klassifikations- noch Rechtfertigungswirkung zu.<sup>123</sup>

Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung und ebenso für die ökonomische Wirkungsanalyse ist dagegen sehr wohl relevant, ob es sich um eine zielgerichtete Maßnahme handelt. Lenkungsnormen sind nach zutreffender Auffassung von *Rainer Wernsmann* nur jene Normen, die eine Verhaltensbeeinflussung bezwecken.<sup>124</sup> Die gesetzgeberische Intention allein kann die Klassifikation allerdings nicht ändern; wenn eine Norm zwingender Ausdruck einer Steuerwürdigkeitsentscheidung ist, bleibt es bei der Einordnung als Fiskalzwecknorm.<sup>125</sup> Diese Dominanz des Fiskalzwecks kommt auch darin zum Ausdruck, dass für die Frage, ob eine Steuer der Einnahmeerzielung dient, allein die objektive (tatsächliche) Ertragsrelevanz entscheidet, es also nicht darauf ankommt, ob der Gesetzgeber die Erzielung von Einnahmen bezweckt.<sup>126</sup> Umgekehrt ist ein möglicher Lenkungszweck, der aber vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich und gezielt verfolgt wird, schon deshalb in der Regel irrelevant,<sup>127</sup> weil es eher unwahrscheinlich ist, dass die Norm so ausgestaltet ist, dass sie den Lenkungszweck zufällig erreicht.

123 EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-159/01, *Niederlande ./. Kommission*, Rz. 51; EuGH v. 17.6.1999, Rs. C-75/97, *Belgien ./. Kommission*, Rz. 25; EuGH v. 29.2.1996, Rs. C-56/93, *Belgien ./. Kommission*, Rz. 79; EuGH v. 2.7.1974, Rs. 173/73, *Italien ./. Kommission*, Rz. 26, 28.

124 *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 67 f.; ebenso *Glaser*, *StuW* 2012, 168; zu Recht krit. hinsichtlich der Möglichkeiten, die Intention zu ermitteln *F. Kirchhof*, *DVBl.* 2000, 1167.

125 *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 87 ff., 91; *Hey* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, *EStG/KStG*, Einf. ESt, Anm. 65; ebenso *Rodi*, *JZ* 2000, 827 (829); objektive Betrachtung anhand eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses auch bei *P. Kirchhof* in *FS Selmer*, 2004, S. 745 (750 ff.). Insofern gibt es wiederum gewisse Parallelen zum Beihilferecht, wo ebenfalls nach Feststellung einer Abweichung von der sog. Regelbelastung des Referenzsystems noch die Möglichkeit besteht, dass eine entlastende Maßnahme „durch die Natur und den inneren Aufbau des Steuersystems“ (*StRspr.* EuGH v. 2.7.1974, Rs. C-173/73, *Italien ./. Kommission*, Rz. 33; EuGH v. 8.11.2001, Rs. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Rz. 42; EuGH v. 6.9.2006, Rs. C-88/03, *Portugal ./. Kommission*, Rz. 80; EuGH v. 15.11.2011, C-106/09 P, *Kommission ./. Gibraltar*, Rz. 146 ff.) gerechtfertigt werden kann und damit der Einordnung als Beihilfe entgeht, wobei der nationale Gesetzgeber hierfür die Beweislast trägt.

126 BVerfG v. 19.8.1994, 8 N 1/93, *BayVBl.* 1995, 23 (25).

127 S. auch schon oben zur Bedeutung der gesetzgeberischen Intention in der *Rspr.* des BVerfG III.4.

**d) Rechtfertigung des gezielten Einsatzes des Steuerrechts zur Verfolgung wirtschaftspolitischer Zwecke****aa) Steuerliche versus nichtsteuerliche Lenkung**

Lässt sich der Einsatz des Steuerrechts für außerfiskalische Zwecke rechtfertigen oder handelt es sich um eine Perversion – diese Frage erregt seit jeher<sup>128</sup> die Gemüter. Wenn es um die Berechtigung zielgerichteter Maßnahmen steuerlicher Wirtschaftspolitik geht, ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob der Staat überhaupt incentivierend oder regulierend tätig werden soll und ob das Steuerrecht hierzu die richtigen Instrumente liefert.

Die staatliche Intervention als solche wird gemeinhin zur Korrektur von Wettbewerbs- und Marktversagen gerechtfertigt.<sup>129</sup> Als Vorzug steuerrechtlicher Instrumente gegenüber ordnungsrechtlichen Ge- und Verboten wird in Bezug auf Lenkungsbelastungen die Ausweichbarkeit<sup>130</sup> des Verhaltensbefehls und die hierdurch begründete geringere Eingriffsintensität genannt.<sup>131</sup> Im Umweltbereich können mittels Steuern externe Effekte internalisiert werden, bei freilich rein politischer Preisset-

128 Es handelt sich um eine der „klassischen“ Streitfragen des Steuerrechts s. etwa *Schmidt*, Nichtfiskalische Zwecke der Besteuerung, 1926.

129 Siehe z.B. *Basedow* in FS Immenga, 2004, S. 3 (48 ff.): 1. Externe Effekte, 2. Natürliche Monopole, 3. Ruinöser Wettbewerb, 4. Asymmetrische Information und Motivation der Marktteilnehmer, 5. Opportunistisches Verhalten der Marktteilnehmer bei langfristigen Verträgen, denen meist Informationsasymmetrien über die Risikoentwicklung zugrunde liegen. Bezüglich letzterem stellt sich die Frage, wie das steuerliche Verbot von Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften in § 5 Abs. 4a EStG wirkt. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation staatlicher Eingriffe in das Marktgeschehen s. *Schmidt*, HStR IV, 3. Aufl., 2003, Rz. 27 ff.

130 *F. Kirchhof*, DVBl. 2000, 1166 (1168 f.); *Hendler/Heimlich*, ZRP 2000, 325 (326). Hierin wird zugleich auch ein Nachteil gesehen, weil die Intensität des Verhaltensbefehls nach wirtschaftlicher Stellung des Zensiten variiert, zu Recht *G. Kirchhof* in *G. Kirchhof/Korte/Magen*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 13 Rz. 6.

131 *Sacksofsky*, NJW 2000, 2619 (2624); *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657 (3660); der 63. Deutsche Juristentag hat beschlossen, dass Lenkungsabgaben stets ungerechtfertigt sind, wenn der Adressat auf den gesetzten Anreiz nicht reagieren kann und dass Lenkungsabgaben gegenüber ordnungsrechtlichen Maßnahmen jedenfalls dort vorzugswürdig sind, wo sie das Ziel wirksamer oder kostengünstiger erreichen (Verhandlungen des 63. DJT, 2000, Bd. II/1, N 76 f.).

## Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

zung.<sup>132</sup> Für den Einsatz von Lenkungsbelastungen und Steuervergünstigungen wird ferner ins Feld geführt, dass sie aufgrund der Integration in das Besteuerungsverfahren leichter administrierbar seien.<sup>133</sup> Dies liege auch daran, dass die Gewährung von Steuervergünstigungen anders als direkte Subventionen nicht ermessensabhängig ist.<sup>134</sup> Freilich geht damit auch einher, dass die Förderung schlecht dosierbar ist. Ob etwaige administrative Vorteile die Nachteile von Steuervergünstigungen, insbesondere ihre geringere Zielgenauigkeit überwiegen, kann aus meiner Sicht nur im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden.

Von zentraler Bedeutung ist die Abstimmung einzelner Instrumente, da sich der Gesetzgeber selten auf eine Handlungsform beschränkt. Das fängt an beim Nebeneinander verschiedener steuerlicher Maßnahmen, geht über das Zusammenspiel steuerlicher und nicht steuerlicher Abgaben mit der Formenvielfalt von Sonderabgaben,<sup>135</sup> Abschöpfungen, Zertifikaten<sup>136</sup> und Umlagen<sup>137</sup> bis hin zu Verwerfungen im Verhältnis zu ordnungsrechtlichen Instrumenten.<sup>138</sup> Die Gefahr gegenläufiger Maßnahmen, ob gezielt oder ungezielt, ist groß. Dieses Risiko vergrößert sich noch bei auseinanderfallenden Kompetenzen. Nur ein Beispiel: Wenn seitens des Bundesgesetzgebers die Hotelbranche mittels eines ermäßigten Umsatzsteuersatzes für Beherbergungsdienstleistungen gefördert werden soll, ist die Vorteilsabschöpfung – ungeachtet dessen, ob die Steuervergünstigung überhaupt erforderlich ist – durch vom Übernachtungspreis erhobene kommunale Kultur- und Tourismusförderabgaben kontraproduktiv.<sup>139</sup>

132 Hey, *StuW* 1998, 31 (33).

133 Bach, *StuW* 1995, 264 und 269 f.; Weber-Grellet, *NJW* 2001, 3657 (3660). Allerdings um den Preis der Komplizierung des Steuerrechts, s. Friauf, *DStJG* 21 (1998), S. 85 ff.

134 Jakob in FS Offerhaus, 1999, S. 65 (68).

135 Z.B. Bankenabgabe im Verhältnis zu Finanztransaktionsteuer, s. dazu Martini, *NJW* 2010, 2019 (2023); Dahm/Hamacher, *IStR* 2013, 123 (132).

136 Insbesondere Emissionszertifikate, hierzu Becker, *EuR* 2004, 857.

137 EEG-Umlage nach §§ 56 ff. EEG 2014.

138 Bis hin zur Verfassungswidrigkeit widersprüchlicher Verhaltenssteuerung, s. BVerfG v. 7.5.1998, 2 BvR 1991/95, BVerfGE 98, 106 (125 ff.).

139 Nach Auffassung des BVerwG v. 11.7.2012, 9 CN 1/11, BVerwGE 143, 301 (313 f.) jedoch nicht mit der Konsequenz des Verstoßes gegen den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Dies mag in Bezug auf die extrem geringe Höhe der konkret überprüften Abgabe von 1 Euro pro Übernachtung vertretbar gewesen sein, ist aber bei höheren Steuersätzen, die das Delta zwischen regulärem und ermäßigtem Umsatzsteuersatz spürbar beeinflussen,

**bb) Das Problem zweckgerechter Ausgestaltung im Hinblick auf Ziele und Wirkungen**

Die Durchwirkung des Steuerrechts mit Lenkungsnormen gehört zu den hinzunehmenden politischen Realitäten; umso wichtiger ist es jedoch, den lenkenden Gesetzgeber mit den Mitteln des Rechts zu einer sachgerechten Ausgestaltung zu zwingen,<sup>140</sup> weil nur dann die angestrebten außersteuerlichen Ziele erreicht werden können, was wiederum Voraussetzung für die Rechtfertigung von Sonderentlastungen und Sonderbelastungen ist.

Bereits angesprochen ist die Schwerfälligkeit steuerlicher Maßnahmen zum Zwecke der Konjunktursteuerung.<sup>141</sup> Steuerliche Verhaltensanreize brauchen in der Regel Zeit, bis sie greifen, lösen oft kontraindizierte Ankündigungseffekte aus und haben einen sehr langen Nachlauf, weil sie sich, unter anderem wegen vertrauensschutzrechtlicher Bindungen des Gesetzgebers, nicht einfach wieder abschaffen lassen.

Auch im Bereich klassischer Verschonungssubventionen stellen sich viele Ausgestaltungsfragen, die nach wie vor ungeklärt sind: Fragen nach der Verhinderung von Mitnahmeeffekten<sup>142</sup> und Effizienz,<sup>143</sup> nach Begrenzungs- und Kürzungsmöglichkeiten durch Befristungen (sunset, phasing out, Vertrauensschutz)<sup>144</sup> oder nach institutionalisierten Wirksamkeitskontrollen.<sup>145</sup> Auch die Frage, wo die Instrumente anzusiedeln

---

anders zu beurteilen. Dies verkennt BFH v. 15.7.2015, II R 31/14, BFH/NV 2015, 1697 (1705 f.) zur Hamburgischen Kultur- und Tourismustaxe in Höhe von 2 % des Übernachtungspreises; wie hier *Betzinger/Müller*, DVBl. 2012, 769 (770); *Ody*, NVwZ 2012, 1412 (1413); a.A. *Waldhoff*, JZ 2013, 49 (52); vgl. zur unzulässigen Gleichartigkeit von Kulturförderabgabe und Umsatzsteuer *Wegner*, BayVBl 2011, 261 (264 f.).

140 *Schön*, Beihefter zu DStR 2008, Heft 17, 10 (18).

141 *Schöberle* in FS Klein, 1994, S. 255 (263).

142 *F. Kirchhof*, DVBl. 2000, 1166 (1171).

143 *Schizer*, Tax Law Review, Bd. 68 (2015), 275; *Surrey*, StuW 1981, 359 (367 f.); ferner *Hey* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 19 Rz. 4; *Hey*, StuW 1998, 32 (45); *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 137 f.; *Jakob* in FS Offerhaus, 1999, S. 65 (78 f.); *Löhr*, ifst-Schrift Nr. 459 (2009), S. 7 f.

144 *Hey* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 19 Rz. 84; *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 131.

145 *Hey*, StuW 1998, 298 (304); *Wernsmann* schlägt vor, dem Bundesrechnungshof ein begrenztes Antragsrecht im abstrakten Normenkontrollverfahren zuzugestehen (*Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 128 ff., 130).

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

sind, bleibt diskussionswürdig. Zwar besteht eine gewisse Einigkeit bezüglich der Sachwidrigkeit progressiver Bemessungsgrundlageneffekte,<sup>146</sup> allerdings hängt dies im konkreten Einzelfall davon ab, ob das Bedürfnisprinzip oder die Anreizwirkung im Vordergrund steht. In letzterem Fall kann die höhere Wirkung bei höheren Steuersätzen und damit größerem Investitionspotential durchaus gewünscht sein.<sup>147</sup>

Die steuerliche Maßnahme wird nur dann in der Lage sein, das jeweilige Lenkungsziel zu erreichen, wenn die normative Ausgestaltung wirkungsorientiert erfolgt. Dabei erfordert der Umstand, dass es sich um mittelbare Verhaltenssteuerung handelt, eine deutlich komplexere Wirksamkeitsanalyse als bei direkten Verhaltensregeln. Die Gefahr der Überzeichnung der Wirksamkeit und zielgerichteten Beeinflussbarkeit des Wirtschaftsprozesses durch Steuern schlägt sich in gesetzgeberischen Fehlentscheidungen über die Ausgestaltung ebenso nieder wie in der Gefahr der Fehlleitung der Steuerpflichtigen. Hier stellt sich die Frage nach einem „staatlichen Verbraucherschutz“ insofern, als steuerliche Effekte häufig vom Verbraucher nicht richtig eingeschätzt bzw. überbewertet werden. Müsste der Staat diesbezüglich nicht warnen, zumal es zur Vermarktungsstrategie der Anbieter steuerlich induzierter Produkte gehört, deren steuerliche Vorteilhaftigkeit in den Vordergrund zu stellen?<sup>148</sup>

Oftmals fehlt es dem Gesetzgeber jedoch an genauen Vorstellungen der Wirkung seiner Lenkungsinstrumente. Die Kooperation mit den empirischen Steuerwissenschaften kann helfen, die Wirkzusammenhänge besser zu verstehen. Jedoch hat das gegenwärtige Loblied auf Interdisziplinarität noch nicht dazu geführt, dass diese Erkenntnisse in die rechtliche Ausgestaltung und Überprüfung von Steuernormen richtig integriert wären. Mit dem weiten Gestaltungsspielraum, vor allem aber der nicht überprüfbaren Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers entzieht das Bundesverfassungsgericht – aktuelles Beispiel ist das Erbschaftsteuerurteil von 2014<sup>149</sup> – Fragen der Erforderlichkeit und Len-

---

146 *Jakob* in FS Offerhaus, 1999, S. 65 (78).

147 *Jakob* in FS Offerhaus, 1999, S. 65 (78).

148 Geradezu in die entgegengesetzte Richtung wirkt § 15b EStG, der die durch die zivilrechtliche Produkthaftung erzwungene Aufklärung konterkariert, indem sich diese schädlich auf die Nutzung steuerlicher Vorteile auswirkt.

149 BVerfG v. 17.12.2014, 1 BvL 21/12, BStBl. II 2015, 50.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

kungseffizienz der verfassungsrechtlichen Kontrolle nahezu vollständig.<sup>150</sup> Zugleich nimmt es eine erhebliche Diskrepanz zu der Feststellung in Kauf, dass es für die verfassungsrechtliche Würdigung steuerlicher Normen auf den *tatsächlichen* Belastungserfolg ankommen soll.<sup>151</sup> Für Steuervergünstigungen wäre analog zu folgern, dass der tatsächliche Begünstigungserfolg maßgebend ist. Zwingend müssten dann die tatsächlichen Voraussetzungen ebenso wie die tatsächlichen Folgen in die gerichtliche Überprüfung einfließen.

## 2. Ungezielte wirtschaftspolitisch relevante Gestaltungswirkungen

### a) Erscheinungsform steuerlicher Wirtschaftspolitik?

Unterhalb der gezielten Lenkung begründen primär oder ausschließlich steuerpolitisch motivierte Normen eine große Bandbreite unterschiedlichster wirtschaftspolitisch relevanter Auswirkungen.<sup>152</sup> Manche werden billigend in Kauf genommen, manche sind unerwartet, manche unerwünscht.

Ob man sie als Erscheinungsformen der Wirtschaftspolitik bezeichnen kann, hängt vom zugrunde gelegten Politikverständnis ab. Versteht man Politik als aktive Gestaltung, Steuerung und das bewusste Einwirken auf gesellschaftliche Prozesse,<sup>153</sup> dann handelt es sich bei den ungerichteten Gestaltungswirkungen eher um die *Abwesenheit* von Wirtschaftspolitik. Wirtschaftspolitik kann sich hier gegenüber Steuerpolitik und kurzfristigen staatlichen Einnahmezielen nicht durchsetzen oder wird vernachlässigt, weil die Gestaltungswirkungen gar nicht erkannt werden.

---

150 Gleichwohl bleibt der Gesetzgeber zur zukünftigen Überprüfung seiner Prognosen verpflichtet: BVerfG v. 1.3.1979, 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (335); BVerfG v. 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (130); BVerfG v. 18.12.1968, 1 BvL 5/64 u.a., BVerfGE 25, 1 (12 f.).

151 BVerfG v. 17.12.2014, 1 BvL 21/12, BStBl. II 2015, 50 (69 f.).

152 Engel in Engel/Morlok, Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 173: „Nebenwirkungen wirtschaftsrechtlicher Instrumente“.

153 So die wohl herrschende Auffassung in der Politikwissenschaft, s. Lauth/Wagner, Politikwissenschaft: Eine Einführung, 6. Aufl. 2009, S. 25; Bernauer/Jahn/Kuhn/Walter, Einführung in die Politikwissenschaft, 2. Aufl. 2013, S. 24 ff.; Schimmelfennig, Internationale Politik, 2. Aufl. 2010, S. 19 ff.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Trotzdem dürfen die ungezielten Wirkungen auch verfassungsrechtlich nicht unter den Tisch fallen. Dies geschieht dann nicht, wenn das BVerfG für die Rechtfertigung des steuerlichen Eingriffs konsequent auf den tatsächlichen Belastungserfolg abstellt,<sup>154</sup> also auf die tatsächlichen Belastungswirkungen und nicht die intendierten.<sup>155</sup> Dann werden vom Gesetzgeber nicht bedachte, zweckwidrige Gestaltungswirkungen zutreffend als Verletzung des Gebots der Folgerichtigkeit erkannt.

### **b) Einfluss auf die Gestaltung wirtschaftlicher Prozesse**

Auch reine Fiskalzwecknormen haben immense Bedeutung für die Ausgestaltung wirtschaftlicher Prozesse. Ganze Branchen bauen auf steuerlichen Regelungen auf, wie z.B. die Filmindustrie<sup>156</sup> oder die Leasingbranche,<sup>157</sup> obwohl weder § 5 Abs. 2 EStG noch § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO als Lenkungsnormen einzustufen sind. Die 35 Euro-Abzugsgrenze für Geschenke des § 4 Abs. 5 Nr. 1 EStG verfolgt keine wirtschaftspolitische Intention, sondern soll typisierend Privataufwendungen von betrieblichem Aufwand abgrenzen. Gleichzeitig steuert die Norm aber Produktpalette und Preisbildung der Werbemittelindustrie. Die Gestaltungswirkungen der Erbschaftsteuer auf die deutsche Unternehmenslandschaft werden – berechtigt oder unberechtigt – so gefürchtet, dass die Erbschaftsteuer für Unternehmen quasi ausgesetzt wird. Die Beispiele ließen sich unendlich erweitern. Das allerdings ist auch genau die Schwierigkeit. Wie lassen sich Normen, deren Gestaltungswirkungen wirtschaftspolitisch so relevant sind, dass sie besonderer Beobachtung, möglicherweise auch Gegensteuerung bedürfen, vom restlichen Normbestand abschichten?

### **c) Vorhersehbarkeit als Voraussetzung der Zurechnung von Gestaltungswirkungen**

*Dieter Birk* hat in seiner Habilitationsschrift für die Zurechnung der Gestaltungswirkungen und die Begründung einer gesetzgeberischen Ver-

---

154 Siehe auch schon oben IV.1.d.aa).

155 BVerfG v. 9.3.2004, 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 (1. Leitsatz); BVerfG v. 17.2.2010, 1 BvR 2664/09, HFR 2010, 651 (652).

156 § 5 Abs. 2 EStG i.V.m. dem sog. Medienerlass, BStBl. I 2001, 175.

157 § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO i.V.m. den sog. Leasingerlassen, vgl. BMF v. 19.4.1971, BB 1971, 506; BMF v. 21.3.1972, BB 1972, 433; BMF v. 22.12.1975, BB 1976, 72; BMF v. 23.12.1991, BStBl. I 1992, 13.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

antwortung auf ihre Vorhersehbarkeit abgestellt.<sup>158</sup> Aus der von ihm eingenommenen verfassungsrechtlichen Perspektive ging es um die Reichweite von Grundrechtseingriffen und deren Abgrenzung gegenüber bloß zufälligen Beeinträchtigungen. Es überzeugt, dem Gesetzgeber als Kehrseite seines verfassungsgerichtlich anerkannten Prognosespielraums bezüglich der Wirksamkeit zielgerichteter Maßnahmen, diejenigen ungezielt auftretenden Gestaltungswirkungen zuzurechnen, mit deren Auftreten er rechnen musste.<sup>159</sup>

Nicht klar ist indes, wann der Gesetzgeber mit derartigen Gestaltungswirkungen rechnen muss. Hängt die Zurechnung davon ab, welche Nebenwirkungen mit den Instrumenten der ökonomischen Steuerwirkungsforschung<sup>160</sup> sichtbar gemacht werden können? Muss der Gesetzgeber im Vorhinein die möglichen Effekte seiner Gesetzgebung überhaupt evaluieren? Die steuerökonomische Steuerwirkungs- und Verhaltensforschung macht zwar große Fortschritte in Vorhersage und Quantifizierung,<sup>161</sup> dennoch ist es nicht einfach, wirtschaftspolitisch relevante Verhaltensanpassungen verlässlich vorherzusagen. Dies liegt zum einen an der begrenzten Verfügbarkeit der erforderlichen Daten.<sup>162</sup> Außerdem fehlt im Gesetzgebungsprozess häufig die Zeit für eine genaue Modellierung. Deshalb braucht es ein gröberes Raster, um Normen mit erwartbaren Gestaltungswirkungen identifizieren zu können.

Vorhersehbar sind vor allem die Gestaltungswirkungen von Normen, die wirtschaftlich gleiche Sachverhalte ungleich und wirtschaftlich ungleiche Sachverhalte gleich behandeln und damit verzerrend wirken. In diese Kategorie gehören neben Verlustverrechnungsverböten Abzugsverböte für Betriebsausgaben sowie jede Art von Freigrenzen, die zwei nahezu identische Sachverhalte scharf voneinander trennen.<sup>163</sup> Sperrfris-

---

158 *Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, S. 198 f.

159 S. auch BVerfG v. 16.3.2004, 1 BvR 1778/01, BVerfGE 110, 141 (166): Aus Prognosespielraum folgt Beobachtungspflicht.

160 *Kerber* in Engel/Morlok, Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 207 (215 f.).

161 S. z.B. *Wiss. Beirat beim BMWi*, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik, 2013.

162 *Wiss. Beirat beim BMWi*, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik, 2013, S. 20 f., 24.

163 Zur verhaltenssteuernden Wirkung der GwG-Grenze s. *Brähler/Scholz*, *StuW* 2016, 49.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

ten- und Haltefristen, wie sie in den erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungsregeln eingesetzt werden, sowie Stichtagsregeln sind in hohem Maße verhaltensbeeinflussend. Auch Vorschriften, die Einfluss auf den Zeitpunkt der Besteuerung haben, wirken aufgrund der durch sie ermöglichten Steuerbarwertminimierung wirtschaftsgestaltend.<sup>164</sup>

Zu Gestaltungswirkungen kommt es zudem naturgemäß an den Außengrenzen eines Steuerstandortes, weil gleiche wirtschaftliche Sachverhalte jenseits und diesseits der Grenze unterschiedlichen steuerlichen Rahmenbedingungen begegnen. Kapitalimport- oder Kapitaleignerneutralität sind nicht Lastenausteilungskonzepte, sondern sollen den Einfluss der Besteuerung auf grenzüberschreitende Investitionen zurückdrängen.<sup>165</sup> Die Ausrichtung der DBA-Politik spiegelt wider, ob es sich um einen kapitalimportierenden oder kapitalexportierenden Staat handelt. Regelungen, die darauf gerichtet sind, Gewinnverlagerungen zu verhindern, entfalten meist ebenfalls erwartbare Gestaltungswirkungen. Die Grenze der Niedrigbesteuerung des Außensteuerrechts fraktioniert das Ausland in zwei Zonen. Eine Regelung wie § 1 Abs. 3 AStG gegen Funktionsverlagerungen birgt die Gefahr, dass Forschung und Entwicklung unmittelbar im Ausland angesiedelt werden.

Wirtschaftspolitisch eher hinnehmbar mag es sein, wenn bei gleichbleibendem wirtschaftlichem Sachverhalt nur die rechtliche Gestaltung verändert wird, auch wenn damit unproduktive Rechtsgestaltungskosten einhergehen. Indes haben auch bloße Rechtsgestaltungen vielfach tiefgreifende Auswirkungen auf die Wirtschaftsstruktur. So ist steuerlich induzierte Rechtsformgestaltung etwa im Hinblick auf den unterschiedlichen Zugang zum Kapitalmarkt eben mit weitergehenden Folgen verbunden.

#### **d) Beobachtungspflichten**

Lassen sich Normen identifizieren, die vermutlich zu Verhaltensänderungen der betroffenen Unternehmen führen, sollte hieraus, wenn die Gestaltungswirkung schon nicht vermieden wird, zumindest eine besondere Beobachtung der entsprechenden Normen abgeleitet werden. Eine solche folgt auch als verfassungsrechtlicher Handlungsauftrag aus

---

<sup>164</sup> Rödder, Gestaltungssuche im Ertragsteuerrecht, 1991, S. 365 ff.

<sup>165</sup> Im Einzelnen Lehner in Vogel/Lehner, DBA, 5. Aufl. 2008, Grundlagen Rz. 24; Gandenberger, DStJG 8 (1985), S. 33 ff.

dem Prognosespielraum des Gesetzgebers.<sup>166</sup> Erforderlich ist eine Institutionalisierung im Sinne eines systematischen Gesetzgebungscontrollings statt einzelner Evaluationsaufträge, die wie im Fall der Zinsschranke<sup>167</sup> häufig gar nicht abgearbeitet werden.

### 3. Gezielte Maßnahmen zur Ausschaltung unerwünschter Gestaltungswirkungen

Eine dritte, eigene Kategorie stellen solche Regelungen dar, mittels derer der Gesetzgeber unerwünschte Gestaltungswirkungen von Normen, die primär der Erzielung steuerlicher Mehreinnahmen dienen, für bestimmte Branchen oder Unternehmen, denen diese nicht zumutbar sind, zurücknimmt. Beispiele sind die Sanierungsklausel im Rahmen von § 8c KStG oder die Mittelstandsausnahmen im Rahmen von Zinsschranke (§ 4h EStG) und Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 EStG). Auch die jüngste Diskussion um die Erbschaftsteuer lässt sich hier einordnen. In der derzeitigen Tarifstruktur wäre die Erbschaftsteuerlast für Unternehmen so schädlich, dass man sie aus wirtschaftspolitischen Gründen für die Erben von Unternehmensvermögen zurücknimmt.

Normen, die auf der Sekundärebene ungezielte Gestaltungswirkungen aus wirtschaftspolitischen Gründen verhindern oder kompensieren sollen, sind second-best Lösungen, wenn sich die Gestaltung schon auf der Primärebene ausschalten ließe. Es bedürfte keiner Unternehmensvermögensverschönerung, wenn der Erbschaftsteuergesetzgeber die Kraft hätte, die Bemessungsgrundlage so stark zu verbreitern, dass der Steuersatz signifikant gesenkt werden könnte. Es bräuchte keine Sanierungsklausel, wenn § 8c KStG eng auf missbräuchliche Fälle des Verlusthandels begrenzt wäre. Und es bedarf keiner Ausnahmebestimmung für Wagniskapitalgesellschaften von einer Steuerpflicht für Streubesitzveräußerungen, wenn der Gesetzgeber § 8b Abs. 2 KStG unangetastet lässt.<sup>168</sup>

166 In außersteuerlichem Kontext: BVerfG v. 16.3.2004, 1 BvR 1778/01, BVerfGE 110, 141 (166); BVerfG v. 26.10.2004, 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, BVerfGE 111, 333 (360); BVerfG v. 27.1.2011, 1 BvR 3222/09, NJW 2011, 1578 (1582).

167 Siehe die diesbezügliche Aufforderung durch den Finanzausschuss BT-Drucks. 16/5491, S. 13.

168 Siehe die entgegengesetzten, aktuell aber fallen gelassenen Pläne im Zuge der Investmentsteuerreform § 8b Abs. 2 KStG entsprechend einzuschränken unter Einfügung eines neuen § 26a KStG, zugunsten von bestimmten Kapitalanlagegesellschaften (vgl. Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Ungeachtet dessen, dass der Entlastungsbedarf vermieden werden könnte, würde sich der Gesetzgeber der systemwidrigen Belastung enthalten, wirft diese Normkategorie eine Reihe von Fragen auf. Einerseits unterscheiden sich Normen zur Abmilderung bzw. gruppenspezifischen Vermeidung unerwünschter Gestaltungswirkungen insofern von der klassischen Steuervergünstigung, als es nicht darum geht, neue Investitionen anzuregen, sondern nur um die Vermeidung schädlicher Steuerwirkungen auf bestehende Wirtschaftsstrukturen. Eigene Gestaltungswirkungen entfalten diese Normen nur insofern, als Steuerpflichtige sich bemühen werden, die Schwellenwerte zu unterschreiten; sie sind aber nicht auf ein bestimmtes Verhalten angelegt, vielmehr sind derartige Umgehungsgestaltungen ihrerseits unerwünscht. Damit haben wir es nicht mit Lenkungsnormen zu tun.

Dennoch stellt sich insbesondere im Kontext des europäischen Beihilfenrechts die Frage, ob derartige Tatbestände als selektive Ausnahmen einer Regelbesteuerung besonderer Kontrolle bedürfen. Die Einordnung als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV scheidet indes aus, wenn die Grundnormen (z.B. § 8c KStG, § 10d EStG oder § 4h EStG), deren Gestaltungswirkungen zurückgenommen werden, als belastende Ausnahmen von der Regelbesteuerung eingeordnet werden können, die eben erst ab bestimmten Schwellenwerten eingreifen. Ist die Gestaltungswirkung dagegen wie bei der Erbschaftsteuer Ausdruck der allgemeinen Belastungsentscheidung, ist ihre partielle Rücknahme als Beihilfe einzustufen.<sup>169</sup>

Aus verfassungsrechtlicher Sicht lässt sich erörtern, ob ein – möglicherweise aus dem Übermaßverbot ableitbarer – individualrechtlicher Anspruch dahingehend besteht, unzumutbare Gestaltungswirkungen zu vermeiden oder ob dies allein im wirtschaftspolitischen Ermessen des Gesetzgebers steht. Hat die partielle Rücknahme unzumutbarer Gestaltungswirkungen Einfluss auf die verfassungsrechtliche Einordnung der die Gestaltungswirkung auslösenden Norm? Wie müssen derartige Normen ausgestaltet sein? Dies betrifft etwa auch die Frage, ob die Ausnahmen als Freigrenzen konzipiert sein dürfen oder gleitende Übergänge erfordern.

---

der Investmentbesteuerung v. 21.7.2015, S. 31, nicht mehr enthalten im Referentenentwurf v. 16.12.2015).

169 *Ismer/Piotrowski*, DStR 2015, 1993 (1999); *Weber-Grellet*, BB 2015, 1367 (1369).

## V. Akteure steuerlicher Wirtschaftspolitik

Wer ist verantwortlich für die Verfolgung wirtschaftspolitischer Ziele im Steuerrecht? Diese Frage ist vor allem für die bereits angesprochene notwendige Abstimmung innerhalb der Wirtschaftspolitik aber auch zu anderen Politikfeldern relevant.

### 1. Verwirklichung wirtschaftspolitischer Zwecke und Berücksichtigung von Gestaltungswirkungen im Steuergesetzgebungsprozess

#### a) Alleinige Zuständigkeit des Steuergesetzgebers

Im Mehrebenensystem der Bundesrepublik ist der Bundesgesetzgeber zentraler Akteur steuerlicher Wirtschaftspolitik. Die Gesetzesförmigkeit des Steuerrechts bringt es mit sich, dass auch steuerliche Förderpolitik vollständig gesetzlich durchdekliniert werden muss. Zentraler Akteur nationaler steuerlicher Wirtschaftspolitik ist damit stets der Gesetzgeber.<sup>170</sup>

Dabei liegt die kompetenzielle Zuständigkeit für Maßnahmen steuerlicher Wirtschaftspolitik selbst dort, wo der Fiskalzweck als bloßer Nebenzweck zurücktritt, nach Auffassung des BVerfG stets ausschließlich beim Steuergesetzgeber und nicht bei dem für den jeweiligen wirtschaftspolitischen Zweck zuständigen Sachgesetzgeber.<sup>171</sup> Für außersteuerliche Abgabeargumente ist dagegen ausschließlich der jeweilige Sachgesetzgeber zuständig, es kann damit von vornherein nicht zu einem Auseinanderfallen der Kompetenzen kommen.

Allerdings entstehen auch aus der ausschließlichen Zuweisung der Kompetenz für steuerliche Wirtschaftspolitik zum Steuergesetzgeber in den seltensten Fällen Konflikte. Würde man entgegen dem BVerfG eine doppelte Gesetzgebungszuständigkeit fordern, würde sich an der Kompetenz des Bundes, wie sie sich mit wenigen Ausnahmen für das Steuerrecht aus Art. 105 GG ergibt, wenig ändern. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist dem Bund auch die Sachkompetenz für das Recht der Wirtschaft als konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zugeordnet. Nur örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern fallen wegen Art. 105 Abs. 2a GG aus diesem Raster. Es handelt sich jedoch, ungeachtet dessen dass kommunale Steuern sogar besonders oft wirtschaftslenkungs-

<sup>170</sup> Selmer, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1971, S. 65.

<sup>171</sup> BVerfG v. 7.5.1998, 2 BvR 1991/95, BVerfGE 98, 106 (113).

politisch begründet werden,<sup>172</sup> um Randerscheinungen.<sup>173</sup> Zudem können auch hier nach der Verpackungssteuerentscheidung des BVerfG Regelungskonflikte zwischen den einzelnen Politikzielen über den Gedanken der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung vermieden werden.<sup>174</sup>

### **b) Gesetzesvorbereitung durch die Ministerialbürokratie innerhalb von Ressortzuständigkeiten**

Problematischer ist in Anbetracht des immensen Einflusses der Ministerialbürokratie<sup>175</sup> auf die Steuergesetzgebung die divergierende Ressortzuständigkeit. *Nichtsteuerliche* Abgaben werden nicht primär von ihrem Einnahmeerzielungszweck her gedacht, sondern sind von Beginn an instrumentell in eine bestimmte Wirtschaftspolitik integriert. Es handelt sich um „Wirtschaftspolitik aus einer Hand“. *Steuerliche* Lenkungsnormen bedürfen dagegen der Abstimmung zwischen den Ministerien. Dies mag funktionieren, wenn das Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich unter einem lenkungspolitischen Motto steht, wie etwa aktuell das Gesetz zur steuerlichen Förderung der Elektromobilität.<sup>176</sup> Hier hat das jeweils andere Ressort primäre eigene Interessen, sodass es sich einbringen wird. Fraglicher ist, ob wirtschaftspolitische Gestaltungswirkungen von Gesetzgebungsmaßnahmen, die primär als Fiskalzwecknormen konzipiert sind, hinreichende Beachtung finden. Die federführende Finanzverwaltung hat bestimmungsgemäß in erster Linie das Steueraufkommen und nicht den Wirtschaftsstandort im Blick. Das Wirtschaftsministerium ist zwar zu beteiligen, wenn wirtschaftspolitische Belange betroffen sind,<sup>177</sup> dies setzt jedoch voraus, dass die wirtschaftspolitischen Konsequenzen auch erkannt werden.

172 Henneke, DStJG 35 (2012), S. 117 (144).

173 Bagatellsteuern, s. ifst-Schrift Nr. 507 (2015), S. 97 ff.

174 BVerfG v. 7.5.1998, 2 BvR 1991/95, BVerfGE 98, 106. Zu der insofern nicht überzeugenden Rechtsprechung zu den kommunalen Kultur- und Tourismusabgaben s. oben IV.1.d.aa).

175 Borgmann, Stbg 1989, 392 (393): Parlament als Leihmutter des Bundesfinanzministeriums.

176 Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung der Elektromobilität, BR-Drucks. 18/5864.

177 Nach § 45 Abs. 1 Satz 1 GGO hat das federführende Bundesministerium bei Entwurf einer Gesetzesvorlage betroffene Bundesministerien mit einzubeziehen. Das Bundesministerium der Wirtschaft ist nach § 45 Abs. 1 Satz 2 GGO i.V.m. Anlage 6 der GGO betroffen, wenn Belange von wirtschaftspolitischer Bedeutung berührt sind.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Es wäre zu untersuchen, ob ein Superministerium, das Wirtschafts- und Finanzressort vereint, anders agiert und das Steuerrecht stärker als integralen Bestandteil der Wirtschaftspolitik behandelt. Die wenig glückvolle einjährige Amtsperiode von Karl Schiller<sup>178</sup> zwischen 1971 und 1972 war zu kurz, um hierüber Aufschluss zu geben. Staatsorganisationsrechtlich wird die Machtfülle von „Superministern“ eher kritisch gesehen.<sup>179</sup>

### c) Zur Rolle der Wirtschaftsverbände

Vermittelnd können in diesem Prozess Wirtschaftsverbände wirken. Der in den Verbänden vorhandene wirtschaftspolitische Sachverstand kann dazu beitragen, unbedachte und unerwünschte Nebenwirkungen der Steuerpolitik zu verhindern. Interessenverbände können zu der von *Detlev Piltz* zu Recht angemahnten Ermittlung der Rechtstatsachen<sup>180</sup> beitragen. Ohne Kenntnis der Rechtstatsachen, über die die Verbände verfügen, kann weder wirkungsvoll gestaltet noch ausgeschlossen werden, dass unerwünschte Nebenwirkungen eintreten. Der Einfluss von Lobbygruppen auf die Steuerpolitik wird zwar überwiegend als undemokratisch abgelehnt, insbesondere wenn er in gruppenspezifische Privilegien mündet,<sup>181</sup> erfolgt die Beteiligung aber offen in einem transparenten Verfahren, so bildet die frühe Einbeziehung der Wirtschaftsverbände ein Gegengewicht zum übermächtigen Einfluss der Ministerialbürokratie in der Gesetzesentwicklung. Je transparenter das Verfahren, umso weniger kann es zur Durchsetzung spezifischer Gruppeninteressen missbraucht werden.

## 2. Finanzverwaltung als wirtschaftspolitischer Gestalter?

Wenig Einfluss hat die Finanzverwaltung auf die Austeilung von Steuer-subventionen. Anders als im Bereich der direkten Subventionen, wo die Verwaltung mittels Einstellung in den Haushaltsplan und Erlass von Verwaltungsvorschriften die Subventionspolitik maßgeblich gestaltet,

---

178 *Lütjen*, Der Ökonom und die Gesellschaft. Karl Schiller 1911–1994, 2005, S. 305 ff.

179 Kritisch zur Machtfülle eines Superministers *Leisner*, ZRP 2002, 501; *Oldiges*, Die Bundesregierung als Kollegium. Eine Studie zur Regierungsorganisation nach dem Grundgesetz, 1983, S. 298 f.

180 *Piltz*, StJB 2008/2009, S. 11 (17).

181 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, S. 1369 ff.

---

### Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

existieren derartige Möglichkeiten im Steuerrecht aufgrund des strengen Gesetzesvorbehalts, der auch für entlastende Maßnahmen gilt, nicht. Der Bundesfinanzhof hat den Erlass selbständiger Fördertatbestände durch die Finanzverwaltung für rechtswidrig erachtet.<sup>182</sup> Behördliche Steuerungsmöglichkeiten bestehen zudem auch deshalb nicht, weil die Vergünstigung ex post erst nach Tatbestandsverwirklichung durch den Steuerbescheid gewährt wird.

Dies heißt indes nicht, dass die Organe der Rechtsanwendung per se unbeteiligt wären an der wirtschaftspolitischen Ausrichtung des Steuerrechts. Erhebliche Einflussnahmemöglichkeiten bestehen auf dem Gebiet des Steuerverfahrensrechts. Gerade angesichts der Bedeutung, die Unternehmen diesen „weichen“ Standortfaktoren beimessen, bedürfte es stärkerer Sensibilisierung für die wirtschaftspolitische Relevanz zeitnaher Entscheidungen, die Bereitschaft, vorab Rechtssicherheit zu schaffen und Betriebsprüfungen in einem kooperativen Klima durchzuführen. Zwar kann die Finanzverwaltung auch hier nur im gesetzlich vorgegebenen Rahmen agieren, muss insbesondere § 85 AO gerecht werden, dennoch bestehen Spielräume. Ein Beispiel für eine eindeutig wirtschaftspolitisch motivierte Maßnahme der Finanzverwaltung ist der auf § 163 AO gestützte Sanierungserlass,<sup>183</sup> mit dem die Finanzverwaltung die Aufhebung von § 3 Nr. 66 EStG kompensiert hat.

### 3. Internationale und Europäische Wirtschaftspolitik

Großen Einfluss haben schließlich die Akteure der internationalen Wirtschaftspolitik im Bereich der indirekten Steuern. Der Abbau von Handelshemmnissen durch Zölle und die Vermeidung von Verzerrungen des freien Warenverkehrs durch Subventionierung von Ausfuhren und grenzüberschreitenden Dienstleistungen ist eine der Kernaufgaben der

---

182 BFH v. 9.7.1970, IV R 34/69, DB 1970, 1908; BFH v. 2.9.1964, I 255/62 U, BStBl. III 1964, 589; BFH v. 12.9.2007, X B 18/03,0 BFH/NV 2008, 102. Vgl. aber BMF v. 22.8.2005, BStBl. I 2005, 845 zu VIP-Logen und zu den auf § 50 Abs. 7 EStG a.F. gestützten Steuerbefreiungen der FIFA anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 2006; *Balzerkiewicz/Voigt*, BB 2005, 302; *Anzinger*, FR 2006, 857.

183 Allerdings bei bestrittener Rechtsgrundlage s. hierzu Vorlage des X. Senats BFH v. 25.3.2015, X R 23/13, BStBl. II 2015, 696, an den Großen Senat. Zum Erlass als interventionistisches Gestaltungsinstrument der Finanzverwaltung s. *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1971, S. 65 f.

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

WTO mit den multilateralen Abkommen des GATT und GATS.<sup>184</sup> Auch die Harmonisierung des Mehrwertsteuersystems durch die EU dient nicht fiskalischen Zielen, sondern dem wirtschaftspolitischen Ziel der Errichtung eines Binnenmarktes. In der Rechtsprechung des EuGH schlägt sich dies in der großen Bedeutung des Gebots der Wettbewerbsneutralität bei Auslegung der Mehrwertsteuerrichtlinien nieder.<sup>185</sup>

Für das Recht der direkten Steuern übernehmen OECD und UN wirtschaftspolitische Koordinierungsaufgaben durch die Bereitstellung von Musterabkommen zur Vermeidung internationaler Doppelbesteuerung. Die EU greift durch vereinzelte Richtlinien auf dem Gebiet der Unternehmensbesteuerung<sup>186</sup> partiell wirtschaftspolitisch in das Recht der direkten Steuern ein. Auch hier geht es nicht um die Erreichung von Einnahmezielen; vielmehr stehen Harmonisierungskompetenz und Beihilfenaufsicht ausschließlich im Dienst der Errichtung und des Funktionierens des Binnenmarktes durch Beseitigung steuerlicher Wettbewerbsverzerrungen (Art. 114 Abs. 1; 115 AEUV).<sup>187</sup>

## VI. Fazit

Wirtschaftspolitische Enthaltensamkeit des Steuergesetzgebers ist weder möglich noch wünschenswert. Jedoch läuft der Gesetzgeber beim lenkenden Einsatz des Steuerrechts einerseits Gefahr, dessen Wirkkraft zu überschätzen, andererseits bestehen Wahrnehmungsdefizite, was die unbeabsichtigten Gestaltungswirkungen angeht. Deshalb bedarf es einer

---

184 Hierzu *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 362 ff.

185 Vgl. hierzu *Englisch* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 17 Rz. 23 ff.

186 RICHTLINIE DES RATES vom 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (90/435/EWG); RICHTLINIE DES RATES vom 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (90/434/EWG); RICHTLINIE 2003/49/EG vom 3.6.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten.

187 G. Kirchhof in G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 13 Rz. 10

---

Hey – Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

stärkeren Integration von Steuer- und Wirtschaftspolitik. Notwendig ist vor allem ein Instrumentarium zur Identifikation und Vermeidung unerwünschter Wirkungen steuerlicher Normen auf Wirtschaftsstrukturen. Ohne den Seitenblick auf die Erkenntnisse der ökonomischen Steuerwirkungsforschung wird dies nicht gelingen. Damit geht ein deutliches Signal in Richtung einer Zusammenarbeit zwischen den Steuerwissenschaften aus.

# Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik – Am Beispiel der steuerlichen Förderung von Unternehmen

Prof. Dr. *Monika Schnitzer*  
Ludwig-Maximilians-Universität München  
Seminar für Komparative Wirtschaftsforschung

## **I. Einführung**

1. Fragestellungen einer ökonomischen Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik
2. Zwei Beispiele steuerlicher Förderung von Unternehmen: Innovationsförderung und Förderung von Familienunternehmen

## **II. Innovationsförderung**

1. Ökonomische Begründung: Externalitäten und Finanzierungsbeschränkungen
2. Projektförderung versus steuerliche Förderung
3. Steuerliche FuE-Förderung versus Patent Boxen: Theoretische Wirkungsmechanismen
4. Empirische Befunde zu steuerlicher FuE-Förderung

5. Empirische Befunde zur steuerlichen Förderung von Patenten
6. Zwischenfazit
7. Exkurs: Wirkung auf Köpfe

## **III. Förderung von Familienunternehmen durch Verschönerung von Betriebsvermögen bei der Erbschaftsteuer**

1. Juristische Grundlage
2. Insolvenzrisiko bei Liquiditätsentzug: Theoretischer Wirkungsmechanismus und empirische Befunde
3. Der Beitrag von Familienunternehmen zum Gemeinwohl: Theoretische Überlegungen und empirische Befunde
4. Zwischenfazit

## **IV. Schlussfolgerungen**

## **I. Einführung**

### **1. Fragestellungen einer ökonomischen Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik**

Eine ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik beschäftigt sich vor allem mit drei Fragen. Welche ökonomischen Ziele verfolgt die Steuerpolitik bzw. sollte sie verfolgen? Welche Maßnahmen sind für die

Erreichung dieser Ziele geeignet? Und wie erfolgreich ist diese Politik in der Praxis?

Über die Frage nach den Zielen wird im politischen Raum üblicherweise viel diskutiert. Von allen potentiell Betroffenen werden zahlreiche Pro- und Contra-Argumente in die Debatte eingebracht. Die zweite Frage nach geeigneten Maßnahmen und vor allem die dritte Frage nach der Wirksamkeit dieser Maßnahmen finden in der öffentlichen Debatte hingegen erstaunlich wenig Beachtung.

Gerade die dritte Frage nach dem Erfolg einer Maßnahme sollte jedoch sehr viel ernster genommen werden, als dies bisher der Fall ist. Theoretische Überlegungen alleine reichen oft nicht aus, um zu einer eindeutigen Einschätzung der Wirkung einer Maßnahme zu kommen, insbesondere dann, wenn es verschiedene, einander entgegenlaufende Effekte zu berücksichtigen gilt. Und auch die Größenordnung der Effekte lässt sich theoretisch nicht abschließend abschätzen. Um zu klären, ob eine steuerpolitische Maßnahme die theoretisch erwartete Wirkung tatsächlich erzielt und zu welchen Kosten sie das tut, ist empirische Evidenz erforderlich. Ziel muss es deshalb sein, dass die Debatte über die steuerliche Wirtschaftspolitik weniger ideologisch geführt wird, als dies bisweilen der Fall ist, sondern stärker durch die Faktenlage geleitet wird.

## **2. Zwei Beispiele steuerlicher Förderung von Unternehmen: Innovationsförderung und Förderung von Familienunternehmen**

In diesem Beitrag sollen insbesondere zwei steuerpolitische Maßnahmen diskutiert werden, die man dem großen Bereich der Unternehmensförderung durch steuerliche Maßnahmen zuordnen kann und die aktuell für Schlagzeilen sorgen: die Förderung von Unternehmen durch *Patentboxen* einerseits und die Förderung speziell von *Familienunternehmen* durch Begünstigung des Unternehmensvermögens in der *Erbschaftsteuer* andererseits.

Mit dem Begriff „Patentbox“ bezeichnet man steuerliche Regelungen, die die Anwendung von reduzierten Steuertarifen auf Einkünfte aus immateriellen Wirtschaftsgütern wie *Patente* erlauben.

Solche Patentbox-Regelungen gibt es inzwischen in 11 europäischen Ländern. Sie werden typischerweise mit dem Argument eingeführt, dass

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

sie den Standort für ausländische Unternehmen attraktiver machen und die Rahmenbedingungen für Forschung und Entwicklung (FuE) befördern sollen.

Der dadurch verursachte Standortwettbewerb hat eine heftige politische Kontroverse ausgelöst, mit dem Ergebnis, dass innerhalb der G20-Länder ein Harmonisierungsprozess in Gang gesetzt wurde, der die Patentbox-Regelungen vereinheitlichen soll. Im Oktober 2015 wurden die Ergebnisse dieser Verhandlungen im Rahmen des Finanzministertreffens der G20 verabschiedet. Die Thematik ist ein Teilaspekt eines Prozesses, der unter dem Stichwort „Base Erosion and Profit Shifting - BEPS“ diskutiert wird. Deutschland hat bisher keine Patentbox-Regelung, sie wird aber von Unternehmensvertretern und -verbänden immer wieder gefordert.

Die Begünstigung von *Familienunternehmen* bei der *Erbschaftsteuer* hingegen ist geltendes Recht in Deutschland, sie muss aber nach dem jüngsten Urteil des Bundesverfassungsgerichts neu geregelt werden. Inzwischen liegt ein erster Referentenentwurf aus dem Bundesministerium für Finanzen vor, der auch in den Medien intensiv diskutiert wird. Es überrascht nicht, dass gerade die Vertreter von Familienunternehmen sich mit Nachdruck für eine Beibehaltung der steuerlichen Begünstigung von Familienunternehmen einsetzen.

In diesem Beitrag soll diskutiert werden, wie diese Maßnahmen aus ökonomischer Sicht einzuschätzen sind. Die Fragen, denen sich der Beitrag widmen soll, treiben mich aus mehreren Gründen um: Als Forscherin beschäftige ich mich mit der Frage, was Innovationen befördert, welche Unternehmen besonders innovativ sind und welche Rolle insbesondere Familienunternehmen für die Innovationskraft Deutschlands spielen. Als Mitglied der Expertenkommission Forschung und Innovation gehört es zu meinen Aufgaben, Empfehlungen zu entwickeln, wie sichergestellt werden kann, dass Deutschland ein attraktiver Innovationsstandort bleibt und ein noch attraktiverer Standort wird. Als Vorsitzende des Vereins für Socialpolitik ist es eines der Hauptanliegen meiner Amtszeit, für eine bessere empirische Fundierung der Diskussion wirtschaftspolitischer Maßnahmen zu werben und so eine bessere Einbindung wissenschaftlicher Erkenntnisse in den wirtschaftspolitischen Dialog voranzutreiben.

## II. Innovationsförderung

### 1. Ökonomische Begründung: Externalitäten und Finanzierungsbeschränkungen

Bevor es um *Patentboxen* im speziellen geht, soll das Thema in den breiteren Kontext der *steuerlichen Innovationsförderung* eingebettet werden. Innovationen sind ein wichtiger Motor für die wirtschaftliche Entwicklung und das Wachstum eines Landes, wie zahlreiche Studien zeigen.<sup>1</sup> Das gilt gerade auch für hoch entwickelte Länder wie Deutschland, wo Innovationen stärkere Wachstumstreiber sind als Investitionen in physisches Kapital.<sup>2</sup>

Der Staat spielt dabei eine wichtige Rolle, weil jede unternehmerische Tätigkeit, die mit Investitionen verbunden ist, auf verlässliche Rahmenbedingungen wie Rechtssicherheit und Planungssicherheit angewiesen ist. Unternehmen werden aber nur dann Investitionen tätigen, wenn sie die Früchte ihrer Investitionen auch ernten können. Das ist speziell bei Innovationen problematisch, weil Innovationen oft leicht kopierbar sind. Die Investition lohnt sich also nur, wenn man die Innovation schützen kann. Der Staat kann diesen Schutz bieten, indem er *Patente* vergibt, die ein temporäres Recht auf das intellektuelle Eigentum gewähren.

Die zentrale Frage, um die es in diesem Beitrag gehen soll, ist aber: warum sollte der Staat Innovationen aktiv fördern (und wenn er es tut, in welcher Form sollte er es tun)? Hier sind vor allem zwei Gründe zu nennen. Der erste Grund ist, dass Innovationen *positive Externalitäten* verursachen, die durch die Investoren nicht internalisiert werden. Das kann dazu führen, dass Unternehmen Investitionen unterlassen, weil sie sich privat nicht lohnen, obwohl sie sozial rentabel wären. Typische Beispiele für solche positiven Externalitäten können sein, dass durch die Innovationen Arbeitsplätze geschaffen werden oder dass die Konsumenten mehr von Produktinnovationen profitieren, als sie dafür bezahlen müssen. Ein drittes Beispiel wäre, dass andere Unternehmen von den Innovationen profitieren, weil sie selbst davon lernen, also Wissensexternalitäten entstehen. Viele Innovationen bauen auf den Innovationen anderer Unternehmen auf.

---

1 Cameron, „Innovation and economic growth“, Centre for Economic Performance, London School of Economics and Political Science (1996).

2 Grossmann/Helpman, „Innovation and Growth in the Global Economy“, (1993), The MIT press.

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Ein zweiter Grund, warum zu wenig in Innovationen investiert wird, liegt darin, dass Unternehmen möglicherweise nicht genügend Finanzmittel haben bzw. auf dem Kapital- oder Kreditmarkt erhalten können und deshalb privat rentable Investitionen unterlassen müssen. Solche *Finanzierungsbeschränkungen* haben ihre wesentliche Ursache in asymmetrischer Information: ein Kreditgeber kann nicht einschätzen, wie gut das Investitionsprojekt oder wie zuverlässig der Investor wirklich ist. Deshalb wird er vor einer Kreditvergabe zurückschrecken, die er bei völliger Kenntnis des Sachverhalts profitabel finanzieren könnte.

Bei Investitionen in Innovationen ist diese Unsicherheit besonders stark ausgeprägt. Erschwerend kommt hinzu, dass Investitionen in Forschung und Entwicklung im Unterschied zu Investitionen in Maschinen nicht gut besichert werden können. Eine Maschine kann als Sicherheit dienen, die Forscher in einem Labor hingegen nicht. Grundsätzlich wäre denkbar, das Ergebnis von Forschung und Entwicklung, z.B. Patente, als Sicherheit zu verwenden. Wie ich in einer Arbeit mit *Tatjana Nabokin* für deutsche Unternehmen gezeigt habe, ist dies bisher keine effektive Möglichkeit, um *Finanzierungsbeschränkungen* zu überwinden.<sup>3</sup>

Welche Unternehmen sind von solchen Finanzierungsbeschränkungen besonders betroffen? Die Frage lässt sich theoretisch relativ einfach beantworten und auch empirisch belegen. Es sind vor allem junge Unternehmen betroffen, da sie noch keine einbehaltenen Gewinne haben akkumulieren können, die sie von einer externen Finanzierung unabhängiger machen. Auch können sie nur wenige Sicherheiten bieten. Schließlich haben sie auch noch keine Reputation aufbauen können, die ihnen den Kreditzugang erleichtern würde. In einer Arbeit mit *Yuriy Gorodnichenko* habe ich nachgewiesen, dass gerade kleine und junge Unternehmen in ihrer Innovationstätigkeit besonders stark von solchen Finanzierungsbeschränkungen behindert werden.<sup>4</sup>

Welche Unternehmen generieren besonders viele positive Externalitäten? Diese Frage lässt sich deutlich schwerer beantworten. Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass jeder, der Innovationen produziert, gleichzeitig auch *positive Externalitäten* generiert. Aber möglicherweise tut dies nicht jeder im gleichen Umfang. *Bloom, Schankerman und*

---

<sup>3</sup> *Nabokin/Schnitzer*, „Patents in the Financing of R&D Intensive Start-up Firms: Evidence from Germany“, Mimeo, LMU München 2014.

<sup>4</sup> *Gorodnichenko/Schnitzer*, „Financial Constraints and Innovation: Why Poor Countries Don't Catch Up“, Journal of the European Economic Association, (2013), 1115–1152.

*van Reenen* (2013) haben in einer Studie kürzlich gezeigt, dass große Unternehmen tendenziell mehr positive Externalitäten produzieren als kleine.<sup>5</sup> Der Grund ist, dass kleine Unternehmen oft in technologischen Nischen aktiv sind, die für weniger Unternehmen relevant und deshalb in punkto Wissenstransfer interessant sind. Die Konsequenz daraus wäre, dass man vor allem große Unternehmen fördern sollte.

In einer Arbeit mit *Martin Watzinger* habe ich für US-amerikanische Unternehmen allerdings gezeigt, dass eine bestimmte Klasse von kleinen Unternehmen, *wagniskapitalfinanzierte Startup-Unternehmen*, besonders viele positive Externalitäten generieren.<sup>6</sup> Das gilt insbesondere dann, wenn sie Spitzentechnologien entwickeln und wenn sie in Bereichen tätig sind, in denen *Patente* weniger gut vor dem Kopieren des geistigen Eigentums schützen. Kleine Unternehmen tun sich ohnehin schwerer als große, im Rechtsstreit ihre Patentrechte durchzusetzen, weil sie nicht die nötigen Ressourcen dafür haben. Diese Ergebnisse würden dafür sprechen, junge, wagniskapitalfinanzierte Unternehmen besonders zu fördern.

## 2. Projektförderung versus steuerliche Förderung

Wie die bisherigen Überlegungen gezeigt haben, gibt es also gute Gründe, warum der Staat die Innovationstätigkeit von Unternehmen finanziell unterstützen sollte. Die entscheidende Frage ist aber: Wie sollte diese Unterstützung ausgestaltet werden?

In anderen Ländern ist die steuerliche FuE-Förderung weit verbreitet, zurzeit in 26 EU Staaten und in 27 OECD Staaten, in unterschiedlicher Ausgestaltung. Bei einer steuerlichen FuE-Förderung wird beispielsweise in Anlehnung an die entstandenen FuE-Ausgaben eine Steuergutschrift gewährt. Auch die bereits erwähnten *Patentboxen* werden in vielen anderen Ländern, zum Teil parallel zur steuerlichen FuE-Förderung, eingesetzt. In Deutschland findet bisher keines der beiden Förderinstrumente Anwendung. Hier setzt man allein auf die Projektförderung. Zwar hatten sowohl SPD als auch CDU/CSU in ihrem letzten Wahlkampfprogramm die Einführung einer steuerlichen FuE-Förderung ange-

<sup>5</sup> *Bloom/Schankerman/van Reenen*, „Identifying technology spillovers and product market rivalry“, *Econometrica*, (2013), 1347–1393.

<sup>6</sup> *Schnitzer/Watzinger*, „Measuring the Spillovers of Venture Capital“, Mimeo, LMU München 2015.

kündigt, am Ende der Koalitionsverhandlungen hat sie aber keinen Eingang in die Koalitionsvereinbarung gefunden.

Die Argumente, die man dazu in Berlin zu hören bekommt, sind vielfältig. Oft werden Mitnahmeeffekte genannt, man befürchtet, dass eine solche steuerliche Förderung deshalb zu teuer käme. Aus den Ministerien hört man auch, das Antragsverfahren der Projektförderung entfalte einen ganz eigenen erzieherischen Effekt, der ohne Antragstellung weg falle. Im Bundestagsausschuss wird von manchem Abgeordneten eingewandt, bei einer steuerlichen FuE-Förderung entfalle die staatliche Einflussmöglichkeit auf die Projektauswahl.

Genau das aber ist gerade der Vorteil von steuerlicher Förderung gegenüber Projektförderung: man überlässt dem Markt, in welche Projekte investiert wird. Bei einer themenorientierten Projektförderung hingegen besteht immer die Gefahr, dass die Entscheidung für bestimmte Themen durch kurzfristige politische Zielsetzungen und durch den Einfluss von Lobbygruppen verzerrt wird.

Das Antragsverfahren für eine Projektförderung wirkt umgekehrt auf viele potentiell zu Fördernde abschreckend. Auch ist der administrative Aufwand, der mit der Prüfung und Entscheidung über die Anträge verbunden ist, nicht zu unterschätzen.

### 3. Steuerliche FuE-Förderung versus Patent Boxen: Theoretische Wirkungsmechanismen

Eine steuerliche Förderung kann nun einerseits als steuerliche FuE-Förderung ausgestaltet sein oder als steuerliche Förderung im Rahmen einer Patentbox-Regelung. Der offensichtliche Unterschied zwischen den beiden Fördermaßnahmen ist, dass im einen Fall der *Input* in die Innovation gefördert wird, die Forschung und Entwicklung, und zwar in Abhängigkeit von den dadurch entstandenen Kosten. Im anderen Fall wird der *Output* gefördert, das Patent, und zwar in Abhängigkeit von den damit erzielten Einnahmen. Was ist besser, effektiver?

Für die Förderung des Innovationsoutputs in Form der Patenteinnahmen könnte folgende theoretische Überlegung sprechen. Angenommen, es gibt sowohl gute als auch weniger gute Projekte, in die ein Investor investieren könnte. Ferner angenommen die guten Projekte führen mit höherer Wahrscheinlichkeit zum Erfolg. Dann würde die Patentförderung positiv die guten Projekte diskriminieren, denn bei einer Patent-

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

förderung werden nur die erfolgreichen Projekte gefördert. Das wiederum gibt den Investoren einen Anreiz, diese guten Projekte zu identifizieren. Das spricht also für Patentförderung.

Das Argument kann man aber auch umkehren. Problematisch an der Patentförderung ist gerade, dass genau die belohnt werden, die ohnehin erfolgreich sind. Die nicht erfolgreichen Projekte gehen leer aus. Das ist aber politisch oft nicht gut vermittelbar, weil man die Erfolgreichen noch einmal extra belohnt. Und zur Überwindung der *Finanzierungsbeschränkung* ist diese Förderung erst recht nicht geeignet. Denn es werden nur wenige Projekte gefördert, und zwar genau die, die am Ende ohnehin genug Einnahmen generieren, um eventuelle Kredite zurückzubezahlen.

Problematisch ist auch, dass bei einer Patentförderung nur ein kleiner Teil der Innovationen gefördert wird, denn nicht alle Innovationen sind patentierbar. Durch die Förderung von Patenten wird außerdem die Entscheidung verzerrt, eine Innovation patentieren zu lassen.<sup>7</sup>

Welche Form der Förderung eignet sich besonders, um hohe *positive Externalitäten* zu generieren? Das hängt davon ab, wie die Förderung konkret ausgestaltet ist und wo die Externalitäten anfallen.

Betrachten wir zum Beispiel die Schaffung von Arbeitsplätzen im Bereich FuE. Eine steuerliche FuE-Förderung fördert die FuE im eigenen Land und damit genau die Arbeitsplätze, die man schaffen möchte. Bei einer Patentbox-Regelung ist das nicht automatisch der Fall, zumindest dann nicht, wenn es keine Auflage gibt, dass die dazugehörige FuE im eigenen Land stattfinden muss. Ohne diese Voraussetzung kann die FuE auch in einem ganz anderen Land durchgeführt werden und es gibt keine positiven Effekte auf den heimischen Arbeitsmarkt. Genau das ist der Grund, warum die EU für das Nexus-Prinzip eintritt, also für die Konditionierung der Patentbox-Regel auf FuE-Aktivitäten im eigenen Land.

Betrachten wir als nächstes positive Effekte auf die Innovationsleistung anderer Unternehmen. Diese Externalitäten, das zeigen viele Studien, treten vor allem im lokalen Umfeld auf, zum Beispiel weil sich Mitarbeiter unterschiedlicher Unternehmen beim Mittagessen treffen und

---

<sup>7</sup> Griffith/Miller/O'Connell, „Ownership of intellectual property and corporate taxation“, *Journal of Public Economics*, (2014), 12–23.

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

austauschen.<sup>8</sup> Eine FuE-Förderung wird somit eine unmittelbare positive Wirkung auf die Unternehmen in der Umgebung entfalten. Die Patentförderung wird dies nur tun, wenn die FuE dort durchgeführt wird, wo die *Patente* angemeldet werden.

Möglicherweise unterscheidet sich auch die Höhe der positiven Effekte auf andere Unternehmen je nach Förderung. Angenommen, es gäbe eine positive Korrelation zwischen den privaten Erträgen der Innovation und den durch sie erzeugten positiven Externalitäten auf andere Unternehmen. Das mag auf den ersten Blick nicht unplausibel erscheinen, wenn private Erträge und Wissensflüsse an andere z.B. beide positiv von der Qualität der Innovation beeinflusst werden. In diesem Fall würde die Patentförderung besonders hohe Externalitäten garantieren, denn durch sie würden die Anreize verstärkt, in besonders ertragreiche Innovationen zu investieren. Eine positive Korrelation ist aber nicht zu vermuten, wenn die privaten Erträge vor allem aufgrund von Marktmacht hoch sind. Dann spricht nichts dafür, dass in diesem Fall auch besonders hohe soziale Gewinne auftreten.

Tatsächlich erscheint es aber sehr viel plausibler, von der umgekehrten Korrelation auszugehen. Die privaten Erträge fallen nämlich dann besonders hoch aus, wenn es den Unternehmen gelingt, ihre Ideen exklusiv zu halten. Je besser Patente aber die Innovationen schützen, desto weniger profitieren andere Unternehmen von dem erzeugten Wissen. In einer Studie über wagniskapitalfinanzierte Unternehmen in den Vereinigten Staaten konnten *Martin Watzinger* und ich nachweisen, dass die Externalitäten in den Industrien geringer sind, in denen Patente effektiver schützen.<sup>9</sup> *Patentboxen* fördern also vor allem Innovationen, die durch Patente ohnehin gut geschützt werden können, wo es den Unternehmen besonders gut gelingt, sich die Erträge der Innovation anzueignen. Das heißt aber, man fördert gerade nicht die Fälle, in denen Externalitäten besonders hoch sein werden.<sup>10</sup>

Vergleicht man also das Potential der beiden Fördermöglichkeiten, steuerliche FuE-Förderung versus steuerliche Förderung von Patent-Einnah-

---

8 *Jaffe/Trajtenberg/Henderson*, „Geographic Localization of Knowledge Spillovers as Evidenced by Patent Citations“, (1993), *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 108, No. 3, pp. 577-598.

9 *Schnitzer/Watzinger*, „Measuring the Spillovers of Venture Capital“, Mimeo, LMU München 2015.

10 *Griffith/Miller/O'Connell*, „Ownership of intellectual property and corporate taxation“, *Journal of Public Economics*, (2014), 12-23.

men, *Finanzierungsbeschränkungen* zu überwinden und Externalitäten zu erzeugen, so fällt dieser Vergleich in weiten Teilen zugunsten der FuE-Förderung aus.

#### 4. Empirische Befunde zu steuerlicher FuE-Förderung

Auch wenn es theoretisch gute Argumente für steuerliche **FuE-Förderung** gibt, stellt sich die Frage: Was wissen wir überhaupt über die Wirksamkeit einer solchen Förderung?

Mit dieser Frage beschäftigt sich eine Reihe von Studien. Eine allgemeine Antwort zu geben, wird allerdings dadurch erschwert, dass es in jedem Land ein etwas anderes Steuermodell gibt.

Die methodische Herausforderung ist darüber hinaus, wie bei jeder *Wirkungsanalyse*, einen kausalen Effekt der Fördermaßnahme nachzuweisen. Ein solcher kausaler Nachweis wäre besonders einfach, wenn man ein Zufallsexperiment machen könnte, d.h. die Förderung an eine zufällig ausgewählte Gruppe von Unternehmen gewähren könnte. Dann würde der Vergleich der geförderten mit der nichtgeförderten Gruppe von Unternehmen Rückschlüsse auf die Wirksamkeit der Maßnahme geben, wie dies beim Testen eines Medikaments der Fall ist.

Bei steuerlichen Förderinstrumenten scheint eine Zufallsauswahl zum Zwecke der Untersuchung der Wirkungsweise bisher jedoch kaum denkbar. Deshalb muss man methodisch zu anderen Verfahren greifen, um die Wirksamkeit des Förderinstruments überprüfen zu können.

Eine Gruppe von Verfahren, sogenannte *strukturelle Modelle*, wendet ausgefeilte statistische und ökonometrische Schätzverfahren an. Eine andere Gruppe von Verfahren setzt stattdessen auf sogenannte *natürliche Experimente*, das heißt, sie nutzt z.B. Informationen über Änderungen des Fördersatzes oder des Kreises der berechtigten Förderempfänger, um die Wirkung des Förderinstruments zu untersuchen.

Im Ergebnis ermitteln Studien auf der Grundlage beider Verfahren einen positiven Effekt. Eine 10-prozentige Senkung der FuE-Kosten durch steuerliche Förderung führt zu einer rund 10-prozentigen Erhöhung der FuE-Investitionen.<sup>11</sup> Bei Schätzungen, die die Kausalität methodisch besonders überzeugend erfassen können (z.B. durch geeignete Instrumentierung), fällt der Effekt etwas geringer aus. Ferner fallen die langfristi-

---

<sup>11</sup> *European Commission*, „A study on R&D tax incentives“, (2014), CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 32–38.

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

gen Effekte typischerweise höher aus als die kurzfristigen. Das zeigt, dass es für die Unternehmen gewisse Anpassungskosten gibt, die ein kurzfristiges Reagieren erschweren.<sup>12</sup>

Der Tenor der Studien ist also allgemein, dass steuerliche Anreize einen positiven Einfluss auf die Höhe der FuE-Ausgaben haben. Die Frage, welche konkrete Ausgestaltung am erfolgreichsten ist, lässt sich noch nicht abschließend beantworten. Und auch zur Höhe der positiven Effekte gibt es durchaus eine kritische Diskussion im Detail, die es zu würdigen gilt, wenn man zu einer umfassenden Einschätzung kommen will.

So wird zum Beispiel eingewandt, dass die gemessenen positiven Effekte zumindest teilweise auf ein Umdeklariieren von (zuvor bereits getätigten, aber nicht als FuE-Ausgaben deklarierten) Ausgaben zurückgehen, dass also der Gesamteffekt tatsächlich kleiner ist als es scheint. Ob ein solches Umdeklariieren möglich ist, hängt natürlich vor allem von der Überprüfung der Angaben ab.

Ein anderer Einwand ist, dass die beobachteten höheren FuE-Ausgaben auf höhere Löhne für FuE-Angestellte zurückzuführen sein könnten. Das wäre insbesondere dann zu befürchten, wenn es eine kurzfristige Knappheit an Forschern gäbe. In diesem Fall sollte man allerdings vor allem in der kurzen Frist eine Erhöhung der FuE-Ausgaben beobachten, nicht in der langen. Tatsächlich hat man bisher aber genau das Gegenteil beobachtet.<sup>13</sup>

Argumentiert wird auch, dass die beobachteten positiven Effekte gar nicht Ausdruck einer Erhöhung der FuE-Ausgaben insgesamt sind, sondern vielmehr auf eine Reallokation von FuE zurückzuführen sind. Dass Unternehmen also ihre FuE-Projekte jeweils dort ansiedeln, wo es eine FuE-Förderung gibt.<sup>14</sup> Eine Studie von *Wilson*<sup>15</sup> hat dies für die Vereinigten Staaten untersucht. Die Studie zeigt, dass die FuE-Ausgaben in einem Bundestaat zwar positiv reagieren, wenn durch steuerliche Förderung die FuE-Kosten in diesem Staat sinken, dass sie aber im gleichen Umfang ne-

---

12 *Agrawal/Rosell/Simcoe*, „Do Tax Credits Affect R&D Expenditures by Small Firms? Evidence from Canada“, (2014), NBER Working Papers 20615.

13 *Agrawal/Rosell/Simcoe*, „Do Tax Credits Affect R&D Expenditures by Small Firms? Evidence from Canada“, (2014), NBER Working Papers 20615.

14 *Ernst/Richter/Riedel*, „Corporate taxation and the quality of research and development“, 2014, *International Tax and Public Finance*, 2014, 694–719.

15 *Wilson*, „Beggars thy neighbor? The in-state, out-of-state, and aggregate effects of R&D tax credits“, (2009), *The Review of Economics and Statistics*, 431–436.

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

gativ reagieren, wenn die FuE-Kosten in einem anderen Bundesstaat sinken. Wilsons Schlussfolgerung daraus ist, dass es sich hier um ein Nullsummenspiel handelt. Was der eine Staat an FuE gewinnt, verliert der andere Staat. Die steuerliche Förderung führe einfach nur zu einer Reallokation von FuE zwischen den Bundesstaaten, nicht aber zu einem positiven Gesamteffekt.

Eine neuere Studie<sup>16</sup> hat eine ähnliche Untersuchung für europäische Staaten durchgeführt. Hier könnte man vermuten, es gebe über die Grenzen hinweg vielleicht weniger Mobilität. Der Tenor dieser Studie ist aber ganz ähnlich wie der von Wilsons Studie für die Vereinigten Staaten. Solche Ergebnisse können allerdings leicht missinterpretiert werden und sind im konkreten Fall von vielen, ob wissentlich oder nicht, auch missinterpretiert worden. Was die Studie tatsächlich misst, ist, wie sich die relativen Steuersätze zwischen den Staaten auf die Verteilung der FuE-Ausgaben zwischen den Staaten auswirken. Daraus wird voreilig der Schluss gezogen, eine allgemeine Steuersenkung hätte gar keinen Effekt, solange die relativen Steuersätze unverändert blieben. Diese Interpretation der Ergebnisse ist aber nicht korrekt. Richtig ist vielmehr: wer niedrigere Steuern setzt als andere Länder, zieht mehr FuE an. Wenn aber alle Länder niedrigere Steuern setzen, dann wird insgesamt auch mehr FuE gemacht. Genau diesen Effekt haben die zuvor angesprochenen strukturellen Schätzungen erfasst.

Untersucht worden ist schließlich auch, wie sich die steuerliche FuE-Förderung auf die Durchschnittsqualität der Projekte auswirkt. Wenig überraschend stellen die Autoren der Studie fest, dass mit einer Erhöhung der Förderung die durchschnittliche Qualität der Projekte sinkt.<sup>17</sup> Diese Beobachtung wird schnell so interpretiert, als würde man durch die Förderung die falschen Projekte fördern. Tatsächlich ist aber nichts anderes zu erwarten. Ein Unternehmen sollte, wenn es gewinnmaximierend handelt, immer die lukrativsten Projekte zuerst durchführen. Wenn die Förderung steigt und damit auch die Zahl der durchgeführten Projekte, dann sollten die etwas weniger profitablen Projekte durchgeführt werden. Die durchschnittliche Qualität muss also sinken, sonst hat das Unternehmen vorher etwas falsch gemacht. Das heißt aber nicht, dass diese Förderung

---

16 *Corrado/Haskel/Jona-Lasinio/Nasim*, „Is international R&D tax competition a zero-sum game? Evidence from the EU“, Mimeo, Georgetown University 2015.

17 *Ernst/Richter/Riedel*, „Corporate taxation and the quality of research and development“, (2014), *International Tax and Public Finance*, 694–719.

überflüssig wäre. Man fördert diese zusätzlichen Projekte ja genau deshalb, weil die private Profitabilität nicht ausreicht, um ein Projekt durchzuführen, obwohl unter Berücksichtigung der positiven externen Effekte eine Durchführung sinnvoll wäre.

## 5. Empirische Befunde zur steuerlichen Förderung von Patenten

Zur steuerlichen Förderung von Patenten gibt es bisher nur wenige empirische Untersuchungen, weil es *Patentboxen* noch nicht lange gibt und deshalb die notwendigen Daten für eine Untersuchung fehlen. Die bisherigen Studien, die ganz allgemein die Auswirkung der steuerlichen Belastung von Patenteinkünften untersuchen, belegen aber, dass die steuerliche Belastung (oder Entlastung) in der Tat beeinflusst, wo multinationale Unternehmen ihre *Patente* anmelden.<sup>18</sup> Länder mit niedrigen Patenteinkommenssteuerraten ziehen (profitable) Patente an, auf Kosten von Ländern mit hoher Patenteinkommensteuer.<sup>19</sup>

Eine aktuelle Studie von *Alstadsaeter et al* (2015) nutzt Daten, die auch Zeiträume umfassen, in denen bereits Patentbox-Regelungen galten.<sup>20</sup> Sie zeigt für eine große Stichprobe von Ländern, dass Patentboxen einen deutlichen Effekt auf die Anziehung von Patenten haben, vor allem von Patenten hoher Qualität. Interessanterweise zeigt die Studie auch, dass sich der steuerliche Anreiz für Patente nicht positiv (sondern negativ) auf lokale Innovationsaktivitäten auswirkt. Dieser negative Effekt wird abgeschwächt, wenn das Unternehmen durch Auflagen zu lokaler FuE verpflichtet ist.

Das deutet darauf hin, dass eine niedrige Patenteinkommenssteuer per se nicht automatisch auch die dazugehörige FuE anzieht, jedenfalls nicht ohne das Nexus-Prinzip. Dazu passt auch die Beobachtung von *Böhm et al* (2015), dass ein großer Anteil von Patenten, die in Steueroasen gehalten

18 *Dischinger/Riedel*, „Corporate Taxes and the Location of Intangible Assets within Multinational Firms“, (2011), *Journal of Public Economics*, 691–707.

19 *Böhm/Karkinsky/Knoll/Riedel*, „The Impact of Corporate Taxes on R&D and Patent Holdings“, Mimeo, Universität Münster 2015; *Griffith/Miller/O’Connell*, „Ownership of intellectual property and corporate taxation“, *Journal of Public Economics*, (2014), 12–23.

20 *Alstadsaeter/Barrios/Nicodème/Skonieczna/Vezzani*, „Patent Boxes Design, Patents Location and Local R&D“, (2015), CEPR Discussion Paper No. DP10679.

werden, anderswo erfunden wurde, in kleinen Steueroasen manchmal bis zu 80 Prozent, in Irland und der Schweiz zu 35 und 45 Prozent.<sup>21</sup> Eine steuerliche Patentförderung zieht also *Patente* an, aber nicht notwendigerweise auch die dazugehörige Forschung.

## 6. Zwischenfazit

An dieser Stelle kann ein erstes Zwischenfazit gezogen werden: Wie die bisherigen Überlegungen gezeigt haben, gibt es in der Tat gute Argumente für eine steuerliche Förderung von Innovationen. In der konkreten Ausgestaltung spricht vieles dafür, die steuerliche FuE-Förderung einer Förderung durch *Patentboxen* vorzuziehen. Die bisherige empirische Evidenz zeigt, dass durch Patentboxen zwar Patente gefördert werden, die besonders profitabel sind. Das sind aber nicht unbedingt die Patente mit den höchsten sozialen Gewinnen. Darüber hinaus ist es mehr als fraglich, ob dadurch auch FuE angezogen wird, zumindest, wenn es kein Nexus-Prinzip gibt. Doch gerade von der zugrundeliegenden FuE gehen die Externalitäten aus.

Nicht alle halten die Fiktion aufrecht, dass mit Patentboxen überhaupt Innovationen gefördert werden sollen. Vielmehr wird diese Politik von vielen als Möglichkeit gesehen, die Unternehmensbesteuerung insgesamt zu senken. Zumindest war das in Großbritannien so. Dazu trägt auch die dortige Ausgestaltung bei: steuerlich gefördert werden nicht nur die Einnahmen unmittelbar aus den Patenten, sondern die Einnahmen des gesamten Produkts, in das ein Patent einfließt. Eine solche Regel erlaubt, mobile Unternehmen weniger hoch zu besteuern als immobile, denn die mobilen Unternehmen sind auch die, die eher von der Patentbox profitieren.

Das erklärt auch, warum im politischen Diskurs so stark um eine Vereinheitlichung der Regeln gerungen wird. Wenn es nur um die Förderung von FuE gehen würde, dann wäre eine solche Abstimmung weniger zwingend. Wenn die reduzierten Steuerraten auf Patenteinkünfte aber nur ein Vorwand bzw. das Mittel sind, die Unternehmensbesteuerung per se zu senken, dann ist der drohende Einnahmenschwund und damit auch der internationale Abstimmungsbedarf schon deutlich höher einzuschätzen.

---

21 Böhm/Karkinsky/Knoll/Riedel, „The Impact of Corporate Taxes on R&D and Patent Holdings“, Mimeo, Universität Münster 2015.

## 7. Exkurs: Wirkung auf Köpfe

An dieser Stelle sei ein kleiner Exkurs erlaubt. Bisher wurde nur diskutiert, wie sich steuerliche Förderung auf die Innovationsanreize und auf die finanziellen Spielräume von Unternehmen auswirken. Neben den Anreizen und den finanziellen Spielräumen gibt es aber noch einen weiteren Aspekt der Steuerpolitik, der in der Forschung und der öffentlichen Diskussion bisher kaum eine Rolle spielt: Die Auswirkung auf Wissenschaftler und Erfinder. Tatsächlich konkurrieren die Länder nicht nur um Unternehmen und ihre Forschung und Entwicklung, es findet gleichermaßen ein Wettbewerb um Köpfe statt.

Es spricht viel dafür, dass es wichtige Komplementaritäten zwischen der Standortwahl der Unternehmensforschung und der Standortwahl der Forscher gibt. So haben wir im letztjährigen Gutachten der Expertenkommission für Forschung und Innovation diskutiert, dass deutsche Unternehmen gerade in den Branchen ihre FuE ins Ausland verlagern, in denen auch deutsche Forscher und Erfinder am ehesten ins Ausland ziehen.<sup>22</sup> Das ist insbesondere im IKT-Bereich der Fall, aber auch in den Bereichen der Bio- und Gentechnologie.

Wie eine ganz aktuelle Studie von *Moretti* und *Wilson* (2015) aber zeigt, spielen steuerliche Rahmenbedingungen auch eine wichtige Rolle für die Standortentscheidung der Erfinder.<sup>23</sup> Sie zeigen, dass US-amerikanische Wissenschaftler mit besonders vielen Patentanmeldungen bevorzugt dorthin ziehen, wo die Einkommens- und Körperschaftssteuern niedrig sind, bzw. wo Unternehmen durch eine steuerliche FuE-Förderung eine besonders hohe Nachfrage nach Wissenschaftlern generieren. Auch aus diesem Grund ist eine steuerliche FuE-Förderung also zielführend.

Die Überlegungen müssen aber noch weiter gehen: wie kann sichergestellt werden, dass es genügend gut ausgebildete Köpfe in Deutschland gibt? Eine andere aktuelle Studie (*Bell et al*, 2015) aus den Vereinigten Staaten zeigt, dass Erfinder, die patentieren, überwiegend aus Familien mit höherem Einkommen stammen.<sup>24</sup> Der Effekt, so deuten die Ergeb-

22 Expertenkommission für Forschung und Innovation, „Gutachten zu Forschung, Innovation und Technologischer Leistungsfähigkeit Deutschlands“, 2014, S. 85–106.

23 *Moretti/Wilson*, „The effect of state taxes on the geographical location of top earners: Evidence from star scientists“, NBER Working Paper 21120.

24 *Bell/Chetty/Jaravel/Petkova/Reenen*, „The Lifecycle of Inventors“, Mimeo, Harvard University 2015.

nisse der Untersuchung an, läuft vor allem über die Ausbildung: Kinder aus Familien mit höherem Einkommen haben einen deutlich besseren Zugang zu einer hochwertigen Ausbildung.

Eine Politik, die nur auf die Nachfrageseite setzt, also die Innovationsanreize und die Finanzierungsmöglichkeiten der Unternehmen erhöht, wird also unter ihren Möglichkeiten bleiben, wenn nicht gleichzeitig auch für das entsprechende Angebot an Talenten gesorgt wird. Hier ist die Bildungspolitik gefordert, insbesondere eine Politik, die es Kindern aus einkommensschwächeren Schichten erlaubt, ihr Potential ganz auszuschöpfen. Aber auch die Regelungen der Zuwanderung spielen in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle.

### **III. Förderung von Familienunternehmen durch Verschonung von Betriebsvermögen bei der Erbschaftsteuer**

#### **1. Juristische Grundlage**

Wie eingangs schon erwähnt, muss das *Erbschaftsteuergesetz* neu geregelt werden. Die aktuelle Fassung geht auf die Reform des Erbschaftsteuergesetzes 2008 zurück. Die damalige Reform war ausgelöst worden durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.11.2006. Dieser stellte die Unvereinbarkeit der bis dato geltenden Begünstigung von Betriebsvermögen bei der Ermittlung der *Erbschaftsteuer* durch einen niedrigeren Wertansatz als dem Verkehrswert mit dem Grundgesetz fest. Beanstandet wurde in dem Urteil aber nicht die Begünstigung von *Familienunternehmen* per se, wenn diese mit der Förderung des Gemeinwohls gerechtfertigt wird, sondern nur die Ausgestaltung dieser Begünstigung, in Form einer Unterbewertung des Betriebsvermögens.

Bei der Reform 2008 wurde dem Rechnung getragen und explizit geregelt, dass Betriebsvermögen unter gewissen Bedingungen zu 85 bzw. 100 Prozent unbesteuert bleiben. Voraussetzung dafür ist, dass der Betrieb nicht verkauft und so weitergeführt wird, dass eine gewisse Lohnsumme für 5 bzw. 7 Jahre erhalten bleibt bzw. erreicht wird. Begründet wird diese positive Diskriminierung mit der Förderung des Gemeinwohls. Als Gemeinwohl wird insbesondere die Schaffung bzw. der Erhalt von Arbeitsplätzen gesehen.

Mit dem Urteil vom 17.12.2014 wurde auch diese Reform für als nicht in jeder Hinsicht mit der Verfassung vereinbar erklärt. „Zwar liegt es im

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, kleine und mittlere Unternehmen, die in personaler Verantwortung geführt werden, zur Sicherung ihres Bestands und zur Erhaltung der Arbeitsplätze steuerlich zu begünstigen. Die Privilegierung betrieblichen Vermögens ist jedoch unverhältnismäßig, soweit sie über den Bereich kleiner und mittlerer Unternehmen hinausgreift, ohne eine Bedürfnisprüfung vorzusehen. [...] Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, präzise und handhabbare Kriterien zur Bestimmung der Unternehmen festzulegen, für die eine Verschonung ohne Bedürfnisprüfung nicht mehr in Frage kommt.<sup>25</sup> Die Bundesregierung hat in dem Referentenentwurf vom Juni dieses Jahres einen entsprechenden Reformvorschlag vorgelegt, der insbesondere „die Einführung einer Verschonungsbedarfsprüfung für den Erwerb großer Betriebsvermögen“ vorsieht.<sup>26</sup>

Unabhängig von der Einschätzung über das Für und Wider einer *Erb-schaftsteuer* insgesamt stellt sich hier die Frage, inwiefern eine positive Diskriminierung von Betriebsvermögen zum Gemeinwohl beiträgt und welche Rolle in diesem Zusammenhang die Bedürftigkeit eines Unternehmens spielt. Von Befürwortern der Begünstigung von Familienbetriebsvermögen wird dabei häufig argumentiert, dass durch die Aussicht auf die künftige Last durch die Erbschaftsteuer die Investitionen in *Familienunternehmen* verzerrt und zugunsten anderer Investitionen reduziert werden. Eine solche Verzerrung der Investitionsanreize träte allerdings nur auf, wenn alternative Anlagemöglichkeiten nicht der Erbschaftsteuer unterliegen würden. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Verzerrung findet also nicht durch die Erbschaftsteuer statt, sondern durch die Ausnahmen von der Erbschaftsteuer. Welche Rechtfertigungsgründe kann es dafür geben?

Wie im Fall von Innovationen bieten sich zwei Begründungsmöglichkeiten an: *Finanzierungsbeschränkungen* und positive Externalitäten. Möglicherweise sind Familienunternehmen finanzierungsbeschränkt, so dass ein grundsätzlich profitables Unternehmen insolvenzgefährdet wäre, wenn ihm aufgrund der Erbschaftsteuer Liquidität entzogen würde, obwohl es privat sinnvoll wäre, das Unternehmen weiterzuführen. Möglicherweise gehen von Familienunternehmen *positive Externalitäten* aus, die es rechtfertigen, sie besonders zu unterstützen.

---

<sup>25</sup> Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung Nr. 116/2014 v. 17.12.2014.

<sup>26</sup> Erbschaftsteuerreform, Gesetzentwurf v. 8.7.2015.

## 2. Insolvenzrisiko bei Liquiditätsentzug: Theoretischer Wirkungsmechanismus und empirische Befunde

Betrachten wir zunächst die Finanzierungsfrage. Natürlich wird durch die Zahlung einer Erbschaftsteuer dem Unternehmen Liquidität entzogen. Aber die Besteuerung des Betriebsvermögens ist im Prinzip genau so gewollt, denn es ist Ausdruck der Leistungsfähigkeit des Erbens.<sup>27</sup>

Der mit der Besteuerung verbundene Liquiditätsentzug kann prinzipiell durch Finanzierung über den Kapitalmarkt ausgeglichen werden. Die obige Diskussion von *Finanzierungsbeschränkungen* hat gezeigt, dass insbesondere junge Unternehmen unter Finanzierungsbeschränkungen leiden und dass speziell Innovationen schwierig zu finanzieren sind. Junge Unternehmen tun sich schwer, weil sie noch keine Rücklagen haben bilden können und weil sie noch keine Kreditgeschichte haben, die es Banken ermöglichen würde, ihre Kreditwürdigkeit einzuschätzen. Innovationen sind schwer zu finanzieren, weil sie nicht besichert werden können. All diese Gründe spielen für Familienunternehmen keine größere Rolle als für andere Unternehmen. Sie sind im Zweifelsfall nicht mehr jung, sie hatten die Möglichkeit, Rücklagen zu generieren, und es geht nicht um die Finanzierung speziell von Innovationen, sondern des Unternehmens als Ganzes. Dies kann also durch das Unternehmen als Ganzes auch besichert werden. Viele der zuvor angeführten Gründe, warum es schwierig sein kann, am Kapitalmarkt die Finanzierung zu erhalten, gelten für *Familienunternehmen* also nicht stärker als für andere Unternehmen.

Die Steuerzahlung kann auch durch andere Vermögenswerte beglichen werden, nicht zuletzt durch eine Lebensversicherung, die der Erblasser für diesen Zweck abschließt. Im Bedarfsfall kann die Steuerzahlung auch gestundet werden. Rein theoretisch ist also nicht klar, warum aus Liquiditätsgründen die Verschonung von der *Erbschaftsteuer* notwendig wäre.<sup>28</sup>

Welche empirische Evidenz gibt es dafür, dass das *Insolvenzrisiko* steigt? Von Befürwortern der Verschonung von *Familienbetrieben* werden oft die

27 Bundesministerium der Finanzen, „Die Begünstigung des Unternehmensvermögens in der Erbschaftsteuer“, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, 2012, S. 28.

28 Bundesministerium der Finanzen, „Die Begünstigung des Unternehmensvermögens in der Erbschaftsteuer“, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, 2012, S. 29.

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

Ergebnisse aus Unternehmensbefragungen zitiert. Ein vielzitiertes Aufsatz von *Astrachan* und *Tutterow* (1996) berichtet über Umfrageergebnisse aus den Vereinigten Staaten.<sup>29</sup> Zwei Drittel der Antwortenden geben an, dass sie im Falle ihres Todes das Überleben ihrer Unternehmung gefährdet sehen würden. Gleichzeitig konnte knapp die Hälfte der Antwortenden gar nicht abschätzen, wie hoch die Steuerlast wäre, die auf den Erblasser zukäme, und viele sahen auch nicht, dass sie im Erbfall ohnehin unter der Freistellungsgrenze bleiben würden. Trotz dieser fragwürdigen Evidenz ziehen die Autoren den Schluss, dass die negativen Effekte einer Nachlasssteuer für Unternehmen überwiegen.

Ähnlich fallen auch die Ergebnisse einer ifo-Sonderumfrage im Auftrag des Verbands der *Familienunternehmen* vom letzten Sommer aus.<sup>30</sup> Von knapp 5000 befragten deutschen Familienunternehmen antwortete rund ein Drittel. Von den antwortenden Unternehmen schätzten rund zwei Drittel, dass sie im Falle eines Wegfalls der Begünstigung von Betriebsvermögen bei der Erbschaftsteuer ihre Investitionen senken müssten, gut die Hälfte der Antwortenden sagten, dass sie die Beschäftigung senken müssten. Wie die Autoren der Studie bei der Kommentierung der Antworten allerdings selbst betonen, stehen die Umfrageergebnisse nicht im Einklang mit den Ergebnissen ökonomischer Studien, wonach die Erbschaftsteuer keine großen Auswirkungen auf die Existenz von Unternehmen und Arbeitsplätzen hat.

Kommen wir also nach dem, was die Unternehmer in Umfragen behaupten, jetzt zu dem, was sie wirklich tun, zumindest soweit man das aus ökonomischen Studien schließen kann.

Insbesondere in den Vereinigten Staaten ist diese Frage mehrfach untersucht worden. Wie *Gale und Slemrod* (2001) in einem Überblicksartikel festhalten, können sie in den Vereinigten Staaten keine Evidenz dafür finden, dass die *Erbschaftsteuer* ein großes Problem für den Fortbestand von *Familienunternehmen* ist.<sup>31</sup>

Wenn die Sorge um das *Insolvenzrisiko* den Besitzern von Familienunternehmen tatsächlich ein Anliegen wäre, dann sollte man erwarten, dass sie dafür Vorsorge treffen, durch Abschluss einer Lebensversiche-

---

29 *Astrachan/Tutterow*, „The Effect of Estate Taxes on Family Business, Survey Results“, (1996), *Family Business Review*, 303–314.

30 Stiftung Familienunternehmen, „Die Auswirkungen der Erbschaftsteuer auf Familienunternehmen“, 2014.

31 *Gale/Slemrod*, „Rethinking Estate and Gift Taxation“, (2001), Washington, D.C.: Brookings Institution Press.

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

rung beispielsweise, oder durch Halten entsprechender Vermögenstitel. *Holtz-Eakin et al* (2001) z.B. zeigen anhand von US-amerikanischen Daten, dass Unternehmenseigentümer zwar in der Tat mehr Lebensversicherungen kaufen als andere.<sup>32</sup> Interessanterweise reagieren sie aber nicht so stark auf Erbschaftsteuersätze, wie man erwarten sollte, wenn sie um den Fortbestand ihres Unternehmens fürchten würden. Offensichtlich ist ihnen die Absicherung ihrer Erben doch nicht so wichtig.

*Brunetti* (2006) hat Daten über Einkünfte aus der Nachlasssteuer in San Francisco ausgewertet, um zu überprüfen, ob die Erbschaftsteuer dazu führt, dass Familienunternehmen und Bauernhöfe im Erbfall verkauft werden müssen.<sup>33</sup> Die Ergebnisse zeigen einen positiven Zusammenhang: höhere Steuern, mehr Verkäufe. Allerdings ist die kausale Identifikation nur begrenzt belastbar. Interessant ist auch, dass kein signifikanter Zusammenhang zwischen Unternehmensliquidität und Unternehmensverkäufen beobachtet werden kann. Wenn es also zu Verkäufen kommt, dann scheint die Ursachen nicht die mangelnde Liquidität zu sein.

*Houben und Maiterth* (2011) haben mit Hilfe von Daten der Erbschaftsteuerstatistik und der Daten des Sozioökonomischen Panels Mikrosimulationen durchgeführt, um den Einfluss des Erbschaftsteuerrechts in Deutschland zu analysieren.<sup>34</sup> Sie finden heraus, dass selbst vor der Reform von 2008 das Erbschaftsteuerrecht Familienunternehmen im Erbfall nicht so stark belastet hat, dass der Unternehmensfortbestand und Arbeitsplätze im Erbfall aufgrund von Liquiditätsengpässen gefährdet gewesen wären. Sie erklären ihren Befund damit, dass im Normalfall auch andere Vermögenswerte vererbt werden, aus denen die Erbschaftsteuer beglichen werden kann.

Fazit ist: von einer Gefahr für den Unternehmensfortbestand bei Wegfall der Begünstigung der Betriebsvermögen wird zwar viel gesprochen, wirklich belastbare Evidenz gibt es dafür allerdings nicht. Insgesamt scheinen das Liquiditätsproblem und ein daraus resultierendes Insolvenzproblem überschätzt zu werden, zumal kein Liquiditätsproblem auftreten muss, wenn der Steuerbetrag gestundet werden kann. Völlig unverständlich ist in jedem Fall, wenn unter Verweis auf ein potentielles Liquiditätsproblem

---

32 *Holtz-Eakin/Phillips/Rosen*, „Estate taxes. Life insurance and small business“, (2001), *Rev. Econ. Stat.*, 52–63.

33 *Brunetti*, „The estate tax and the demise of the family business“, (2006), *Journal of Public Economics*, 1975–1993.

34 *Houben/Maiterth*, „Erbschaftsteuer und Erbschaftsteuerreform in Deutschland – Eine Bestandsaufnahme“, (2011), *DIW Vierteljahreshefte*, 161–188.

die *Erbschaftsteuer* erlassen wird, ohne dass überhaupt ein Nachweis erbracht werden muss, dass der Unternehmensfortbestand andernfalls gefährdet wäre.

Viel problematischer als ein potentiell Liquiditätsproblem scheint es für den Unternehmensfortbestand vielmehr zu sein, wenn der Erlass der Steuer an Auflagen geknüpft ist, wie dies derzeit der Fall ist. Die aktuelle Regelung sieht vor, dass ein Unternehmen 5 bzw. 7 Jahre lang die Beschäftigung unverändert lassen muss, wenn es nicht nachträglich Erbschaftsteuerpflichtig werden will. Dadurch wird die Manövrierfähigkeit eines Unternehmens erheblich eingeschränkt. Es ist nicht auszuschließen, dass hieraus viel größere Risiken für den Unternehmensfortbestand resultieren als aus der Begleichung der Erbschaftsteuer.

Selbst wenn es zum Verkauf eines Unternehmens kommen sollte, ist überhaupt nicht klar, warum dadurch ein volkswirtschaftlicher Schaden entstehen sollte. Warum sollte durch den Verkauf beispielsweise der Bestand an Arbeitsplätzen in Frage gestellt sein? Wer das behauptet, suggeriert, dass Familienunternehmer systematisch ineffizient arbeiten, also zu viele Beschäftigte haben. Das aber ist, wie eben bereits angedeutet, unter Umständen das sehr viel größere Risiko für den Fortbestand eines Unternehmens.

### **3. Der Beitrag von Familienunternehmen zum Gemeinwohl: Theoretische Überlegungen und empirische Befunde**

Gibt es andere Gründe, Familienbetriebe von der Erbschaftsteuer auszunehmen? Tragen *Familienunternehmen* durch *positive Externalitäten* besonders zum Gemeinwohl bei? Schaffen sie besonders viele Arbeitsplätze, sind sie besonders innovativ?

In der öffentlichen Diskussion gelten *Familienunternehmen* typischerweise als Inbegriff des Mittelstands. Dieser Mittelstand wird heutzutage gemeinhin als wesentliche Stütze unserer Volkswirtschaft gesehen. Dabei ist diese Sichtweise eine eher neue Entwicklung. Erst seit den 1950er Jahren bezieht sich der Begriff „(gewerblicher) Mittelstand“ auf kleine und mittlere (Familien-)Unternehmen. Zwar wurde schon damals der Großteil der deutschen Wirtschaft somit zum Mittelstand gezählt, jedoch gab es keine Berichterstattung zur Innovationskraft oder Einzigartigkeit des deutschen Mittelstandes. Vielmehr beschränkten sich die Forderungen von Interessenvertretern des Mittelstandes auf Steuererleichterungen und leichteren Zugang zu Kapital, um Nachteile gegenüber Großunter-

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

nehmen auszugleichen und den Mittelstand zu schützen. Erst Anfang der 1980er Jahre wurde der Begriff auch im Economist verwendet, und zwar stets mit dem Zusatz „is the backbone of the economy“ und Hinweisen darauf, dass Mittelständler „flexible enough to innovate with ease“ seien bzw. „more flexible, innovative and profitable than the better known ‘giants’“. <sup>35</sup>

Welche Evidenz gibt es nun dafür, dass *Familienunternehmen* besonders viel zum Gemeinwohl beitragen? Bisher gibt es keine empirischen Studien, die den Beitrag speziell von Familienunternehmen zur Schaffung von Arbeitsplätzen untersuchen würde. Berücksichtigt man aber, dass gerade kleine Unternehmen typischerweise Familienunternehmen sind, dann kann man auch Studien heranziehen, die untersuchen, welchen Beitrag kleine Unternehmen zum Wachstum und zur Schaffung von Arbeitsplätzen leisten. Wie eine Studie von *Haltiwanger et al* (2013) über US-amerikanischen Unternehmen zeigt, gibt es keinen Beleg dafür, dass kleine Unternehmen per se viele Arbeitsplätze schaffen. <sup>36</sup> Arbeitsplätze entstehen vor allem durch junge Unternehmen. Das passt im Übrigen auch gut zur obigen Beobachtung, dass kleine Unternehmen im allgemeinen weniger positive *Innovationsexternalitäten* generieren als große, junge, wagniskapitalfinanzierte Unternehmen aber deutlich mehr.

Eine Frage, die in einer Reihe von Studien untersucht wurde, ist, wie effizient Familienunternehmen im Vergleich zu Nichtfamilienunternehmen sind. Das sagt nicht unmittelbar etwas über die Schaffung von Arbeitsplätzen aus, gibt uns aber einen Hinweis darauf, wie wettbewerbsfähig und damit überlebensfähig Familienunternehmen sind.

Bei der Diskussion der Vor- und Nachteile von Familienunternehmen werden typischerweise zwei Argumente vorgebracht: Für Familienunternehmen könnte sprechen, dass Familieneigentümer das Unternehmen besser kontrollieren. Das kann vor allem dann vorteilhaft sein, wenn Kapitalmärkte imperfekt sind und deshalb die Kontrolle durch Außenstehende nicht so gut gewährleistet werden kann.

Gegen Familienunternehmen, insbesondere die Führung des Unternehmens durch die Familie, spricht, dass spätestens in der zweiten Generation die Auswahl an Talenten begrenzt ist, und zwar auf die Familienange-

---

<sup>35</sup> The Economist, „West Germany’s small but tempting shares“, 1987.

<sup>36</sup> *Haltiwanger/Jarmin/Miranda*, „Who Creates Jobs? Small vs. Large vs. Young“, (2013), Review of Economics and Statistics, 347–361.

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

hörigen. Gleichzeitig kann, wenn die Unternehmensnachfolge vorgezeichnet ist, der Anreiz, in Humankapital zu investieren, für den Unternehmenserben geringer sein (Carnegie Conjecture). Allerdings kann auch der Anreiz, in unternehmensspezifisches Humankapital zu investieren, größer sein.<sup>37</sup> Welcher dieser Effekte überwiegt, ist theoretisch nicht eindeutig und kann deshalb nur empirisch überprüft werden.

*Villalonga* und *Amit* (2006) zeigen, dass in großen US-amerikanischen Unternehmen Familienbesitz den Unternehmenswert nur dann positiv beeinflusst, wenn der Gründer selbst als Vorstandsvorsitzender (CEO) oder als Aufsichtsratsvorsitzender aktiv ist.<sup>38</sup> Wenn hingegen Nachkommen als Vorstandsvorsitzende (CEO) arbeiten, dann reduziert das den Unternehmenswert. *Familienunternehmen* mit einem externen Vorstand, der nicht aus der Familie stammt, unterscheiden sich in ihrem Wert nicht signifikant von Unternehmen, die nicht im Familienbesitz sind. Ähnlich negative Effekte einer Unternehmensnachfolge aus der Familie zeigt auch *Perez-Gonzalez* (2006), vor allem dann, wenn die Familienmitglieder, die zum Vorstand werden, nicht auf einem besonders guten College waren.<sup>39</sup>

Eine methodisch heikle Frage bei all diesen Untersuchungen ist, inwieweit die Ergebnisse durch Selektionseffekte getrieben werden. Schließlich ist es nie Zufall, ob ein Familienunternehmen auch in der zweiten Generation im Besitz der Familie bleibt und durch ein Familienmitglied geführt wird. Am ehesten sollte man das erwarten, wenn der Nachwuchs sich für die Aufgabe eignet, am wenigsten, wenn er ganz andere Talente oder Interessen hat.

Die erste Arbeit, die diese Selektionsproblematik angeht, ist eine Studie von *Bennedsen et al* (2007).<sup>40</sup> Während die anderen Studien immer auf einem Querschnittsvergleich basieren, können *Bennedsen et al* tatsächlich kausale Evidenz dafür liefern, dass sich die Familiennachfolge negativ auf die Unternehmensprofitabilität auswirkt. Die Identifikationsstrategie, die sie dafür verwenden, ist einfach: sie nutzen die Information über das

---

37 *Bloom/van Reenen*, „Measuring and Explaining Management Practices Across Firms and Countries“, (2007), *Quarterly Journal of Economics*, 1351–1408.

38 *Villalonga/Amit*, „How do family ownership, control and management affect firm value?“, (2006), *Journal of Financial Economics*, 385–417.

39 *Pérez-González*, „Inherited Control and Firm Performance.“, (2006), *American Economic Review*, 1559–1588.

40 *Bennedsen et al*, „Inside the Family Firm: The Role of Families in Succession Decisions and Performance“, (2007), *The Quarterly Journal of Economics*, 647–691.

Geschlecht des erstgeborenen Kindes. Rein statistisch ist es bei männlichen Erstgeborenen wahrscheinlicher, dass sie auch die Nachfolge im Familienunternehmen antreten. Dies schafft eine exogene Variation fast wie bei einem Zufallsexperiment: die Familiennachfolge ist „zufällig“, da sie vom Geschlecht des erstgeborenen Kindes abhängt (was wiederum nicht beeinflussbar ist). Dadurch können Unternehmen mit „zufälliger“ Familiennachfolge verglichen werden mit solchen, die „zufällig“ keine Familiennachfolge haben. Die Ergebnisse bestätigen eindrücklich die Hypothese, dass Familien aus einem kleineren Pool von Talenten schöpfen.

Es bleibt schließlich die Frage, ob Familienunternehmen besonders innovativ sind. Nach einer Studie von *Andersen* und *Reeb* (2003) ist das nicht der Fall.<sup>41</sup> Auch sie nutzen Informationen über große Unternehmen und stellen fest, dass die Investitionsstrategien der Gründer und Erben weniger langfristig ausgelegt sind, als man erwarten sollte. Sie investieren weniger in langfristige Projekte und in FuE. Auch in der Produktion von Patenten sind Erben-CEOs weniger erfolgreich.

#### 4. Zwischenfazit

Wie eingangs festgestellt, führt eine Verschonung von Betriebsvermögen bei der *Erbschaftsteuer* zu einer Verzerrung zugunsten von *Familienunternehmen*. Begründungen, die auf die Gefahr der Insolvenz durch Liquiditätsentzug im Falle der Erbschaftsteuer abstellen, sind angesichts der beschriebenen Möglichkeiten, diesen Liquiditätsentzug aufzufangen, wenig überzeugend. Auch ist nicht klar, warum Familienbetriebsvermögen produktiver sein sollten als andere Arten von Privatvermögen und deshalb eine besondere Begünstigung rechtfertigen. Die vorgestellten Studien, so kann man summarisch sagen, können nicht belegen, dass Familienunternehmer effizienter sind als andere, zumindest dann nicht, wenn sie in der zweiten Generation geführt werden. Geht man davon aus, dass effizientere Unternehmen eine höhere Überlebenswahrscheinlichkeit haben und dass ihre höhere Effizienz durch ihre höhere Innovationskraft getrieben ist, dann spricht diese Evidenz nicht dafür, dass Familienunternehmen per se zu fördern wären.

Möglicherweise gibt es andere Gründe, warum Familienunternehmen zum Gemeinwohl beitragen. Ein viel genanntes Argument ist, dass sie für eine höhere Beschäftigungsstabilität sorgen. Wie tragfähig solche Argu-

<sup>41</sup> *Anderson/Reeb*, „Founding-Family Ownership and Firm Performance: Evidence from the S&P 500“, (2003), *The Journal of Finance*, 1301–1328.

---

Schnitzer – Ökonomische Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik

---

mente sind, welche Rolle in dem Zusammenhang der Status des Familienunternehmens oder die Größe des Unternehmens spielen, dafür wäre mehr Evidenz wünschenswert. Empirische Untersuchungen zu Familienunternehmen scheitern oft an der fehlenden Datengrundlage, weil über Familienunternehmen weniger öffentlich zugängliche Informationen vorliegen als über öffentliche Unternehmen. Hier besteht eine Forschungslücke, die es zu schließen gilt.

#### **IV. Schlussfolgerungen**

In diesem Beitrag wurden zwei Beispiele für die steuerliche Förderung von Unternehmen betrachtet. Für die *Innovationsförderung* im Allgemeinen und die steuerliche FuE-Förderung im Besonderen gibt es gute theoretische Gründe und ihre Wirksamkeit ist auch empirisch belegt. Die Förderung von Familienunternehmen im Rahmen der Erbschaftsteuer ist hingegen kritischer zu sehen. Besondere Beschäftigungs- und Innovationseffekte, verbunden mit positiven Externalitäten, gehen vor allem von jungen und innovativen Unternehmen aus. Es spricht viel dafür, die Förderung dieser Unternehmensgruppe in den Fokus der Politik zu stellen.



## Diskussion

### zur Rechtfertigung des Themas und den Referaten von Prof. Dr. *Johanna Hey* und Prof. Dr. *Monika Schnitzer*

Prof. *Rüdiger von Groll*, München

Die beiden Vorträge haben unglaublich animiert, da ist eine Endloszahl von Problemen aufgetaucht und ich wollte einmal das Augenmerk auf zwei Punkte lenken. Einmal das Phänomen, kaum ist bei uns in irgendeinem Steuergesetz der Steuertatbestand einigermaßen exakt beschrieben – meistens ist es nicht exakt –, geht es mit einer Serie von Befreiungsvorschriften los, zu der man beim besten Willen keine Systematik finden kann. Ich erinnerte mich da an unseren Kollegen *Arndt Raupach*, der bei einem Vortrag die historischen Gründe für dieses Phänomen aufgezeigt hat. Wir haben heute wieder die Verleihung des Hensel-Preises vor – zu Hensels Zeiten gab es das nicht – das Ganze ist nach dem II. Weltkrieg entstanden, als die Alliierten uns eine endlos hohe Steuerbelastung aufoktroierten, die Ausgestaltung der Steuergesetze aber den nationalen Instanzen überließen. Deren Trick war es, durch eine Minderung der Besteuerungsgrundlage die Sache erträglich zu gestalten. Das hat sich dann immer weiter fortgesetzt. Die historischen Spuren haben sich verloren. Zum Spannungsverhältnis freie Marktwirtschaft – Planwirtschaft würde ich jetzt gerne den *genius locii* bemühen. Einmal die Reste – wie man hier überall wieder erlebt – der Planwirtschaft in den sozialistischen Staaten und dann – nach der Wende – die Förderungsruinen, die man hier besonders immer wieder erleben kann. Da merkt man die Begrenzung. Dieses Spannungsverhältnis sollten wir nicht aus dem Blickfeld verlieren. Frau *Hey* hat in diesem Zusammenhang ein besonderes Problem der staatlichen Lenkung angesprochen, das ist die Vorhersehbarkeit. Ich habe auch im zweiten Vortrag gemerkt, mit der Vorhersehbarkeit ist es bei den staatlichen Instanzen nicht so weit bestellt wie bei der Reaktionsfähigkeit der Unternehmen.

Prof. Dr. *Roland Ismer*, Msc Econ. (LSE) Nürnberg

Meine Fragen richten sich an Frau *Schnitzer*. Vielen Dank für den sehr anschaulichen Vortrag, mit dem Sie uns das ökonomische Denken näher gebracht haben. Ich habe zwei Fragen. Ich möchte mich dabei noch nicht zur Erbschaftsteuer äußern, weil dann vorgreifend auf heute Nachmittag schon jetzt die Beihilfeproblematik in den Raum gestellt werden

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

müsste. Stattdessen möchte ich mich auf die Forschung und Entwicklung konzentrieren und zwar auf zwei Punkte: Erstens haben Sie gesagt, die Forschungs- und Entwicklungsförderung durch Steuern sei überlegen gegenüber der Förderung durch Patent Boxes. Ich habe dafür sehr viel Sympathie. Wenn das so ist, müssen wir natürlich den internationalen Kontext mitdenken, dass eine doppelte Förderung droht, indem zunächst einmal eine Förderung der Entwicklungsleistung der Forschung erfolgt und dann kurz vor patentförmigem Abschluss die Früchte der Forschung in ein Land mit Patent Boxes verlagert werden. Deswegen die Frage, ob wir, wenn wir die überlegene steuerliche Förderung implementieren, irgendeine Form von Abwehrgesetzgebung gegen Verlagerungen brauchen, etwa in Form einer Lizenzschranke? Frage zwei: die persönliche Beeinflussbarkeit der Forschung durch ein attraktives Umfeld. Das scheint mir sehr sehr logisch zu sein. Es ist natürlich nicht ganz leicht, da nicht mit der Gießkanne zu verteilen, sondern wirklich Anreize zu setzen und das bei Individuen, die gerade ihre Lokationsentscheidung treffen. Das sind typischerweise diejenigen, die gerade mit ihrem Studium oder ihrer Ausbildung fertig sind. Es würde daher in meinen Augen viel dafür sprechen, diesen irgendeine Möglichkeit zu geben, ihr gesammeltes Humankapital steuerlich bevorzugt abschreiben zu können. Bis jetzt haben wir ein eklektizistisches System, das man entweder nur während der Ausbildungsphase selbst abschreiben kann oder sogar gar nicht. Wir haben ein System, das im Wesentlichen über Förderung funktioniert. Sollten wir nicht darüber nachdenken, die Leute, die gerade fertig sind, mit einem günstigen Steuersatz zu versehen, damit sie zu uns kommen? Ganz egal wo sie ihre Ausbildung hatten – Hauptsache sie kommen zu uns, wenn sie sehr gut ausgebildet sind. Vielen Dank!

Dr. *Simon Kempny*, LL.M., Köln

Ich habe eine Anmerkung zu Frau *Heys* Vortrag. Ich fand es sehr erhellend, dass Sie unser Analyseraster um die Kategorie der Normen erweitert haben, die sozusagen anderweit ausgelöste Gestaltungswirkungen partiell wieder zurücknehmen. Man könnte sie vielleicht Gestaltungsüberschießungsvermeidungsnormen nennen. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, gingen Sie dabei davon aus, dass die Verlustvor- und -rücktragsmöglichkeiten des § 10d EStG gewissermaßen die Regel darstellten. Demnach erwiese sich die Mindestbesteuerung als Ausnahme und die „Mittelstandsklausel“ dann als Rückausnahme, die die Regel wieder in Geltung setzte. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass diese Sichtweise sehr plausibel, aber keinesfalls zwingend ist. Man könnte auch sagen, das Jahres-

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

steuerprinzip – immerhin im grundlegenden § 2 und nicht in § 10d verankert –, also § 2 Abs. 7 und § 25 Abs. 1 EStG sei die Regel. Dann – wenn man das so konstruierte – erwiese sich die intertemporale Verlustausgleichsmöglichkeit gerade als Ausnahme, die Mindestbesteuerung als Wiederherstellung der Regel und die Mittelstandsklausel nicht etwa als Gestaltungsüberschießungsvermeidungsnorm, sondern als Ausnahmenerweiterungsnorm. Das soll jetzt nicht heißen, dass ich diese Konstruktion für dogmatisch überzeugender hielte als Ihre, sondern nur zeigen, dass diese Einordnungen von Wertungen abhängen und damit streitanfällig sind. Das sollten wir uns vor Augen führen, bevor wir unterschiedliche verfassungsrechtliche Voraussetzungen ableiten, je nachdem, ob wir eine Norm als Ausdruck einer Regel oder einer Ausnahme ansehen.

Prof. Dr. *Heribert M. Anzinger*, Ulm

Herr *Mellinghoff* hat in seinem Eingangsreferat die Bandbreite steuerlicher Wirtschaftspolitik mit eindrucksvollen Beispielen anschaulich gemacht. Frau *Hey* hat die Kategorien wirtschaftspolitisch relevanter Normen und die Akteure steuerlicher Wirtschaftspolitik weiterführend strukturiert. Frau *Schnitzer* hat die empirische Forschung dargestellt. Bei allen drei Vorträgen musste ich an *Joseph Schumpeter* und die ökonomische Theorie der Politik denken. Die Steuerwissenschaften adressieren ihre axiomatisch und empirisch begründeten Erkenntnisse an einen rationalen Steuergesetzgeber. Der Steuergesetzgeber ist aber kein benevolenter Diktator. Er ist ein Akteur auf dem Markt der Wählerstimmen. Wenn es auf diesem Markt ein Marktversagen gibt, müsste man dann Ihren Vortrag, Frau *Hey*, um die Kategorien Transparenz und demokratische Kontrolle steuerlicher Wirtschaftspolitik ergänzen? Und müssten die Wirtschaftswissenschaften, um dieses Marktversagen zu erkennen, um zu verstehen, was für Mechanismen in der steuerlichen Wirtschaftspolitik wirken und um den Gesetzgeber zu erreichen, ihr Forschungsprogramm erweitern, wie es sich der Verein für Socialpolitik letzte Woche auf die Fahnen geschrieben hat? Es gibt eine steuerliche Förderung des Hotelgewerbes, weil im öffentlichen Diskurs zu wenig Bewusstsein dafür entsteht, dass Förderung auf der einen Seite eine Belastung auf der anderen Seite nach sich zieht. Warum gelingt es den Steuerwissenschaften nicht, diesen Zusammenhang politikwirksam herzustellen? Das sind meine Fragen an beide Referentinnen.

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

Prof. Dr. *Gregor Kirchhof*, LL.M., Augsburg

Meine Fragen richten sich an Frau Professorin *Hey*. Sie haben einen Schwerpunkt auf die „ungezielten Gestaltungswirkungen“ steuerlicher Regelungen gelegt und diese u.a. mit der Abwesenheit von wirtschaftspolitischer Kompetenz erklärt. Meine Fragen beziehen sich auf den Begriff und die Folgen. Zum Begriff: Warum haben Sie von Gestaltungswirkungen und nicht einfach von ungezielten Wirkungen gesprochen? Mit Blick auf die Folgen haben Sie ein besonderes Gesetzescontrolling vorgeschlagen. Doch regen sich nach den bisherigen Erfahrungen mit Gesetzescontrolling Zweifel an dessen Wirksamkeit. Hier könnten die Freiheitsrechte helfen. Der grundrechtliche Schutz der Freiheitsrechte wird im Steuerrecht zuweilen als kraftlos beschrieben. Die ausgemachte Schwäche hat ihren Ursprung darin, dass wir Wirkungen von steuerlichen Normen, die über die finanzielle Belastung hinausgreifen, nicht hinreichend erfassen. Steuerliche Rückwirkungen und Lenkungswirkungen bieten hier eine Ausnahmen. Gegenüber diesen Eingriffen entfalten die Freiheitsrechte ihre schützende Kraft, weil die Wirkungen von der monetären Steuerlast getrennt und sodann am Maßstab der Grundrechte gemessen werden. Dieses Vorgehen sollten wir auf weitere Wirkungen des Steuerrechts erstrecken – auf die breiten Mitwirkungs- und Dokumentationspflichten, auf Verteilungswirkungen, Vereinfachungen, auch auf die strafrechtlichen und datenschutzrechtlichen Folgen sowie kumulativen Belastungen. All diese erheblichen Belastungen müssen verhältnismäßig sein. Jetzt wäre meine Frage, inwieweit nach Ihrer Einschätzung ungezielte Wirkungen steuerlicher Normen an dem so gestärkten freiheitlichen Maßstab zu messen und einzugrenzen sind. Das vorgeschlagene Gesetzescontrolling würde dann die Wirkungen des Steuerrechts nicht nur politisch, sondern insbesondere rechtlich am Maßstab der Grundrechte prüfen.

Prof. Dr. *Rainer Hüttemann*, Bonn

Frau *Schnitzer*, Sie haben in Ihrem Vortrag – wie durch das Tagungsprogramm vorgegeben – die ökonomische Analyse steuerlicher Maßnahmen der Wirtschaftslenkung in den Mittelpunkt gestellt. Ich möchte gerne einen Schritt vorher ansetzen und fragen: Hätte der Staat nicht auch andere Möglichkeiten, das Verhalten der Wirtschaftssubjekte zu lenken, oder werden nicht monetäre Anreize von den Adressaten vielleicht nicht so ernst genommen? Gibt es ein Glaubwürdigkeitsproblem, wenn der Staat zur Lösung eines bestimmten Problems nicht zugleich –

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

wie Politiker gerne sagen – „Geld in die Hand nimmt“? Gibt es in der modernen Verhaltensökonomie Studien, die diese Abwägungsentscheidung zwischen monetären und anderen Anreizen in den Blick nehmen, d.h. hat der Staat auch außerhalb des Steuerrechts wirkungsvolle Möglichkeiten, wirtschaftliches Verhalten zu beeinflussen? Meine zweite, daran anschließende Frage lautet: Haben steuerliche Maßnahmen – und dies haben Sie in Ihrem Vortrag an der einen oder anderen Stelle z.B. bei der Überschätzung der Erbschaftsteuer in Familienunternehmen angedeutet – vielleicht eine überschießende Wirkung insoweit, als manche Leute aufgrund der Intransparenz steuerlicher Regelungen ihr Verhalten schon deshalb ändern, weil ihnen der Steuerberater sagt, für bestimmte Investitionen gebe es einen steuerlichen Vorteil, ohne dass näher geprüft wird, ob sich z.B. die Anschaffung eines steuerbegünstigten E-Mobils im Vergleich zu einem sparsamen anderen Fahrzeug auch tatsächlich rechnet? Nutzt der Staat bei steuerlichen Fördermaßnahmen also auch die eingeschränkte Rationalität der Adressaten aus, weil allein das Stichwort „Steuerersparnis“ in Deutschland – heute Vormittag sprachen wir von den Förderruinen in der ehemaligen DDR – wahre Wunder bewirken kann. Vielleicht ist das auch ein länderspezifisches Problem, das sich z.B. in Deutschland anders auswirkt als in Amerika.

Prof. Dr. *Susanne Sieker*, Halle

Ich habe eine ganz kurze Frage an Frau *Schnitzer* zu den Studien, die die Familienunternehmen betreffen. Sie haben gesagt, es sind nur große Familienunternehmen untersucht worden oder hätten untersucht werden können. Ist das eine Frage der Größe oder eine Frage der Rechtsform? Also woher kommt es, dass die Daten auf diese großen Familienunternehmen begrenzt wurden?

Prof. Dr. Dr. h.c. *Wolfgang Schön*, München

Zunächst ein ganz großes Kompliment an beide Vortragende und auch an Herrn *Mellinghoff* für seine Einführung. Ich glaube, dass die ganzen zwei Tage durch diese Einführungsreferate auf eine wunderbare Grundlage gestellt werden. Ich finde es aber auch interessant, wieviel hier schon als selbstverständlich akzeptiert worden ist, denn wenn man vor zehn Jahren in dieser Gesellschaft über dieses Thema gesprochen hätte, dann wäre – glaube ich – der Raum erfüllt gewesen von einer fundamentalen Abneigung gegenüber jeder Form von steuerlicher Wirtschaftspolitik. Man hätte also Probleme steuerlicher Gleichheit im Recht oder

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

auch ökonomischer Neutralität beschworen, hinter der sich all das, was ich jetzt im Detail diskutiere, nur noch als lästiger Störfaktor dargestellt hätte. Dazu habe ich eine Frage, die mich ernsthaft quält und auf die ich von beiden Referentinnen gerne eine Antwort hätte. Sie betrifft die Steuerinzidenz. Die juristischen Ansätze nicht nur der Rechtswissenschaft, sondern auch der Steuergesetzgebung und des Verfassungsgerichts, wenn es sich mit solchen Fragen befasst, gehen ja immer in sehr expliziter Weise davon aus, dass, wenn der Gesetzgeber eine Person belastet, diese Person die Steuer auch trägt und die entsprechenden Effekte bestrafender oder belohnender Art sich bei dieser Person einstellen. Wenn die Finanztransaktionssteuer eingeführt werden soll, dann sagt man, werden die Banken bestraft, die die Finanztransaktionen durchführen. Die Banken fragen dann, darf ich das auf meine Kunden überwälzen und dann heißt es kleinlaut ja. Man kann eine Bonussteuer einführen auf die bösen Investmentbanker und deren Gehälter, das führt dann aber oft zu einer Erhöhung dieser Gehälter, und letztlich tragen die Aktionäre die Steuer. Dies ließe sich in einer Vielzahl von Beispielen fortsetzen. Meine Frage an die Ökonomin wäre, wie weit sind wir eigentlich mit der Feststellung von Steuerinzidenzen, was die evidenzbasierte Wissenschaft angeht? Bei wem kommen letztlich die Begünstigungseffekte an? Haben wir dazu eine Aussage? Und juristisch, Frau Hey, ziehen wir daraus Folgerungen? Bisher ist sowohl die von Ihnen geschilderte Typenlehre der Steuervergünstigungen als auch etwa die verfassungsrechtliche oder europarechtliche Prüfung auf den Gesetzestext konzentriert. Wo die Steuer landet, interessiert uns nicht. Müssen wir da nicht auch differenzierter argumentieren?

Prof. Dr. *Johanna Hey*, Köln

Ich versuche die einzelnen Fragen zusammenzufassen. Ein Schwerpunkt der Fragen konzentrierte sich auf die Relevanz von Steuerwirkungen, das heißt auf die Frage, inwieweit der Gesetzgeber in dem Bereich, in dem wir uns nicht über gezielte Lenkung unterhalten, in der Lage – das wäre eher eine Frage der empirischen Forschung – aber auch rechtlich verpflichtet ist, diese Wirkungen zu berücksichtigen. Das geht bis hin zur Steuerinzidenz und der Wahrnehmung von Überwälzungsvorgängen. Die Wahrnehmbarkeit ist wahrscheinlich nicht die Kernfrage, weil man, wenn ich es richtig sehe, eigentlich alles empirisch irgendwann belegen kann. Trotzdem sind wir von evidenzbasierter Gesetzgebung weit entfernt, weil der Gesetzgeber eben unter Zeitnot handelt, auf der Grundlage unvollkommener Daten, oft aber auch schlicht eine gewisse Ignoranz an den

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

Tag legt. Von daher halte ich die Idee, dass wir Steuerwirkungen in einem Gesetzgebungsprozess ex ante vernünftig unterbringen, für sehr optimistisch. Wogegen ich mich aber sehr sträube ist, dass wir ex post nicht stärker hinschauen. Das müsste auch für die ökonomische Steuerwirkungsforschung spannend sein, die ja viel mit Ländervergleichen arbeitet, allerdings immer mit der Schwierigkeit behaftet, inwieweit die Erkenntnisse im Hinblick auf Unterschiede in den ökonomischen, kulturellen und rechtlichen Rahmenbedingungen übertragbar sind. Vergleicht man Effekte der Veränderung durch Reformen, müsste man dagegen recht gut in der Lage sein, Aussagen über Wirkungen und Wirksamkeit zu treffen. Nur ist das Bundesverfassungsgericht bisher eben sehr zurückhaltend in der Wahrnehmung der Wirkung von Steuern und hieraus möglicherweise zu ziehenden rechtlichen Schlussfolgerungen. Es zieht sich zurück auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Das ist freilich eine Figur, die eigentlich nur im Vorfeld gelten kann und dem Gesetzgeber das Handeln unter Unsicherheit ermöglicht. Das kann ihn aber nicht davon entbinden, im Nachhinein die Wirksamkeit seiner Maßnahmen zu kontrollieren. Wenn ich es richtig sehe, gibt es aber bislang in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts keine explizite Aufforderung, dass der Steuergesetzgeber eine Wirksamkeitskontrolle durchführen müsste, die dann auch die Steuerinzidenz umfassen müsste. Ein kleines Beispiel: Wenn der Gesetzgeber die Vermögensbildung fördern will, indem er bestimmte Vorsorgeformen fördert und die Versicherungsbranche dann entsprechende Produkte entwickelt, weiß man nicht genau, ob der Vorteil beim Versicherer hängen bleibt oder tatsächlich dem Versicherungsnehmer zugutekommt. Wenn sich später herausstellt, dass die Versicherungsbranche davon profitiert, müsste man die Förderung eigentlich wieder abschaffen oder jedenfalls nachjustieren. Verfassungsrechtlich heißt es ja immer, es käme auf den *tatsächlichen* Belastungserfolg an. Das ist die theoretische dogmatische Anforderung, die aber in der Tatsachenwürdigung in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen dann irgendwie nicht Rechnung getragen wird, vielleicht auch nicht Rechnung getragen werden kann. Vielleicht liegt das einfach auch an der Besonderheit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, die es nicht erlauben, komplexe Wirkungszusammenhänge in die rechtliche Würdigung zu integrieren. Herr *Kirchhof*: Ungezielte Gestaltungswirkungen im Gegensatz zu Belastungswirkungen, da geht es um Wirkungen, die das Verhalten der Steuerpflichtigen über den bloßen Geldentzug hinaus beeinflussen – ich hänge an dem Begriff nicht so sehr. Verfassungsrechtlich haben wir mit einem klassischen Eingriffsproblem zu tun. Können wir

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

diese ungezielten Wirkungen dem Gesetzgeber zurechnen? Das ist nicht ganz einfach. Ich würde aber dazu tendieren, wenn die Wirkungen zwar möglicherweise nicht gewollt, aber vorhersehbar sind. Herr *Kempny*: Sie können bei allen Beispielen, die ich gemacht habe, immer fragen, was war zuerst – was ist Steuerwürdigkeitsentscheidung und was ist Ausnahme. Aber ich glaube, dass es nicht so einen großen Unterschied macht. Ich hatte in der Vorbereitung über die Erbschaftsteuer nachgedacht, man könnte die Verschonungsregeln auch in eine dritte Kategorie einordnen. Auf den ersten Blick sind es ganz klar Steuervergünstigungen. Aber die Steuerwürdigkeitsentscheidung der Besteuerung von Erbschaften und Schenkungen mit hohen Steuersätzen ist eben eine, die – wir wissen es nicht ganz genau, aber man kann zumindest Bedenken haben – den Bestand von Unternehmen substantiell gefährden kann. Das sind vorhersehbare, aber unerwünschte Gestaltungswirkungen, die dann eben für einen Teil der Unternehmen ausgeschlossen werden. Man könnte sagen, dass die Verschonungsregeln notwendiger Bestandteil einer Erbschaftsteuer mit hohen Steuersätzen sind und nicht Ausdruck einer speziellen Förderstrategie. Die Ausnahmetatbestände wären möglicherweise anders einzuordnen, wenn die Steuerwürdigkeitsentscheidung eine andere wäre, z.B. zugunsten einer Erbschaftsteuer mit sehr niedrigem Steuersatz. Die Frage, was ist Steuerstruktur und was ist Durchbrechung, wird nachher für uns noch einmal relevant werden, wenn wir über europarechtliche Beihilfen sprechen. Dort gewinnt der Einwand, dass wir nicht zu formalistisch vorgehen sollten, noch einmal Bedeutung.

Prof. Dr. *Monika Schnitzer*, München

Das war eine ganze Reihe von Fragen. Ich werde versuchen, sie ein bisschen umzusortieren, um dann auf sie einzugehen.

Welche Informationen man über Familienunternehmen hat, hängt unter anderem von der Rechtsform und damit von der Publikationspflicht ab. Auch wenn mittlerweile Informationen über kleine Unternehmen für die Forschung durch die statistischen Landesämter zugänglich gemacht werden, so kann man doch nicht zurückverfolgen, ob es sich um ein kleines Unternehmen handelt, das auch in Familienbesitz ist. Diese Information für die Forschung zugänglich zu machen, ist bisher sehr schwer.

Sie haben nach der Steuerinzidenz gefragt, bei wem kommt die Begünstigung tatsächlich an, welche Wirkung entfaltet sie? Das ist nicht immer offensichtlich, wie man am Beispiel der Forschungs- und Entwicklungsausgaben gesehen hat. Die Forschungs- und Entwicklungsausgaben

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

können gestiegen sein, weil man mehr Forscher eingestellt hat, aber auch, weil man den Forschern mehr Geld gezahlt hat. Das kann man anhand der Forschungs- und Entwicklungsausgaben nicht beurteilen. Wenn ich also nur Informationen über Forschungs- und Entwicklungsausgaben insgesamt zur Verfügung habe, dann kann ich das nicht unterscheiden. Ich müsste dann überprüfen, ob am Ende mehr Innovationen produziert werden. Eine Möglichkeit, das zu unterscheiden, bestünde dann, wenn man Informationen über die Gehälter hätte, die im Forschungs- und Entwicklungsbereich gezahlt werden. Unter Umständen muss ich dann aber zur Beantwortung der Fragen Daten miteinander verknüpfen, die ich aus Gründen des Datenschutzes bisher nicht miteinander verknüpfen darf. Hier gibt es noch viele Hürden zu nehmen, um die Fragen besser beantworten zu können.

Zur Frage nach den Patent Boxen: Für Deutschland ist es erst einmal wünschenswert, wenn die Forschungs- und Entwicklungs-Förderung im eigenen Land stattfinden würde, dann hätte man hier die Forschung und Entwicklung und die damit verbundenen positiven Effekte. Wenn durch Patent Boxen in einem anderen Land vor allem eine Steuersenkung erfolgt, gibt es in der Tat Abstimmungsbedarf auf europäischer Ebene.

Sie haben auch angesprochen, wie man die Forscher im Land hält, wie man für sie ein attraktives Umfeld schafft. Ich möchte das gerne verknüpfen mit dem anderen Aspekt, der eben angesprochen worden ist, nämlich der Frage der Verhaltensökonomie. Was Forscher wirklich antreibt und umtreibt, das muss noch viel ausführlicher untersucht werden. Inwiefern kann man Erkenntnisse der Verhaltensökonomie nutzen, um steuerliche Wirtschaftspolitik wirksam zu gestalten? Was kann man Menschen zu einem bestimmten Verhalten motivieren? Das ist etwas, das in der Tat mehr zu erforschen ist, auch wenn dazu schon viel geforscht worden ist. Auch die Politik interessiert sich inzwischen für dieses Thema. Das Bundeskanzleramt hat beispielsweise drei Verhaltensökonomien eingestellt, um besser zu verstehen, ob politische Maßnahmen von den Menschen verstanden werden und wie sie auf die Menschen wirken. Kann man sie mit kleinen Anreizen dazu bringen, sich auf eine bestimmte Weise zu verhalten? In der Presse ist das heftig kritisiert worden, man hat Befürchtungen geäußert, die Politiker wollen uns manipulieren. Jetzt müssen wir uns natürlich überlegen, was wir wollen. Wir wollen verstehen, was die Menschen motiviert, so viel ist sicher. Wollen wir, dass die Politik diese Erkenntnisse einsetzt im Sinne ihrer Politik? Vielleicht schon. Werden wir dadurch manipuliert? Wie sorgen wir dafür, dass wir möglichst auf-

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

geklärt über solche Dinge nachdenken? Das ist eine wichtige und spannende Frage und in jedem Fall eine wichtige Diskussion.

Prof. Dr. *Roman Seer*, Bochum

*Wolfgang Schön* hat sich etwas erstaunt gezeigt, dass auf der diesjährigen Tagung unserer Gesellschaft Steuersubventionen und Wirtschaftsförderung wieder hoffähig geworden sind. Das wäre vor zehn Jahren noch anders ausgegangen, sagt er – ich weiß es nicht. Ich bin der Meinung, die beste Wirtschaftsförderung ist nach wie vor ein neutrales Steuerrecht. Und dazu outh ich mich hier ausdrücklich und bin auch der Meinung, dass jede Sonderbehandlung einschließlich „Forschung und Entwicklung – F&E“ besonders rechtfertigungsbedürftig ist und gemessen werden muss an einem sachgerechten Maßstab. Dieser Maßstab wäre dann in der Tat – weil es ein externer Zweck ist – wohl das Gemeinwohl- oder Verdienstprinzip. Es stellt sich wieder die Frage, wie eng und wie weit ist das zu sehen? Bei F&E, da will ich auch sagen, *Wolfgang*, wir Wissenschaftler – soweit man sich dazu rechnet – haben für so etwas Sympathien. Deswegen finden wir das ganz schön. Wenn wir jetzt aber andere Förderziele hätten, die einfach „schmutzig, dreckig“ sind, mit denen wir uns nicht wirklich so identifizieren können, dann würden wir sagen, das ist schwer zu rechtfertigen. Ich möchte meinen; das ist alles menschlich, und hier an der Stelle noch hinzufügen wollen, das – aus meiner Sicht – nach wie vor wirksamste Förderungsinstrument ist Steuerplanungssicherheit. Wenn wir das also bekommen können, worauf sich die Unternehmen einstellen können, dann erscheinen mir Sondertatbestände mehr oder weniger doch überflüssig zu werden. Bei F&E – ja, das ist so ein Schlagwort: „Forschung und Entwicklung“, „Research and Development“: Was ist denn „R&D“? Was ist denn „F&E“ im Einzelnen? Wie grenze ich die förderungswürdigen Investitionen konkret ab? Wie weit geht „F&E“? 800 Meter von dem Grundstück, auf dem wir wohnen, unterhält Bayer ein großes Forschungszentrum mit 2 500 Mitarbeitern – Bayer HealthCare, Wuppertal. Da arbeiten 2 500 Menschen, wie gesagt. Dazu gehört ein Kindergarten, dazu gehört ein Hausmeister, da gibt es auch Leute, die pflegen den Rasen, es gibt einen Wachschatz und ähnliches. Gehören diese Investitionen auch zu „F&E“? Es ist die Frage, wie weit geht das jetzt? Ich würde normalerweise sagen: „fördern“ – das sind doch Betriebsausgaben. Die Unternehmen haben Betriebsausgaben so wie alle anderen auch, und dann ist es auch gut. Herr *Ismer* hat es ja eben gesagt. In dem Moment, wo wir jetzt noch einen Sondertatbestand für Förderung „F&E“ schaffen, der gesetzestechisch genau formuliert werden muss, was sind denn jetzt diese sogenannten „F&E

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

Aufwendungen“? Es bedarf hier einer Folgenabschätzung, die kann sich ex post bei einer Evaluierung leicht als falsch erweisen. Das muss man alles entsprechend formulieren können – hier an der Stelle. Selbst wenn wir das getan haben, brauchen wir vielleicht in dieser sehr komplexen Welt wieder einen Missbrauchsverhinderungstatbestand oder einen Rückholstatbestand und dann sehe ich schon wieder das Steuerchaos wachsen. Und in dem Sinne oute ich mich noch einmal ausdrücklich als ein konservativer Bewahrer des Denkens vor zehn Jahren.

Prof. Dr. *Hanno Kube*, LL.M., Heidelberg:

Meine kurze Frage bezieht sich auf das grundsätzliche Verhältnis zwischen Wirtschaftspolitik und Steuerrecht beziehungsweise auf das Verhältnis der maßgeblichen Kriterien im jeweiligen Bereich. Wenn wir Wirtschaftspolitik beurteilen wollen, dann fragen wir zu Recht nach Anreizen und Wirkungen, nicht zuletzt, um grundrechtliche Eingriffe festzustellen. Unser Strukturprinzip im Steuerrecht ist dagegen das Prinzip der freiheits- und gleichheitsgerechten, leistungsfähigkeitsgemäßen Besteuerung. Mit einer gewissen Selbstverständlichkeit gehen wir dabei davon aus, dass ein leistungsfähigkeitsgerechtes Steuerrecht entscheidungsneutral ist, also keine Anreize im Sinne der Wirtschaftspolitik setzt und – anders als Lenkungssteuern – keinen besonderen grundrechtlichen Rechtfertigungsbedarf begründet. Für mich stellt sich nun die Frage, ob dies immer richtig ist oder ob wir möglicherweise, jedenfalls in einzelnen Bereichen, tatsächliche und auch ungewollte Anreize des Steuerrechts, das wir als leistungsfähigkeitsgerecht ansehen, nicht adäquat in den Blick nehmen. Anders formuliert: Wie verhält sich die steuerverfassungsrechtliche Idee der Leistungsfähigkeitsgerechtigkeit zu der für die Wirtschaftspolitik entscheidenden Frage der Entscheidungsneutralität bzw. Anreizsetzung?

Prof. Dr. *Bernd Heuermann*, München

Ich habe eigentlich keine Frage, sondern vielleicht nur eine Ergänzung, und zwar zu Ihrem interessanten Gedanken einer Steuerwirkungs- und einer Förderungswirkungslehre, und zwar, wie wir da anknüpfen können. Wir haben zum Beispiel in der Umsatzsteuer – eingeführt von der damaligen sozial-liberalen Koalition – die Förderung des Hotelgewerbes. Ist die Umsatzsteuer eine Verbrauchsteuer, soll sie sich beim Verbraucher auswirken und nicht etwa beim Hotelier. Nun liegen Erkenntnisse vor, dass diese Förderung gar nicht beim Verbraucher angekommen ist. Sie ist ja

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

eingeführt worden, das Konkurrenzverhältnis mit Österreich etwas abzumildern. Da könnte man ja denken, na gut, dann müssen die Preise entsprechend vermindert werden, weil durch die Steuerermäßigung der Verbraucher (der Gast) weniger bezahlen müsste. Das war nicht der Fall. Sie ist bei den Hotelbetreibern angekommen, also genau bei demjenigen, der eigentlich nicht gefördert werden sollte. Ob er insgeheim gefördert werden sollte, das mag dahinstehen. Jedenfalls wäre z.B. für eine Eigenkapitalerhöhung die Umsatzsteuer der falsche Weg.

Prof. Dr. h.c. *Rudolf Mellinghoff*, München

Also einmal, *Roman (Seer)*, meine Einführung zielt nicht dahin, von steuerrechtlichen Idealen abzurücken. Aber selbst bei einem idealen Steuerrecht dürfen wir – und darauf hat *Johanna Hey* zu Recht hingewiesen – die wirtschaftspolitischen Folgen nicht ausblenden. Das zeigt sich z.B. schon daran, welche steuerrechtlichen Prinzipien ich zugrundelege. Bei der Entfernungspauschale wird auf der einen Seite das Werkstorprinzip und auf der anderen Seite das Wohnortprinzip vertreten. Selbst wenn wir das jeweilige Prinzip rein, pur und klassisch anwenden, hat die Grundentscheidung enorme wirtschaftspolitische Auswirkungen.

Für mich stellt sich aber eine andere Frage, die ich an beide Referentinnen stellen möchte: es geht um die Beratung der Politik im Steuerrecht. Zu welchem Zeitpunkt und durch welche Akteure soll eigentlich der Gesetzgeber in welcher Form beraten werden. Muss nicht auch der Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens überprüft werden? Mich hat es – ehrlich gesagt – ein wenig irritiert, die Verbände so stark zu machen. Diese haben einen großen Sachverstand, aber das sind natürlich sehr interessenorientiert. In der Tat verfügen die Verbände über ein Herrschaftswissen und dieses Herrschaftswissen hat der Gesetzgeber vielfach nicht. Daher stellt sich die Frage, ob man nicht bestimmte Darlegungslasten oder Nachweiserfordernisse fordern muss, wenn von der reinen Steuerrechtslehre abgewichen wird. Das ist natürlich auch eine Fragen an der Verfassungsrichter, ob wir dadurch nicht vielleicht die rein interessengeleiteten Fehlentwicklungen, die ohne ein hinreichend fundierte Grundlage in die Steuergesetze kommen, abwenden können.

Prof. Dr. *Johanna Hey*, Köln

Ich schließe mich gerne dem Bekenntnis zum konservativ am Leistungsfähigkeitsprinzip orientierten Steuerrecht an. Aber ich habe das eingangs gesagt, ein neutrales Steuerrecht ist eine Illusion. Das Beispiel

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

der Filmbranche mit § 5 Abs. 2 EStG oder der Leasingbranche zeigt, dass es jenseits irgendwelcher Lenkungsabsichten Gestaltungswirkungen gibt.

Wichtig ist mir, dass, wenn man diesen realpolitischen Befund zur Kenntnis nimmt, das Leistungsfähigkeitsprinzip uns bei der Beurteilung nicht weiterhilft. Wie man mit solchen Gestaltungswirkungen umgeht, muss anhand anderer Kriterien entschieden werden. Und so habe ich auch Sie, Herr *Kube*, verstanden, dass wir hier in der Vergangenheit Idealen aufgesessen sind, die es uns leichter gemacht haben, erst einmal die unvollkommene Wirklichkeit auszublenden. Möglicherweise wächst aber – das empfinde ich auch als eine positive Folge des Dialogs zwischen den Steuerwissenschaften – die Bereitschaft anzuerkennen, dass wir ein neutrales Steuerrecht auch bei größtmöglicher Anstrengung und reiner Leistungsfähigkeitsorientierung nicht werden erreichen können. Unabhängig davon greift es aber auch zu kurz, nur auf ein reines Steuerrecht zu pochen. Das wäre realitätsfern. Das Hotelprivileg in der Umsatzsteuer als Beispiel, Herr *Heuermann* hat es ja kurz angesprochen. Im ersten Schritt geht es um die Frage, ob wir so etwas überhaupt brauchen oder nicht, wahrscheinlich eher nicht. Aber wir haben jetzt diese Regelung, und dann muss man sich irgendwie klar werden, was soll die Regel eigentlich bewirken? Ist das jetzt reine Branchenförderung oder muss der Preisvorteil an die Konsumenten weitergegeben werden, damit die Ziele – welche eigentlich? – erreicht werden? Es sind genau diese Fragen nach Zielen und Wegen der Zielerreichung, die bei der Ausgestaltung derartiger Maßnahmen eine Rolle spielen müssen, die aber vielfach ganz nebulös bleiben. Und warum bleiben sie nebulös? Weil sich der Gesetzgeber ohnehin hinter der großen Wolke der Gestaltungsfreiheit, Entscheidungsprärogative verbergen kann und auch das Bundesverfassungsgericht gar nicht genau hinschaut. So ist es unmöglich ineffiziente, durch geschickte Lobbyarbeit erwirkte Steuerprivilegien rechtlich zu Fall zu bringen. Ich habe nicht für eine Aufwertung der Lobbygruppen und für intransparente Hinterzimmerpolitik geworben. Wir bleiben noch bei dem Umsatzsteuerprivileg für die Hoteliers – das ist von hinten an die Politik herangetragen worden – sehr effektiv. Ich sehe das Wirken der Verbände wirklich sehr zwiespältig. Umso wichtiger ist es, sie sinnvoll und transparent einzubinden. Auf der einen Seite verfügen die Verbände über Rechtstatistiken – das ist natürlich etwas, was die Wissenschaft auch für sich reklamiert – die irgendwie zugänglich gemacht werden sollten und je transparenter so ein Verfahren ist, desto weniger anfällig ist es für die Durchsetzung von Einzelinteressen. Deshalb ist es richtig, die Verbände

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

im Gesetzgebungsverfahren frühzeitig und ganz offen zu beteiligen. Und ebenso wichtig ist es, dass Steuerpolitik frühzeitig in einen Dialog mit der empirischen Steuerwissenschaft tritt, auch um Lobbyinteressen Fakten entgegenzusetzen zu können. Hierzu bedarf es, das ist eine Forderung im Gemeinwohlinteresse, der Unterstützung der Forschung durch verbesserten Zugang zu Steuerdaten. Die öffentliche Hand muss – natürlich unter Wahrung von Datenschutz und Steuergeheimnis – die entsprechenden Daten zur Verfügung stellen – das ist zu Recht ein zentrales Anliegen von *Clemens Fuest*. Sonst ist die Politik den Argumenten der Verbände ziemlich hilflos ausgeliefert. Wohin das führt, zeigt die derzeitige Erbschaftsteuerrückbildung. Die Familienunternehmen können ihre Steuervorteile mit Hinweis auf Gefahren für den Wirtschaftsstandort auch deshalb so machtvoll verteidigen, weil sich die Politik nicht traut, die Vergünstigungen einfach abzuschaffen und im Gegenzug die Steuersätze zu senken, wenn man nicht weiß, welche Wirkungen das tatsächlich auf die Unternehmen hat.

Prof. Dr. *Monika Schnitzer*, München

Ich möchte gerne aufgreifen, was Sie am Anfang gesagt haben: ob wir nicht deshalb alle für die Forschungs- und Entwicklungs-Förderung wären, weil uns das Thema so am Herzen liegt. Ich glaube, auf das zweite Thema passt das noch viel besser, auf die Familienunternehmen. Wir sind alle dafür, dass Familienunternehmen gefördert werden, weil wir Familienunternehmen als etwas typisch Deutsches sehen und weil wir denken, von diesen Unternehmen hängt das Wohlergehen unserer Wirtschaft ab. Wenn wir Textanalysen machen würden, könnte man sehr schön sehen, wie solche positiven Einschätzungen im Zeitablauf zugenommen haben.

Was nun speziell für die steuerliche Forschungs- und Entwicklungs-Förderung spricht, ist, dass sie in viel stärkerem Maße die Planungssicherheit gewährleistet, die Sie einfordern, als die aktuellen Fördermaßnahmen. Aktuell werden alle paar Jahre neue Programme aufgelegt, ein neues Thema wird ausgeschrieben. Jedes Bundesland hat seine eigene Innovationsförderung, viele Städte ebenso. Das ist ein unglaubliches Wirrwarr an Förderungen. Und das alles, weil die Wähler das gut finden, weil die Unternehmer, die man in dem ein oder anderen Programm dann fördern kann, das so toll finden. Eine steuerliche Forschungs- und Entwicklungs-Förderung wäre viel transparenter und planungssicherer, auch wenn natürlich die Schwierigkeit besteht, die Eingruppierung die-

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

ser Ausgaben zu überprüfen. Aber das muss man bei anderen Betriebsausgaben, die steuerlich geltend gemacht werden sollen, ja auch.

Ich bin sehr dankbar, Herr *Mellinghoff*, dass Sie darauf hingewiesen haben, wie wichtig es ist, wer im politischen Prozess an welcher Stelle aktiv werden muss und welche Rolle er dabei spielen kann. Es ist ganz klar, dass vor Verabschiedung einer gesetzlichen Maßnahme ihre Wirksamkeit nicht abschließend beurteilt werden kann. Zu diesem Zeitpunkt kann man sich nur auf Erfahrungen von früher und oder auf Erfahrungen aus anderen Ländern stützen. Deshalb sollten wir die Wirksamkeit ex post überprüfen, und zwar durch unabhängige Experten. Die sollten mit ihrer Reputation dafür gerade stehen, dass das, was sie ausgerechnet und gezeigt haben, wirklich belastbar ist. Die Ergebnisse sollten insbesondere replizierbar gemacht werden. Für diese Replizierbarkeit sind Transparenz über die Studien, die verwendeten Daten und Methoden und Wettbewerb zwischen den Forschern ganz wichtig. In der Arbeitsmarktpolitik ist das erfolgreich geschehen, und zwar von dem Moment an, als die Daten des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung in Nürnberg der Wissenschaft zur Verfügung gestellt wurden. Von da an konnte man nicht mehr einfach eine Evaluationsstudie bei irgendeinem Institut in Auftrag geben, dessen Ergebnisse am Ende keiner überprüfen konnte. Nein, jetzt werden die Daten offen gelegt, jetzt kann jeder hingehen und kann das gleiche nochmal ausrechnen und kann sehen, das die vorgelegten Ergebnisse stimmen oder nicht. Und wenn sich herausstellt, die in Auftrag gegebene Studie war nicht seriös gemacht, dann steht der Auftragnehmer mit seiner Reputation dafür gerade. Das ist etwas, wofür ich sehr plädiere. Das bedeutet aber auch, dass man die spätere Evaluation von Anfang an in das Gesetzgebungsverfahren – schon bei der Planung im Grunde – mit einplanen sollte. Wie muss das Evaluationsdesign aussehen? Wie kann man die Wirksamkeit der Maßnahme überprüfen? Genau dafür machen wir uns als Forscher stark.

Prof. Dr. *Michael Eichberger*, Karlsruhe

Erlauben Sie mir – trotz der fortgeschrittenen Zeit – ganz kurz zu zwei Punkten noch etwas zu sagen, weil die verfassungsrechtlich richtige Sichtweise angesprochen wurde: Zum einen die Frage, was ist ein legitimes Gemeinwohlziel und was kann der Gesetzgeber überhaupt für Folgerungen aus dem Gemeinwohl ziehen? Aus der Sicht des kontrollierenden Verfassungsgerichtes haben wir uns gerade in den letzten Jahren in mehreren Entscheidungen klar – nicht neu – aber stetig positioniert da-

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

zu, dass hier der Gesetzgeber einen sehr weiten Spielraum in Bezug darauf hat, was er von Verfassungen wegen als Gemeinwohlziel verfolgen kann. Im Grunde genommen nur dann, wenn er mit dem, was er verfolgen will, der Verfassung widerspricht, kann es ein Problem geben. Nur um ein Beispiel zu nennen. So hatten wir vor zwei Jahren zum Braunkohlebergbau Garzweiler Tagebau zu entscheiden. Für die nordrhein-westfälische Landesregierung war es von höchster Bedeutung, einen sicheren Energiemix auch mit Braunkohle zu haben. Danach war die Förderung der Braunkohle ein zulässiges Gemeinwohlziel. Das zeigt ziemlich deutlich, wie weit der Spielraum des Gesetzgebers geht. Auf gerne Haben oder nicht gerne Haben kommt es dabei aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht an. Eine andere Frage ist die nach Tatsachenermittlung und Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Sie kam von verschiedenen Seiten, auch Frau Hey hat dies angesprochen. Natürlich räumt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber in weitem Umfang eine Einschätzungsprärogative vor allen Dingen im Hinblick darauf ein, wie sich bestimmte Tatsachen in Zukunft entwickeln. Das erlaubt es dem Gesetzgeber allerdings nicht, bestimmte Annahmen zugrunde zu legen, obwohl eindeutige gegenteilige Erkenntnisse vorliegen. Er darf also nicht eindeutig kontrafaktisch entscheiden. Dies hat das Bundesverfassungsgericht jetzt gerade bei der Förderung von Familienunternehmen nicht gesehen. Dass es da Zweifel gab, das ist bekannt. Untersuchungen auch in anderen Ländern, unter der Geltung anderer Steuersysteme und unter anderen Rahmenbedingungen sind kein Gegenbeweis. Im Übrigen konnte der Gesetzgeber seiner Verschonungsannahme zugrunde legen, dass Mittelstand und Familienunternehmen gefördert werden sollen, weil sie ein wichtiger Faktor für die Stärke des deutschen Wirtschaftsstandorts sind. Ich denke, es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts und auch nicht seine Kompetenz, dies in Frage zu stellen.

Letzter Unterpunkt dazu: Ex post-Kontrolle, die Sie angemahnt haben. In nicht wenigen Entscheidungen, die auf unsicherer Tatsachengrundlage ergangen sind, hat das Bundesverfassungsgericht explizit in seine Entscheidungen hineingeschrieben, dass der Gesetzgeber, wenn er gegenteilige Erkenntnisse gewinnt, dass darauf reagieren muss, insbesondere im Umweltbereich.

Prof. Dr. *Johanna Hey*, Köln

Zur Einschätzungsprärogative und gesetzgeberischem Gestaltungsspielraum. Herr *Eichberger*, Sie haben gesagt, der Gesetzgeber dürfe nicht kon-

---

Diskussion – zu Mellinghoff, Johanna Hey und Schnitzer

---

trafaktisch handeln. Es gibt also eine Beobachtungspflicht. Aber wie sieht die konkret aus? Meiner Ansicht nach muss dabei eine Rolle spielen, wie stark der Eingriff bzw. wie groß die durch eine Begünstigung bewirkte Ungleichbehandlung ist. Wenn die Begünstigungswirkung so „enorm“ ist, wie im Erbschaftsteuerurteil mehrfach betont, dann müsste doch der Gesetzgeber auch ein bisschen genauer hinschauen, ob die Fakten, die er zugrunde legt, diese enorme Begünstigung auch wirklich tragen.

Prof. Dr. *Michael Eichberger*, Karlsruhe

Das Gericht hat es akzeptiert, dass der Gesetzgeber sagt, ich bin im unteren Bereich, da brauche ich nicht nachzuweisen, ob tatsächlich ein Verschonungsbedürfnis besteht, aber irgendwann ist die Grenze erreicht, wo man das dann nicht mehr vermuten kann und dann muss es eben nachgewiesen werden.



## Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Prof. Dr. *Michael Eichberger*

Richter des BVerfG, Karlsruhe<sup>1</sup>

- |   |  |
|---|--|
| <p><b>I. Das Bundesverfassungsgericht, das Steuerrecht und die Wirtschaftspolitik</b></p> <p><b>II. Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung</b></p> <p><b>III. Freiheit des Eigentums</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Dynamik des verfassungsrechtlichen Eigentums- und Enteignungsbegriffs</li> <li>2. Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs</li> <li>3. Eigentum und Steuerrecht</li> </ol> <p><b>IV. Vertrauensschutz – Investitionsschutz – rückwirkende Gesetze</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Aktueller Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Rollenverteilung zwischen Gesetzgeber und Justiz bei der Rückwirkung von Gesetzen</li> </ol> <p><b>V. Gleichheitssatz</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Vom der Willkürverbot über die „neue Formel“ bis zum „stufenlosen“ Maßstab</li> <li>2. Das Urteil zur Erbschaftsteuer als Beispiel einer strengen Gleichheitsprüfung</li> </ol> <p><b>VI. Nochmals: Bundesverfassungsgericht – Steuerrecht – Wirtschaftspolitik und die Rechtsfolgenanordnungen bei verfassungswidrigen Gesetzen</b></p> |
|---|--|

### I. Das Bundesverfassungsgericht, das Steuerrecht und die Wirtschaftspolitik

Wirtschaftspolitik ist beileibe nicht nur Steuerpolitik und Steuerpolitik ist vielfach vor allem Gesellschaftspolitik, aber die Steuerpolitik ist eben auch häufig ganz spezifisch Wirtschaftspolitik: zum einen weil der Gesetzgeber immer wieder das Steuerrecht gezielt als Instrument der Wirtschaftspolitik einsetzt und damit wirtschaftliches Handeln zu beeinflussen sucht, zum anderen weil er dies häufig durch Steuerrecht auch

<sup>1</sup> Ich danke Herrn Assessor *Christian Schmidt* für seine Unterstützung bei der Erstellung der Literaturnachweise.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

ungewollt tut. Denn steuervermeidendes Verhalten entfaltet bekanntlich auch jenseits von rationalem Kalkül eine enorme Suggestivkraft.

Das Bundesverfassungsgericht ist ein Gericht und kein nach politischen Kriterien entscheidender Akteur – und wer Politik machen will, sollte, um ein mittlerweile fast schon geflügeltes Wort eines angesehenen Bundesministers zu benutzen, in die Politik gehen und nicht Verfassungsrichter werden. Dies ändert freilich nichts daran, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wegen ihres Gegenstandes und wegen ihrer Gesetzeskraft oft notgedrungen in hohem Maße politische und damit gegebenenfalls auch wirtschaftspolitische Wirkungen zeitigen. Dabei sind es freilich nicht die von mancher Entscheidung ausgelösten tagespolitischen Schockwellen, die ich hier im Auge habe – wirklich wichtig, weil oft von höchst langfristiger Wirkung, sind vielmehr die Präzisierungen, Klärungen und Fortentwicklungen grundrechtlicher und staatsrechtlicher Rahmenbedingungen durch das Bundesverfassungsgericht, die den Handlungsspielraum des Gesetzgebers auch auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik konturieren, präzisieren und damit aus Sicht des Gesetzgebers gegebenenfalls auch einschränken.

Damit ist das Dreieck zwischen Bundesverfassungsgericht, Wirtschaftspolitik und Steuerrecht für einen kurzen einführenden Vortrag zu dieser Jahrestagung aus verfassungsgerichtlicher Sicht hinreichend umrissen. Die folgenden Ausführungen sollen ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit die aktuellen Linien der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu ein paar wirtschaftsrelevanten grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Themenblöcken darstellen, mit Schwerpunkt auf dem Steuerrecht, aber nicht beschränkt auf dieses.

## II. Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung

Zunächst ein kurzer Abstecher zum Thema Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes. Die Frage nach den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Steuerrecht und Steuerpolitik müsste eine erste Antwort in einer vom Grundgesetz vorgegebenen konkreten Wirtschaftsordnung finden, wenn es eine solche denn gäbe. Hierzu findet sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der letzten Jahre nichts grundsätzlich Neues. Es bleibt also bei den wohl bekannten Kernaussagen des Gerichts von der „wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes“. Schon im Investitionshilfeurteil aus dem Jahre 1954 hat das Gericht festgestellt, dass die damalige Wirtschafts- und Sozialordnung zwar

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung sei, keineswegs aber die allein mögliche.<sup>2</sup> Und im Mitbestimmungsurteil aus dem Jahre 1979 bestätigt das Gericht, dass der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen dürfe, sofern er dabei das Grundgesetz insbesondere die Grundrechte beachtet.<sup>3</sup> Alles beim alten also; eine Abkehr von diesen Grundsätzen ist bisher nicht erfolgt – und dafür gibt es auch keinen Grund. Der wirtschafts- und damit auch steuerpolitische Spielraum<sup>4</sup> den ein auf die Festlegung auf eine ganz bestimmte Wirtschaftsordnung verzichtende Verfassung dem Gesetzgeber und der Regierung lässt, ist unverzichtbar. Dies ändert nichts daran, dass die stattdessen dem Staat in seinem wirtschaftlichen Gestaltungswunsch Grenzen setzenden Grundrechte, sowie das Rechts- und das Sozialstaatsprinzip die wesentlichen Elemente einer sozialen Marktwirtschaft vorgeben.

### III. Freiheit des Eigentums

Auch hier zunächst ein paar allgemeine Erwägungen zum Eigentumsgrundrecht, bevor dessen spezifisch steuerrechtliche Relevanz beleuchtet wird – das schadet nicht nur nicht, sondern hilft den vielschichtigen Charakter des Eigentumsgrundrechts besser zu erahnen, das so vehement als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für das Steuerrecht eingefordert wird.<sup>5</sup> Nur wer sich über Wirkungsweise und Bedeutung des grundgesetzlichen Eigentumsrechts im Klaren ist, kann präzise beurteilen, was er mit Art. 14 GG als Maßstab für steuerliche Belastungen gewinnt.

---

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 4, 7 (18).

<sup>3</sup> BVerfGE 50, 290 (338).

<sup>4</sup> Dieser hier bes. weite Spielraum wird vom BVerfG immer wieder mit der Formel betont: Auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung gebührt dem Gesetzgeber ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang (vgl. BVerfGE 25, 1 [17, 19 f.]; 37, 1 [20]; 50, 290 [338]; 51, 193 [208]; 77, 84 [106 f.]; 87, 363 [383]; 103, 293 [307]).

<sup>5</sup> *Depenheuer* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rz. 384; *Jachmann*, Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und wirtschaftlicher Freiheit (2000), S. 33 ff.; *Kirchhof* in VVDStRL (39), 1981, S. 213 ff.; *Kirchhof*, AöR 128 (2003), 1 (12 ff.); *Klawonn*, Die Eigentumsgewährleistung als Grenze der Besteuerung (2007), S. 58 ff.; *Wendt* in Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rz. 38.

## 1. Dynamik des verfassungsrechtlichen Eigentums- und Enteignungsbegriffs

Art. 14 GG umschreibt eine der grundrechtsdogmatisch anspruchsvollsten Verbürgungen des gesamten Grundrechtskatalogs. Einerseits gibt Art. 14 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber auf, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Andererseits besteht weitgehend Übereinstimmung darin, dass das Grundgesetz ein bestimmtes Kernverständnis dessen, was Eigentum ist, als dem Gesetzgeber vorgegeben und keineswegs frei verfügbar voraussetzt.<sup>6</sup> Zudem zwingt Art. 14 Abs. 3 GG zu einer klaren Trennung zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung auf der einen und Enteignung auf der anderen Seite, weil erstere – auch bei massiven Einschränkungen – grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen ist, die Enteignung<sup>7</sup> hingegen zwingend eine eindeutige Entschädigungsregelung voraussetzt.

Klar dürfte sein, dass der dem Gesetzgeber mit dem Gestaltungsauftrag in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eingeräumte Gestaltungsspielraum bei Eingriffen und Änderungen in bestehende, bereits gesetzlich zugeschriebene Eigentumspositionen wesentlich enger ist als bei der Neugestaltung künftiger erst entstehender Eigentumsrechte und ihrer Schranken. Auch bei bestehenden Eigentumsrechten sind dem ausgestaltendem Gesetzgeber die Hände freilich nicht völlig gebunden; nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann er etwa bei der Neugestaltung von Rechtsgebieten – wenn auch unter Umständen nur unter Einbeziehung von Übergangsfristen und gegebenenfalls auch Kompensationen – bestehende Eigentumsrechte weitgehend umgestalten, ohne sich damit im Bereich der Enteignung zu bewegen.<sup>8</sup>

Nicht eindeutig geklärt ist hingegen, ob bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen durch den Gesetzgeber jedenfalls partiell die herkömmliche Grundrechtseingriffs- oder generell nur eine Ausgestaltungsdog-

<sup>6</sup> *Depenheuer* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rz. 91 f.; *Leisner*, Eigentum in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 173 Rz. 50 f., 69 ff., 128; *Wieland* in Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rz. 30.

<sup>7</sup> Grundsätzlich Neues hat die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte bis vor Kurzem nicht ergeben; s. allerdings aus jüngerer Zeit die Grundsatzfragen zum Anteilseigentum und zur Enteignung behandelnden Urteile zum Delisiting (BVerfGE 132, 99) und zur Enteignung im Braunkohle-tagebau (BVerfGE 134, 242 – Garzweiler).

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 83, 201 (211 ff.) m.w.N.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

matik zur Anwendung kommt und wie streng letztere ist.<sup>9</sup> In diesem Zusammenhang sollen beispielhaft nur zwei der aktuell diskutierten Eigentumsfragen angesprochen werden, die für den wirtschaftspolitischen Spielraum des Gesetzgebers von erheblicher Bedeutung sein dürften. Es handelt sich um zwei echte Klassiker des Eigentumsschutzes:

Zum einen geht es um die Frage, ob eine Enteignung nach dem Grundgesetz allein den vollständigen Entzug einer Eigentumsposition aus Gemeinwohlgründen voraussetzt – wie überwiegend unter der Weimarer Reichsverfassung und auch lange Zeit nach 1949 vertreten wurde –, oder ob eine Enteignung nur vorliegen kann, wenn sie auch dem Zweck dient, das Eigentum dem Staat oder einem Dritten zu verschaffen, was eine vollständige Rückkehr zum klassischen Enteignungsbegriff des 19. Jahrhunderts bedeuten würde<sup>10</sup>. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat in jüngerer Zeit explizit Enteignung wieder nur als Güterbeschaffungsvorgang gesehen, ohne sich allerdings näher mit den eigenen gegenteiligen Judikaten aus früherer Zeit auseinanderzusetzen.<sup>11</sup> Hier besteht Klärungsbedarf. Die Rückkehr zum Erfordernis der Güterbeschaffung für eine Enteignung erweitert den Spielraum des Gesetzgebers, weil sie den Anwendungsbereich der verfassungsrechtlich streng reglementierten Enteignung einschränkt, und reduziert so tendenziell den Schutz bestehenden Eigentums. Die Relevanz dieser Frage für die vor dem Bundesverfassungsgericht anhängigen Atomausstiegfälle liegt auf der Hand. Ob das Gericht hier zu einer Klärung kommt, wird die nähere Zukunft zeigen.

## 2. Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs

Die zweite Frage betrifft das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das Bundesverfassungsgericht hat es in den letzten

---

<sup>9</sup> Vgl. *Becker* in Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 14 Rz. 32 ff.; *Leisner*, Eigentum, in HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 173 Rz. 127 ff.; *Papier* in Maunz/Dürig, GG, 74. EL Mai 2015, Art. 14 Rz. 305 ff.; *Wendt* in Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rz. 55 ff.; *Wieland* in Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rz. 90 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Anschütz* in Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 – Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. 1968, Art. 153 S. 707 ff.; *Menninger*, Die Inanspruchnahme Privater durch den Staat – Das Recht der Aufopferung und Enteignung im 18. und 19. Jahrhundert (2014), S. 49 ff.; *Papier* in Maunz/Dürig, GG, 74. EL Mai 2015, Art. 14 Rz. 523.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 126, 331 (359).

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

Jahrzehnten standhaft vermieden zu entscheiden, ob die „Gesamtheit der sachlichen, persönlichen und sonstigen Mittel in allen ihren Erscheinungsformen und Ausstrahlungen, die in der Hand des Betriebsinhabers zu einem einheitlichen Organismus zusammengefasst sind“ (so *Papier*<sup>12</sup>) Eigentumsschutz nach Art. 14 GG genießt. Die Argumente zu dieser Frage sind seit langem ausgetauscht und *Leisner* bezeichnet in seinem Beitrag im Handbuch des Staatsrechts denn Umstand als „schlechthin unerträglich, dass das Bundesverfassungsgericht eine so wichtige Frage jahrzehntelang offenlässt“<sup>13</sup>.

Auch hier sind es wiederum die Verfassungsbeschwerden gegen den beschleunigten Atomausstieg durch die 13. AtG-Novelle, die Fragen zur Betroffenheit von Rechtspositionen aufwerfen, welche möglicherweise nicht selbständig als Eigentum geschützt sind, aber Teil eines eigentumsgeschützten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sein könnten. Dies macht deutlich, dass die Ausdehnung des Eigentumsschutzes auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in seiner Gesamtheit durchaus Erweiterungen des Eigentumsschutzes zur Folge haben könnte. Außerdem dürfte die Konturierung der einzelnen für diese Rechtsfigur in Frage kommenden Rechtspositionen schwierig sein und zumindest eine möglichst klare Abgrenzung zu den nicht geschützten bloßen Marktchancen verlangen.<sup>14</sup> Auch hierzu bleibt hier nur die Verweisung auf die künftige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die hier möglicherweise weiter führen könnte.

### 3. Eigentum und Steuerrecht

Nun aber zu dem eigentumsrechtlichen Dauerdiskussionsthema im Steuerrecht. Gemeint ist die uralte<sup>15</sup>, gleichwohl nach wie vor aktuelle

---

12 *Papier* in Maunz/Dürig, GG, 74. EL Mai 2015, Art. 14 Rz. 95.

13 *Leisner*, Eigentum, in HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 173 Rz. 26.

14 In der Nassauskiesungsentscheidung stellte der Erste Senat nach der Verneinung eines entschädigungspflichtigen Eingriffs in das Eigentum durch die Versagung einer wasserrechtlichen Bewilligung kurz fest, der Schutz des Gewerbebetriebes könne „nicht weiter gehen als der Schutz, den seine wirtschaftliche Grundlage genießt (BVerfGE 58, 300 [353]).“

15 Vgl. *Huber*, DÖV 1956, 172 (172); *Rüfner*, DVBl. 1970, 881 (881 ff.); *Roth*, Die öffentlichen Abgaben und die Eigentumsgarantie im Bonner Grundgesetz (1958), S. 53 ff.; *Dißmann*, Die durch Art. 14 GG gebotene Grenze der Erhebung öffentlicher Abgaben (1964), S. 38 ff.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

Frage<sup>16</sup>, ob Steuern in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum eingreifen. Ist Art. 14 Abs. 1 GG damit Maßstab für Steuergesetze? Die hierzu vertretenen Positionen sind seit langem abgesteckt.<sup>17</sup> Das ist allgemein bekannt und braucht hier nicht im Einzelnen wiederholt zu werden. Während danach im Schrifttum seit geraumer Zeit Steuern ganz überwiegend als Zugriff auf das Eigentum des Steuerschuldners verstanden werden, ist die Position des Bundesverfassungsgerichts hierzu weniger festgelegt, als vielfach angenommen wird.

Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht über Jahrzehnte den Standpunkt eingenommen, dass staatlich auferlegte Geldleistungspflichten, insbesondere steuerliche Belastungen, grundsätzlich nicht in das Eigentum eingreifen. Denn diese Zahlungspflichten sind nicht aus bestimmten Vermögenspositionen, aus ganz bestimmten geldwerten Rechten, sondern aus dem Vermögen insgesamt zu erbringen. Das Vermögen als solches genießt aber keinen Eigentumsschutz. Das Eigentum des Steuerschuldners kann durch eine öffentliche Steuerlast nach dieser Rechtsprechung nur dann verletzt werden, wenn diese so hoch ist, dass etwa ein Unternehmen nicht mehr gewinnbringend wirtschaften kann, wenn sie also mit anderen Worten erdrosselnde Wirkung hat.<sup>18</sup>

Nachdem vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts bereits in seinem Beschluss zur Vermögensteuer aus dem Jahre 1995 in einer recht unspezifischen Weise „die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gerade in deren Ausprägung als persönliche Entfaltung im vermögensrechtlichen Bereich (Art. 14 GG)“<sup>19</sup> als Maßstab herangezogen wurde, hat er sich dann in dem zweiten Beschluss zum Halbteilungsgrundsatz aus dem Jahre 2006 eindeutig positioniert und „jedenfalls [...] Steuerpflichten [die] – wie im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht – an den Hinzuerwerb von Eigentum anknüpfen“ als Eingriff in den Schutzbereich von Art. 14 GG verstanden.<sup>20</sup> Bei der Rezeption dieser

---

16 Vgl. *Ohlendorf*, Grundrechte als Maßstab des Steuerrechts in der Europäischen Union (2015), S. 314 ff.

17 Art. 14 GG als Maßstab bejahend z.B. *Jachmann*, Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und wirtschaftlicher Freiheit (2000), S. 33 ff.; *P. Kirchhof* in VVDStRL (39), 1981, S. 213 ff.; *P. Kirchhof*, AöR 128 (2003), 1 (12 ff.); *Seer*, DStJG 23 (2000), S. 99 f.; *Wendt* in Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rz. 38 und ablehnend etwa *Wieland* in Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rz. 68.

18 Vgl. BVerfGE 14, 221 (241) stRspr.

19 BVerfGE 93, 121 (137).

20 BVerfGE 115, 97 (111).

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

Entscheidung wird allerdings vielfach übersehen, dass es der Zweite Senat in jenem Beschluss ausdrücklich offen ließ, ob er mit diesem Standpunkt von der Rechtsprechung des Ersten Senats abweicht, da seine Zuordnung der angegriffenen Steuerlast zum Schutzbereich des Art. 14 GG statt zu dem des subsidiär anwendbaren Art. 2 Abs.1 GG sich im konkreten Fall im Ergebnis nicht entscheidungserheblich auswirke, denn auch nach den Maßstäben des spezielleren Eigentumsgrundrechts erweise sich die Verfassungsbeschwerde als unbegründet.<sup>21</sup> Die Prüfung der Kumulation von Einkommen- und Gewerbesteuer am Maßstab des Art. 14 GG war damit in jenem Beschluss nicht entscheidungstragend.

Der Erste Senat hat demgegenüber die überkommene Rechtsprechung des Gerichts zur Bedeutung des Eigentumsgrundrechts im Steuerrecht bisher nicht aufgegeben. In einer jüngeren Entscheidung aus dem Jahre 2014 – zum degressiven Steuersatz bei der Zweitwohnungsteuer<sup>22</sup> – hat er die Frage eines Eingriffs in Art. 14 GG allerdings explizit dahinstehen lassen. So heißt es in dem Beschluss zur Zweitwohnungsteuer:

Als Auferlegung einer Geldleistungspflicht stellt die Erhebung einer Zweitwohnungsteuer einen Eingriff in Freiheitsrechte des Beschwerdeführers und seine persönliche Freiheitsentfaltung im vermögensrechtlichen Bereich dar (vgl. BVerfGE 87, 153 [169]; 93, 121 [137]). Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Belastung des Beschwerdeführers mit der Zweitwohnungsteuer dabei an Art. 14 Abs. 1 oder an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen ist (vgl. dazu BVerfGE 95, 267 [300 f.]; 105, 17 [32 f.]; 115, 97 [110 ff.]), da sich der Eingriff jedenfalls als verfassungsgemäß erweist.<sup>23</sup>

Danach ist die Frage, ob und in welcher Weise Steuergesetze an Art. 14 GG zu messen sind und der Steuergesetzgeber folglich entsprechende Bindungen zu beachten hat, aus verfassungsgerichtlicher Sicht nach wie vor in der Schwebe.

Da auch die Befürworter der Eigentumsbindung einräumen müssen, dass die erforderlichen Parameter zur Feststellung der Unverhältnismäßigkeit einer Steuerlast mangels eines begrenzenden Eingriffszwecks in aller Regel fehlen, die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit der konkreten Steuerbelastung daher auch mit Hilfe des Art. 14 Abs. 1 GG zumeist nicht bestimmt werden kann,<sup>24</sup> fehlte es offenbar bisher an wirklich überzeu-

---

21 BVerfGE 115, 97 (113).

22 BVerfGE 135, 126 (141).

23 BVerfGE 135, 126 (141).

24 Vgl. *Friauf*, DStJG 12 (1989), S. 24 ff.; *Klawonn*, Die Eigentumsgewährleistung als Grenze der Besteuerung (2007), S. 202 ff.; *Birk*, Leistungsfähigkeitsprinzip (1983), S. 187 ff.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

genden Gründen für die Aufgabe einer jahrzehntelangen Rechtsprechung. Auch der Zweite Senat hat es in seinem oben zitierten Beschluss aus dem Jahre 2006 übrigens nicht nur abgelehnt, aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GG eine absolute steuerliche Belastungsobergrenze in der Nähe einer hälftigen Teilung abzuleiten.<sup>25</sup> Er hat darüber hinaus selbst näher begründet, dass auch das Eigentumsgrundrecht unter den Gesichtspunkten der Eignung und Erforderlichkeit eines Eingriffs der Steuer jenseits des Erdrosselungsvorbehalts kaum greifbare Ansatzpunkte für eine Begrenzung entgegenzusetzen vermag. Und auch bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sieht der Zweite Senat hier zu Recht besondere Schwierigkeiten.<sup>26</sup> Eben hier liegt nach wie vor die entscheidende Schwäche dieses Ansatzes. Den bekannten Einwand, dass das Finanzierungsziel des Staates bei der Steuer keinen Ansatzpunkt für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung liefert, woran die Angemessenheit des steuerlichen Zugriffs also bestimmt werden sollte, vermochten die Vertreter dieser Auffassung bisher nicht überzeugend zu entkräften.

Auf der anderen Seite bleibt es auf der Grundlage der überkommenen Rechtsprechung ein dogmatisches Rätsel, weshalb die Steuer grundsätzlich nicht in das Eigentum eingreifen soll, bei erdrosselnder Wirkung dann aber doch das Eigentum verletzt.

Wie auch immer diese Diskussion ausgehen mag, die Befürworter der Eigentumsbindung sollten sich darüber im Klaren sein und wenn möglich auch Lösungen dafür anbieten, dass die Bejahung eines Eingriffs jedenfalls bestimmter Steuern in vorhandene Eigentumsrechte dogmatisch in die oben angedeutete schwierige Struktur des Eigentumsgrundrechts eingepasst und insbesondere zur Befugnis des Gesetzgebers zur grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmenden Inhaltsbestimmung des Eigentums ins rechte Verhältnis gesetzt werden muss.

#### **IV. Vertrauensschutz – Investitionsschutz – rückwirkende Gesetze**

Sichtet man die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit rückwirkender Gesetze, fällt auf, dass besonders viele der diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Ausgangsfälle dem Abgaben- und Steuerrecht entstammen. Offenbar sind hier der Wunsch und wohl auch das objektive Bedürfnis des

---

<sup>25</sup> BVerfGE 115, 97 (114).

<sup>26</sup> BVerfGE 115, 97 (115 f.).

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

Gesetzgebers besonders groß, rückwirkend korrigierend in die Rechtslage einzugreifen: entweder weil die Rechtsanwendungspraxis, insbesondere in Form von Steuergestaltungen, sich in eine so vom Gesetzgeber nicht gewollte Richtung entwickelt, oder weil die Rechtsprechung der Finanzgerichte eine aus Sicht der Finanzverwaltung korrekturbedürftige Gesetzesauslegung vorgenommen hat, oder weil lenkende Steuergesetze den beabsichtigten Zweck verfehlen oder im Gegenteil überschießend gut greifen. Das Problem rückwirkender Gesetze ist allerdings keineswegs auf das Steuerrecht beschränkt. So werfen etwa – um nur zwei aktuelle Beispiele zu nennen – auch der bereits erwähnte Atomausstieg, zur Zeit vor allem aber auch das Erneuerbare Energien-Gesetz ernsthafte Fragen zu Investitionsschutz und zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze auf. Die Grenzen, die das Grundgesetz hier dem Gesetzgeber zieht, sind daher von besonderer Bedeutung für seinen zeitlichen Spielraum in der Wirtschafts- und Steuerpolitik.

Grundstürzendes hat sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze in den letzten Jahren zwar nicht ereignet, der Versuch einer Präzisierung und Konsolidierung durch einige nicht unwichtige Entscheidungen ist gleichwohl zu verzeichnen – die, nebenbei bemerkt, zudem eine klare Tendenz zur Rückkehr zur alten Terminologie von unechter und echter Rückwirkung erkennen lassen<sup>27</sup>.

### **1. Aktueller Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze**

a) Hier sind zunächst die drei Beschlüsse des Zweiten Senats vom 7.7.2010<sup>28</sup> zu erwähnen, die zwar zum einen die Veranlagungszeitraumrechtsprechung der Finanzgerichte als Fall der bloß unechten Rückwirkung verfassungsrechtlich anerkannt haben. Verbunden damit war aber zugleich eine Schärfung des Vertrauensschutzes des Bürgers jedenfalls in diesen Fallgruppen insofern, als die unechte Rückwirkung unter Rückgriff auf den Beginn des Veranlagungszeitraums nur mehr „nicht grundsätzlich unzulässig ist“. Wichtiger als diese eher nur terminologi-

---

<sup>27</sup> Vgl. *Desens*, *StuW* 2011, 113 (113 Fn. 4, 114 Fn. 7)

<sup>28</sup> BVerfGE 127, 1 (31, 61). Diese Entscheidungen werden im Schrifttum insbesondere thematisiert von *Desens*, *StuW* 2011, 113 (113 ff.); *Birk*, *FR* 2011, 1 (1 ff.); *Morgenthaler/Stracke*, *JZ* 2011, 786 (788 ff.); *Scharfenberg*, *DB* 2013, 85 (85 ff.).

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

sche Gewichtsverlagerung ist indes die damit verbundene Forderung, dass die unechte Rückwirkung einer echten Verhältnismäßigkeitsprüfung verbunden mit einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und der Dringlichkeit der gerade die rückwirkende Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe bedarf.<sup>29</sup> Dieser Ansatz findet sich zwar auch schon in der früheren Rückwirkungsrechtsprechung des Bundeiverfassungsgerichts, wird hier nun aber mit besonderem Nachdruck und präziseren Vorgaben eingefordert.

Die Gewährung von Vertrauensschutz gegen die angegriffenen rückwirkenden Gesetze entschied sich in allen Fällen daran, ob zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung oder der Einbringung einer vertrauenszerstörenden Gesetzesinitiative „besondere Momente der Schutzbedürftigkeit“<sup>30</sup> vorlagen. Dies waren entweder der „vollendete Erwerb eines Vermögensbestands“<sup>31</sup> oder eine getätigte Investition.<sup>32</sup>

b) Der Erste Senat hat sich in einem Beschluss vom 12.10.2012 zu einer rückwirkenden Regelung im Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz für die Gewerbesteuer der Auffassung des Zweiten Senats zur Veranlagungszeitraumrechtsprechung angeschlossen.<sup>33</sup> Er rückt dabei allerdings Gesetze, soweit sie nach diesen Grundsätzen innerhalb des Veranlagungszeitraums Rückwirkung entfalten, stärker in die Nähe der echten Rückwirkung und stellt gesteigerte Anforderungen an deren Rechtfertigung.<sup>34</sup> Auf der anderen Seite betont er für die übrigen „Normalfälle“ unecht rückwirkender Gesetze, dass sie „grundsätzlich zulässig“ sind.<sup>35</sup> Als vertrauenszerstörend hat das Gericht im konkreten Fall im Übrigen den Vorschlag des Vermittlungsausschusses angesehen, der die in Streit stehende Regelung ins Gesetzgebungsverfahren eingebracht hat.<sup>36</sup>

---

29 BVerfGE 127, 1 (17 f.); 127, 31 (49).

30 BVerfGE 127, 1 (20); 127, 61 (79).

31 So BVerfGE 127, 1 (22) – hier der Ablauf der früher kurzen Spekulationsfrist für Grundstückserwerbe; 127, 61 (79) – hier bereits entstanden Wertsteigerungen vor Absenkung der Beteiligungsgrenze.

32 BVerfGE 127, 31 (49) – hier der verbindliche Abschluss der Entschädigungsvereinbarung mit dem Arbeitgeber.

33 BVerfGE 132, 302.

34 BVerfGE 132, 302 (319 Rz. 45).

35 BVerfGE 132, 302 (318 Rz. 43).

36 Das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz wird den Ersten Senat übrigens in absehbarer Zeit nochmals unter Rückwirkungsgesichtspunkten beschäftigen – dann allerdings in einem deutlich komplexeren, auch grundsätzliche Fragen zur Gewerbesteuer aufwerfenden Fall (1 BvR 1236/11).

## 2. Rollenverteilung zwischen Gesetzgeber und Justiz bei der Rückwirkung von Gesetzen

Lassen Sie mich in Zusammenhang mit der Rückwirkungsthematik noch auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von Ende 2013 eingehen, die eine auf den ersten Blick eher harmlose Sonderkonstellation zu betreffen scheint, sich aber als durchaus grundsätzlich entpuppt und gegensätzliche, zum Teil heftige Reaktionen hervorgerufen hat.<sup>37</sup> Bei der Entscheidung geht es um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit rückwirkend klarstellender Gesetze; dabei trifft sie auf grundsätzliche Fragen der Rollenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Gegenstand der Vorlage des FG Münster war eine Bestimmung des damaligen Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften, mit welcher der Gesetzgeber für die zurückliegenden Jahre und deshalb insoweit mit formal eindeutig echter Rückwirkung eine in ihrer Bedeutung umstrittene Verweisung auf das Körperschaftsteuergesetz<sup>38</sup> in dem von ihm gewünschten Sinne klarstellen wollte. Zwei Fragen waren dabei auseinanderzuhalten und je für sich zu klären. Erstens: ob das formal echt rückwirkende, weil Veranlagungszeiträume vergangener Jahre erfassende Klarstellungsgesetz auch materiell rückwirkende Bedeutung hatte oder nur deklaratorisch bestätigte, was ohnehin Gesetz war. Zweitens: ob für den Fall echter Rückwirkung diese ausnahmsweise auch gerechtfertigt war.

a) Die Beantwortung der ersten Frage hing entscheidend davon ab, wer letztlich den Inhalt der ursprünglichen Regelung verbindlich zu klären befugt ist, die durch das rückwirkende Gesetz lediglich klargestellt werden soll. Weicht der Inhalt der ursprünglichen Regelung von demjenigen der Neuregelung ab, entfaltet sie auch materiell echte Rückwirkung. Das Bundesverfassungsgericht legt seiner Entscheidung die als solche sicher nicht überraschende Auffassung zugrunde, dass die verbindliche Interpretation der Gesetze im Zweifelsfall letztlich Aufgabe der Gerichte ist. Ist der Gesetzgeber mit einer Gesetzesauslegung durch die Rechtspraxis, insbesondere durch die Gerichte, nicht einverstanden, bleibt es ihm unbenommen, die Rechtslage im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Bindungen zu ändern; für die Vergangenheit kann er dies folglich

<sup>37</sup> BVerfGE 135, 1.

<sup>38</sup> Es ging um die Frage, ob § 8 Abs. 3 KStG, der den Ausschluss der Berücksichtigungsfähigkeit von Teilwertabschreibungen anordnete, auch auf Kapitalanlagegesellschaften Anwendung findet, obwohl § 40a KAGG auf diese Vorschrift nicht verwies.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

grundsätzlich nur nach Maßgabe der Zulässigkeit rückwirkender Gesetze. Dieser Bindung kann er nicht dadurch entgehen, dass er das rückwirkende Gesetz als verbindliche Auslegung der alten Rechtslage deklariert. Dürfte er dies, könnte er jeglichem Vertrauen des Bürgers in die geltende Rechtslage durch letztlich beliebig weit zurückreichende Gesetze mit dem Anspruch, sie stellten die alte Rechtslage nur klar, im Nachhinein die Grundlage entziehen. Dass dies mit den Grundsätzen rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes nicht vereinbar wäre, scheint mir zwingend. Auch die besondere demokratische Legitimation des Gesetzgebers vermag, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung näher ausgeführt hat,<sup>39</sup> ihm einen solchen Freibrief nicht zu erteilen. Der Gesetzgeber gibt ein Gesetz mit seinem Erlass aus der Hand und kann es im Nachhinein nicht mehr für die Vergangenheit beliebig uminterpretieren.

Ob eine Neuregelung ausschließlich deklaratorische Bedeutung hat, ist danach letztlich mittels Auslegung des alten und, soweit erforderlich, auch des neuen Rechts durch die Fachgerichte zu entscheiden. Ausgehend hiervon betrachtet das Bundesverfassungsgericht ein rückwirkend klarstellendes Gesetz bereits dann als konstitutiv, wenn die geänderte Norm in ihrer ursprünglichen Fassung von den Gerichten in einem Sinn ausgelegt werden konnte und ausgelegt worden ist, der mit der Neuregelung ausgeschlossen werden soll.<sup>40</sup> Dieser Ansatz lässt im Übrigen die Möglichkeit offen, dass eine als klarstellend deklarierte Norm, nach diesen Grundsätzen als konstitutiv ändernd beurteilt und wegen unzulässiger echter Rückwirkung vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben wird, später aber die alte Norm, die hatte geändert werden sollen, höchstrichterlich in einer Weise ausgelegt wird, die dem klarstellend ändernden Wunsch des Gesetzgebers entspricht. Bei der hier referierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war dies allerdings nicht der Fall. Mit Urteil vom 25. Juni 2014 hat der Bundesfinanzhof den im Ausgangsverfahren in Streit stehenden § 40a Abs.1 KAGG i.d.F. des Jahres 2000 im Sinne des vorlegenden Finanzgerichts gedeutet, so dass sich die rückwirkende Klarstellung in § 40a Abs. 1 Satz 2 KAGG tatsächlich als konstitutiv erwiesen hat.<sup>41</sup>

b) Die sich danach stellende zweite Frage, ob sich der vorgelegte § 40a KAGG entgegen dem Grundsatz der Unzulässigkeit echt rückwirkender

---

39 BVerfGE 135, 1 (17 f. Rz. 51).

40 BVerfGE 135, 1 (16 f. Rz. 49).

41 BFH v. 25.6.2014 – I R 33/09 - BFHE 246, 310.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

Gesetze dennoch ausnahmsweise als verfassungsgemäß erweist, hat das Bundesverfassungsgericht klassisch beantwortet, indem es die anerkannten Fallgruppen für die Zulässigkeit echt rückwirkender Gesetze durchgeprüft, deren Vorliegen im Ergebnis aber verneint hat.<sup>42</sup>

Insgesamt war das Maß der Aufregung um die referierte Entscheidung<sup>43</sup>, die ja auch in einem scharfen Sondervotum zum Ausdruck kam,<sup>44</sup> dann doch bemerkenswert. Dass sich über die Subsumtion zur zweiten Frage, ob also ein Fall ausnahmsweise zulässiger echter Rückwirkung vorliegt – wie zumeist bei konkreten Subsumtionsfragen in schwierigen Fällen – streiten lässt, ist nichts Außergewöhnliches. Die Obersätze zu den anerkannten Fallgruppen zulässiger echter Rückwirkung hat das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung im Übrigen zum Teil geringfügig präzisiert, im Grundsatz aber unverändert der gefestigten Rechtsprechung entnommen. Bei der ersten Frage betreffend die Gewichtsverteilung zwischen Vertrauensschutz des Bürgers und Handlungsspielraum des Gesetzgebers überzeugen die Standpunkte hingegen nicht, die dem Bürger ein schutzwürdiges Vertrauen in die Gesetzeslage grundsätzlich absprechen und so dem Gesetzgeber bei rückwirkenden Gesetzesklarstellungen letztlich freie Hand lassen. Es geht hierbei im Übrigen auch nicht bloß um eine abstraktes, vom subjektiven Vertrauensschutz gelöstes Vertrauen in den Bestand der Rechtslage. Der Bürger ist immer darauf angewiesen, sein Verhalten und seine Entscheidungen an dem gesetzten Recht ausrichten zu können, unabhängig davon ob er konkrete Investitionen tätigt. Dies gilt nicht nur bei höchstrichterlich geklärter Rechtslage, sondern grundsätzlich auch dann, wenn sie noch neu oder umstritten ist. Der Bürger muss in diesen Fällen – rechtskundig beraten – seinen Entscheidungen die von ihm für richtig gehaltene Auslegung der Gesetze zugrunde legen und notfalls vor Gericht dafür kämpfen. Das Risiko, dass die Gerichte die Rechtslage anders beurteilen, kann ihm dabei keiner nehmen. Das Risiko, dass der Gesetzgeber im Nachhinein autoritativ ein anderes Verständnis des Gesetzes festlegt, ist hingegen von anderer Qualität und braucht von ihm nicht hingenommen zu werden.

Eine spezifische Aussage zur Fallgruppe der Reaktion des Gesetzgebers auf Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung enthält der Be-

---

42 BVerfGE 135, 1 (20 ff.).

43 Vgl. *Lepsius*, JZ 2014, 488 (491 ff.); *Lepsius*, JZ 2015, 435 (435 ff.); *Michael*, JZ 2015, 425 (429 ff.); *Hey*, NJW 2014, 1564 (1566).

44 BVerfGE 135, 1 (29 ff.).

schluss vom Dezember 2013 im Übrigen nicht. Der dort vom Bundesverfassungsgericht vertretene Standpunkt kann aber Ausgangspunkt für die Lösung dieser Fälle sein – etwa auch im Hinblick auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen bei gesetzlichen Korrekturen mit echter Rückwirkung hier eine (weitere) Fallgruppe vorliegt, bei der dies ausnahmsweise verfassungsrechtlich zulässig ist.

## V. Gleichheitssatz

### 1. Vom der Willkürverbot über die „neue Formel“ bis zum „stufenlosen“ Maßstab

Da der Spielraum des Gesetzgebers auf der Zeitschiene „nach hinten“ relativ klar begrenzt ist, sich im Übrigen aber der Eigentumsschutz im Steuerrecht als wenig griffige Schranke erwiesen hat, ist es hier vor allem der Gleichheitssatz, der den Steuergesetzgeber anleitet und ihm Grenzen setzt. In der Tat ist Art. 3 Abs. 1 GG denn auch der mit Abstand häufigste Prüfungsmaßstab, an dem Steuergesetze gemessen werden und manchmal auch scheitern.

Der Gleichheitssatz hat in seiner Anwendung gerade auch auf Steuergesetze in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder Phasen der Weiterentwicklung und Präzisierung durchlaufen. Die entscheidende Frage war und ist im Grunde immer, welchen Spielraum der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber für Differenzierungen und damit für Ungleichbehandlungen lässt. Damit korrespondiert die Prüfungsdichte durch das Bundesverfassungsgericht.

Im Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes war es – stark vereinfacht dargestellt – die vom Bundesverfassungsgericht in den 1980er Jahren entwickelte sogenannte „Neue Formel“, welche die bis dahin im Vordergrund stehende bloße Willkürprüfung durch eine vereinfachte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Ungleichbehandlung von Gruppen von Normadressaten ergänzt hat.<sup>45</sup> Für den Bereich des Steuerrechts hat sich daneben eine Reihe von festen Anwendungsgrundsätzen herausgebildet, die spezifischen Herausforderungen des Steuerrechts Rechnung tragen

<sup>45</sup> BVerfGE 55, 72 (88): Danach ist das Gleichheitsgebot dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

sollen. Sie betreffen zum Teil die Strenge der Gleichheitsbindung, zum Teil formulieren sie aus dem Gleichheitssatz abgeleitete konkrete Leitlinien oder Differenzierungsgründe für den Gesetzgeber. Es sind dies, um nur die wichtigsten und am häufigsten verwendeten zu nennen: die Grundsätze der Lastengleichheit, der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit (für jedenfalls die meisten Steuerarten) und der Folgerichtigkeit sowie die Grundsätze zur Typisierung und Pauschalierung.<sup>46</sup>

In den letzten drei bis vier Jahren ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederum Bewegung in die Handhabung des Gleichheitssatzes gekommen. So lässt sich einer Reihe von Entscheidungen des Ersten Senats der Versuch einer differenzierteren, teilweise bestimmteren und damit nach Möglichkeit auch besser vorhersehbaren Handhabung des Gleichheitssatzes entnehmen. Soweit diese Entscheidungen das Steuerrecht betreffen, sind sie zudem von dem Bestreben getragen, der Entwicklung einer gleichheitsrechtlichen Sonderdogmatik auf diesem Gebiet entgegenzuwirken. So hat das Gericht in einem Beschluss vom Juni 2011 zu Gleichheitsproblemen im Bundesausbildungsförderungsgesetz die Dichotomie von Willkürprüfung auf der einen und strenger Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Differenzierung zwischen Personengruppen auf der anderen Seite – die schon seit längerem nicht mehr und im Grunde wohl noch nie in dieser ausgeprägten Form bestanden hatte – ausdrücklich aufgegeben.<sup>47</sup> Die seither vom Ersten Senat in steuerrechtlichen wie auch in sonstigen Fällen zur Prüfungsdichte verwendete Gleichheitsformel benennt einen stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.<sup>48</sup>

## **2. Das Urteil zur Erbschaftsteuer als Beispiel einer strengen Gleichheitsprüfung**

a) Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem all-

---

46 Vgl. dazu lediglich BVerfGE 117, 1 (30 f.).

47 BVerfGE 129, 49 (68 f.).

48 BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, FR 2015, 160, Rz. 121 mwN.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

gemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können.<sup>49</sup>

Für die Beantwortung der danach entscheidenden Frage, anhand welcher Kriterien zu bestimmen ist, ob im Hinblick auf die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung stattzufinden hat oder ob der Gesetzgeber innerhalb der Grenzen der Willkür frei ist, finden sich im Wesentlichen drei Merkmale, die das Bundesverfassungsgericht hierfür heranzieht. So heißt es in dem Urteil vom 17. Dezember 2014 zur Erbschaftsteuer, in dem sich der aktuelle Stand dieser Rechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz zusammengefasst findet:<sup>50</sup>

Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben [...]. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind [...] oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern.

Für Steuergesetze hat das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung zudem auch noch „Umfang und Ausmaß“ der Ungleichbehandlung als ein Kriterium hinzugefügt,<sup>51</sup> mit dessen Anwachsen auch die Anforderungen an den Rechtfertigungsgrund steigen.

b) Im Urteil zur Erbschaftsteuer ist aber natürlich nicht nur der Stand der Rechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz wiedergegeben. Auch die daraus abgeleiteten steuerbereichsspezifischen Ausprägungen von Art. 3 Abs. 1 GG finden sich hier, entsprechend den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit Jahrzehnten hierzu entwickelten Grundsätzen, eingefügt in die allgemeine Gleichheitsdogmatik. Ausgehend vom steuerspezifischen Grundsatz der Lastgleichheit bestätigt das Bundesverfassungsgericht hier zunächst die gefestigte, erst unmittelbar zuvor im Urteil zur Luftverkehrsteuer<sup>52</sup> nochmals besonders hervorgehobene Rechtsprechung,<sup>53</sup>

---

49 BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, FR 2015, 160, Rz. 122.

50 BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, FR 2015, 160, Rz. 121.

51 BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, FR 2015, 160, Rz. 123; ebenso wiederum in den Beschlüssen des Jahres 2015 zur Grunderwerbsteuer (unten Fn. 54).

52 BVerfGE v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350 (366 f. Rz. 42).

53 BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, FR 2015, 160, Rz. 123.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

wonach der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber einen weit reichenden Entscheidungsspielraum belässt sowohl bei der Auswahl des Steuergegenstandes als auch bei der Bestimmung des Steuersatzes.

c) Für die Umsetzung dieser Steuerwürdigkeitsentscheidung, für die Ausgestaltung des Steuergesetzes also, gilt dieser großzügige Maßstab indessen nicht ohne weiteres. Hier ist für jede vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung, für jede Ungleichbehandlung, anhand der zuvor genannten Kriterien zu entscheiden, wie groß der Differenzierungsspielraum des Gesetzgebers jeweils ist und wie streng oder großzügig demzufolge die Gleichheitsprüfung des Bundesverfassungsgerichts ausfällt. Eingebunden in diesen gleichheitsrechtlichen Rahmen findet sich auch der Grundsatz der Folgerichtigkeit. Zu ihm heißt es im Urteil zur Erbschaftsteuer:<sup>54</sup>

Abweichungen von der mit der Wahl des Steuergegenstandes einmal getroffenen Belastungsentscheidung müssen sich indessen ihrerseits am Gleichheitssatz messen lassen (Gebot der folgerichtigen Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands, ...). Demgemäß bedürfen sie eines besonderen sachlichen Grundes [...].

Der Grundsatz der Folgerichtigkeit wird damit als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes bestätigt. Das machen Formulierung und Systematik dieser Textstelle<sup>55</sup> besonders deutlich. Der Grundsatz der Folgerichtigkeit ist allerdings kein eigenständiges Verfassungsgebot. Deshalb garantiert die folgerichtige Ausgestaltung eines Steuergesetzes nicht dessen Verfassungsmäßigkeit; sie indiziert allenfalls, dass keine Ungleichbehandlung vorliegen dürfte. Besteht dennoch – trotz folgerichtiger Ausgestaltung – eine Ungleichbehandlung, bedarf sie eines hinreichenden sachlichen Rechtsfertigungsgrundes. Andererseits ersetzt die Feststellung eines Verstoßes gegen das Gebot der Folgerichtigkeit grundsätzlich auch nicht die nähere Analyse der Ungleichbehandlung und die Bestimmung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund anhand der vorgenannten Merk-

---

54 BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, FR 2015, 160, Rz. 123; gleichlautend bereits BVerfGE 137, 350 (366 Rz. 41) und später ebenso die Beschlüsse zur Grunderwerbsteuer (BVerfG v. 24.3.2015 – 1 BvR 2880/11 - juris Rz. 40 und Beschluss vom 23.6.2015 – 1 BvL 13/11 und 14/11, juris Rz. 72).

55 Sie findet sich wortgleich auch in den im Jahr 2015 zur Grunderwerbsteuer ergangenen Entscheidungen des Ersten Senats (BVerfG v. 24.3.2015 – 1 BvR 2880/11; BVerfG v. 23.6.2015 – 1 BvL 13/11, 1 BvL 14/11).

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

male. Entsprechend der so gewonnenen Erkenntnisse hat dann eine mehr oder minder strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung stattzufinden.

d) Ausgehend von diesen Grundsätzen sollte jeder verfassungsrechtlichen Gleichheitsprüfung eines Gesetzes – auch der von Steuergesetzen – im Grundsatz folgende Struktur zugrunde liegen, die freilich von Fall zu Fall unterschiedlich komplex ausfallen kann: Ausgangspunkt ist jeweils die Analyse der gesetzlich verursachten Ungleichbehandlung. In einem zweiten Schritt ist im Hinblick auf die festgestellte Differenzierung anhand der genannten Kriterien die Strenge der Gleichheitsprüfung zu ermitteln. Je nach dem dabei gewonnenen Ergebnis folgt dann in stufenlos möglicher Intensivierung eine bloße Willkürprüfung, eine grobe Verhältnismäßigkeitsprüfung, die lediglich nach einem hinreichend gewichtigen Sachgrund fragt, bis hin zu einer detaillierten Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>56</sup>

Muss danach die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung ermittelt werden, bedarf es wiederum zunächst der genauen Bestimmung des gesetzlichen Differenzierungsgrundes. Im Hinblick darauf ist dann je nach Prüfungsdichte gegebenenfalls der Frage nachzugehen, ob die festgestellte Ungleichbehandlung geeignet und erforderlich ist, das mit der Differenzierung verfolgte Ziel zu erreichen und schließlich vor allem, ob das Maß der mit der Ungleichbehandlung einhergehenden Benachteiligung in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziel und dem zu erwartenden Maß der Zielerreichung steht.<sup>57</sup>

e) Dieser Struktur folgt die Gleichheitsprüfung im Urteil zur Erbschaftsteuer, wobei dort, den Besonderheiten des Falls entsprechend, den verschiedenen Differenzierungen überwiegend bestimmte Lenkungs- und Förderzwecke zugrunde lagen. Für Steuergesetze, die reinen Fiskalnormcharakter haben, kann indessen im Grundsatz nichts anderes gelten. Die beschriebene Struktur der Gleichheitsprüfung spiegelt zugleich auf der anderen, der Ursprungsseite des Gesetzes, den Spielraum des Gesetzgebers.

---

<sup>56</sup> Vgl. Hey in Tipke/Lang, 22. Aufl. 2015, § 3 Rz. 124 f.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu die entsprechenden Obersätze im Urteil zur Erbschaftsteuer a.a.O. Rz. 139, 140 f. und 156.

## VI. Nochmals: Bundesverfassungsgericht – Steuerrecht – Wirtschaftspolitik und die Rechtsfolgenanordnungen bei verfassungswidrigen Gesetzen

Abschließend sei noch ein kurzer Blick auf die Rechtsfolgenaussprüche des Bundesverfassungsgerichts geworfen. Gerade im Bereich des Steuerrechts bewegen diese sich notgedrungen häufig im Grenzbereich zwischen Verfassungsrecht und Steuer-/Wirtschaftspolitik.

Der dogmatische Rechtsfolgen-Normalfall eines Verfassungsverstößes ist die Nichtigkeit der Norm *ex tunc*.<sup>58</sup> Bei einer Verletzung des Gleichheitssatzes stellt das Bundesverfassungsgericht allerdings bekanntlich lediglich die Unvereinbarkeit der Norm mit Art. 3 Abs. 1 GG fest, da es zumeist mehrere dem Gesetzgeber vorbehaltene Möglichkeiten der Behebung des Gleichheitsverstößes gibt. Aus dieser Unvereinbarkeitserklärung folgt, was häufig verkannt wird, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunächst in der Regel die Verpflichtung des Gesetzgebers, rückwirkend, bezogen auf den in der gerichtlichen Feststellung genannten Zeitpunkt, die Rechtslage verfassungsgemäß umzugestalten.<sup>59</sup> Nur aus besonderem Grund kann das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus die Fortgeltung der für gleichheitswidrig erkannten Norm für einen bestimmten Zeitraum anordnen. Dies setzt eine entsprechende Abwägungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwischen den Belastungen und Zumutungen für die Betroffenen, der weiteren Anwendung einer für verfassungswidrig befundenen Norm ausgesetzt zu sein, auf der einen und den für die Fortgeltung sprechenden Gründen auf der anderen Seite voraus. In den Steuerfällen sind Letzteres zumeist überragende fiskalische Interessen der öffentlichen Hand.

Auch wenn es in der Vergangenheit relativ häufig zu solchen Fortgeltungsanordnungen durch das Bundesverfassungsgericht gekommen ist, ist dies doch nicht der dogmatische Normalfall und darf von den Betroffenen – Bürgern wie Finanzverwaltung – nicht als selbstverständlich erwartet werden. Dies alles kann als hinlänglich bekannt vorausgesetzt werden; es ist vielfach so entschieden.

So gut wie keine expliziten Aussagen des Bundesverfassungsgerichts finden sich indessen zu der Frage, wie frei der Gesetzgeber bei der ihm auf-

58 Vgl. *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 95 Rz. 20; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 95 Rz. 44.

59 BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, FR 2015, 160, Rz. 286; BVerfGE 105, 73 (133 f.) m.w.N.

---

Eichberger – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

---

getragenen Reparatur des Gleichheitsverstoßes im Hinblick auf eine etwaige Rückwirkung der gesetzlichen Neuregelung ist. Es spricht viel dafür, dass er hierbei den ganz allgemein geltenden Grenzen für unecht und echt rückwirkende Gesetze unterliegt. Hat das Gericht es also bei der Regelfolge eines festgestellten Gleichheitsverstoßes belassen und dementsprechend auf die Pflicht des Gesetzgebers zur Behebung des Gleichheitsverstoßes auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt hingewiesen,<sup>60</sup> ist der Gesetzgeber meines Erachtens insoweit je nach betroffenem Zeitraum an die rechtsstaatlichen Grenzen der Zulässigkeit unecht oder eben auch echt rückwirkender Gesetze gebunden. Die anerkannten Fallgruppen ausnahmsweise zulässiger echt rückwirkender Gesetze lassen unter bestimmten Umständen auch die in die Vergangenheit wirkende Reparatur verfassungswidriger Gesetze zu – wenn auch möglicherweise nur mit Besitzstandswahrungsklauseln, wie dies im Recht der nichtsteuerlichen Abgaben nicht unüblich ist.<sup>61</sup>

Umgekehrt schließt auch die Anordnung der Fortgeltung einer verfassungswidrigen Norm durch das Bundesverfassungsgericht nicht von vornherein ein rückwirkendes Tätigwerden des Gesetzgebers aus. Auch insoweit bleibt es bei den allgemeinen Grenzen, die die rechtsstaatlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes setzen. In seinem Urteil zur Erbschaftsteuer hat das Bundesverfassungsgericht für eine bestimmte Fallgruppe – nämlich die exzessiven Ausnutzung gerade der als gleichheitswidrig befundenen Ausgestaltungen der Verschonungsregelungen – ausdrücklich einem möglichen Vertrauen in den Bestand der als fortgeltend angeordneten Rechtslage für die Zeit nach dem Urteilsausspruch die Schutzwürdigkeit aberkannt,<sup>62</sup> und damit mögliches Vertrauen in diesem Punkt zerstört. Im Übrigen gelten die beschriebenen allgemeinen Grundsätze.

---

60 So in dem neuesten Beschluss zur Grunderwerbsteuer 23.6.Juni 2015 – 1 BvL 13/11, 1 BvL 14/11, was heftige Reaktionen im Hinblick auf einen vermeintlichen Zwang zu einer verfassungswidrigen rückwirkenden Gesetzgebung ausgelöst hat. Hierzu vgl. *Fertig*, DStR 2015, 2160 (2163 f.); *Behrens/Hofmann*, UVR 2015, 285 (288).

61 Vgl. dazu auch BVerfGE 133, 143 (156 f. und 162).

62 BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, FR 2015, 160, Rz. 292.



## Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

Prof. Dr. *Alexander Rust*, LL.M. (NYU)

Wirtschaftsuniversität Wien

<p><b>I. Einführung</b></p> <p><b>II. Vergleich mit dem EU-Recht</b></p> <p><b>III. Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT)</b></p> <p><b>IV. Das Verbot von Exportsubventionen</b></p> <p><b>V. Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Investitionen</b></p> <p>1. Investitionsverträge</p>	<p>2. Investitionsschutzabkommen</p> <p>a) Einführung</p> <p>b) Steuern als indirekte Enteignung</p> <p>c) Fair and Equitable Treatment – Schutz berechtigter Erwartungen</p> <p>d) Recht auf Kapital- und Gewinntransfer</p> <p><b>VI. Schlussfolgerungen</b></p>
---	--

### I. Einführung

Dieser Beitrag erörtert, welchen Rahmen das Internationale Wirtschaftsrecht für das Steuerrecht aufstellt. Der Beitrag untersucht die Vorgaben des WTO-Rechts und einzelner Investitionsschutzabkommen. Auf das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen wird dagegen nicht eingegangen.

Den Ausgangspunkt der Betrachtung stellt die von *David Ricardo* entwickelte Theorie der komparativen Kostenvorteile dar.<sup>1</sup> Danach ist der Freihandel für alle beteiligten Volkswirtschaften grundsätzlich von Vorteil. Sind die Produktionskosten für bestimmte Güter in den Volkswirtschaften unterschiedlich hoch, sollte sich jedes Land auf die Produktion derjenigen Güter konzentrieren, die es relativ (komparativ) günstiger herstellen kann. Durch den Handel und den Austausch der Güter kön-

<sup>1</sup> *Ricardo*, On the Principles of Political Economy and Taxation (1817). Siehe auch bereits *Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776), der noch vom Modell der absoluten Kostenvorteile ausging. S. zum Ganzen *Krugman/Obstfeld/Melitz*, Internationale Wirtschaft: Theorie und Politik der Außenwirtschaft, 9. Aufl. 2011, S. 55.

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

nen die Produktionskosten in allen am Handel beteiligten Volkswirtschaften gesenkt werden. Die Nutzung komparativer Kostenvorteile setzt aber eine unverzerrte Preisbildung in den beteiligten Volkswirtschaften voraus. Zölle und Steuern können diese Preisbildung verzerren.

## II. Vergleich mit dem EU-Recht

Vergleicht man das GATT / GATS mit den Grundfreiheiten des AEUV, so fällt zunächst auf, dass das GATT / GATS nur die Waren- und Dienstleistungsfreiheit betreffen, der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union dagegen zusätzlich die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit schützt. Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit werden aber teilweise von den bilateralen Investitionsschutzabkommen erfasst. GATT und GATS schützen nur vor Diskriminierungen bei Inbound-Sachverhalten, die Grundfreiheiten darüber hinaus auch vor Diskriminierungen bei Outbound-Sachverhalten. Zwar wollen die Diskriminierungsverbote nach ihrem Wortlaut vor allem die Inländergleichbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sicherstellen. Seit dem Daily Mail-Urteil<sup>2</sup> hat der EuGH aber in ständiger Rechtsprechung ausgeführt, dass die Diskriminierungsverbote sinnentleert wären, wenn der Herkunftsmitgliedstaat seinen Staatsangehörigen verbieten könnte, im anderen Mitgliedstaat eine Arbeitstätigkeit aufzunehmen oder dort zu investieren. Die Grundfreiheiten des AEUV finden also auf In- wie auf Outboundkonstellationen Anwendung. Auch die Beihilfavorschriften der Artikel 107 und 108 finden ihre Pendanten in den Subventionsverboten des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM-Agreement).<sup>3</sup> Während Artikel III Abs. 2 GATT 1947 als Vorbild für das Verbot diskriminierender und protektionistischer Steuern in Art. 110 AEUV gedient hat, haben umgekehrt die welthandelsrechtlichen Regelungen des SCM-Agreements viele Grundgedanken der Beihilfavorschriften der Artikel 107 und 108 AEUV aufgegriffen.<sup>4</sup> Die Grundfreiheiten des AEUV sind unmittelbar anwendbar,<sup>5</sup> dagegen kann sich der Steuerpflichtige

---

<sup>2</sup> EuGH v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483.

<sup>3</sup> [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf).

<sup>4</sup> S. Schön, WTO und Steuerrecht, RIW 2004, 50.

<sup>5</sup> EuGH v. 5.2.1963 – Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1.

nicht unmittelbar auf die Vorschriften des GATT / GATS berufen, sondern nur auf die jeweiligen Umsetzungsakte.<sup>6</sup>

### III. Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT)

Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) regelt den grenzüberschreitenden Warenverkehr, während das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) den Dienstleistungsverkehr zum Gegenstand hat. Zölle stellen ein klassisches Instrument der Handelsbeschränkung dar, was die WTO Mitglieder in Artikel XXVIII bis Abs. 1 GATT zum Ausdruck bringen. Die Zölle abzubauen, ist notwendig, aber nicht ausreichend, weil die Staaten dann Handelsbeschränkungen durch nicht-tarifäre Hürden ersetzen könnten.

Artikel II GATT enthält eine Liste von Zollsätzen, die der einzelne Mitgliedstaat nicht überschreiten darf. Artikel I GATT verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Meistbegünstigung. Zollvorteile, die ein Mitgliedstaat einem anderen Mitgliedstaat eingeräumt hat, gelten automatisch für alle anderen Mitgliedstaaten, ihnen kommt also eine erga omnes-Wirkung zu. Das Gebot der Meistbegünstigung wird allerdings durch die stetig steigende Zahl der Zollunionen und Freihandelszonen relativiert.<sup>7</sup> Das Diskriminierungsverbot des Artikels III GATT flankiert die beiden vorhergehenden Vorschriften. Das Abgabensystem soll nicht für protektionistische Zwecke missbraucht werden. Ansonsten hätte es jeder Mitgliedstaat in der Hand, ausländische Waren durch im Vergleich zu inländischen Waren höheren Abgaben aus dem Markt zu drängen.<sup>8</sup> Artikel III GATT ist nicht auf den Schutz von Waren begrenzt, die Gegenstand von Zollkonzessionen sind.<sup>9</sup> Artikel III Abs. 1 GATT legt den Schutzzweck des Artikels III GATT fest, welcher bei der Auslegung der folgenden Vorschriften zu berücksichtigen ist, enthält jedoch keine ei-

---

6 S. für das GATT 1947: EuGH v. 12.12.1972 – Rs. 21-24/72 (International Fruit Company u.a.), Slg. 1972, 1219 Rz. 27; seitdem ständige Rechtsprechung s. z.B. für das TRIPS: EuGH v. 2.5.2001 – Rs. C-307/99 (OGT Fruchthandelsgesellschaft), Slg. 2001, I-3159.

7 S. Artikel XXIV Abs. 5 GATT. S.a. *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 369.

8 *Hermann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, Rz. 512.

9 *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 381.

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

genständige Verpflichtung.<sup>10</sup> Artikel III Abs. 2 S. 1 GATT enthält das eigentliche Diskriminierungsverbot bei steuerlichen Maßnahmen und hat den folgenden Wortlaut:

Waren, die aus dem Gebiet einer Vertragspartei in das Gebiet einer anderen Vertragspartei eingeführt werden, dürfen weder direkt noch indirekt höheren inneren Abgaben oder sonstigen Belastungen unterworfen werden als gleichartige inländische Waren.

Für die Feststellung der Gleichartigkeit kommt es insbesondere auf die physikalischen Eigenschaften der Produkte sowie auf den jeweiligen Verwendungszweck und die Konsumgewohnheiten der Verbraucher an.<sup>11</sup> So hat etwa der Appellate Body eine Gleichartigkeit des japanischen Shochu mit Wodka bejaht, dagegen mit Whisky verneint.<sup>12</sup> Nach Feststellung der Gleichartigkeit ist zu untersuchen, ob das ausländische Produkt einer höheren Belastung als das inländische Produkt unterliegt. Jede noch so geringe Höherbelastung führt zu einem Verstoß gegen Artikel III Abs. 2 S. 1 GATT. Eine Gegenrechnung mit Vorteilen, die die ausländischen Waren genießen, ist nicht zulässig. Zwecksetzungen des Gesetzgebers erlauben keine nachteilhafte Behandlung ausländischer Produkte. Differenzierungen sind nur nach Maßgabe der Schutzklausel des Artikels XX GATT zulässig. Danach können Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot zum Schutz ausgewählter öffentlicher Zwecke – wie zum Beispiel dem Schutz der Volksgesundheit – zugelassen werden. Hierbei ist allerdings eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellen. Willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierungen sowie verschleierte Beschränkungen sind nicht zulässig.

Für ausländische Waren, die nicht nach Artikel III Abs. 2 S. 1 GATT als gleichartig mit inländischen Waren angesehen werden können, gilt nach dessen S. 2 jedoch ein Protektionsverbot inländischer Waren. Stehen ausländische Waren tatsächlich oder potentiell mit inländischen Waren in Wettbewerb, sind sie wechselseitig substituierbar, so dürfen sie nicht wesentlich höher besteuert werden als die inländischen Waren.<sup>13</sup> Ein wichtiger Anwendungsbereich der Alternative des S. 2 ist dann eröffnet,

---

10 *Hermann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, Rz. 511; *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 381 f.

11 *Schön*, WTO und Steuerrecht, RIW 2004, 50 (55).

12 Appellate Body Report v. 1.11.1996, WT/DS8/11, DS10/11, DS 11/8), Abschn. H. 1. a.

13 *Schön*, WTO und Steuerrecht, RIW 2004, 50 (55).

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

wenn es an inländischen gleichartigen Waren fehlt, so dass eine Diskriminierung nach S. 1 nicht möglich ist.

Jeder Mitgliedstaat bleibt also darin frei, wie er sein Steuersystem gestalten möchte. Er darf handelspolitisch neutrale Zielsetzungen verwenden. Er muss die einmal gewählte Entscheidung dann aber systemgerecht umsetzen. Es darf nicht zu einer verschleierte Protektion einheimischer Produkte kommen. Es ist immer zu fragen, ob sich die Belastungsunterschiede gleichmäßig auf inländische und ausländische Produkte auswirken oder ob die Mehrbelastungen nur bei ausländischen Produkten zur Anwendung kommen.

#### **IV. Das Verbot von Exportsubventionen**

Auch Subventionen können zu einer Verzerrung des freien Handels führen. Im Falle einer Subvention wird die Ware nicht mehr dort hergestellt, wo sie aufgrund der Produktionsfaktoren am günstigsten hergestellt werden könnte. Bei einer Exportsubvention kommt es überdies zu einem geringeren Angebot im Inland und einem höheren Angebot im Ausland. Dadurch erhöhen sich die Preise im Inland und verringern sich die Preise im Ausland. Händler werden die Waren so lange im Ausland verkaufen, bis der Verkaufspreis im Inland dem Verkaufspreis im Ausland zuzüglich der Subvention entspricht.

Nach Artikel 1 des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM-Agreement) kann eine Subvention auch in dem Verzicht auf oder der Nichteinhebung von fälligen staatlichen Einnahmen etwa in Form steuerlicher Anreize liegen. Vom SCM-Agreement werden Subventionen nach dessen Artikel 1 Abs. 2 nur dann erfasst, wenn sie als selektiv anzusehen sind. Aus dem Zusammenspiel von Artikel 2 Abs. 3 und Artikel 3 Abs. 1 lit. a ergibt sich, dass Exportsubventionen generell als selektiv und damit als verboten anzusehen sind. Dabei gilt allerdings die Befreiung ausgeführter Waren von Zöllen oder Steuern, die gleiche für den inländischen Verbrauch bestimmte Waren belasten, oder die Erstattung solcher Zölle und Steuern nicht als verbotene Subvention.<sup>14</sup> Dies bedeutet, dass etwa die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 1 lit. a i.V.m. § 6 UStG für Ausfuhrlieferungen nicht gegen das SCM-Agreement verstößt. Eine solche Befreiung ist bei der Umsatzsteuer als Verbrauchsteuer systemgerecht, da die Besteuerung

---

<sup>14</sup> S. die Anmerkung zu Artikel XVI GATT, die auch auf das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen Anwendung findet.

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

am Ort des Verbrauchs (Bestimmungslandprinzip) stattfinden soll.<sup>15</sup> Im Ergebnis führt das Umsatzsteuersystem der Europäischen Union allerdings dazu, dass europäische Produkte ohne Umsatzsteuerbelastung in die USA exportiert werden können (und dort gegebenenfalls nur einer geringen sales tax unterliegen), während US-amerikanische Produkte innerhalb der EU mit der Einfuhrumsatzsteuer nachbelastet werden (und zusätzlich noch die hohe US-Körperschaftsteuer zu tragen haben). Die USA hat daher zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Wirtschaft mehrfach versucht, Körperschaftsteuerermäßigungen für den Export von Waren einzuführen. Begünstigt wurden „Domestic International Sales Corporations“,<sup>16</sup> dann „Foreign Sales Corporations“ und schließlich bestimmte mit dem Export zusammenhängende Einkünfte durch den „Extraterritorial Income Exclusion Act“. Diese Körperschaftsteuerermäßigungen wurden jedoch regelmäßig als Verstoß gegen Artikel XVI GATT / das SCM-Agreement angesehen und mussten von den USA wieder abgeschafft werden.<sup>17</sup> Nur Steuern, die ein Produkt als solches betreffen, sind im Rahmen eines Grenzausgleichs ohne Verstoß gegen das WTO-Recht ausgleichsfähig, nicht jedoch Steuern, die den Produzenten treffen – wie z.B. die Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuer.<sup>18</sup>

## V. Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Investitionen

Neben dem WTO-Recht, das vor allem den grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr regelt, werden die steuerlichen Rah-

---

15 Schön, WTO und Steuerrecht, RIW 2004, 50 (59).

16 Die Vorschriften zur Interest Charge Domestic International Sales Corporation wurden als mit dem WTO-Recht vereinbar angesehen und sind nach wie vor in Kraft.

17 S. den Panel Report, United States Tax Legislation (DISC), presented to the Council of Representatives on 12 Nov. 1976 (L/4422) BISD, 23. Suppl., 1977, S. 98 ff.; Appellate Body Report, US – Tax Treatment for „Foreign Sales Corporations“, WT/DS108/AB/R, 24 Feb. 2000; Appellate Body Report, US – Tax Treatment for „Foreign Sales Corporations“, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities, WT/DS108/RW, 14 Jan. 2002; s. zum Ganzen ausführlich Schön, WTO und Steuerrecht, RIW 2004, 50 (59 ff.); *Robra*, Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, 2005, S. 44 ff.

18 *Robra*, Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, 2005, S. 45.

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

menbedingungen bei grenzüberschreitenden Investitionen durch Investitionsverträge und Investitionsschutzabkommen aufgestellt.

### 1. Investitionsverträge

Ein Investitionsvertrag (investor-state contract) ist ein unmittelbar zwischen dem Investor und dem Gastgeberstaat abgeschlossener Vertrag, durch den sich der Investor Rechtssicherheit für die Phase der Durchführung seiner Investition verschafft.<sup>19</sup> Ein Staat als Vertragspartner des Investors ist immer in der Lage, seine eigene Rechtsordnung zu ändern und damit den rechtlichen Rahmen einer Investition zu modifizieren. Der Vertragsstaat kann dadurch im Nachhinein indirekt die Vertragsbedingungen zu seinen Gunsten ändern. Wie die Erfahrung zeigt, ist diese Gefahr bei umfangreichen Investitionsprojekten sehr groß. So können etwa Änderungen des Steuerrechts zu einer erhöhten Besteuerung des Investors führen und dadurch die ursprünglich eingeplante Gewinnerwartung des Investors im Nachhinein ändern. Dem Investor ist daher daran gelegen, Änderungen des nationalen Rechts des Gastgeberstaates zu begrenzen. Im Investitionsvertrag können die Vertragsparteien etwa festlegen, dass das nationale Steuerrecht, wie es zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegolten hat, für den Zeitraum der Investition fortgelten soll. Das anwendbare Steuerrecht wird dadurch gleichsam „eingefroren“ und der Investitionsvertrag der einseitigen Modifikation durch den Gastgeberstaat entzogen. Solche Klauseln im Investitionsvertrag werden als „Stabilisierungsklauseln“ (stabilization clauses) bezeichnet.<sup>20</sup>

### 2. Investitionsschutzabkommen

#### a) Einführung

Investitionsschutzabkommen (international investment treaties) werden dagegen von zwei oder mehr Staaten (bilateral investment treaties oder multilateral investment treaties) vereinbart. Die Investitionsschutzabkommen gewähren Investoren materielle Rechtspositionen und räumen diesen darüber hinaus zumeist auch die Möglichkeit ein, diese Rechtspositionen eigenständig in internationalen Verfahren gegenüber dem Gastgeberstaat geltend zu machen. Der Schutz der Investoren durch die Investitionsschutzabkommen ist generell weiter und effekti-

---

<sup>19</sup> *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 27 f.

<sup>20</sup> *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 29.

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

ver als derjenige durch Investitionsverträge.<sup>21</sup> Für das Steuerrecht sind insbesondere der Schutz vor Enteignung (s. b)), der Fair and Equitable Treatment-Grundsatz (s. c)) sowie das Recht auf Kapital- und Gewinntransfer (s. d)) von Bedeutung.

Deutschland hat eine Vielzahl von Investitionsschutzabkommen mit anderen Staaten abgeschlossen.<sup>22</sup> Mit dem Vertrag von Lissabon ist die Kompetenz zum Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen allerdings auf die Europäische Union übergegangen.<sup>23</sup> Die meisten Investitionsschutzabkommen enthalten jedoch eine carve-out-Regelung für die Besteuerung.<sup>24</sup> Grundsätzlich bezieht sich der Ausschluss allerdings nur auf spezifische Einzelschriften. Als Beispiel für einen solchen carve-out kann Artikel 3 Abs. 4 des Investitionsschutzabkommens Ägypten/Deutschland 2005 angeführt werden:

Fragen der Besteuerung von Einkommen und Vermögen werden in Übereinstimmung mit dem jeweiligen Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung bezüglich der Steuern auf Einkommen und Vermögen zwischen den Vertragsstaaten behandelt. Falls es ein solches Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den Vertragsstaaten nicht gibt, findet das einschlägige nationale Steuerrecht Anwendung.

---

21 *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 38.

22 Für eine Liste aller von Deutschland abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen s. <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Investitionsschutz/investitionsschutzvertraege.html> (zuletzt aufgerufen am 1.7.2016).

23 S. Artikel 3(1)(e) AEUV: „Die Union hat die ausschließlich Zuständigkeit in folgenden Bereichen: Gemeinsame Handelspolitik.“ Zur Ausübung dieser Kompetenz s. Artikel 207 AEUV. Für die Leitlinien zum Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen s. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:DE:PDF> hinsichtlich einer Übergangsregelung für die von den Mitgliedstaaten mit Drittstaaten abgeschlossenen bilateralen Investitionsschutzabkommen s. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&qid=1467551293575&from=EN> hinsichtlich der zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossenen bilateralen Investitionsschutzabkommen hat die Kommission Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet s. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm).

24 S. z.B. auch Artikel 3 Abs. 4 lit. c des österreichischen Musterabkommens für Investitionsschutzverträge:

No provision of this Agreement shall be construed ... as to oblige a Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party and to their investments or returns the present or future benefit of any treatment, preference or privilege resulting from obligations of a Contracting Party under an international agreement, international arrangement or domestic legislation regarding taxation.

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

Die nach diesem Artikel gewährte Behandlung bezieht sich ebenfalls nicht auf Vergünstigungen, die ein Vertragsstaat den Investoren dritter Staaten aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens oder sonstiger Vereinbarungen über Steuerfragen gewährt.

### **b) Steuern als indirekte Enteignung**

Die meisten Investitionsschutzabkommen sichern dem Investor einen Schutz gegen Enteignung. So lautet beispielhaft der Artikel 4 Abs. 2 des Investitionsschutzabkommens Ägypten/Deutschland 2005:

Kapitalanlagen von Investoren eines Vertragsstaats dürfen im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung direkt oder indirekt enteignet, verstaatlicht oder anderen Maßnahmen unterworfen werden, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen.

Hinsichtlich der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen direkter und indirekter Enteignungen werden im Grundsatz die folgenden vier Voraussetzungen aufgestellt, wobei der genaue Wortlaut in den einzelnen Investitionsschutzabkommen variieren kann: Verlangt wird ein Handeln im öffentlichen Interesse, ein nichtdiskriminierender Charakter der staatlichen Maßnahme, die Einhaltung des due process of law und die sofortige Zahlung einer adäquaten und effektiven Entschädigung.<sup>25</sup> Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist die Enteignung rechtswidrig und muss rückgängig gemacht werden. Auch bei Erfüllung aller Voraussetzungen ist eine adäquate Entschädigung des Investors erforderlich. Bei Steuern kommen beide Alternativen damit zum selben Ergebnis. Die enteignende Steuer darf entweder nicht erhoben werden oder ist dem Investor wieder zurückzuerstatten. Steuern können allerdings nicht als direkte Enteignung angesehen werden, da sie keine konkrete eigentumsrechtlich geschützte Rechtsposition entziehen, sondern nur auf das Vermögen des Steuerpflichtigen zugreifen.<sup>26</sup> Umstritten ist allerdings, ob und unter welchen Voraussetzungen Steuern als indirekte Enteignung angesehen werden können. Einigkeit herrscht wohl darin, dass Steuern grundsätzlich vom Investor entschädigungslos hinzunehmen sind,<sup>27</sup> sie unter bestimmten Umständen aber eine enteignende Wir-

---

<sup>25</sup> *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 76.

<sup>26</sup> *Newcombe*, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, ICSID Review Vol. 20, No. 1 (2005), 1 (7).

<sup>27</sup> *Newcombe*, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, ICSID Review Vol. 20, No. 1 (2005), 1 (29).

---

 Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts
 

---

kung entfalten können.<sup>28</sup> An eine solche Wirkung könnte etwa bei sehr hohen Ertragsteuerbelastungen, bei Substanzsteuern in Verlustsituationen oder auch bei einer sehr hohen Erbschaftsteuerbelastung gedacht werden. Schiedsgerichte haben zum einen eine quantitative Analyse durchgeführt. Sie stellten darauf ab, ob die steuerlichen Maßnahmen eine „substantial deprivation“ darstellten<sup>29</sup> und fragten, ob die Besteuerung dem Investor „zu viel“ wegnahm<sup>30</sup> oder ob die Investition noch „wirtschaftlich und rentabel“<sup>31</sup> war. Selbst bei sehr hohen Ertragsteuersätzen haben Schiedsgerichte eine indirekte Enteignung durch Steuern abgelehnt, solange die Investition insgesamt noch als profitabel angesehen werden konnte.<sup>32</sup>

Andere Schiedsgerichte haben dagegen weniger – quantitativ – auf die Höhe der Steuerbelastung, sondern – qualitativ – darauf abgestellt, ob die Steuer als diskriminierend, unfair oder willkürlich anzusehen ist.<sup>33</sup>

---

28 S. Award v. 01.07.2004, Occidental Exploration and Production Co v Ecuador, LCIA No. UN 3467 par. 85: „Taxes can result in expropriation as can other types of regulatory measures.“

29 S. Interim Award v. 26.6.2000, Pope & Talbot v The Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA) par. 102; Award v. 01.07.2004, Occidental Exploration and Production Co v Ecuador, LCIA No. UN 3467 par. 89; Decision on Liability v. 14.12.2012, Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARTB/08/5 par. 396. S. zum Ganzen auch *Gildemeister*, Case Comment Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador, ICSID Review Vol. 29, No. 2 (2014), 315 (316); *Winters*, Indirect and regulatory expropriation in international investment law: a critical review, LL.M(R) thesis University of Glasgow, 2015, S. 26.

30 „Confiscatory taxation essentially takes too much from the taxpayer.“ Decision on Liability v. 14.12.2012, Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARTB/08/5 par. 393 mit Bezug auf *Albrecht*, The Taxation of Aliens Under International Law, (1952) 29 B YB Intl L 145 (173).

31 „Loss of the economic value or economic viability of the investment“ Decision on Liability v. 14.12.2012, Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARTB/08/5 par. 397.

32 In der Decision on Liability v. 14.12.2012, Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARTB/08/5 führte selbst eine Ertragsteuerbelastung von bis zu 99% nach Ansicht des Schiedsgerichts nicht zu einer Enteignung. *Gildemeister*, Case Comment Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador, ICSID Review Vol. 29, No. 2 (2014), 315 (318) kritisiert diese Argumentation da die Annahme einer Enteignung damit von der Profitabilität des Unternehmens und damit von der Geschäftstüchtigkeit des Unternehmers abhinge.

33 Final Award v. 18.4.2002, Link-Trading Joint Stock Company v Moldova, par. 64: „As a general matter, fiscal measures only become expropriatory when

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

Dieser Ansicht ist allerdings entgegenzuhalten, dass diese Kriterien nur wenig mit dem Begriff der Enteignung zu tun haben.<sup>34</sup>

Auch wenn eine Steuer zwar keine enteignende Wirkung entfaltet, kann sie aber immer noch gegen den Fair and Equitable Treatment-Grundsatz verstoßen.<sup>35</sup>

### c) Fair and Equitable Treatment – Schutz berechtigter Erwartungen

Nach den Investitionsschutzabkommen darf die Besteuerung nicht gegen den Fair and Equitable Treatment-Grundsatz verstoßen. Sie darf danach nicht ungerecht oder unbillig sein. Artikel 2 Abs. 2 des Investitionsschutzabkommens Ägypten/Deutschland 2005 kann hier als Beispiel dienen:

Jeder Vertragsstaat wird in seinem Hoheitsgebiet Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats in jedem Fall gerecht und billig behandeln und ihnen den vollen Schutz des Abkommens gewähren.

Zur Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe „gerecht und billig“ stellen die Schiedsgerichte auf die Besonderheiten des jeweiligen Falles ab und gewinnen ihr Urteil aus der Gesamtschau aller Umstände.<sup>36</sup> Dabei bestimmt sich das Schutzniveau des Fair and Equitable Treatment-Standards im Gegensatz zu den Prinzipien der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung nicht in Relation zur Behandlung anderer Investoren. Der Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ stellt somit kein relatives Schutzgebot auf, sondern gewährt ausländischen Investoren einen absoluten Schutz. Die Gewährung von Vertrauensschutz – der Schutz berechtigter Erwartungen<sup>37</sup> – wird als Bestandteil des Fair

---

they are found to be an abusive taking. Abuses arises where it is demonstrated that the State has acted unfairly or inequitably towards the investment, where it has adopted measures that are arbitrary or discriminatory in character or in their manner of implementation ...“

34 Decision on Liability v. 14.12.2012, Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARTB/08/5 par. 402: „This does not mean that a discriminatory tax amounts per se to an expropriation.“

35 Im Burlington Resources, Inc v. Republic of Ecuador Fall (s. Fn. 34) konnte ein Verstoß gegen den FET-Grundsatz allerdings nicht geprüft werden, da diese Vorschrift einen Carve-Out für steuerliche Vorschriften enthielt.

36 *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 70.

37 Protection of legitimate expectations.

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

and Equitable Treatment-Prinzips angesehen.<sup>38</sup> Eine Verletzung dieses Prinzips kann grundsätzlich dann angenommen werden, wenn der Staat durch sein Verhalten beim Investor bestimmte Erwartungen geweckt hat, der Investor nach Treu und Glauben auf diese Erwartungen vertrauen durfte und die Investitionen im Hinblick auf die vom Staat gesetzten Vertrauenstatbestand getätigt wurden.<sup>39</sup> Die Erwartung, dass das Steuerrecht des Gastlandes auf Dauer unverändert so bleibt, wie es bei Beginn der Investition war, ist allerdings nicht schützenswert.<sup>40</sup> Investoren haben sich insbesondere bei Einführung von Sondergewinnsteuern („Windfall Taxes“) auf den Fair and Equitable Treatment-Grundsatz berufen. Staaten haben solche Steuern auf zufällig auftretende und nicht durch unternehmerisches Geschick erwirtschaftete Gewinne erhoben. Bei der Gewinnung von Rohstoffen schließen Staaten häufig direkt mit den ausländischen Unternehmer Förderverträge ab, in denen Unternehmen Förderrechte gegen Übertragung eines Teiles der geförderten Rohstoffe eingeräumt werden. Steigt nun der Marktpreis des Rohstoffes, so wird nicht die Quote der an den Staat zu übertragenden Rohstoffe neu justiert, sondern häufig von Staaten stattdessen eine Sondergewinnsteuer eingeführt. In mehreren Entscheidungen haben Schiedsgerichte festgestellt, dass die Einführung dieser Steuern nicht gegen den Fair and Equitable Treatment-Grundsatz verstößt, da die Investoren nur dann darauf vertrauen durften, dass das bislang geltende Steuerrecht auch in Zukunft unverändert angewandt wird, wenn sie in einem Investitionsvertrag eine Stabilisierungsklausel<sup>41</sup> vereinbart hatten.<sup>42</sup>

---

38 Zu „Legitimate Expectations“ s. den Award vom 29.7.2008, Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16 par. 600 f.; Award vom 27.08.2008, Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24 par. 175; Award vom 12.11.2010, Frontier Petroleum Services Ltd. v. Czech Republic, UNCITRAL par. 279. S.a. *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 71.

39 Award v. 11.12.2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20 par. 527 ff.

40 Award v. 11.12.2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20 par. 529. S.a. *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 73.

41 S. dazu Abschnitt V. 1. Investitionsverträge.

42 Award on Jurisdiction and Liability v. 28.04.2011, Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

Lockt ein Staat dagegen ausländische Unternehmen mit Steuerbefreiungen, falls sie in einer bestimmten Region investieren, so können sich die Unternehmen auf den Schutz berechtigter Erwartungen berufen, wenn ihnen diese Steuerbefreiungen im Nachhinein wieder entzogen werden. In der Rechtsache Micula hatte Rumänien den Unternehmen im Falle von Investitionen in bestimmten unterentwickelten Regionen Steuervorteile eingeräumt.<sup>43</sup> Im Zuge des EU-Beitritts schaffte Rumänien diese Steuervorteile wieder ab, da sie nicht mit EU-Recht in Einklang standen. Den Investoren waren schriftliche Zusagen (Permanent Investor Certificates) erteilt worden, aus denen sich die Berechtigung zur Nutzung der Steuervorteile bis zum Jahr 2009 ergab. Diese Steuervorteile wurden jedoch mit Wirkung ab 2005 wieder abgeschafft. Das Schiedsgericht wertete die Vergabe dieser Permanent Investor Certificates als einen von Rumänien gesetzten Vertrauenstatbestand. Nach Treu und Glauben durften die Investoren darauf vertrauen, dass die Steuervorteile bis zum Jahre 2009 gewährt würden. Die Enttäuschung dieser Erwartungen verstieß gegen den Fair and Equitable Treatment-Grundsatz.<sup>44</sup>

---

Mongolia par. 302: „Foreign investors are acutely aware that significant modification of taxation levels represents a serious risk ... In the absence of ... a stability agreement the claimants have not succeeded in establishing that they had legitimate expectations that they would not be exposed to significant tax increases in the future.“ S.a. Decision on the Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability v. 12.09.2014, Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6 par. 248: „The Participation Contracts did not guarantee Perenco a right to a given revenue stream, let alone substantial profits. Thus, Perenco had failed to prove that [the windfall tax] affected the economy of the Contracts.“

43 Award v. 11.12.2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20.

44 Award v. 11.12.2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20 par. 686: „... the Tribunal considers that, in determining whether the claimants had a legitimate expectation, it must take account of the accepted principle that Romania is free to amend its laws and regulations absent an assurance to the contrary. However, in this case the Tribunal finds that Romania's conduct had included an element of inducement that required Romania to stand by its statement and its conduct.“ S.a. par. 571: „... it was reasonable for the Claimants to believe that Romania would remain committed ...“

**d) Recht auf Kapital- und Gewinntransfer**

Denkbar wäre auch, dass Quellensteuern auf Dividenden einen Verstoß gegen die Vorschriften eines Investitionsschutzabkommens darstellen, die einen ungehinderten Kapitaltransfer in den Heimatstaat des Investors garantieren. Solche Klauseln wenden sich gegen staatliche Maßnahmen, die die Rückführung von investiertem Kapital und seinen Erträgen verhindern wollen, um etwa die Reinvestition von Gewinnen sicherzustellen oder eine Abwertung der eigenen Währung zu verhindern.<sup>45</sup> So schützt beispielsweise Artikel 5 Abs. 1 des Investitionsschutzabkommens Ägypten/Deutschland 2005 den freien Transfer des investierten Kapitals und der daraus resultierenden Erträge:

Jeder Vertragsstaat gewährleistet den Investoren des anderen Vertragsstaats den freien Transfer der im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage stehenden Zahlungen, insbesondere

- a) des Kapitals und zusätzlicher Beträge zur Aufrechterhaltung oder Ausweitung der Kapitalanlage;
- b) der Erträge;
- c) ...
- d) des Erlöses aus der vollständigen oder teilweisen Liquidation oder Veräußerung der Kapitalanlage.

Ausgeschüttete Erträge werden üblicherweise mit einer Quellensteuer im Staat der ausschüttenden Gesellschaft belastet.<sup>46</sup> Doppelbesteuerungsabkommen reduzieren diese Quellensteuer in der Regel auf 5% oder 15%.<sup>47</sup> Nichtsdestotrotz verringert die Quellensteuer den Ertrag der Investition und behindert damit den freien Kapitalverkehr. Allerdings ist hier wohl von einem Vorrang der Doppelbesteuerungsabkommen gegenüber den Investitionsschutzverträgen auszugehen, da sich die Doppelbesteuerungsabkommen spezifisch mit der Besteuerung des Ka-

<sup>45</sup> S. *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 91.

<sup>46</sup> S. für Deutschland etwa § 43a Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 43 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 EStG, wonach eine Quellensteuer in Höhe von 25% zu erheben ist. Ist der Empfänger der Dividenden eine beschränkte steuerpflichtige Körperschaft, so werden nach § 44a Abs. 9 EStG 2/5 der gezahlten Kapitalertragsteuer erstatet. In diesem Fall beträgt der Steuerbelastung der ausgeschütteten Dividenden im Ergebnis nur 15%.

<sup>47</sup> S. Artikel 10 Abs. 2 OECD MA und die darauf beruhenden einzelnen Doppelbesteuerungsabkommen. Eine Quellensteuerreduktion auf 5% des Bruttobetrag der Dividende erfolgt, wenn der Nutzungsberechtigte eine Gesellschaft ist, die unmittelbar über mindestens 25% des Kapitals der die Dividenden zahlenden Gesellschaft verfügt.

---

Rust – Rahmenbedingungen des Internationalen Wirtschaftsrechts

---

pitaltransfers befassen. Ein Verstoß gegen einen Investitionsschutzvertrag könnte allerdings dann in Betracht kommen, wenn die Vertragsstaaten kein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen haben.

## **VI. Schlussfolgerungen**

Das Internationale Wirtschaftsrecht stellt vor allem einen Rahmen für die Zölle und indirekten Steuern auf. Hier kommen insbesondere die Diskriminierungsverbote und Meistbegünstigungsklauseln zur Anwendung. Knüpfen körperschaftsteuerliche Vergünstigungen an den Export von Waren an, so können diese Vergünstigungen gegen das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen verstoßen. Eine Schlechterstellung des Outboundsachverhalts durch den Ansässigkeitsstaat wird weder durch die WTO-Übereinkommen noch durch Investitionsschutzabkommen untersagt. Die WTO-Übereinkommen schützen den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr; die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit werden teilweise durch Investitionsschutzabkommen geschützt. Investitionsschutzverträge können Steuern verhindern, die eine enteignende Wirkung entfalten sowie gegen Steuererhöhungen schützen, die im Widerspruch zu den berechtigten Erwartungen des Investors stehen.

## Diskussion

zu den Referaten von Prof. Dr. *Michael Eichberger* und  
Prof. Dr. *Alexander Rust*, LL.M.

Prof. Dr. *Klaus-Dieter Drüen*, Düsseldorf

Wir reden über die Maßstäbe, die für wirtschaftliche und steuerliche Mittel der Lenkung gelten und schulden Herrn *Rust* Dank für die Beispiele und Einsichten aus dem internationalen Wirtschaftsrecht. Ich bekenne mich zu den Steuerrechtlern, die keine Spezialisten in dieser Materie sind, deswegen habe ich sehr von Ihrem Vortrag profitiert. Der internationale Vergleich ist insoweit auch lohnend, weil er illustriert, wie der Gesetzgeber mit Regeln und Ausnahmen quasi spielen kann – wir hatten heute Morgen schon darüber diskutiert. Ich komme zu den verfassungsrechtlichen Maßstäben. Herr *Eichberger* hat, weil der in der Literatur geforderte Eigentumsschutz vor Besteuerung vom Bundesverfassungsgericht nicht aufgenommen worden ist, die Rückwirkungsproblematik und die Gleichheitsrechte ins Zentrum gestellt. Die Verbindungslinie zwischen beiden verfassungsrechtlichen Vorgaben ist vielleicht gerade für Unternehmer sehr wichtig. Warum hat der Gesetzgeber weitgehende Gestaltungsfreiheit bei der steuerrechtlichen Belastungsentscheidung? Die Maßstäbe des Grundgesetzes für Steuern beschränken sich in der Finanzverfassung auf die Aufteilung der Steuerhoheiten, ohne dezidierte Vorgaben zu machen, so dass der Gleichheitssatz die zentrale Vorgabe für das Steuerrecht ist. Angesichts dessen Unwägbarkeiten versucht die vorgestellte strukturierte Prüfung mehr Rationalität herzustellen. Wenn aber der Gesetzgeber trotz Art. 3 Abs. 1 GG weitgehend Gestaltungsfreiheit hat, dann ist der Schutz des Gesetzesvertrauens des Bürgers umso wichtiger. Haben Dispositionen des Bürgers immer wirtschaftliche Wirkung, wie vorhin noch einmal aus ökonomischer Sicht bestätigt wurde, dann muss mangels anderer Vorgaben das Vertrauen auf das Steuergesetz geschützt werden. Herr *Eichberger*, ich teile trotz aller Kritik an der Entscheidung die Einschätzung, dass gerade im steuerlichen Eingriffsrecht der Schutz des abstrakten Gesetzesvertrauens wegen der weitreichenden Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers erforderlich ist. Für die Zukunft mag der Gesetzgeber seine Deutung des Gesetzes anordnen, für die Vergangenheit muss das Gesetz in der Auslegung durch das höchste Fachgericht die Grundlage der Disposition der Bürger bleiben.

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

Dr. *Jürgen Pelka*, Köln

Ich habe eine Frage an Herrn *Eichberger*. Sie haben das Problem der Zulässigkeit von Rückwirkungen angesprochen. Wie würden Sie den folgenden Fall beurteilen: Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ändert sich und der BFH gibt eine langjährige Rechtsprechung auf. Der Gesetzgeber ist indessen damit nicht einverstanden und erlässt eine gesetzliche Regelung, die der alten Rechtsprechung entspricht und ordnet dazu eine rückwirkende Geltung an. Das haben wir vor einem Jahr erlebt. Der BFH hat – unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung die Einkommen-Steuerpflicht von Erstattungszinsen verneint. Der Gesetzgeber hat reagiert und die Steuerpflicht der Erstattungszinsen ausdrücklich angeordnet und zugleich bestimmt, dass dies rückwirkend auch für alle offenen Fälle zu gelten hat. Wie bisher in solchen Fällen üblich, wurde dies in der Gesetzesbegründung als klarstellende Regelung bezeichnet. Eine solche Klarstellung ist ja nach der jetzigen Rechtsprechung des BVerfG nicht zulässig, so dass auch in diesem Fall eine echte Rückwirkung vorliegen dürfte.

Prof. Dr. *Johanna Hey*, Köln

Ich habe zwei Fragen, eine an Herrn *Rust* und eine an Herrn *Eichberger*. Herr *Rust*, ich habe sehr davon profitiert, dass Sie die Rechtsgrundlagen zu den Vorgaben des internationalen Steuerrechts für die indirekten Steuern so präzise dargestellt haben. Erlauben Sie mir aber noch eine Frage zum Bereich der direkten Steuern: Sind nicht eigentlich alle unsere Doppelbesteuerungsabkommen auch wirtschaftspolitische Verträge, bei denen es sogar primär um standortpolitische Interessen und dann erst in einem zweiten Schritt um das Steueraufkommen gehen sollte? Dann aber müsste man sich erst einmal vergegenwärtigen, welche wirtschaftspolitischen Konzepte diesen Verträgen zugrunde liegen. Das wird insbesondere in der derzeitigen BEPS-Diskussion relevant, bei der Frage nach dem Ort der Wertschöpfung oder der Beeinflussung von Kapital- und Investitionsströmen. Herr *Eichberger*, wir haben ja heute Morgen schon über Tatsachenfragen und ihre Behandlung in der Verfassungsrechtsprechung gesprochen. Ich würde trotzdem gerne noch einmal auf den Maßstab des Art. 3 GG zurückkommen und zwar auf ein Thema, das bei wirtschaftspolitischen Normen sehr relevant ist, die Zulässigkeit von Typisierungen. Wenn das Förderziel definiert ist, muss in der Regel typisiert werden, weil die einzelnen Fördermaßnahmen sonst von der Steuerverwaltung nicht zur Anwendung gebracht werden können.

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

Herr *Seer* hat es heute Morgen angesprochen in Bezug auf die F&E-Förderung. Der diesbezügliche Aufwand muss irgendwie von sonstigem betrieblichem Aufwand abgegrenzt werden. Wenn entsprechende Vorschriften dann später verfassungsgerichtlich überprüft werden, findet sich immer die anschauliche und plakative Formel, der Gesetzgeber müsse realitätsgerecht typisieren. Das klingt für mich eben doch so, als müsse man den Sachverhalt relativ genau auch in Augenschein nehmen. Andererseits sehen wir in Entscheidungen zu Steuervergünstigungen, wie etwa der Ökosteuerentscheidung, einen sehr weiten Maßstab, wenn es heißt, der Gesetzgeber sei in der Entscheidung, welche Gruppe er begünstigt, weitgehend frei, solange das Ganze nicht schlechterdings der Lebenserfahrung widerspricht. Wie passt das zusammen – die Forderung nach realitätsgerechter Typisierung auf der einen Seite und dann ein Maßstab für die Überprüfung von Steuervergünstigungen, der Grenzen scheinbar erst dann setzt, wenn offensichtlich allgemeinen Denkgesetzen widersprochen wird.

Prof. Dr. *Wolfram Reiß*, Nürnberg

Meine Frage geht an Herrn *Eichberger* und schließt an das an, was Herr *Drüen* gesagt hat. Die Frage geht dahin: Kann sich das Bundesverfassungsgericht wirklich – was ich zwar gut verstehe – vor der Frage drücken, ob es eine rückwirkende Gesetzgebung ist oder ob es klarstellende Gesetzgebung ist? Ich habe das schon verstanden, ja o.k., es ist eine rückwirkende Gesetzgebung, wenn wir bereits eine ständige Rechtsprechung meinetwegen des BFH oder des BGH vorliegen haben, der nunmehr der Gesetzgeber angeblich „klarstellend“ entgegentritt. Aber wie sieht es aus, wenn wir eine keine obergerichtliche ständige Rechtsprechung haben, sondern lediglich irgendein Finanzgericht hat entschieden und der Gesetzgeber sagt, nein, das meine ich nicht, ich habe es anders gemeint? Oder eben die Frage, wenn die Rechtsprechung sich ändert, ist das dann rückwirkend oder nicht rückwirkend? Ich denke – um es mal ganz direkt zu sagen –, bei allem Respekt vor dem Bundesverfassungsgericht und vor der Fachgerichtsbarkeit, auch der Gesetzgeber hat das Recht, seine Meinung zum Ausdruck zu bringen, dass das von ihm in concreto in dieser Angelegenheit verabschiedete Gesetz nicht rückwirkend, sondern lediglich klarstellend ist. Und wenn wir meinen, das sei nicht so, einverstanden, denn ist es nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, rückwirkende Gesetze zu machen –, dann wird das Bundesverfassungsgericht nicht um die Frage umhinkommen, selbst entscheiden zu müssen, ist es ein rückwirkendes oder lediglich ein klarstellendes Gesetz?

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

Prof. *Rüdiger von Groll*, München

Jetzt gleich anknüpfend an das, was eben gesagt wurde von Herrn *Reiß*: Ich meine, der Vertrauensschutz muss stark konkretisiert werden. Das wird er am einfachsten im Steuerrecht, wenn man ihn auf die Tatbestandsverwirklichung konzentriert – das ist ja schon angelegt in der Rechtsprechung – nämlich bei den Investitionsvergünstigungen usw. Das ist der eine Punkt, aber einen anderen Punkt, der noch gar nicht zur Sprache kam und der ebenfalls dem Bürger nützt, ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit. Da sollte man ganz genau hinschauen, weil nämlich die im Grundgesetz ideal fixierte Dreiteilung der Gewalten – in der EU gibt es das gar nicht, aber bei uns gibt sie es eigentlich – in der Verfassung in der Rechtswirklichkeit – gerade im Steuerrecht – immer neu unterwandert wird. Vorhin wurde der Sanierungserlass so lobend hervorgehoben, das ist die trickreichste Geschichte, die ich je erlebt habe. Da streicht man eine Vergünstigungsvorschrift und macht kurz darauf eine Verwaltungsvorschrift, nennt sie Billigkeitserlass, allgemein und generell gefasst und außerdem wird das Ermessen weggestrichen. Jetzt ist es eine Verpflichtung und damit ist also tatsächlich die Verwaltung in der Lage, in Sanierungsfällen zu entscheiden – und das ganze als Erlass. Wie steht es dabei um den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit?

Prof. Dr. *Heribert M. Anzinger*, Ulm

Meine Fragen richten sich an *Alexander Rust*. Sie knüpfen an meine Suche nach der politischen Realität des Rechts von heute Morgen an. Die WTO ist keine supranationale Organisation. Sie hat nur eine Koordinations- und Streitschlichtungskompetenz. Die Handels- und Investitionsschutzabkommen entfalten teilweise nur mittelbare Wirkungen für und gegen den Einzelnen. Ihre vollständige Verwirklichung setzt voraus, dass ein Vertragspartner tätig wird und sie durchsetzt. Was bedeutet das eigentlich für die Rechtsgeltung dieser Verträge? Werden die Handelsverträge ausreichend durchgesetzt? Ist die Europäische Kommission für die EU als Vertragspartner wie im europäischen Wettbewerbsrecht von Amts wegen verpflichtet, ihre Einhaltung zu kontrollieren oder wird sie nur auf Anlass tätig? Kann sie dabei übergeordnete politische Erwägungen mit einbeziehen? Müsste die Kommission auch gegenüber den Mitgliedstaaten auf Einhaltung der Welthandelsverträge drängen und etwa den deutschen Auslandstätigkeitserlass in Frage stellen?

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

Dr. *Hans Hermann Bowitz*, Frankfurt am Main

Ich habe eine Frage an Herrn *Eichberger* zum Grundsatz der Folgerichtigkeit. Der Gesetzgeber ist frei, sich zu entscheiden. Hat er sich aber entschieden und eine Grundentscheidung getroffen, dann muss er sich doch daran festhalten lassen. Das ist der Grundsatz der Folgerichtigkeit mit allen Implikationen. Ist das nicht ein Ansatz, mit dem man den Gesetzgeber zu mehr dogmatischer Disziplin anhalten kann, und wäre das Bundesverfassungsgericht dazu bereit?

Prof. Dr. Dr. h.c. *Wolfgang Schön*, München

Ich hätte eine Fülle von Fragen an Herrn *Eichberger*, aber ich weiß, dass er sie alle aus guten Gründen nicht beantworten würde. Deswegen werde ich mich ganz auf Herrn *Rust* konzentrieren. Großes Kompliment, Herr *Rust* zu Ihrem Vortrag. Ich möchte mit einer Fragen daran anknüpfen. Wir erleben eine Tendenz zur Verlagerung von Besteuerungsrechten zu den Marktstaaten, zu den Staaten, wo Verkäufe abgewickelt werden, wo die Kunden sitzen. Das wird von China oder Indien geprägt, aber die Frage ist, ob eine weitestgehende oder gar komplette Umstellung der internationalen Besteuerungsrechte auf diese Staaten eigentlich mit WTO-Recht vereinbar wäre? Das wird am Beispiel einer weltweiten Einkommensteuer nach dem Bestimmungslandprinzip diskutiert. Dazu ist in den USA nach 2002 schon diskutiert worden, ob man den Ort der Umsätze einfach gewissermaßen als Single Factor weltweit für Besteuerung als maßgeblich erklären sollte. Damals hat man WTO-rechtliche Bedenken gehabt. Ich würde Ihnen aber folgen und sagen, dass keine Bedenken entstehen, wenn das System insgesamt umgestellt wird, dann ist gewissermaßen eine komplette neue Benchmark da, dann ist die Förderung des Exports, die damit einhergeht, in keiner Weise mehr eine Ausnahme vom System oder eine unzulässige Differenzierung. Aktuell diskutiert man eine marktstaatenorientierte Steuer, die gleichzeitig mit Rückvergütungen arbeitet, Betriebsausgaben werden dann in den Produktionsstaaten abgezogen, Gewinne werden in Marktstaaten versteuert. Da haben wir ein echtes WTO-Problem, weil sich dann in einer direkten Steuer Rückvergütungen einstellen.

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

Prof. Dr. *Marc Desens*, Leipzig

Ich habe zwei Fragen an Alexander *Rust*: Wenn man das Problem der Exportsubvention betrachtet und ernst nimmt, müsste man doch zu einer Ausweitung der Quellenbesteuerung kommen. Ist das richtig oder habe ich das falsch verstanden?

Die zweite Frage richtet sich an Herrn *Eichberger*; da bin ich ein bisschen sicherer. Es geht um die BVerfG-Entscheidung zu echten Rückwirkung. Herr *Driën* hat die Entscheidung eben gelobt. Ich finde sie auch richtig. Wenn durch eine Gesetzesänderung die Rechtsprechung durchbrochen und zugleich die der Rechtsprechung entgegenstehende Auslegung der Finanzverwaltung wieder hergestellt wird, hätte meine eine uneingeschränkte und lückenlose Auslegungs- und Definitionshoheit der Finanzverwaltung, wenn in solchen Konstellationen eine echte Rückwirkung zulässig wäre. Aber wenn ich solche Konstellationen aus der Perspektive des Vertrauensschutzes betrachte, stellt sich die Frage, auf was hier eigentlich subjektiv vertraut wurde. Zunächst habe ich ein Gesetz, das auslegungsbedürftig ist. Dann kommt die Finanzverwaltung, die das Gesetz auf eine Weise auslegt, die mir nicht gefällt. Auf jeden Fall habe ich noch kein positives Vertrauen darauf, dass das Gesetz anders ausgelegt wird. Dann entscheidet die Rechtsprechung und erst dann kann ein Vertrauen auf das Gesetz in der Auslegung durch die Rechtsprechung entstehen. Zuvor hatte ich höchstens ein abstraktes Vertrauen darauf, dass die Rechtsprechung das Gesetz schon „richtig“ auslegen wird. Ich bezweifle daher, ob das Problem richtig im subjektiven Vertrauensschutz verortet ist. Wäre es daher nicht dogmatisch präziser, bei solchen „Nichtanwendungsgesetzen“ von einem objektiven, rein rechtsstaatlich begründeten Rückwirkungsverbot auszugehen, sich also von der subjektiven Vertrauensschutzkomponente zu lösen?

Prof. Dr. *Michael Eichberger*, Karlsruhe

Vielen Dank! Ich fasse auch diese Fragen zusammen. Ich sehe da keinen Widerspruch, Frau *Hey*, zwischen diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine realitätsgerechte Typisierung und dem weiten Einschätzungsspielraum gerade bei Entwicklungsprognosen. Es gibt eben einen weiten Bereich zwischen unrichtiger Tatsachenbehandlung, wenn der Gesetzgebung Dinge zugrunde gelegt werden, die einfach falsch sind, und mehr oder weniger überzeugenden Prognosen. Und bei der Erbschaftsteuer? Da hat das Gericht dem Gesetzgeber zum einen einen weiten Einschätzungsspielraum eingeräumt, zum anderen aber schon

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

eine Minimalplausibilitätsprüfung angestellt, indem es sagte, die Annahme des Gesetzgebers scheint jetzt nicht ganz unplausibel, dass ein kleiner Handwerksbetrieb, wenn er jetzt 50 Prozent Erbschaftsteuer zahlen müsse, in Schwierigkeiten gebracht werde. Bei größeren kann es anders sein. Da können wir lange diskutieren. Ich sehe nur nicht diesen Widerspruch.

Zum Vertrauensschutz bei rückwirkender Gesetzgebung. Herr *Drüen*, es freut mich natürlich, wenn Sie das so sehen wie, wie es in dieser Entscheidung vom Dezember 2013 angelegt ist. Ein Drücken des Bundesverfassungsgerichts vor der Entscheidung, was Gesetz ist oder nicht Gesetz ist, sehe ich darin nicht. Sie haben allerdings hier einen schwierigen Punkt angesprochen: die Frage, inwieweit das Bundesverfassungsgericht die Tatsachenfeststellung eines vorlegenden Gerichts als gegeben annehmen muss: bei der Vorlage für die Zulässigkeit ja, bei der Begründetheit der Vorlage nicht unbedingt. Da nimmt das Bundesverfassungsgericht immer für sich in Anspruch, dass es sich nicht auf irgendwelchen Tatsachenbehauptungen des vorlegenden Gerichts einlassen muss, sondern eben auch selbst recherchieren, oder sich diese selbst zu eigen macht. In der Entscheidung vom Dezember 2013 werden wir auch eine Passage sehen, wo das Bundesverfassungsgericht sich genau das vorbehalten hat bei der Frage, wie ist denn die alte Rechtslage wirklich zu verstehen? Nun ist es schon in erster Linie Aufgabe der Fachgerichte, das zu überprüfen und dann letztlich zu entscheiden, was Inhalt des Gesetzes ist. Wenn man dabei unterschiedlicher Auffassung sein sollte, dann sind es letztlich die Fachgerichte, schließlich durch das oberste Gericht, die entscheiden, was Inhalt der alten Gesetzeslage war und anhand der man dann feststellen kann, ob denn das Neue, was der Gesetzgeber als klarstellend behauptet hat, wirklich eine Klarstellung war oder eben eine konstitutive Änderung. Der – mit Verlaub gesagt – Witz an dieser Entscheidung in den Punkten, um die es hier gerade geht, ist, dass das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, dass in dem Fall, ausgehend von seinem Standpunkt eine Gesetzesänderung vorlag. Der Gesetzgeber, der das Gesetz klarstellend in eine Richtung geändert hat, die seinem Wunsch entsprach, hatte deswegen konstitutiv gehandelt. Da der Rechtsstreit vor den Finanzgerichten damit aber nicht zu Ende war, konnten die Finanzgerichte, am Ende der BFH, im einfachen Steuerrecht unter Umständen genau zu dem Ergebnis kommen, das der Gesetzgeber erreichen wollte. Dies ist aber auch nicht weiter schädlich. Kommt der BFH, wie in dem konkreten Fall, ein halbes Jahr später zu einem Ergeb-

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

nis, das der Auffassung des vorlegenden Finanzgerichts entspricht, lässt sich das ganz gut in das Gesamtsystem einpassen.

Dazu auch noch eine Antwort auf die Frage von Herrn *Desens*. Ich denke – und das haben Sie wahrscheinlich auch im Hinterkopf –, die verschiedenen Beiträge von Frau *Osterloh* sind ganz stark auf diesen Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes zugeschnitten. Den damit aufgemachten Gegensatz sehe ich so nicht. Aus meiner Sicht ist die Entscheidung vom Dezember 2013 keine Aufgabe der herkömmlichen Vertrauensschutzrechtsprechung hin zu einer Garantie des abstrakten Vertrauensschutzes. Der Bürger muss doch, wenn er Entscheidungen trifft, auf die geltenden Gesetze vertrauen dürfen. Sind sie noch ganz neu, oder sind sie unklar oder widersprüchlich, dann muss er sich an einen Vertreter der rechtsberatenden Berufe wenden und muss auf der Grundlage von seinem Rat seine Entscheidungen treffen. Nur eins kann nicht sein, dass Jahre später der Gesetzgeber sagt, das war doch alles ganz anders zu verstehen. Letztlich müssen es die Fachgerichte entscheiden, ob er richtig gelegen hat mit seiner Einschätzung oder ob er nicht richtig gelegen hat. Dieses Vertrauen auf die Gesetzeslage ist ja kein abstraktes – investiert oder auch nicht investiert – also ich sehe nicht diese Gegensätze zwischen subjektivem Vertrauen und abstraktem rechtsstaatlichen Vertrauen. Bei den Vorlagen kommt im Übrigen hinzu, dass es egal ist, ob die Norm subjektiv verfassungswidrig oder objektiv verfassungswidrig ist.

Prof. Dr. *Alexander Rust*, LL.M., Wien

Zu Herrn *Anzinger*: Beim Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV hat die Kommission ein Ermessen, ob sie tätig wird und dem Vertragsverstoß nachgeht oder ob sie untätig bleibt. Zwar können natürliche und juristische Personen die Kommission auf eine mögliche Vertragsverletzung aufmerksam machen, sie können ein Tätigwerden der Kommission aufgrund der Ausgestaltung des Vertragsverletzungsverfahrens als objektives Rechtsschutzverfahren aber nicht erzwingen. Dagegen gewähren die bilateralen Investitionsschutzabkommen den Investoren materielle Rechtspositionen, die sie typischerweise in einem eigenständigen Verfahren gegen den Gastgeberstaat geltend machen können. In den meisten Fällen ist eine Klagemöglichkeit vor einem internationalen Schiedsgericht vorgesehen. Zu Herrn *Desens*: Das WTO-Recht lässt jedem Staat die freie Wahl, ob er das Welteinkommen seiner Steuerbürger oder nur das Einkommen aus inländischen Quellen besteu-

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

ern möchte; die generelle Freistellung ausländischer Einkünfte stellt keine Exportsubvention dar. Verboten sind nur Diskriminierungen oder Verstöße gegen das Meistbegünstigungsgebot. Das WTO-Recht führt damit nicht zwangsläufig zu einer stärkeren Quellenbesteuerung. Erhebt ein Staat höhere Quellensteuern auf Dienstleistungen aus Staat A als auf Dienstleistungen aus Staat B, so kann dies sogar gegen Art. II GATS verstoßen. Art. XIV lit. e GATS erlaubt zwar den Abschluss unterschiedlich ausgestalteter Doppelbesteuerungsabkommen, eine Unterscheidung im nationalen Steuerrecht nach Ansässigkeit des Dienstleistungserbringers ist allerdings nicht gestattet. Zu Frau *Hey*: Da gebe ich Ihnen vollkommen Recht. Aus Zeitgründen bin ich nicht auf das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen eingegangen und habe mich auf das WTO-Recht beschränkt. Natürlich sind Doppelbesteuerungsabkommen auch Instrumente der Wirtschaftspolitik. Doppelbesteuerung stellt eines der größten Handelshindernisse dar. Unterliegt der Steuerpflichtige bei einer grenzüberschreitenden Investition einer Steuerbelastung in beiden Staaten von jeweils 40% – ohne dass es zu einer Abmilderung dieser Doppelbesteuerung kommt – und bei einer Inlandsinvestition nur einer Besteuerung von 40%, so wird die grenzüberschreitende Investition unterbleiben. In Doppelbesteuerungsabkommen können die Vertragsstaaten die Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung wählen. Entscheiden sie sich für die Freistellungsmethode, so ermöglichen sie den Steuerpflichtigen Wettbewerbsneutralität im Investitionsstaat (Kapitalimportneutralität). Wählen sie die Anrechnungsmethode, so schaffen sie Wettbewerbsneutralität zwischen Inlands- und Auslandsinvestitionen (Kapitalexportneutralität). Zu Herrn *Schön*: Da stimme ich mit Ihnen überein. Ich denke auch, dass sich in den letzten Jahren die Besteuerung vom Ansässigkeitsstaat immer weiter hin zum Quellenstaat verlagert hat. Die Besteuerung soll zukünftig noch weiter an die Wertschöpfung anknüpfen. Die einzelnen BEPS Action Plans stärken die Position des Quellenstaats; dies wird durch die Einführung von LOB-Klauseln, die Änderungen bei der Betriebsstättendefinition nach Art. 5 OECD MA und die Änderungen bei Art. 10 Abs. 2 (a) und Art. 13 Abs. 4 OECD MA besonders deutlich. Auch die UNO stärkt durch die Einführung des Art. XX für Technical Services Fees die Besteuerung durch den Quellenstaat. Der Wechsel hin zu einer verstärkten Quellenbesteuerung und einer Freistellung im Ansässigkeitsstaat erscheint mir WTO-rechtlich aber nicht bedenklich. Die Wahl der Freistellungsmethode im Ansässigkeitsstaat wurde ja gerade nicht als Exportsubvention angesehen. Daher dürfte auch die GKKB oder Sales-Only-Formulary Apportionment

---

Diskussion – zu den Referaten von Eichberger und Rust, LL.M.

---

in den USA nicht gegen das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen verstoßen. Die damit einhergehende Förderung von Exporten ist systeminhärent und stellt gerade nicht die Ausnahme von einem ansonsten bestehenden System der Welteinkommensbesteuerung dar. Werden allerdings Betriebsausgaben im Ansässigkeitsstaat für Tätigkeiten im Quellenstaat zum Abzug zugelassen und die danach entstehenden Gewinne im Ansässigkeitsstaat freigestellt, so führt dies zu einer Durchbrechung des generellen Abzugsverbots bei steuerfreien Einnahmen. Dieser Systembruch bei Auslandstätigkeiten könnte als unzulässige Exportsubvention anzusehen sein.



## Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

### Vom Schutzbereich der Grundfreiheiten im Steuerrecht und der Zulässigkeit national orientierter Steuervergünstigungen

Dr. iur. *Lars Dobratz*, Dipl.-Kfm.

Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg

<p><b>I. Einleitung</b></p> <p><b>II. Grundfreiheiten und Gestaltung der Steuersätze</b></p> <p>1. Internationaler Steuerwettbewerb und Autonomie der Steuerrechtsordnungen</p> <p>2. Einkommensverteilung und Beschränkungs begriff</p> <p>    a) Allgemeine Dogmatik der Beschränkung einer Grundfreiheit</p> <p>    b) Beschränkung einer Grundfreiheit im Steuerrecht</p> <p>    c) Ausblick</p> <p>3. Differenzierte Steuersätze und unionsrechtlicher Gleichheitssatz</p> <p><b>III. Grundfreiheiten und national orientierte Steuervergünstigungen</b></p> <p>1. Generelle Berechtigung zur national orientierten Förderung</p>	<p>a) Budgethoheit der Mitgliedstaaten</p> <p>b) Kohärenz von Investition und Ertrag</p> <p>c) Anwendung sozialrechtlicher Prinzipien im Steuerrecht</p> <p>2. Berechtigung je nach konkret verfolgtem Ziel</p> <p>    a) Inländische Ansässigkeit des Steuerpflichtigen</p> <p>        aa) Steuerliche Wirtschaftspolitik der Union</p> <p>        bb) Nationale Eigenheimförderung</p> <p>    b) Ort der Investition im Inland</p> <p>    c) Sitz des Vertragspartners im Inland</p> <p><b>IV. Zusammenfassung</b></p>
--	--

### I. Einleitung

Steuerliche Wirtschaftspolitik kann sich nur innerhalb des bestehenden unionsrechtlichen Rahmens entwickeln. Die Europäische Union besitzt zwar keine allgemeine Zuständigkeit für die Wirtschaftspolitik, da sie insoweit gem. Art. 5 AEUV<sup>1</sup> grundsätzlich nur als Koordinierungsrah-

<sup>1</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. EU 2012, C 326, S. 47).

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

men für die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten fungiert.<sup>2</sup> Es existieren jedoch Quellen des Unionsrechts, die unmittelbare und bindende Auswirkungen auf die steuerliche Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten haben. Insbesondere zwei Verbote sind hier wesentlich: das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV und das Beschränkungsverbot, das aus den verschiedenen Grundfreiheiten des AEUV folgt. Beide Verbote dienen der Verwirklichung des Binnenmarkts in der Europäischen Union, einem ihrer in Art. 3 EUV<sup>3</sup> niedergelegten zentralen Ziele. Beide Verbote richten sich gegen staatlich verursachte Wettbewerbsverzerrungen. Bei beiden Verboten ist allerdings ihre Tragweite im Bereich der Steuern, die von den Mitgliedstaaten erhoben werden, auch nach Jahrzehnten europäischer Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt.

Was nun gerade den Einfluss der Grundfreiheiten angeht – also der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV), der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), der freien Dienstleistungs- (Art. 56 ff. AEUV) und Kapitalverkehrs (Art. 63 ff. AEUV) –, so ist die klassische steuerliche Wirtschaftspolitik eine gute Versuchsanordnung, um die Grenzen dieses Einflusses zu ermessen. Als klassische Instrumente steuerlicher Wirtschaftspolitik gelten: die Bestimmung der Steuersätze, die Gewährung von Steuervergünstigungen und ihre Kehrseite, die Auferlegung von Sonderbelastungen. Diese Instrumente können zudem nach einer klassischen Einteilung auf unterschiedliche Ziele gerichtet sein: den Wettbewerb zwischen verschiedenen Volkswirtschaften sowie die makro- oder mikroökonomische Perspektive innerhalb einer Volkswirtschaft. Betrachtet man diese genannten Instrumente und Zielrichtungen steuerlicher Wirtschaftspolitik im Lichte der Grundfreiheiten, so stellen sich sofort grundsätzliche Fragen nach ihrem Wesen und Maß.

Dabei ist schon einleitend der Umstand besonders hervorzuheben, dass die Grundfreiheiten nicht nur für das Steuerrecht existieren. Auch wenn gegenwärtig ein Großteil der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zu den Grundfreiheiten im Bereich des Steuerrechts ergeht, erfahren sie ihre Auslegung durch den EuGH nicht nur im

---

<sup>2</sup> Zwar kann der Rat auch über wirtschaftspolitische Grundzüge beschließen, allerdings nur in der Form rechtlich unverbindlicher Empfehlungen; auch die sich anschließende sog. multilaterale Überwachung besteht im Wesentlichen nur aus einer Gutachtertätigkeit der Europäischen Kommission, vgl. zu allem Art. 121 AEUV.

<sup>3</sup> Vertrag über die Europäische Union (ABl. EU 2012, C 326, S. 13).

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

Steuerrecht. Dabei ist es Aufgabe des EuGH – als Verfassungsgericht, das er funktional im Bereich der Grundfreiheiten darstellt – eine einheitliche Anwendung der Grundfreiheiten über sämtliche Rechtsbereiche hinweg zu gewährleisten. Für das Steuerrecht können sich aus diesem Postulat gewisse Horizonterweiterungen ergeben.

Vor diesem Hintergrund wird ein Blick auf die wirtschaftspolitische Gestaltung der Steuersätze zunächst die Reichweite des Schutzbereichs der Grundfreiheiten im Steuerrecht behandeln (dazu unter II), bevor wirtschaftspolitische Steuervergünstigungen den Anlass bilden für Betrachtungen zur Zulässigkeit rein national orientierter Förderungsziele im Angesicht der Grundfreiheiten (dazu unter III).

## II. Grundfreiheiten und Gestaltung der Steuersätze

Das klassische Instrument steuerlicher Wirtschaftspolitik ist die Gestaltung der Steuersätze. Durch die Festlegung der Steuersätze wird Einkommen verteilt, unmittelbar *innerhalb* eines Staates, zwischen den privaten Haushalten und dem Staat, sowie mittelbar *zwischen* den Staaten im Rahmen des internationalen Steuerwettbewerbs. Die Frage nach dem Einfluss der Grundfreiheiten in diesem Bereich steuerlicher Wirtschaftspolitik ist zugleich eine grundlegende Frage nach der Reichweite des Schutzbereichs der Grundfreiheiten.

### 1. Internationaler Steuerwettbewerb und Autonomie der Steuerrechtsordnungen

Eine feststehende Grenze dieses Schutzbereichs wird zunächst deutlich bei der Steuersatzgestaltung im Hinblick auf den internationalen Steuerwettbewerb. Denn ein Verstoß gegen eine Grundfreiheit kann sich niemals aus der Gestaltung eines Steuersatzes im Vergleich zur Steuersatzgestaltung eines anderen Mitgliedstaats ergeben.

Wenn etwa in der steuerpolitischen Diskussion einem Mitgliedstaat unfairer Wettbewerb im EU-Binnenmarkt durch einen vergleichsweise niedrigen Körperschaftsteuersatz vorgeworfen wird, lässt sich dieser Vorwurf keinesfalls mit der Behauptung untermauern, hierdurch würden die Grundfreiheiten verletzt. Dies folgt aus dem mittlerweile zentralen Grundsatz der EuGH-Rechtsprechung, wonach ein Mitgliedstaat im Rahmen der Grundfreiheiten nicht verpflichtet ist, sein Steuerrecht auf die steuerrechtlichen Bestimmungen eines anderen Mitgliedstaats

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

abzustimmen.<sup>4</sup> Etwaige Nachteile, die aus der parallelen Ausübung der Steuerhoheiten der Mitgliedstaaten resultieren, sind im Rahmen der Grundfreiheiten unbeachtlich.<sup>5</sup> Spiegelbildlich kann ein Mitgliedstaat eigene Verfehlungen im Hinblick auf die Grundfreiheiten auch nicht durch den Verweis auf das Steuerrecht eines anderen Mitgliedstaats rechtfertigen.<sup>6</sup> Die Steuerrechtsordnungen der Mitgliedstaaten bestehen somit auch im Lichte der Grundfreiheiten unabhängig voneinander.<sup>7</sup>

Dieser Rechtsprechungsgrundsatz ist für die verbliebene Souveränität der Mitgliedstaaten im Steuerrecht bedeutsamer als alle Rechtfertigungsgründe, insbesondere von größerer Tragweite als die berühmte „Erfindung“ des Rechtfertigungsgrunds der „Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten“ im Urteil Marks & Spencer.<sup>8</sup> Das Prinzip der steuerrechtlichen „Autonomie“<sup>9</sup> der Mitgliedstaaten verhindert nämlich jeglichen Einfluss der Grundfreiheiten nicht nur auf Doppelbesteuerungsfragen, sondern eben auch auf den Steuerwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten, obwohl der Binnenmarkt da-

---

4 Vgl. EuGH v. 12.2.2009 – Rs. C-67/08 – Block, ECLI:EU:C:2009:92 – Rz. 31; v. 15.4.2010 – Rs. C-96/08 – CIBA, ECLI:EU:C:2010:185 – Rz. 28; v. 1.12.2011 – Rs. C-253/09 – Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2011:795 – Rz. 83; v. 8.12.2011 – Rs. C-157/10 – Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, ECLI:EU:C:2011:813 – Rz. 39 und v. 21.11.2013 – Rs. C-302/12 – X, ECLI:EU:C:2013:756 – Rz. 29; vgl. speziell im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit, in deren Rahmen diese Rechtsprechung entstanden ist: EuGH v. 6.12.2007 – Rs. C-298/05 – Columbus Container Services, ECLI:EU:C:2007:754 – Rz. 51; v. 28.2.2008 – Rs. C-293/06 – Deutsche Shell, ECLI:EU:C:2008:129 – Rz. 43; v. 23.10.2008 – Rs. C-157/07 – Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, ECLI:EU:C:2008:588 – Rz. 50; v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10 – National Grid Indus, ECLI:EU:C:2011:785 – Rz. 62 und v. 10.6.2015 – Rs. C-686/13 – X, ECLI:EU:C:2015:375 – Rz. 33.

5 Vgl. nur EuGH v. 14.11.2006 – Rs. C-513/04 – Kerckhaert und Morres, ECLI:EU:C:2006:713 – Rz. 20 und v. 15.4.2010 – Rs. C-96/08 – CIBA, ECLI:EU:C:2010:185 – Rz. 25.

6 Vgl. in diesem Sinne EuGH v. 8.11.2007 – Rs. C-379/05 – Amurta, ECLI:EU:C:2007:655 – Rz. 78; s. auch EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 27.2.2014 – Rs. C-39/13 bis C-41/13 – SCA Group Holding u.a., ECLI:EU:C:2014:104 – Rz. 50.

7 Vgl. zu einer alternativen Begründung auf der Basis älterer EuGH-Rechtsprechung: Schön in DStJG 23 (2000), S. 191 (210 f.).

8 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-446/03 – Marks & Spencer, ECLI:EU:C:2005:763 – Rz. 45; s. zuletzt EuGH v. 17.12.2015 – Rs. C-388/14 – Timac Agro Deutschland, ECLI:EU:C:2015:829 – Rz. 34.

9 Vgl. EuGH v. 12.2.2009 – Rs. C-67/08 – Block, ECLI:EU:C:2009:92 – Rz. 31; v. 15.4.2010 – Rs. C-96/08 – CIBA, ECLI:EU:C:2010:185 – Rz. 28 und v. 1.12.2011 – Rs. C-253/09 – Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2011:795 – Rz. 83.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

durch stark beeinträchtigt werden kann. Denn auch der niedrige Steuersatz eines Mitgliedstaats ist im Binnenmarkt ein bedeutender Wettbewerbsnachteil für die Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats. Aufgrund des **Autonomieprinzips** aber kann sich hier steuerliche Wirtschaftspolitik im Zeichen internationalen Steuerwettbewerbs frei von Bindungen durch die Grundfreiheiten entfalten.

## 2. Einkommensverteilung und Beschränkungs begriff

Weniger klar ist die Situation, wenn es um die makroökonomische Zielrichtung der Gestaltung von Steuersätzen geht. Diese Form steuerlicher Wirtschaftspolitik versucht durch die Verteilung des Einkommens zwischen dem Staat und den privaten Haushalten innerhalb einer Volkswirtschaft zu wirken. Kann hier z.B. die zuletzt in Frankreich erhobene Sondersteuer von 75 % auf Einkommen über einer Million Euro einen Verstoß gegen eine Grundfreiheit darstellen?

Es mag zunächst überraschen, dass die Grundfreiheiten des Unionsrechts Einfluss auf die wirtschaftspolitische Verteilungsentscheidung haben könnten, die mit der allgemeinen Bestimmung eines Steuersatzes, etwa bei der Einkommensteuer, verbunden ist. Denn hier fehlt der Ausgangspunkt, der von so vielen steuerrechtlichen Entscheidungen des EuGH bekannt ist: die Benachteiligung grenzüberschreitender Sachverhalte.

### a) Allgemeine Dogmatik der Beschränkung einer Grundfreiheit

Allerdings sieht die Rechtsprechung des EuGH eine Reduktion des Schutzbereichs der Grundfreiheiten auf die Benachteiligung grenzüberschreitender Sachverhalte nicht vor. So definiert der EuGH die Grundfreiheiten in der Formulierung ihres jeweiligen Schutzbereichs als Freiheitsrechte und nicht als Gleichheitsrechte. In verschiedenen Formen findet sich in der Rechtsprechung die Wendung, dass ein Mitgliedstaat – sei es nun als Aufnahmemitgliedstaat oder als Herkunftsmitgliedstaat eines Wirtschaftsteilnehmers<sup>10</sup> – eine grenzüberschreitende Tätigkeit nicht behindern oder auch nur weniger attraktiv machen dürfe.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung am Beispiel der Niederlassungsfreiheit nur EuGH v. 21.5.2015 – Rs. C-657/13 – Verder LabTec, ECLI:EU:C:2015:331 – Rz. 33.

<sup>11</sup> Vgl. zur Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH v. 5.2.2015 – Rs. C-317/14 – Kommission/Belgien, ECLI:EU:C:2015:63 – Rz. 23; zur Niederlassungsfreiheit:

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

Beim Aufnahmemitgliedstaat unterscheidet man hier – gleichheitsrechtlich – Beschränkungen, die sich als unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellen, und – freiheitsrechtlich – diskriminierungsfreie Beschränkungen, die in der bloßen Behinderung einer grenzüberschreitenden Tätigkeit bestehen.<sup>12</sup>

Ähnlich ist bei den Beschränkungen von Grundfreiheiten durch den Herkunftsmitgliedstaat zu unterscheiden. Dort geht es allerdings gleichheitsrechtlich nicht um eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, sondern um die Benachteiligung grenzüberschreitender gegenüber inländischen Sachverhalten.<sup>13</sup> Denn Beschränkungen des Herkunftsmitgliedstaats benachteiligen *per definitionem* stets Inländer. Man kann diese gleichheitsrechtliche Dimension der Grundfreiheiten nun dogmatisch unter den Begriff der diskriminierungsfreien Beschränkung fassen, weil sie keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – wie im Fall des Aufnahmemitgliedstaats – beinhaltet. Es ist jedoch vorzugswürdig, beide Formen von Benachteiligungen unter dem Oberbegriff einer Diskriminierung grenzüberschreitender Sachverhalte zusammenzufassen,<sup>14</sup> um die gemeinsame gleichheitsrechtliche Dimension dieser Art von Beschränkungen zu betonen.

Im Ergebnis ist die Definition für Eingriffe in den Schutzbereich einer Grundfreiheit – und zwar gleichermaßen innerhalb wie außerhalb des Steuerrechts – sehr weit. Sie umfasst alle Maßnahmen, die eine Tätigkeit zumindest weniger attraktiv machen, selbst wenn sie gleichermaßen für in- und ausländische Sachverhalte gelten. Der Aufnahmemitgliedstaat könnte nach dieser allgemeinen Definition des Schutzbereichs die Grundfreiheiten mit jeder allgemeinen Steuersatzerhöhung, ja bereits durch die Steuererhebung als solche beschränken. Denn es ist zweifellos für einen Wirtschaftsteilnehmer weniger attraktiv, in einen anderen Mitgliedstaat zu expandieren, wenn dort (höhere) Steuern zu zahlen sind.

---

EuGH v. 10.6.2015 – Rs. C-686/13 – X, ECLI:EU:C:2015:375 – Rz. 28; zum freien Dienstleistungsverkehr: EuGH v. 17.12.2015 – Rs. C-342/14 – X-Steuerberatungsgesellschaft, ECLI:EU:C:2015:827 – Rz. 48; vgl. auch die ähnlich weitreichende Formulierung zum freien Kapitalverkehr: EuGH v. 24.2.2015 – Rs. C-559/13 – *Grünwald*, ECLI:EU:C:2015:109 – Rz. 19.

12 Vgl. exemplarisch EuGH v. 11.6.2015 – Rs. C-98/14 – *Berlington Hungary* u.a., ECLI:EU:C:2015:386 – Rz. 37, 38 und 40.

13 Siehe beispielhaft EuGH v. 17.9.2015 – Rs. C-589/13 – F.E. Familienprivatstiftung Eisenstadt, ECLI:EU:C:2015:612 – Rz. 52.

14 Ebenso z.B. *Henze* in FS Gosch, 2016, S. 137 (138 f.).

**b) Beschränkung einer Grundfreiheit im Steuerrecht**

Allerdings verneint der EuGH im Steuerrecht Beschränkungen einer Grundfreiheit in ständiger Rechtsprechung mit der Begründung, dass keine Diskriminierung grenzüberschreitender gegenüber rein inländischen Tätigkeiten festzustellen sei.<sup>15</sup> Ausgehend von der allgemeinen freiheitsrechtlichen Definition des Schutzbereichs einer Grundfreiheit geht der EuGH wie selbstverständlich in eine Prüfung der Ungleichbehandlung in- und ausländischer Sachverhalte über.<sup>16</sup> Ob eine bestimmte steuerliche Vorschrift also als solche – unabhängig von einer Benachteiligung ausländischer Sachverhalte – die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit behindert, spielte in der Rechtsprechung des EuGH bislang nahezu keine Rolle. Man hat sich deshalb daran gewöhnt, die Grundfreiheiten im Steuerrecht lediglich als spezielle Gleichbehandlungsgebote, nicht aber als Freiheitsrechte wahrzunehmen.

Dies gilt wohl gemerkt nur für die Anwendung der Grundfreiheiten im Steuerrecht, nicht aber in Bezug auf andere Rechtsgebiete.<sup>17</sup> Insofern besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der allgemeinen Dogmatik des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten – einschließlich ihrer Anwendung in anderen Rechtsgebieten als dem des Steuerrechts – und ihrer vom EuGH bislang anerkannten Reichweite im Bereich des Steuerrechts. Nun ist die Diskussion nicht neu, ob die Grundfreiheiten im Steuerrecht nicht nur als Gleichheits-, sondern auch als Freiheitsrechte für grenzüberschreitend tätige Unternehmer zu verstehen sind.<sup>18</sup> Das Erstaunliche ist aber, dass die Rechtsprechung des EuGH diese Frage immer noch nicht geklärt hat, sondern immer wieder entgegengesetzte Signale gibt.

Auf der einen Seite erging zuletzt das Urteil des EuGH in der ungarischen Rechtssache *Berlington Hungary*, in dem eine Beschränkung der

<sup>15</sup> Siehe beispielhaft EuGH v. 14.11.2006 – Rs. C-513/04 – Kerckhaert und Morres, ECLI:EU:C:2006:713 – Rz. 15 bis 24 und v. 10.6.2015 – Rs. C-686/13 – X, ECLI:EU:C:2015:375 – Rz. 32 bis 35.

<sup>16</sup> Siehe beispielhaft EuGH v. 22.12.2008 – Rs. C-282/07 – Truck Center, ECLI:EU:C:2008:762 – Rz. 33 f.

<sup>17</sup> Vgl. zu diskriminierungsfreien Beschränkungen außerhalb des Steuerrechts etwa: EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93 – Bosman u.a., ECLI:EU:C:1995:463 – Rz. 103 (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und v. 5.3.2002 – Rs. C-515/99 u.a. – Reisch u.a., ECLI:EU:C:2002:135 – Rz. 28 bis 32 (freier Kapitalverkehr).

<sup>18</sup> Siehe exemplarisch *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 237–239.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

Dienstleistungsfreiheit im Fall einer extremen Steuersatzerhöhung auf den Betrieb von Geldspielautomaten bejaht wurde. Die Steuer unterschied nicht zwischen Inländern und Ausländern. Gleichwohl sah der EuGH die Dienstleistungsfreiheit beschränkt, falls das vorliegende Gericht feststellen sollte, dass die Steuer erdrosselnde Wirkung habe.<sup>19</sup> Eine **erdrosselnde Steuer** kann zwar als bloßes Verbot der besteuerten Tätigkeit betrachtet werden, das mit der Erhebung einer Steuer nicht viel zu tun hat. Die freiheitsrechtliche Dimension der Grundfreiheiten wurde in dieser Entscheidung aber wieder einmal bestätigt – und wie es scheint zum ersten Mal explizit für die direkten Steuern.<sup>20</sup>

Auf der anderen Seite ist als Beispiel die ebenfalls ungarische Rechtsache *Hervis Sport* anzuführen. Hier entschied sogar die Große Kammer des EuGH, im Fall einer progressiven Einzelhandelssteuer nur dann eine Beschränkung anzunehmen, wenn das nationale Gericht aufgrund der Fakten eine mittelbare Diskriminierung von Ausländern feststellen sollte, obwohl auch dort prohibitiv hohe Steuersätze in Frage standen.<sup>21</sup> Das Vorliegen einer diskriminierungsfreien Beschränkung prüfte der EuGH in jener Entscheidung nicht, obwohl dies die aufwendige Prüfung einer mittelbaren Diskriminierung von Ausländern durch das vorliegende Gericht obsolet gemacht hätte und obwohl eben diese Möglichkeit in den Schlussanträgen bereits angesprochen wurde.<sup>22</sup>

### c) Ausblick

Was die Reichweite des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten angeht, bleibt die Rechtsprechung des EuGH immer noch ambivalent. Das liegt auch daran, dass den EuGH so wenige Fälle erreichen, in denen er Farbe bekennen muss. Die nationalen Gerichte testen die Reichweite der Grundfreiheiten im Steuerrecht bislang nicht hinreichend. Bei den Vorlagen besteht der Fokus weiterhin nahezu ausschließlich auf der Be-

---

19 EuGH v. 11.6.2015 – Rs. C-98/14 – *Berlington Hungary u.a.*, ECLI:EU:C:2015:386 – Rz. 37 bis 41.

20 Vgl. zu den indirekten Steuern bereits EuGH v. 17.9.2003 – Rs. C-383/01 – *De Danske Bilimportører*, ECLI:EU:C:2003:352 – Rz. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung sowie v. 17.2.2005 – Rs. C-134/03 – *Viacom Outdoor*, ECLI:EU:C:2005:94 – Rz. 38.

21 EuGH v. 5.2.2014 – Rs. C-385/12 – *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, ECLI:EU:C:2014:47.

22 Vgl. EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 5.9.2013 – Rs. C-385/12 – *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, ECLI:EU:C:2013:531 – Rz. 82 bis 84.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

nachteiligung ausländischer Sachverhalte. Eine Ausnahme bildet hier zuletzt der BFH, der in einem Vorabentscheidungsersuchen erbschaftsteuerliche Anzeigepflichten von Kreditinstituten thematisiert und dabei ausdrücklich auf die freiheitsrechtliche Dimension der Grundfreiheiten in der EuGH-Rechtsprechung außerhalb des Steuerrechts Bezug genommen hat.<sup>23</sup>

Zwar lässt sich in den wenigen Urteilen des EuGH, in denen er diskriminierungsfreie Beschränkungen im Steuerrecht tatsächlich geprüft hat, ein gewisser Unwille gegen eine freiheitsrechtliche Anwendung der Grundfreiheiten auch im Steuerrecht erkennen.<sup>24</sup> Das hindert in der Zukunft aber keine seiner Kammern daran, unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung den Einfluss des EuGH auf das Steuerrecht der Mitgliedstaaten über den Weg der Grundfreiheiten weiter auszudehnen. Es gibt bislang kein klares dogmatisches Hindernis für den EuGH, eine Beschränkung der Grundfreiheiten anzunehmen, falls eine Steuersatzerhöhung oder die Steuererhebung in einem Mitgliedstaat als solche gerügt wird. Auch die sog. Keck-Ausnahme<sup>25</sup> und ihre Nachfolger<sup>26</sup> – der EuGH begründete diese Ausnahme 1993, weil er vor den Folgen seiner weiten Interpretation der Grundfreiheiten vielleicht etwas zurück schreckte – hilft im Bereich der Steuern nicht unbedingt weiter. Denn diese Ausnahmen differenzieren aktuell maßgeblich nach dem Einfluss einer Regelung auf die Investitionsentscheidung eines Wirtschaftsteilnehmers.<sup>27</sup> Dieser Einfluss dürfte Steuern wohl nicht abzusprechen sein.

Der EuGH dürfte an der weiten Formel für die Definition der Beschränkung einer Grundfreiheit („weniger attraktiv“) in jedem Fall festhalten.

---

23 BFH v. 1.10.2014 – II R 29/13 – unter II 3 c und e; s. hierzu bislang EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar v. 26.11.2015 – Rs. C-522/14 – Sparkasse Allgäu, ECLI:EU:C:2015:786.

24 Besonders deutlich: EuGH v. 8.9.2005 – Rs. C-544/03 und C-545/03 – Mobistar und Belgacom Mobile, ECLI:EU:C:2005:518 – Rz. 31.

25 EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91 – Keck und Mithouard, ECLI:EU:C:1993:905 – Rz. 16 und 17.

26 Vgl. zur Niederlassungsfreiheit: EuGH v. 20.6.1996 – Rs. C-418/93 u.a. – Semeraro Casa Uno u.a., ECLI:EU:C:1996:242 – Rz. 32; zum freien Dienstleistungsverkehr: EuGH v. 8.5.2014 – Rs. C-483/12 – Pelckmans Turnhout, ECLI:EU:C:2014:304 – Rz. 24; zum freien Warenverkehr: EuGH v. 17.10.1995 – Rs. C-140/94 bis C-142/94 – DIP u.a., ECLI:EU:C:1995:330 – Rz. 29.

27 EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 22.1.2015 – Rs. C-686/13 – X, ECLI:EU:2015:31 – Rz. 44; vgl. auch EuGH v. 4.6.2009 – Rs. C-142/05 – Mickelsson und Roos, ECLI:EU:C:2009:336 – Rz. 26.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

Entscheidend ist aber, wie der EuGH sie in Zukunft im Bereich des Steuerrechts versteht, ob er also konsequent fortfährt, „weniger attraktiv“ mit der Ungleichbehandlung in- und ausländischer Sachverhalte gleichzusetzen. Eine weite Anwendung des Beschränkungsbegriffs durch den EuGH würde zwar sicherlich nicht dazu führen, reihenweise nationale Steuern als grundfreiheitenwidrig zu verwerfen. Aber schon die Anwendung der Grundfreiheiten infolge der Höhe eines Steuersatzes oder infolge der Steuererhebung als solcher öffnet das Tor für die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der Grundrechte des Unionsrechts. Zu Gleichheit, Rechtssicherheit und Verhältnismäßigkeit im Steuerrecht könnte der EuGH dann durchaus einmal andere Auffassungen als das BVerfG vertreten.

Allerdings ist eine Interpretation der Grundfreiheiten als Freiheitsrechte abzulehnen – trotz ihrer insoweit missverständlichen Bezeichnung. Obwohl in der Dogmatik des EuGH fest verankert ist sie eher ein historisches Überbleibsel aus einer Zeit, als der EuGH noch selbst den Binnenmarkt und die damaligen Gemeinschaften als Rechtsordnung gestalten musste. Diese Zeiten sind vorbei. Eine konsequente Anwendung der Grundfreiheiten als Freiheitsrechte würde heutzutage die Balance zwischen den Mitgliedstaaten und einer ohnehin mächtigen Union empfindlich stören. Es würde *de facto* ein allgemeines EU-Grundrecht auf Arbeits-, Berufs- und unternehmerische Freiheit begründet, wie es die EU-Charta<sup>28</sup> in ihren Art. 15 und 16 vorsieht. Die Charta ist aber in ihrer Geltung auf die Durchführung von Unionsrecht begrenzt. Diese Begrenzung würde über eine weite Interpretation des Schutzbereichs der Grundfreiheiten umgangen. Die Alternative eines Versuchs der graduellen Eindämmung der freiheitsrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten nach Art der sog. Keck-Ausnahme produzierte hingegen ständige Rechtsunsicherheit für die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten.

Die Grundfreiheiten sind deshalb „nur“ als spezielle Gleichheitssätze zu sehen. Sie verhindern eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung grenzüberschreitender gegenüber inländischer wirtschaftlicher Tätigkeit. Demnach haben sie grundsätzlich keinen Einfluss auf die allgemeine, unterschiedslose Gestaltung der Steuersätze in einem Mitgliedstaat.

---

28 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12.2000 in der am 12.12.2007 in Straßburg angepassten Fassung (ABl. EU 2012, C 326, S. 391).

### 3. Differenzierte Steuersätze und unionsrechtlicher Gleichheitssatz

Bei der Gestaltung der Steuersätze gibt es schließlich noch eine dritte Zielrichtung steuerlicher Wirtschaftspolitik: die Steuersatzdifferenzierung, die eine makro- oder mikroökonomische Ausrichtung haben kann. Das betrifft beispielsweise die Differenzierung der Steuersätze nach verschiedenen Einkunftsquellen. So werden aktuell in Deutschland verschiedene Produktionsfaktoren – Kapital auf der einen, Arbeit auf der anderen Seite –, aber auch Branchen – aufgrund der Sonderbehandlung der Landwirtschaft – in unterschiedlicher Höhe steuerlich belastet.

Anhand solcher Steuersatzdifferenzierungen, die grundsätzlich keine unterschiedliche Behandlung inländischer und ausländischer Sachverhalte beinhalten, zeigt sich ein weiteres Mal, wie weit der Einfluss der Grundfreiheiten reichen könnte, wenn man in ihnen auch Freiheitsrechte sähe. Die Erhebung einer Ertragsteuer wäre als solche eine diskriminierungsfreie Beschränkung grenzüberschreitender Tätigkeit. Dies hätte nach der Rechtsprechung des EuGH zur Folge, dass die EU-Charta zur Anwendung käme.<sup>29</sup> Damit unterläge die Differenzierung der Steuersätze nach Produktionsfaktoren oder Branchen einer Überprüfung durch den EuGH am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes des Unionsrechts,<sup>30</sup> obwohl die Steuersatzdifferenzierung selbst nicht auf grenzüberschreitende Tätigkeiten bezogen ist.

Versteht man hingegen die Grundfreiheiten nur als spezielle Gleichheitssätze für grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten, so ergeben sich keine unionsrechtlich zu beachtenden Rahmenbedingungen derartiger Steuersatzdifferenzierungen. Eine Differenzierung der Steuersätze greift nur dann in den Schutzbereich der Grundfreiheiten ein, wenn der Steuersatz zwischen inländischen und ausländischen Sachverhalten unterscheiden sollte.<sup>31</sup>

29 Vgl. EuGH v. 30.4.2014 – Rs. C-390/12 – Pflieger u.a., ECLI:EU:C:2014:281 – Rz. 35 f.

30 Siehe hierzu im Einzelnen: *Kokott/Dobratz* in Schön/Heber (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Steuerrechts*, 2015, S. 25 ff.

31 So z.B. bei EuGH v. 23.2.2006 – Rs. C-253/03 – CLT-UFA, ECLI:EU:C:2006:129.

### III. Grundfreiheiten und national orientierte Steuervergünstigungen

Ein weites Feld für die Aktivitäten steuerlicher Wirtschaftspolitik bilden die Steuervergünstigungen und Sonderbelastungen. Die Grundfreiheiten wirken hier als spezielle Gleichheitssätze für grenzüberschreitende Tätigkeiten allein in eine Richtung. Sie untersagen nur Benachteiligungen ausländischer, nicht aber inländischer Sachverhalte. Folglich setzen die Grundfreiheiten Rahmenbedingungen für die steuerliche Wirtschaftspolitik mittels Steuervergünstigungen und Sonderbelastungen in zweierlei Hinsicht: zum einen für Steuervergünstigungen, die auf inländische Sachverhalte beschränkt sind, zum anderen für Sonderbelastungen, die nur grenzüberschreitenden Sachverhalten auferlegt werden.

Zu den Sonderbelastungen für grenzüberschreitende Sachverhalte, die wirtschaftspolitische Wirkungen entfalten, zählen im Grunde sämtliche Benachteiligungen grenzüberschreitender Tätigkeit. Hierzu gehören damit auch so bekannte Themen wie die grenzüberschreitende Abzugsfähigkeit sog. endgültiger Verluste oder die sog. Exit-Besteuerung. Soweit derartige Sonderbelastungen aber letztlich auf der Abgrenzung der Steuerhoheiten der Mitgliedstaaten beruhen, sind sie nicht zur steuerlichen Wirtschaftspolitik im engeren Sinne zu zählen.

Im Zeichen steuerlicher Wirtschaftspolitik wird es deshalb im Weiteren nur um die gezielte steuerliche Förderung durch Lenkungsstatbestände gehen, die dem Staat auf mikroökonomischer Ebene zur Ressourcenverteilung innerhalb einer Volkswirtschaft dient. Rahmenbedingungen setzen die Grundfreiheiten hier dann, wenn eine steuerliche Förderung in irgendeiner Form auf nationale Sachverhalte beschränkt ist. Das kann mit der Ansässigkeit des Steuerpflichtigen zusammenhängen, wenn nur Inländer gefördert werden, z.B. im Rahmen der Eigenheimförderung. Es können auch – objektbezogen – Steuervergünstigungen existieren, die nur für Investitionen im Inland gewährt werden, wie bei Investitionszulagen für inländische Anlagegüter. Schließlich mag die Förderung auch mit dem inländischen Sitz des Vertragspartners des Steuerpflichtigen zusammenhängen, etwa bei der Förderung der Beschäftigung von Inländern.

In allen diesen Fällen ist zweifelsfrei eine Beschränkung der Grundfreiheiten festzustellen, weil inländische gegenüber grenzüberschreitenden Sachverhalten bevorzugt werden. Zu allen diesen Fällen existiert Rechtsprechung des EuGH, die sich mit der Frage befasst, ob die jeweilige Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Zusammenfassend lässt sich sagen,

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

dass die Grundfreiheiten solchen auf das Inland bezogenen Steuervergünstigungen regelmäßig – aber doch nicht immer – entgegenstehen.

Um die genaue Grenze der Zulässigkeit rein national orientierter Steuervergünstigungen zu ermessen, sind zwei Ebenen zu unterscheiden. Als Erstes stellt sich die Frage nach der generellen Berechtigung der Mitgliedstaaten zur national orientierten Förderung (dazu unter 1). Sodann erfolgt der differenzierte Blick auf die Zulässigkeit derartiger Steuervergünstigungen je nach konkret verfolgtem Ziel (dazu unter 2).

### **1. Generelle Berechtigung zur national orientierten Förderung**

Zunächst sprechen zwei Gründe dafür, dass die Mitgliedstaaten generell berechtigt sein könnten, rein national orientierte Steuervergünstigungen zu gewähren.

#### **a) Budgethoheit der Mitgliedstaaten**

Erstens kosten Steuervergünstigungen den Staat Geld. Eine Ausdehnung auf grenzüberschreitende Sachverhalte erhöht die Kosten. Wenn dies der Haushalt eines Mitgliedstaats nicht zulassen sollte, verbleibt nur noch die materielle Beschneidung der Vorteile bis hin zu ihrer gänzlichen Abschaffung.

Einerseits hat der EuGH in dieser Hinsicht mehrfach betont, dass die Mitgliedstaaten derartige aus den Grundfreiheiten folgenden Konsequenzen hinzunehmen haben. Es entspricht seiner ständigen Rechtsprechung, dass mitgliedstaatliches Bestreben, einen Rückgang der Steuereinnahmen zu verhindern, die Beschränkung einer Grundfreiheit nicht rechtfertigen kann.<sup>32</sup>

Andererseits akzeptiert der EuGH im Rahmen der nationalen Sozial- und Studienhilfe, dass die Mitgliedstaaten Empfänger aus anderen Mitgliedstaaten ausschließen, um eine übermäßige fiskalische Belastung zu verhindern, die Auswirkungen auf das Niveau der Sozialleistungen insgesamt haben könnte, die dieser Staat gewähren kann.<sup>33</sup> Hier erkennt

---

32 Vgl. nur EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-35/98 – Verkooijen, ECLI:EU:C:2000:294 – Rz. 59; v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02 – Manninen, ECLI:EU:C:2004:484 – Rz. 49; v. 27.1.2009 – Rs. C-318/07 – Persche, ECLI:EU:C:2009:33 – Rz. 46 und v. 16.6.2011 – Rs. C-10/10 – Kommission/Österreich, ECLI:EU:C:2011:399 – Rz. 40.

33 Vgl. nur EuGH v. 15.3.2005 – Rs. C-209/03 – Bidar, ECLI:EU:C:2005:169 – Rz. 56 f.; v. 18.11.2008 – Rs. C-158/07 – Förster, ECLI:EU:C:2008:630, Rz. 48 f.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

der EuGH ausdrücklich den Spielraum der Mitgliedstaaten an, den das BVerfG für die politische Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse als unverzichtbar betrachtet.<sup>34</sup> Die im Rahmen der Sozialhilfe geltende EuGH-Rechtsprechung könnte auf Steuervergünstigungen insbesondere dann übertragbar sein, wenn sie nicht nur dem Steuerpflichtigen sondern auch Dritten zugute kommen sollen, die selbst keine Pflichtigen der betreffenden Steuer sind und daher auch keine Gegenleistung innerhalb des Systems der Besteuerung erbringen.

Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung des EuGH auch im Bereich der Sozialversicherung anerkannt, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit in einem Mitgliedstaat die Beschränkung einer Grundfreiheit rechtfertigen kann.<sup>35</sup> Bei einer naheliegenden Übertragung dieser Rechtsprechung, die für beitragsabhängige Sozialleistungen gilt, auf das Steuerrecht wären ganz allgemein die finanziellen Auswirkungen der Ausdehnung einer Steuervergünstigung auf grenzüberschreitende Sachverhalte mit zu berücksichtigen.

#### b) Kohärenz von Investition und Ertrag

Der andere Grund, der für eine generelle Berechtigung der Mitgliedstaaten zur Förderung national orientierter Ziele sprechen könnte, besteht in der üblichen Zielsetzung steuerlicher Wirtschaftspolitik eines Staates. So will nationale steuerliche Wirtschaftspolitik vor allem die eigene Wirtschaft fördern.<sup>36</sup> Denn der Einnahmeverzicht des Staates und damit der jeweiligen Gesellschaft eines Mitgliedstaats soll auch derselben Gesellschaft wieder zugute kommen, sei es durch höhere Steuereinnahmen an anderer Stelle oder zu einer anderen Zeit – dies ist der rein pekuniäre

---

und v. 24.10.2013 – Rs. C-220/12 – Thiele Meneses, ECLI:EU:C:2013:683 – Rz. 35.

34 BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 – Lissabon-Urteil, BVerfGE 123, 267 – Leitsatz Nr. 3.

35 EuGH v. 28.4.1998 – Rs. C-158/96 – Kohll, ECLI:EU:C:1998:171 – Rz. 41; v. 10.3.2009 – Rs. C-169/07 – Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141 – Rz. 47 und v. 28.1.2016 – Rs. C-50/14 – CASTA u.a., ECLI:EU:C:2016:56 – Rz. 61; s. ebenso zum Ruhegehalt eines Beamten: EuGH v. 21.1.2016 – Rs. C-515/14 – Kommission/Zypern, ECLI:EU:C:2016:30 – Rz. 53.

36 Eine Ausnahme mag für die Beschäftigungspolitik gelten, da Art. 146 Abs. 2 AEUV den Mitgliedstaaten vorschreibt, die Förderung der Beschäftigung als „Angelegenheit von gemeinsamem Interesse“ zu behandeln.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

Investitionsgedanke einer Steuervergünstigung –, sei es durch eine bloße Wohlstandsmehrung der eigenen Gesellschaft infolge besserer kultureller Angebote etc., die ihrerseits ein entsprechendes Handeln des Staates erübrigt.

Auch zu diesem Zusammenhang zwischen den fiskalischen Nachteilen und Vorteilen der Förderung hat der EuGH in verschiedenen Rechtsgebieten widerstreitende Prinzipien entwickelt. Einerseits akzeptiert er einen etwaigen Zusammenhang der Steuervergünstigung mit höheren Steuereinnahmen an anderer Stelle nicht, weil dieser Zusammenhang nicht unmittelbar im Sinne des anerkannten Rechtfertigungsgrunds der Wahrung der steuerlichen Kohärenz sei.<sup>37</sup> Andererseits hat der EuGH den Mitgliedstaaten im Rahmen der Sozialpolitik bereits zugestanden, dass sie grundsätzlich eine Verbindung zwischen dem Empfänger einer staatlichen Leistung und ihrer eigenen Gesellschaft fordern dürfen,<sup>38</sup> und er scheint die Geltung dieses Prinzips sogar grundsätzlich auch im Rahmen des Steuerrechts anzuerkennen.<sup>39</sup>

### c) Anwendung sozialrechtlicher Prinzipien im Steuerrecht

Die erwähnten, zum Teil widerstreitenden Prinzipien in der sozialrechtlichen und in der steuerrechtlichen Rechtsprechung des EuGH ändern zwar nichts an dem Ergebnis, dass der EuGH eine *generelle* Berechtigung der Mitgliedstaaten zu einer auf das Inland beschränkten Förderung nicht anerkennt. Der mitunter recht pauschalen Betrachtungsweise des EuGH im Steuerrecht – in dem Sinne: Kosten sind egal – stehen aber im Sozialrecht differenziertere Ansätze gegenüber. Sie zwingen zu einer Berücksichtigung auch der finanziellen Konsequenzen im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung einer Beschränkung. Die Übertragung dieser im **Sozialrecht** entwickelten Prinzipien auf das Steuerrecht wäre angemessen.

---

<sup>37</sup> Vgl. nur EuGH v. 10.3.2005 – Rs. C-39/04 – Laboratoires Fournier, ECLI:EU:C:2005:161 – Rz. 20 f.; v. 4.12.2008 – Rs. C-330/07 – Jobra, ECLI:EU:C:2008:685 – Rz. 34; v. 22.12.2010 – Rs. C-287/10 – Tankreederei I, ECLI:EU:C:2010:827 – Rz. 25 und v. 6.9.2012 – Rs. C-380/11 – DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C., ECLI:EU:C:2012:552 – Rz. 48.

<sup>38</sup> Vgl. nur EuGH 11.7.2002 – Rs. C-224/98 – D’Hoop, ECLI:EU:C:2002:432 – Rz. 38; v. 1.10.2009 – Rs. C-103/08 – Gottwald, ECLI:EU:C:2009:597 – Rz. 32 und v. 24.10.2013 – Rs. C-220/12 – Thiele Meneses, ECLI:EU:C:2013:683 – Rz. 34.

<sup>39</sup> Vgl. EuGH v. 22.12.2010 – Rs. C-287/10 – Tankreederei I, ECLI:EU:C:2010:827 – Rz. 31.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

Die Bedeutung solcher allgemeinen Prinzipien in der Rechtsprechung des EuGH ist nicht zu unterschätzen. Es sind solche abstrakten Prinzipien, die Urteile des EuGH zumeist begründen, und regelmäßig nicht der Vergleich der Sachverhalte vorgelegter mit bereits entschiedenen Verfahren oder die Ergebniskonsistenz mit vergangenen Entscheidungen. Solche Prinzipien, wie auch die zuvor bereits genannte Autonomie der Steuerrechtsordnungen der Mitgliedstaaten,<sup>40</sup> können – sobald sie entwickelt und gefestigt sind – sogar im Ergebnis zu Änderungen der Rechtsprechung führen. Das Urteil in der Rechtssache *National Grid Indus*, das die unionsrechtlichen Vorgaben zur sog. Exit-Besteuerung der Mitgliedstaaten neu geordnet hat, ist hierfür ein gutes Beispiel.<sup>41</sup>

## 2. Berechtigung je nach konkret verfolgtem Ziel

Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist die Vereinbarkeit einer rein national orientierten Steuervergünstigung mit den Grundfreiheiten der Union ausschließlich vom jeweils konkret verfolgten Ziel abhängig. Der EuGH geht dabei vordergründig von dem Grundsatz aus, dass die Mitgliedstaaten solche Ziele frei bestimmen dürfen.<sup>42</sup> Damit wäre die Prüfung im Grunde schon erledigt, wenn das Ziel vom nationalen Gesetzgeber eben rein national definiert worden ist.

Zwar ist der EuGH offensichtlich nicht so zu verstehen. Allerdings ist die Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Zielbestimmung nicht ohne Bedeutung. Normalerweise ist man im Steuerrecht nämlich an einen *numerus clausus* der Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Grundfreiheiten gewöhnt. Die Behandlung der Förderungsziele durch den EuGH zeigt nun aber deutlich, dass im Prinzip jedes Ziel eine Rechtfertigung darstellen kann. Die im Steuerrecht bekannten Rechtfertigungsgründe der ‚Aufteilung der Besteuerungsbefugnis‘, der steuerlichen Kohärenz oder der Wirksamkeit der steuerlichen Überwachung

---

<sup>40</sup> Siehe oben II 1.

<sup>41</sup> Vgl. EuGH v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10 – *National Grid Indus*, ECLI:EU:C:2011:785 – Rz. 56 bis 62: Mit dieser Entscheidung wurde das Ur. v. 7.9.2004 – Rs. C-470/04 – N, ECLI:EU:C:2006:525 auf der Grundlage der später entwickelten Rechtsprechung zum Autonomieprinzip (s. oben II 1) im Ergebnis aufgegeben; s. im Einzelnen *Dobratz*, ISR 2014, 198 (200 f.).

<sup>42</sup> Vgl. EuGH v. 14.9.2006 – Rs. C-386/04 – *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, ECLI:EU:C:2006:568 – Rz. 39; v. 27.1.2009 – Rs. C-318/07 – *Persche*, ECLI:EU:C:2009:33 – Rz. 48 und v. 22.12.2010 – Rs. C-287/10 – *Tankreederei I*, ECLI:EU:C:2010:827 – Rz. 30.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

werden in den Entscheidungen zu national orientierten Förderungszielen zwar häufig mitgeprüft, sind aber für die Rechtfertigung regelmäßig nicht entscheidend.

Die Maßstäbe, die der EuGH im Einzelnen bei der Untersuchung des Förderungsziels anlegt, können auf der Grundlage einiger exemplarischer wirtschaftspolitischer Steuervergünstigungen veranschaulicht werden.

### **a) Inländische Ansässigkeit des Steuerpflichtigen**

Die Prüfungsmaßstäbe des EuGH sind als Erstes danach zu unterscheiden, ob die Grundfreiheiten Rahmenbedingungen für die steuerliche Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten setzen oder das Handeln der Union selbst begrenzen. Denn auch der Unionsgesetzgeber unterliegt den Bindungen der Grundfreiheiten. Für die Union ist die Situation hier recht komfortabel, für die Mitgliedstaaten eher schwierig. Eine gute Anschauung bieten hierfür die Steuervergünstigungen in Abhängigkeit vom Sitz des Steuerpflichtigen.

### **aa) Steuerliche Wirtschaftspolitik der Union**

Im Umsatzsteuerrecht der Union findet sich eine wirtschaftspolitische Förderung der Existenzgründung und von Kleinunternehmen im Allgemeinen. Die Art. 282 ff. der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie<sup>43</sup> (MwSt-SystRL) sehen für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit vor, in Abweichung von der unionsrechtlich zwingenden Besteuerung allgemeine Umsatzgrenzen für die Erhebung der Umsatzsteuer festzulegen. In Deutschland gilt insoweit gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 UStG für das vorangegangene Kalenderjahr eine Grenze von 17 500 Euro.

Von der Regelung können aber gem. Art. 283 Abs. 1 Buchst. c MwSt-SystRL nur Inländer profitieren. Wer in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und in Deutschland Umsätze erbringt, ist vom ersten Euro an umsatzsteuerpflichtig tätig. Die entsprechende Begrenzung der Kleinunternehmerregelung auf im Inland ansässige Unternehmer, die § 19 Abs. 1 Satz 1 UStG vorsieht, beruht daher auf einer zwingenden Vorgabe des Unionsrechts.

Es ist offensichtlich, dass die Begrenzung der Sonderregelung für Kleinunternehmen in der MwStSystRL den Binnenmarkt behindert, weil sie

---

<sup>43</sup> Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. EU 2006, L 347, S. 1).

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

ausländische Kleinunternehmen gegenüber inländischen benachteiligt. Der EuGH wurde deshalb vor einigen Jahren mit der Frage befasst, ob die Grundfreiheiten dem entgegenstehen. Er verneinte diese Frage. Das Förderungsziel der Sonderregelung für Kleinunternehmen wurde als solches nicht in Frage gestellt. Außerdem wurde den Mitgliedstaaten zugestanden, dass sie die steuerliche Überwachung ausländischer Kleinunternehmer nicht angemessen gewährleisten könnten.<sup>44</sup>

Man mag angesichts der bekannten Rechtsprechung des EuGH zu Fragen der steuerlichen Überwachung daran zweifeln, ob eine solche Entscheidung bei einer identischen, rein nationalen Regelung gleichermaßen gefällt worden wäre.<sup>45</sup> Insoweit erscheint die Entscheidung exemplarisch für eine gewisse Tendenz des EuGH, gegenüber nationalen Regelungen strengere Maßstäbe anzulegen als gegenüber Bestimmungen des Unionsrechts. Die Rechtsprechung des EuGH kennt zudem eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Unionsgesetze.<sup>46</sup> Diese streicht zwar unmittelbar nur das Verwerfungsmonopol des EuGH heraus; sie scheint aber darüber hinaus auf die materielle Prüfung abzufärben.

### bb) Nationale Eigenheimförderung

Zu den Steuervergünstigungen der Mitgliedstaaten, die nach der Ansässigkeit des Steuerpflichtigen unterscheiden, gehört die gängige wirtschaftspolitische Maßnahme der Förderung des selbstgenutzten Wohneigentums. Ob eine Förderung nur inländischer Eigenheime mit den Grundfreiheiten vereinbar ist, hängt nach der EuGH-Rechtsprechung vom konkreten Ziel der Förderung ab. Dieses Förderungsziel entnimmt der EuGH gewöhnlich nicht bloß den Ausführungen des vorlegenden Gerichts zu den Beweggründen des nationalen Gesetzgebers, sondern er definiert es letztlich selbst.

Als vor dem EuGH die Begrenzung der deutschen Eigenheimzulage auf inländisches Wohneigentum Gegenstand einer Überprüfung anhand der Grundfreiheiten war, identifizierte der EuGH als letztendliches Ziel der

---

44 EuGH v. 26.10.2010 – Rs. C-97/09 – Schmelz, ECLI:EU:C:2010:632 – Rz. 63 bis 72.

45 Vgl. z.B. EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 – Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas, ECLI:EU:C:2006:544 – insbesondere Rz. 71.

46 Siehe nur EuGH v. 5.10.2004 – Rs. C-475/01 – Kommission/Griechenland, ECLI:EU:C:2004:585 – Rz. 18; v. 21.12.2011 – Rs. C-27/09 P – Frankreich/People's Mojahedin Organization of Iran, ECLI:EU:C:2011:853 – Rz. 74 und v. 6.10.2015 – Rs. C-362/14 – Schrems, ECLI:EU:C:2015:650 – Rz. 52.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

Regelung die Befriedigung der Wohnungsnachfrage in Deutschland. Dieses Ziel werde aber durch die Förderung des Erwerbs ausländischen Wohneigentums durch bisherige Inländer ebenso gefördert,<sup>47</sup> offenbar weil jene dann inländische Wohnungen freigeben. Dass der deutsche Gesetzgeber dieses Ziel aber durch den Wohnungsbau gerade in Deutschland erreichen wollte, war nicht maßgeblich. Der EuGH definierte hier – wie auch in anderen Entscheidungen<sup>48</sup> – das Förderungsziel der Regelung einfach um. Er entschied selbst, was die nationale Regelung exakt bewirken sollte. Da er dabei ein gesetzgeberisches Ziel identifizierte, das gar nicht auf das Inland beschränkt war, konnte eine entsprechende Ausgestaltung der Regelung zwangsläufig nicht mit den Grundfreiheiten vereinbar sein.

Bei einer noch stärker mikroökonomisch orientierten Variante der Förderung selbstgenutzten Wohneigentums verfuhr der EuGH kürzlich jedoch anders.<sup>49</sup> Die niederländische Förderung des selbstgenutzten denkmalgeschützten Wohneigentums im Inland blieb vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten unbeanstandet. Das erklärte Ziel der Regelung war, das niederländische Kulturerbe zu erhalten – und als Nebenzweck entsprechende Handwerkerleistungen zu fördern. Das akzeptierte der EuGH. Dieses Mal definierte er das gesetzgeberische Ziel nicht um in den Erhalt denkmalgeschützter Gebäude, die natürlich auch im Ausland belegen sein können. Durch die Zieldefinition war ausländisches denkmalgeschütztes Wohneigentum von der Förderung unionsrechtskonform ausgeschlossen. Eine Einschränkung machte der EuGH insoweit konsequenterweise nur, als auch im Ausland niederländisches Kulturerbe zu finden sein sollte.<sup>50</sup>

Für die grundfreiheitlichen Rahmenbedingungen der Steuervergünstigungen der Mitgliedstaaten bleibt hier festzuhalten: Der EuGH macht sich gewöhnlich seinen eigenen Reim auf die Ziele, die ein nationaler Gesetzgeber mit einer rein national orientierten Steuervergünstigung

---

47 EuGH v. 17.1.2008 – Rs. C-152/05 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2008:17 – Rz. 28.

48 Vgl. etwa EuGH v. 13.11.2003 – Rs. C-209/01 – Schilling und Fleck-Schilling, ECLI:EU:C:2003:610 – Rz. 12 und 40 sowie v. 25.10.2007 – Rs. C-464/05 – Geurts und Vogten, ECLI:EU:C:2007:631 – Rz. 25 und 27.

49 EuGH v. 18.12.2014 – Rs. C-87/13 – X, ECLI:EU:C:2014:2459; vgl. auch EuGH v. 18.12.2014 – Rs. C-133/13 – Q, ECLI:EU:C:2014:2460.

50 Man kann sich vorstellen, dass hier die Klärung der Frage, ob Gebäude auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats eigentlich zum Kulturgut eines anderen Mitgliedstaats gehören, politisch recht brisant sein kann.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

verfolgt. Der vom Gesetzgeber geäußerte Wille oder der Vortrag der jeweiligen Regierung stehen unter dem Vorbehalt der eigenen Einschätzung des EuGH. Diese Vorgehensweise widerspricht allerdings dem Dogma, wonach der EuGH allein Unionsrecht, nicht aber das Recht der Mitgliedstaaten auslegt.<sup>51</sup> Denn das Ziel einer nationalen Regelung ergibt sich erst aus ihrer Auslegung und müsste daher allein vom nationalen Gericht im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens festgelegt werden.

### **b) Ort der Investition im Inland**

Wenn der EuGH nun letztlich in eigener Regie das mit einer nationalen Regelung verfolgte Förderungsziel identifiziert, schließt sich die Frage an, welche der vom EuGH festgestellten Ziele einer nationalen Regelung in der Lage sind, die Beschränkung einer Grundfreiheit zu rechtfertigen. Dazu kann seine Rechtsprechung zu Steuervergünstigungen etwas beitragen, die allein nach dem Ort der Investition differenzieren. Steuervergünstigungen, die mit den Grundfreiheiten in Konflikt kommen, begrenzen die Investitionsförderung auf das Inland. So hat der EuGH z.B. Fälle behandeln müssen, in denen steuerliche Vorteile in Form von Steuergutschriften<sup>52</sup> oder der Aufschiebung der Besteuerung bei einer Reinvestition<sup>53</sup> davon abhängig waren, dass der Einsatz der Investitionsgüter im Inland erfolgte.

Bei solchen rein wirtschaftspolitisch motivierten Förderungen, die kein weitergehendes Förderungsziel als bloß die Stärkung der nationalen Wirtschaft haben, war der EuGH bislang kompromisslos. In einer Entscheidung hob er dazu sinngemäß hervor, die Regelung habe allein das Ziel, Investitionen im Inland zu fördern, und keine darüber hinausgehende Zielrichtung.<sup>54</sup> Ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten scheint in solchen Fällen zwangsläufig.

Diese Analyse wird bestätigt durch ein kürzlich entschiedenes Vertragsverletzungsverfahren. Auf Klage der Kommission entschied der EuGH

---

51 Vgl. nur EuGH v. 4.7.2013 – Rs. C-350/11 – Argenta Spaarbank, ECLI:EU:C:2013:447 – Rz. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung.

52 EuGH v. 22.12.2010 – Rs. C-287/10 – Tankreederei I, ECLI:EU:C:2010:827; vgl. auch EuGH v. 4.12.2008 – Rs. C-330/07 – Jobra, ECLI:EU:C:2008:685.

53 EuGH v. 16.4.2015 – Rs. C-591/13 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2015:230.

54 EuGH v. 22.12.2010 – Rs. C-287/10 – Tankreederei I, ECLI:EU:C:2010:827 – Rz. 32.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

zur Vereinbarkeit des § 6b Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 EStG mit der Niederlassungsfreiheit. Nach der deutschen Bestimmung ist die Übertragung stiller Reserven bei der Neuanschaffung bestimmter Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens auf die Zugehörigkeit dieser Wirtschaftsgüter zum Vermögen einer *inländischen* Betriebsstätte begrenzt. In der Entscheidung des EuGH findet sich ein ergänzendes Argument, das generell gegen die Zulässigkeit einer national orientierten allgemeinen Wirtschaftsförderung spricht. Wenn – so der EuGH – Ziel einer Förderungsregelung die Stärkung deutscher Unternehmen sei, dann könne dieses Ziel auch durch die Förderung der Reinvestition in *ausländische* Betriebsstätten erreicht werden. Auch das stärke nämlich die wirtschaftliche Tätigkeit deutscher Unternehmen.<sup>55</sup> Danach sind alle national orientierten Förderungen unbeschränkt Steuerpflichtiger von vornherein nicht zu rechtfertigen.

Wenn damit die allgemeine Förderung der nationalen Wirtschaft kein ausreichender Grund ist, eine steuerliche Förderung auf inländische Investitionen zu begrenzen, gleichwohl aber – wie gesehen – unter bestimmten Umständen Begrenzungen der Förderung auf das nationale Hoheitsgebiet gerechtfertigt sein können<sup>56</sup>, dann ergibt sich daraus folgender Befund. Die national orientierte *reine* Wirtschaftsförderung verstößt gegen die Grundfreiheiten. Dies gilt für rein wirtschaftspolitisch motivierte Maßnahmen, die auf das Inland beschränkt sind, und in makroökonomischer Zielrichtung die Stärkung der Wirtschaft und ihrer Unternehmen insgesamt beabsichtigen. Wird dieses Ziel aber durch ein weiteres Ziel ergänzt, das über die Stärkung der eigenen Wirtschaft hinausreicht, kann eine Rechtfertigung möglich sein.

Es ist für die Mitgliedstaaten nicht einfach, ein solch weiterreichendes Ziel zu präsentieren. Im Fall des § 6b EStG reichte es dem EuGH z.B. nicht, dass vom deutschen Gesetzgeber mit der Regelung auch die Förderung der inländischen Beschäftigung beabsichtigt war.<sup>57</sup> Darüber hinaus bedeutet die Identifizierung eines eigenständigen, über die bloße Stärkung der eigenen Wirtschaft hinausreichenden Ziels durch den EuGH noch nicht zwingend die Rechtfertigung einer national orientierten Steuervergünstigung. So scheint der EuGH zwar z.B. die Forschungs-

---

55 Vgl. EuGH v. 16.4.2015 – Rs. C-591/13 – Kommission/Deutschland, ECLI: EU:C:2015:230 – Rz. 77.

56 Siehe oben a bb.

57 Vgl. EuGH v. 16.4.2015 – Rs. C-591/13 – Kommission/Deutschland, ECLI: EU:C:2015:230 – Rz. 76.

förderung als ein solches eigenständiges Ziel anerkannt zu haben. Nur die inländische Forschung steuerlich zu fördern, ist aber dennoch von den Grundfreiheiten verboten, weil der EuGH den Verträgen ein spezielles Ziel grenzüberschreitender Zusammenarbeit im Bereich von Forschung und Entwicklung entnimmt.<sup>58</sup> Dem an sich aner kennenswerten Ziel stehen hier Wertungen der EU-Verträge entgegen, die eine rein nationale Orientierung verhindern.<sup>59</sup>

### c) Sitz des Vertragspartners im Inland

Schließlich lohnt noch eine Betrachtung der Behandlung rein national orientierter Steuervergünstigungen durch den EuGH, die sich am Sitz des Vertragspartners oder des Leistungsempfängers orientieren. Hieran lässt sich zeigen, wie wichtig für den EuGH auch die konsequente Zielverfolgung durch eine nationale Regelung ist.

Ein klassisches Förderungsziel, das unmittelbar oder mittelbar mit dem Sitz des Vertragspartners zusammenhängt, ist die Beschäftigungspolitik. Hier neigen die Mitgliedstaaten besonders stark dazu, nur inländische Beschäftigung fördern zu wollen, auch wegen der positiven Auswirkungen auf ihre Sozialversicherungssysteme. Eine Bedingung aber, die eine Steuervergünstigung davon abhängig macht, dass eine Haushaltshilfe des Steuerpflichtigen dem nationalen Sozialversicherungssystem angeschlossen ist, hat der EuGH schon vor geraumer Zeit abgelehnt. Die Zielverfolgung sei nicht konsequent, wenn bei Arbeitnehmern, die ausländischen Sozialversicherungssystemen angeschlossen sind, die Steuervergünstigung nicht ebenfalls gewährt werde. Denn Ziel der damaligen deutschen Regelung sei es, kinderreichen Familien zu helfen sowie zusätzliche Arbeitsplätze zu schaffen und Schwarzarbeit zu bekämpfen. Aus Sicht des EuGH handelt sich dabei aber um Ziele, die auch mit der Beschäftigung von Arbeitnehmern verfolgt werden können, die im Ausland ansässig sind.<sup>60</sup>

Genau auf dieser Linie hat der EuGH erneut zehn Jahre später entschieden. Gegenstand war die Steuerbefreiung für Arbeitnehmer von Entwicklungshilfeorganisationen gem. § 34c Abs. 5 EStG in Verbindung

58 EuGH v. 10.3.2005 – Rs. C-39/04 – Laboratoires Fournier, ECLI:EU:C:2005:161 – Rz. 23.

59 Ebenso für den Bildungsbereich: EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-281/06 – Jundt, ECLI:EU:C:2007:816 – Rz. 60.

60 EuGH v. 13.11.2003 – Rs. C-209/01 – Schilling und Fleck-Schilling, ECLI:EU:C:2003:610 – Rz. 40.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

mit dem Auslandstätigkeitserlass.<sup>61</sup> Der Arbeitgeber des steuerlich begünstigten Arbeitnehmers musste für den Erhalt dieser Steuervergünstigung in Deutschland ansässig sein. Ziel der Regelung war die Förderung der deutschen Entwicklungspolitik. Der EuGH erachtete vor diesem Hintergrund die Begrenzung auf deutsche Entwicklungshilfeorganisationen als nicht überzeugend, weil die deutsche Entwicklungspolitik auch durch ausländische Entwicklungshilfeorganisationen befördert werden könne.<sup>62</sup>

Vor diesem Hintergrund ergibt sich ein dritter Schritt für die Prüfung der Vereinbarkeit einer rein national orientierten Steuervergünstigung mit den Grundfreiheiten. Nachdem der EuGH ein Ziel der national orientierten Förderungsregelung selbst identifiziert hat, das über die reine Förderung der nationalen Wirtschaft hinausreicht, muss somit die inländische Beschränkung im Hinblick auf dieses Ziel auch folgerichtig sein.<sup>63</sup> Es ist also die Frage zu stellen: Macht es für die Zielerreichung Sinn, die Förderung auf das Inland zu beschränken? Genau an dieser Stelle wäre es wünschenswert, auch die Finanzierung der Zielverfolgung aus dem Steueraufkommen des jeweiligen Mitgliedstaats angemessen zu berücksichtigen. Insbesondere der Zusammenhang der Finanzierung der Förderung mit der eigenen Gesellschaft – wie er im Sozialrecht in der Rechtsprechung des EuGH durchaus eine Rolle spielt<sup>64</sup> – könnte dann der Beschränkung der Förderung auf das Inland eine ergänzende Berechtigung geben.

#### IV. Zusammenfassung

Zu den Rahmenbedingungen steuerlicher Wirtschaftspolitik lassen sich im Hinblick auf die Grundfreiheiten die folgenden Ergebnisse festhalten.

---

61 BMF-Erlass vom 31.10.1983 über die steuerliche Behandlung von Arbeitnehmerinkünften bei Auslandstätigkeiten (BStBl. I 1983, 470).

62 EuGH v. 28.2.2013 – Rs. C-544/11 – Petersen, ECLI:EU:C:2013:124 – Rz. 61.

63 Vgl. in diesem Sinne auch EuGH v. 26.10.2006 – Rs. C-345/05 – Kommission/Portugal, ECLI:EU:C:2006:685 – Rz. 33; v. 11.9.2007 – Rs. C-76/05 – Schwarz und Gootjes-Schwarz, ECLI:EU:C:2007:492 – Rz. 81; v. 11.9.2007 – Rs. C-318/05 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2007:495 – Rz. 99; v. 15.10.2009 – Rs. C-35/08 – Busley und Cibrian Fernandez, ECLI:EU:C:2009:625 – Rz. 32 und v. 10.2.2011 – Rs. C-25/10 – Missionswerk Werner Heukelbach, ECLI:EU:C:2011:65 – Rz. 36.

64 Siehe oben III 1 b.

---

Dobratz – Grundfreiheiten und steuerliche Wirtschaftspolitik

---

Die Grundfreiheiten des AEUV setzen nur insoweit Rahmenbedingungen für die steuerliche Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, als diese Steuervergünstigungen auf inländische Sachverhalte oder Sonderbelastungen auf ausländische Sachverhalte beschränken. Auf die allgemeine Gestaltung der Steuersätze haben die Grundfreiheiten keinen Einfluss, da ihnen im Steuerrecht keine freiheitsrechtliche Dimension beizumessen ist, sondern sie nur als spezielle Gleichheitssätze im Hinblick auf die Behandlung grenzüberschreitender gegenüber inländischen Sachverhalten wirken (oben II 2).

Die Grundfreiheiten verbieten Steuervergünstigungen, die nur inländische Sachverhalte fördern, wenn sie rein wirtschaftsfördernd motiviert sind, können sie aber erlauben, wenn mit ihnen ein über die reine Wirtschaftsförderung hinausgehendes Ziel verbunden ist (oben III 2 b). Welches Ziel die nationale Förderungsregelung verfolgt, stellt der EuGH eigenständig fest (oben III 2 a bb) und überprüft auch, ob es durch die Regelung konsequent verfolgt wird (oben III 2 c). Bei der Angemessenheit der Begrenzung der Steuervergünstigung auf inländische Sachverhalte ist zu berücksichtigen, dass sie auch aus dem inländischen Steuerertrag finanziert wird (oben III 1).

## Steuerrecht und Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten im Lichte des Europäischen Beihilfenrechts

*Franz Philipp Sutter\**

Österreichischer Verwaltungsgerichtshof, Wien

<b>I. Einleitung</b>	
<b>II. Die Anwendung des Beihilfentatbestandes in Abgabensachen und seine Unschärfe</b>	
1. Das EU-Beihilfenverbot	1. Die Entscheidung des EuGH in der Rs C-6/12, P Oy
2. Neue methodische Ansätze in den Schlussanträgen zur Rs Finanzamt/Linz zum Maßstab der Vergleichbarkeitsprüfung	2. Die Entscheidung des EuGH in der Rs C-66/14, Finanzamt Linz
3. Eine anhand ihrer spezifischen Eigenarten privilegierte Gruppe von Unternehmen	3. Die anhängigen Fälle zur spanischen Gruppenbegünstigung
4. Unterschiede zu EU-Grundfreiheiten und nationalem Gleichheitssatz	4. Der Fall zur irischen Fluggaststeuer
<b>III. Steuerliche Differenzierungen in der jüngeren Europäischen Rechtsprechung</b>	<b>IV. Der Einfluss des Beihilfenrechts auf die nationale Steuer- und Wirtschaftspolitik</b>
	<b>V. Fragen des Vertrauensschutzes</b>
	<b>VI. Der Einfluss des Beihilfenrechts auf das bipolare Abgabenschuldverhältnis des nationalen Verfahrensrechts</b>
	<b>VII. Zusammenfassung</b>

\* HR Dr. Franz Philipp Sutter ist Richter am Österreichischen Verwaltungsgerichtshof, Wien. Als eines der drei österreichischen Höchstgerichte ist der Verwaltungsgerichtshof oberste Instanz in Verwaltungsangelegenheiten und damit auch in Abgabensachen. Die folgenden Ausführungen stellen selbstverständlich lediglich persönliche Überlegungen des Verfassers dar. Sie bauen auf früheren Überlegungen meinerseits auf und führen diese weiter. Vgl. dazu insbesondere *Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot und sein Durchführungsverbot in Steuersachen (2005); *Sutter*, Beihilfen im materiellen Steuerrecht – Steuergesetze und Verwaltungshandeln der Steuerbehörden im Spannungsfeld zum EG-Beihilfenverbot, in WiR (Hrsg) Beihilfenrecht (2004) 37 ff. sowie *Sutter* in Mayer/Stöger (Hrsg.) Kommentar zu EUV und AEUV, Art 107 (2014) und Art 108 (2014).

## I. Einleitung

Mit steuerlichen und sozialabgabenrechtlichen Vorschriften werden für gewöhnlich Belastungen statt Begünstigungen assoziiert. Dass das Europäische Beihilfenrecht jedoch auf Belastungssenkungen ebenso anzuwenden ist, hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit seinem Urteil vom 23.2.1961 in der Rs 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen* schon früh klargestellt<sup>1</sup> und in der Folge stets bekräftigt<sup>2</sup>. Auch die Kommission hat von Beginn an keine Zweifel daran gelassen, dass sie steuerliche Maßnahmen als potenzielle Beihilfen sieht<sup>3</sup>. Trotz dieser frühen grundsätzlichen Bejahung der Anwendbarkeit des Europäischen Beihilfenrechts auf steuerliche Begünstigungen blieben die aufgegriffenen Fälle zunächst bis in die 1990er Jahre vereinzelt. Die Gründe dafür dürften einerseits in den dogmatischen Schwierigkeiten der Anwendung des Europäischen Beihilfenrechts auf Steuervorschriften<sup>4</sup> und andererseits darin liegen, dass die Kommission angesichts des in den Beihilfenberichten ausgewiesenen Subventionsvolumens ihre Kräfte und Ressourcen lange Zeit im Kampf gegen augenscheinlichere Subventionsformen gebunden hat.

Mit der Verabschiedung des Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung<sup>5</sup> am 1.12.1997 im ECOFIN-Rat ist allerdings die Sensibilität gegenüber steuerlichen Beihilfen als Mittel unfairen Steuerwettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten stark gestiegen<sup>6</sup>. Die Kommission wurde darin von den Mitgliedstaaten ausdrücklich aufgerufen, auf die strikte Anwendung der Beihilfenvorschriften im Steuerrecht zu achten<sup>7</sup>. In weiterer Folge hat sie am 10.12.1998 eine Mitteilung über die „Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung“<sup>8</sup> erlassen und bisheri-

1 Vgl. EuGH 23. 2.1961, 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, Rz. 34.

2 Vgl. EuGH 2.7.1974, 173/73, *Italien/Kommission*, Slg 1974, 718 Rz. 26/28: „Um die streitige Maßnahme dem Zugriff der Bestimmung des Artikels 92 zu entziehen, würde es mithin nicht genügen, dass sie möglicherweise steuerlicher Art ist oder eine soziale Zielsetzung hat“.

3 Vgl. z.B. Erster Beihilfenbericht, 1981, 50 Rz. 73 sowie Anh 32 Rz. 4.2 und 39 Rz. 10.5

4 Vgl. *Kommission*, Erster Beihilfenbericht 50 Rz. 72 und 52 Rz. 75.1.

5 Code of Conduct for Business Taxation, ABl C 1998/2, 1, Annex 1.

6 Vgl. dazu Schön (Hrsg.), *Tax Competition in Europe* (2003).

7 ABl C 1998/2, 1 Annex 1, Pkt J.

8 ABl C 1998/384, 3.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

ge Genehmigungsentscheidungen zu überprüfen begonnen<sup>9</sup>. Im Schrifttum wurde damals von einem „dramatic change“ in der Kommissionspolitik gesprochen<sup>10</sup>. Tatsächlich beschäftigen seitdem zahlreiche beihilfenrechtliche Fälle die Gerichte auf nationaler und europäischer Ebene.

Wichtige Grundfragen des Europäischen Beihilfenrechts wurden dabei wiederholt von Wien aus an den Europäischen Gerichtshof herangetragen, darunter auch das erste Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Verfassungsgerichts an den EuGH überhaupt: In der Rechtssache C-143/99, *Adria-Wien Pipeline* hatte der EuGH auf Anfrage des österreichischen Verfassungsgerichtshofs eine steuerliche Belastungsdeckelung in Form einer Abgabenvergütung für Produktionsbetriebe zu beurteilen. In der Bestimmung der Begünstigung hat er die Vergleichbarkeitsprüfung als zentrales beihilferechtliches Prüfmuster etabliert, wobei er die Abgrenzung der Vergleichsgruppe der „normalbelasteten“ Unternehmen nicht auf Wettbewerbsüberlegungen beschränkt hat<sup>11</sup>. In der Folge hat der Verwaltungsgerichtshof in der Rs C-368/04, *Transalpine Pipeline*<sup>12</sup> den EuGH gefragt, ob die nationalen Gerichte aus einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot auch eine Ausweitung der nicht notifizierten Beihilfe zur allgemeinen Maßnahme ableiten könnten, womit Durchführungsverbot und Vertrauensschutzüberlegungen Rechnung getragen werden könnte<sup>13</sup>. Der EuGH hat eine Ausweitung rechtswidriger

- 
- 9 Vgl. *Monti*, EC Tax Review 1999, 208 ff. sowie Presseerklärung der Kommission, 11.7.2001, IP/01/982, <http://europa.eu/rapid/search.ht>
- 10 *Pinto*, EC State Aid Rules and Tax Incentives: A U-Turn in Commission Policy, *European Taxation* 2000, 295 ff.
- 11 Siehe dazu *Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot 130 ff. Vgl. dazu auch die gegenteilige Stellungnahme von GA *Mischo*, Schlussanträge, 8.5.2001, C-143/99, *Adria Wien Pipeline*, Rz. 78: „Schließlich kann ich der Begründung, dass eine noch höhere Besteuerung von Unternehmen des tertiären Sektors sozusagen als Kehrseite einen Vorteil für die Unternehmen des primären und sekundären Sektors bringe, nicht folgen, denn diese Unternehmen stehen nicht miteinander in Wettbewerb. (Eine höhere Besteuerung von Zahnärzten begünstigt nicht die Fahrradhersteller)“.
- 12 *Sutter*, Zwei Grundsatzfragen zum Durchführungsverbot vor dem EuGH!, *EuZW* 2006, 321.
- 13 Diese Frage stand auch bereits in der Rs C-143/99, *Adria Wien Pipeline* hinter der zweiten Vorlagefrage des Verfassungsgerichtshofs, der als „negativer Gesetzgeber“ Normteile aufheben kann und daher nach den Auswirkungen einer allfälligen Ausweitung der Abgabenvergütung gefragt hat. Der EuGH hat die-

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

Beihilfen als alternative Möglichkeit nach genauerer Analyse allerdings – letztlich mit guten Gründen – verneint<sup>14</sup>. Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof nach der Zulässigkeit und den Folgen einer *rückwirkenden* Kommissionsgenehmigung gefragt, deren vollständige „Heilungswirkung“ der EuGH verneint hat. Daraufhin hat der Verwaltungsgerichtshof in einer weiteren Vorlage, der Rechtssache C-384/07, *Wienstrom*, gefragt, ob im Falle eines Notifikationsverstößes ein Antrag auf Beihilfen, die „für einen Zeitraum vor Erlass einer Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, mit der die Vereinbarkeit dieser Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt wird, zu zahlen wäre[n]“, von nationalen Gerichten auf Grund des Durchführungsverbots ungeachtet der nachfolgend erteilten Genehmigung der Kommission abzulehnen sei. Dies hat der EuGH wiederum verneint und darauf hingewiesen, dass diesfalls lediglich der Zinsvorteil der „verfrühten“ Beihilfengewähr zu erstatten sei<sup>15</sup>. Diese Vorlagefrage ist insbesondere auch für Abgabensachen von Interesse, weil sich die Höhe eines Steuervorteils idR nach dem Zeitpunkt der Verwirklichung des jeweiligen Tatbestands bestimmt, der bei einem Notifikationsverstoß ebenfalls vor einer Positiventscheidung der Kommission liegen kann.

Durch dieses Bündel an Wiener Vorlageverfahren hat der EuGH sukzessive eine für die Beihilfenpraxis wichtige Klärung und Akzentuierung seiner bis dahin über eine lange Zeit äußerst vagen Rechtsprechung<sup>16</sup> zu

---

ser zweiten Vorlagefrage allerdings nicht die notwendige Bedeutung beigemessen hat und sie nur allgemein beantwortet.

14 Dazu im Detail *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 108 Rz. 82 ff. mwN.

15 Vgl. zu dem Themenkreis EuGH 12.2.2008, C-199/06, *CELF*; 18.12.2008, C-384/07, *Wienstrom* und 11.3.2010, C-1/09, *CELF II* sowie dazu *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 108 Rz. 138 ff.

16 Lange Zeit beschränkte sich der EuGH auf die sog. *FNCE*-Judikaturformel. Demnach „beeinträchtigt die Verletzung von Artikel 93 Absatz 3 Satz 3 EWG-Vertrag durch die nationalen Behörden die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen. Die nationalen Gerichte müssen daraus zu Gunsten der einzelnen, die sich auf eine solche Verletzung berufen können, entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmungen gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen“ (EuGH 21.11.1991, C-354/90, *FNCE*, Rz. 12).

den verfahrensrechtlichen Folgen eines beihilfenrechtlichen Notifikationsverstößes vornehmen können. Auch aktuell hat der österreichische Verwaltungsgerichtshof wieder eine dogmatische Grundfrage des Europäischen Beihilfenrechts an den EuGH herangetragen, die diesmal das materielle Beihilfenrecht betrifft, nämlich das Verhältnis von EU-Grundfreiheiten und EU-Beihilfenverbot. Auf sie wird im Rahmen dieses Beitrages noch zurückzukommen sein.

In der internationalen Wahrnehmung hat sich das Europäische Beihilfenrecht zuletzt durch seinen Einsatz in der Prüfung **luxemburgischer Tax Rulings** prominent in Erinnerung gerufen<sup>17</sup>. Bei den Berliner Steuergesprächen im September 2014 wurde eine eigene Task Force der Kommission zur Prüfung von Steuerbeihilfen vorgestellt, die das notwendige fächerübergreifende Know-how sicherstellen soll<sup>18</sup>. Damit ist das Europäische Beihilfenrecht letztlich wieder an dem Punkt angelangt, wo seine jüngere Popularität in Abgabensachen ihren Ausgangspunkt hatte, nämlich im Kampf gegen unfairen Steuerwettbewerb. Umso mehr lohnt es sich, einen systematischen Blick auf das EU-Beihilfenverbot und seine Wirkung auf Steuerrecht und Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten zu werfen.

## II. Die Anwendung des Beihilfentatbestandes in Abgabensachen und seine Unschärfe

### 1. Das EU-Beihilfenverbot

Gemäß Art 107 Abs 1 AEUV sind „soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, ... staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Art 107 Abs 1 AEUV als Ausgangsnorm des Europäischen Beihilfenrechts statuiert ein grundsätzliches Beihilfenverbot, das allerdings durch

<sup>17</sup> Vgl. dazu mwN *M. Lang*, Tax Rulings und Beihilferecht, IStR 2015, 369 ff.

<sup>18</sup> Vgl. den Tagungsbericht von *Richter/Welling* zum 52. Berliner Steuergespräch „Europäisches Beihilferecht und Deutsches Steuerrecht“ vom 29.9.2014 unter [http://www.berlinersteuergespraech.de/Dokumente/Tagungsbericht\\_zum\\_52.\\_Berliner\\_Steuergespraech.pdf](http://www.berlinersteuergespraech.de/Dokumente/Tagungsbericht_zum_52._Berliner_Steuergespraech.pdf).

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

die Legalausnahmen des Art 107 Abs 2 AEUV und die in der Praxis weit-aus bedeutenderen Ermessensausnahmen des Art 107 Abs 3 AEUV erheblich eingeschränkt wird. Da letztere der Kommission einen weiten Ermessensspielraum zur Genehmigung von staatlichen Beihilfen einräumen, kann man treffend von einem „Beihilfenverbot mit Erlaubnisvorbehalt“ sprechen<sup>19</sup>. Die Mitgliedstaaten sind zur Notifikation neuer Beihilfenmaßnahmen verpflichtet<sup>20</sup>. Verstößen sie gegen diese Anmeldepflicht, besteht ein unmittelbar anwendbares Durchführungsverbot, wonach alle innerstaatlichen Instanzen die rechtswidrige (weil schon nicht-notifizierte) Beihilfenmaßnahme – ungeachtet ihrer innerstaatlichen normativen Anordnung – nicht durchführen dürfen<sup>21</sup>.

Steuerliche und sozialabgabenrechtliche Beihilfen können sich auf allen Ebenen eines Abgabentatbestands stellen, ihre Erscheinungsformen sind mannigfaltig<sup>22</sup>. Denkbar sind beispielsweise persönliche oder sachliche Abgabenbefreiungen oder Sondervorschriften über die Ermittlung der Bemessungsgrundlage wie etwa engere Einkommensdefinition, großzügigere Betriebsausgabendefinition oder Pauschalierungen<sup>23</sup>, besondere Absetzposten, schnellere Abschreibemodalitäten<sup>24</sup> oder die besondere Ermöglichung der Verlustmitnahme im Falle einer Unternehmensüber-

---

19 Vgl. schon *Thiesing* in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag Art 92 EGV Rz. 1.

20 Zur verfahrensrechtlichen Bedeutung der Unterscheidung zwischen Alt- und Neubeihilfen aufgrund der daran anknüpfenden unterschiedlichen Kontrollregime des Art 108 AEUV vgl. *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 108 Rz. 1 ff.

21 Vgl. dazu die Aussetzung der Anwendung des § 8c Abs. 1a KStG („Sanierungsklausel“) durch § 34 Abs. 6 dKStG bis zur endgültigen Klärung der Vereinbarkeit der Klausel mit dem europäischen Beihilfenrecht sowie die dazu festgelegten diesbezüglichen Veröffentlichungspflichten der deutschen Bundesregierung, dBGBI. I 2011, 2592; dBGBI. I 2013, 1266.

22 Zur möglichen Rückwirkung der Beihilfennatur auf die Einhebung zweckgebundener Abgaben s. *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 107 Rz. 25.

23 Vgl. z.B. die diesbezügliche Diskussion im Vorfeld und Umfeld der Anfechtung des VfGH der VO zur Gaststättenpauschalierung vor dem VfGH und deren anschließende Aufhebung durch VfSlg 19.633; s. dazu *Renner*, UFSjournal 2011, 178 ff sowie *Baldauf*, SWK 2012, 1271 ff.; allgemein zu Pauschalierungsvoraussetzungen vgl. *Baldauf* in Jakom, EStG, 2011 § 17 Rz. 2.

24 Vgl. KommE 13.3.1996 über eine deutsche Abschreiberegulierung zu Gunsten der deutschen Luftverkehrsunternehmen, ABl L 1996/146, 42.

## Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

tragung<sup>25</sup>. Ermäßigte Abgabensätze<sup>26</sup> oder Belastungsdeckelungen und Ausgleichszahlungen sind gleichfalls rechtfertigungsbedürftig<sup>27</sup>. Selbst die Auswahl des Besteuerungsgegenstands kann unter dem Beihilfenverbot geprüft werden<sup>28</sup>. Auch steuerliche Sondervorschriften für Körperschaften öffentlichen Rechts, so sie iSd Art 107 Abs 1 AEUV „unternehmerisch“ auftreten, und für von diesen abgeleitete Betriebe gewerblicher Art sowie für (ausgegliederte) juristische Personen privaten Rechts in ausschließlichem Eigentum von Körperschaften des öffentlichen Rechts sind vor dem Beihilfenverbot rechtfertigungsbedürftig<sup>29</sup>. Zudem ist eine Einwirkung des Beihilfenverbots auf die Praxis der Doppelbesteuerungsabkommen nicht ausgeschlossen<sup>30</sup>. Darüber hinaus

25 Vgl. Beschl. der Kommission vom 26.1.2011, C 7/2010 zur „Sanierungsklausel“ des § 8c des deutschen KStG sowie dazu beispielsweise *Drüen*, Die Sanierungsklausel des § 8c KStG als europarechtswidrige Beihilfe, DStR 2011, 289 ff.; *M. Lang*, Europäisches Beihilferecht und Besteuerung – am Beispiel des § 8c KStG in Lüdicke (Hrsg.), Praxis und Zukunft des deutschen internationalen Steuerrechts (2011) 85 ff.; *Seer*, Insolvenz, Sanierung, und Ertragsteuern – verfassungs- und europarechtliche Überlegungen, FR 2014, 721 ff., 727 ff.; *Ismer/Piotrowski*, Falsche Begründung – richtiges Ergebnis, DStR 2015, 1993 ff.; vgl. ferner EuGH 18.7.2013, C-6/12, *P Oy*.

26 Vgl. z.B. das Kommissionsverfahren SA.29064 zu begünstigten Kurzstreckenflügen in der irischen Flugabgabe sowie dazu Kapitel III.h.

27 Vgl. EuGH 8.11.2001, C-143/99, *Adria Wien Pipeline*, Slg 2001, I-8365.

28 EuGH 22.11.2001, C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067, vgl. dazu *Zorn*, Die Auswahl von Besteuerungsgegenständen – europarechtliche Aspekte, ÖStZ 2002/967, 539 ff. und *Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot 128 ff.; sowie EuGH 15. 11. 2011, C-106/09 P und C-107/09 P, *Kommission/Gibraltar u.a.* Vgl. zuletzt auch *GA Szpunar*, Schlussanträge vom 3.2.2015, C-5/14, *Kernkraftwerke Lipppe-Ems*, Rz. 69 zur deutschen Kernbrennstoffsteuer.

29 Zu den steuerlichen Besonderheiten dieser Rechtsträger s. *Sutter* in *M. Lang/Rust/Schuch/Staringer*, KStG<sup>2</sup> (2016) § 2 Rz. 152 ff, 162 ff; *Raab*, EU-Beihilfenverbot 55 ff, 238 ff; *M. Lang*, Die Besteuerung von Körperschaften des öffentlichen Rechts aus dem Blickwinkel des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenrechts in *König/Schwarzinger* (Hrsg) *Körperschaften im Steuerrecht*, FS Wiesner (2004) 237 ff. sowie *Weitemeyer*, Der steuerliche Verlustausgleich im kommunalen Querverbund als Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EGV, StuW 2003, 326 ff; soweit die „öffentlichen“ Betriebe Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen, ist die Altmark-Rsp zu beachten.

30 *Sutter*, Die DBA-Freistellungsmethode als unzulässige Beihilfe iSd Art 87 EG?, SWI 2004, 4 ff, 10 f; *Sutter*, Drei und mehr Normhypothesen zur beihilfenrechtlichen Einordnung des österreichischen unilateralen Entlastungssystem von der Doppelbesteuerung, in *Bauer ua* (Hrsg.) *Unilaterale Maßnahmen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung* (2004) 249 ff, 260 ff; *Sutter*, Die abkommensrechtliche Verteilung der Besteuerungsrechte zwischen Ansässig-

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

kann sich ein Beihilfenverdacht auch gegen Verfahrensinstrumente richten, die eine bevorzugte Behandlung einer Gruppe von Steuerpflichtigen zulassen<sup>31</sup>. Eine allgemeine italienische Steueramnestie hat die Kommission dagegen mangels Selektivität als beihilfenunschädlich beurteilt, wobei die Amnestieregelung alle Abgaben und Wirtschaftszweige erfasste und die Behörden keinerlei Ermessen bei ihrer Anwendung hatten<sup>32</sup>. Schließlich kann auch die qualifizierte Fehlanwendung von Recht beihilfenbegründend sein<sup>33</sup>.

Die Prüfung eines allfälligen Beihilfencharakters einer innerstaatlichen Maßnahme erfolgt im Rahmen eines dreigliedrigen Prüfungsschemas: Die Beihilfendefinition des EuGH nach der *De Gezamenlijke*-Judikaturformel setzt voraus, dass in einem ersten Schritt die abgabenrechtliche Normalbelastung, der sog. Regelsteuertatbestand und damit das „Bezugs“- oder „Referenzsystem“ eruiert wird, um in einem zweiten Schritt beurteilen zu können, ob eine staatliche Maßnahme eine ungerechtfertigte Abweichung gegenüber diesem enthält. Dabei fragt der EuGH, „ob eine nationale Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, bestimmte Unternehmen oder Pro-

---

keits- und Quellenstaat aus beihilfenrechtlicher Sicht, in M. Lange/Schuch/Staringer (Hrsg.) Die abkommensrechtliche Verteilung der Besteuerungsrechte zwischen Ansässigkeits- und Quellenstaat (2005), 83 ff. sowie M. Lang, 17. ÖJT, Bd. IV/1 (2009) 33 ff. und Schön, 17. ÖJT, Bd. IV/2 (2010) 43 ff. – jeweils mwN.

- 31 Vgl. zu Stundungen und Nachsichten Sutter, in Mayer/Stöger Art 107 Rz. 60 sowie Sutter, Das EG-Beihilfenverbot 52 ff. Zu möglichen Differenzierungen vgl. Stoll, Ermessen im Steuerrecht<sup>2</sup> (2001) 223; aus der Kommissionspraxis vgl. etwa KommE 7. 6. 2006 über die staatliche Beihilfe C 25/2005 [ex NN21/2005], Frucona Kosice, ABl L 2007/112, 14 sowie dazu EuG 7. 12. 2010, T-11/07, Frucona/Kommission; aufgehoben durch EuGH 24. 1. 2013, C-73/11P, Frucona/Kommission. Zum dabei maßgeblichen „privat market/investor test“ vgl. Sutter, in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 107 Rz. 35 und 68 f.
- 32 Kommission, 13. 11. 2001, N674/01, ABl C 2002/30, 15, „Scheme to promote the regularisation of businesses in the informal economy“, IP/01/1572, <http://europa.eu/rapid/search.htm>.
- 33 Zur Differenzierung zwischen behördlichem Interpretationsspielraum einerseits und einer möglichen beihilfenbegründenden Fehlanwendung von Recht bzw. behördlichem „Entgegenkommen“ als Beihilfenverstoß der Vollziehung mit Hilfe der Rechtsfigur der vertretbaren Rechtsauffassung vgl. Sutter, Das EG-Beihilfenverbot 63 ff. Vgl. auch M. Lang, Die gesetzwidrige Begünstigung von Steuerpflichtigen als gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe?, in Beiser ua (Hrsg.) Ertragsteuern in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Werner Doralt (2007) 233 ff.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

duktionszweige gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, zu begünstigen“<sup>34</sup>. Gibt es keine anders besteuerten *vergleichbaren* Unternehmer, liegt im Allgemeinen keine Beihilfe vor<sup>35</sup>.

In Anlehnung an ein *Obiter dictum* des EuGH<sup>36</sup> fragt die Kommission in ihrer Mitteilung „Unternehmensbesteuerung“ sodann auf einer dritten Ebene danach, ob sich eine identifizierte Ausnahme durch die Natur und den inneren Aufbau des Steuersystems rechtfertigen lässt. Die Rechtfertigung einer steuerlichen Maßnahme aus der Logik des Steuersystems heraus als dritte Prüfungsebene ist streng genommen insofern tautologisch, als es schon zur Bestimmung des Regelsteuertatbestands einer wertenden Analyse von Natur und innerem Aufbau eines Steuersystems bedarf, aus der dann ggf. der allfällige Ausnahmecharakter der zu prüfenden Maßnahme resultiert<sup>37</sup>. Die Abgrenzung des Regelsteuertatbestandes („benchmark tax level“) ist freilich oftmals alles andere als einfach, weshalb sich das dreigliedrige syllogistische Prüfungsschema in der Praxis als Prüftechnik bewährt haben dürfte und auch von der Rechtsprechung des EuGH anerkannt ist. *Schön* hat die Abgrenzungsschwierigkeiten des Regelsteuertatbestands am Beispiel eines Steuersystems illustriert, das einen günstigen Steuersatz für verbrauchssparsame Kfz und einen erhöhten für verbrauchsintensive Kfz einrichtet. Welcher der beiden Sätze die Normalbelastung und welcher die begünstigende/belastende Abweichung davon darstelle, lasse sich nicht festlegen<sup>38</sup>. Wenn beide Tarife Bestandteil eines in sich stringenten ökologischen

---

34 EuGH 8.5.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Rz. 41.

35 Vgl. etwa EuGH 4.6.2015, C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems* Rz. 79 zur deutschen Kernbrennstoffsteuer: „Es ist festzustellen, dass die Arten der Stromerzeugung, die keinen Kernbrennstoff verwenden, nicht von der durch das KernbrStG eingeführten Regelung betroffen sind und dass sie sich in Anbetracht des mit dieser Regelung verfolgten Ziels jedenfalls nicht in einer tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, die mit der Situation der Stromerzeugung vergleichbar ist, bei der Kernbrennstoff verwendet wird, da nur bei Letzterer radioaktive Abfälle anfallen, die aus einer solchen Verwendung stammen.“ Zur *Gibraltar* Konstellation vgl. jedoch FN 58 und 63.

36 EuGH 2.7.1974, 173/73, *Italien/Kommission*, Slg 1974, 709 ff. Rz. 34.

37 *Sutter* in *WiR*, Beihilfenrecht 42. IdS wohl auch *Schön*, 17. ÖJT, Bd. IV/2 (2010) 30.

38 *Schön*, *Taxation and State Aid Law in the European Union*, CMLR 1999, 911 ff, 930.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

Besteuerungssysteme sind, wären sie mE aber letztlich beide Teil der Normalbelastung<sup>39</sup>.

Die Diskussion um die Bestimmung des Regelsteuertatbestands ist dem Steuerrecht freilich nicht neu, sondern wurde schon in den 1970er Jahren von *Ruppe* in Österreich<sup>40</sup> und *Joachim Lang* in Deutschland<sup>41</sup> vor dem Hintergrund des nationalen Gleichheitssatzes intensiv diskutiert<sup>42</sup>. Dabei wurde als erstes deutlich, dass formale Argumente wie Aufbau eines Steuertatbestands oder die Stellung einer Norm als Ausnahme zu einer anderen Norm in der Abgrenzung wenig hilfreich sind, ist es doch nur eine Frage der Gesetzestechnik, ob ein Steuertatbestand zunächst weiter textiert wird und mit Hilfe von einschränkenden Rechtssätzen dann wieder verengt wird oder ob gleich der Steuertatbestand im Hauptrechtssatz enger gefasst wird. Beide Autoren unterscheiden daher zwischen bloßen rechtstechnischen Ausnahmen und echten begünstigenden Ausnahmen, die die grundsätzliche Belastungsentscheidung des Gesetzgebers für einen Teil der Steuerpflichtigen wieder in Frage stellen. Zur Unterscheidung schlägt *Joachim Lang* einen Entbehrlichkeitstest vor: „Die subventive Steuervergünstigung kann [...] entfallen, ohne daß sich dies störend auf eine Steuerart auswirkt“<sup>43</sup>. Nach beiden Untersuchungen ist letztlich die Einfügung des einschränkenden Rechtssatzes in die Logik des Regelungssystems die entscheidende Grenzlinie zwischen bloßen rechtstechnischen Ausnahmen und möglichen versteckten Förderungen.

Entscheidend ist somit, ob sich eine steuerliche Maßnahme noch in die Logik des Regelungssystems einfügt. Bejahendenfalls ist sie Teil des Regelsteuertatbestandes, verneinendenfalls – je nach Belastungsrichtung –

---

39 *Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot 112. Eine Beihilfe läge dagegen vor, wenn beispielsweise eine bestimmte Autotype (etwa zur Steigerung der inländischen Kfz-Produktion) von dieser ökologischen Tarifstruktur ausgenommen ist. Vgl. EuG 7.3.2012, T-210/02 *RENV, British Aggregates/Kommission*, Rz. 50 ff, 84 ff. zur Definition der Normalbesteuerung einer umweltpolitischen Lenkungsabgabe auf Granulate und der strengen Prüfung der Einhaltung ihrer eigenen inhärenten Grund- oder Leitprinzipien, womit letztlich die Kommissionsfreizeichnung der Maßnahme als Nichtbeihilfe für nichtig erklärt wurde.

40 *Ruppe*, Die Ausnahmebestimmungen des Einkommensteuergesetzes (1971).

41 *Joachim Lang*, Systematisierung der Steuervergünstigungen (1974).

42 Zu Nähe und Unterschieden des Beihilfenverbots zu diesem vgl. Kapitel II.4.

43 *J. Lang*, Systematisierung 125.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

entweder eine Sonderlast<sup>44</sup> oder eine (potentielle) Beihilfe. Zur Begründung der Zugehörigkeit einer Maßnahme zum Regelsteuertatbestand sollte daher stets danach gefragt werden, ob sie mit der Teleologie des jeweiligen vom nationalen Normsetzer implementierten Systems in Einklang steht oder ob sie die ursprüngliche Belastungsentscheidung des Normsetzers aus anderen Motiven heraus für eine bestimmte Gruppe von unternehmerischen Abgabepflichtigen wieder in Frage stellt<sup>45</sup>. Eine Rückführbarkeit jeder Maßnahme auf – bewusst pleonastisch formuliert – „Grundprinzipien“ des Steuerrechts ist dagegen unnötig und angesichts der Gefahr von Zirkelschlüssen aufgrund des Fehlens klarer Konturen solcher Prinzipien im Abgabenrecht in den meisten Fällen ohne zusätzlichen argumentativen Wert<sup>46</sup>. Insofern kann der Ansatz *Fricks*, der im Leistungsfähigkeitsprinzip die Wasserscheide zwischen systemkonformen Maßnahmen und steuerlichen Beihilfen sieht<sup>47</sup>, allenfalls nur grobe Orientierung geben.

Durch die skizzierte Vergleichbarkeitsprüfung zur Identifizierung einer Abweichung vom Regelsteuertatbestand und dem Einziehen einer Rechtfertigungsebene wird letztlich ein gleichheitsrechtliches Prüfungsmuster zur Bestimmung des allfälligen beihilfenrechtlichen Begünstigungscharakters einer Regelung angewandt, wobei dem das Beihilfen-

---

44 Zur Sonderlast vgl. *Schön*, Sonderlasten – eine Lücke im Europäischen Wettbewerbsrecht? in Engel/Möschel (Hrsg) *Recht und spontane Ordnung*, FS Mestmäcker zum 80. Geburtstag (2006) 437; *Schön*, Special Charges – A Gap in European Competition Law? *EStAL* 3/2006, 495; *Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot 122 ff.

45 Vgl. dazu auch *Ismer/Piotrowski*, *DStR* 2015, 1995: „Selektivität ist im Ergebnis jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Mitgliedsstaat mit Blick auf seine eigenen Wertungen inkonsequent ist.“ Vgl. ferner *Schön*, 17. ÖJT, Bd. IV/2 (2010) 32, der von „einer Art ‚selbstreferentieller‘ Prüfung der nationalen Steuergesetzgebung [spricht], die der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur ‚Folgerichtigkeit‘ und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur ‚Kohärenz‘ sehr nahe steht“.

46 Vgl. dazu *Gassner/M Lang*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommen- und Körperschaftssteuerrecht, 14. ÖJT, Vol III/1 72, S 117 sowie *M Lang*, Schuldzinsen als Werbungskosten bei Veräußerungsgewinnen nach den §§ 30 und 31 EStG, in Rill (Hrsg) *FS 100 Jahre Wirtschaftsuniversität Wien* 433. Zu den impliziten Grundsätzen des Steuerrechts und ihren zahlreichen Systemmängeln vgl. schon *Tipke*, *Steuerrecht - Chaos, Konglomerat oder System*, *StuW* 1971, 2 ff.

47 *Frick*, *Einkommensteuerliche Steuervergünstigungen und Beihilfeverbot nach dem EG-Vertrag* (1994) 39. Vgl. auch *Schön*, *Steuerliche Beihilfen*, in *Koenig/Roth/Schön* (Hrsg) *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts* (2001) 119.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

verbot vollziehenden Organ aufgrund der damit verbundenen Wertungsentscheidungen beträchtliche Beurteilungsspielräume hinsichtlich der Grenzen des Art 107 AEUV verbleiben<sup>48</sup>. Die Beurteilung der inneren Logik eines installierten Systems lässt sich nicht ohne Akzeptanz richterlicher *Wertentscheidungen* vornehmen. Dies hat schon *Ruppe* an Beispielen der österreichischen Steuerrechtsordnung demonstriert, bei denen sichtbar wird, dass die Einordnung von der jeweiligen Formulierung des Systemgedankens abhängt. So hielt *Ruppe* etwa die systematische Rechtfertigung des in § 10 KStG statuierten Schachtelprivilegs, das eine Mehrfachbelastung des Gewinns für verflochtene Kapitalgesellschaften durch Gewährung einer Steuerbefreiung gewährt, für einen Grenzfall: „Es ist als systemgerechte Ausnahme einzustufen, wenn man den Zweck darin erblickt, Mehrfachbelastung bei materieller Identität der Steuersubjekte zu vermeiden. Die gängige Betrachtung stuft es freilich eher als Begünstigung ein, weil es den Kapitalgesellschaften die Möglichkeit gibt, die betriebswirtschaftlichen Vorteile wirtschaftlicher Verflechtungen bei Wahrung der rechtlichen Selbstständigkeit ohne steuerliche Mehrbelastung zu nützen“<sup>49</sup>. Ein anderes Beispiel hat *Schön* genannt und auf das - von der Europäischen Kommission in ihrer Mitteilung „Unternehmensbesteuerung“ explizit als „steuertechnische Maßnahme“ qualifizierte - Rechtsinstitut des Verlustvortrags verwiesen. Dieses könne nicht nur als Ausgleich für eine Perioden- statt Lebensbesteuerung, sondern auch als Instrument zur Förderung risikoverfänger Wirtschaftszweige angesehen werden<sup>50</sup>. Ähnliches gilt für Maßnahmen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, die auch gezielt als Exportförderung für grenzüberschreitend tätige heimische Unternehmer eingesetzt werden können<sup>51</sup>.

Über die Bestimmung der Reichweite des Beihilfentatbestandes kommt der Gerichtsbarkeit im Europäischen Gerichtsverbund des Art 267 AEUV daher zweifelsfrei eine wichtige Definitionsverantwortung in der Abgrenzung der Spielräume autonomer nationaler Wirtschaftspolitik zu. Bei der Bestimmung der Systemkonformität einzelner innerstaatli-

---

48 Ebenso *Hey*, Steuerrecht und Wettbewerb, in WiR (Hrsg) Wettbewerb und Recht (2015) 285 ff, 297.

49 *Ruppe*, Steuerbegünstigungen als Subventionen?, in Wenger (Hrsg) Förderungsverwaltung (1973) 57 ff, 74.

50 *Schön*, CMLR 1999, 927. Vgl. dazu auch *M. Lang*, 17. ÖJT, Bd. IV/1 (2009) 31.

51 Siehe FN 29.

cher Maßnahmen kann dabei ein stärker arbeitsteiliges Zusammenwirken von EuGH und nationalen Höchstgerichten angezeigt sein, zumal die beihilfenrechtliche Beurteilung einer staatlichen Maßnahme die umfassende Kenntnis nicht nur der innerstaatlichen Rechtslage und ihres rechtlichen Umfeldes, sondern auch der diesbezüglichen Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis erfordert<sup>52</sup>. Auf diese Zusammenarbeit hat der EuGH bereits mehrfach zurückgegriffen, wenn er zu einzelnen Vorlagefragen zwar beihilferechtliche Leitlinien vorgegeben hat, die abschließende Beurteilung der Selektivität der Maßnahme jedoch explizit wieder dem vorlegenden Gericht überlassen hat<sup>53</sup>. Der EuGH gibt damit seine Definitionshoheit nicht aus der Hand, aber nimmt auch die nationalen Höchstgerichte, die ihre Steuerrechtsordnungen am besten kennen, stärker in die Pflicht und überträgt ihnen einen Teil der Prüfverantwortung<sup>54</sup>.

## 2. Neue methodische Ansätze in den Schlussanträgen zur Rs *Finanzamt/Linz* zum Maßstab der Vergleichbarkeitsprüfung

Dass die Definition des Regelsteuertatbestandes oder mit anderen Worten die Wahl des Vergleichspaares letztlich eine Wertungsfrage ist, ist auch im Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichtshofs, C-66/14, *Finanzamt Linz*, offenkundig geworden. In diesem Verfahren hat der Verwaltungsgerichtshof nach der Zulässigkeit einer möglichen Firmenwertabschreibung gefragt, die es nur innerhalb der Gruppenbesteuerung und nur für den Erwerb inländischer Gruppenmitglieder gibt<sup>55</sup>. Zur Frage der Identifikation eines Beihilfenelements hat er dem

52 EuGH v. 18.7.2013, C-6/12, *P Oy*, Rz. 20.

53 Vgl. EuGH v. 8.9.2011, C-78/08 bis 80/08, *Paint Graphos*, Rz. 76 („Das vorlegende Gericht wird anhand all dieser Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts, die der Gerichtshof in den vorstehenden Randnrn. 64 bis 75 gegeben hat, zu prüfen haben, ob die Steuervergünstigungen für die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Produktions- und Arbeitsgenossenschaften im Hinblick auf die Natur und den allgemeinen Aufbau des betreffenden Steuersystems gerechtfertigt sind“). Vgl. ferner EuGH v. 18.7.2013, C-6/12, *P Oy*, Rz. 31; v. 9.10.2014, C-522/13, *Navantia* Rz. 49.

54 Vgl. zu einer ähnlichen Aufgabenteilung bei der Prüfung der Rechtfertigung von innerstaatlichen Beschränkungen der Grundfreiheiten im Hinblick auf die Kohärenz der innerstaatlichen Rechtslage exemplarisch EuGH v. 6.3.2007, C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica* Rz. 58.

55 Vgl. zum Verfahren *M. Lang*, Die Firmenwertabschreibung als selektive Beihilfe?, ÖStZ 2014, 277 ff.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

EuGH gleich drei mögliche Vergleichspaare vorgelegt. GA *Kokott* hat dies folgendermaßen zusammengefasst:

„88. Damit hat das vorliegende Gericht gleich drei verschiedene „normale“ Steuerregelungen als Grundlage gewählt. Vermutet es nämlich die Selektivität der Firmenwertabschreibung, weil sie nur juristischen, nicht aber natürlichen Personen zusteht, so wählt es als Bezugssystem das gesamte österreichische Ertragsteuerrecht. Thematisiert es hingegen die Bevorzugung derjenigen Unternehmen im Rahmen der Körperschaftsteuer, die der Gruppenbesteuerung unterliegen, so bezieht sich das vorliegende Gericht auf das Bezugssystem des Körperschaftsteuerrechts. Stellt es schließlich innerhalb der Gruppenbesteuerung die Begünstigung von Unternehmen mit inländischen gegenüber ausländischen Beteiligungen heraus, so muss als Bezugssystem das Recht der Gruppenbesteuerung dienen. Je nach betrachteter Ungleichbehandlung ist damit ein anderes Bezugssystem betroffen. Daraus wird deutlich, dass – wie es auch der Gerichtshof bereits im Gibraltar-Urteil festgestellt hat – die Bestimmung einer „normalen“ Besteuerung nicht entscheidend sein kann. Entscheidend ist allein die Prüfung der jeweiligen Ungleichbehandlung.“

GA *Kokott* spricht sich dazu in ihren Schlussanträgen für unterschiedliche Vergleichsbarkeitsmaßstäbe bei der Prüfung von EU-Beihilfenverbot und EU-Grundfreiheiten aus, weil es im Europäischen Beihilfenrecht nicht um das – vor dem Hintergrund des Binnenmarktes besonders sensible – starre Vergleichspaar „inländische Fallkonstellation vs ausländische Fallkonstellation“ gehe, sondern um die Nachprüfung *innerstaatlicher* Unterscheidungen und Fallgruppenbildungen. Im Rahmen der Prüfung der beihilfenrechtlichen Selektivität seien daher – mit Ausnahme von Fällen von Begünstigungen inländischer gegenüber ausländischen Sachverhalte – höhere Anforderungen an die Feststellung der Vergleichbarkeit der Situationen zu stellen:

„Während bei den Grundfreiheiten die Vergleichbarkeit der Situationen insbesondere im Steuerrecht nach der Rechtsprechung regelmäßig zu bejahen ist, kann Gleiches nicht für die Selektivität steuerlicher Vorteile gelten. Denn anders als bei der Beschränkung einer Grundfreiheit betrifft die Selektivität regelmäßig eine Ungleichbehandlung von Unternehmen desselben Staates und nicht zwischen in- und ausländischen Unternehmen. Nur bei der Benachteiligung grenzüberschreitender gegenüber rein inländischen Sachverhalten gebieten aber die Verträge ihrer Bestimmung gemäß eine besonders strenge Sicht.“

Nach dem insofern grobkörnigeren beihilfenrechtlichen Vergleichsmaßstab befänden sich juristische und natürliche Personen im österreichischen Steuersystem schon deshalb nicht in einer vergleichbaren Situation, weil im österreichischen Recht für juristische und natürliche Personen „je eigene Steuergesetze [bestünden], die offenbar vielfältig unterschiedliche Bestimmungen hinsichtlich der Bestimmung der Bemes-

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

sungsgrundlage enthalten“ und nur juristische Personen Anteilseigner hätten, die an den Einkünften der Gesellschaft partizipieren und ihrerseits wieder der Ertragsbesteuerung unterlägen. Eine mögliche Begünstigung juristischer Personen im Vergleich zu natürlichen Personen schließt GA *Kokott* daher aus. Ebensowenig seien Gesellschaften innerhalb und außerhalb einer steuerlichen Gruppe vergleichbar, weil es im Rahmen der Konzernbesteuerung ein Bedürfnis nach Sonderregeln geben dürfe.

Für Fälle von Begünstigungen inländischer gegenüber ausländischer Sachverhalte spricht sich die Generalanwältin dagegen für gleiche Maßstäbe betreffend Verstöße gegen Grundfreiheiten und Beihilfenverbot aus<sup>56</sup>. Damit steht aber im Raum, dass jede Grundfreiheitenwidrigkeit einer nicht notifizierten und nach dem Beitritt zur Union eingeführten Maßnahme immer auch einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot bedeuten würde – mit Rückabwicklungsfolgen immerhin zumindest hinsichtlich des Zinsvorteils der vorzeitigen Gewähr. Die schwierige Abgrenzung zwischen Beihilfe und Sonderlast ist allerdings unbeantwortet geblieben<sup>57</sup>. Ihr hat auch der EuGH auch in der Rs C-169/08, *Presidente del Consiglio die Ministri*, keinen Raum gegeben, in der es um eine Landungssteuer ging, der nur ausländische Betreiber von Luftfahrzeugen und Freizeitbooten unterlagen. Warum aber eine Begünstigung der inländischen Unternehmen im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV und keine Benachteiligung der ausländischen Unternehmer und damit eine Sonderlast vorlag, hat der EuGH – ungeachtet seiner bisherigen Rsp zur Notwendigkeit dieser Unterscheidung<sup>58</sup> – nicht weiter begründet. Diese Abgrenzung ist in der Tat im Einzelfall schwierig, sie führt aber dazu, dass letztlich nicht jede EU-Grundfreiheitenwidrigkeit zwingend einen Notifikationsverstoß begründen dürfte.

### 3. Eine anhand ihrer spezifischen Eigenarten privilegierte Gruppe von Unternehmen

GA *Kokott* hat in ihren Schlussanträgen in der Rs C-66/14, *Finanzamt Linz* auch eine neue zusätzliche vierte Prüfungsebene im Rahmen der

---

<sup>56</sup> GA *Kokott*, Schlussanträge vom 16.4.2015, C-66/14, *Finanzamt Linz* Rz. 103. Ebenso GA *Kokott*, Schlussanträge vom 2.7.2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio die Ministri*, Rz. 134.

<sup>57</sup> Zur Sonderlast siehe FN 43.

<sup>58</sup> Siehe dazu FN 43 mwN.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

Beihilfenprüfung vorgeschlagen, die sie aus dem Urteil des EuGH in der Rs C-106/09 P, *Gibraltar* ableitet<sup>59</sup>. Nach der Gleichheitsprüfung sei „in einem zusätzlichen Schritt zu klären, ob die Gruppe von Steuerpflichtigen, die durch eine Steuerregelung begünstigt werden, hinreichend spezifizierte Unternehmen oder Produktionszweige im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen“<sup>60</sup>, dh ob „eine durch die entsprechende Steuerregelung ... anhand ihrer spezifischen Eigenarten privilegierte Gruppe von Unternehmen“ bestehe<sup>61</sup>. Dies sei im österreichischen Ausgangsfall zu verneinen:

„Zum einen ist nicht erkennbar, dass die österreichische Regelung zur Firmenwertabschreibung bestimmte Produktionszweige begünstigt. Denn der Erwerb inländischer Beteiligungen ist nicht auf bestimmte Branchen beschränkt, sondern dürfte prinzipiell in jeder Branche vorkommen. Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, dass lediglich bestimmte Unternehmen von dieser Regelung profitieren können. Hierfür müsste es sich um klar identifizierbare einzelne Unternehmen handeln. Der Erwerb einer inländischen Beteiligung erscheint mir jedoch potentiell für jede Gesellschaft durchführbar, so dass eine Identifizierung einzelner Unternehmen, die von der österreichischen Regelung profitieren, von vornherein ausgeschlossen ist.“<sup>62</sup>

Für eine solche klarere Trennung in die Prüfung des Begünstigungscharakters („*Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige*“) einerseits und der Selektivität der Begünstigung bzw. Spezifität der Begünstigten („*Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige*“) andererseits hat sich übrigens auch bereits *Schön* auf der DStJG-Tagung 1999 ausgesprochen<sup>63</sup>. Sie gibt dem Spezifitätsmerkmal mehr eigenständige Kraft.

---

59 Vgl. EuGH v. 15.11.2011, C-106/09 P, *Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich*, Rz. 92 ff. sowie dazu Sutter, in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 107 Rz. 66 sowie M. Lang, Das Gibraltar-Urteil des EuGH: Neue beihilferechtliche Vorgaben für das Steuerrecht?, ÖStZ 2012, 593 ff.

60 GA Kokott, Schlussanträge vom 16.4.2015, C-66/14, *Finanzamt Linz*, Rz. 85.

61 GA Kokott, Schlussanträge vom 16.4.2015, C-66/14, *Finanzamt Linz*, Rz. 109 mit Hinweis auf EuGH C-106/09 P, *Kommission/Gibraltar* Rz. 104.

62 GA Kokott, Schlussanträge vom 16.4.2015, C-66/14, *Finanzamt Linz*, Rz. 111.

63 Vgl. Schön, Der „Wettbewerb“ der europäischen Steuerordnungen als Rechtsproblem in Pelka (Hrsg.) Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000, DStJG Bd 23) 191 ff, 215: „Läßt sich von einer Steuervorschrift sagen, daß sie vom Normalmaß der Besteuerung abweicht, so bildet sie eine Beihilfe. Diese ist allerdings nur dann verboten, wenn sie da-

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

Der Vorstoß von GA *Kokott* ist bemerkenswert, weil er eine Überlegung des *Gibraltar*-Urteils ungeachtet von dessen besonderer Konstellation<sup>64</sup> **verallgemeinert**, obwohl die bisherige Rechtsprechungslinie des EuGH sonst die Identifikation einer Begünstigung als Abweichung von der Normalbelastung und der Spezifität der Maßnahme weitgehend gleichgesetzt hat. Die Generalanwältin weist auch selbst darauf hin, dass der EuGH bislang „ein recht weites Verständnis von einer anhand ihrer spezifischen Eigenarten privilegierten Gruppe vertreten hat“ und beispielsweise die Gruppe der Unternehmen, deren Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Güter besteht oder die Gruppe von Unternehmen, die Ausfuhr betreiben und bestimmte, in den streitigen Bestimmungen geregelte Investitionen tätigen, anerkannt hat.

Der Vorstoß der Generalanwältin entspringt offenbar der ernsten Sorge um die Unabgrenzbarkeit der Beihilfe, wenn sich das beihilfenrechtliche Prüfungsschema allein auf die Identifikation einer Begünstigungswirkung unter sukzessiver praktischer Zurückdrängung der anderen Tatbestandselemente des Art 107 Abs 1 AEUV beschränkt:

„113. Ein zu weitgehendes Verständnis der Selektivität nationaler Regelungen birgt jedoch die Gefahr, dass die in den Art. 2 bis 6 AEUV niedergelegte Aufteilung der Kompetenzen zwischen den Mitgliedstaaten und der Union sowie die Aufteilung der Binnenkompetenz zwischen dem Europäischen Parlament und dem Rat gemäß Art. 14 AEUV einerseits sowie der Kommission gemäß Art. 17 AEUV andererseits beeinträchtigt wird. Denn liegt eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, besitzt die Kommission in der Regel gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV ein weitgehendes Ermessen, ob und unter welchen Umständen sie die in den Mitgliedstaaten getroffenen politischen Entscheidungen mitträgt oder nicht, ohne

---

rauf angelegt ist, ‚bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige‘ zu begünstigen, und damit die erforderliche ‚Selektivität‘ oder ‚Spezifität‘ aufweist. Damit gehören branchenspezifische, regionalbegrenzte oder gar auf einzelne Unternehmen bezogene Steuervorteile in den Kernbereich des Beihilfeverbots. Allgemeine Förderungsmaßnahmen, z. B. günstige steuerliche Rahmenbedingungen für Forschung und Entwicklung, gehören demgegenüber in den Bereich, in dem die Mitgliedstaaten in freier Konkurrenz miteinander versuchen können, ein günstiges steuerliches Umfeld für die bei ihnen ansässigen Unternehmen zu schaffen“. Vgl. auch *Schön*, 17. ÖJT, Bd. IV/2 (2010) 29 f. und 39 sowie *Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot 93 f.

64 Die Gibraltar-Konstellation hat einen Fall betroffen, wo bereits das Referenzsystem selbst und nicht eine Ausnahme davon bestimmte Wirtschaftsteilnehmer bevorzugt. Vgl. auch *Ismer/Piotrowski*, Selektivität von Beihilfen: Dogmatische Grundfragen am Beispiel von IP-Boxen, IStR 2015, 257 ff, 259 f.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

dass sie nach den Verträgen in den betreffenden Politikbereichen eigenständig zur Normsetzung befugt wäre.

114. Insbesondere im Steuerrecht ist aber die Selektivität einer Regelung das entscheidende Kriterium, weil die übrigen Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV nahezu immer erfüllt sind. So bedarf es nach ständiger Rechtsprechung keines Nachweises einer tatsächlichen Wettbewerbsverzerrung durch die fragliche Beihilfe und auch keiner tatsächlichen Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, sondern nur der Prüfung, ob die Beihilfe geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die begünstigten Unternehmen müssen dazu nicht einmal selbst am Handel zwischen den Mitgliedstaaten teilnehmen, da es ausreicht, dass sie dies in Zukunft tun könnten oder dass ihre ausländischen Konkurrenten versuchen könnten, auf den inländischen Markt zu expandieren.

115. Infolgedessen ist ein behutsamer Umgang mit dem Kriterium der Selektivität einer nationalen Regelung geboten. Betrifft die Regelung weder eine oder mehrere einzeln identifizierbare Branchen, die nach ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit abgegrenzt werden können, noch einzeln identifizierbare Unternehmen, wie es der Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorgibt, so kann grundsätzlich nicht von der Selektivität der Regelung ausgegangen werden.

116. Deshalb stellt im vorliegenden Fall auch die Begrenzung der Firmenwertabschreibung auf den Erwerb inländischer Beteiligungen keine Begünstigung 'bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige' im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.“

Mit einer stärkeren Akzentuierung der Notwendigkeit „einer anhand ihrer spezifischen Eigenarten privilegierten Gruppe von Unternehmen“ wird auch die Abgrenzung von Art 107 AEUV zu Art 116 AEUV mit Leben gefüllt. Branchenübergreifende steuerliche Begünstigungen, hinter denen auch nicht eine anders definierte enge Gruppe von Unternehmen steht, wären damit vom Beihilfenverbot nicht mehr erfasst. Zu denken ist dabei beispielsweise an allgemein gehaltene Forschungs- oder Investitionsbegünstigungen<sup>65</sup>.

Die Ausklammerung derartiger allgemeiner Wirtschaftsfördermaßnahmen aus dem Europäischen Beihilfenrecht dürfte auch der ursprünglich intendierten Abgrenzung der beiden Normen entsprechen. Dazu kann bereits auf den Bericht des Delegationsleiters des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister vom

---

<sup>65</sup> Schön in Pelka (Hrsg.), DStJG Bd. 23, 215. Zur Zulässigkeit territorialer Bindungen an den vergebenden Mitgliedsstaat vgl. Sutter in Mayer/Stöger, AEUV Art 107 Rz. 8 sowie Sutter, Zulässigkeit nationaler steuerlicher Investitionsprämien – Urteilsanmerkung zu EuGH 4.12.2008, C-330/07, Rs *Jobra*, EuZW 2009, 83 ff. Rz. 5.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

21.4.1956 (sog *Spaak*-Bericht) verwiesen werden<sup>66</sup>. Dieser Bericht stellte eine zentrale Vorarbeit zum Abschluss des EWGV dar und konkretisierte die Tatbestandsvoraussetzung des Art 116 AEUV als eine „spezifische“ Wettbewerbsverzerrung, die nicht durch unterschiedliche allgemeine Steuer- oder Sozialabgabenniveaus hervorgerufen werde. Vielmehr müsse „ein Industriezweig mehr oder weniger belastet sein als der Durchschnitt der Gesamtwirtschaft des eigenen Landes und es darf in keinem Staat eine entsprechende Mehr- oder Wenigerbelastung des gleichen Industriezweiges bestehen“. Dass Art 116 AEUV in der Rechtspraxis bislang ohne praktische Bedeutung geblieben ist, hat GA *Darmon* in der Rs *Sloman Neptun* vor allem auf eine stillschweigende Verschiebung der Kompetenzarchitektur zu Gunsten von Art 107 AEUV zurückgeführt: „Wahrscheinlich beruht die Nichtanwendung des Artikels 101 [nunmehr Art 116 AEUV] auch auf dem Umstand, dass Situationen, die nach dem Spaak-Bericht unter diese Vorschrift fallen [...], heute als konstitutiv für eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 [nunmehr Art 107 AEUV] angesehen würden“<sup>67</sup>. Eine eigenständige Prüfung des Spezifitätsmerkmals neben der Prüfung des Vorliegens einer „Begünstigung“ könnte somit nicht nur ein nahezu aufgesogenes Tatbestandsmerkmal des Art 107 Abs 1 AEUV wiederbeleben, sondern im Rahmen einer Neuauslotung der Kompetenzarchitektur des AEUV auch eine bessere Fokussierung des Europäischen Beihilfenrechts erlauben, zumal die Kommission der Weite des Europäischen Beihilfenrechts und ihrer Überprüfungsaufgaben ohnedies bereits selbst durch eine immer weiter gehende Ausdehnung des Rechtsinstituts der Freistellungsverordnung zu entgehen versucht<sup>68</sup>.

Innerhalb der Kompetenzarchitektur des AEUV ist die Abgrenzung des Art 107 von Art 116 AEUV als der Rechtsgrundlage für die Angleichung nationaler Rechtsvorschriften von zentraler Bedeutung, weil die Reichweite der beiden Normen über zwei gewichtige Machtverhältnisse in der Union entscheidet: über das zwischen Kommission und Rat einerseits und das zwischen der Union und den Mitgliedstaaten andererseits. Während das Europäische Beihilfenrecht die Entscheidungsgewalt über die Ermessensausnahmen des Art 107 Abs 3 AEUV in den Händen der Kommission konzentriert und die nationalen Gesetzgebungsorgane im

---

<sup>66</sup> Vgl. auch parlamentarische Anfragebeantwortungen ABl C 1980/283, 1 und ABl C 1983/257, 1 der Kommission.

<sup>67</sup> EuGH v. 17. 3. 1992, C-72/91 und C-73/91, *Sloman Neptun*, Slg I-903 Rz. 72.

<sup>68</sup> Vgl. dazu *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 108 Rz. 35 ff.

Bereich der meldepflichtigen Neubeihilfen an die Zustimmung der Kommission bindet, sind Integrationsmaßnahmen nach Art 116 AEUV deutlich partizipativer ausgestaltet und erfordern ein Zusammenwirken von Kommission, Europäischem Parlament und Rat (und damit letztlich den Mitgliedstaaten).

#### 4. Unterschiede zu EU-Grundfreiheiten und nationalem Gleichheitssatz

Der Abgrenzung des Regelsteuertatbestandes liegt angesichts des damit einhergehenden Vergleichs zwischen der Belastungssituation der als potentielle Beihilfenempfänger „verdächtigen“ Unternehmer und den Abgabepflichtigen, die der Normalbelastung unterliegen, ein gleichheitsrechtliches Prüfungsmuster zu Grunde<sup>69</sup>. Vorteil der Anwendung eines gleichheitsrechtlichen Prüfungsmusters ist eine erhöhte argumentative Transparenz in der Beihilfenjudikatur, weil richterliche Wertungen durch die Offenlegung der Vergleichsgruppen nachvollziehbarer werden. Im Vergleich zu EU-Grundfreiheiten und nationalem Gleichheitssatz, denen ebenfalls gleichheitsrechtliche Prüfmuster zugrunde liegen, bestehen allerdings durchaus strukturelle Unterschiede, die bei der Anwendung des Europäischen Beihilfenrechts nicht ausgeblendet werden dürfen.

Zum Einen ist eine unterschiedliche Reichweite des Vergleichsfeldes festzustellen. Im Gegensatz zu den EU-Grundfreiheiten enthält das beihilfenrechtliche Vergleichsmaßstab zumeist auf beiden Seiten inländische Fallkonstellationen und prüft eine Besserstellung einer Gruppe inländischer Unternehmen gegenüber einer *anderen* „normalbelasteten“ *inländischen* Gruppe. Durch seine zumeist inländischen Vergleichspaare geht das Europäische Beihilfenverbot weit über den Schutzbereich der Grundfreiheiten hinaus und sichert – bei denkbaren Reflexen auf die Handelsbedingungen am Binnenmarkt – schon die inländische Gleich-

<sup>69</sup> *Wouters/Hees*, Les règles communautaires 12; *Kepenne*, Guide des aides d'Etat en droit communautaire (1999) 23 Rz. 26; *Ross*, State aid and national courts: definitions and other problems – a case of premature emancipation? CMLR 2000, 407. Ebenso schon *Müller-Graff*, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 1988, 418: „Die für die Beihilfeeigenschaft konstitutive Begünstigung bedarf zu ihrer Ermittlung eines dem Normzweck entsprechenden Vergleichsmaßstabes.“ Vgl. ferner *M. Lang*, 17. ÖJT, Bd. IV/1 (2009) 26 ff. sowie *Schön*, 17. ÖJT, Bd. IV/2 (2010) 31 ff.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

mäßigkeit der Besteuerung unionsrechtlich ab. Allerdings ist es umgekehrt auch nicht ausgeschlossen, dass eines der Vergleichspaare einen grenzüberschreitenden Sachverhalt betrifft, *ohne dass* es deswegen zwingend zu einer Überschneidung mit dem Schutzbereich der EU-Grundfreiheiten kommt, etwa bei einer Besserstellung von grenzüberschreitenden Unternehmen (Inländerdiskriminierung). Deren (exklusive) Einbeziehung in das EU-Beihilfenverbot unterstützt die internationalen Bestrebungen gegen schädlichen Steuerwettbewerb, für den gerade das sog. ring-fencing, also die Abschirmung der staatlichen Maßnahme vor den Steuerinländern, charakteristisch ist<sup>70</sup>.

Zum Zweiten ist auf Unterschiede in den Prüfungsmaßstäben hinzuweisen. So leitet GA *Kokott* - wie oben näher dargelegt - außerhalb des Überlappungsbereichs von Grundfreiheiten und Beihilfenverbots aus der größeren Reichweite des Europäischen Beihilfenrechts, das vielfach auf ausschließlich innerstaatliche Fallkonstellationen einwirkt, höhere Anforderungen an eine beihilfenrechtliche Vergleichbarkeit von Fallkonstellationen und einen reduzierten beihilfenrechtlichen Aufgriffsmaßstab im Vergleich zu grundfreiheitlichen Prüfungen ab. Während die Diskussion um unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe zwischen EU-Grundfreiheiten und EU-Beihilfenverbot noch am Beginn steht, sind die europa- und verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe in der Beurteilung selektiver Begünstigungen notwendigerweise unterschiedlich: Im Gegensatz zu nationalen verfassungsgerichtlichen Gleichheitssatzprüfungen findet im Beihilfenrecht *auf mitgliedstaatlicher Ebene* sub titulo der Rechtfertigung aus der Logik des Steuersystems nämlich keine Abwägung mit gegenläufigen wirtschaftspolitischen Interessen statt<sup>71</sup>. Diese *inhaltliche* Auseinandersetzung und rechtspolitische Beurteilung der Rechtfertigung einer Beihilfe überträgt der AEUV ausschließlich der Kommission über ihr Genehmigungsermessen nach Art 107 Abs 3 AEUV. Die das Durchführungsverbot kontrollierenden Gerichte nehmen an diesem Abwägungsprozess nicht teil und können daher *insoweit* auch *nicht* zu Akteuren steuerlicher Wirtschaftspolitik werden. Dem-

---

70 S dazu *OECD*, Harmful Tax Competition – an emerging global issue (1998) 26 ff. sowie Code of Conduct for Business taxation, ABl 1998, C2/1 ff. Anhang 1 Punkt B.1. Vgl. dazu auch die Kommissionsentscheidung SA.37667 zur belgischen Befreiung von Gewinnüberschüssen aufgrund Zugehörigkeit zu einer multinationalen Unternehmerrgruppe (Excess Profit exemption in Belgium), IP/16/42 vom 11.1.2016.

71 *Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot 101 f. Ebenso *Ismer/Piotrowski*, DStR 2015, 1996.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

gegenüber umfasst eine verfassungsgerichtliche Beurteilung steuerlicher Regelungen vor dem Hintergrund des nationalen Gleichheitssatzes aber typischer Weise die Abwägungen auf der Genehmigungsebene einer Kommissionsprüfung mit. Sie geht somit in inhaltlicher Hinsicht über die europarechtliche Prüfung des Durchführungsverbot hinaus und nimmt eine umfassende Interessensabwägung vor, was im Ergebnis zu einem großzügigeren Rechtfertigungsmaßstab führt. Insofern war es auch wenig verwunderlich, dass die österreichische Energieabgabenvergütung im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Prüfung vom Verfassungsgerichtshof als unbedenkliche wirtschaftspolitische Entscheidung des Gesetzgebers eingestuft wurde, „obwohl“ sie eine notifikationspflichtige Beihilfe darstellt, die als solche aber wiederum von der Europäischen Kommission genehmigt werden kann<sup>72</sup>.

Zum Dritten sind auch im Überlappungsbereich von EU-Grundfreiheiten und EU-Beihilfenverbot die Ergebnisse – selbst bei diesfalls unterstellten gleichen Prüfungs- und Aufgriffsmaßstäben – nicht zwingend kongruent. Zum Einen kann eine Diskriminierung grenzüberschreitender Sachverhalte sowohl durch eine Begünstigung inländischer Unternehmen und damit eine Beihilfe als auch durch eine Benachteiligung ausländischer Unternehmer und damit eine Sonderlast erfolgen, weshalb letztlich nicht jede EU-Grundfreiheitenwidrigkeit zwingend einen Notifikationsverstoß begründen dürfte<sup>73</sup>. Umgekehrt ist es ein Irrtum zu meinen, dass mit der Verdrängung einer Diskriminierung eines Auslandssachverhaltes durch den Anwendungsvorrang der EU-Grundfreiheiten ein im Raum stehender Beihilfenverstoß eo ipso gleichfalls ausgeräumt ist. Erfüllt nämlich die in Prüfung stehende nationale Maßnahme für sich bereits den Beihilfentatbestand des Art 107 Abs 1 AEUV, so kann auch ihre Ausdehnung auf (bislang diskriminierte) Auslands-

---

72 Vgl. zum insofern durchaus gut erklärbaren unterschiedlichen Ausgang der beihilfen- und gleichheitsrechtlichen Überprüfung des Energieabgabenvergütungsgesetzes und seiner Differenzierung zwischen Produktionsbetrieben und Dienstleistungsunternehmen durch EuGH v. 8.11.2001, C-143/99, *Adria Wien Pipeline*, Slg 2001, I-8365 und VfSlg 16.771 AnwBl 2003, 164 ff. sowie neuerlich VfGH v. 4.10.2012, B 321/12; zur Abgrenzung des EU-Beihilfenverbots von nationalem Gleichheitssatz und EU-Grundfreiheiten s. *Sutter*, Beihilfenverbot 97 ff; vgl. zudem *Englisch*, EuR 2009, 488 ff; *M. Lang*, Seminar J: Steuerrecht, Grundfreiheiten und Beihilfeverbot, IStR 15/2010, 570 ff. sowie *Schön*, State Aid in the Area of Taxation, in Hancher/Otterranger/Slot (Hrsg.) EC State Aids (2012)<sup>4</sup> 321 ff., 326 ff.

73 Siehe Kapitel II.2.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

sachverhalte die Selektivität der Maßnahme und damit in weiterer Folge das Durchführungsverbot nicht beseitigen<sup>74</sup>. Daraus ergibt sich mE auch eine logische Prüfreihefolge, die mit der Prüfung der Beihilfenfrage beginnt. Lässt sich jedoch der Beihilfenverstoß im Einzelfall durch eine grundfreiheitliche Ausdehnung bereits vermeiden, wäre in der schlussendlichen *Anwendung* von Beihilfenverbot und Grundfreiheiten zur Ausräumung des Beihilfenvorwurfs auch eine Umkehrung dieser Reihenfolge denkbar<sup>75</sup>. Dies stünde allerdings in einem gewissen Spannungsverhältnis zur ablehnenden Haltung des EuGH gegenüber gerichtlichen Ausweitungen von Beihilfen in Anwendung des Durchführungsverbotes, wenngleich diese Rechtsprechung nicht zu unionsrechtlich motivierten Ausweitungen ergangen ist<sup>76</sup>. Bei einer Ausdehnung bleibt nämlich stets die beschriebene Unsicherheit, ob die Ausweitung der Maßnahme für eine Beseitigung des Beihilfencharakters reicht. Reicht sie nicht, wurde durch die Ausweitung der nicht-notifizierten Beihilfenregelung die beihilfenrechtliche Unionsrechtswidrigkeit sogar noch vergrößert. Die Auflösung einer Grundfreiheitenwidrigkeit lässt sich im Überlappungsbereich mit dem EU-Beihilfenverbot daher nicht von beihilfenrechtlichen Vorfragen trennen.

Schließlich sollte nicht außer Acht gelassen werden, dass die „gleichheitsrechtliche Prüfung“ im Europäischen Beihilfenrecht – anders als etwa bei Prüfungen unter dem nationalen Gleichheitssatz – nicht alle prüfungsrelevanten Tatbestandsmerkmale abdeckt, sondern nur der Bestimmung des Begünstigungscharakters einer staatlichen Maßnahme dient. Auch wenn dieser Prüfungsschritt zweifelsfrei ein Kernelement jeder beihilfenrechtlichen Prüfung gemäß Art 107 Abs 1 AEUV ist, dürfen die anderen Tatbestandsmerkmale, etwa die wirkungsspezifischen Fragen nach einer drohenden Wettbewerbsverfälschung und zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung oder – wie GA *Kokott* vorschlägt – die Feinprüfung der Spezifität der Maßnahme, nicht vernachlässigt werden und sind gesondert zu prüfen. Die Anwendung des EU-Beihilfenverbots erschöpft sich daher *nicht* in einer gleichheitsrechtlichen Prüfung, sondern geht darüber hinaus.

---

74 Siehe dazu das Beispiel in Kapitel III.2. zur österreichischen Firmenwertabschreibung in der Gruppe.

75 Vgl. EuGH v. 8.7.1999, C-254/97, *Société Baxter*, Rz. 22.

76 Siehe FN 14 mwN.

### III. Steuerliche Differenzierungen in der jüngeren Europäischen Rechtsprechung

#### 1. Die Entscheidung des EuGH in der Rs C-6/12, *P Oy*

Dass der EuGH steuerlichen Differenzierungen nicht per se kritisch gegenüber steht, zeigt die Rs C-6/12, *P Oy*. Darin wurde der EuGH nach dem Beihilfencharakter einer finnischen Regelung gefragt, die einen Erhalt der Verlustabzugsfähigkeit nach einem Anteilseignerwechsel auf einzelne Fallkonstellationen und die diesbezügliche Erteilung von Ausnahmegenehmigungen begrenzt. Als solche Fallkonstellationen werden im finnischen Steuerrecht insbesondere Übertragungen im Rahmen eines Generationswechsels; Verkäufe von Unternehmen an die Mitarbeiter; Kauf eines neuen Unternehmens, das noch keine Geschäftstätigkeit hat; Anteilseignerwechsel innerhalb eines Konzerns; Anteilseignerwechsel im Zusammenhang mit einem Sanierungsplan; besondere Auswirkungen auf die Beschäftigung oder Anteilseignerwechsel von börsennotierten Gesellschaften gesehen.

Wichtig für die Bestimmung des steuerpolitischen Handlungsspielraums der Mitgliedsstaaten ist, dass der EuGH in seinem Urteil vom 18.7.2013, C-6/12, *P Oy* die Einschränkung der Mitnahme des Verlustabzuges auf bestimmte (nach objektiven Kriterien definierte) Fallkonstellationen per se nicht als selektive Ausgestaltung angesehen hat, sondern vielmehr die Reichweite des Ermessensspielraums der nationalen Behörden kritisch hinterfragt hat:

„26 Somit kann die Anwendung eines Genehmigungssystems, das es wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende erlaubt, Verluste auf nachfolgende Steuerjahre vorzutragen, grundsätzlich nicht als selektiv angesehen werden, wenn die zuständigen Behörden bei ihrer Entscheidung über einen Antrag auf Genehmigung nur über ein Ermessen verfügen, das durch objektive Kriterien, die dem mit der betreffenden Regelung geschaffenen Steuersystem nicht fremd sind, begrenzt ist, wie etwa das Ziel, einen Handel mit Verlusten zu verhindern.

27 Verfügen die zuständigen Behörden dagegen über ein weites Ermessen, das es ihnen erlaubt, die Begünstigten und die Bedingungen der gewährten Maßnahme anhand von dem Steuersystem fremden Kriterien wie der Erhaltung von Arbeitsplätzen zu bestimmen, ist davon auszugehen, dass die Ausübung dieses Ermessens „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ gegenüber anderen, die sich im Hinblick auf das verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befänden, begünstigt (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich, Randnr. 75).“

Angesichts eines Anweisungsschreibens der finnischen Generaldirektion Steuern, wo als „besonderer Grund“ für die Genehmigung einer Ausnahme vom Verbot des Verlustabzugs u. a. besondere Auswirkungen auf die Beschäftigung genannt sind, betonte der EuGH zudem, dass eine beihilfenrechtliche Beurteilung „nicht nur die Kenntnis des relevanten Inhalts der Rechtsvorschriften ..., sondern auch die Prüfung von deren Tragweite ..., gestützt auf die **Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis** und auf Informationen über den Umfang des persönlichen Anwendungsbereichs dieser Vorschriften“ erfordert<sup>77</sup>. Eine abschließende beihilfenrechtliche Beurteilung hat der EuGH im Vorlagefall nicht vorgenommen, weil er „nicht über hinreichende Informationen [verfügt], um die Rechtfertigung des möglicherweise selektiven Charakters des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Steuersystems zu beurteilen“<sup>78</sup>. Dies zeigt aber, dass er die Einschränkung auf bestimmte objektiv abstrakt definierte Fallkonstellationen noch nicht für beihilfenbegründend angesehen hat<sup>79</sup>, sondern sein Augenmerk auf den systemfremden Einsatz des Steuerrechts als gezielte beschäftigungspolitische Maßnahme im Einzelfall gerichtet hat.

## 2. Die Entscheidung des EuGH in der Rs C-66/14, *Finanzamt Linz*

Die Entscheidung des EuGH vom 6.10.2015 in der Rs C-66/14, *Finanzamt Linz* hat überraschender Weise keine Ausführungen zur beihilfenrechtlichen Frage des Verwaltungsgerichtshofs enthalten. Der EuGH hat sich vielmehr allein mit der grundfreiheitenrechtlichen Frage beschäftigt und dabei die Einschränkung der Firmenwertabschreibung auf inländische Fallkonstellationen für einen Grundfreiheitenverstoß angesehen. Die einleitende **beihilfenrechtliche Frage** des Verwaltungsgerichtshofs hielt der EuGH dagegen für **unzulässig**:

„20 Die erste Frage betrifft die Vereinbarkeit einer steuerlichen Maßnahme wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, nach der eine Gesellschaft unter be-

<sup>77</sup> EuGH v. 18.7.2013, C-6/12, *P Oy*, Rz. 20.

<sup>78</sup> EuGH v. 18.7.2013, C-6/12, *P Oy*, Rz. 31.

<sup>79</sup> Vgl. auch den Vorlagebeschluss des X. Senats an den Großen Senat zum „Forderungserlass nach dem Sanierungserlass“ BFH v. 25.3.2015 – X R 23/13, Rz. 80 („Im Urteil *P Oy* hat der EuGH zu einer mit der Sanierungsklausel des § 8c KStG vergleichbaren Vorschrift des finnischen Steuerrechts entschieden, eine solche Regelung sei nicht notwendig als – verbotene bzw. notifizierungspflichtige – staatliche Beihilfe zu beurteilen.“)

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

stimmten Voraussetzungen beim Erwerb einer Beteiligung an einer inländischen Gesellschaft zur Firmenwertabschreibung berechtigt ist, mit den Art. 107 AEUV und 108 Abs. 3 AEUV.

21 Allerdings ist es so, dass der Schuldner einer Abgabe sich nicht darauf berufen kann, dass die Befreiung anderer Unternehmen eine staatliche Beihilfe darstelle, um sich der Zahlung dieser Abgabe zu entziehen (vgl. in diesem Sinne Urteil *Air Liquide Industries Belgium*, C-393/04 und C-41/05, EU:C:2006:403, Rz. 43).

22 Zudem enthält die Vorlageentscheidung keinen Anhaltspunkt, aus dem geschlossen werden könnte, dass – obwohl IFN und IFN-Holding keinen Nutzen aus einer etwaigen Verletzung der Art. 107 AEUV und 108 Abs. 3 AEUV ziehen könnten – die Beantwortung der ersten Vorlagefrage für das vorlegende Gericht erforderlich wäre, um den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden.

23 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die erste Frage offensichtlich in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht.“

Damit hat der EuGH die offensichtliche Motivation der ersten Vorlagefrage des Verwaltungsgerichtshofs außer Acht gelassen, der gerade aus dem Unionsrecht die Notwendigkeit abgeleitet hat, zuerst die Reichweite des von den nationalen Gerichten wahrzunehmenden Durchführungsverbots im Ausgangsverfahren zu klären. Der Verwaltungsgerichtshof wollte mit seiner ersten Vorlagefrage wissen, ob das Rechtsinstitut der Firmenwertabschreibung in der Gruppenbesteuerung *an sich* bereits beihilfenbegründend sein kann und hat dazu auf verschiedene mögliche Vergleichspaarbildungen hingewiesen, auf die die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen auch näher eingegangen ist<sup>80</sup>. Würde die österreichische Firmenwertabschreibung in der Gruppenbesteuerung nämlich als solche als Beihilfe erkannt, wäre sie ja bereits zur Gänze vom Durchführungsverbot verdrängt und würden sich Fragen nach ihrer diskriminierungsfreien Ausgestaltung erst gar nicht stellen. Eine solche diskriminierungsfreie Ausgestaltung über den Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten könnte diesfalls auch nicht die Selektivität der staatlichen Maßnahme unter Beihilfenverdacht beseitigen, denn sie würde die Firmenwertabschreibung nur auf Auslandsbeteiligungen ausweiten. Sie könnte allerdings nicht darüber hinweg helfen, dass beispielsweise schon die Beschränkung der Firmenwertabschreibung auf die Gruppenbesteuerung beihilfenrechtlich bedenklich wäre. Die Reihenfolge der gestellten Vorlagefragen spiegelt daher auch diese aus dem Durchfüh-

---

<sup>80</sup> Siehe ausführlich oben in Kapitel II.2.

rungsverbot abgeleitete Reihenfolge der Prüfung von Beihilfenverbot und Grundfreiheiten wider<sup>81</sup>.

Diese (entscheidungsrelevante) Wechselwirkung zwischen Beihilfenverbot und Grundfreiheiten dürfte der EuGH mit seiner **Unzulässigkeitsentscheidung** trotz der detaillierten beihilfenrechtlichen Ausführungen der Generalanwältin nicht ausreichend berücksichtigt haben<sup>82</sup>. Seine Begründung der Unzulässigkeit mit der engen Rechtsprechung zu parafiskalischen Abgaben deutet auf ein Missverständnis hin. Eine Abgabenverweigerung der Steuerschuldnerin des Ausgangsverfahrens aufgrund einer unerlaubten Beihilfe in Form einer Begünstigung *anderer* Unternehmen stand nämlich – mangels entsprechenden besonderen inneren Zusammenhangs<sup>83</sup> – niemals im Raum. Auf Basis der getroffenen Unzulässigkeitsentscheidung und der ausführlichen beihilfenrechtlichen Schlussanträge von GA *Kokott*, die einen Beihilfencharakter der Regelung verneint, wird man aber letztlich davon ausgehen können, dass auch der EuGH in der österreichischen Firmenwertabschreibung der Gruppenbesteuerung an sich keinen (auch nur potentiellen) Beihilfencharakter gesehen hat<sup>84</sup>. Eine explizite Auseinandersetzung wäre freilich – auch im Hinblick auf das Verhältnis von Beihilfenverbot und Grundfreiheiten – wünschenswert gewesen.

### 3. Die anhängigen Fälle zur spanischen Gruppenbegünstigung

Das Europäische Gericht (EuG) hat zuletzt bei der Beurteilung von zwei Beihilfe-Beschlüssen der Kommission, die zur umgekehrten Konstellation der Begrenzung einer Firmenwertabschreibung auf den Erwerb *aus-*

81 Siehe dazu aber auch schon Kapitel II.4 sowie zu einer im Einzelfall möglicher Weise letztlich umgekehrten Reihenfolge in der Anwendung der beiden Bestimmungen.

82 Vgl. auch kritisch zur Nichtbeantwortung seiner Vorlagefrage VwGH v. 10.2.2016, 2015/15/0001.

83 Vgl. zu den Ausnahmekonstellationen von parafiskalischen Abgaben mit einem „zwingenden Verwendungszusammenhang“ zwischen einer Beihilferegulation und einer zu ihrer Finanzierung bestehenden Abgabenregelung *Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot 252 ff. sowie *Jäger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben (2006). Diesfalls kann das Durchführungsverbot ausnahmsweise auch zur Erstattung von Abgaben an die mit der Beihilfenfinanzierung belasteten Abgabepflichtigen verpflichten.

84 Vgl. auch VwGH v. 10.2.2016, 2015/15/0001, der aufgrund des Vorabentscheidungsverfahrens einen Beihilfencharakter der Regelung letztlich verneint hat.

*ländischer* Beteiligungen im spanischen Steuerrecht ergangen sind, die Selektivität dieser Regelung verneint. Als Begründung führte das Gericht an, dass die Regelung grundsätzlich jedem Unternehmen zugänglich ist und keine Gruppe von Unternehmen ausschließt<sup>85</sup>. Als solche betreffe sie „nicht eine besondere Gruppe von Unternehmen oder Produktionszweigen, sondern eine Gruppe von wirtschaftlichen Vorgängen“. Im Einzelnen führte das EuG in detaillierter Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Selektivität steuerlicher Maßnahmen in der Rs T-399/11, *Banco Santander und Santusa/Kommission*, aus (Hervorhebungen hinzugefügt):

„57 Zunächst ist nämlich festzustellen, dass die streitige Maßnahme für alle Beteiligungen von mindestens 5 % an einem ausländischen Unternehmen gilt, die mindestens ein Jahr lang ununterbrochen gehalten werden. **Sie betrifft daher nicht eine besondere Gruppe von Unternehmen oder Produktionszweigen, sondern eine Gruppe von wirtschaftlichen Vorgängen.**

58 Richtig ist, dass Unternehmen in bestimmten Fällen tatsächlich vom Anwendungsbereich einer Maßnahme, die sich dennoch als eine allgemeine Maßnahme darstellt, ausgenommen sein können (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 10.12.1969, *Kommission/Frankreich*, 6/69 und 11/69, Slg. 1969, 523, Rz. 20 und 21, sowie *Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich*, oben in Rz. 33 angeführt, Rz. 101 und 107).

59 Im vorliegenden Fall muss ein Unternehmen, um in den Genuss der streitigen Maßnahme zu kommen, Beteiligungen an einem ausländischen Unternehmen erwerben (Erwägungsgründe 26 und 32 des angefochtenen Beschlusses).

60 Festzustellen ist, dass ein solcher rein finanzieller **Vorgang das erwerbende Unternehmen grundsätzlich nicht verpflichtet, seine Tätigkeit zu ändern**, und für dieses Unternehmen im Übrigen grundsätzlich nur eine Haftung in Höhe der getätigten Investition begründet.

61 Hierzu ist festzustellen, dass eine **Maßnahme, deren Anwendung nicht von der Art der Tätigkeit der Unternehmen abhängig ist**, grundsätzlich nicht selektiv ist (vgl. in diesem Sinne Urteil *Adria-Wien Pipeline und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, oben in Rz. 41 angeführt, Rz. 36).

62 Des Weiteren setzt die streitige **Maßnahme** keinen Mindestbetrag fest, der der oben in Rz. 57 genannten Mindestbeteiligung von 5 % entspricht, und ist **de facto nicht Unternehmen vorbehalten, die über die hierfür ausreichenden finanziellen Ressourcen verfügen**. Anders verhielt es sich bei der Maßnahme in der Rechtssache, die zu dem Urteil des Gerichts vom 9.9.2009, *Diputación Foral de*

---

<sup>85</sup> Vgl. EuG v. 7.11.2014, T-399/11, *Banco Santander und Santusa/Kommission*, Rz. 56 ff. sowie v. 7.11.2014, T-219/10, *Autogrill España/Kommission*, Rz. 52 ff.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

Álava u. a./Kommission, führte (T-227/01 bis T-229/01, T-265/01, T-266/01 und T-270/01, Slg. 2009, II-3029, Rn. 161 und 162).“

Darüber hinaus merkt das EuG an, dass die sachliche Beschränkung der Steuervergünstigung auf den Erwerb von Auslandsbeteiligungen – unter Ausschluss anderer (Auslands-)Investitionen – an sich, keine Selektivität begründen könne, denn der Umstand, dass nur diejenigen Steuerpflichtigen eine steuerliche Maßnahme in Anspruch nehmen könnten, die die Voraussetzungen für deren Anwendung erfüllten, könne als solcher der Maßnahme keinen selektiven Charakter verleihen<sup>86</sup>. Sonst würde jede steuerliche Maßnahme, deren Gewährung an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist, als selektiv angesehen, „obwohl die begünstigten Unternehmen keine Eigenart aufweisen würden, aufgrund derer sie sich von anderen Unternehmen unterscheiden würden, außer der Tatsache, dass sie die Voraussetzungen erfüllen könnten, an die die Gewährung der Maßnahme gebunden ist.“<sup>87</sup> Demgegenüber habe der EuGH in der Rs C-106/09 P, *Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich*, entschieden, dass eine Beihilfe die Möglichkeit voraussetze, durch die steuerliche Differenzierung eine bestimmte Gruppe von Unternehmen festzustellen, die anhand ihrer spezifischen Eigenarten unterschieden werden können<sup>88</sup>.

Gegen die Entscheidungen des Europäischen Gerichts hat die Kommission **Nichtigkeitsklage** eingebracht<sup>89</sup>. Dabei wendet sich die Kommission explizit gegen die Auslegung des Spezifitätsmerkmals durch das Gericht. Dieses irre, wenn es für den Nachweis der Selektivität einer Maßnahme verlange, eine (ex ante identifizierbare) Gruppe von Unternehmen mit eigenen und inhärenten Merkmalen festzulegen. Zudem lege das Gericht den Begriff der Selektivität falsch aus, wenn es eine künstliche Unterscheidung zwischen Ausfuhrbeihilfen für Waren und Ausfuhrbeihilfen für Kapital treffe. Damit hat der EuGH nach der Rs C-66/14, *Finanzamt Linz* erneut die Möglichkeit zur Frage einer eigenständigen Bedeutung des Spezifitätsmerkmals in der Beihilfenprüfung näher Stellung zu beziehen.

---

<sup>86</sup> Vgl. auch EuGH v. 29.3.2012, C-417/10, *3M Italia*, Rz. 42.

<sup>87</sup> EuG v. 7.11.2014, T-399/11, *Banco Santander und Santusa/Kommission*, Rz. 72.

<sup>88</sup> Vgl. EuGH v. 15.11.2011, C-106/09 P, *Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich*, Rz. 103, 104 und 107.

<sup>89</sup> Rs C-20/15 P, *Kommission/Autogrill España*, und C-21/15 P, *Kommission/Banco Santander und Santusa*.

#### 4. Der Fall zur irischen Fluggaststeuer

Weitgehend unbeachtet geblieben ist die Kommissionsentscheidung 2013/199/EU vom 25.7.2012 über differenzierte Fluggaststeuersätze in Irland<sup>90</sup>. Die irische Regelung sah für Flüge, die von irischen Flughäfen starten, eine Flugreisesteuer mit zwei unterschiedlichen Steuersätzen vor. Für bis zu 300 km von Dublin entfernt liegende Ziele wurde eine Steuer von 2 Euro, für alle anderen Ziele eine Steuer von 10 Euro festgelegt. Die Kommission sah in dem niedrigeren Steuersatz eine Begünstigung von Inlandsflügen und Flügen zu nahe gelegenen Teilen des Vereinigten Königreichs. Dies ist doch bemerkenswert, weil eine höhere Besteuerung von Langstreckenflügen wohl mehrere sachliche steuerpolitische Gründe haben kann. Die Selektivität bzw. Spezifität einer solchen Maßnahme erscheint mir daher durchaus fraglich. Auch die Abgrenzung zur Sonderlast wäre nähere Überlegungen wert gewesen.

Das gegen die Entscheidung der Kommission von einer betroffenen Fluggesellschaft angestrebte Nichtigkeitsverfahren beschäftigt sich allerdings allein mit der rückzahlungspflichtigen Höhe des Vorteils aus dem niedrigeren Steuersatz. Während die Kommission diesen mit 8 Euro pro Flug (und somit der schlichten Differenz zwischen den beiden Steuersätzen) angenommen hat, argumentieren die Fluggesellschaften mit der systematischen Abwälzung der Fluggaststeuer als Verbrauchssteuer auf die Reisenden. Ein etwaig verbliebener Wettbewerbsvorteil aus einer besseren Marktposition von Kurzstrecken Anbietern aufgrund der unterschiedlichen Steuersätze sei weitaus geringer. Diesem Einwand ist das angerufene EuG mit Urteil vom 5.2.2015, T-473/12, *Aer Lingus/Kommission* gefolgt. Die dagegen beim EuGH von der Kommission eingebrachte Nichtigkeitsklage Rs C-164/15 P, *Kommission/Aer Lingus* beschränkt sich dementsprechend ihrerseits auf die Festsetzung des Rückforderungsvolumens<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> SA.29064 (11/C, ex 11/NN), ABl. 2013, L 119, S. 30.

<sup>91</sup> Die Klägerin trägt darin nach der Veröffentlichung auf der Homepage des EuGH als einzigen Rechtsmittelgrund vor, „das Gericht habe dadurch gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV und Art. 14 der Verordnung 659/1999 verstoßen, dass es bei der Festsetzung der Beträge, die von den Empfängern einer staatlichen Beihilfe in Form einer steuerlichen Maßnahme, die einen gegenüber dem Standardsatz niedrigeren Steuersatz festsetze, zurückzufordern seien, neue wirtschaftliche Kriterien herangezogen habe.“

#### IV. Der Einfluss des Beihilfenrechts auf die nationale Steuer- und Wirtschaftspolitik

Während der Einfluss des Rates auf die Unternehmensbesteuerung der Mitgliedsstaaten aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses in Art 116 AEUV bislang sehr begrenzt geblieben ist, hat die extensive Anwendung des Art 107 AEUV der Kommission einen weitreichenden Einfluss auf alle Bereiche der nationalen Steuer- und Wirtschaftspolitik verschafft<sup>92</sup>. Obwohl die Europäischen Beihilfenvorschriften der Kommission auf dem Gebiet des Steuerrechts *keinerlei legislative Initiativrechte* vermitteln, sind sie zu einem der mächtigsten Werkzeuge für Brüssel geworden, um das nationale Unternehmenssteuerrecht der Mitgliedsstaaten mitgestalten zu können, denn die Konstruktion des Art 107 AEUV als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt schafft im Falle der Bejahung der Beihilfennatur einer staatlichen Maßnahme durch die Ermessensausnahmen des Art 107 Abs 3 AEUV eine rechtlich wenig vorstrukturierte Abhängigkeit der Mitgliedsstaaten von der Genehmigungspolitik der Kommission. Da die Einführung neuer nationaler Steuervorschriften regelmäßig mit verschiedenen steuerpolitisch für notwendig erachteten Ausnahmenvorschriften einhergeht, erfordert die nationale Steuerpolitik zunehmend eine Zusammenarbeit mit der Kommission. Mit der Drohung einer Verweigerung ihrer Zustimmung kann die Kommission ihre eigenen Vorstellungen über eine gemeinsame Steuerpolitik (ohne finanzielle Beteiligung) einbringen, während der Raum für eine autonome Ausübung von Steuersouveränität für die Mitgliedsstaaten eng geworden ist. Dieser starke europäische Einfluss schließt keinen Bereich der nationalen Unternehmensbesteuerung aus und reicht von direkten über indirekte Steuern bis zu Doppelbesteuerungsabkommen. Selbst Verfassungsvorschriften in den Mitgliedsstaaten wie traditionelle Konzepte der regionalen Steuerautonomie können sich dem Zugriff des Europäischen Beihilfenverbots nicht entziehen<sup>93</sup>.

Diese stille Verschiebung in der Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Steuern über Art 107 AEUV hätte wahrscheinlich auch die frühen Autoren der Europäischen Verträge überrascht<sup>94</sup>. Allerdings sind die Eu-

92 Vgl. dazu schon im Schrifttum *Sutter*, *The Influence of the EC State Aid Rules on national Tax Policy* in Andersson/Eberhartinger/Oxelheim (Hrsg.) *National Tax Policy in the EU – To Be or Not to Be* (2007) 121 ff.

93 *Sutter*, *Mehr Abgabenaunomie für Länder und Gemeinden?*, in Lienbacher/Wielinger (Hrsg.) *Öffentliches Recht – Jahrbuch 2010* (2010) 145 ff.

94 Siehe Kapitel II.3.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

europäischen Beihilfevorschriften kein Ersatz für fehlende Einstimmigkeit in Fragen der Steuerkoordinierung durch legislative europäische Maßnahmen. Dies zeigt das Beispiel der Energiebesteuerung, wo die Kommission zwar gegen einzelne Ausnahmvorschriften für bestimmte Branchen in einigen Mitgliedstaaten vorgehen, aber die anderen Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichten konnte, überhaupt eine Energiebesteuerung einzuführen. Daher ist es eine Illusion zu glauben, dass die Europäischen Beihilfevorschriften allein für gleiche (steuerliche) Bedingungen auf dem europäischen Binnenmarkt sorgen können. Eine solche Annahme ignoriert nämlich die bestehenden allgemeinen Unterschiede zwischen den Steuerrechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Mit dem Europäischen Beihilferecht kann die Kommission nur Änderungen von Mitgliedstaaten einfordern, die ein neues Steuerpaket mit begünstigenden Elementen einführen wollen, sie kann jedoch nicht andere Mitgliedstaaten zu gleichen Maßnahmen ermuntern oder verhindern, dass Mitgliedstaaten eine bestimmte Steuer zur Gänze abschaffen. Ihre koordinativen Befugnisse nach Artikel 107 AEUV haben daher klare Grenzen.

Die integrative Wirkung des Europäischen Beihilfenrechts im Steuerrecht bleibt allerdings beachtlich. Selten zuvor lag ein solcher Fokus auf den unterschiedlichsten steuerlichen Begünstigungsvorschriften der Mitgliedsstaaten und ihrer Rechtfertigung. Gerade für das Steuerrecht kann sich aus einem vernünftigen Zusammenspiel zwischen nationaler Steuerhoheit und Europäischer Beihilfenaufsicht daher auch eine sukzessive Steuerkoordination in Europa ergeben, die der Kommission eine Richtungssetzung in der europäischen Steuerpolitik erlaubt, ohne jedoch gleich eine Steuerharmonisierung auf europäischem Niveau zu etablieren, die den Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit des für die Effizienz staatlicher Strukturen wichtigen fairen Steuerwettbewerbs nimmt. Eine solche Koordinierung ist letztlich - das zeigen die Diskussionen rund um den Code of Conduct for Business Taxation<sup>95</sup> - auch im Interesse der Mitgliedstaaten, die heute vielfach großen multinationalen Unternehmen gegenüber stehen. Um hier nicht in einen ruinösen Standortwettbewerb um mobile Produktionsfaktoren oder schlichtweg um den Eintritt in den Binnenmarkt zu geraten, ist für die Mitgliedstaaten eine koordinierte Beihilfenpolitik unerlässlich, in der die Kommission notwendiger Weise eine Ausgleichsfunktion wahrnimmt.

---

<sup>95</sup> Siehe FN 5.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

Aus mitgliedstaatlicher Sicht stellt das Europäische Beihilfenrecht die nationale Steuer- und Wirtschaftspolitik freilich auch vor große Herausforderungen. Die Anwendung des Beihilfenverbotes wurde in den letzten Jahren gemäß der in Art 107 AEUV statuierten Formfreiheit auf immer weitere Bereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts ausgedehnt. Diese Entwicklung brachte aber auch eine zunehmende Unschärfe der Beihilfendogmatik mit sich, sodass das Beihilfenrecht den Mitgliedstaaten heute vielfach nicht mehr die „Planungssicherheit“ im nationalen Normsetzungsprozess bietet, die es ihnen erlauben würde, die unionsrechtlichen Folgen ihrer legislativen Handlungen stets mit hinreichender Sicherheit abzuschätzen. Dies gilt insbesondere für steuerliche Beihilfen, bei denen die mögliche Rechtfertigung von Ausnahmenvorschriften aus der inneren Logik des Steuersystems heraus eine weitreichende Wertungsentscheidung des das Beihilfenverbot anwendenden Organs erforderlich macht. Die nationalen Gesetzgeber kommen damit aber bisweilen – wie *Lopez-Mata* pointiert festgestellt hat – letztlich in eine ähnliche Zwangslage, in der sich ihre Abgabepflichtigen im Falle schwer abschätzbarer nationaler Steuerregelungen befinden<sup>96</sup>. Dabei versuchen die Mitgliedstaaten teilweise auch die Unschärfen der unionsrechtlichen Vorschriften zu ihren Gunsten zu nutzen und noch unverspernte Wege durch das EU-Beihilfensystem zu finden<sup>97</sup>. Insgesamt leidet die Rechtssicherheit für Bürgerinnen und Bürger dadurch erheblich.

Der richtige Umgang mit den Europäischen Beihilfenvorschriften ist für die Träger der nationalen Steuerpolitik vor diesem Hintergrund schwierig: Die amorphen Grenzen des Art 107 AEUV erfordern häufig komplexe rechtliche Abwägungen, nur um herauszufinden, ob eine nationale

---

<sup>96</sup> Vgl. dazu nur *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem (2002) und *Rose*, *Taceatne lex in iudicio tributario?*, *StuW* 2002, 276 ff.

<sup>97</sup> „The creativity of national governments ... in some cases resembles the creativity of individual tax planners. Even though they pursue different objectives, both try to find the loopholes in the system and attempt to avoid anti-subsidies rules or taxes, respectively“ – so *Lopez-Mata*, *Income Taxation, International Competitiveness and the World Trade Organization Rules on Subsidies: Lessons to the U.S. and to the World from the FSC Dispute*, *The Tax Lawyer* 2001, 577 ff. (zitiert nach *Luja*, *Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO: A View on State Aids, Trade Subsidies and Direct Taxation*, 2003, 291) zu den Antisubventionsbestimmungen auf WTO-Ebene. Diese Einschätzung lässt sich auf das noch deutlich strengere Europäische Beihilfenrecht übertragen.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

abgabenrechtliche Maßnahme die Kriterien des Art 107 AEUV erfüllen könnte und der Kommission vorsichtshalber gemeldet werden soll oder nicht. Manchmal sind klare Ergebnisse dabei nicht zu erreichen. Die Rechtsunsicherheit in der Beihilfensubsumtion könnte zwar theoretisch durch prophylaktische Notifikationen an die Kommission beseitigt werden. Der potentielle Verzögerungseffekt einer solchen Notifikationspraxis wird aber offensichtlich, wenn man sich beispielsweise vor Augen hält, welche Anmeldeformalitäten und Hintergrundinformationen – über die üblichen parlamentarischen Erläuterungen hinaus – zu den unterschiedlichsten Maßnahmen eines Jahressteuergesetzes<sup>98</sup> bereitzustellen wären, um die Kommission zu einer Beurteilung aller darin enthaltenen Maßnahmen zu befähigen, wobei in einem solchen Fall wohl mehrere parallele Beihilfeprüfverfahren ausgelöst würden. Zudem ist nachvollziehbar, dass nationale Parlamentarier überbordende *prophylaktische* Notifikationen als Behinderung ihrer Arbeit und tiefen Einschnitt in ihre parlamentarische Autonomie und Regelungshoheit verstehen würden. So hat der sächsische Ministerpräsident *Biedenkopf* schon in den 1990iger Jahren beklagt, dass die Europäische Kommission als Organ der Europäischen Exekutive in Beihilfensachen alle nationalen parlamentarischen Entscheidungen weitreichend in Frage stellen könne<sup>99</sup>. Zudem ist selbst bei einer Notifikation aller Maßnahmen eines Jahressteuergesetzes schwer vorstellbar, dass die Kommission rasch Genehmigungen für die darin enthaltenen Maßnahmen erteilen könnte. So besteht ein Jahressteuergesetz in der Regel aus einem ganzen Steuerpaket von unterschiedlichen – teilweise dringenden – Maßnahmen, um einerseits offenbar gewordene unbeabsichtigte Lücken in der Steuerrechtsordnung zu schließen sowie notwendige Anpassungen etwa an die Rechtsprechung und laufende „Wartungsarbeit“ vorzunehmen, die sich aus den Erfahrungen mit der täglichen Anwendung der verschiedenen Steuergesetze ergibt. Der Beschluss als Paket dient dabei – neben einer Konzentration der Legistik – dem Interessenausgleich und sichert eine ausgewogene Berücksichtigung unterschiedlicher steuerpolitischer In-

---

98 In Österreich regelmäßig „Abgabenrechtsänderungsgesetz (AbgÄG)“ genannt.

99 Zitiert nach *van Danwitz*, Grundfragen der Europäischen Beihilfeaufsicht, JZ 2000, 429 ff., 431 mit Hinweisen auf *Adam*, Das Defizit – Warum Europa von Sachsen nicht geliebt wird, FAZ Nr. 185 v. 10.8.1996, 25 und *Everling*, Steht Deutschland noch zur Rechtsgemeinschaft? Verfassungsrichter und Ministerpräsidenten nähren Zweifel am europäischen Kurs, FAZ Nr. 205 v. 3.9.1996, 11.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

teressen. Eine übervorsichtige Notifikationspraxis könnte sowohl die Kommission blockieren als auch das nationale Gesetzgebungsverfahren übergebühlich verzögern und damit eine zeitnahe parlamentarische Reaktionsfähigkeit gefährden. Es erscheint daher unvermeidlich, dass die Mitgliedstaaten eine verantwortungsvolle Notifikationspraxis an den Tag legen, die auf einer nationalen Vorbeurteilung der steuerlichen Maßnahmen beruht. Vielfach wird dabei im nationalen Gesetzgebungsverfahren eine eigene Beurteilung der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Rechtfertigungsbogens der Logik ihres Steuersystems genügen müssen, um die Notifikationserfordernisse zu prüfen.

Die Dualität des EU-Beihilfenüberwachungsverfahrens, das nur für *Neubeihilfen* Notifikationsverpflichtung und Durchführungsverbot enthält, kann allerdings auch zu einem Versteinerungseffekt der nationalen Steuersysteme führen, wenn die Mitgliedstaaten eine Umgestaltung bestehender Steuerregelungen scheuen, um nicht deren allfälligen „Altbeihilfenschutz“ zu verlieren und sich dem Risiko der Anwendbarkeit des Durchführungsverbotes nach deren Umgestaltung auszusetzen<sup>100</sup> oder die Kommission auf bestehende Steuerregelungen mit „Altbeihilfenschutz“ aufmerksam zu machen. Das Europäische Beihilfenrecht kann insofern einen negativen Anreiz für die Modernisierung der nationalen Steuergesetze schaffen und die Bereitschaft der Mitgliedstaaten zur laufenden Anpassung ihrer Steuersysteme an gesellschaftliche Entwicklungen reduzieren. Damit zeigt sich wiederum, in welcher vielfältigen Weise das Europäische Beihilfenrecht heute auf die nationale Steuer- und Wirtschaftspolitik einwirkt.

## V. Fragen des Vertrauensschutzes

Obwohl die korrekte Meldung von Neubeihilfenregelungen eindeutig in die Verantwortung der Mitgliedstaaten fällt<sup>101</sup>, müssen diese selbst keinerlei Strafzahlungen für unrechtmäßige Nichtnotifikationen fürchten. Stattdessen sind es ausschließlich die Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe, die gegebenenfalls weitreichende Konsequenzen tragen müssen, weil sie das Risiko der Rückzahlung aller erhaltenen Beträge trifft. Die Haushalte der betroffenen Mitgliedstaaten profitieren vordergründig

---

<sup>100</sup> Zur Notifikationspflicht bei Umgestaltungen bestehender Beihilfen vgl. *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 108 31 ff.

<sup>101</sup> Die Notifikation hat durch den Mitgliedstaat zu erfolgen und kann nicht ersatzweise vom Beihilfenempfänger vorgenommen werden (EuGH v. 1.6.2006, C-442/06 P, *P&O European Ferries*, Rz. 103).

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

sogar noch von einer Rückzahlung. Freilich sind die standortpolitischen Schäden von Beihilfenrechtsverletzungen auch für die Mitgliedstaaten äußerst schmerzhaft, weil sie kein wirtschaftspolitisches Interesse daran haben können, die Erwartungen und das Vertrauen des Rechtsverkehrs in ihre nationalen Steuergesetzgebung zu erschüttern. Um die rechtliche Position des risikobelasteten Beihilfeempfängers gegenüber dem für die Notifikation verantwortlichen Mitgliedsstaat zu stärken, wurde im Schrifttum in Analogie zu den zivilrechtlichen Pflichten aus culpa in contrahendo ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch des potenziellen Beihilfeempfängers gegen die öffentlichen Stellen auf Notifikation erwogen<sup>102</sup>.

Ungeachtet der finanziellen Risikoasymmetrie zwischen Mitgliedstaat und Beihilfenempfänger erweckt die bisherige Rechtsprechung des EuGH den Eindruck, dass sie dem Vertrauensschutz keinen allzu großen Stellenwert einräumt. So hat der EuGH in der Rs C-5/89, *Alcan I* festgehalten, dass es „einem sorgfältigen Gewerbetreibenden“ regelmäßig möglich sei, sich zu vergewissern, ob das Verfahren nach Art 108 AEUV beachtet wurde<sup>103</sup>. Von dieser Vergewisserungspflicht dispensiert auch eine falsche Beratung des Empfängers durch die beihilfengewährende nationale Stelle nicht, weil die Verantwortung des Empfängers „nicht vom Verhalten der Behörde abhängt, auch wenn diese für die Rechtswidrigkeit des Bescheids in einem solchen Maße verantwortlich war, dass die Rücknahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint“<sup>104</sup>. Die restriktive Linie des EuGH zum Vertrauensschutz hat im Schrifttum teilweise heftige Kritik hervorgerufen<sup>105</sup>.

Während beim Erhalt von Einzelbeihilfen oberhalb der sog de-minimis-Grenze eine Vergewisserungspflicht der Beihilfenempfänger hinsichtlich der Einhaltung des Europäischen Beihilfenrechts stets zumutbar sein sollte<sup>106</sup>, ist die Frage nach Vertrauensschutz bei rechtswidrigen generell-abstrakten Beihilferegeln mE durchaus berechtigt. Wie das Beispiel des österreichischen Vorabentscheidungsersuchens in der Rs

---

102 *Ludwigs*, Dezentralisierung der Europäischen Beihilfenkontrolle: Ein Dilemma für den Beihilfeempfänger? *EuZW* 2004, 577.

103 EuGH v. 20.9.1990, C-5/89, *Kommission/Deutschland*, „*Alcan I*“, Slg 1990, I-3437 Rz. 14 f.

104 EuGH v. 20.3.1997 – C-24/95, *Rheinland Pfalz/Alcan*, „*Alcan II*“, Slg 1997, I-1607 Rz. 41.

105 *Happe*, *NVwZ* 1998, 26 ff.; *Scholz*, *DÖV* 1998, 262 ff.; jedoch kritisch zur Kritik *Winkler*, *DÖV* 1990, 148 sowie *Oldiges*, *NVwZ* 2001, 632 f.

106 *Sutter*, Art 107 AEUV Rz. 55 ff.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

C-66/14, *Finanzamt Linz* mit seinen drei möglichen Vergleichspaarbildungen zeigt, ist die Erkennbarkeit einer steuerlichen Beihilfe nicht einfach, weil sie letztlich vom gewählten Vergleichspaar und damit von einer (richterlichen) Wertungsentscheidung abhängt. Zu Recht wird daher gerade bei steuerlichen Beihilferegulungen immer wieder die Frage nach der Berücksichtigung von Vertrauensschutzüberlegungen gestellt. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht hat anlässlich einer diesbezüglichen Verfassungsbeschwerde Bedenken gegen die Versagung von Vertrauensschutz im Falle einer Beihilferückforderung mit ausdrücklichem Hinweis auf die Erkennbarkeit des Unionsrechtsverstößes im konkreten Fall verworfen<sup>107</sup>. Dieser Erkennbarkeit sollte mE größere Bedeutung zugemessen werden<sup>108</sup>.

Die Vertrauensschutzproblematik wurde allerdings in den letzten Jahren zu einem wesentlichen Teil bereits dadurch entschärft, dass sich der EuGH in den Rs C-199/06, *CELF* und C-384/07, *Wienstrom* – entgegen weitergehender Stimmen im Schrifttum<sup>109</sup> – gegen einen Rückforderungsautomatismus ausgesprochen hat, wonach im Falle einer nicht-notifizierten Beihilfe immer eine endgültige und dauerhafte Rückerstattung der zunächst rechtswidrig gewährten Beihilfen droht. Bei Notifikationsverstöß und späterer Kommissionsgenehmigung sei vielmehr im Wesentlichen nur der Zinsvorteil der frühzeitigen Beihilfengewähr einzufordern<sup>110</sup>. Das heißt, der Beihilfenempfänger hat Zinsen für die Dauer

---

107 BVerfG, Beschluss v. 17.2.2000 – 2 BvR 1210/98 Rz. 22: „Im vorliegenden Fall hatte das begünstigte Unternehmen schon im Jahr der Subventionsvergabe die Möglichkeit, die materiellen gemeinschaftsrechtlichen Bedenken zur Kenntnis zu nehmen. Hinzu kommt, dass es nach der Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts der Beschwerdeführerin möglich war, die in der Nichtanzeige liegende formelle Gemeinschaftsrechtswidrigkeit zu erkennen. Unter diesen Umständen konnte kein verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen der Beschwerdeführerin darauf entstehen, die Subvention trotz der Rückforderungsanordnung der Kommission durch schlichten Zeitablauf ... auf Dauer behalten zu dürfen“.

108 Ebenso *Bär-Bouyssière* in Schwarze, Kommentar<sup>3</sup> Art 108 AEUV Rz. 19. Vgl. dazu auch EuGH v. 22.6.2006, C-182/03 und C-217/03, *Belgien und Forum 187/Kommission*, Rz. 147 mwN.

109 Vgl. *Jaeger*, Nachträgliche Beihilfengenehmigung und der Rechtsschutz von Konkurrenten vor nationalen Gerichten, EuZW 2004, 78 ff., 79 f.

110 Liegt eine solche Beihilfengenehmigung noch nicht vor, weil das diesbezügliche Kommissionsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, so schlägt die Kommission eine zwischenzeitige Einbehaltung der Beihilfe auf einem Sperrkonto vor. Im Falle einer nachfolgenden Positiventscheidung der Kom-

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

der Rechtswidrigkeit an die beihilfegewährende Behörde zu zahlen. Dazu hat der EuGH in der Rs C-199/06, *CELF* den „Sicherungszweck“ des Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV betont, der darin liege, dass eine mit dem Binnenmarkt „unvereinbare Beihilfe niemals durchgeführt wird“. Erlasse die Kommission dagegen eine positive Entscheidung, erweise sich dieses Ziel „durch die vorzeitige Zahlung der Beihilfe nicht in Frage gestellt“<sup>111</sup>. Die Rechtswidrigkeit einer solchen Beihilfe habe die anderen Wirtschaftsteilnehmer (lediglich) früher den Auswirkungen einer mit dem Binnenmarkt *vereinbaren* Beihilfe ausgesetzt, als sie es unter Wettbewerbsbedingungen hätten hinnehmen müssen. Aus der Sicht des Beihilfenempfängers bestehe der nicht gerechtfertigte Vorteil daher zum einen in der Nichtzahlung von Zinsen, die er auf den Betrag der fraglichen, mit dem Binnenmarkt vereinbarten Beihilfe gezahlt hätte, wenn er sich diesen Betrag bis zum Erlass der Kommissionsentscheidung auf dem Markt hätte leihen müssen und zum anderen in der (frühzeitigen) Verbesserung seiner Wettbewerbsposition gegenüber den anderen Marktteilnehmern während der Dauer der Rechtswidrigkeit. Freilich setzt diese Abmilderung der Rückforderung voraus, dass eine nicht-notifizierte Maßnahme von der Kommission letztlich auch genehmigt wird.

Für die Berücksichtigung von Vertrauensschutzüberlegungen muss man mE nun differenzieren: Auf der Ebene der Durchsetzung des Durchführungsverbot haben Vertrauensschutzüberlegungen grundsätzlich keinen Platz. Hier gilt der unbedingte Anwendungsvorrang des Unionsrechts als Auflösungsmodell von Kollisionen zwischen Unionsrecht und innerstaatlichem Recht, dh bei fehlender Notifikation hat die nationale steuerliche Maßnahme unangewendet zu bleiben<sup>112</sup>. Eine Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten würde hier nur zu großer Rechtsunsicherheit führen, weil eine an sich verdrängte Norm dann in manchen Fällen wieder (bisweilen teilweise) zur Anwendung kommen müsste. Das Kollisions-Auflösungsmodell des Anwendungsvorrangs eignet sich nicht zur Berücksichtigung von Vertrauensschutzüberlegungen.

---

mission wären unionsrechtlich verpflichtend nur Rechtswidrigkeitszinsen an die beihilfegewährende Behörde zu zahlen und könnte das Gericht je nach dem einzelstaatlichen Recht anordnen, dass der tatsächliche Beihilfebtrag freigegeben und dem Empfänger ausgezahlt werde (vgl. Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl C 2009/85, 1).

111 EuGH v. 12.2.2008, C-199/06, *CELF*, Rz. 49.

112 VwGH 30.1.2007, 2004/17/0078.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

Allerdings müssen die nationalen Stellen<sup>113</sup> nach Feststellung eines Notifikationsverstößes durch die Gerichte jedenfalls eine umgehende Nachnotifikation an die Kommission vornehmen und sich um eine nachfolgende Kommissionsgenehmigung bemühen. Ein anhängiges Nachnotifikationsverfahren vor der Kommission kann dabei auch Rückwirkungen auf die vor nationalen Instanzen anhängigen Verfahren haben. Ist zum Zeitpunkt der innerstaatlichen Entscheidung über die Anwendung einer beihilfenverdächtigen Steuervorschrift bereits ein Nachnotifikationsverfahren anhängig, so wäre eine Aussetzung des innerstaatlichen Steuer(veranlagungs)verfahrens und eine *bloß vorläufige und zwischenzeitige* Sperre des Steuervorteils denkbar, weil das Nachnotifikationsverfahren bei Positivgenehmigung das Durchführungsverbot zu einem Zinsrückforderungsgebot zusammenschmelzen lassen kann. Ist zum Zeitpunkt der innerstaatlichen Entscheidung über die Anwendung einer beihilfenverdächtigen Steuervorschrift dagegen kein Nachnotifikationsverfahren anhängig, muss die höhere Steuerbelastung vom Beihilfenempfänger im Abgabenverfahren getragen werden. Vertrauensschutzfragen können dann allenfalls nach dem Kommissionsverfahren in einem nachgelagerten Verfahren wie etwa einem Wiederaufnahme- oder Nachsichtsverfahren erörtert werden.

Im Nachnotifikationsverfahren sollte die Kommission bereits von sich aus Vertrauensschutzgesichtspunkte berücksichtigen, weil der Vertrauensschutz auch ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist<sup>114</sup>. In ihrer Entscheidungspraxis trägt die Kommission dem Vertrauensschutz auch durchaus bereits Rechnung<sup>115</sup>. Aus der zunehmenden steuerlichen Kommissionspraxis werden sich daher – unter Nachprüfung durch den EuGH – sukzessive klarere inhaltliche Standards für die Berücksichtigung von Vertrauensschutzüberlegungen entwickeln. Zudem muss in

---

113 Dies wird entweder der für die Vollziehung zuständige Bundesminister, die Bundesregierung oder das das Gesetz verabschiedet habende Parlament sein, vgl. Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 108 Rz. 6 und 38 ff.

114 Vgl. auch Art 14 Abs 1 der Beihilfenverfahrensverordnung VO (EG) 659/99, wonach die Kommission „nicht die Rückforderung der Beihilfe [verlangt], wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstoßen würde“.

115 Vgl. die Kommissionsentscheidung vom 28.10.2009 über die steuerliche Abschreibung des finanziellen Geschäfts- oder Firmenwerts bei Erwerb von Beteiligungen an ausländischen Unternehmen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) in Spanien, Rz. 160 ff, ABl. 2011, L 7, S. 48. Zu den gegen die Entscheidung (schon dem Grunde nach) angestregten Verfahren vor den Europäischen Gerichten siehe III.3.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

einem Nachnotifikationsverfahren berücksichtigt werden können, dass nach-notifizierte Maßnahmen von den nationalen Normsetzern nicht nach den Richtlinien bestimmter Kommissionsleitlinien<sup>116</sup>, sondern in dem Glauben beschlossen worden sind, dass die Maßnahmen außerhalb des Anwendungsbereichs der Europäischen Beihilferegeln stehen. Ein akribisches Messen an den zum Teil sehr detaillierten Einzelvorgaben bestimmter Beihilfenleitlinien macht hier keinen Sinn. Will die Kommission auf der einen Seite einer steuerlichen Maßnahme aus bestimmten wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten keine langfristige Genehmigung erteilen oder eine bestimmte Anpassung der Maßnahme an ihre Leitlinien-Vorgaben erwirken und erscheint auf der anderen Seite eine Rückforderung aus Vertrauensschutzgesichtspunkten überschießend, so sollte sie bei Nichtvorliegen zwingender gegenläufiger öffentlicher Interessen gegebenenfalls begrenzte „Genehmigungen“ erteilen können - etwa für Beihilfenansprüche, die bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen nationalen (Höchst-)Gerichtsentscheidung hinsichtlich der Beihilfenart und des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot oder bis zum Datum der Veröffentlichung der Entscheidung der Kommission über die Eröffnung des Verfahrens zur förmlichen Prüfung nach Art 108 Abs 2 AEUV im Amtsblatt der Europäischen Union<sup>117</sup> entstanden sind. Damit werden Wettbewerbseingriffe vermieden, die auf einen willkürlichen Verfahrensstand abstellen, weil das Steuerverfahren einzelner Wettbewerber zu dem Zeitpunkt der Feststellung des Beihilfencharakters einer Maßnahme schon abgeschlossen, das anderer hingegen noch offen sein wird.

Wurden innerstaatliche Abgabenverfahren unter Anwendung des Durchführungsverbot und dadurch bewirkter Nichtberücksichtigung des Steuervorteils bereits abgeschlossen, kann einer nachträglichen Positiventscheidung der Kommission oder der Aufnahme von allgemeinen Vertrauensschutzklauseln in einer Negativentscheidung der Kommission im Nachnotifikationsverfahren im Wege einer nachgelagerten Wiederaufnahme dieser Abgabenverfahren Rechnung getragen werden. Kommt die Kommission im Nachnotifikationsverfahren hingegen zu einer Negativentscheidung ohne Berücksichtigung von Vertrauensschutzfragen,

---

<sup>116</sup> Zur Bedeutung der Leitlinien der Kommission zur näheren Determination ihres eigenen Ermessensspielraums vgl. *Sutter*, Art 107 AEUV Rz. 97.

<sup>117</sup> So Kommissionsentscheidung vom 28.10.2009, C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07), Rz. 167 mwN zur diesbezüglichen Kommissionspraxis, ABl. 2011, L 7, S. 48. Vgl. ferner in diesem Sinn BFH v. 12.10.2000 – III R 35/95.

so ist für eine Wiederaufnahme kein Raum. In berücksichtigungswürdigen Konstellationen mit besonderen einzelfallorientierten Vertrauensschutzfragen wäre aber beispielsweise unabhängig von einer unionsrechtlichen Nichtigkeitsklage gegen die Kommissionsentscheidung auch die Anstrengung eines innerstaatlichen Nachsichtsverfahrens denkbar<sup>118</sup>, im Zuge dessen dem EuGH dann auch Vertrauensschutzfragen von einem nationalen Gericht vorgelegt werden könnten<sup>119</sup>.

Die skizzierten Überlegungen führen jedenfalls auch auf dem Boden der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu befriedigenden Ergebnissen in der Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten. Die Rechtsprechung in der Rs C-5/89, *Alcan* sollte daher nicht als der Endpunkt der Vertrauensschutzjudikatur des EuGH angesehen werden. Eine weitere Differenzierung dieser Rechtsprechung ist – durch die Herantragung entsprechender Fallkonstellationen an den EuGH – notwendig und möglich.

## VI. Der Einfluss des Beihilfenrechts auf das bipolare Abgabenschuldverhältnis des nationalen Verfahrensrechts

Das Europäische Beihilfenrecht hat auch das weitgehend bipolare Abgabenschuldverhältnis verändert und um eine Wettbewerbsperspektive erweitert. Traditionell stehen einander im Abgabenverfahren die Finanzverwaltung als Vertreterin des Abgabengläubigers auf der einen Seite und der Abgabenschuldige auf der anderen Seite gegenüber. Die Interessenslage ist klar festgelegt. Die Finanzverwaltung ist der Umsetzung des Abgabenanspruchs verpflichtet. Im Streitfall entscheidet ein Finanzgericht im kontradiktorischen Verfahren. Finanzverwaltung und Abgabenschuldiger treffen dabei – vor einer unabhängigen Instanz – erneut

118 BFH v. 12.10.2000 – III R 35/95 zur rückwirkenden Absenkung von Beihilfen, die auf Grund ihrer Höhe Investitionen überhaupt erst veranlasst haben. Im Allgemeinen sollte aber bereits die Rückforderungsanordnung der Kommission dem Erfordernis von Übergangsregeln Rechnung tragen, vgl. z.B. Kommissionsentscheidung vom 28.10.2009 – C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07), Rz. 168 f., ABl. 2011, L 7, S. 48.

119 Freilich wirft dies klärungswürdige Fragen über das Verhältnis dieses Rechtswegs zur unionsrechtlichen Nichtigkeitsklage auf. Möglicher Weise ist ein ergänzender Nachsichtsweg für spezifische einzelfallorientierte Vertrauensschutzfragen denkbar, die sich von der Kommission nicht in ihrer allgemeinen Vereinbarkeitsentscheidung antizipieren lassen.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

aufeinander. Mehrparteienverfahren, wie sie im öffentlichen Verwaltungsrecht sonst häufig vorkommen (Stichwort „Nachbarschaftsrechte“), sind im Abgabenverfahren die große Ausnahme. Sie treten beispielsweise dann auf, wenn mehrere Abgabepflichtige eine gemeinsame Einkunftsquelle begründet haben. Auch hier besteht der Interessensgegensatz aber im Allgemeinen klar zwischen Finanzamt einerseits und der „Abgabepflichtigen-Gemeinschaft“ andererseits. Eine multipolare Interessenslage ist selten.

Dieses bipolare Abgabenschuldverhältnis wird nun durch das Europäische Beihilfenrecht aufgebrochen, weil mit dem unmittelbar anwendbaren Durchführungsverbot des Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV ein wirkungsvoller Mechanismus gegen nicht-notifizierte Beihilfenregelungen besteht, der sich *gegen den Beihilfenempfänger* wendet. Vollzugsorgane dieses Unionsinteresses sind *alle* staatlichen Organe einschließlich der nationalen **Gerichte**. Besteht zwischen Finanzamt und Abgabepflichtigem beispielsweise ein Streit über die Berechnungsmodalitäten einer steuerlichen Begünstigungsvorschrift, in dem das Finanzamt auf einer strengeren Berechnungsmethode beharrt hat, muss daher ein vom Abgabepflichtigen angerufener Finanzrichter losgelöst vom Parteivorbringen auch die beihilfenrechtliche Legitimität der Begünstigungsvorschrift als solche in Frage stellen und gegebenenfalls zur Überraschung *beider* Parteien den Steuervorteil überhaupt versagen<sup>120</sup>. Dies ist eine neue Erfahrung für die Abgabepflichtigen, denn Europarecht war bislang in der Regel zu ihren Gunsten in Erscheinung getreten – sei es in Gestalt der EU-Grundfreiheiten oder des Schutzes gegen richtlinienwidrige nationale Umsetzungen in der Mehrwertsteuer<sup>121</sup>. Demgegenüber kann bei Anwendbarkeit der Europäischen Beihilfenregeln die Anrufung der Rechtsschutzinstanz Finanzgericht zu einer – weder vom Finanzamt noch vom Abgabepflichtigen angeregten – Hinterfragung der strittigen Norm nicht nur der Höhe, sondern auch dem Grunde nach und somit letztlich zu einer bedeutenden Verschlechterung für den Rechtsschutzsuchenden

---

120 Vgl. in diesem Sinne VwGH v. 30.1.2007, 2004/17/0078. Ebenso *M. Lang*, 17. ÖJT, Bd. IV/1 (2009) 74. Zur Nichtanwendung einer unter Beihilfenverdacht stehenden begünstigenden nationalen Pauschalierungsverordnung vgl. z.B. UFS v. 30.3.2011 – RV/0688-I/10.

121 Zu den Grenzen richtlinienkonformer Interpretation zu Lasten des Abgabepflichtigen vgl. *Sutter*, Die richtlinienkonforme Interpretation und ihre mögliche Wirkung zu Lasten des Abgabepflichtigen, ÖStZ 13-14/2013, 338 ff. Zu einem Fall aus der Rechtsprechungspraxis vgl. VwGH 26.2.2015, 2012/15/0067 (zu § 13 UStG 1994), AnwBl 6/2015.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

führen, weil die Verwaltungsrichter von Amts wegen das Unionsinteresse wahren müssen, das hier geradezu typischer Weise zu Lasten des Abgabepflichtigen wirkt. Dies gilt jedenfalls in einem System der vollreformatrischen Finanzgerichtsbarkeit wie dem österreichischen<sup>122</sup>. Welche Einschränkungen für den Aufgriffsmaßstab eines Finanzrichters sich aus einem Klagesystem wie dem der deutschen Finanzgerichtsbarkeit und welche möglichen Verdrängungswirkungen hinsichtlich dieser Einschränkungen sich wiederum aus unionsrechtlichen Anforderungen (Effektivität der Durchsetzung des Durchführungsverbot) ergeben mögen, kann im Rahmen dieses Beitrages nicht untersucht werden.

Neben dieser neuen Wettbewerbsaufsichtsfunktion des nationalen Richters in allen vor ihm anhängigen Verfahren hat das Europäische Beihilfenrecht aber auch die Stellung von Wettbewerbern gestärkt, indem es ihnen **eigene** Verfahrenspositionen zugesteht. Hier ist in erster Linie das Unionsrecht selbst zu nennen. Es eröffnet Wettbewerbern als Beteiligten nach Art 20 Abs 2 VO (EG) 659/99 die Möglichkeit, „Beschwerden“ an die Kommission zu richten<sup>123</sup>. Im Durchschnitt langen jährlich über 300 Beschwerden bei der Kommission ein. Die Kommission darf die Beihilfenprüfung nicht aus unsachlichen Gründen einstellen, ungebührlich hinausschieben oder überhaupt von Anfang an unterlassen. Diesfalls kann ein Beschwerdeführer nach erneuter, erfolgloser Aufforderung der Kommission zum Tätigwerden iSd Art 265 Abs 2 AEUV Untätigkeitsklage vor dem EuG führen<sup>124</sup>. Mit der RatsVO 734/2013 ist das Beschwerdeverfahren neu geordnet worden<sup>125</sup>, womit insbesondere eine effektivere Bearbeitung der Eingaben von Wettbewerbern erreicht werden soll. Der Nachweis der Beteiligtenstellung ist nunmehr Voraussetzung

---

122 Zur Beschreibung des österreichischen Systems einer vollreformatrischen Finanzgerichtsbarkeit vgl. *Sutter*, Die Kontrolldichte des Bundesfinanzgerichts, in Holoubek/M. Lang (Hrsg.), Grundfragen der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit (2016).

123 Vgl. Abschnitt 7, „Beschwerden“, des Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, ABl C 2009/136, 13 Rz. 45 ff.

124 EuG 15.9.1998, T-95/96, *Gestelevision Telecino*, Slg 1998, II-3407 Rz. 80 zu einer 47(!)-monatigen Vorprüfung nach Eingang der Beteiligtenbeschwerde.

125 RatsVO 734/2013 v. 22.7.2013, ABl L 2013/204, 15 zur Novellierung der VerfahrensVO (EG) 659/99. Zur Begründung vgl. den Kommissionsvorschlag KOM[2012] 725 final, Pkt 2.1. ff; zu Entwurf und eingelangten Stellungnahmen [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012\\_state\\_aid\\_reform\\_procedures/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_state_aid_reform_procedures/index_en.html).

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

für eine Beschwerde<sup>126</sup>. „Beschwerden“ Dritter gelten dagegen nur mehr als Marktinformationen; sie verpflichten die Kommission nicht zur Annahme eines förmlichen Beschlusses, können von der Kommission aber für von Amts wegen eingeleitete Untersuchungen genutzt werden.

Beschwerdeverfahren vor der Kommission sind grundsätzlich ein probater Weg, um eine wettbewerbsrechtliche Überprüfung nationaler Steuervorschriften zu erreichen. Mit der Kommission steht dabei eine Anlaufstelle mit weitreichenden unmittelbaren Überwachungsrechten zur Verfügung, die eine Überprüfung durchführen kann, ohne selbst am betroffenen nationalen Verfahren in irgendeiner Weise beteiligt gewesen zu sein. Durch die Eröffnung eines Beihilfenprüfverfahrens kann die Kommission die Rechte der Wettbewerber bis hin zu Rückforderungsentscheidungen schützen. Eine Öffnung der nationalen Verfahrensakten gegenüber der Europäischen Kommission ergibt sich dabei aus deren umfangreichen Auskunftsrechten<sup>127</sup>. Allerdings hat die Kommission ihrerseits auf die Achtung sensibler Geschäftsdaten der unternehmerischen Beihilfenempfänger zu achten<sup>128</sup>.

Neben der Stellung von Wettbewerbern als Verfahrensparteien in europäischen Beschwerdeverfahren wird allerdings auch auf Ebene des nationalen Verfahrensrechts die Notwendigkeit und Reichweite ergänzender innerstaatlicher Konkurrentenbeschwerden in Abgabensachen erwogen. Die Diskussion geht auf die Entscheidung des EuGH in der Rs C-39/94, *SFEI* zurück, wonach gegebenenfalls „ein nationales Gericht, bei dem der Antrag gestellt wird, die Erstattung von Beihilfen anzuordnen, die-

---

<sup>126</sup> Art 20 Abs 2 VO 734/2013, Erwägungsgrund Nr 15 zur VO 734/2013.

<sup>127</sup> Dazu kann die Kommission nach Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens sanktionsbewehrt direkt (und nicht via die Mitgliedstaaten) Auskünfte von Unternehmen, Unternehmensvereinigungen oder Mitgliedstaaten anfordern (Art 6 a VO 734/2013) und gegen Unternehmen, die nicht antworten oder keine vollständigen Auskünfte erteilen, Geldbußen oder Zwangsgelder verhängen (Art 6 b VO 734/2013). Als Sanktionen vorgesehen sind Geldbußen von bis zu 1% des Gesamtumsatzes im Falle unrichtiger oder irreführender Auskünfte auf ein einfache oder ein per Beschluss gestelltes Auskunftersuchen bzw. bei Nichtbeantwortung eines per Beschluss gestellten Auskunftersuchens (Art 6 b Absatz 1 VO 734/2013) sowie Zwangsgelder von bis zu 5% des durchschnittlichen Tagesumsatzes für jeden Arbeitstag des Verzugs ab der im Beschluss bestimmten Frist, um die betreffenden Unternehmen zu zwingen, die per Beschluss angeforderten Auskünfte vollständig und richtig zu erteilen (Art 6 b Abs 2 VO 734/2013).

<sup>128</sup> Vgl. z.B. Sutter in Mayer/Stöger, EUV/AEU, Art 108 Rz. 12 ff.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

sem Antrag stattgeben muss<sup>129</sup>. Damit wurde – freilich nur vor dem Hintergrund des konkreten nationalen Ausgangsfalls und Verfahrens – eine Konkurrentenbeschwerde zumindest in den Raum gestellt. Die innerstaatliche Umsetzung einer solchen „Konkurrentenbeschwerde“ hängt davon ab, ob die rechtswidrige Beihilfe in privatrechtlicher oder hoheitlicher Form gewährt worden ist. Für das Verwaltungsverfahren werden dabei verschiedene Umsetzungswege diskutiert: So könnte Konkurrenten beispielsweise eine besondere Beschwerdelegitimation vor den Verwaltungsgerichten oder ein Antragsrecht auf Einleitung eines gesonderten Feststellungsverfahrens, dass einem anderen Unternehmer rückabwicklungspflichtige rechtswidrige Beihilfen eingeräumt worden sind, zuerkannt werden. Vorteil der Umsetzung der Konkurrentenbeschwerde in einem eigenen Feststellungsverfahren wäre, dass den Konkurrenten diesfalls ein vom Verwaltungsverfahren des vermeintlich Begünstigten losgelöstes Forum zur Behandlung ihrer beihilfenrechtlichen Bedenken offen steht. Die Diskussion um ergänzende innerstaatliche Beschwerdemöglichkeiten ist allerdings noch nicht abgeschlossen<sup>130</sup>.

Es zeigt sich jedenfalls, dass durch den Einfluss des Europäischen Beihilfenrechts das durch ein strenges Abgabengeheimnis geschützte und jahrzehntelang ausschließlich zweidimensional verstandene Abgabenschuldverhältnis mehrdimensional geworden ist. Spiegelbildlich hat sich dadurch auch die Rolle des Finanzrichters verändert, der im an sich kontradiktorischen Verfahren zwischen Finanzamt und Abgabepflichtigem über das Durchführungsverbot des Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV losgelöst vom Parteivorbringen auch das Unionsinteresse wahrt und dem Wettbewerbsschutz Rechnung trägt.

## VII. Zusammenfassung

Über die Bestimmung der Reichweite des Beihilfentatbestandes kommt der Gerichtsbarkeit im Europäischen Gerichtsverbund des Art 267 AEUV zweifelsfrei eine wichtige Definitionsverantwortung in der Ab-

---

129 EuGH v. 11.7.1996, C-39/94, SFEL, Slg 1996, I-3547 Rz. 67 ff. (Hervorhebung hinzugefügt).

130 Vgl. näher *Sutter* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 108 Rz. 125 ff. sowie *Sutter*, EG-Beihilfenverbot 344 ff. mwN einschließlich der dortigen Ausführungen zu Abwägungserfordernissen aus dem Abgabengeheimnis sowie *M. Lang*, 17. ÖJT, Bd. IV/1 (2009) 95 ff. und *Ehrke-Rabel*, 17. ÖJT, Bd. IV/2 (2010) 93 ff.

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

grenzung der Spielräume autonomer nationaler Steuer- und Wirtschaftspolitik zu. Allerdings sichert die Rechtsprechung mit der Wahrnehmung des unmittelbar anwendbaren Durchführungsverbots lediglich die Notifikationsverpflichtung der Mitgliedsstaaten an die Kommission ab; am wirtschaftspolitischen Abwägungsprozess, wie er den Genehmigungstatbeständen des Art 107 Abs 3 AEUV innewohnt, nimmt sie dagegen grundsätzlich nicht teil. Die Rechtsprechung ist insofern – im Gegensatz zu Mitgliedstaaten und Europäischer Kommission – kein Akteur steuerlicher Wirtschaftspolitik.

Nach den maßgeblich auch von Wiener Vorlagen angestoßenen Klärungen über die Folgen eines Verstoßes gegen Notifikationsverpflichtung und Durchführungsverbot ist eine weitere Ausdifferenzierung der Rechtsprechung des EuGH im materiellen Beihilfenrecht notwendig. Die notwendige Balance zwischen mitgliedstaatlicher Steuerhoheit und Europäischer Beihilfenaufsicht scheint dabei noch nicht vollständig gefunden zu sein. Die Vorlage des Verwaltungsgerichtshofs in der Rs C-66/14, *Finanzamt/Linz* hätte Gelegenheit für weitere Klärungen und für Aussagen zum Verhältnis zwischen Beihilfenverbot und Grundfreiheiten geboten, die der EuGH allerdings nicht ergriffen hat. Mit den Schlussanträgen von GA *Kokott* liegen allerdings die richtigen Fragen auf dem Tisch. Die von der Generalanwältin zur Abgrenzung des Beihilfenrechts vorgeschlagene eigenständige Prüfung des Spezifitätsmerkmals greift dabei einen Gedanken *Wolfgang Schöns* aus der DStG-Tagung 1999 auf und könnte damit nicht nur ein (vom Begünstigungsmerkmal) nahezu aufgesogenes Tatbestandsmerkmal des Art 107 Abs 1 AEUV wiederbeleben. Sie könnte darüber hinaus im Rahmen einer Neuauslotung der Kompetenzarchitektur des AEUV zwischen Art 107 einerseits und Art 116 AEUV andererseits auch eine bessere Fokussierung des Europäischen Beihilfenrechts erlauben, zumal die Europäische Kommission der Weite des Beihilfenrechts und ihrer damit einhergehenden Überprüfungsaufgaben ohnedies bereits selbst durch eine immer weiter gehende Ausdehnung der Freistellungsverordnung begegnet.

Parallel zur weiteren Rechtsprechungsentwicklung in der Beihilfendogmatik müssen aufgrund der Unschärfe des Beihilfentatbestandes gerade in seiner Anwendung auf generell-abstrakte Steuerbegünstigungen auch Vertrauensschutzfragen in der Zukunft stärker in den Blick genommen werden. Sie sind dabei mE aber nicht auf der Ebene des Durchführungsverbotes zu stellen, sondern können erst nachgelagert beurteilt werden. Die Rechtsprechung in der Rs C-5/89, *Alcan* zur grundsätzlichen Ver-

---

Sutter – Steuerrecht und Wirtschaftspolitik: Europäisches Beihilfenrecht

---

gewisserungspflicht der Beihilfenempfänger sollte dabei nicht als der Endpunkt der Vertrauensschutzjudikatur des EuGH angesehen werden. Eine weitere Differenzierung dieser Rechtsprechung ist – durch die Herantragung entsprechender Fallkonstellationen an den EuGH – notwendig und möglich.

## Diskussion

### zu den Referaten von Dr. *Lars Dobratz* und Dr. *Franz Philipp Sutter*

*Bernhard Weinschütz*, Berlin

Ich möchte zu den Hinweisen von Dr. *Sutter* auf die neue Rolle des Finanzrichters eine kurze Anekdote erzählen. Wir hatten beim Finanzgericht Berlin-Brandenburg einen Fall zum Sanierungserlass. Die Steuerpflichtige stritt sich mit dem Finanzamt darüber, ob die Voraussetzungen des Sanierungserlasses im konkreten Fall gegeben waren. Ich habe dann – als Berichterstatter – einen Hinweis gegeben, der Sanierungserlass sei nicht unumstritten, ob er eine unionsrechtswidrige Beihilfe darstelle, sei zu prüfen, man könnte evtl. in Betracht ziehen – also ganz vorsichtig in den Raum gestellt – eine Vorlage zum EuGH zu machen. Drei Wochen später war abgeholfen ohne weitere Begründung durch das FA.

Prof. Dr. *Wolfram Reiß*, Nürnberg

Erstmal ganz herzlichen Dank für die – wie ich fand – hervorragenden Vorträge. Gleichwohl drängt sich die ein oder andere Frage auf. Die erste vielleicht an Herrn *Dobratz*. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, dann gelten die Grundfreiheiten auch für die Unionsgesetzgebung oder für die Union. Gleichwohl haben Sie hervorgehoben, dass der EuGH – wenn ich das richtig sehe – das ein bisschen differenziert betrachtet, ob eine Verletzung der Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten vorliegt oder möglicherweise durch den Unionsgesetzgeber. Um das vielleicht ein bisschen konkret zu machen: Sie haben den Fall *Schmelz* erwähnt, da geht es um die Kleinunternehmerbesteuerung: Danach liegt im Ergebnis keine Verletzung der Grundfreiheiten vor, wenn man den nicht im Inland Ansässigen anders behandelt als den im Inland Ansässigen. Dann gibt es die Entscheidung *Scania*, wo es um die Frage geht, wie ist das mit einer Organschaft über die Grenze bei der Umsatzsteuer und auf der anderen Seite gibt es den § 6b Einkommensteuergesetz. Die ersten beiden Fälle sind welche zur Umsatzsteuer und da geht es letztlich um die Auslegung der Mehrwertsteuersystemrichtlinie, ob und inwieweit diese schon Differenzierungen zulässt bzw. die Grundfreiheiten solche Differenzierungen zulassen, sei es schon mangels Eingriffes, sei es, weil der Eingriff gerechtfertigt ist. Bei § 6b geht es offenkundig um rein nationales Einkommensteuerrecht. Meine Fragen sind nun folgende: Wenn der

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

EuGH derart zwischen möglichen Verletzungen der Grundfreiheiten durch den nationalen Gesetzgeber und den Unionsgesetzgeber differenziert, gibt es dafür Rechtsgrundlagen? Und wenn ja, welche? Die zweite Frage geht eigentlich zu § 6b und richtet sich an beide. Wenn ich es richtig verstanden habe, dann sagen Sie, es liegt eine Verletzung der Grundfreiheiten vor. Was eigentlich ist die Folge dieser Verletzung der Grundfreiheiten? Und hängt es davon ab, ob wir 6b als eine Subventionsvorschrift einordnen? Dann – wenn ich es richtig verstanden habe – wäre die Antwort: ja gut, das ist zwar eine Verletzung der Grundfreiheiten, der Gesetzgeber würde das gefälligst ändern, aber für die Vergangenheit jedenfalls gibt es für denjenigen, der nicht von 6b erfasst ist, keinen Übertrag. Hängt es davon ab, und wenn ja, wenn es davon abhängt, ist es eine sinnvolle Unterscheidung zu sagen, wenn es eine Subventionsvorschrift ist, folgt eigentlich für die Vergangenheit nichts daraus oder vielleicht sogar folgt daraus, dass man die Subvention nicht gewähren darf? Und wenn es anders ist, wenn wir sagen, nein, es ist eine steuerliche Vorschrift oder wie auch immer, was ist dann eigentlich die Folge? Ist dann wirklich die Folge, dass wir sagen müssen, dann muss eben § 6b – also die danach eingeräumten Übertragungsmöglichkeiten – auch demjenigen gewährt werden, der die Voraussetzungen des allerdings unionsrechtswidrigen § 6b nicht erfüllt? Das wären meine Fragen.

Prof. Dr. Roman Seer, Bochum

Ich kann auch nur sagen, wir haben großartige Vorträge heute gehört – Kompliment an alle. Jetzt aber zur Frage: Die erste Frage noch einmal an Sie, Herr *Dobratz*, Sie haben gesagt, Sie haben die Grundfreiheiten letztlich nahezu ausschließlich gleichheitsrechtlich entfaltet. Und ich habe mich gefragt, ist das jetzt etwas, was er nur auf unseren Themenkomplex ausrichtet oder hat er das, was wir mit den Beschränkungsverboten meinen, neu interpretiert. Ich habe die Beschränkungsverbote im Grunde immer aus dem freiheitsrechtlichen Blick gesehen. Für mich sind Beschränkungsverbote die Freiheitsgrundrechte in Gestalt der sog. Grundfreiheiten. Ist diese Sichtweise nun falsch, entspricht sie nicht (mehr) dem EuGH? Da bin ich nun unsicher geworden durch diese ziemlich eindeutige Aussage von Ihnen, dass Sie das nur gleichheitsrechtlich vergleichen können. Und zu dem zweiten Vortrag, Herr *Sutter*, mich interessiert noch einmal die Sicht des betroffenen Steuerpflichtigen. Sie haben von Vertrauensschutz gesprochen. Sie haben auch die Rolle des Richters angesprochen. Was ich mich jetzt gefragt habe, hat eigentlich der Steuerpflichtige einen Anspruch gegen den deutschen Staat auf

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

(rechtzeitige) Notifizierung oder allgemein gegen den jeweiligen Nationalstaat auf Notifizierung, denn welchen Schutz hat er sonst?

Prof. Dr. *Roland Ismer*, Msc. Econ. (LSE), Nürnberg

Mein Beitrag schließt an das an, was Herr *Seer* gerade gesagt hat. Zum einen habe ich eine Frage zu der Konstellation der Erdrosselungssteuer. Herr *Dobratz*, Sie hatten so ein bisschen Schwierigkeiten, die Linie in der zugrundeliegenden Rechtsprechung des EuGH zu erkennen. Kann man nicht – und das wirft so ein bisschen auf der höheren Ebene eine Frage nach der Methodik des EuGH auf – vielleicht sagen, dass wir letztendlich eine gemischte Methodik beim EuGH haben, die einerseits auf Prinzipien basiert, so wie wir sie vielleicht in den kontinentaleuropäischen Ländern kennen. Wir haben zugleich aber auch Elemente eines Case Law. Man könnte daher sagen, dass die Fallkonstellation der Erdrosselungsbesteuerung vom Grundfreiheitenatbestand erfasst und verboten ist. Jenseits dessen könnte man aber sagen, dass es keine weiteren Fallgruppen gibt. Dies könnte man begründen mit der herausragenden Bedeutung des Steuerrechts für die Souveränität der Mitgliedstaaten, die ja mit Erdrosselungsbesteuerung kaum tangiert wird. Zum anderen habe ich eine Frage an Herrn *Sutter*: Wenn ich mir die Schlussanträge der Generalanwältin in der Rechtssache Finanzamt Linz ansehe, so scheinen mir diese unvereinbar zu sein mit den vorangegangenen Entscheidungen in den Rechtssachen *Paint Graphos* und vor allen Dingen *P Oy*. *P Oy* liegt ein Sachverhalt zugrunde, der im Wesentlichen dem deutschen § 8c KStG entspricht. In der Entscheidung wurde eine Ausnahme vom Referenzsystem erkannt. Hier musst du prüfen, ob sie sich mit internen Zwecken begründen lässt. Wenn der EuGH die Spezifität als Merkmal anerkannt hätte, dann wäre dieser Prüfauftrag an das finnische Gericht in den Bereich entweder unsinnige Arbeitsbeschaffung oder in den Bereich der Scherzerklärung einzuordnen. Teilen Sie diese Einschätzung?

Prof. Dr. *Jochen Lüdicke*, Düsseldorf

Eine Frage an Herrn *Sutter*: Sie haben – völlig zu Recht natürlich – gesagt, jemand der unmittelbar eine Subvention erhält, mag die Prüfungspflicht haben, ob die Voraussetzungen für diese Subvention vorliegt. Nun sind ja Beihilfen auch in der Form vorstellbar, dass ich eine normale Entlastung bekomme und andere nur belastet werden, wenn jetzt das jeweilige Ausgangsvoraussetzung so ist, dass die Belastung vom Gerichtshof als der Normalfall und die Entlastung als Subvention erkannt

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

wird. Das ist ja keineswegs – wie wir auch heute Morgen gehört haben – völlig klar, da muss man ja sehen, kommt hier eine erhebliche Überprüfungslast bei einem Unternehmen, was glaubt, eine normale Besteuerungssituation zu haben. Und müssten wir für diese Unternehmen – da schließe ich mich an Herrn *Seer* an – nicht nur eine allgemeine Leistungsklage oder eine ähnliche Zugangsmöglichkeit sicherstellen können, dass der Übermaßzins, der ja gerade aus der neusten EuGH-Rechtsprechung mit Zinseszins deutlich hervortritt, vermeidbar wird.

Dr. *Heinz-Gerd Horlemann*, Herzogenaurach

Ich habe eine Frage, die sich auf die Stellung einer Norm im Regulationssystem von Grundfreiheiten- und Beihilfenrecht bezieht. Im Endeffekt betrifft die Frage also beide Referenten. Es geht um die Systemumstellung bei der Besteuerung von Alterseinkünften. Da hat der EuGH bzgl. *Riester* entschieden, dass ein Verstoß gegen Beihilfenrecht vorläge, und deswegen hat der deutsche Gesetzgeber ja bestimmte Normen letztendlich aufheben müssen. Die Frage ist: Macht es einen Unterschied für die Beurteilung nach den Regelungen zu den Grundfreiheiten, ob die Systemumstellung auf die nachgelagerte Besteuerung alleine im Steuerrecht steht, oder hat es auch Auswirkungen, wenn zusätzlich über die steuerliche Auswirkung der Zahlungen in der Ansparphase hinaus auch eine Förderung damit verbunden ist? Ist das dann eine getrennte beihilfenrechtliche Frage bzgl. der *Riesterzulage*, soweit sie über die steuerlichen Wirkungen hinausgeht? Liegt eine Subvention vor, die über die steuerliche Wirkung hinausgeht, stellt sich die Frage, trennt man dann die Beurteilung dieser beiden Effekte nach Beihilfenrecht und nach den Grundfreiheiten?

Prof. Dr. *Johanna Hey*, Köln

Ich habe zwei Fragen zum Verhältnis von Grundfreiheitenprüfung und Beihilferecht. Herr *Dobratz*, Sie haben von den edlen Zielen gesprochen, das hat mir gut gefallen. Dann habe ich mir überlegt, ob es nicht auch eine Schnittmenge geben muss zwischen zulässigerweise auf die Verfolgung nationaler Interessen beschränkten Steuervergünstigungen und den Genehmigungstatbeständen des Beihilferechts. Kann es wirklich sein, dass wir mittels der Grundfreiheiten eine Erstreckung von Steuervergünstigungen auf grenzüberschreitende Sachverhalte verlangen, die beihilferechtlich zulässigerweise auf bestimmte Sparten oder – da ist es ganz eklatant – Regionen beschränkt werden könnten? Meine zweite

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

Frage richtet sich an Herrn *Sutter*, sie betrifft noch einmal die Dogmatik von Regelbesteuerung und Ausnahme im Fall der mittelbaren Selektivität. Es lässt mir einfach keine Ruhe, wie die Vergünstigungen für Lizenz- und Patenteinkünfte zu bewerten sind. Wir haben es doch unzweifelhaft mit einer Ausnahmeregelung zu tun. Hier wird für bestimmte Einkünfte ein gegenüber dem allgemeinen Körperschaftsteuersatz ermäßigter Steuersatz zur Anwendung gebracht. Damit diese Ausnahme selektiv ist, muss sie sich auf bestimmte Unternehmen beziehen. Man kann natürlich sagen, diese Regelung steht allen Unternehmen offen. Jedes Unternehmen kann Lizenzeinkünfte beziehen. Aber das hätte man im Fall des § 8c KStG ja auch sagen können. Jedes Unternehmen kann ein Sanierungsfall werden, theoretisch. In der Rechtssache Gibraltar hat der Gerichtshof Fälle mittelbarer Selektivität als Beihilfen eingeordnet. Sonst wäre es auch allzu leicht für den Gesetzgeber, das Beihilfeverbot durch geschickte tatbestandliche Ausgestaltung zu umschiffen. Freilich muss es sich zunächst um eine Steuervergünstigung als Ausnahme vom allgemeinen Steuersystem handeln und das ist bei § 8c KStG anders als bei den Lizenzboxen zweifelhaft.

Dr. *Michael Take*, Kiel

Ich habe eine Frage, die schließt sich ein wenig an das Vorhergehende an. Die möchte ich aber etwas erweitern. Wir haben in den vergangenen Jahren gesehen, dass der Staat doch sehr viel stärker in das wirtschaftspolitische Geschehen eingreift und die Frage, die sich daraus ergibt: Ist das Verständnis, das der Beihilfeproblematik zugrunde liegt, dass der Staat eher liberal und zurückgedrängt agieren soll, noch vereinbar mit Kategorien, die systemrelevant sind, wenn ein Unternehmen von bestimmter Größe in Not gerät, dann tritt die Beihilfeproblematik und das Verständnis zurück und übergeordnete Gesichtspunkte spielen da eine Rolle und vermögen dann staatliches Handeln zu rechtfertigen. Gibt es da Ansätze aus dem europäischen Vertrag, um da eine Verknüpfung zur Harmonisierung herzustellen?

Prof. Dr. *Klaus-Dieter Drüen*, Düsseldorf

Ich möchte das Spannungsverhältnis zwischen dem Europarecht und dem Verfassungsrecht aufgreifen. Herr *Sutter*, wenn ich ein Beispiel aus dem Beihilferecht nehme, so gibt es in Deutschland eine Verfassungsgerichtsentscheidung, wonach Geldbußen, die abschöpfende Wirkung haben, den Betroffenen nicht doppelt belastet dürfen. Darum sind ab-

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

erschöpfende Geldbußen steuerlich abziehbar, soweit der wirtschaftliche Vorteil, der durch den Gesetzesverstoß erlangt wurde, abgeschöpft worden ist, wenn die Steuern vom Einkommen und Ertrag, die auf den wirtschaftlichen Vorteil entfallen, nicht abgezogen worden sind (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG). In Österreich gab es eine ähnliche Regelung bis 2011, die aber abgeschafft worden ist. Aus deutscher Sicht würden wir sagen, die Gewinne, die aus dem bebußten Verhalten erwachsen, werden ganz normal besteuert. Für die Geldbuße gilt der Betriebsausgabenabzug nach dem objektiven Nettoprinzip, der zur Gewährung der Einheit der Rechtsordnung eingeschränkt wird. Das ist rechtspolitisch nachvollziehbar, aber sobald der Vorteil ohne Berücksichtigung der Steuerfolgen abgeschöpft wird, ist insoweit als Verfassungsvorgabe zwingend der Betriebsausgabenabzug zu gewähren. Meine Frage lautet: Wie sehen Sie das beihilferechtlich? Ist der verfassungsrechtlich zwingende Abzug die Normallinie oder aber ein Ausnahmeverhältnis? Technisch ist es in Deutschland so, dass § 4 Abs. 4 EStG allgemein den Betriebsausgabenabzug normiert, für Geldbußen gilt als Ausnahme davon das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG, von dem in Satz 4 die Rückausnahme für abschöpfende Geldbußen vorgesehen ist, um die verfassungswidrige Doppelbelastung zu vermeiden. Aus meiner Sicht muss man – wie Sie sehr schön herausgearbeitet haben – eine wertende Betrachtung anstellen. Dabei liegt die Festlegung der steuerlichen Normallinie in der Autonomie der Mitgliedstaaten, die auch Herr *Dobratz* betont hat. Bei der Wertung ist der verfassungsrechtliche Hintergrund für diese Systemfrage als Benchmark zu berücksichtigen, so dass in meinem Beispiel unabhängig von der Regelungstechnik aus meiner Sicht keine Beihilfe gegeben ist.

Dr. *Lars Dobratz*, Luxemburg

Gut, dann würde ich zunächst auf die Frage von Herrn Prof. *Reiß* eingehen. Die Frage danach, welche Rechtsgrundlage es eigentlich hat, dass bei der Grundfreiheitenverletzung und deren Rechtfertigung zwischen Union und Mitgliedstaaten differenziert wird. Nach meiner Überzeugung ist die schlechtere Behandlung der Mitgliedstaaten eher ein statistischer Befund. Ich hatte allerdings den Grundsatz der Vermutung der Rechtmäßigkeit des Unionsrechts angeführt, der sich zwar eigentlich auf seine Verwerfbarkeit bezieht, aber es gibt noch einen anderen dahinter stehenden Gedanken, der sich nicht unbedingt unmittelbar rechtlich niederschlägt, das ist nämlich der, dass, wenn die Union handelt, so haben wir jedenfalls in der Vergangenheit immer ein gemeinsames Han-

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

deln aller Mitgliedstaaten gehabt. Und das hat in der Sichtweise des Gerichtshofs eine größere Legitimität, als wenn ein einzelner Mitgliedstaat eine Grundfreiheit beschränkt. Das ist natürlich juristisch gesehen nicht per se überzeugend, aber es kann vielleicht im Rahmen einer verhältnismäßigen Sichtweise doch eine Rolle spielen. Zu der zweiten Frage, da ging es um die Rechtsfolgen eines Grundfreiheitenverstosses bezüglich des § 6b EStG. Aus Sicht der Grundfreiheiten müsste das klar sein, dass für den Fall diejenigen, die ein Ersatzwirtschaftsgut anschaffen in einer ausländischen Betriebsstätte, das auch geltend machen können, wenn die Bestimmung, die vorsieht, dass die Reinvestition in einer inländischen Betriebsstätte stattfinden muss, eben unionsrechtswidrig ist, gegen die Grundfreiheit verstößt und deswegen nicht angewandt wird. Dann weiter zu den Grundfreiheiten. Herr *Seer*, Sie hatten angesprochen, Sie hätten sie immer als Freiheitsrechte verstanden. Ich denke auch, dass der EuGH sie immer als Freiheitsrechte verstanden hat, jedenfalls von der Grundlage her. In der konkreten Anwendung hat er sie in der steuerrechtlichen Rechtswelt aber immer als Gleichheitsrechte verstanden. Wobei ich jetzt, ich hatte auch in der Mittagspause eine ähnliche Diskussion dazu, um Missverständnissen vorzubeugen, ergänzen muss: Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, das ist nicht der einzige Differenzierungsgrund, der nationales Recht gleichheitsrechtlich infrage stellt. Es kann auch im Herkunftsstaat um die Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Beteiligungen inländischer Gesellschaften gehen. Insofern ist das erweitert, aber es bleibt ein Gleichheitssatz, der eben zwischen inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhalten unterscheidet. Und das wurde bisher – bis auf einen vielleicht umstrittenen Fall – immer so vom EuGH angewandt, obwohl die allgemeine Dogmatik dagegen steht, die die Grundfreiheiten auch in anderen Rechtsbereichen als Freiheitsrecht angewandt hat. Ich habe mich aber aussprechen wollen für eine gleichheitsrechtliche Sichtweise der Grundfreiheiten. Dann komme ich zu Herrn *Ismer*. Ja, ein sehr interessanter Ansatz. Wir würden die Erdrosselungssteuer als Ausnahme von dem Prinzip ansehen, dass man Grundfreiheiten nur gleichheitsrechtlich anwendet. Habe ich Sie da richtig verstanden?

Prof. Dr. *Roland Ismer*, Msc. Econ. (LSE), Nürnberg

Na ja, es steht ja nicht in unmittelbar zentralem Widerspruch, dass es das Prinzip infrage stellt, sondern es betrifft letztendlich eine Randkonstellation. Wir haben die Entscheidung, die uns sagt, Erdrosselungssteu-

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

er geht nicht. Die Frage ist jetzt, kann ich entweder sagen, ich setze den Case beiseite und entscheide neu oder aber – dann müssen wir, was man in Case-Law-Tradition stärker machen würde – sage ich, das ist eben eine Fallkonstellation, die gesondert hinzutritt und gegen das allgemeine Prinzip, das ich häufig ohnehin im Wege der Induktion gewinnen muss, Vorrang hat.

Dr. *Lars Dobratz*, Luxemburg

Ich denke, das ist tatsächlich möglich, wenn man die Auffassung vertritt, dass die Grundfreiheiten nur im Steuerrecht allein gleichheitsrechtlich orientiert sind. Dann würde man das ausklammern. Dann würde man sagen, die Erdrosselungssteuer ist keine Steuer, sondern einfach ein Verbot einer bestimmten Tätigkeit. Und nach ständiger Rechtsprechung sind Verbote bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten unter den freiheitsrechtlichen Teil der Grundfreiheiten zu fassen. Ich bin aber nicht ganz damit zufrieden, dass man für ein bestimmtes Rechtsgebiet die Grundfreiheiten in besonderer Weise versteht. Das halte ich für den falschen Ansatz, hielte es aber für die zweitbeste Lösung, dass man nur für das Steuerrecht die Grundfreiheiten nur gleichheitsrechtlich interpretiert. Dann ging es noch um die Frage, in Bezug auf die Altersvorsorgezulage, ob es eine getrennte Frage ist, ob Grundfreiheiten verletzt sind oder ein Beihilfeverstoß vorliegt. Das würde ich deswegen auch schon so sehen, weil es verschiedene Voraussetzungen bei beiden Normen gibt. Die Frage des Konkurrenzverhältnisses, das ist natürlich dann sehr spannend, aber zunächst müssen diese beiden Prüfungen unabhängig voneinander durchgeführt werden. Ich denke auch, dass ihre Anwendungsbereiche eine Schnittmenge bilden. Und dann komme ich zum Schluss zu Frau *Hey*. Also eine Brücke zu schlagen zwischen den Rechtfertigungsgründen im Bereich der Grundfreiheiten und den beiden Genehmigungstatbeständen im Beihilfenrecht, das finde ich großartig, deswegen, weil ich ohnehin dafür plädieren würde, hier zu den Grundfreiheiten mehr Gleichlauf zu sehen, nämlich das Beihilfenverbot, den Beihilfetatbestand auch als einen speziellen Gleichheitssatz anzusehen. Diese ganzen Fragen in Bezug auf den Benchmark, die wir hier auch so diskutiert haben – was ist die normale Regelung, was ist die Abweichung: Ich finde die Diskussion hier immer etwas unfruchtbar, weil ich denke, es kommt nichts dabei herem. Es werden bloße Meinungen dazu ausgetauscht, was die normale Regelung ist, es gibt aber dazu keinen Maßstab, wie das eigentlich festzustellen ist. Ich fand in dem Zusammenhang interessant, was *Alexander Rust* gesagt hat, dass – wenn ich

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

es richtig verstanden habe – die Berufungskammer der WTO zuletzt dazu etwas gesagt hat, nämlich das Regel-Ausnahme-Verhältnis, das sei im Prinzip egal, es käme nur darauf an, was der Grund für die unterschiedliche Behandlung sei, und das scheint mir auch die beste Lösung für den Beihilfebereich zu sein. Man stellt eine Ungleichbehandlung fest, und dann muss man sehen, mit welchem sachlichen Grund könnte die gerechtfertigt werden. Dann gibt es im Unionsrecht vielleicht noch die Besonderheit der zwei Stufen einer solchen Prüfung. Wir prüfen einmal die objektive Vergleichbarkeit der Situation, das ist so eine Art Grobprüfung, und danach etwas verfeinert einen Rechtfertigungsgrund inklusive der Verhältnismäßigkeit, und in dem Kontext, denke ich, dass da dieselben Maßstäbe für Grundfreiheiten und Beihilfetatbestand gelten müssen. Bei der objektiven Vergleichbarkeit und bei den Rechtfertigungsgründen. Wenn man da zwischen Beihilfetatbestand und Grundfreiheiten Unterschiede macht, dann muss sich das in irgendeiner Form aus dem Ziel des jeweiligen speziellen Gleichheitssatzes selbst ergeben, warum man diese Differenzierung machen kann. Dann hat das auch auf der Ebene der objektiven Vergleichbarkeit Einfluss auf die Frage, was ist überhaupt eine Beihilfe, und nicht nur auf die Frage, ob die Kommission das überhaupt genehmigen kann.

*Dr. Franz Philipp Sutter, Wien*

Vielleicht vorneweg, ich glaube, es wird oft unterschätzt die Komplexität einer Beihilfenprüfung bzw. überschätzt, wie schnell man eine Antwort auf solche Fragen geben kann, wenn wir sagen, wir wären jetzt alle speziell mit Firmenwertabschreibungen am Gerichtshof beschäftigt. Erst durch genaue Beschäftigung mit dem Tatbestand kommt man auf die verschiedenen Möglichkeiten der Vergleichsdaten und da haben wir drei verschiedene Möglichkeiten der Vergleichbarkeit identifiziert. Das wäre auch meine Antwort auf die Einzelfragen. Letztlich kann es sicher nicht eine Frage der Gesetzestechnik sein, ob ich jetzt § 4 Abs. 4 zuerst gleichfasse, § 4 Abs. 5 mit einer Einschränkung, § 4 Abs. 8 mit einer Gegeneinschränkung. Das kann nicht der entscheidende Punkt sein. Entscheidend ist hier wirklich zu identifizieren, liegt hier eine Begünstigung vor und ist diese Begünstigung noch auf der Linie der installierten Logik des Systems oder nicht? Und das, glaube ich, ist eine Qualifizierung, die eben sehr komplex ist und die man sich in jedem Einzelfall einzeln durchdenken muss. Insofern kann ich hier keine schnellen Antworten jetzt geben, oder will das nicht machen. Man hat ein erstes Gefühl, aber das erste Gefühl trägt oft. Vielleicht noch zu dem Beispiel der

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

Kollegin *Hey*, zu den Patent Boxen, wo Sie gesagt haben, na ja, das schaut schon einmal sehr nach Beihilfe aus, weil da gibt es einen ermäßigten Steuersatz. Ich glaube, selbst das ist noch nicht gesagt, dass ich eine Beihilfe letztlich identifizieren muss. Wir erkennen im Internationalen Steuerrecht immer wieder so, dass es Systeme gibt, die viel stärker in Richtung Schedulenbesteuerung organisiert sind, als wir das im österreichischen und deutschen Recht sind. Ich glaube, Österreich ist ja schon vor längerer Zeit den Weg gegangen, den Deutschland jetzt mit der Abgeltungssteuer auch gegangen ist, wo man für gewisse Kapitaleinkünfte einen eigenen Steuersatz schafft. Jetzt könnte ich z.B. nicht schnell sagen, ob der österreichische Steuersatz für Kapitaleinkünfte, der 25 Prozent beträgt, ein Flachsatz ist, im Gegensatz zum progressiven Steuersatz, der von 0 bis 50 Prozent reicht. Wenn ich die beiden miteinander vergleiche, wäre es eben zu kurz gegriffen zu sagen, 25 sind besser als 50, weil die 25 haben z.B. auch bittere Tropfen: ich kann keine Betriebsausgaben absetzen, es ist eine Bruttobesteuerung usw. Also eine Schedulenbesteuerung per se, würde ich noch nicht als Beihilfe sehen. Die Frage ist eigentlich, wie ist das eingebettet in die gesamte innerstaatliche Steuerrechtsordnung? In die Richtung geht vielleicht auch die Anmerkung zur Rechtssache P Oy. Für uns war das ein sehr interessanter Fall jetzt als Richter, die mit einer nationalen Bestimmung konfrontiert sind, nämlich der vom Europäischen Gerichtshof selbst immer betonte Gerichtsverbund zwischen ihm auf der einen Seite und den nationalen Gerichtshöfen auf der anderen Seite. Momentan schaut es bei der grundfreiheitlichen Rechtsprechung z.B. des Europäischen Gerichtshofs gerade im Steuerrecht so aus, dass der Europäische Gerichtshof Grundlinien vorgibt und dann sagt, wenn ihr aus ordnungspolitischen Gründen die Einschränkung einführen wollt, dann ist das legitim, aber die nationalen Gerichte sollen die Kohärenz prüfen und sicherstellen. Und P Oy geht so ein bisschen in diese Richtung, dass der Europäische Gerichtshof generell seine Beihilfedogmatik einmal endentwickelt und wirklich die großen Linien vorgegeben hat. Was sind die großen Linien? Aus meiner Sicht muss der Europäische Gerichtshof bestimmen, wie dicht er den Prüfraster haben möchte im Prinzip und da habe ich noch Bedenken. Das ist manchmal ein bisschen strenger, manchmal weniger streng. Wenn er diesen Prüfraster einmal eingestellt hat, dann könnte er einen Teil der Prüfung an die nationalen Gerichte abgeben. Und so hätte ich P Oy verstanden, wo sehr interessant war, dass er wirklich einige Fallgruppen quasi akzeptiert hat als unproblematisch. Und wenn ich das richtig in Erinnerung habe, eine Fallgruppe, die bestand

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

aus wirtschaftspolitischen Gründen, wenn es um Arbeitsplätze geht oder so und das ist mir besonders aufgestoßen. Das hat er dann elegant zurückgespielt, das hat eher schon so in Richtung Arbeitsteilung ausgesehen, wobei diese Arbeitsteilung meines Erachtens durchaus zu früh kommt, weil der Europäische Gerichtshof seinen Standpunkt in dieser Problematik erst selbst verfestigen und allenfalls dann den Prüfungsmaßstab den nationalen Gerichten zur Verfügung stellen muss. Ja, die Frage natürlich der Konsequenzen zwischen Beihilfeverstößen auf der einen Seite und Grundfreiheitenverstößen auf der anderen Seite: Ich glaube, man darf die Frage nicht nur akademisch richtig beantworten, sondern muss sie aus der Brille des Abgabepflichtigen beantworten. Abgabenrecht basiert ja quasi nicht auf einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung, wo ich einen Tatbestand sehe und dann sage A) schaue ich mir für die Grundfreiheiten an, B) schaue ich mir für Beihilferecht an, nein, Abgabenrecht ist ja immer nationales Steuerverfahren, d.h. ich habe beispielsweise ein nationales Steuerverfahren, wo ein Abgabepflichtiger da ist, der z.B. ein grenzüberschreitendes Unternehmen ist und der sieht einen Steuervorteil, den er nicht in Anspruch nehmen kann, weil er quasi grenzüberschreitend ist. Das muss man natürlich auf die Grundfreiheiten stützen und sagen, lieber Finanzrichter, das kann nicht sein, du musst mich so stellen, wie es ohne Beschränkung der Grundfreiheiten wäre. Hier, in einer solchen Konstellation, stellt sich also die Grundfreiheitenfrage, denn derjenige, der ausgeschlossen ist, möchte auch hinein. Die Beihilfefrage wird sich in diesem Verfahren nicht stellen, weil er bekommt ja den Steuervorteil eh nicht, d.h. er wird nicht Steuerbeihilfe-Empfänger werden können. Dagegen im Parallelverfahren, wo jemand Beihilfeempfänger ist, er kommt gerade in den Genuss des Steuervorteils und er meint, er bekommt keinen Steuervorteil in Höhe von nur 50.000, sondern in Höhe von 70.000. Er streitet dann um 50.000 oder 70.000 und plötzlich kommt der Finanzrichter und sagt, ihm stehen nicht einmal die 50.000 Abzugskosten zu. Also die Fälle, wo sich beide Fragen überlappend stellen, da sollten wir sagen, die sind gar nicht so häufig. Insofern war unser Fall ein sehr spezieller und wir fanden den besonders geeignet, weil wir hier dem Europäischen Gerichtshof einen Fall präsentieren konnten, wo beide – sowohl die Beschränkung von Grundfreiheiten als auch die Frage der Beihilfe – im Raum standen. Die Konsequenzen sind unterschiedlich: der nicht Begünstigte bekommt plötzlich auch den Vorteil – das ist die Konsequenz. Im offenen Steuerverfahren bekommt er für alle offenen Steuern die Begünstigung im Veranlagungsjahr. Die Konsequenz dagegen im Verfahren des

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

Beihilfeempfängers, wieder ähnlich, aber in eine ganz andere Richtung. Alle Jahre, die offen sind vor dem Finanzrichter, wo man davon ausgegangen ist, wir kriegen in jedem Jahr die 50 als Steuerabsetzkosten, mindestens die 50, aber wir hätten gerne jetzt dann 70, da sagt dann plötzlich der Finanzrichter, du erhältst in jedem offenen Jahr 0. Also das geht in die andere Richtung. Angesichts dieser Rechtsfolge vielleicht zur Frage, die Kollege Herr *Seer* aufgeworfen hat: Habe ich als Unternehmen einen Anspruch, eine Leistungsklage, dass der Mitgliedstaat seiner Pflicht nachkommt spätestens dann, wenn die Gerichte festgestellt haben, dass wir hier einen Beihilfecharakter haben? Und das ist im Schrifttum auch schon aufgeworfen worden. Ich habe es gesucht, aber nicht gleich gefunden, aber in meiner Kommentierung habe ich es zitiert. Also es gibt schon jemand, der gesagt hat, da brauchen wir so etwas wie eine Leistungsklage, denn wie komme ich sonst zu meinem Recht, wenn der Mitgliedstaat unwillig ist und sagt, er modifiziert nicht. Wie kann ich da die Früchte quasi der Vertrauensschutzjudikatur ernten? Wie kann ich die einfangen? Letztlich wird man aber sehen müssen, wie der Vertrauensschutz überhaupt vom Europäischen Gerichtshof angenommen wird, da ist noch vieles im Fluss.

Prof. Dr. Dr. h.c. *Wolfgang Schön*, München

Vielen Dank, Herr *Dobratz*, Ihre Überlegungen geben mir jetzt doch Anlass zum Widerspruch. Ich erkenne eine Tendenz in der Diskussion, die ich für gefährlich halte. Und diese Tendenz wäre die, das Beihilfeverbot in so eine Art europarechtlich begründete, allgemeine Diskriminierungskontrolle des nationalen Unternehmenssteuerrechts zu überführen. Das geht zu weit! Es wäre natürlich ein nahezu ästhetischer Erfolg, zu sagen: wir haben Art. 3 Grundgesetz, wir haben die Grundfreiheiten, wir haben die Beihilfekontrolle, wir haben die WTO-Kontrolle und diese sind alle eigentlich immer nur Ausprägungen eines Grundgedankens, nämlich des Diskriminierungsverbots. Vorsicht, Vorsicht! Sie laufen in zwei Probleme hinein. Das erste Problem ist die nationale Steuersouveränität, die Sie am Anfang betont haben. Es ist ein zentraler Bestandteil der Garantie europäischer Steuerliberalität, den Mitgliedstaaten die Benchmark-Definition zu überlassen. Wenn man das nicht tut, dann ist man sehr schnell dabei, über den Art. 107 Abs.1 des AEUV gewissermaßen eine Parallelkontrolle zu Art. 3 Abs.1 GG vorzunehmen, möglicherweise unter verschärften Maßstäben. Ich würde dies unter dem Gesichtspunkt des Gewaltengefüges in der Europäischen Union für problematisch halten. Und noch einen viel größeren Torte tut man damit

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

dem Steuerpflichtigen an, denn die normale Rechtsfolge eines Verstoßes gegen ein Diskriminierungsverbot ist eine offene. Man stellt eine Ungleichbehandlung fest, die kann man bewältigen durch Angleichung nach oben oder nach unten. Das Bundesverfassungsgericht stellt zu Art.3 Abs.1 GG den Verstoß fest und lässt dem Gesetzgeber die Wahl, den einen zu bestrafen und den anderen zu belohnen, und nicht sehr viel anders macht es auch der EuGH, wie wir in vielen Verfahren gesehen haben, bei den Grundfreiheiten. Bei der Beihilfe muss man aber bei einem Verstoß gegen Art. 107 AEUV dem jeweils Bessergestellten alles wegnehmen, was er bekommen hat. Und wenn man dann auf die Benchmark verzichtet und es reicht eine Diskriminierung, dann kann es sein, dass man im ganz großen Stil in obligatorische Rückforderungsansprüche gegen die Steuerpflichtigen hineinläuft. Daher würde ich das Erfordernis einer Benchmark – so unangenehm sie konzeptionell ist und so schwierig sie im Einzelfall festzustellen ist – das gilt übrigens auch für das WTO-Recht – nicht aufgeben.

Ein Wort noch zu dem, was Sie mit Frau *Hey* diskutiert haben. Kann es sein, dass die Rechtfertigungsmöglichkeiten im Beihilferecht andere sind und größere als im Grundfreiheitenrecht? Ich habe die Frage vor vielen Jahren einem Kollegen gestellt, der das europäische Wirtschaftsrecht überblickt, und der hat mir gesagt, wissen Sie, Herr *Schön*, das ist gar keine Frage der Inhalte der Rechtfertigung, sondern der Kompetenz. In den Grundfreiheiten geht es um das, was der nationale Gesetzgeber durchsetzen kann. Da sind wir streng. Im Art. 107, 108 AEUV geht es darum, dass die europäischen Organe ihre binnenmarktweiten Vorstellungen wirtschaftspolitischer Richtigkeit umsetzen. Das darf man nicht durcheinander bringen.

*Michael Wendt, München*

Ich weiß, wir sind fortgeschritten in der Zeit, aber, Herr *Sutter*, Sie rufen meinen Widerspruch hervor. Als Richter weigere ich mich, Gelder von einem Kläger einzuziehen, der von mir Rechtsschutz begehrt. Das ist in Deutschland nicht möglich. Ich nehme an, das ist in Österreich auch nicht möglich. Es mag sein, dass die Behörden dann verpflichtet sind, diese Beihilfe zurückzufordern. Herr *Schön* hat ja gerade gesagt, dass möglicherweise das nationale Verfahrensrecht der Abgaben die Behörden zwingt, diese Beihilfe zurückzufordern. Jedenfalls kann Ihr Beispiel, wie Sie es gerade gebildet haben, nach meiner Einschätzung in Deutschland nicht funktionieren. Er begehrt 70000 Einheiten und hat 50000 be-

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

kommen, da bekommt er von mir gesagt, du kannst nicht mehr als die 50000 bekommen – *Reformatio in peius*. Dabei bleibt es, jedenfalls vor Gericht. So bin ich der Meinung, dass das Beihilferecht das nationale Prozessrecht nicht überspielen kann.

Dr. Lars Dobratz, Luxemburg

Herr *Schön*, ich würde gerne kurz dazu Stellung nehmen. Ich denke, dass wir im Ergebnis völlig übereinstimmen, weil auch ich meine, dass man den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots insgesamt sehr eng sehen sollte, eben auch wegen der Rechtsfolgen. Was ich nur konstatieren, ist, dass in der Anwendung – das ist meine Interpretation der Rechtsprechung des EuGH – ist es nichts anderes als in einem ersten Schritt eine Gleichheitsprüfung vorzunehmen, um festzustellen, ob es sich überhaupt um eine Beihilfe handelt. Das Problem ist nun, dass, wenn man den Beihilfenbegriff über den Bezugsrahmen eingrenzen will, dann hat man dafür keine Kriterien, den Bezugsrahmen festzulegen. Vielleicht gibt es dafür auch Kriterien, vielleicht kann man die mal herausfinden, aber derzeit macht es jedenfalls jeder anders. Es ist letztlich nicht vorherzusehen, was man als Bezugsrahmen annimmt, und deswegen denke ich, dass es kein hinreichendes Merkmal ist, den Beihilfenbegriff zu beschränken oder die Auswirkungen des Beihilfenbegriffs. Ich denke, dass der EuGH dieses Problem selbst verursacht hat, weil nämlich eigentlich zur Annahme einer Beihilfe hinzukommen muss, dass Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt auftreten. Der EuGH hat diese Voraussetzung aber so eng ausgelegt, dass sie eigentlich immer vorliegt, und deswegen kommt es im Steuerrecht nur noch auf die Frage der Selektivität an. Und in diesem Rahmen muss man nach Abschluss der Gleichheitsprüfung eine weitere Voraussetzung feststellen, dass eine Steuervergünstigung tatsächlich bestimmte Unternehmer, bestimmte Produktionszweige begünstigt, und das ist dann der Riegel, den man einer zu weiten Anwendung des Beihilfenverbots verschieben kann, weil wir keinen anderen mehr haben. Ich halte das für sinnvoller, als ein Bezugssystem zu definieren, für dessen jeweilige Definition man keine abstrakten Kriterien erkennen kann. Ich denke, das dient der Rechtssicherheit. Sie müssen wissen, wann liegt eine Beihilfe vor und wann nicht. Das müssen auch die nationalen Gerichte vor einer Entscheidung des EuGH wissen. Das muss der Gesetzgeber vorher wissen. Der Bezugsrahmen bietet hier keine Lösung. Deswegen muss man da anders ansetzen.

---

Diskussion – zu den Referaten von Dobratz und Sutter

---

Dr. *Franz Philipp Sutter*, Wien

Ich möchte nur ein paar Worte sagen zur Welt des Richters. Ich glaube in der Tat, die hat sich verändert durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und durch Art. 108 Abs. 3 Satz 3, wo in ständiger Rechtsprechung jüngeren Datums der Europäische Gerichtshof sagt, dass die nationalen Gerichte die Hüter des Europäischen Rechts sind. D.h. sie dürfen nationale Vorschriften nicht zur Anwendung bringen, die nicht notifiziert worden sind, obwohl sie den Beihilfetatbestand erfüllen. Anders hätte auch unsere Vorlageentscheidung keinen Sinn gemacht. Das liegt – meines Erachtens – jedenfalls in Systemen, wo auf der Ebene der Finanzgerichtsbarkeit eine volle Reformation möglich ist – in Österreich ist das so. Da besteht überhaupt kein Zweifel, dass der nationale Finanzrichter auch zu Lasten des Abgabepflichtigen unionswidrige Beihilfevorschriften nicht zur Anwendung bringen kann. Ich habe das bewusst deswegen herausgeschnitten, weil das eben ganz etwas Neues ist. Man ist gewohnt, als Abgabepflichtiger Unionsrechtsverstöße zu seinen Gunsten in Erinnerung zu haben, Grundfreiheiten, Richtlinienverstöße, Richtlinien, die nicht umgesetzt worden sind, wie die Mehrwertsteuersystemrichtlinie und so fort, dann kann das nur zu seinen Gunsten zur Durchführung kommen. Im Beihilferecht ist das anders.

## Organisation und Verfahren steuerlicher und außersteuerlicher Wirtschaftsförderung

Ministerialdirigent Dr. *Stefan Breinersdorfer*

Ministerium der Finanzen Rheinland Pfalz, Mainz

- |  |  |
|--|--|
| <p><b>I. Bedeutung des Themas: Wirtschaftsförderung als Belang des Gemeinwohls</b></p> <p><b>II. Konkretisierung der Fragestellung</b></p> <p><b>III. Ableitung des Subventionsbegriffs</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Abgrenzung steuerlicher Subventionen zu systembedingten Vorteilen (z.B. AfA)</li> <li>2. Einbeziehung der KfW-Programme bei der direkten Subvention</li> </ol> <p><b>IV. Auswahl der Prototypen für den Vergleich der unterschiedlichen Förderwege</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Steuervergünstigungen und KfW-Programme zur energetischen Sanierung</li> <li>2. Investitionszulage für die neuen Länder</li> </ol> <p><b>V. Vergleich der Prototypen</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Vergleichspunkt: Entstehung des Fördertatbestandes             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Vorbehalt des Gesetzes bei der steuerlichen Subvention                 <ol style="list-style-type: none"> <li>aa) Integration der Steuervergünstigungen in das Steuerrecht</li> <li>bb) Finanzierung der Investitionszulage aus dem Aufkommen der Ertragsteuern</li> </ol> </li> <li>b) Haushaltsansatz bei den KfW-Programmen als Ermächtigungsgrundlage</li> <li>c) Auswirkungen der unterschiedlichen Gesetzesbindung auf das Verfahren</li> </ol> </li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Vergleichspunkt: Öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Subventionsgewährung             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Entscheidung über steuerliche Subventionen durch Steuerbescheid</li> <li>b) Zwei-Stufen-Theorie bei den zinsverbilligten Krediten der KfW</li> <li>c) Zwei-Stufen-Theorie bei verlorenen Zuschüssen der KfW</li> </ol> </li> <li>3. Vergleichspunkt: Persönliche Förderungsberechtigung</li> <li>4. Vergleichspunkt: Umsetzung des Förderungszweckes             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Normierung bautechnischer Vorgaben</li> <li>b) Beiziehung externen Sachverständigen</li> </ol> </li> <li>5. Vergleichspunkt: Fördermodalitäten und Korrekturmöglichkeiten             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Steuervergünstigungen als Bestandteil der Besteuerungsgrundlagen</li> <li>b) Eigenständiges Besteuerungsverfahren bei der Investitionszulage</li> <li>c) Fördervarianten bei den KfW-Programmen                 <ol style="list-style-type: none"> <li>aa) Zinsverbilligte Darlehen im Bankverfahren</li> <li>bb) Verlorener Zuschuss durch die KfW selbst</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>6. Vergleichspunkt: Anspruch auf Subvention oder Ermessen</li> </ol> |
|--|--|

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Gebundene Entscheidung im materiellen Steuerrecht</li> <li>b) Ermessen bei der Bewilligung im Rahmen der KfW-Programmen</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>c) Begrenzung auf bereitgestellte Mittel</li> </ul> <p><b>VI. Fazit</b></p> |
|--|--|

## I. Bedeutung des Themas: Wirtschaftsförderung als Belang des Gemeinwohls

Das Thema „Organisation und Verfahren steuerlicher und außersteuerlicher Wirtschaftsförderung“ ist von erheblicher staatsrechtlicher und staatspolitischer Tragweite. Ein Staat wie der unsere, der als Sozialstaat gemäß Art. 20 Abs. 1 GG auf die Förderung des Gemeinwohls ausgerichtet ist, wird auf die Lenkung seiner Wirtschaft kaum verzichten können,<sup>1</sup> will er seiner Aufgabe gerecht werden. Denn die Wirtschaftssubjekte sind in einer freien Marktwirtschaft vorrangig profitorientiert. Verbote können dem allenfalls eingeschränkt gegensteuern, weil sie nur geeignet sind, unerwünschte Verhaltensweisen zu unterbinden. Soll die Wirtschaft dagegen in Richtung auf ein Gemeinwohlziel gelenkt werden, dann muss der Staat dafür einen positiven Anreiz schaffen. Ein Mittel hierzu ist die Wirtschaftsförderung.

Die Wirtschaftsförderung hat allerdings auch noch eine andere Seite: sie muss aus knappen Ressourcen finanziert werden. Auch wenn es dazu eine Vielzahl von Wegen gibt, tritt ein Ergebnis immer ein: Der Staat wendet Mittel auf, die ihm dann für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben fehlen. Eine verantwortungsvolle Subventionspolitik evaluiert deshalb die Wirtschaftsförderung fortwährend systematisch unter gesamtwirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Aspekten und passt diese gegebenenfalls an oder baut sie ab. Dies ist gut und richtig, denn nur die effiziente und effektive Wirtschaftsförderung leistet den gewünschten Beitrag zum Gemeinwohl. Das Ziel einer optimalen Wirtschaftsförderung stellt Anforderungen an ihre verfahrensmäßige und organisatorische Durchführung: Das Förderziel muss effektiv erreicht und die Wirtschaftsförderung muss sowohl für den Subventionsempfänger als auch für die staatliche Verwaltung effizient vollzogen werden.

<sup>1</sup> Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 19 Rz. 70/75.

## II. Konkretisierung der Fragestellung

Für wirtschaftliche Subventionen stehen zwei grundsätzlich verschiedene Förderwege zur Verfügung.<sup>2</sup> Einmal darf der Staat Steuervergünstigungen<sup>3</sup> schaffen, die dem Subventionsempfänger einen Vorteil durch Abzug von der Bemessungsgrundlage oder Minderung der Steuerschuld gewähren. Zu den steuerlichen Subventionen gehören aber auch einmalige Geldzahlungen wie die Investitionszulage und privilegierende Steuersätze wie teilweise der ermäßigte Steuersatz in der Umsatzsteuer. Dem gegenüber steht die außersteuerliche Wirtschaftsförderung durch direkte Subventionen wie etwa verlorene Zuschüsse, zinsverbilligte Darlehen oder Bürgschaften,<sup>4</sup> die durch andere Stellen als die Steuerverwaltung gewährt werden.

Ein erster Blick in den 24. Subventionsbericht der Bundesregierung für die Jahre 2011 bis 2014 zeigt, dass die Förderlandschaft in beiden Förderwegen höchst vielfältig ist. Im Berichtszeitraum gab es beispielsweise 62 Finanzhilfen alleine des Bundes,<sup>5</sup> die ein Spektrum von „Ernährung“ bis „Bergbau“ abdecken. Zu dem Bereich der Finanzhilfen, der im Wesentlichen die direkte Subvention abdeckt, kommen noch 102 steuerliche Subventionen hinzu,<sup>6</sup> die zwar zum Teil ausgelaufen sind, aber eine nicht minder geringe Spreizung der betroffenen Sachgebiete aufweisen. So gibt es beispielsweise die Möglichkeit, stille Reserven bei der Veräußerung bestimmter Anlagegüter nach Maßgabe von § 6b EStG steuerfrei zu übertragen ebenso wie die steuerliche Subventionierung des Agrardiesels.

Die Lebenserfahrung sagt, dass das Verfahren der Gewährung und die Organisation von Subventionen wahrscheinlich ebenso differenziert sind. Aufgabe der vorliegenden Untersuchung kann es deshalb nicht sein, eine vollständige Bestandsaufnahme oder Analyse zu bieten. Die Arbeitsweise wird vielmehr exemplarisch sein. Zunächst ist es erforderlich, den Begriff der Subvention zu bestimmen. Anschließend werden Prototypen der steuerlichen und außersteuerlichen Wirtschaftsförderung herausgefiltert. Sie werden sodann in einen Vergleich des Verfahrens und der Organisation eingestellt, und zwar mit dem Ziel grundsätz-

2 *Kämmerer* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 124 Rz. 12.

3 Eingehend zum Begriff *Jochum*, Die Steuervergünstigung, § 1.

4 *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3. Aufl., Rz. 156.

5 24. Subventionsbericht, 17/14621, 14 Nr. 27/47.

6 24. Subventionsbericht, 17/14621, 33 Nr. 95.

liche strukturelle Unterschiede deutlich zu machen. Schließlich soll in einem Fazit der Frage nachgegangen werden, welche Vor- und Nachteile die verschiedenen Förderwege haben.

### III. Ableitung des Subventionsbegriffs

#### 1. Abgrenzung steuerlicher Subventionen zu systembedingten Vorteilen (z.B. AfA)

Im Subventionsbericht der Bundesregierung werden unter steuerlichen Subventionen spezielle steuerliche Ausnahmeregelungen verstanden, die für die öffentliche Hand zu Mindereinnahmen führen und Sektoren oder Teilbereiche der Wirtschaft unmittelbar oder mittelbar begünstigen.<sup>7</sup> Diese Begriffsbestimmung ist wenig trennscharf, weil sie zum Beispiel den Förderzweck ausblendet, und erkennbar von dem Bemühen getragen wird, möglichst alle Maßnahmen mit Subventionseffekten zu erfassen. Ausgehend von dem Ziel des Subventionsberichts, die tatsächlich gewährten Subventionen umfassend zu evaluieren, ist ein weiterer Ansatz zwar richtig. Wer allerdings die Grundstrukturen verschiedener Förderwege im Bereich der Wirtschaftsförderung vergleichen will, muss präziser werden.

Eine steuerliche Subvention wird im Folgenden angenommen, wenn eine Rechtsvorschrift im Steuerrecht das Aufkommen mindert und dadurch ein außersteuerlicher Förderzweck gegenüber der Wirtschaft verwirklicht werden soll. Abgrenzungsfragen stellen sich hier insbesondere in zwei Bereichen, bei denen es ebenfalls zu einer Minderung des Aufkommens kommt, ohne dass eine Subvention vorliegt:

- bei Abschreibungen, die von der linearen AfA abweichen, also bei der degressiven AfA oder der Sonder-AfA.
- beim sofortigen Betriebsausgabenabzug, wenn auch eine Aktivierung der Aufwendungen in Betracht kommt.

In beiden Fällen entsteht zwar zu Gunsten des Steuerpflichtigen ein aufkommensmindernder Steuervorteil. Fraglich ist aber, ob der Vorteil systembedingt ist, etwa weil eine Sonder-AfA einen atypischen Wertverzehr abbilden soll, oder der Umsetzung eines Förderzwecks gegenüber der Wirtschaft dient. Hier kommt es entscheidend darauf an, wie der Gesetzgeber die Maßnahme begründet, mit systematischen Erwägungen oder mit einem Förderungszweck. Soweit das Gesetz wie bei selbst-

<sup>7</sup> 24. Subventionsbericht, 17/14621, 9 Nr. 7 Anlage 2 Nr. 24 und 19.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

geschaffenen immateriellen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens die Aktivierung von Aufwendungen untersagt (§ 5 Abs. 2 EStG), liegt dem beispielsweise das systematische Anliegen zu Grunde, in der Bilanz keinen Vermögenswert auszuweisen, der im Belieben des Unternehmers steht und am Markt nicht „getestet“<sup>8</sup> wurde.

Weniger problematisch in der Abgrenzung sind die Steuervergünstigungen, bei denen die aufkommensmindernde Förderwirkung durch einen Systembruch erzeugt wird. Dies ist etwa bei Maßnahmen der Fall, die einen Abzug von der Steuerschuld ermöglichen, denn die Gewährung dieses Vorteils löst sich mit seiner linearen Entlastungswirkung vom Grundsatz der Besteuerung nach der steuerlichen Leistungsfähigkeit. Hier verfolgt der Gesetzgeber typischerweise einen außersteuerlichen Förderzweck. Als Beispiel kann § 35a EStG genannt werden, der der Bekämpfung der „Schwarzarbeit“ dienen soll. Einen Systembruch stellen auch die Investitionszulagen dar. Hierbei handelt es sich um progressionsunabhängige einmalige Geldzahlungen, die unabhängig von einer Steuerschuld ausbezahlt werden.

Ohne Bedeutung soll dagegen für die vorliegende Untersuchung sein, wer die steuerliche Subvention in Anspruch nimmt. Erfasst werden von dem Subventionsbegriff also Steuervergünstigungen, die zwar Privatpersonen zustehen, aber mittelbar (auch) dazu dienen, einen bestimmten Wirtschaftszweig zu fördern. Eine Begrenzung auf Maßnahmen, die nur von Wirtschaftssubjekten in Anspruch genommen werden können, wäre dagegen zu eng. Denn die Förderwirkung lässt sich häufig nicht genau abgrenzen. So dient zwar eine Steuervergünstigung für Maßnahmen zur energetischen Sanierung, die Privatpersonen gewährt wird, dem Umweltschutz, dieser kann aber nur verwirklicht werden, wenn die Wirtschaft entsprechende Kapazitäten vorhält. Die Subvention von Privatpersonen kann folglich die Marktbedingungen verbessern und kommt so durch Umsatz- oder Preissteigerungen zumindest teilweise bei den Unternehmen an.

Eine letzte Einschränkung des hier zu Grunde gelegten steuerlichen Subventionsbegriffs besteht darin, dass nur die Ertragsteuern betrachtet werden sollen. Es ist zwar nicht so, dass in den anderen Gebieten des Steuerrechts Subventionen keine Rolle spielen. Ganz im Gegenteil, wenn man an den ermäßigten Steuersatz in der Umsatzsteuer etwa für

---

<sup>8</sup> Crezelius in Kirchhof, EStG, 14. Aufl. 2015, § 5 Rz. 65.

Beherbergungsleistungen (§ 12 Abs. 2 Nr. 11 UStG) denkt. Subventionen werden aber häufig durch die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebiets geprägt. Das Einbeziehen aller oder mehrerer Steuerarten würde den gegebenen Rahmen der Untersuchung sprengen und es wegen einer überschießenden Komplexität schwierig machen, Grundstrukturen für einen Vergleich der Förderwege zu erkennen.

## **2. Einbeziehung der KfW-Programme bei der direkten Subvention**

Einfacher liegen die Dinge bei den Subventionen der außersteuerlichen Wirtschaftsförderung. Sie werden im Subventionsbericht der Bundesregierung als Finanzhilfen bezeichnet und als Geldleistungen des Bundes an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung definiert, die privaten Unternehmen und Wirtschaftszweigen zugutekommen, ohne dass dafür eine Gegenleistung zu erbringen ist. Darunter fallen Bundesmittel vor allem für Anpassungs-, Erhaltungs- und Produktivitätshilfen an Betriebe und Wirtschaftszweige. Als mittelbar wirkende Subventionen werden Hilfen berücksichtigt, die bestimmte Güter und Leistungen unmittelbar für private Haushalte verbilligen, aber mittelbar dem Wirtschaftsgeschehen zugerechnet werden können.<sup>9</sup> Daran soll auch vorliegend angeknüpft werden, allerdings mit einer Erweiterung des Subventionsbegriffs:

Unter Finanzhilfen werden im Subventionsbericht der Bundesregierung nämlich nur Geldleistungen aus finanziellen Mitteln des Bundes verstanden (§ 12 StabG);<sup>10</sup> Aufwendungen der Länder und der EU werden lediglich nachrichtlich mitgeteilt. Einer der wichtigsten Subventionsgeber, die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), refinanziert aber ihre Förderprodukte überwiegend über den Kapitalmarkt aus dem eigenen Haushalt. Nur die Verbilligungskomponente des Bundes<sup>11</sup> – also das Innenverhältnis zwischen Bund und KfW – werden im Subventionsbericht ausgewiesen. Um auch die eigentliche Subventionsgewährung der KfW an die Subventionsempfänger einbeziehen zu können, soll hier der Subventionsbegriff auf Mittel erweitert werden, die von Dritten aus deren eigenem Haushalt im Auftrag des Bundes an Subventionsempfänger aus-

---

<sup>9</sup> 24. Subventionsbericht, 17/14621, 9 Nr. 7.

<sup>10</sup> 24. Subventionsbericht, 17/14621, 9 Nr. 8.

<sup>11</sup> 24. Subventionsbericht, 17/14621, 15 (20 größten Finanzhilfen des Bundes) Nr. 2.

gereicht werden, so dass die Umsetzung der KfW-Programme von der vorliegenden Untersuchung mit umfasst wird.

#### **IV. Auswahl der Prototypen für den Vergleich der unterschiedlichen Förderwege**

Als Grundlage für die Suche nach typischen Subventionen bietet sich zwar der Subventionsbericht der Bundesregierung an, denn er weist die 20 größten Finanzhilfen und Steuervergünstigungen in Übersichten aus. Trotzdem greift die vorliegende Untersuchung auf keine der dort genannten Maßnahmen zurück.

Was die direkten Subventionen (Finanzhilfen) betrifft, so wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Förderprogramme der KfW, soweit sie gegenüber dem Subventionsempfänger umgesetzt werden, nicht Gegenstand des Subventionsberichts sind. Dieser Bereich ist aber für die Praxis besonders wichtig. Das Gesamtgeschäft der KfW am Markt betrug im Jahr 2013 mehr als 50 Mrd. Euro und hat damit ein größeres Volumen als alle Finanzhilfen zusammen, die im Subventionsbericht der Bundesregierung aufgezählt werden. Außerdem ist die KfW eine eigenständig organisierte Einrichtung mit einem über Jahre eingespielten Verfahren und damit von besonderem Interesse für das Thema. Deshalb soll ein Förderprodukt der KfW in den Vergleich eingestellt werden.

Auch bei den Steuervergünstigungen zeigt der Subventionsbericht der Bundesregierung wenige Maßnahmen, die für den Vergleich in Betracht kommen. Die Übersicht der 20 größten Steuervergünstigungen enthält zunächst einmal überraschend wenige Subventionen auf dem Gebiet der Ertragsteuern. Genannt sind lediglich

- die Schichtzuschläge des § 3b EStG,
- die Steuerermäßigung für Renovierungsaufwand des § 35a Abs. 3 EStG,
- die Förderung der privaten Altersvorsorge durch Zulagen nach § 10a EStG,
- die Sanierungs- und Konzernklausel nach § 8c KStG und
- die Abschreibung kleiner und mittlerer Betriebe nach § 7g Abs. 5 und 6 EStG.

Abgesehen von § 35a EStG, der am Rande auch der Verbesserung der Wohnsubstanz dient, überschneidet sich keine dieser Steuersubventionen in ihrem Förderzweck mit einem KfW-Programm. Die Frage, ob eine

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

Besonderheit hinsichtlich der Organisation und des Verfahrens seinen Ursprung in den Fachgebieten, vor allem den verschiedenen Förderzwecken hat, oder den strukturellen Unterschied zwischen steuerlicher und außersteuerlicher Wirtschaftsförderung markiert, lässt sich deshalb nur schwer beantworten. Die 20 größten Finanzhilfen und Steuervergünstigungen des Subventionsberichts sind hinsichtlich des Themas zu wenig vergleichbar.

### **1. Steuervergünstigungen und KfW-Programme zur energetischen Sanierung**

Das vorgenannte Problem der Vergleichbarkeit wird vermieden, wenn man Subventionen im Bereich der energetischen Sanierung gegenüber stellt. Bei der außersteuerlichen Wirtschaftsförderung kann insoweit auf die Programme der KfW zurückgegriffen werden, die die energetische Sanierung von Bestandsimmobilien fördern. Diese Subvention richtet sich an Unternehmen (z.B. Förderprodukt 276), aber auch an Privatpersonen (Förderprodukt 151); im letzteren Fall liegt eine mittelbare Wirtschaftsförderung vor. Eine steuerliche Förderung der energetischen Sanierung kennt das geltende Recht zwar nicht. Im Rahmen des Entwurfs eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung von energetischen Sanierungsmaßnahmen an Wohngebäuden wurden aber 2011 Steuervergünstigungen vom Gesetzgeber in Erwägung gezogen, die den Abzug von Sanierungsaufwendungen von der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage vorsahen.

### **2. Investitionszulage für die neuen Länder**

Der Vergleich soll allerdings noch um einen weiteren Prototyp erweitert werden, nämlich die Investitionszulage für die neuen Länder auf der Basis des Investitionszulagengesetzes 2010. Diese Subvention ist zwar mittlerweile ausgelaufen und auch der Förderzweck hat mit der energetischen Sanierung nichts zu tun. Vielmehr sollen ganz allgemein Erstinvestitionen in neue abnutzbare bewegliche Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens begünstigt sein, wenn sie im Fördergebiet getätigt werden. Die Investitionszulage wurde aber in einem eigenständigen steuerlichen Verfahren als einmalige Geldzahlung gewährt; sie steht deshalb zwischen der steuerlichen Förderung der energetischen Sanierung und den KfW-Programmen, was das Verfahren und die Organisation betrifft.

## V. Vergleich der Prototypen

### 1. Vergleichspunkt: Entstehung des Fördertatbestandes

Der erste Vergleichspunkt soll die Entstehung des Fördertatbestandes sein. Hier geht es vor allem um die Frage, ob es einer gesetzlichen Grundlage für die Subvention bedarf. Soweit der Vorbehalt des Gesetzes greift, erfordert die Wirtschaftsförderung ein materielles Gesetz, das in einem Gesetzgebungsverfahren nach Maßgabe des Grundgesetzes erlassen wird. Die Subvention ist dann demokratisch legitimiert und der Fördertatbestand in einem transparenten Verfahren zustande gekommen. Jenseits der Schwelle, bis zu der der Vorbehalt des Gesetzes gilt, ist der Staat bei der Subventionierung zwar freier, aber auch hier muss es ein Verfahren geben, das Willkür ausschließt,<sup>12</sup> damit Art. 3 Abs. 1 GG nicht verletzt wird.

#### a) Vorbehalt des Gesetzes bei der steuerlichen Subvention

##### aa) Integration der Steuervergünstigungen in das Steuerrecht

Steuerrecht ist Eingriffsverwaltung, so dass auf Grund von Art. 2 GG der Vorbehalt des Gesetzes greift. Dieser Ausgangspunkt scheint auf Steuervergünstigungen, die die Qualität einer Subvention haben, zunächst nicht übertragbar. Denn hierdurch wird der Steuerpflichtige gerade nicht belastet, sondern er erhält im Gegenteil wirtschaftlich gesehen einen Vorteil. Eine isolierte Betrachtung der Förderwirkung wird aber nicht dem Kontext des Steuerrechts gerecht, wie vor allem die Steuervergünstigung für energetische Sanierung im Gesetzentwurf 2011 deutlich macht. Der hier vorgesehene Abzug der Sanierungsaufwendungen von der Bemessungsgrundlage bewirkt nämlich, dass die Subvention in den Saldo des zu versteuernden Einkommens eingeht, und damit lediglich den Eingriff des Steuerrechts mindert.<sup>13</sup> Die im Steuerbescheid festgesetzte Steuerschuld ist und bleibt aber ein Eingriff. Verfahrensrechtlich zeigt § 1 Abs. 1 Satz 1 AO die Integration, indem er die Abgabenordnung auf Steuervergünstigungen für anwendbar erklärt.

<sup>12</sup> BVerfG v. 20. 4. 2004 - 1 BvR 1748/99, BVerfGE 110, 274 Rz. 60.

<sup>13</sup> *Kämmerer* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 124 Rz. 31; *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 19 Rz. 5; zur Frage, ob dem Gesetzesvorbehalt durch eine Rechtsverordnung hinreichend Rechnung getragen werden kann vgl. *Jochum*, Die Steuervergünstigung, § 6.

Ähnlich verhält es sich, wenn die Subvention darin besteht, dass Aufwendungen von der Steuerschuld abgezogen werden können, wie dies der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf 2011 für die energetische Sanierung angeregt hat. Durch diese andere Ausgestaltung soll nur die Progressionswirkung der Subvention vermieden werden, um dem Förderzweck besser gerecht zu werden. Denn für die energetische Sanierung macht es wenig Sinn, die Subvention mit dem Einkommen steigen zu lassen. Im Übrigen bleibt es bei einer Saldierung, nur an anderer Stelle: Die Subvention geht nicht als Abzugsposten in die Bemessungsgrundlage ein, sondern wird mit der Steuerschuld unmittelbar vor deren Festsetzung saldiert. Die Subvention ist also auch hier in die Besteuerung integriert und unterliegt deshalb dem Gesetzesvorbehalt.

#### **bb) Finanzierung der Investitionszulage aus dem Aufkommen der Ertragsteuern**

Weniger einfach liegen die Dinge bei der Investitionszulage. Die Investitionszulage wird, wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind, auf Antrag gewährt und als einmalige Geldzahlung von den Finanzämtern ausbezahlt. Zu einer Saldierung mit einer Steuerschuld kommt es nicht. Die Investitionszulage ist also nicht in die Besteuerung integriert, sondern wird in einem eigenständigen Verfahren mit einem gesonderten Bescheid festgesetzt. Dies hat vor allem die gewünschte Folge, dass die Investitionszulage auch bei Unternehmen eine Förderwirkung entfaltet, die im aktuellen Jahr einen Verlust erwirtschaften und deshalb keine Steuern zahlen. Außerdem lassen sich die Haushaltsauswirkungen besser abschätzen.<sup>14</sup>

Das Verfahren ist bei der Investitionszulage zwar steuerlich geprägt, wie die Anwendung der AO zeigt (§ 14 InvZulG), es fehlt aber der Bezug zum Eingriffscharakter des Steuerrechts, weil der Anspruch auf die Investitionszulage weder eine Steuerschuld voraussetzt noch modifiziert. Im Ergebnis ist sie also materiell-rechtlich nicht in die Besteuerung integriert. Dennoch besteht ein untrennbarer Zusammenhang mit dem Steuerrecht. Denn die Subvention in Gestalt einer Investitionszulage wird vor allem gewählt, um die Maßnahme aus dem Aufkommen der Ertragsteuern zu finanzieren. Dabei wird sie auf der Einnahmenseite als Rotbetrag abgesetzt (§ 10 InvZulG).<sup>15</sup> Wegen dieser Aufkommensmin-

<sup>14</sup> Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 19 Rz. 30.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 8/1409, 7 f. (InvZulG 1979).

derung und dem verfahrensrechtlichen Bezug zur AO wird die Investitionszulage Bestandteil des Steuerrechts, mit der Folge, dass sie dem Gesetzesvorbehalt unterliegt.

### **b) Haushaltsansatz bei den KfW-Programmen als Ermächtigungsgrundlage**

Bei den Programmen der KfW ist die Ausgangslage eine andere, da der Bezug zum Steuerrecht vollständig fehlt. Die Subventionierung erfolgt vielmehr im Rahmen der Leistungsverwaltung. Der Gesetzesvorbehalt gilt zwar auch für die Leistungsverwaltung, aber nur in abgeschwächter Form.<sup>16</sup> Eine materiell-rechtliche Ermächtigungsgrundlage ist nur erforderlich, wenn die Subvention wesentliche Bedeutung für die Verwirklichung eines Grundrechts hat,<sup>17</sup> wie dies etwa bei Pressesubventionen nahe liegt.<sup>18</sup> Diese Konstellation liegt bei den KfW-Programmen zur energetischen Sanierung von Immobilien allerdings nicht vor.

Abgesehen von den zentralen grundrechtlich geschützten Bereichen genügt im Rahmen der Leistungsverwaltung ein Haushaltsansatz als Rechtsgrundlage für eine Subvention,<sup>19</sup> der regelmäßig durch Subventionsrichtlinien konkretisiert wird.<sup>20</sup> Für die KfW-Programme zur energetischen Sanierung findet sich ein entsprechender Ansatz im Bundeshaushalt unter Kapitel 0903 Titelgruppe 02 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Dort sind unter der Nr. 891 21 beispielsweise Zuschüsse für Investitionen im Rahmen des Programms zur energetischen Gebäudesanierung „CO<sub>2</sub>-Gebäudesanierungsprogramm“ der KfW-Bankengruppe erwähnt:

„Gefördert werden Maßnahmen zur Energieeinsparung und Reduzierung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes an Wohngebäuden. Die Förderung erfolgt durch Zuschüsse. Hierbei sollen Doppelförderungen (z. B. durch steuerliche Abzugsmöglichkeiten) aus-

<sup>16</sup> *Rodi*, Die Subventionsrechtsordnung, 432 f.

<sup>17</sup> *Kämmerer* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 124 Rz. 33.

<sup>18</sup> BVerfG v. 6.6.1989 – 1 BvR 727/84, BVerfGE 80, 124 (132).

<sup>19</sup> Einschränkung *Kämmerer* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 124 Rz. 31 f.; *Hey* in *Tipke/Lang*, 22. Aufl. 2015, § 19 Rz. 5; *Jarass*, *NvWZ* 1984, 473; *Badura*, *Wirtschaftsverfassung und Leistungsverwaltung*, 3. Aufl., Rz. 158.

<sup>20</sup> *Janssen*, Über die Grenzen des Legislativen Zugriffsrechts, 113; auf den Erlass von Subventionsrichtlinien besteht allerdings kein Anspruch vgl. *Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 101.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

geschlossen werden. Die Zuschussgewährung bei Investitionen soll 20 Prozent des förderfähigen Investitionsvolumens nicht überschreiten.“

**c) Auswirkungen der unterschiedlichen Gesetzesbindung auf das Verfahren**

Die unterschiedliche Intensität des Gesetzesvorbehalts hat Auswirkungen auf das Verfahren, in dem die Fördertatbestände zustande kommen. Für Steuervergünstigungen und die Investitionszulage ist ein materielles Gesetz erforderlich, das die Fördervoraussetzungen im Einzelnen normiert. Bei den KfW-Programmen ist das anders. Zwar ist die Förderung Gegenstand eines Ansatzes im Bundeshaushalt, der aber als formelles Gesetz verabschiedet wird. Der Haushaltsansatz legt außerdem nur die Ausgabenhöhe und den Förderzweck fest.<sup>21</sup> Einen subsumtionsfähigen Fördertatbestand enthält der Haushaltsansatz nicht. Die Fördervoraussetzungen werden vielmehr in Zusammenarbeit zwischen dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und der KfW erarbeitet und anschließend in Richtlinien, die Bestandteile eines öffentlich-rechtlichen Vertrags sind, zwischen den Vertragsparteien rechtsverbindlich.

Auch die Bindungswirkungen der Gesetze sind unterschiedlich. Steuervergünstigungen und die Investitionszulage erfordern ein materielles Gesetz, das dem Begünstigten ein subjektives Recht auf Förderung einräumen kann. Beim Bundeshaushalt handelt es sich dagegen um ein Gesetz im formellen Sinn, das die Bundesregierung lediglich dazu ermächtigt, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen eingehen; er entfaltet keine unmittelbare Außenwirkung, die es Dritten ermöglichte, Ansprüche aus dem Bundeshaushaltsplan abzuleiten, wie § 3 Abs. 2 BHO deklaratorisch klarstellt. Subjektive Rechte können erst aus vollziehenden Rechtsakten abgeleitet werden.

Außerdem ist die parlamentarische Kontrolle sehr unterschiedlich ausgeprägt. Bei den Steuervergünstigungen und der Investitionszulage ist im Gesetzgebungsverfahren durch den Gesetzentwurf klar, wer unter welchen Voraussetzungen anspruchsberechtigt sein soll. Der Abgeordnete und der Bundesrat können sich entscheiden, ob sie eine solche Förderung haben wollen oder eben nicht. Bei der direkten Subvention durch die KfW-Programme wird im Haushaltsgesetz dagegen nur die Ausgabenhöhe und das Förderziel festgelegt. Hinzu kommt, dass der Haus-

---

<sup>21</sup> Rodi, Die Subventionsrechtsordnung, 521.

haltsansatz nur einer unter Vielen ist. Ein Abgeordneter, der mit einer Förderung nicht einverstanden ist, müsste gegen den gesamten Bundeshaushalt stimmen. Für Abgeordnete der Regierungsfractionen ist das eher eine theoretische Möglichkeit.<sup>22</sup>

## **2. Vergleichspunkt: Öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Subventionsgewährung**

Der Staat ist im Rahmen der Leistungsverwaltung nicht auf das öffentliche Recht festgelegt, sondern kann auch eine zivilrechtliche Handlungsform wählen. Freilich steht die Wahl der Handlungsform nicht in seinem Belieben, weil ansonsten öffentlich-rechtliche Bindungen, wie sie vor allem die Grundrechte und insbesondere der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG enthalten, durch eine „Flucht in das Zivilrecht“ unterlaufen werden könnten. Außerdem handelt es sich bei den steuerlichen Subventionen nicht um Leistungsverwaltung, weil sie durch ihren Bezug zum Steuerrecht geprägt sind. Es stellt sich also die Frage, inwieweit sich die steuerliche Wirtschaftsförderung bei der Wahl der Handlungsform von der außersteuerlichen Wirtschaftsförderung unterscheidet.

### **a) Entscheidung über steuerliche Subventionen durch Steuerbescheid**

Die Steuervergünstigung durch Abzug von der Bemessungsgrundlage oder Minderung der Steuerschuld gehört zur Besteuerungsgrundlage und geht als Rechengröße in die im Steuerbescheid festgesetzte Steuerschuld ein. Die Entscheidung kann nicht aufgespalten werden, mit der Folge, dass die Subventionsgewährung insgesamt öffentlich-rechtlich auf der Grundlage der AO erfolgt. Entsprechendes gilt für die Investitionszulage, die gemäß § 10 InvZulG durch Bescheid festzusetzen ist; sie ist durch das Steuerrecht geprägt, was vor allem auch dadurch deutlich wird, dass die AO nach § 14 InvZulG Anwendung findet. Raum für eine zivilrechtliche Ausgestaltung etwa bleibt hier nicht. Dies ist konsequent, weil es sich bei der steuerlichen Subvention letztlich um Steuerrecht handelt, das umfassend auf der Grundlage des öffentlichen Rechts vollzogen werden muss.

---

<sup>22</sup> Jarass, NVwZ 1984, 473 (476).

**b) Zwei-Stufen-Theorie bei den zinsverbilligten Krediten der KfW**

Bei der außersteuerlichen Wirtschaftsförderung hat der Staat dagegen die Wahl zwischen öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Handlungsform. Vor allem bei der Subvention durch zinsverbilligte Darlehen ist die Zwei-Stufen-Theorie anerkannt. Zunächst wird über das „Ob“ der Gewährung der Zuwendung durch Verwaltungsakt entschieden, wobei öffentlich-rechtliche Bindungen vor allem aus den Grundrechten beachtet werden müssen.<sup>23</sup> Der konkrete Vollzug der Darlehensgewährung erfolgt anschließend auf Grund eines zivilrechtlichen Darlehensvertrags, der die Modalitäten der Subvention, aber auch die Leistungsstörungen, also das „Wie“ der Förderung, regelt. Eine am Rechtsschutzinteresse orientierte Modifikation der Zwei-Stufen-Theorie nimmt eine öffentlich-rechtliche Entscheidung nur im Falle einer Ablehnung an.<sup>24</sup>

Beide Stufen sind inhaltlich verknüpft, indem einerseits der Bewilligungsbescheid unter die aufschiebende Bedingung des Zustandekommens eines Darlehensvertrages gestellt wird und andererseits der Darlehensgeber ein fristloses Kündigungsrecht für den Fall der Aufhebung oder sonstigen Unwirksamkeit des Bewilligungsbescheides hat.<sup>25</sup> Was den Rechtsschutz betrifft, kommt es zu einem gespaltenen Rechtsweg: Für die Verwaltungsakte der Ersten Stufe sind die Verwaltungsgerichte zuständig (§ 40 Abs. 1 VwGO); dies wird vor allem bei der Ablehnung von Anträgen praktisch relevant. Rechtsstreitigkeiten, die die Zweite Stufe betreffen, gehören dagegen vor die Zivilgerichte. Dies wirkt namentlich bei Leistungsstörungen, die eine Rückabwicklung der Subvention zur Folge haben, Abgrenzungsprobleme auf.

Die Zwei-Stufen-Theorie ist die Rechtsgrundlage der KfW, soweit sie zinsverbilligte Darlehen vergibt.<sup>26</sup> Als Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 KfWG) unterliegt die KfW im Rahmen des ihr gesetzlich übertragenen Aufgabenbereichs (§ 2 KfWG) auf der Ersten Stufe (Bewilligung) den öffentlich-rechtlichen Bindungen, den Abschluss des zivilrechtlichen Darlehensvertrags, dessen inhaltliche Ausgestaltung sowie die technische Abwicklung delegiert die KfW auf Grund von § 3 Abs. 1 KfWG an Geschäftsbanken.<sup>27</sup> Die Entscheidung über die Bewilligung

<sup>23</sup> *Sodan/Ziekow*, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 40 Rz. 327.

<sup>24</sup> *Harries* in Festschrift für Winfried Werner, 201 (204).

<sup>25</sup> BVerwG v. 8.9.2005 – 3 C 50. 04, DVBl 2006, 118.

<sup>26</sup> VG Frankfurt v. 9.10.2008 – 1 K 684/08 F., openJur 2012, 30834.

<sup>27</sup> *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 22 Rz. 18.

fällt, wenn die Geschäftsbank den Antrag des Kreditnehmers der KfW zuleitet und diese die Förderzusage erteilt. Die Geschäftsbank gibt den in der Bewilligung liegenden Verwaltungsakt mit der Ausfertigung des Darlehensvertrags dem Kreditnehmer als Bote<sup>28</sup> bekannt. Lehnt die KfW das beantragte Darlehen ab, dann geschieht dies ebenfalls durch einen Verwaltungsakt.

Die Anwendbarkeit der Zwei-Stufen-Theorie ist unabhängig davon, wie die KfW das Darlehen refinanziert. Vor allem kann nicht danach differenziert werden, ob die Mittel von der KfW selbst am Kapitalmarkt aufgenommen werden, oder ob Mittel des Bundes zum Einsatz kommen. Die abweichende Auffassung<sup>29</sup> geht im Falle einer Finanzierung durch Eigenmittel der KfW davon aus, dass dann nur ein einheitlicher zivilrechtlicher Darlehensvertrag vorliegt, weil es an einer ausreichenden Befugnis zur öffentlich-rechtlichen Regelung auf der Ersten Stufe fehlt. Der Bund haftet aber nach § 1a KfWG für die von der KfW aufgenommenen Darlehen und begebenen Schuldverschreibungen, so dass im Ergebnis eine indirekte Finanzierung des Bundes stattfindet. Außerdem wäre eine ausschließlich zivilrechtliche Ausgestaltung der Subvention mit dem Schutzzweck der Zwei-Stufen-Theorie unvereinbar. Das Anliegen, dem Staat nicht die Flucht in die Freiheiten des Zivilrechts zu ermöglichen, ist nämlich auch hier aktuell.

### c) Zwei-Stufen-Theorie bei verlorenen Zuschüssen der KfW

Soweit die KfW verlorene Zuschüsse für die energetische Sanierung gewährt, wirft die Zwei-Stufen-Theorie allerdings ein Problem auf, denn hier fallen Bewilligung und Anspruch auf Auszahlung der Subvention zusammen. Es fehlt also an einer organisatorischen oder verfahrensmäßigen Aufteilung des Entscheidungsvorgangs auf zwei Stufen. Daraus wird der Schluss gezogen, dass verlorene Zuschüsse des Staates immer auf der Grundlage des öffentlichen Rechts gewährt werden.<sup>30</sup> Die Bewilligung soll mittels Verwaltungsakt erfolgen, die sich anschließende Auszahlung soll als Vollzug der Bewilligung schlichtes Verwaltungshandeln

<sup>28</sup> *Harries* in Festschrift für Winfried Werner, 201 (212), allerdings begrenzt auf die Ablehnungsfälle.

<sup>29</sup> *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 22 Rz. 20.

<sup>30</sup> *Kämmerer* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 124 Rz. 52; *Sodan/Ziekow*, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 40 Rz. 329.

sein. Als Alternative wird allenfalls ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in Betracht gezogen.

Dies ist so apodiktisch aber nicht richtig. Zwar ist die KfW nach § 1 Abs. 1 KfWG eine Anstalt des öffentlichen Rechts, die im Rahmen ihres gesetzlichen Förderauftrags zu öffentlich-rechtlichem Handeln befugt ist,<sup>31</sup> und außerdem ist die Aufteilung in zwei Stufen bei einer fehlerfreien Subventionsgewährung entbehrlich. Es ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb der Staat etwa bei der Rückforderung des verlorenen Zuschusses wegen zweckwidriger Verwendung auf das öffentliche Recht beschränkt sein sollte. Jedenfalls dann, wenn der Wille zivilrechtlich zu Handeln evident ist, sollte dem Staat diese Handlungsform offen stehen. Bei der KfW ist dies der Fall: Leistungsstörungen werden in „Allgemeine Bestimmungen für Investitionszuschüsse - wohnwirtschaftliche Programme“, geregelt, die die Rechtsqualität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Außerdem hat die KfW ein legitimes Interesse daran, ihre Geschäftsfelder verfahrensrechtlich gleichartig zu regeln.

### 3. Vergleichspunkt: Persönliche Förderungsberechtigung

Ein weiterer Unterschied zwischen der steuerlichen und der außersteuerlichen Wirtschaftsförderung besteht in der Anspruchsberechtigung, also dem personellen Geltungsbereich der Förderung. Subventionsempfänger soll zwar immer eine Person sein, die durch eine Investition den Förderzweck verwirklicht. Die Steuervergünstigungen und die Investitionszulage haben aber vorab noch einen Filter: Die Subvention können nur Steuerpflichtige in Anspruch nehmen. Diese Beschränkung hat durchaus auch einen verfahrensrechtlichen und organisatorischen Hintergrund. Die Finanzämter führen die Steuerpflichtigen bei Steuervergünstigungen ohnehin, was den Verwaltungsaufwand für die Subventionsgewährung mindert. Aber auch die Investitionszulage dürfte in der Regel nur von Steuerpflichtigen in Anspruch genommen werden, die bereits vom Finanzamt erfasst sind.

Die Begrenzung der Anspruchsberechtigung auf Steuerpflichtige führt allerdings vor allem bei Steuervergünstigungen zu Verzerrungen. Unabhängig davon, ob die Subvention in einem Abzug von der Bemessungsgrundlage oder einer Minderung der Steuerschuld besteht, in Anspruch nehmen kann sie nur, wer Steuern in einer Höhe zahlt, bei der sich die Steuervergünstigung (noch) auswirkt. Bei einer progressions-

---

<sup>31</sup> LG Frankfurt, NVwZ 1984, 267.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

abhängigen Förderung durch Abzug von der Bemessungsgrundlage kommt das Problem hinzu, dass sich mit steigendem zu versteuernden Einkommen auch die Förderung erhöht, ohne dass der Förderzweck dies erfordert oder rechtfertigt. Wieso soll eine Person mit hohem Grenzsteuersatz bei der energetischen Sanierung eine höhere Einkommensteuerentlastung bekommen, als ein Steuerpflichtiger mit niedrigem Grenzsteuersatz, zumal bei steigendem Einkommen die Förderbedürftigkeit abnimmt?

Bei der Investitionszulage entsteht durch die Steuerpflicht als Förder Voraussetzung eine ähnliche Konstellation. Im Ausland ansässige Unternehmen sind nicht anspruchsberechtigt, wenn ihre inländische Einrichtung nicht als Betriebsstätten im Sinne eines Doppelbesteuerungsabkommens gilt und sie deshalb nicht der deutschen Einkommen- oder Körperschaftsteuer unterliegen.<sup>32</sup> Diese Anknüpfung an die Steuerpflicht hat keinen Bezug zum Förderzweck, sondern ist die Kehrseite des Umstands, dass die Investitionszulage aus dem Aufkommen der Ertragsteuern finanziert wird. Aus dem gleichen Grund ist eine von der Körperschaftsteuer befreite Körperschaft nur insoweit zulageberechtigt, als sie einen - steuerpflichtigen - Betrieb gewerblicher Art unterhält und in diesen investiert.<sup>33</sup> Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts können die Investitionszulage nur in Anspruch nehmen, soweit sie einen Betrieb gewerblicher Art unterhalten.<sup>34</sup>

#### 4. Vergleichspunkt: Umsetzung des Förderungszweckes

Als nächstes sollen die sachlichen Merkmale des Fördertatbestandes in den Vergleich eingestellt werden. Der Fördertatbestand muss so ausgestaltet sein, dass der Förderzweck umgesetzt wird. Hier zeigt die Investitionszulage den engsten Bezug zum Steuerrecht. Die Investitionszulage begünstigt die Anschaffungs- und Herstellungskosten für neue bewegliche Wirtschaftsgüter und greift damit auf übliche steuerliche Kategorien zurück. Ein außersteuerlicher Aspekt ist die Begrenzung der Subvention auf das Fördergebiet. Die Abgrenzung des Fördergebietes nach Bundesländern wirft aber keine besonderen Probleme auf, jeden-

---

32 BFH v. 14.8.1997 – III R 55/95, BStBl 1998 II, 355.

33 BFH v. 28.7.1994 – III R 2/92, BStBl 1994 II, 872.

34 BMF v. 8.5.2008 – IV C 3 - InvZ 1015/07/0001, BStBl 2008 I, 590 (InvZulG 2007); zu einer von der Körperschaftsteuer befreiten Sparkasse in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts vgl. BFH v. 8.7.1994 – III R 13/93, BStBl 1994 II, 869.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

falls keine, die ein besonderes Verfahren oder eine besondere Organisation erforderlichen machen würden. Die Verifikation der Fördervoraussetzungen findet bei der Festsetzung der Investitionszulage und gegebenenfalls in der Betriebsprüfung statt.

#### **a) Normierung bautechnischer Vorgaben**

Bei der Förderung der energetischen Sanierung sieht das anders aus. Der Fördertatbestand des Gesetzentwurfs 2011 begünstigt zwar auch Herstellungskosten, knüpft die Steuervergünstigung aber unter anderem in § 7e Abs. 1 Nr. 1 EStG-E an folgende bautechnische Vorgaben, die das sanierte Gebäude erfüllen muss:

Der Jahres- Primärenergiebedarf (Qp) überschreitet nicht 85 Prozent des errechneten Wertes für das entsprechende Referenzgebäude (Qp REF) nach Tabelle 1 der Anlage 1 der Energieeinsparverordnung.

Bei den KfW-Programmen zur energetischen Sanierung zeigt sich ein ähnlicher Befund. Die Förderung ist von der Erfüllung bautechnischer Vorgaben abhängig, die in der Anlage technische „Mindestanforderungen“ zu den Merkblättern festgelegt sind. Hier lassen sich bei den Anforderungen an ein KfW-Energieeffizienzhaus durchaus fachliche Parallelen zur steuerlichen Förderung der energetischen Sanierung im Gesetzentwurf 2011 erkennen:

Der Jahres-Primärenergiebedarf (QP) und der auf die wärmeübertragende Umfassungsfläche des Gebäudes bezogene Transmissionswärmeverlust (H'T) des Sanierungsobjekts sind auf der Grundlage der geplanten Maßnahmen nach EnEV zu berechnen. Die entsprechenden energetischen Kennwerte des Referenzgebäudes (QP REF und H'T REF) sind nach Anlage 1, Tabelle 1 (ohne Anwendung von Zeile 1.0) EnEV zu ermitteln.

#### **b) Beiziehung externen Sachverständigen**

Es dürfte ohne weiteres einleuchten, dass weder ein Steuerbeamter noch der Sachbearbeiter in der KfW in der Lage sind, den Nachweis dieser bautechnischen Fördervoraussetzungen im Einzelfall vor Ort zu prüfen. Der Gesetzgeber hat dieses Problem erkannt, denn für die Steuervergünstigung ist es nach § 7e Abs. 1 EStG-E erforderlich, dass eine sachkundige Person im Sinne des § 21 der EnEV das Vorliegen der Fördervoraussetzungen bescheinigt. Aber auch bei der KfW ist es Fördervoraussetzung, dass ein Sachverständiger mit der Beantragung der Förderung und Begleitung des Vorhabens beauftragt wird. Der Kreis der Sachverständigen wird zwar unterschiedlich abgegrenzt, denn bei der

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

KfW muss es sich um einen Energieberater handeln, der in der Energieeffizienz-Expertenliste für Förderprogramme des Bundes eingetragen ist. Schwerpunktmäßig handelt es sich aber in beiden Fällen um Personen, die eine bautechnische Ausbildung haben und entweder im Bereich des energiesparenden Bauens einen Ausbildungsschwerpunkt gesetzt oder eine entsprechende Fortbildung absolviert haben.

Unter dem Blickwinkel des Verfahrens und der Organisation geht es hier um folgendes Problem: Der Subventionsgeber will die im Bewilligungsverfahren fehlende Sachkenntnis durch die Einbeziehung externen Sachverständigen in den Griff bekommen. Das hört sich einfacher an, als es in der Praxis ist. Zwar kennt das Steuerrecht Fälle, in denen eine fremde Bescheinigung Voraussetzung für eine Steuervergünstigung ist. Ein Beispiel dafür ist die Bescheinigung über die Denkmaleigenschaft eines Gebäudes, die der Steuerpflichtige für die Inanspruchnahme der erhöhten Abschreibung nach § 7i Abs. 2 EStG vorlegen muss. Diese Bescheinigungen stammen allerdings von Fachbehörden, so dass es zu keinem Konflikt mit privaten Gewinninteressen kommt, und haben die Qualität eines Grundlagenbescheids im Sinne des § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO. Auf den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt solcher hoheitlichen Bescheinigungen darf und muss das Finanzamt auch rechtlich vertrauen.<sup>35</sup>

In dem Gesetzentwurf zur steuerlichen Förderung der energetischen Sanierung 2011 ist eine solche hoheitliche Bescheinigung nicht vorgesehen. Zwar muss ein nach der Energieeinsparverordnung anerkannter Sachverständiger die erfolgreiche Sanierung bescheinigen (§ 7e Abs. 1 EStG-E). Der Bundesrat-Finanzausschuss hat aber in seiner Empfehlung zu Recht darauf hingewiesen, dass die im Sinne von § 21 EnEV berechtigten Personen kaum als Beliehene qualifiziert werden dürften. Die Finanzämter wären deshalb auf Grund ihrer abgabenrechtlichen Amtsermittlungspflicht gemäß § 88 AO nach wie vor gezwungen die Fördervoraussetzungen und die Berechtigung der Person, die die Bescheinigung ausgestellt hat, eigenständig zu prüfen.<sup>36</sup> Eine Leistung, die im Masseverfahren der Veranlagung kaum zu erbringen ist.

Der Finanzausschuss des Bundesrates hat deshalb zum Gesetzentwurf 2011 empfohlen zu prüfen, ob die Bescheinigung des Sachverständigen, um die Amtsermittlung zu erleichtern, neben den Angaben zum verringerten Energiebedarf auch darlegen sollte, welche konkreten Maßnah-

---

<sup>35</sup> BFH v. 22.10.2014 – X R 15/13, DStR 2015, 279.

<sup>36</sup> BR-Drucks. 339/11/1, 11.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

men zur energetischen Sanierung durchgeführt worden sind.<sup>37</sup> Auf diese Weise wäre dem Finanzamt wenigstens eine grobe Plausibilitätskontrolle möglich. Insoweit sind die Programme der KfW zur energetischen Sanierung verfahrensmäßig besser ausgestaltet. Denn der Sachverständige muss bereits bei der Antragstellung das Vorhaben detailliert beschreiben und dessen Umsetzung auf einem KfW-Formular bestätigen.

Die Belastbarkeit der Bescheinigungen von Sachverständigen muss aber auch noch in eine andere Richtung abgesichert sein: Das Ausstellen einer solchen Bescheinigung wäre bei der Steuervergünstigung für den Sachverständigen ohne Risiko gewesen, da der Gesetzentwurf hierfür keine Sanktion vorsah. Allenfalls kammergebundene Architekten hätten bei wiederholt falschen Bescheinigungen mit berufsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen. Dementsprechend hoch wäre die Gefahr für ein kollusives Zusammenwirken von Sachverständigem und Auftraggeber zu Lasten des Fiskus. Hier müsste durch eine Haftungsregelung wie im Spendenrecht gegengesteuert werden. Auf die KfW-Programme wäre eine gesetzlich angeordnete Haftung des Sachverständigen allerdings nicht ohne weiteres übertragbar, weil die KfW bei der Abwicklung ihrer Förderprogramme zivilrechtlich agiert.

Bei der Investitionszulage findet sich eine ähnliche Problematik. Begünstigt sind nur die in § 3 Abs. 1 InvZulG im einzelnen aufgeführten Betriebe, die in drei Gruppen eingeteilt werden: Nr. 1 Betriebe des verarbeitenden Gewerbes, Nr. 2 Betriebe der enumerativ aufgezählten produktionsnahen Dienstleistungen und unter Nr. 3 Betriebe des Beherbergungsgewerbes. Die Zuordnung eines Betriebs zu den genannten Wirtschaftszweigen ist kraft gesetzlicher Anordnung nach der vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Klassifikation der Wirtschaftszweige vorzunehmen. Durch diese Regelung wird zwar auch externer Sachverstand in die Veranlagung eingezogen. Dies gilt aber nur auf der Ebene des gesetzlichen Fördertatbestands.

Die Erweiterung des Fördertatbestandes um Klassifikationsmerkmale des Statistischen Bundesamtes ist verfassungsrechtlich nicht ohne Brisanz. Die Klassifikation hat nämlich nur statistische Ordnungsfunktion und ist kein Gesetz und auch keine Verordnung. Trotzdem liegt in der Anknüpfung an die Klassifikation weder eine Verletzung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG<sup>38</sup> noch ein Verstoß gegen

---

<sup>37</sup> BR-Drucks. 339/11/1, 11.

<sup>38</sup> BVerfG v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07, BVerfGE 129, 1.

den Gesetzesvorbehalt. Denn es beeinträchtigt weder die Gesetzesbindung noch den Anspruch des Einzelnen auf wirksame gerichtliche Kontrolle, wenn die Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch gesetzliche Verweisung auf bestimmte Verwaltungsvorschriften oder untergesetzliche Regelwerke erfolgt.<sup>39</sup>

Die Bezugnahme auf die Klassifikation der Wirtschaftszweige durch das Statistische Bundesamt beschränkt sich also darauf, die im Gesetz genannten Gruppen von geförderten Betrieben zu erläutern. Die Subsumtion, also die Frage, ob der Betrieb im konkreten Einzelfall die Merkmale der Klassifikation erfüllt, obliegt dagegen dem Finanzamt und unterliegt vollständiger gerichtlicher Kontrolle. Auch an eine fehlerhafte Einordnung der Statistikämter im Einzelfall ist das Gericht nicht gebunden,<sup>40</sup> da eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf offensichtliche Fehler der Statistikämter den individuellen Rechtsschutz in einer mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unvereinbaren Weise schmälern würde.<sup>41</sup> Die Entscheidung macht hier nämlich am unbestimmten Rechtsbegriff des Gesetzes fest, der durch die externe Vorschrift lediglich erläutert wird.

## **5. Vergleichspunkt: Fördermodalitäten und Korrekturmöglichkeiten**

### **a) Steuervergünstigungen als Bestandteil der Besteuerungsgrundlagen**

Der Gesetzentwurf 2011 sieht vor, dass die Herstellungskosten für die energetische Sanierung eines Gebäudes, das der Erzielung von Einkünften dient, über 10 Jahre in gleichen Teilen von der Bemessungsgrundlage abgesetzt werden können. Die Förderwirkung dieser erhöhten Abschreibung ist eher gering. Die energetische Sanierung eines Gebäudes führt im Regelfall zu Erhaltungsaufwand, der ohnehin in voller Höhe sofort abziehbar ist. Und in den Fällen des Herstellungsaufwands, etwa bei anschaffungsnahem Herstellungsaufwand gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1a EStG, verkürzt sich lediglich der Abschreibungszeitraum, so dass es nur zu einer für den Steuerpflichtigen günstigen Periodenverschiebung kommt.

Im privaten Bereich gewährt der Gesetzentwurf zur steuerlichen Förderung der energetischen Sanierung 2011 die Möglichkeit, die Aufwendungen im Wege eines Sonderausgabenabzugs auf zehn Jahre gleich-

39 BFH v. 22.12.2011 – III R 1/10, BFH/NV 2012, 1654.

40 BFH v. 22.9.2011 – III R 14/09, BFH/NV 2012, 451.

41 BVerfG v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07, BVerfGE 129, 1.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

mäßig zu verteilen. Diese Subvention reicht weiter als der Betriebsausgaben- oder Werbungskostenabzug, weil ohne den Sonderausgabenabzug die Sanierungskosten überhaupt nicht steuerlich berücksichtigt werden könnten. Da der Abzug von der Bemessungsgrundlage progressionsabhängig wirkt, was mit dem Förderzweck der energetischen Sanierung inkompatibel ist, hat Rheinland-Pfalz im Rahmen der Stellungnahme des Bundesrats beantragt, den Sonderausgabenabzug durch einen linearen Abzug von der Steuerschuld zu ersetzen.

Weder der Abzug von der Bemessungsgrundlage noch die Minderung der Steuerschuld haben zur Folge, dass das Vorliegen der Fördervoraussetzungen bei der erstmaligen Veranlagung durch den Steuerbescheid festgestellt wird. Die Steuervergünstigung gehört vielmehr zu den Besteuerungsgrundlagen des Steuerbescheids, die ohne einen gesonderten Feststellungsbescheid nicht in Bestandskraft erwachsen (§ 157 Abs. 2 AO), so dass eine Bindungswirkung für die Folgejahre nicht entsteht. Das Finanzamt kann in den Veranlagungszeiträumen, auf die die Subvention zukünftig verteilt wird, erneut die Fördervoraussetzungen prüfen und selbst bei unveränderter Sach- und Rechtslage neu entscheiden, ohne dass eine Korrekturvorschrift vorliegen muss. In der Praxis werden die Fördervoraussetzungen allerdings nur im Veranlagungszeitraum der ersten Geltendmachung geprüft und die Entscheidung dokumentiert.

#### **b) Eigenständiges Besteuerungsverfahren bei der Investitionszulage**

Das Verfahren bei der Investitionszulage ist dagegen anders strukturiert. Die Investitionszulage ist eine einmalige steuerliche Geldzahlung in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der begünstigten Anschaffungs- und Herstellungskosten; sie wird nach Ablauf des Wirtschaftsjahres oder Kalenderjahres vom Finanzamt in einem eigenständigen Besteuerungsverfahren durch Bescheid festgesetzt, auch wenn der Vorgang organisatorisch mit dem Aktenzeichen der Veranlagung geführt wird. Die Ermittlung des Fördertatbestands kann also nur im Zeitpunkt der Geltendmachung des Zulagenanspruchs erfolgen. Die Frage, welche Bindungswirkung die Gewährung der Investitionszulage für eine Subventionierung in den Folgejahren entfaltet, stellt sich nicht, weil die Subvention nicht auf mehrere Jahre verteilt wird. Erweist sich die Festsetzung der Investitionszulage später als falsch, weil die Fördervoraussetzungen ursprünglich nicht gegeben waren, so kann der Festsetzungsbescheid nur auf der Grundlage einer Korrekturvorschrift geändert werden.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

Häufig greift § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO, weil dem Finanzamt nachträglich Tatsachen bekannt werden, die der ursprünglichen Gewährung der Investitionszulage entgegengestanden hätten. Zwar erfordert der Wortlaut Tatsachen, die zu einer höheren Steuer führen, die Investitionszulage ist aber keine Steuer, und zwar auch keine Negativsteuer. § 14 InvZulG und § 155 Abs. 4 AO erklären aber die Abgabenordnung für entsprechend anwendbar. Da das Anliegen, einen auf fehlerhafter Tatsachengrundlage erlassenen Bescheid zu korrigieren, anders nicht umgesetzt werden kann, gilt § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO für diese Konstellation bei der Investitionszulage entsprechend.

Die Korrekturvorschrift des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO ist bei der Investitionszulage ebenfalls relevant. Auf Grund der Bindungsfrist des § 2 Abs. 1 Nr. 2 InvZulG muss der Subventionsempfänger das begünstigte Wirtschaftsgut für mindestens fünf Jahre nach Beginn des Erstinvestitionsvorhabens im Anlagevermögen eines begünstigten Betriebes oder einer Betriebsstätte im Fördergebiet halten. Lediglich beim Ausscheiden technisch abgenutzter oder wirtschaftlich verbrauchter Wirtschaftsgüter vor Ablauf der gesetzlichen Bindungsfrist macht die Rechtsprechung eine Ausnahme.<sup>42</sup> Wird diese Vorgabe nicht eingehalten, erfolgt die Korrektur wegen eines rückwirkenden Ereignisses nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO.<sup>43</sup>

### **c) Fördervarianten bei den KfW-Programmen**

Bei den KfW-Programmen, mit denen die energetische Sanierung subventioniert wird, gibt es zwei Fördervarianten: den zinsverbilligten Kredit (Förderprodukt 151) und den verlorenen Zuschuss (Förderprodukt 430).

#### **aa) Zinsverbilligte Darlehen im Bankverfahren**

Die Darlehnsvaluta für den zinsverbilligten Kredit refinanziert die KfW über die internationalen Kapitalmärkte. Aufgrund ihrer erstklassigen Kreditwürdigkeit und der Garantie des Bundes nach § 1a KfWG besitzt die KfW ein Triple A-Rating von Fitch Ratings, Moody's und Standard & Poor's. Die Zinsverbilligung selbst wird aus dem Bundeshaushalt bedient. Die KfW verfügt allerdings über kein eigenes Filialnetz. Abgewickelt wird die Kreditgewährung durch Geschäftsbanken als Vertriebs-

---

42 BFH v. 14.11.2013 – III R 17/12, BStBl II 2014, 335.

43 FG Münster v. 23.4.2013 – 11 K 1214/10 I, AO, openJur 2013, 27716.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

partner vor Ort, die vor allem für die Bonitätsprüfung sowie die Gestellung banküblicher Sicherheiten sorgen. Die Geschäftsbanken leiten die Darlehensvaluta mit einem von der KfW vorgegebenen Zinssatz an den Kreditnehmer durch und organisieren die Rückzahlung; sie erhalten für die Transaktion eine Gebühr.

Dieses Bankverfahren der KfW hat den Vorteil, dass sich Geschäftsbank und Kreditnehmer in der Regel schon kennen. Zwischen ihnen besteht ein Vertrauensverhältnis, das die Kreditentscheidung erleichtert. Außerdem kann eine Geschäftsbank, die mit den Verhältnissen vor Ort vertraut ist, häufig die Pläne des Kreditnehmers richtig einschätzen und Sicherheiten – vor allem Grundstücke – besser bewerten. Da die Geschäftsbank selbst Vertragspartei wird und das Ausfallrisiko trägt, kann man davon ausgehen, dass diese Aufgaben gewissenhaft wahrgenommen werden. Außerdem erlaubt es die dezentrale Organisation der Kreditgewährung durch Dritte der KfW, ihre Tätigkeiten in wenigen Einrichtungen zu konzentrieren.<sup>44</sup> Die Bewilligung der Förderung erfolgt aber immer durch die KfW, der die entsprechenden Anträge der Subventionsempfänger durch die Hausbank zugeleitet werden.

Das Abwickeln des Kredits über eine Geschäftsbank bedingt, dass die Subvention auf zivilrechtlicher Grundlage gewährt wird. Für den Darlehensvertrag gelten deshalb die §§ 488 ff. BGB. Allerdings hat die KfW vor allem den Bereich der Leistungsstörung durch ihre Allgemeinen Bestimmungen für Investitionskredite – Vertragsverhältnis Hausbank – Endkreditnehmer – geregelt, die die Geschäftsbanken als Allgemeine Geschäftsbedingungen in die Darlehensverträge übernehmen. Nach Nr. 11 hat die Hausbank das Recht, den Kredit jederzeit aus wichtigem Grund insgesamt oder in Höhe eines Teilbetrages zur sofortigen Rückzahlung zu kündigen, wenn beispielsweise der Kreditnehmer den Kredit zu Unrecht erlangt (a) oder seine Vermögenslage sich wesentlich verschlechtert (e) hat.

Allerdings ist die KfW nicht befugt, etwaige Rückforderungen durch Verwaltungsakt geltend zu machen. Nach § 49a Abs. 1 VwVfG sind zwar bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden ist. Obwohl der Gesetzestext dies nicht ausdrücklich sagt, setzt er aber voraus, dass die zu erstattenden Leistungen auf der Grund-

---

<sup>44</sup> Die KfW hat neben ihrem Hauptsitz in Frankfurt am Main nur noch Niederlassungen in Berlin und Bonn.

lage eines Verwaltungsakts erbracht worden sind, der ihren Rechtsgrund darstellt.<sup>45</sup> Da der Auszahlung des zinsverbilligten Kredits nicht auf dem Bewilligungsbescheid der KfW, sondern auf Grundlage des zivilrechtlichen Darlehensvertrag zwischen der Hausbank und dem Kreditnehmer erfolgt, ist auch für die Rückforderung als „actus contrarius“ das Vertragsrecht einschlägig.<sup>46</sup>

#### **bb) Verlorener Zuschuss durch die KfW selbst**

Der verlorene Zuschuss, den die KfW bei der energetischen Sanierung ebenfalls als Förderprogramm einsetzt, wird nicht im Bankverfahren ausgereicht. Da eine Rückzahlung der Subvention nicht vorgesehen ist, bedarf es keiner bankmäßigen Sicherheit. Die Einbindung von Hausbanken würde deshalb nur Bürokratie schaffen und Gebühren kosten. Über den eingereichten Antrag auf verlorenen Zuschuss entscheidet die KfW nach Maßgabe der Zwei-Stufen-Theorie. Wird dem Antrag stattgegeben, ist die weitere Abwicklung nach der hier vertretenen Auffassung zivilrechtlich organisiert. Auch beim verlorenen Zuschuss ist die KfW deshalb nicht befugt, etwaige Rückforderungen durch Verwaltungsakt gemäß § 49a VwVfG geltend zu machen, sondern ist auf ihren zivilrechtlichen Rückforderungsanspruch aus Nr. 5 ihrer „Allgemeine Bestimmungen für Investitionszuschüsse – wohnwirtschaftliche Programme“ angewiesen.

### **6. Vergleichspunkt: Anspruch auf Subvention oder Ermessen**

Die Frage, ob eine Subvention zur energetischen Sanierung gewährt wird, ist nach dem oben Gesagten (siehe V. 2.) im öffentlichen Recht geregelt, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine steuerliche oder außersteuerliche Wirtschaftsförderung handelt. Das öffentliche Recht bietet hierzu zwei im Grundsatz verschiedene Entscheidungsalternativen an: Der Antragsteller kann einen Anspruch auf die Subvention haben oder aber die Gewährung der Subvention steht im Ermessen der staatlichen Stelle. Der Unterschied ist vor allem in Hinblick auf den gerichtlichen Rechtsschutz erheblich. Während eine Ermessensentschei-

<sup>45</sup> BVerwG v. 8.9.2005 – 3 C 50. 04, DVBl 2006, 118; *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 49a Rz. 5/16; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 49a Rz. 3.

<sup>46</sup> Grundlegend BVerwG v. 25.10.1972 – VIII C 179.71, BVerwGE 41, 127; einschränkend *Dorf*, NVwZ 2008, 375 (379).

dung vom Gericht lediglich darauf geprüft wird, ob die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten hat (§ 5 AO), muss die Subvention bei einem Anspruch gewährt werden, wenn der Antragsteller die Fördervoraussetzungen erfüllt.

#### a) Gebundene Entscheidung im materiellen Steuerrecht

Im Bereich der Steuervergünstigungen für die energetische Sanierung kommt wieder der Aspekt zum Tragen, dass die Subventionen in das materielle Steuerrecht integriert sind, weil sie in den Saldo der Steuerschuld eingehen. Zwar ist dem Steuerrecht eine Ermessensausübung nicht fremd, wie die Billigkeitsmaßnahmen zeigen. Im materiellen Steuerrecht dominiert aber das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, das grundsätzlich die unausweichliche Entstehung der Steuerschuld bei Verwirklichung des Steuertatbestandes verlangt.<sup>47</sup> Deshalb ist im materiellen Steuerrecht ein Ermessen grundsätzlich unzulässig. An diesem Kontext nehmen die Steuervergünstigungen insoweit teil, als der Gesetzgeber im Regelfall einen Anspruch auf die Subvention einräumen muss, wenn die Fördervoraussetzungen erfüllt sind.

Diese Rechtsauffassung deckt sich freilich nicht vollständig mit der Meinung, dass das Legalitätsprinzip bei Steuervergünstigungen nur eingeschränkt gilt. Danach soll es möglich sein, der Steuerverwaltung einen „gewissen“ Ermessensspielraum bei der Frage einzuräumen, ob eine Subvention gewährt wird.<sup>48</sup> Vor allem das Bundesverfassungsgericht<sup>49</sup> habe dies damit begründet, dass die Grundrechte bei Steuervergünstigungen schwächer betroffen und die Intensität des Verwaltungshandel geringer sei. Dieses Urteil wird aber im vorliegenden Zusammenhang überbewertet. Damals ging es um Steuererleichterungen für ausländische Einkünfte aus volkswirtschaftlichen Gründen gemäß § 34 Abs. 3 EStG a.F., als um die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. In diesem Umfeld ist ein „gewisser“ Ermessensspielraum zwingend, weil volkswirtschaftlichen Gründen Zweckmäßigkeitserwägungen immanent sind.

<sup>47</sup> *Englisch* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 5 Rz. 150.

<sup>48</sup> *Groß*, Steuervergünstigungen & Steuerbenachteiligungen, S. 92.

<sup>49</sup> BVerfG v. 19.4.1978 – 2 BvL 2/75, BStBl 1978 II, 548.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht darauf abgestellt, dass es durch die begünstigende Entscheidung nach § 34 Abs. 3 EStG a.F. zu keiner Wettbewerbsverzerrung kommt. Bei Maßnahmen der Wirtschaftsförderung, die wie bei der energetischen Sanierung dauerhaft und nicht unerheblich in den Markt eingreifen, wird aber gerade dieser Aspekt relevant: Solche Subventionen begünstigen zwar den Subventionsempfänger, belastet aber deren Konkurrenten, und zwar nicht nur im Einzelfall, sondern auch durch Ausrichtung des gesamten Marktes. Daraus resultiert eine hinreichend gewichtige Wettbewerbsverzerrung<sup>50</sup> die einer qualifizierten gesetzlichen Rechtfertigung bedarf. Es muss sichergestellt sein, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Grundentscheidungen selbst trifft.<sup>51</sup> Damit wäre es unvereinbar, wenn die Steuerverwaltung als Exekutive nach Ermessen über die Subvention entscheiden dürfte. Eine Ausnahme bilden allerdings Subventionen, die durch Billigkeitserwägungen geprägt sind.<sup>52</sup>

Im Übrigen besteht bei der energetischen Sanierung eine Wechselwirkung zwischen dem sachlichen Fördertatbestand und dem Anspruch auf Subvention. Da der Fördertatbestand durch fachliche Voraussetzungen den Förderzweck umfassend determiniert, wäre es ein Widerspruch, wenn der Steuerbeamte im Rahmen einer Ermessensentscheidung mit zusätzlichen Überlegungen die Subvention dennoch ablehnen könnte. Eine Befugnis zur Ermessensentscheidung könnte allenfalls dort angenommen werden, wo aus dem Gesetz entnommen werden kann, welche Zweckmäßigkeitserwägungen angestellt werden dürfen. Dies ist aber bei den vorliegenden Prototypen gerade nicht der Fall. Hinzu kommt, dass eine Ermessensausübung durch den Steuerbeamte faktisch auch daran scheitert, dass er schon für die Anwendung des Fördertatbestandes externen Sachverstand benötigt.

### **b) Ermessen bei der Bewilligung im Rahmen der KfW-Programmen**

Wie bereits dargelegt entscheidet die KfW bei alle Programmen zur energetischen Sanierung nach Maßgabe der Zwei-Stufen-Theorie über das

---

50 *Badura/Huber* in Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 3. Kap. IV 2 Rz. 115.

51 BVerfG v. 19.4.1978 – 2 BvL 2/75, BStBl II 1978, 548 Rz. 42.

52 Unter diesem Blickwinkel richtig BFH v. 28.10.1981 – I R 156/78, BStBl II 1982, 88; zum § 3 ZRFG als Billigkeitsregelung BFH v. 10.2.1988 – VIII R 159/84, BStBl. 1988 II, 653.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

„Ob“ der Förderung auf der Grundlage öffentlichen Rechts. Deshalb ist auch hier zu fragen, wie die Entscheidung reglementiert ist. Kann die KfW nach Ermessen entscheiden oder steht dem Subventionsempfänger ein Anspruch auf die Förderung zu? Grundsätzlich darf die Leistungsverwaltung Ermessen ausüben, solange nichts anderes rechtsverbindlich geregelt ist.<sup>53</sup> Zwar gibt es zwischen der KfW und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, der Richtlinien für die Förderung enthält. Unabhängig davon, wie der öffentlich-rechtliche Vertrag im Einzelnen formuliert ist, äußert er aber nur Rechtswirkung zwischen den Vertragsparteien. Die Fördervoraussetzungen werden zwar auch in den Merkblättern der KfW gegenüber dem Subventionsempfänger festgelegt, diese stellen aber die Grundlage der zweiten Stufe dar und sind damit zivilrechtlicher Natur.

Die KfW entscheidet also bei der energetischen Sanierung nach Ermessen über die Förderanträge. Wird allerdings das Ermessen in einer bestimmten Art und Weise praktiziert, so darf hiervon nicht ohne sachlichen Grund abgewichen werden. Soweit die Verwaltungspraxis durch Richtlinien gesteuert wird, liegt darin eine antezipierte Verwaltungspraxis,<sup>54</sup> falls sich keine abweichende Übung feststellen lässt.<sup>55</sup> Der Antragsteller kann deshalb unter Berufung auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Gebot des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) beanspruchen, nach Maßgabe der Richtlinien gefördert zu werden, solange diese in Geltung sind.<sup>56</sup> In diesen Fällen ist durch das vorangegangene Verhalten der Verwaltung eine rechtliche Bindung eingetreten, der nur durch eine praxiskonforme Leistungsgewährung Rechnung getragen werden kann. Ausgehend davon ist die KfW verpflichtet, Förderanträgen, die die technischen Voraussetzungen der Merkblätter und die weiteren Fördervoraussetzungen erfüllen, stattzugeben, weil eine Ermessensreduktion auf „Null“ vorliegt.

---

53 *Badura/Huber* in Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 3. Kap. IV 2 Rz. 114.

54 Kritisch *F. Ossenbühl* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 104 Rz. 58; für eine unmittelbare Rechtsbindung bei Subventionsrichtlinien *Janssen*, Über die Grenzen des Legislativen Zugriffsrechts, 113 und im Ergebnis ebenso *Rodi*, Die Subventionsrechtsordnung, 527.

55 Für die KfW: VG Frankfurt v. 18.8.2009 – 1 K 241/09.F, openJur 2012, 32034.

56 BVerwG v. 21.8.2003 – 3 C 49. 02, BVerwGE 118, 379.

### c) Begrenzung auf bereitgestellte Mittel

Abschließend soll noch die Frage erörtert werden, ob die Subvention auf die bereitgestellten Mittel begrenzt werden kann (sog. „Windhundverfahren“). Bei den Steuervergünstigungen besteht eine solche Möglichkeit nicht, weil sie in den Saldo der Steuerschuld eingehen, mit der Folge, dass die verausgabten Mittel (steuerlicher Vorteil) als Minderungsposten im Aufkommen „untergehen“. Da Ausgaben für die steuerliche Förderung der energetischen Sanierung im Verhältnis zum Gesamtaufkommen der Steuer gering sind, kann es zu einem Ausschöpfen der bereitgestellten Mittel nicht kommen. Ein eigener Topf für die Steuervergünstigung wäre zwar theoretisch denkbar, würde aber einen umfangreichen Datenaustausch zwischen den Finanzämtern erforderlich machen. Für die Investitionszulage gilt Entsprechendes, weil sie nach § 10 InvZulG kassentechnisch als Rotbetrag von den Ertragsteuern abgesetzt wird.

Bei der Leistungsverwaltung schafft der Haushaltsansatz noch keinen Anspruch auf die Subvention.<sup>57</sup> Aber auch eine in Gang gesetzte Subvention kann auf bereitgestellte Mittel begrenzt werden, wenn die organisatorischen Möglichkeiten dazu bestehen. Die KfW hat beispielsweise diese Option, weil bei ihr die Refinanzierung auf die Subventionen abgestimmt ist und die Bewilligungen in einer Organisationseinheit zusammengefasst werden. Wurde allerdings ein Förderantrag unabhängig von den bereitgestellten Mitteln gleichheitswidrig abgelehnt und kann dieser Verstoß nur durch eine nachträgliche Gleichbehandlung geheilt werden, dann ist im Rechtsbehelfsverfahren die Subvention zu gewähren, selbst wenn dazu keine Mittel im Haushaltsplan bereitgestellt sind. Denn zum einen hat der limitierende Haushaltsansatz keine Außenwirkung und zum anderen steht die Gewährung der Subvention als Ausgleich für einen sonst gegebenen Gleichheitsverstoß nicht der regulären Subventionsgewährung gleich.<sup>58</sup>

## VI. Fazit

Wenn die Politik sich dafür entscheidet, eine Subvention für die Wirtschaft zu gewähren, dann stellt sich die Frage nach dem Förderweg. Hier spielt zwar zunächst die Finanzierung eine dominierende Rolle. So wer-

<sup>57</sup> Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 101.

<sup>58</sup> BVerwG v. 21.8.2003 – 3 C 49. 02, BVerwGE 118, 379.

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

den beispielsweise Steuervergünstigungen im Einkommensteuerrecht nach dem Aufkommensschlüssel von Bund, Ländern und Gemeinden getragen, während der Bund die KfW-Programme alleine finanziert. Nicht vernachlässigt werden sollte aber auch, wie die Subventionsgewährung verfahrensmäßig und organisatorisch am effizientesten gestaltet werden kann. Welche strukturellen Unterschiede in diesem Bereich zwischen der steuerlichen und der außersteuerlichen Wirtschaftsförderung bestehen, wurde – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – dargestellt. Was noch fehlt, ist eine Aussage dazu, ob bei einer Abwägung der Vor- und Nachteile ein Förderweg vorrangig in Betracht gezogen werden sollte. Insoweit bietet sich ein differenziertes Bild:

- Bei der Entstehung des Fördertatbestands weist die steuerliche Wirtschaftsförderung Vorteile auf, denn wegen des Gesetzesvorbehalts ist der Erlass eines materiellen Steuergesetzes, das die einzelnen Förder Voraussetzungen normiert, in einem transparenten Gesetzgebungsverfahren erforderlich. Demgegenüber reicht für die direkten Subventionen der KfW ein Haushaltsansatz, der lediglich Mittel bereit stellt und das Förderziel beschreibt.
- Bei der staatlichen Handlungsform und dem Rechtscharakter der Entscheidung zeigt sich die steuerliche Subvention wenig flexibel. Die Anbindung an das Steuerrecht erzwingt eine öffentlich-rechtliche Subventionsgewährung und lässt nur eine gebundene Entscheidung im Verfahren der AO zu. Bei der direkten Subvention kann der Staat dagegen nach Ermessen entscheiden und auf Grundlage der Zwei-Stufen-Theorie für die Abwicklung der Subvention die weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten des Zivilrechts nutzen, also beispielsweise private Dritte (z.B. Banken) in die Subventionsgewährung einbeziehen.
- Auch beim persönlichen Anwendungsbereich der Fördertatbestände ist die direkte Subvention durch die KfW-Programme sachgerechter, weil dort jeder begünstigt werden kann, der den Förderzweck verwirklicht. Steuerliche Subventionen können dagegen nur Steuerpflichtige erhalten; bei den Steuervergünstigen ist zusätzlich notwendig, dass der Subventionsempfänger eine ausreichende Steuerlast hat.
- Im sachlichen Anwendungsbereich liegen beide Förderwege etwa gleich auf. Der Fördertatbestand kann sowohl bei der steuerlichen Wirtschaftsförderung als auch bei der direkten Subvention technische Voraussetzungen des jeweiligen Fachgebietes normieren. Das

---

Breinersdorfer – Organisation und Verfahren von Wirtschaftsförderung

---

für die Rechtsanwendung erforderliche Fachwissen liegt dann zwar weder bei der Steuerverwaltung noch bei der KfW vor. In beiden Förderwegen kann aber externer Sachverstand in die Förderentscheidung einbezogen werden.

- Hinsichtlich der Planbarkeit hat die steuerliche Subvention Nachteile, denn Steuervergünstigungen werden als Bestandteil der Besteuerungsgrundlage nicht bestandskräftig festgestellt, so dass abweichende Entscheidungen in den folgenden Veranlagungszeiträumen möglich sind. Direkte Subventionen – aber auch die Investitionszulage – beruhen dagegen auf einer die gesamte Subvention umfassenden Bewilligung.

Insgesamt betrachtet überwiegen bei der direkten Förderung die Vorteile, was das Verfahren und die Organisation betrifft. Darüber hinaus spricht eine grundsätzliche Erwägung gegen die steuerliche Wirtschaftsförderung: Subventionen stellen im Steuerrecht ein Fremdkörper dar.<sup>59</sup> Sie sind nicht am Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung orientiert, sondern am Förderzweck. Dies führt zu Wertungswidersprüchen, vor allem wenn die Subvention progressionsabhängig wirkt. Unter dem Gesichtspunkt des „best practices“ sollte deshalb die außersteuerliche Wirtschaftsförderung den Vorzug erhalten.

---

<sup>59</sup> Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 19 Rz. 6.



## Steuerliche Bedingungen von Investitionen

*Oliver Nussbaum*

BASF AG, Ludwigshafen

<p><b>I. Einleitung</b></p> <p><b>II. Ausgangslage</b></p> <p>1. Einfluss von Steuern auf Managemententscheidungen</p> <p>    a) Allgemeine Rahmenbedingungen für Investitionen</p> <p>        aa) Außersteuerliche Standortfaktoren</p> <p>    b) Steuerliche Standortfaktoren</p> <p><b>III. Wirkung steuerlicher Anreize – Erfolgsfaktoren</b></p> <p>1. Laufendes operatives Geschäft</p> <p>2. Investitionsentscheidungen und Akquisitionen</p> <p><b>IV. Investitionshemmnisse</b></p>	<p>1. Beabsichtigte und unbeabsichtigte Investitionshemmnisse</p> <p>    a) Beabsichtigte Investitionshemmnisse</p> <p>    b) Unbeabsichtigte Investitionshemmnisse</p> <p>2. Neutralisierung lokaler Steueranreize durch Gegenmaßnahmen im Ausland</p> <p><b>V. Beispielfälle</b></p> <p>1. Zinsabzugsregeln: NID in Belgien</p> <p>2. Abschreibungsregeln: Belgien</p> <p>3. Steuerbefreiung: Malaysia</p> <p><b>VI. Fazit</b></p>
--	--

### I. Einleitung

Das Thema „Steuerliche Bedingungen von Investitionen“ hat viele Facetten und ist zu weitläufig, als dass man es im vorliegenden Beitrag erschöpfend behandeln und in für alle Unternehmen gleichermaßen gültige Aussagen zusammenfassen könnte. Ob die steuerlichen Rahmenbedingungen für Investitionen passen, hängt sehr stark von der im Einzelfall geplanten Investition ab. Von Einfluss ist insbesondere die Branche, in der das Unternehmen tätig ist und ob es sich um eine kapitalintensive Investition handelt. Zudem spielen die unternehmensspezifischen u.a. auch für Investitionen herangezogenen operativen Steuerungskennzahlen eines Unternehmens eine wesentliche Rolle. Im folgenden Beitrag werden wesentliche Entscheidungsparameter für ein Unternehmen der chemischen Industrie beschrieben. Investitionen in Sachanlagen wie z.B. Produktionsanlagen sind in der chemischen Industrie regelmäßig kapitalintensiv.

---

#### Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

---

Bei einer Investitionsentscheidung spielen nicht nur die steuerlichen, sondern auch die nichtsteuerlichen Investitionsfaktoren eine wesentliche Rolle. Bei Investitionen in kapitalintensive Produktionsanlagen umfasst der Zeitraum zwischen Investitionsentscheidung, Planung und Errichtung regelmäßig mehrere Jahre. Durchaus üblich sind Projektzeiträume von ca. 3 bis 4 Jahren. Der Betrachtungszeitraum für steuerliche und nichtsteuerliche Rahmenbedingungen kann sich daher nicht nur auf den Zeitpunkt der eigentlichen Investitionsentscheidung beziehen. Soweit eine Produktionsanlage in der chemischen Industrie einmal errichtet wurde, lässt sie sich in der Regel nicht mehr ohne weiteres verlagern. Dies kann aus technischen Gründen oder unter betriebswirtschaftlichen Erwägungen unwirtschaftlich sein. Eine Produktionsanlage wird regelmäßig über viele Jahre am selben Standort betrieben. Eine einmal getroffene Entscheidung lässt sich somit nur schwer korrigieren. Der Betrachtungszeitraum für steuerliche Investitionsbedingungen muss sich daher über einen sehr langen Zeitraum erstrecken und muss auch die steuerlichen Rahmenbedingungen für das weitergeführte operative Geschäft berücksichtigen. Verlässlichkeit in der Steuergesetzgebung und die „Steuertradition“ eines Landes bzgl. der Nachhaltigkeit steuerlicher Rahmenbedingungen spielen insoweit eine wesentliche Rolle.

Eine andere Beurteilung kann bei Investitionen in nicht kapitalintensive Anlagen wie z.B. Investitionen in Logistik-Anlagen gegeben sein. Diese sind nicht zwingend an einen bestimmten Standort gebunden und ggf. wieder einfacher zu verlagern oder zu veräußern, da sie von einer Vielzahl anderer Unternehmen genutzt werden können. Der Betrachtungszeitraum für eine Investitionsentscheidung ist daher regelmäßig kürzer.

## II. Ausgangslage

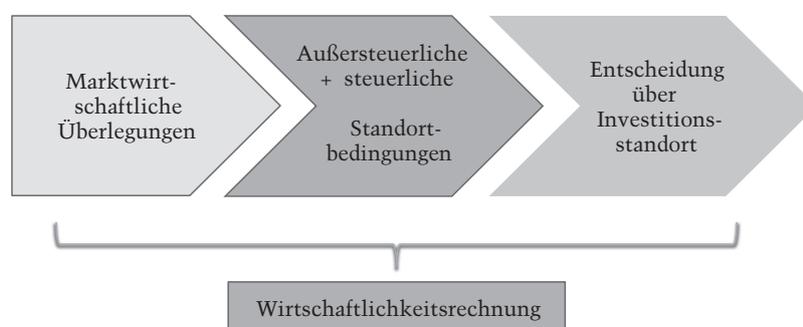
Wann und inwieweit spielen Steuern überhaupt eine Rolle bei einer Investitionsentscheidung?

### 1. Einfluss von Steuern auf Managemententscheidungen

Investitionsentscheidungen hängen von einer Vielzahl von Parametern ab. Bei Investitionen in Produktionsanlagen orientieren sich unternehmerische Entscheidungen primär an marktwirtschaftlichen Kriterien. Hierzu gehören u.a. der kostengünstige Zugang zu Rohstoffen, der Zugang zu Kunden und Märkten, die strategische Positionierung der Pro-

## Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

dukte sowie Logistik- und Energiekosten. Um eine Vergleichbarkeit von verschiedenen Projekten untereinander im Konzern sicherzustellen, muss die Vorentscheidung für bzw. gegen eine Investition und ihren alternativen Standorten nach einheitlichen und nachvollziehbaren Kriterien erfolgen. Idealtypisch beeinflussen daher bei der Vorauswahl von Standorten nur die marktwirtschaftlichen Kriterien die Investitionsentscheidung. Es wird Finanzierungs- und Steuerneutralität unterstellt. Es spielt somit keine Rolle, ob eine Investition mit Eigenkapital oder mit Fremdkapital finanziert wird. In gleicher Weise werden ertragsteuerliche Aspekte zunächst nicht berücksichtigt. Dies dient gerade bei großen Unternehmen dazu, dass langfristig in die strategisch richtigen Standorte investiert wird und aus der Vielzahl von möglichen Investitionsprojekten die nachhaltig wirtschaftlichen ausgewählt werden.



Investitionen müssen sich betriebswirtschaftlich für das Unternehmen rechnen. Mit ihnen muss das Unternehmen die Investitionskosten einschließlich der Folgekosten in einem überschaubaren Zeitraum erwirtschaften können und darüber hinaus eine Rendite erzielen. Die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Projektes wird im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsrechnung ermittelt. Gerade bei der Rendite spielen die steuerlichen Rahmenbedingungen eine entscheidende Rolle. Steuern sind ein Teilaspekt wertorientierter Unternehmensführung. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft ist gehalten, im Sinne des Shareholder-Value-Konzeptes die Rendite nachhaltig zu erhöhen. Er ist somit verpflichtet, steuerliche Rahmenbedingungen bei Investitionsentscheidungen zu berücksichtigen und ggf. Steuern zu optimieren. Steuerliche Rahmenbedingungen und steuerliche Incentives haben dementsprechend einen direkten Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit einer Investi-

Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

onsentscheidung und damit auch auf die Standortwahl bzw. die Durchführbarkeit der Investitionsentscheidung.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass positive steuerliche Rahmenbedingungen für sich alleine keine ausreichende Grundlage für eine Investition an einem bestimmten Standort sind. Fehlende positive Rahmenbedingungen können aber letztlich den Ausschlag geben, ob eine Investition die erforderliche Renditeerwartung erfüllt und damit durchgeführt werden kann. Durch Steuer-Incentives kann eine Investition wirtschaftlicher werden und in Fällen von Standortalternativen kann dies letztlich den Ausschlag bei der finalen Standortwahl geben. Demgegenüber kann ein hoher Steuersatz prohibitive Wirkung entfalten und dazu führen, dass eine Investition unterbleibt oder an einem Standort mit niedrigerer Steuerbelastung erfolgt.

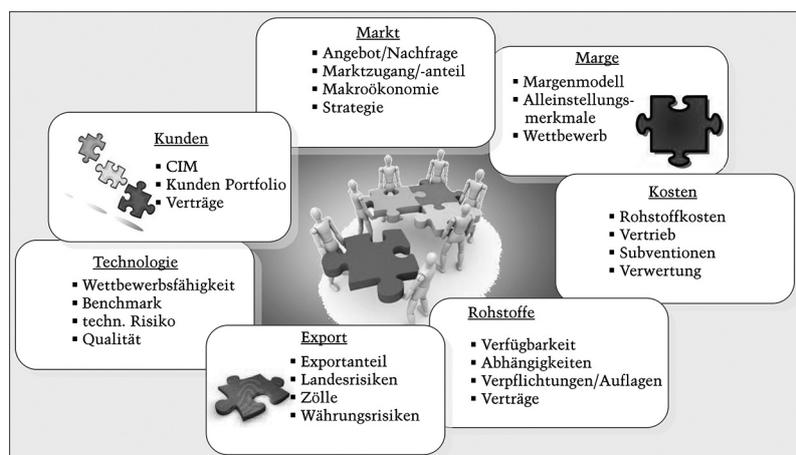
**a) Allgemeine Rahmenbedingungen für Investitionen**

Ganz allgemein lassen sich Rahmenbedingungen für Investitionen zum einen in außersteuerliche Standortfaktoren sowie in steuerliche Standortfaktoren unterscheiden. Die jeweiligen Faktoren werden zusätzlich im Lichte der Tradition und der Verlässlichkeit des Staates, in dem die Investition erfolgen soll, interpretiert.

Tradition / Verlässlichkeit		
Außersteuerliche Standortfaktoren	Steuerliche Standortfaktoren	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Energieversorgung</li> <li>- Politische Stabilität</li> <li>- Infrastruktur</li> <li>- Verfügbarkeit von Rohstoffen</li> <li>- Kapitalbeschaffung/ Kapitalverkehr</li> <li>- Zugang zu Märkten</li> </ul>	<p><b><u>Allgemeine Faktoren</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Effizientes Steuersystem/ Steuerverwaltung</li> <li>- Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit</li> <li>- Rechtsstaatlichkeit</li> <li>- Wettbewerbsfähige Steuersätze</li> <li>- Importzölle</li> </ul>	<p><b><u>Incentives</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Steuerbefreiung</li> <li>- Abschreibungsregeln</li> <li>- Transparenz</li> <li>- Rechtssicherheit</li> <li>- Beihilfekonformität</li> <li>- Exit</li> </ul>

### aa) Außersteuerliche Standortfaktoren

Zu den außersteuerlichen Rahmenbedingungen gehört, neben der politischen Stabilität und der geographischen Lage, eine Vielzahl von weiteren Parametern. So spielen die Leistungsfähigkeit der Infrastruktur, die Verfügbarkeit von ausreichend stabiler und kostengünstiger Energieversorgung, der Zugang zu günstigen Rohstoffen, der Zugang zum Markt sowie ggf. auch die Kapitalbeschaffung bzw. der Kapitalverkehr eine wesentliche Rolle.



Fehlende positive außersteuerliche Rahmenbedingungen eines Landes lassen sich – wenn überhaupt – nur in einem langsamen politischen Prozess verändern und gestalten. Investitionsentscheidungen in chemische Anlagen werden primär unter Abwägung dieser außersteuerlichen Rahmenbedingungen getroffen. Teilweise können diese Parameter auch so dominant sein, dass steuerliche Rahmenbedingungen fast gänzlich in den Hintergrund treten. So sind im Bereich der Öl- und Gas-Exploration aufgrund fehlender alternativer Standorte extrem hohe Steuersätze zu akzeptieren. In Norwegen beträgt der Steuersatz für Öl- und Gas-Exploration derzeit 78 %.

In Deutschland bleibt die Energiewende für die chemische Industrie eine wirtschaftliche Herausforderung. Steigende Kosten drohen aus mehreren Richtungen. So zahlt die Branche trotz der EEG-Reform von 2014 und Entlastungen für besonders energieintensive Betriebe im Jahr 2015 ca. 1 Milliarde Euro EEG-Umlage. Diese Summe wird tendenziell weiter

steigen, auch wenn die Umlage 2015 leicht gesunken ist. Die finanzielle Bürde trägt zwar derzeit im Wesentlichen der nicht entlastete Mittelstand, aber auch für entlastete Unternehmen haben sich die verbleibenden EEG-Umlagekosten mindestens verdoppelt. Außerdem geht die Investitions- und Planungssicherheit für eine effiziente Energieversorgung an den Standorten verloren: Beim Eigenstrom werden Neuanlagen ab sofort mit 30 %, bis 2017 ansteigend auf 40 % der EEG-Umlage belastet. Der Bestandsschutz für Altanlagen gilt zunächst nur bis Ende 2017. Für energieintensive Unternehmen stellt die EEG-Umlage ein Risiko dar und kann, je nach zukünftiger Ausgestaltung, Wettbewerbsnachteile für Deutschland als Produktionsstandort zur Folge haben.

### **b) Steuerliche Standortfaktoren**

Die Grenzziehung zwischen allgemeinen steuerlichen Standortvorteilen und Steuer-Incentives ist gerade im Bereich der Ertragsteuer schwierig. So stellt sich die Frage, ob ein Steuersystem, das einheitlich einen sehr niedrigen Steuersatz anbietet (z.B. Irland mit 12,5 %) ein allgemeiner Standortvorteil oder bereits ein Incentive ist. Gleiches gilt für den Fall des „Fiktiven Zinsabzugs auf Eigenkapital“ (NID = Notional Interest Deduction) in Belgien, welches integraler Bestandteil des lokalen Steuersystems ist und einen Anreiz zur Eigenkapitalbindung schafft. Ein Incentive liegt nur dann vor, wenn der Hauptzweck der Regelung in erster Linie das Ziel verfolgt, konkret das Verhalten der Abgabepflichtigen in eine bestimmte, vom Gesetzgeber gewünschte Richtung zu lenken. Bei grundsätzlich attraktiven Steuersystemen ohne solche konkrete Zielrichtung und mit breiter Streuwirkung ist hingegen von einem allgemeinen steuerlichen Standortvorteil auszugehen.

Im Unterschied dazu ist die Abgrenzung im Bereich der Verbrauchsteuern (z.B. Stromsteuer) eher eindeutig. Sie werden in der Regel gezielt als Lenkungsabgabe eingeführt, um das Verhalten von Steuerpflichtigen zu beeinflussen. Zudem dienen sie nicht primär der Einnahmeerzielung. Begünstigungen in diesem Bereich (Ausnahme von der Regel) qualifizieren nicht als Incentive. Sie sollen nicht intendierte und überschießende Wirkungen der Lenkungsabgabe vermeiden, sind aber beihilferechtlich kritisch.

Zu den allgemeinen steuerlichen Rahmenbedingungen gehört ein stabiles und effizientes, nach dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit besteuern des Steuersystem, das rechtstaatlichen Anforderungen genügt. Am Beispiel Brasilien wird deutlich, welche negativen Auswirkungen all-

---

Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

---

gemeine steuerliche Rahmenbedingungen haben können. Das Steuerrecht in Brasilien ist für Steuerpflichtige nur schwer zu befolgen. Zur gesetzeskonformen Verwaltung einer Vielzahl relevanter Steuerarten ist ein enormer Aufwand erforderlich. Fast tägliche Gesetzesänderungen und eine Vielzahl von Steuerprüfungen (teils elektronisch) machen es nahezu unmöglich, alle Normen in robuste Compliance Prozesse umzusetzen. Die materiellen Voraussetzungen sind sehr formal und kaum zu beherrschen. Steuerprüfungen werden sehr aggressiv mit dem Ziel der Generierung von Steuermehreinnahmen durchgeführt. Eine Vielzahl steuerlicher Klageverfahren ist durchaus üblich.

Spezielle ertragsteuerliche Steuer-Incentives (z.B. Steuerbefreiungen) zur Erhöhung der Attraktivität eines Standorts und zur zielgerichteten Lenkung von Investitionen haben eine über die eigentliche Investition hinausgehende Hebelwirkung. Incentives wie z.B. eine zeitlich begrenzte Steuerbefreiung von Ertragsteuern (Tax Holidays) mögen zwar auf den ersten Blick zu potentiellen Einnahmeverlusten bei der Körperschaftsteuer führen. Jedoch sollte nicht übersehen werden, dass Produktionsanlagen häufig über den gewährten Vergünstigungszeitraum hinaus weiter produzieren und somit nachgelagert zum Ertragsteueraufkommen beitragen. Zusätzlich schafft die Ansiedlung von Investition unmittelbar Arbeitsplätze und damit verbunden auch Lohnsteuereinnahmen. Daneben sind Investitionen Anlass für die Ansiedlung von Lieferanten und Dienstleistern mit dem damit verbundenen Steueraufkommen. Häufig kompensieren diese zusätzlichen Einnahmen einen als möglicherweise ungerecht empfundenen Ausfall von Steuereinnahmen. Länder wie u.a. China, Singapur oder Malaysia machen davon regen Gebrauch.

Um Steuer-Incentives tatsächlich für ein Unternehmen attraktiv zu gestalten ist eine wesentliche Voraussetzung, dass sie transparent und im Gesetz klar niedergelegt sind. Zudem müssen sie sowohl beihilfekonform also auch WTO-konform ausgestaltet sein. Dabei wäre es zu kurz gesprungen, wenn Incentives nur für den Fall des „Zuzugs“ einer Investition greifen. Vielmehr müssen Steuer-Incentives auch den Fall eines möglichen späteren Exits aus dem Land begünstigen bzw. zu erträglichen ökonomischen Bedingungen ermöglichen. Als schlechtes Beispiel sei die Funktionsverlagerung in Deutschland hervorgehoben: Der Zuzug einer Funktion nach Deutschland einschließlich des damit verbundenen Steuereinkommen ist regelmäßig unproblematisch. Dagegen kann ein späterer Wegzug dieser Funktion durch die Regelungen der Funktionsverlagerung einer prohibitiven Besteuerung unterliegen. Sogar eine Ver-

doppelung dieser Funktion im Ausland (z.B. Neubau einer zusätzlichen Anlage) kann aufgrund der Vorschriften der Funktionsverlagerung sehr teuer oder gar unwirtschaftlich werden. Insoweit gilt es bei der Standortwahl eine ganzheitliche Betrachtung vorzunehmen. Bei dem Bau einer Produktionsanlage in Deutschland sollten die Regelungen der Funktionsverlagerung bei der Gestaltung der Geschäftsmodelle unbedingt berücksichtigt werden.

Darüber hinaus spielt auch die politische Verlässlichkeit in Bezug auf die Steuergesetzgebung und insbesondere auf die Incentives und die damit einhergehende Tradition eines Landes eine große Rolle. Deutschland hat im Hinblick auf die Gewährung von Steuer-Incentives keine Tradition. Alleine die Diskussion und die deutlich ablehnende Haltung Deutschlands im Rahmen der BEPS-Diskussion, z.B. hinsichtlich der Einführung einer Patentbox, belegen dies. Deutschland gilt im internationalen Kontext im Hinblick auf Steuer-Incentives nicht als verlässliches Land.

### **III. Wirkung steuerlicher Anreize – Erfolgsfaktoren**

Damit steuerliche Incentives ihre wirtschaftspolitischen Lenkungsziele entfalten können, müssen sie die operativen Kennzahlen der Unternehmen positiv beeinflussen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sie ins Leere laufen und als reine Mitnahmeeffekte den Haushalt belasten. Standortvorteile in Form von steuerlichen Incentives werden von Unternehmen nur dann berücksichtigt und können aus Sicht der Politik nur dann zielführend eingesetzt werden, wenn man versteht, nach welchen Ergebnisgrößen ein Unternehmen gesteuert wird. Daher einige Ausführungen zu operativen Steuerungsgrößen:

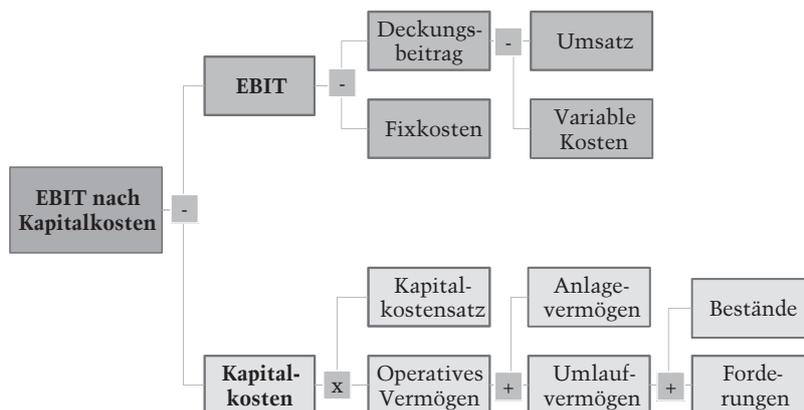
#### **1. Laufendes operatives Geschäft**

Unternehmen richten ihre unternehmerische Tätigkeit im Wesentlichen auf die positive Entwicklung des Unternehmenswertes aus. Das Konzept des Shareholder Values bezeichnet den (Markt)Wert des Eigenkapitals. Aktionäre erwarten eine Verzinsung in Form von Dividenden und/oder eine Steigerung des Unternehmenswertes. Demnach kann nur die Ausrichtung auf eine angemessene und nachhaltige Unternehmenswertsteigerung den Verzinsungserwartungen der Aktionäre gerecht werden.

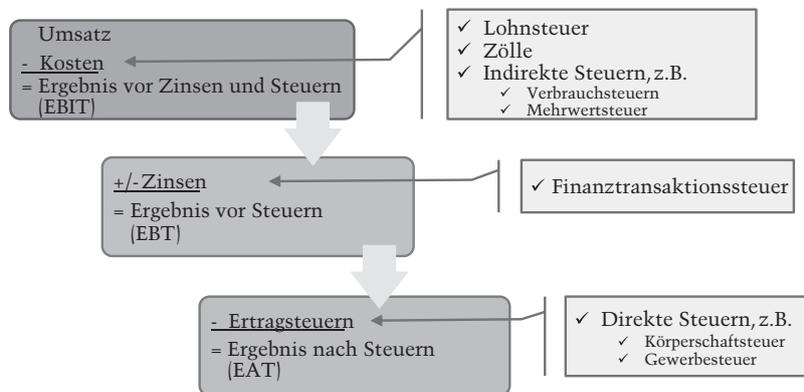
Bei den meisten Unternehmen ist es entscheidend, eine Prämie auf die Kapitalkosten zu verdienen, damit eine Investition in das Unternehmen

Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

für die Kapitalgeber attraktiv bleibt. D.h. vereinfacht, dass Aktionäre eine angemessene Rendite auf ihr eingesetztes Kapital erwarten. In diesem Zusammenhang ist das „Ergebnis der Betriebstätigkeit nach Kapitalkosten“ bei vielen Unternehmen eine zentrale Ziel- und Steuerungsgröße.



Diese Kennzahl verbindet die im EBIT (Ergebnis vor Zinsen und Steuern) zusammengefasste wirtschaftliche Lage des Unternehmens mit den Kosten für das Kapital, das die Aktionäre und Gläubiger zur Verfügung stellen. Wenn ein Unternehmen eine Prämie auf die Kapitalkosten verdient, übertrifft es die Renditeerwartungen ihrer Aktionäre. Das EBIT ist damit bei vielen Unternehmen die zentrale Berichts- und Steuerungsgröße. Das EBIT ist jedoch eine Ergebnisgröße vor Ertragssteuern.



Demnach haben Ertragsteuern grundsätzlich keinen Einfluss auf die operative Steuerung des Unternehmens. Bei Unternehmen, die ihre Kennzahlen auf EBIT als Steuerungsgröße ausgerichtet haben, spielt die Ertragsteuer daher im laufenden operativen Geschäft keine Rolle. Das bedeutet aber nicht, dass in solchen Unternehmen Ertragsteuern keine Bedeutung hätten. Die Steuerbelastung des Konzerns schlägt sich im Kapitalkostensatz nieder und beeinflusst die operative Steuerung damit mittelbar. Der Kapitalkostensatz wird für die gesamte Unternehmensgruppe einheitlich festgelegt, eine Individualisierung auf Ebene einer Geschäftseinheit erfolgt regelmäßig nicht. Steueroptimierung wird daher in gleicher Weise über alle Unternehmensteile solidarisiert, ebenso wie eine höhere Steuerbelastung. Die lfd. Steueroptimierung des operativen Geschäftes wird in solchen Unternehmen zur Corporate Aufgabe.

Im Unterschied dazu beeinflusst in Unternehmen, die auf einer Nachsteuerbasis gesteuert werden, die Ertragsteuer das laufende Geschäft unmittelbar. In solchen Unternehmen ist nicht das EBIT die betriebliche Steuerungsgröße, sondern das Ergebnis nach Steuern. In diesem Fall bestehen natürlich deutlich stärkere Anreize für Geschäftseinheiten, auch eine Ertragsteuer-Optimierung bei der lfd. operativen Planung zu berücksichtigen.

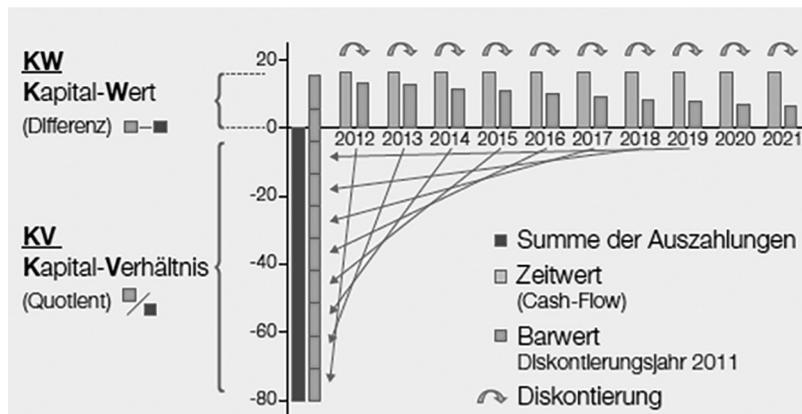
Anders verhält es sich dagegen bei Indirekten Steuern, Zöllen und Verbrauchsteuern. Sie haben in allen Varianten immer einen unmittelbaren Einfluss auf das laufende operative Geschäft und entfalten regelmäßig eine unmittelbare Wirkung.

## 2. Investitionsentscheidungen und Akquisitionen

Investitionen in Produktionsanlagen aber auch Akquisitionen sind wesentliche Bausteine zur Umsetzung der strategischen Ziele von Unternehmen und ein besonders wichtiger Bestandteil des Wertmanagements. Die mit solchen Projekten verbundenen Zahlungen erfolgen in Erwartung zukünftiger Rückflüsse inkl. Renditen. Kennzahlen zur Unterstützung von Projektentscheidungen beziehen sich daher i.d.R. auf einen mehrjährigen Betrachtungszeitraum (Nutzungszeitraum z.B. 10 Jahre) in der Zukunft. Alle erwarteten Ein- und Auszahlungen werden zum Vergleich verschiedener Projektalternativen auf einen gemeinsamen Bezugszeitpunkt abgezinst. Hierbei kommt das Diskontierungsprinzip zur Anwendung. Gleichhohe Einzahlungen aus späteren Perioden haben einen geringeren Gegenwartswert (Barwert) als solche aus früheren Perioden, da das im ersten Fall noch gebundene Kapital im zweiten Fall be-

Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

reits wieder zur weiteren Werterzeugung eingesetzt werden könnte. Alle Ein- und Auszahlungen des Betrachtungszeitraums werden daher jährlich mit einem festen Prozentsatz (Diskontierungssatz) abgezinst, der die Erwartung einer kontinuierlichen Verzinsung zum Ausdruck bringt. Basis zur Berechnung ist jeweils eine Cashflow-Betrachtung nach Steuern (Zahlungsüberschüsse = Einzahlungen – Auszahlungen).



Abweichend von der Steuerung des lfd. Geschäftes spielen daher Ertragsteuern bei Investitionen in Sachanlagen in allen Fällen eine unmittelbare Rolle. Im Investitionsfall werden die ertragsteuerlichen Besonderheiten im jeweiligen Land im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsrechnung berücksichtigt. Es erfolgt eine individuelle Barwertbetrachtung der Cashflows nach Steuern über den Lebenszyklus einer Produktionsanlage. Die Ertragsteuerbelastung spielt daher bei Investitionsentscheidungen eine wesentliche Rolle. Für die Höhe der Ertragsteuern ist nicht nur die Höhe des Steuersatzes zu betrachten. Letztlich ist für die Bemessungsgrundlage auch entscheidend inwieweit Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu kapitalisieren oder sofort abzugsfähig sind, welche Abschreibungsregeln anzuwenden sind und welche Verlustverrechnungsmöglichkeiten bestehen.

Steuerliche Vorteile werden aber nur dann berücksichtigt, wenn sie eindeutig und nach der Gesetzeslage zweifelsfrei gewährt werden. Im Falle von Unklarheiten wird ein Steuer-Incentive allenfalls im Rahmen einer Sensitivitätsbetrachtung herangezogen.

Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

Ferner können auch Zölle Investitionsanreize bieten. Durch hohe Importzölle wird ein Anreiz für Investitionen in eine lokale Produktion gesetzt. Der Import von Waren wird durch Zölle verteuert und damit gegenüber lokal hergestellten Produkten weniger konkurrenzfähig.

#### IV. Investitionshemmnisse

In vielen Fällen wirken indirekte Steuern oder Verbrauchsteuern als Investitionshemmnis, da gerade der Bereich indirekte Steuern bzw. der Bereich Verbrauchsteuern und Zölle gerne zum Erzielen von politisch gewollten Verhaltensweisen verwendet werden. Aber auch direkte Steuern können sich als Investitionshemmnis auswirken.

Im Land der Investition	Im Land des Investors
<ul style="list-style-type: none"><li>- Schlechte Abschreibungsbedingungen</li><li>- Hohe Ertragsteuersätze</li><li>- Indirekte Steuern</li><li>- Lokale Verrechnungspreisregeln</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Anrechnungsverfahren statt Freistellung</li><li>- Hinzurechnungsbesteuerung</li><li>- Umwandlungssteuerrecht</li><li>- Funktionsverlagerung</li></ul>

#### 1. Beabsichtigte und unbeabsichtigte Investitionshemmnisse

##### a) Beabsichtigte Investitionshemmnisse

Steuern – insbesondere indirekte Steuern, Verbrauchsteuern und Zölle – können sich im Einzelfall negativ auf Investitionsentscheidungen auswirken. Nachstehend einige Beispiele:

- In China ist der Export von Wirtschaftsgütern beim Verkäufer nicht von der Umsatzsteuer befreit und unterliegt dem regulären Steuersatz von 17 %. Auf Seiten des Käufers besteht keine Erstattungsmöglichkeit. Der Verkäufer hat bei bestimmten von der Regierung festgelegten Produkten allerdings Anspruch auf Rückerstattung der erhobenen Umsatzsteuer, die je nach Produkt unterschiedlich hoch

---

Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

---

ausfällt. In Abhängigkeit vom Produkt ist daher die Umsatzsteuer ein wesentlicher Kostenfaktor. Eine Investition in eine Anlage zum Zwecke des Exports solcher nicht begünstigter Produkte ist damit häufig unwirtschaftlich.

- In Deutschland wird durch die Einführung der Stromsteuer und die EEG-Umlage eine Investition in energieintensive Anlagen unattraktiv. Zwar gibt es noch weitgehende Befreiungen oder Kappungen. Aber das Vertrauen in die Politik zur Beibehaltung der Kappungen bzw. Befreiungen sowie die beihilferechtlichen Diskussionen bietet für Investoren nicht die ausreichende Sicherheit über die betriebswirtschaftliche Nutzungsdauer von Produktionsanlagen. Energieintensive Unternehmen fahren daher auf Sicht.
- In Brasilien wirken lokale Verrechnungspreisregeln als Investitionshemmnis. Abweichend von den derzeitigen OECD-Vorschriften verlangt Brasilien bei importierten Waren vereinfacht dargestellt einen Mindestgewinn i.H.v. 30 % des lokalen Nettoumsatzes. Bei Anwendung der niedrigeren Arm's-length-Preise nach den OECD-Regeln führt dies in Brasilien zwangsläufig zu einer Doppelbesteuerung.

#### **b) Unbeabsichtigte Investitionshemmnisse**

Neben diesen vom Gesetzgeber beabsichtigten Investitionshemmnissen gibt es allerdings auch Fälle, in denen dieser Effekt unbeabsichtigt eintritt.

- So ist es zwar politischer Wille, auf der einen Seite die Elektromobilität zu fördern, gleichzeitig erhebt Deutschland eine Stromsteuer. Das Verbrauchen von Strom (Entnahme aus dem Netz) führt zur Entstehung der Steuer (§ 5 StromStG). Wird Strom (nachweislich) in begünstigten Verfahren verwendet, ist dieser Verbrauch steuerfrei (§ 9a StromStG). Eine solche Verwendung ist die Elektrolyse (§ 9a Abs. 1 Nr. 1 StromStG). Die StromStV definiert aber klar, dass das Laden und das Wiederaufladen von Batterien und Akkumulatoren nicht als Elektrolyse oder chemisches Reduktionsverfahren i.S.d. § 9a Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 4 des StromStG gelten (§ 17a Abs. 5 StromStV). Damit ist der Ladestrom für Elektrofahrzeuge nicht entlastet.
- Ein weiteres Beispiel in Deutschland ist die Hinzurechnung von Zinsen bei der Gewerbesteuer. Während Zinseinnahmen voll der Gewerbesteuer unterliegen, sind korrespondierende Zinsaufwendungen nach § 8 Nr. 1 GewStG nur begrenzt abzugsfähig (1/4 der Entgelte

für Schulden). Die Abzugsbegrenzung wurde zur Stabilisierung des GewSt-Aufkommens eingeführt. Selbst wenn man die Einnahmeerzielung als Hauptzweck noch verstehen kann, ist das Saldierungsverbot ein Investitionshemmnis. Eine durchlaufende Finanzierung im Konzern wird in Deutschland mit einer Steuer von 3,5 % (GewSt-Hebesatz von 400 % unterstellt) belegt. Mithin verbietet es sich eigentlich Durchlauffinanzierung und Cash-Pools im Konzern in Deutschland zu betreiben.

## **2. Neutralisierung lokaler Steueranreize durch Gegenmaßnahmen im Ausland**

Ungeachtet dessen bieten in einem Land gewährte lokale Steuer-Incentives dann keinen nachhaltigen Vorteil, wenn der gewährte Vorteil im Sitzstaat des Gesellschafters nachbesteuert wird. Dies gilt insbesondere für das Anrechnungsverfahren bei Dividenden. Ein lokal gewährter Ertragsteuervorteil kann auf Ebene des Gesellschafters zu einer Nachbesteuerung führen. Im Falle einer fehlenden indirekten Steueranrechnung kann es sogar zu einer Übermaßbesteuerung führen. Zwar lässt sich die Besteuerung im Sitzstaat des Gesellschafters durch Thesaurierung im Staat der Investition zeitlich verzögern. Dabei ist aber zu beachten, dass gerade bei deutschen Mutterkonzernen regelmäßig Dividenden ausgeschüttet werden müssen, um nach HGB bei der Muttergesellschaft die Voraussetzungen für eine Dividendenausschüttung an die Aktionäre zu schaffen.

Weitere Beispiele im Deutschen Steuerrecht, auf die an dieser Stelle nur hingewiesen wird, sind die Hinzurechnungsbesteuerung für niedrigbesteuerte passive Einkünfte im Ausland, das Umwandlungssteuerrecht, welches im Ausland steuerneutrale Verschmelzungen im Inland einer Besteuerung unterwirft sowie die Funktionsverlagerung. Zudem bleibt abzuwarten, wie sich die BEPS-Diskussion auswirken wird.

## **V. Beispielfälle**

Zur Veranschaulichung der Wirkungsweise steuerlicher Incentives wird diese im Folgenden an einigen Beispielen dargestellt.

## 1. Zinsabzugsregeln: NID in Belgien

Während Deutschland und einige andere Länder Regeln zur Begrenzung des Zinsabzugs eingeführt haben, geht Belgien den umgekehrten Weg. Statt Zinsaufwand zu begrenzen, wird Eigenkapital gefördert. Zu diesem Zweck erhalten Unternehmen über ihren tatsächlichen Zinsaufwand für Fremdkapital hinaus einen fiktiven Zinsabzug für Eigenkapital. Für das Jahr 2015 wurden die Abzugsbeträge i.H.v. 1,63 % (2015) für große Unternehmen und 3,13 % für kleinere Unternehmen festgelegt. Ob eine Investition mit Eigen- oder mit Fremdkapital finanziert wird, spielt keine Rolle. Der NID-Abzug schafft daher Finanzierungsneutralität für Investitionsentscheidungen. Der NID-Abzug wirkt insbesondere deshalb als Incentive, da der gewährte Zinsaufwand auf das Eigenkapital beim Kapitalgeber nicht der Zinsbesteuerung unterliegt, sondern im Rahmen der Dividendenbesteuerung regelmäßig steuerfrei gestellt wird. Ein hohes Eigenkapital (z.B. durch Thesaurierung) wird dadurch belohnt.

Allerdings findet der NID bei Investitionsentscheidungen keine Berücksichtigung. Wie oben dargestellt, wird bei Investitionsentscheidungen Finanzierungsneutralität unterstellt. Das Verhältnis Eigenkapital zu Fremdkapital spielt auf Ebene der einzelnen Legaleinheit keine Rolle. Vielmehr ist das Verhältnis Eigenkapital zu Fremdkapital auf Konzernebene entscheidend. Ein NID läuft insoweit bei der Berechnung der Wirtschaftlichkeit einer Investition in Belgien ins Leere. Er findet gleichwohl seinen Niederschlag im Rahmen der Berücksichtigung der Kapitalausstattung der jeweiligen Legaleinheit. Ein NID Abzug reduziert die ansonsten mit 34 % hohe Steuerbelastung in Belgien.

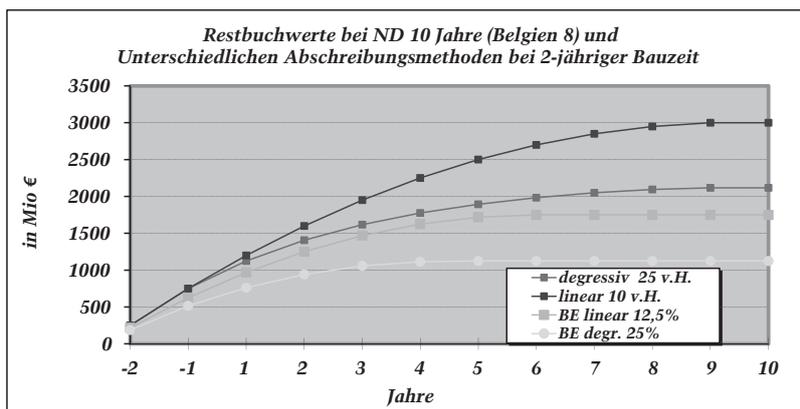
## 2. Abschreibungsregeln: Belgien

Sachanlagen werden in Belgien mit den Anschaffungskosten bilanziert. Der Anschaffungswert besteht aus den direkten Anschaffungskosten erhöht um die Investitionsnebenkosten (nicht abzugsfähige Umsatzsteuer), Bauzeitinsen werden nicht aktiviert. Der Anschaffungswert von Sachanlagen wird über die Nutzungsdauer der Anlage abgeschrieben. Der Steuerpflichtige darf je nach Wahl linear oder degressiv abschreiben. Die degressiven Abschreibungsprozentsätze dürfen sich auf das Doppelte der normalen linearen Prozentsätze belaufen (maximal 40 % des Anschaffungswertes). Vom Geschäftsjahr an, in dem der degressive Abschreibungsbetrag geringer wird als der lineare, wird die lineare Abschreibungsmethode angewandt. Diese lineare Abschreibung wird bei

Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

behalten bis der volle Anschaffungswert abgeschrieben ist. Die Abschreibung kann bereits ab Ausgabenanfall anfangen. D. h. auch im Bau befindliche Anlagen/Gebäude können abgeschrieben werden.

Das folgende Schaubild zeigt den Vorteil der Abschreibung in Belgien gegenüber Deutschland. Dabei wird jeweils ein nachhaltiges Investitionsvolumen von 500 Mio. Euro/anno unterstellt:



Nach 10 Jahren kontinuierlicher Investitionen steigt der Buchwert der Sachanlagen in Deutschland dauerhaft auf 3 Mrd. Euro, während der Buchwert in Belgien auf 1,1 Mrd. Euro ansteigt. Damit kumuliert sich der Buchwert in Deutschland auf einen um 1,9 Mrd. Euro höheren Betrag. Berücksichtigt man den Steuersatz in Deutschland mit 30 % und in Belgien mit 33,99 %, führt dies zu einer Mehrbelastung im Steuer-Cashflow in Deutschland gegenüber Belgien von 526 Mio. Euro (3 Mrd. Euro x 30 % – 1,1 Mrd.Euro x 33,99 %).

**3. Steuerbefreiung: Malaysia**

Ein möglicher Incentive für Investitionen in Malaysia ist der RAPID Incentive. Er besteht in einer 15-jährigen Steuerbefreiung von Ertragsteuern auf die Gewinne einer Investition. Die Laufzeit beginnt mit dem ersten Gewinnjahr, d.h. nach Verlustverrechnung. Bei normaler Besteuerung würden Gewinne in Malaysia mit 25 % besteuert. Am folgenden Beispiel sollen die Auswirkungen des Incentives im Vergleich zu Deutschland dargestellt werden:

Nussbaum – Steuerliche Bedingungen von Investitionen

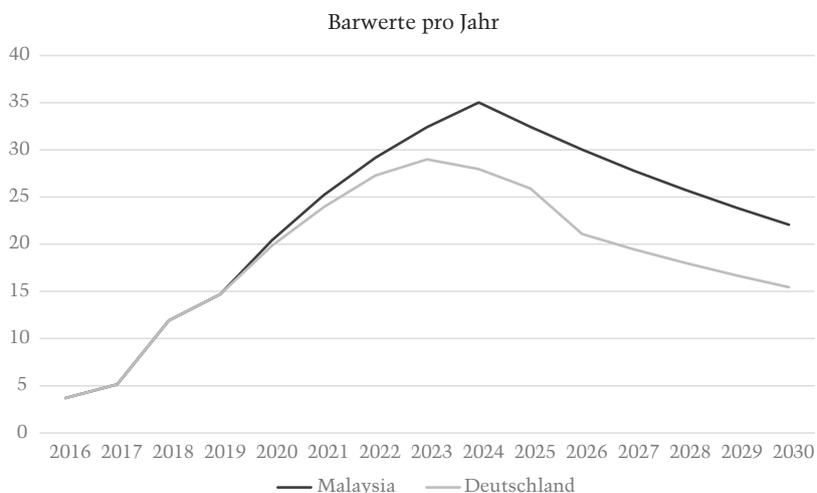
Annahmen:

- Investitionssumme 230 Mio. USD, 10 Jahre Nutzungsdauer
- Steuersatz Deutschland 30 % und Verlustverrechnungsbeschränkungen
- Betrachtungszeitraum für die Wirtschaftlichkeitsrechnung von 15 Jahren
- Ertragssteuerbefreiung in Malaysia über 15 Jahre, keine Verlustvortragsbeschränkungen
- Ergebnis vor Abschreibung, Zinsen und Steuern steigt über den Investitionszeitraum auf 70 Mio. USD

Das Ergebnis vor Steuern berechnet sich daher wie folgt:

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030
Ergebnis vor Abschreibung	4,0	6,0	15,0	20,0	30,0	40,0	50,0	60,0	70,0	70,0	70,0	70,0	70,0	70,0	70,0
Abschreibung		22,5	23	23	23	23	23	23	23	23	0,5	0	0	0	0
Ergebnis vor Steuern	-18,5	-17,0	-8,0	-3,0	7,0	17,0	27,0	37,0	47,0	47,0	69,5	70,0	70,0	70,0	70,0

Mithin ergeben sich für die o.g. Investition folgende Barwerte für Deutschland bzw. Malaysia:



Das Beispiel veranschaulicht, dass eine Investition in Malaysia, die durch den RAPID-Incentive begünstigt ist, gegenüber einer Investition in Deutschland einen Barwertvorteil von 60 Mio. USD hat (Betrachtungszeitraum 15 Jahre). Der Vorteil erhöht sich bei einem längeren Betrachtungszeitraum.

## **VI. Fazit**

Außersteuerliche Rahmenbedingungen und Standortfaktoren lassen sich oft nicht verändern. So sind Rohstoffe entweder vorhanden oder nicht. Ein Land, das über den Standortvorteil Rohstoffe verfügt, hat in der Regel weniger Wettbewerb mangels konkurrierender Standorte und kann sich gegebenenfalls unattraktivere Rahmenbedingungen leisten. Das Ausbildungsniveau eines Landes, Infrastruktur und rechtliche Rahmenbedingungen lassen sich nur über schwierige politische Prozesse und über einen längeren Zeitraum verbessern. Um dennoch wettbewerbsfähig und attraktiv zu sein, bieten viele Länder zum Ausgleich Steuer-Incentives an. Daran ist nichts Unmoralisches und ist schlichter Ausdruck von Wettbewerbsverhalten.

Deutschland verfügt zwar über kein großes Rohstoffvorkommen, hat aber den logistischen Vorteil, in der Mitte Europas zu liegen. Zusätzlich verfügt Deutschland derzeit noch über viele allgemeine Standortfaktoren, die das Land wettbewerbsfähig und attraktiv gemacht haben. In steuerlicher Hinsicht bietet Deutschland jedoch keine Steuer-Incentives. Es verfügt über einen relativ hohen Steuersatz mit breiter Bemessungsgrundlage und vielen Investitionshemmnissen. Deutschland hat darüber hinaus keine Tradition und keinen Ruf ein steuerlich attraktiver und verlässlicher Standort zu sein. Wie lange Deutschland mit diesen unattraktiven steuerlichen Investitionsbedingungen auch nachhaltig wettbewerbsfähig sein wird, bleibt abzuwarten.

## Diskussion

### zu den Referaten von Dr. *Stefan Breinersdorfer* und *Oliver Nussbaum*

Prof. Dr. h.c. *Rudolf Mellinghoff*, München

Ich habe eine Frage an Herrn *Breinersdorfer*. Erst einmal vielen Dank für Ihr Referat, das sehr anschaulich die Vor- und Nachteile steuerlicher und nichtsteuerlicher Investitionsförderung aufgeklärt hat. Ich möchte die Verbindung zu den Referaten des gestrigen Tages ziehen, in dem wir darüber diskutiert haben, dass wir die Mittel der Wirtschaftsförderung effizient einsetzen müssen. Sie haben uns sehr eindrucksvoll erläutert, dass es bei den Entscheidungen für eine Investitionsförderung letztlich darum geht, wer zahlt oder wer die entsprechende Maßnahme verwaltet. Aber sollte denn nicht eine ganz andere Frage im Mittelpunkt stehen: nämlich die Frage, ob und inwieweit eine solche Maßnahme steuerlicher Art wirklich das Ziel erreicht und das Ziel fördert? Ich möchte nur darauf hinweisen, dass Sie selber in einer früheren Kommentierung zu § 19 EStG sehr interessant geschrieben haben, welche Auswirkungen z.B. die Mitarbeiterförderungen selbst bei kleinen Beträgen tatsächlich gehabt hat. Es scheint also Untersuchungen über die Wirksamkeit steuerrechtlicher Förderungstatbestände zu geben. Wird die Frage der Wirksamkeit von steuerlichen Investitionsförderungsmaßnahmen ernsthaft diskutiert, oder geht es doch nur um die Fragen, wer zahlt und wer verwaltet.

Dr. *Stefan Breinersdorfer*, Mainz

Danke für die Frage. Sie sprechen einen zentralen Punkt an. Weil es ist ja die Frage, wie kann man innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens die Effizienz von Regelungen evaluieren. Es gibt einen Punkt, da wird es in der Tat evaluiert, und zwar bei der Quantifizierung. In den früheren Tagen meiner Berufstätigkeit gab es häufig Situationen, die man wie folgt beschreiben kann: Im Zusammenhang des Vermittlungsausschusses haben die Gesprächsteilnehmer in Fachgruppen zusammengesessen und es ging darum, welche Lösung finden wir in steuerlichen Fragen. Da hat der BMF gesagt, das kostet 2 Milliarden. Dann ist ein großes Bundesland aufgestanden und hat gesagt, nein, nein, nein, das kostet 4 Milliarden. Dann ist da noch ein anderes Bundesland aufgestanden und hat gesagt: 500 Millionen. Und dann hat mein Chef mich immer so angestubst und hat gesagt: Was meinen wir dazu? Rheinland-Pfalz als kleines Land, das

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

über keine eigene Kapazität zum Quantifizieren verfügt, kann relativ wenig dazu sagen. Also dann kam man auf die Idee, man gründet einen Arbeitskreis der Quantifizierer. Diese Quantifizierer setzen sich einmal zusammen aus der Abteilung des BMF, die sich mit Quantifizierung befasst und den Ländern. Und da sieht man die Problematik des Quantifizierens. Die Abteilung des Bundes arbeitet volkswirtschaftlich und es ist unglaublich, zu was für anderen Ergebnissen das BMF kommt, wenn dann die Länder – zu anderen Stichtagen muss man dazu sagen – in ihren Rechner reinschauen und die tatsächlichen Ausgaben ermitteln. Die Quantifizierer interpretieren ihr Ergebnis dann so, dass man sich auf eines einigt. Der Vorteil ist nicht, dass diese Zahl richtig wäre, der Vorteil besteht darin, dass man sie im weiteren Verfahren nicht in Streit stellt. Darum geht es. Dieses Evaluieren innerhalb des Verfahrens halte ich trotzdem für wichtig. Die Quantifizierung ist aber auch eine Machtfrage: wenn ich eine Maßnahme will, dann ist die Quantifizierung des Bundes meistens so, dass die Maßnahme nicht viel kostet. Und wenn man die Maßnahme nicht will, dann ist sie sehr teuer. Da muss man überlegen, ob man nicht durch Einrichten eines Bundesamtes das out-sourcen und institutionalisieren kann.

Die andere Frage, die Sie aufwerfen, ist die Evaluierung in der Sache. Haben wir Möglichkeiten, die Folgen der gesetzlichen Regelung abzuschätzen? Ich bin da sehr zurückhaltend. Es gibt ja einerseits die Expertenanhörung im Gesetzgebungsverfahren. Andererseits gibt es die Unsitte, dass man wichtige Dinge nach dem ersten Durchgang des Bundesrats über den Bundestagsfinanzausschuss unmittelbar einfädelt und da wird das Verfahren plötzlich kurzgeschlossen. D.h. normalerweise haben wir eine fachliche Interventionsmöglichkeit im ersten Durchgang im Bundesrat. Die Länder haben dann ein Zeitfenster zum votieren, dass – wenn wir viel Zeit haben – zwei Tage ist, wenn es nicht so viel ist, haben wir eine Stunde. Und wenn die Sache ins Vermittlungsverfahren kommt, dann haben wir ja noch nicht mal eine Begründung. Ich glaube, dass man in dem hektischen Geschäft kaum sagen könnte, wir nehmen uns jetzt mal einen Monat Zeit. Andererseits halte ich die fachliche Evaluierung für wichtig, weil das Bundesverfassungsgericht ja immer sagt, der Gesetzgeber hat einen weiten Entscheidungsspielraum für die Grundsatzentscheidung, aber dann erhöhen sich die Anforderungen im Verfahren. Da muss es ein Verfahren geben, das transparent ist. Das Gesetzgebungsverfahren ist derzeit dazu nur eingeschränkt geeignet. Ich bin im Moment ein Stückweit ratlos.

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

*Dr. Hans Hermann Bowitz*, Frankfurt am Main

Ich habe zwei Fragen, eine Frage an Herrn *Breinersdorfer* und eine Frage an Herrn *Nussbaum*. Herr *Breinersdorfer*, die Finanzverwaltung ist seit Jahren geprägt von einem beständigen Personalabbau. Könnte man nicht deshalb als Finanzverwaltung sagen, man sei im Hinblick auf die begrenzten Personalressourcen einfach nicht in der Lage, ein außersteuerliches Förderprogramm administrativ umzusetzen? Wie könnte man argumentieren? Und die Frage an Herrn *Nussbaum* zur steuerlichen Planungssicherheit, die man natürlich in der Praxis gerne hätte. Welche Bedeutung hat für Sie in diesem Zusammenhang der Antrag auf verbindliche Zusage?

*Dr. Heinz-Gerd Horlemann*, Herzogenaurach

Zunächst einmal in Bezug auf das Geständnis von *Roman Seer* von gestern, ich bin auch jemand, der die Steuerbemessungsgrundlage um Subventionen bereinigen möchte; Sie haben es in Ihrer Vorbemerkung ja auch angedeutet, dass Steuern dazu da sind, Einnahmen zu erzielen, haben aber Gott sei Dank den Vortrag danach nicht abgebrochen, sondern sehr schön dargestellt, wie unterschiedlich die Wirkungen steuerlicher Wirtschaftsförderung und direkter Subventionen sein können, dazu Prototypen ausgewählt und mit einander verglichen. Dazu habe ich ein paar Fragen: Sie haben zu Ihrem zweiten Vergleichspunkt gesagt, die Steuervergünstigungen sind (unselbständiger) Bestandteil der Bemessungsgrundlage, der Besteuerungsgrundlagen, mit den entsprechenden verfahrensrechtlichen Folgen. Ich meine aber schon, dass man diese Bestandteile auch separieren kann, wie man das in Einzelfällen auch tut, z.B. für gesonderte Feststellungen – ich komme wieder auf mein altes Thema Alterseinkünfte zurück – hier haben wir eine gesonderte Feststellung der steuerlichen Förderung von § 10a EStG, d.h. hier, dass der Effekt jedenfalls für künftige Fragestellungen (Stichwort „schädliche Verwendung“) festgeschrieben ist. Sie haben dann beim dritten Vergleichspunkt gesagt, bei Steuervergünstigungen ist eine ausreichende Steuerlast erforderlich. Grundsätzlich ja, auch bei für alle Steuerpflichtigen gleich wirkenden Steuerermäßigungen. Das ist aber nicht zwingend – was halten Sie in dem Zusammenhang von einer Negativsteuer? Und Sie haben bei dem vierten Vergleichspunkt den Rückgriff auf externe Sachverständige erwähnt, deren Bescheinigungen keine Grundlagenbescheide für das Steuerrecht darstellen könnten. Wenn entsprechende Bescheinigungen vorliegen, müsse das Finanzamt trotzdem prüfen. Se-

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

hen Sie die Möglichkeit, hier von Gesetzes wegen so etwas wie eine Bindungswirkung für die Finanzverwaltung vorzusehen?

Prof. Dr. *Johanna Hey*, Köln

Ich schließe mich ganz kurz an. Meine Frage betrifft sowohl Herrn *Nussbaum* als auch Herrn *Breinersdorfer*. Herr *Nussbaum*, Sie haben angesprochen, dass die Verlässlichkeit der Investitionsbedingungen für Sie als Unternehmen sehr wichtig ist und dass man auf der Grundlage von Steuervergünstigungen, deren Gewährung ungewiss ist, letztlich keine Investitionsentscheidungen trifft. Auch Sie, Herr *Breinersdorfer*, haben hier einen klaren Nachteil indirekter Fördertatbestände gesehen, weil das Eingreifen von Steuervergünstigungen immer nur für ein Jahr und immer erst im Nachhinein via Veranlagung zu entscheiden ist. Könnte man sich ein Verfahren vorstellen, das im Vorhinein oder bei der erstmaligen Inanspruchnahme als eine Art Grundlagenbescheid die Voraussetzungen verbindlich für den gesamten Zeitraum der geförderten Investition feststellt? Und daran anknüpfend – das fand ich eine sehr spannende Überlegung, die Sie angestellt haben – die Frage, wie der Haushaltsgesetzgeber die Kosten von Steuervergünstigungen besser beherrschen kann. Ein Instrument ist die Befristung, aber Befristungen werden oft unreflektiert verlängert. Und dann plötzlich stellt man fest, dass die Vergünstigung viel mehr gekostet hat, als ursprünglich geplant und dann versucht der Gesetzgeber, zum Beispiel über Verlustverrechnungsbeschränkungen, die Kosten wieder einzufangen. Muss die Verwaltung hier nicht frühzeitig warnen, wenn auffällt, dass Steuervergünstigungen in einem ganz erheblichen Maß in Anspruch genommen werden, mehr als es erwartet worden war, damit der Gesetzgeber den Sack relativ schnell wieder zumachen kann, statt im Nachhinein das Vertrauen in die Vergünstigungen zu erschüttern, indem er deren Wirkungen mittelbar zurücknimmt?

*Oliver Nussbaum*, Ludwigshafen

Zunächst zur Frage von Herrn Dr. *Bowitz*, wie wichtig verbindliche Auskünfte für Unternehmen sind. Verbindliche Auskünfte geben die notwendige steuerliche Rechtssicherheit um eine fundierte Entscheidungsgrundlage für Investitions- oder Reorganisationsmaßnahmen zu schaffen. Ohne eine positive verbindliche Auskunft würden Investitions- oder Reorganisationsmaßnahmen möglicherweise nicht durchgeführt werden. Nehmen wir als Beispiel die steuerneutrale Ausgliederung eines Teil-

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

betriebes, soweit man hierfür in Deutschland überhaupt noch eine verbindliche Auskunft bekommt. Eine nicht steuerneutrale Ausgliederung würde ggf. erhebliche Steuerkosten verursachen und eine Ausgliederung wäre dann ggf. betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll. Die Klärung dieses Sachverhaltes ist damit essentiell. Soweit ein Sachverhalt und die damit verbundene Rechtsfrage einer verbindlichen Auskunft nicht zugänglich ist oder diese verwehrt wird, wird der vorsichtige Kaufmann bei der Planung der Maßnahme immer den ungünstigsten Fall unterstellen. Deswegen ist die Gewährung von verbindlichen Auskünften zur Schaffung von Rechtssicherheit ein sehr wichtiges Instrument. Bedenklich finde ich dagegen momentan die Entwicklung auf Europäischen Ebene. Die Vorlage verbindlicher Auskünfte bei der Europäischen Kommission zur beihilferechtlichen Prüfung schafft Rechtsunsicherheit. Wird die Europäische Kommission zu einer weiteren finalen Prüfinstanz? Das geht m.E. zu weit. Die Europäische Kommission verwendet ihr beihilferechtliches Prüfrecht als machtpolitisches Instrument und stellt unter anderem auch in Deutschland gewährte verbindliche Auskünfte auf den Prüfstand und damit auf eine Stufe mit den in Luxemburg gewährten „Rulings“. Begründeten Anfangsverdacht gibt es hierzu nicht. Ich hielte es für bedenklich, wenn die Signalwirkung sein sollte, dass zukünftig ganz allgemein jede verbindliche Auskunft nur noch vorbehaltlich einer Prüfung durch die Europäische Kommission erteilt werden kann. Damit würde die angestrebte Rechtssicherheit verloren gehen.

Zur Frage von Frau Prof. Dr. *Hey* bzgl. der Verlässlichkeit eines Landes: Es ist in der Tat wichtig, dass die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden, die die Finanzverwaltung in die Lage versetzen, dem Steuerpflichtigen auf Sachverhalte und auch über den Veranlagungszeitraum hinaus Rechtssicherheit zu geben. Darüber hinaus ist es aber auch wichtig, dass auch der Gesetzgeber verantwortungsvoll mit dem Thema „Steuer-Verlässlichkeit“ umgeht. Rückwirkende Gesetzesänderungen, Treaty Override sowie kurzfristige Kursänderungen in der Steuerpolitik fördern kein positives steuerliches Investitionsklima.

*Dr. Stefan Breinersdorfer, Mainz*

Dann werde ich mal auf die einzelnen Fragen eingehen, die an mich gestellt worden sind. Herr *Bowitz*, Sie haben die Frage gestellt, ob das Personal reicht, um die Gesetzesänderungen umzusetzen. Nicht sehr weit. Solange wir keine Bundesfinanzverwaltung haben, verhält das Problem des Personalbedarfs auf der parlamentarischen Seite relativ schnell. Das

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

ist genau wie in der Steuerrechtsvereinfachung und dann muss man natürlich sehen, dass die Personalprobleme, die da entstanden sind, sich über Jahre hin aufbauen, die aggregieren sich. Sie können auch nicht im Nachhinein sagen, wir brauchen jetzt wegen der Maßnahme zehn Leute mehr, sondern es schaukelt sich auf. Und es schaukelt sich in entfernterer Zukunft auf, so dass der Aspekt nach meiner persönlichen Erfahrung nicht wahrgenommen wird.

Zugegebenermaßen, kann man in steuerlichen Bereichen auch die Besteuerungsgrundlagen durch Bescheid feststellen. Man kann das machen, das kann auch vernünftig sein, insoweit wäre es eine Verbesserung, allerdings sehe ich die Unterschiede nicht ganz ein. Selbst wenn festgestellt worden ist, dass ich die Subventionen in Anspruch nehmen kann, und ich beim Abzug von der Bemessungsgrundlage in der Folgezeit dann Klarheit habe, muss die Förderung nicht einfach sein. Bei der energetischen Sanierung haben wir uns einmal in die Position des Steuerpflichtigen und Investors begeben und haben probiert, einfach mal auszurechnen, was ist denn eigentlich günstiger, der Zuschuss von der KfW oder aber der steuerliche Abzug von der Bemessungsgrundlage. Zu einem belastbaren Ergebnis kamen wir nicht, weil dann sind sie einmal arbeitslos, oder es steigt umgekehrt ihr Gehalt, so dass der Grenzsteuersatz schwankt. Sie können es im Grunde gar nicht richtig sagen auf der steuerlichen Seite. Beim KfW-Programm war es relativ einfach, aber die Günstigerrechnung, die haben wir nicht zustande gebracht.

Den externen Sachverständigen als Beliehene die Möglichkeit zu eröffnen, einen Grundlagenbescheid zu erlassen, halte ich für schwierig. Der Auswahlprozess der Sachverständigen hat nicht dieselbe Richtigkeitsgewähr wie eine Fachbehörde und der Sachverständige steht natürlich in einem Interessenkonflikt. Sein Auftraggeber will von ihm die Bescheinigung und wenn ich ihm die Bescheinigung ausstelle, kostet es weder den Auftraggeber noch die sachverständige Person Geld, nur den Fiskus kostet es Geld und das ist eine ungute Melange.

Zum Stichwort Computer, Sie haben die Frage aufgeworfen, evaluieren Sie eigentlich die Steuervergünstigungen? Wir haben einmal probiert, die quantifizierten Steuermindereinnahmen im Aufkommen wiederzufinden. Das ist uns nicht gelungen, weil 0,1 Änderung des Bruttoinlandsprodukts bei weitem wichtiger ist als alles, was wir da feststellen können. Bleibt also nur der Weg über den Computer und der Weg über den Computer ist limitiert, weil wir an Einzeldaten nur herausziehen können, was wir verkennziffert haben. Im Übrigen muss ich mich ver-

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

lassen auf statistische Erhebungen. Ich war mal bei einer Sitzung des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden, da ging es darum, wieviel Vergütung an Geschäftsführer gezahlt wird. Da gab es Finanzämter, da hat jeder Geschäftsführer 54.000 Euro im Monat verdient – jeder, ausnahmslos. Hintergrund ist der, wenn man irgendwas einträgt, kriegt man keinen Abbruchhinweis, dann marschiert die Rechnung, die nur für die Statistik erforderlich ist

Frage Negativsteuer: Von Negativsteuern bin ich kein Freund. Das bedeutet für die Verwaltung immer ein Signal mehr. Wir haben jemanden, den wir veranlagten müssen, den wir eigentlich sonst nicht im Geschäft haben. Negativsteuer bedeutet, wenn man sie dann einmal etabliert hat, gibt es ja dann so Ideen wie Bürgergeld und dann wird es ganz schräg, weil das Steuerrecht schon komplex genug ist. Wer mal ein bisschen unterwegs war im Sozialversicherungsrecht, der hat die Erkenntnis, das ist nicht minder komplex. Und wenn wir jetzt einen Sachbearbeiter haben, der auf dem positiven Ast so und auf dem negativen Ast andersherum denken muss, den würde ich gerne einmal kennen lernen. Das wäre mit einem immensen Qualitätsverlust verbunden.

Dr. Erik Röder, München

Ich habe eine Frage an Herrn *Nussbaum*. Ich fand sehr beeindruckend, wie Sie geschildert haben, dass in die eigentliche Investitionsentscheidung nur zwei steuerliche Größen einfließen, nämlich der Steuersatz und die Abschreibung. Daraus folgt, dass alle anderen steuerlichen Aspekte, z.B. auf der Finanzierungsseite, bei Ihnen offenbar erst in einem zweiten Schritt zum Tragen kommen, wenn es darum geht, die Konzernsteuerquote zu optimieren. Das wäre eine wichtige Botschaft für den Gesetzgeber. Sie haben konkret über die Situation bei BASF gesprochen. Ist Ihnen bekannt, ob andere Unternehmen einen anderen Ansatz wählen und auch andere steuerliche Faktoren schon in die Standortentscheidung mit einbeziehen?

Prof. Dr. *Ekkehard Reimer*, Heidelberg

Ich glaube, es war eine sehr glückliche Wahl, diese beiden Vorträge heute Morgen zusammenzubringen, denn Sie zeigen eines: Steuerrecht, auch Steuerpolitik, ist Informationsrecht und Informationspolitik und die steuerliche Wirtschaftsförderung zeigt ihre Leistungsfähigkeit und ihre Grenzen in unserer Fähigkeit, mit Informationen umzugehen. Wenn man die Fragen der Gesetzgebung auf dem Feld der steuerlichen

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

Wirtschaftsförderung als erstes nimmt, dann hat Herr *Breinersdorfer* sehr deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber oft nicht weiß, zu welchem Preis er Wirtschaftsförderung betreibt. Frau *Hey* hat aber darauf hingewiesen, ich glaube, das ist eine Frage, die von Wissenschaftlern, nicht nur von Juristen, sondern auch Finanzwissenschaftlern angesprochen worden ist. Diese Information über Details steuerpolitischer Optionen dürfen keine Geheimerkenntnisse von einzelnen kleinen oder großen Ländern, sondern sie sollten öffentlich sein. Denn man kann das analysieren, wobei das Steuergeheimnis gewahrt bleibt und ich glaube, die anwesenden Vertreter der Finanzministerien im Raum würden wahrscheinlich sich selber viel Arbeit ersparen können, wenn sie anordnen, Steuerdaten so zu analysieren, dass sie hinterher für die Wissenschaftler fruchtbar gemacht werden können, ohne dass es zu Problemen mit dem Steuergeheimnis kommt. Das wäre für uns eine ganz große Hilfe und es würde viele Diskussionen vielleicht erleichtern, die wir in diese Richtung in der Zukunft führen. Frau *Schnitzer* hat darauf hingewiesen, dass die steuerliche Wirtschaftsförderung möglicherweise in ihrer Effizienz auch größenabhängig ist. Großunternehmen können sich sozusagen das genaue Radar leisten, um die steuerliche Wirtschaftsförderung optimal zu nutzen, die die Fisci ihnen anbieten, während der kleine Handwerker es unter Umständen nicht kann. Wäre ein Informationsmanagement sinnvoll, dass dort, wo sozusagen für eine Maßnahme der steuerlichen Wirtschaftsförderung mehr Informationen als nur die Information über den Steuersatz vorliegen oder vielleicht die Rahmensätze verfügbar sind, ein Unternehmen aktiv von der Finanzverwaltung angesprochen wird, wie es seinen Status optimiert. Warum soll nicht ein Steuerpflichtiger eine Information seines Finanzamtes bekommen, automatisch reguliert und über ELSTER verfügbar gemacht: Du könntest dich qualifizieren für folgende steuerliche Förderung. Ich glaube, Mechanismen dieser Art würden sehr helfen, eine Vielzahl der Engpässe oder Nadelöhre zu überwinden, von denen gestern und heute die Rede war.

Prof. Dr. *Gerhard Kraft*, Halle

Zunächst vielen Dank an Herrn *Nussbaum* für diesen eindrucksvollen Nachweis der Bedeutung der Investitions- und Finanzierungstheorie für die betriebswirtschaftliche Steuerplanung. Ich glaube, wir haben gesehen, dass kapitalmarktorientierte Unternehmen einerseits ihren Aktionären verpflichtet sind, andererseits im Rahmen der Steuerplanung bestimmten ethischen Grundsätzen verpflichtet sind. Wenn man diesen Gedanken weiterentwickelt, liegt man wohl nicht falsch, wenn man als

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

These formuliert, dass auch der zweite Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Unternehmensführung den Aktionär im Blick hat. Meine Fragen wären nun, erstens, wie gehen Sie damit um, dass Sie einerseits gewissermaßen zur effizienten Steuerplanung im Sinne Ihrer Aktionäre verpflichtet sind, andererseits aber den steuergestalterischen Bogen nicht überspannen dürfen. Zweitens, was erwarten Sie für die Zukunft aus der aktuellen BEPS-Debatte für Ihr Haus, denn immerhin planen Sie in Fünf-Jahres-Zyklen und irgendwann wird die erste Maßnahme längst umgesetzt sein?

Prof. Dr. *Joachim Hennrichs*, Köln

Von mir auch eine Frage an Herrn *Nussbaum*: Herr *Nussbaum*, Sie haben sehr eindrucksvoll die Rahmenbedingungen für die Investitionsentscheidungen aufgeführt, darin auch darauf hingewiesen, dass Abschreibungsregeln so bedeutsam sind. Die letzte Folie, war das Deutschland? Daran anschließend, wie hätten Sie es denn gerne bei den Abschreibungsregeln? Wo sehen Sie konkreten Besserungsbedarf? Wäre das insbesondere vielleicht eine Änderung bei der Regelung zum Beginn der Abschreibung? Das Malaysia-Beispiel, das Sie genannt haben, war, wenn ich es richtig verstanden habe, der Beginn der Abschreibung bei Anlagen im Bau mit dem Baubeginn. Das wäre vielleicht etwas, worüber man nachdenken könnte, was aber wohl eine Abweichung vom bisherigen Stand, nicht nur im Steuerrecht, sondern auch in IFRS wäre, wenn ich es richtig im Kopf habe. Ich glaube, nach IAS 16 geht das auch erst mit Betriebsbereitschaft. Das wäre eine echte Neuerung, über die man tatsächlich vielleicht nachdenken könnte. Aber spricht dafür mehr als jetzt der Wunsch nach Steuerentlastungen im Vergleich mit Standorten wie Malaysia?

*Oliver Nussbaum*, Ludwigshafen

In unserem Unternehmen sind Investitionsentscheidungen in Europa im Wesentlichen zwischen den konkurrierenden Standorten in Antwerpen (Belgien) und Ludwigshafen (Deutschland) zu treffen. Die räumliche Entfernung ist gering. Belgien hat im Vergleich zu Ludwigshafen einen Zugang zum Hafen. Wenn man die steuerlichen Rahmenbedingungen für Investitionen vergleicht, dann hat Belgien mit 33,99% einen Steuersatz der leicht über dem relevanten Steuersatz in Deutschland liegt, Belgien bietet aber die deutlich günstigeren Abschreibungsregeln. Die Abschreibung kann schon vor der Fertigstellung erfolgen. Zusätzlich gibt

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

es eine sehr günstige Regelung zur degressiven Abschreibung. Allein die Einführung einer degressiven Abschreibung in Deutschland wäre schon eine deutliche Verbesserung der Investitionsbedingungen in Deutschland, ohne dass dem Staat Steuersubstrat nachhaltig entzogen würde. Eine Abschreibung noch vor Fertigstellung würde aus steuerlicher Sicht den Standort Deutschland gegenüber Belgien deutlicher attraktiver werden lassen, zumal die steuerlichen Abschreibungsregelungen unmittelbar in die Investitionsrechnungen einfließen. Es ist letztlich Sache der Politik, den Standort Deutschland wettbewerbsfähig aufzustellen. Insofern ist jede Verbesserung willkommen.

Zur Frage von Herrn Dr. Röder: Während Investitionsentscheidungen bei allen Unternehmen auf einer Nachsteuerbasis getroffen werden, gibt es bzgl. der Steuerung des laufenden operativen Geschäftes unterschiedliche Vorgehensweisen. Zum einen gibt es Unternehmen, die das laufende operative Geschäft nach dem Ergebnis vor Steuern und Zinsen lenken. Zum anderen aber auch Unternehmen, die ihr Geschäft nach dem Cash Flow nach Steuern führen. Ich denke, dass die Unterschiede letztlich nicht so groß sind. Bei der ersten genannten Gruppe von Unternehmen ist es eine Corporate Aufgabe, Steuern zu optimieren. Die Steuerabteilung solcher Unternehmen ist insoweit kein Dienstleister gegenüber dem operativen Geschäft, da die Messgröße für die Performance des operativen Geschäftes von Ertragsteuern unbeeinflusst bleibt. Die Frage der Steueroptimierung ist eine das ganze Unternehmen betreffende Aufgabe, wird letztlich vom Vorstand festgelegt und auf alle operativen Einheiten solidarisiert. Ein günstiger Steuersatz hat einen positiven Einfluss auf die Kapitalkosten des Unternehmens und kommt damit jedem Unternehmensteil in gleicher Weise zu. Bei der Gruppe von Unternehmen die auf Basis eines Nachsteuerergebnisses lenken, ist die Frage der Steueroptimierung eine individuelle Entscheidung der jeweiligen operativen Einheit. Die Steuerabteilung ist insoweit Dienstleister.

Noch zu Herrn Prof. Kraft bzgl. BEPS. Es ist derzeit noch schwer abzuschätzen, welche Folgen BEPS mit sich bringt und was genau die Umsetzung der BEPS-Maßnahmen für globale Unternehmen bedeuten wird. Ob BEPS letztlich im Sinne von Deutschland ist, bleibt abzuwarten. Ich persönlich bin der Überzeugung, dass der Steuerwettbewerb weiter gehen wird. Wir sehen das in UK oder anderen Ländern. Die Steuersätze gehen nach unten. Auch in Zukunft wird es weiterhin Steuerplanungen geben. Ist der Wettbewerbsdruck entsprechend groß, wird es Gewinnverlagerungen und Abwanderungstendenzen in das niedrigbesteuerte Aus-

---

Diskussion – zu den Referaten von Breinersdorfer und Nussbaum

---

land geben. Während man früher hierzu ggf. nur einzelne immaterielle Wirtschaftsgüter verlagern brauchte, wird man zukünftig auch Mitarbeiter verlagern. D.h. auch BEPS lässt Steuerplanung zu, die Steuerplanung muss allerdings mit mehr Substanz einhergehen. Inwieweit die ertragsteuerlichen Regelungen zur Funktionsverlagerung den wirtschaftlichen Mehrwert einer Verlagerung tatsächlich abschöpfen können, bleibt abzuwarten. Jedenfalls geht das mit der Verlagerung der Substanz verbundene Steueraufkommen, insbesondere die Lohnsteuer, verloren.



## Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken

Prof. Dr. *Thomas Rödder*

Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Partner von Flick Gocke Schaumburg

<p><b>I. Risikotragung, Unternehmertum und betrachtete Ausprägungen wirtschaftlicher Risiken</b></p> <p><b>II. Wirtschaftliche Risiken und Ertragsteuerrecht</b></p> <p>1. Beispiele für die Berücksichtigung und Nichtberücksichtigung wirtschaftlicher Risiken und deren Wirkung</p> <p style="margin-left: 20px;">a) Risiko der Nichtrealisation von erwarteten Zukunftserträgen und stillen Reserven</p> <p style="margin-left: 20px;">b) Risiko aus drohenden Verlustgeschäften und drohenden Inanspruchnahmen</p>	<p>c) Risiko des nicht ausreichenden Ergebnisses bei Fremdfinanzierung</p> <p>d) Risiko volatiler Ergebnisse</p> <p>e) Risiko im Konzern ungleich verteilter Ergebnisse</p> <p>f) Risiko des wirtschaftlichen Scheiterns</p> <p>2. Risikoziuzuordnung auf Rechtsträger im Konzern</p> <p><b>III. Wirtschaftliche Risiken und steuerliche Unternehmensbewertung</b></p> <p><b>IV. Fazit und Appell</b></p>
---	---

### I. Risikotragung, Unternehmertum und betrachtete Ausprägungen wirtschaftlicher Risiken

Unternehmertum, Entrepreneurship ist eine von mehreren unabdingbaren und wesentlichen Bedingungen und Quellen für individuellen und gesellschaftlichen Wohlstand. Der Unternehmer, der Entrepreneur, zeichnet sich durch die Übernahme von wirtschaftlichen Risiken aus; er ist Risikoträger, weil er Geschäfte mit ungewissem Ausgang betreibt.<sup>1</sup>

Schon diese kurze Einleitung zeigt, dass es von elementarer Bedeutung ist, wie ein Staat, eine Gesellschaft, die Übernahme von wirtschaftlichen Risiken fördert oder behindert, welche Rahmenbedingungen dafür

<sup>1</sup> *Richard Cantillion*, 1734. S. auch *Mark Zuckerberg*, 2015: „The biggest risk is not taking any risk ... In a world changing really quickly, the only strategy that is guaranteed to fail is not taking risks.“

---

Rödter – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken

---

bereitgestellt werden. Dazu gehören auch die steuerlichen Rahmenbedingungen, also die Beantwortung der Frage, wie wirtschaftliche Risiken steuerlich berücksichtigt werden. Wie vor allem das deutsche Ertragsteuerrecht insoweit derzeit aufgestellt ist, ist Gegenstand dieses kurzen Überblicksbeitrags, der versucht, die Problematik vor allem anhand von wichtigen Beispielen zu veranschaulichen.

Eher steuerorientiert werden in diesem Beitrag folgende Ausprägungen wirtschaftlicher Risiken betrachtet:<sup>2</sup>

- Das Risiko der Nichtrealisation von erwarteten Zukunftserträgen und stillen Reserven;
- Risiken aus drohenden Verlustgeschäften und aus künftigen Inanspruchnahmen;
- das Risiko des nicht ausreichenden Ergebnisses bei Fremdfinanzierung;
- das Risiko volatiler Ergebnisse;
- das Risiko im Konzern ungleich verteilter Ergebnisse;
- das Risiko des wirtschaftlichen Scheiterns;
- die Frage der steuerlichen Bedeutung der Risikozuordnung auf Rechtsträger im Konzern;
- die Risikoberücksichtigung bei der steuerlichen Unternehmensbewertung.

Die Frage nach der steuerlichen Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung der hier exemplarisch ausgewählten Ausprägungen wirtschaftlicher Risiken ist gleichbedeutend damit, ob der Staat insoweit die unternehmerische Übernahme wirtschaftlicher Risiken entschärfend, angemessen oder verschärfend begleitet. Dabei wird die Beurteilung in diesem Beitrag nicht anhand eines theoretisch ermittelten Maßstabes, sondern aus der Sicht eines beratenden Praktikers und der das Steuerrecht anwendenden unternehmerisch Tätigen vorgenommen.

---

<sup>2</sup> In der Betriebswirtschaftslehre werden vor allem folgende Kategorien wirtschaftlicher Risiken unterschieden (*Dörner/Horváth/Kagermann, Praxis des Risikomanagements*): Marktrisiken; Finanzrisiken; rechtliche Risiken; Managementrisiken; Risiken in Produktion, Logistik sowie Forschung und Entwicklung; Risiken beim Einsatz von Informationstechnologie; Umweltrisiken.

## II. Wirtschaftliche Risiken und Ertragsteuerrecht

### 1. Beispiele für die Berücksichtigung und Nichtberücksichtigung wirtschaftlicher Risiken und deren Wirkung

#### a) Risiko der Nichtrealisation von erwarteten Zukunftserträgen und stillen Reserven

Die steuerliche Regelgewinnermittlungstechnik ist die Bilanzierung, die durch das Realisationsprinzip geprägt ist. Das bedeutet, dass Steuern auf Gewinn erst bei Quasi-Sicherheit der Realisation erhoben werden (Markteinkommensprinzip). Die Gewinnchance wird jedenfalls insofern noch nicht besteuert. Damit wird das Risiko der Nichtrealisation von erwarteten Zukunftserträgen und stillen Reserven bei der laufenden steuerlichen Gewinnermittlung angemessen berücksichtigt.

Sehr problematisch ist dagegen die Zwangsrealisierung von stillen Reserven durch Entnahmen, Entstrickungen, nicht für das UmwStG qualifizierende Umstrukturierungen u.Ä.m. Denn in diesen Fällen resultiert eine Steuerzahlungspflicht ohne Realisation von Markteinkommen (nur in einigen Fällen resultieren spätere steuerzahlungsmindernde Gegenlaufeffekte). Dies bedeutet jedenfalls dann eine unangemessene Verschärfung des Risikos der späteren Nichtrealisation von erwarteten Zukunftserträgen und stillen Reserven, wenn nicht auch Stundungs- bzw. Ratenzahlungsregeln bis zur tatsächlichen Realisation existieren sowie ex tunc-Bemessungsgrundlagenkorrekturen möglich sind. Nicht selten kann sonst aus Zwangsrealisationen von stillen Reserven eine existenzgefährdende Situation resultieren. Diese Erkenntnis sollte zur Zurückhaltung bei der Anwendung von Ersatzrealisationstatbeständen führen, zu einer großzügigen Anwendung des UmwStG etc.<sup>3</sup> Auch sollten mehr Stundungs- bzw. Ratenzahlungsregeln bis zur tatsächlichen Realisation sowie Regeln zu ex tunc-Bemessungsgrundlagenkorrekturen im Steuerrecht vorgesehen werden.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Tatsächlich geht aber z.B. der BFH eher davon aus, dass das UmwStG eine tendenziell eng zu verstehende Ausnahme vom grundsätzlichen Realisationszwang bei tauschähnlichen Vorgängen ist. S. z.B. den Diskussionsbeitrag von *Brandis*, JbFSt 2015/2016. S. demgegenüber *Rödter* in RHvL, UmwStG, Einführung Rz. 3.

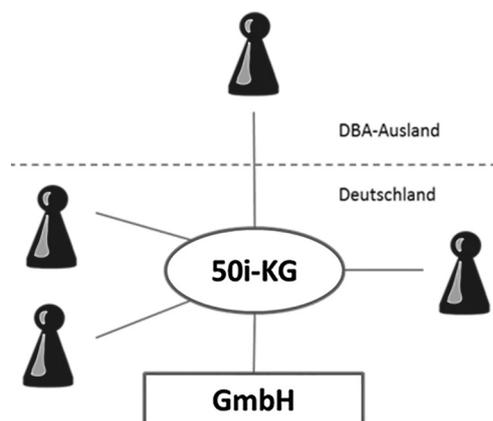
<sup>4</sup> Bisher ist das nur in Ausnahmefällen der Fall.

---

Rödter – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken

---

Ein aktuelles Praxisbeispiel ist insoweit § 50i Abs. 2 EStG n.F. Danach ist die Abschaffung der Buchwertübertragungsmöglichkeiten des UmwStG, des § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG und der Steuerneutralität von Strukturwandelvorgängen für eine unüberschaubare Vielzahl von Fällen angeordnet worden, auch wenn weder eine Beschränkung noch ein Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts droht. Sogar reine Inlandsfälle sollen erfasst sein. Dies ist vor dem Hintergrund des vorstehend Beschriebenen unverantwortlich.<sup>5</sup> Die Finanzverwaltung hat zwar nach Verlassen dieses Beitrags versucht, die Norm mit einer Billigkeitsregelung zu entschärfen.<sup>6</sup> Ausdruck einer grundlegenden Erkenntnis, dass eine Steuerzahlungspflicht ohne Realisation von Markteinkommen wegen des Risikos der Nichtrealisation von erwarteten Zukunftserträgen und stillen Reserven nur ultima ratio und von Stundungs- und Ratenzahlungsregeln bis zur tatsächlichen Realisation und Regeln zu ex tunc-Bemessungsgrundlagenkorrekturen begleitet sein sollte, ist dies aber nicht.



---

<sup>5</sup> S. z.B. Rödter, DB 2015, 1422.

<sup>6</sup> BMF v. 21.12.2015 – IV B 5 - S 1300/14/10007 – DOK 2015/1035715, BStBl. I 2016, 7.

**b) Risiko aus drohenden Verlustgeschäften und drohenden Inanspruchnahmen**

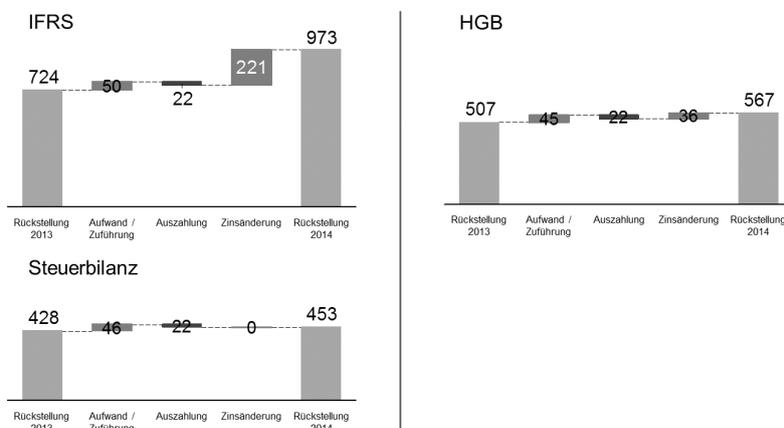
Das allgemeine Unternehmensrisiko wird bei der laufenden steuerlichen Gewinnermittlung durch keinen Bilanzposten berücksichtigt. Ansonsten gilt zwar grundsätzlich das Vorsichtsprinzip. Der Berücksichtigung des Risikos aus drohenden Verlustgeschäften steht aber meist das Verbot der Passivierung von Drohverlustrückstellungen nach § 5 Abs. 4a EStG entgegen. Das bedeutet eine Besteuerung von Gewinnen, die beim Eintritt der Risiken nicht mehr als Substanz zur Verfügung stehen. Das wäre nur dann anders, wenn bei Risikoeintritt zuviel gezahlte Steuern zurückzugewähren wären; dies würde indes einen zeitlich und betragsmäßig unbegrenzten steuerlichen Verlustrücktrag erfordern, den § 10d EStG nicht vorsieht. Im Ergebnis resultiert aus § 5 Abs. 4a EStG mithin eine Verschärfung der mit drohenden Verlustgeschäften verbundenen Risiken. Sie werden im Ergebnis steuerlich nicht angemessen berücksichtigt.

In bestimmten Fällen gilt Entsprechendes auch für das Risiko aus künftigen Inanspruchnahmen. Besonders prominent ist derzeit insoweit das Beispiel der Pensionsrückstellungen (einem der gewichtigsten Passivpositionen) und deren steuerlicher Abbildung gem. § 6a EStG. Der dort vorgehende Rechnungszinsfuß von 6 % führt zu einer deutlichen Unterbewertung von Pensionsrückstellungen in der Steuerbilanz im Vergleich zur Bilanzierung nach HGB und IFRS (§ 253 Abs. 2 HGB stellt grds. auf einen durchschnittlichen Marktzinssatz der letzten 7 Jahre<sup>7</sup> ab, während IAS 19.78 eine Ableitung des Abzinsungsfaktors aus der Verzinsung hochklassiger, festverzinslicher Industrieanleihen bzw. [ausnahmsweise] Staatsanleihen vornimmt). Die steuerbilanzielle Unterbewertung der Pensionsrückstellungen führt zu einer deutlichen Verschärfung der mit der Einführung von Pensionszusagen verbundenen wirtschaftlichen Risiken; sie werden derzeit steuerlich nicht angemessen berücksichtigt. Das in der nachfolgenden Abbildung gezeigte Praxisbeispiel verdeutlicht die ganze gegenwärtige Malaise.

---

<sup>7</sup> Nun: 10 Jahre.

Rödter – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken



**c) Risiko des nicht ausreichenden Ergebnisses bei Fremdfinanzierung**

Bei nicht ausreichendem steuerlichem EBITDA greift die Zinsschranke ein, also (ein bestenfalls temporäres) steuerliches Abzugsverbot für Fremdfinanzierungsaufwand. Dies bedeutet eine Entwertung des Steuerentlastungspotentials von Zinsaufwendungen durch Aufschieben des Zinsabzugs, z.B. eine Entwertung um 21,65 % bei einem Kalkulationszinssatz nach Steuern i.H.v. 5 % und 5-jährigem Aufschieben des Zinsabzugs. Daraus resultiert steuerbedingt eine Verteuerung der Fremdfinanzierung mit besonders negativen Auswirkungen auf Branchen mit starker Fremdfinanzierung (z.B. Leasinggesellschaften), auf Unternehmenskäufe und auf Unternehmen in Gründungs- und Wachstumsphasen, die sich gegenwärtig nur aufgrund der ausgeprägten Niedrigzinssituation nicht gravierender auswirkt. Es kann sogar eine Substanzbesteuerung bei Eintritt einer Steuerlast trotz negativem zu versteuerndem Einkommen nach Zinsen resultieren.

Die Problematik der Zinsschranke geht aber auch in anderen Fällen häufig über Periodenverschiebungsprobleme hinaus. Dies deshalb, weil die Gefahr des Leerlaufens des Zinsvortrags besteht, da dieser eine erhebliche Verbesserung der Geschäftslage voraussetzt (der Abzug von 1 € Zinsvortrag erfordert zusätzliches steuerliches EBITDA von 3,33 €). Unbeschadet dessen werden die Zinsaufwendungen bei Untergang des Zins- bzw. EBITDA-Vortrags (§§ 4h Abs. 1 S. 3, Abs. 5 EStG, 8a Abs. 1 S. 3, 8c KStG) end-

---

 Rödder – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken
 

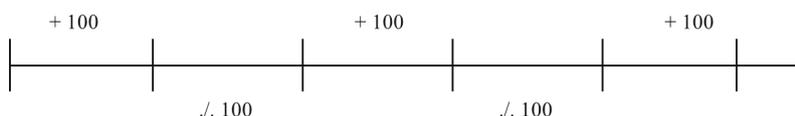
---

gültig zu nicht abziehbaren Betriebsausgaben, woraus eine Übermaßbesteuerung resultiert.<sup>8</sup>

Aus der Zinsschranke resultiert mithin je nach Fall eine deutliche Verschärfung der Fremdfinanzierungsrisiken. Sie ist Ausdruck eines Steuerrechts für „Siegertypen“ und wirkt als Krisenbeschleuniger.

#### d) Risiko volatiler Ergebnisse

Das Ertragsteuerrecht ist durch das Prinzip der Abschnittsbesteuerung und damit nicht durch die Besteuerung des Gesamteinkommens geprägt. Wegen des bereits erwähnten unzureichenden Verlustrücktrags und wegen der Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 EStG) wird das Risiko volatiler Ergebnisse im Zeitablauf steuerlich nur unzureichend berücksichtigt.



Aus der mit der Mindestbesteuerung verbundenen zeitlichen Streckung bei der Verlustverrechnung folgt eine Entwertung des Steuerentlastungspotentials und die Gefahr des Untergangs von Verlustvorträgen inkl. des Entstehens definitiver, nicht gerechtfertigter Steuerlasten.<sup>9</sup> Verlustvorträge können z.B. im Fall des § 8c KStG oder bei Rechtsnachfolge untergehen.

Das steuerrechtliche Verlustverrechnungsregime verschärft das aus volatilen Ergebnissen entstehende Risiko deutlich. Die steuerliche Berücksichtigung dieses Risikos ist nicht angemessen.

#### e) Risiko im Konzern ungleich verteilter Ergebnisse

Das Steuerrecht ist durch das Steuersubjektprinzip statt durch die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Einheit Konzern geprägt. Eine Aus-

---

<sup>8</sup> Wegen der möglichen Verfassungswidrigkeit der Zinsschranke s. den inzwischen ergangenen Vorlagebeschluss BFH v. 14.10.2015 – I R 20/15, FR 2016, 416.

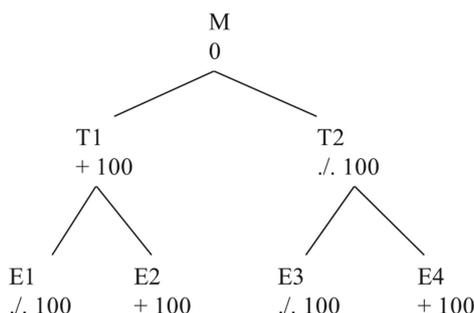
<sup>9</sup> Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der sog. Mindestbesteuerung bei Definitiv-effekten s. Vorlagebeschluss BFH v. 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016, Az. des BVerfG: 2 BvL 19/14.

---

 Rödder – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken
 

---

nahme ist nur durch die Organschaft gegeben, die aber durch den Gesetzgeber (kleine Organschaftsreform statt von Stolperfallen entlastete Gruppenbesteuerung) mit vielen formalistischen Stolperfallen ausgestattet und durch die Rechtsprechung zunehmend als restriktiv zu verstehende Ausnahme verstanden wird.<sup>10</sup> Außerdem wirkt sie nur national.



Mit Blick auf die wirtschaftliche Einheit Konzern resultiert bei Scheitern oder Nichteingreifen der Organschaft eine Besteuerung von Scheingewinnen. Die restriktive Anwendung des Instituts der Organschaft verschärft dieses Risiko ohne Not. Das Risiko im Konzern ungleich verteilter Ergebnisse wird im Ertragsteuerrecht nicht angemessen berücksichtigt.

#### f) Risiko des wirtschaftlichen Scheiterns

Scheitert ein Investment einer Kapitalgesellschaft in eine Tochterkapitalgesellschaft, folgt aus § 8b Abs. 3 S. 3 KStG die steuerliche Nichtabziehbarkeit des Verlusts, d.h. der Verlust ist aus versteuerten Ergebnissen zu tragen. Die Nichtabziehbarkeit von Gewinnminderungen ist zwar grds. steuersystematisch bedingt, weil sie das Pendant zur Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen gem. § 8b Abs. 2 KStG darstellt. Sie hat aber überschießende Wirkung durch Erfassung von Gewinnminderungen im Fall der Insolvenz der Beteiligungsgesellschaft, da wirtschaftlich entstandene Verluste endgültig nicht abziehbar sind und nach dem Sinn und Zweck der Norm nur die Mehrfachberücksichtigung von Verlusten verhindert werden soll. Deshalb wäre es zutreffend, § 8b

---

<sup>10</sup> BFH v. 3.3.2010 – I R 68/09, BFH/NV 2010, 1132.

---

Rödter – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken

---

Abs. 3 S. 3 KStG in finalen Verlustsituationen teleologisch zu reduzieren. Die Rechtsprechung<sup>11</sup> hat das indessen abgelehnt und damit das Risiko des wirtschaftlichen Scheiterns verschärft. Denn sie bedeutet, dass in solchen Fällen der Verlust nirgends steuerlich berücksichtigt wird.

Vergleichbares gilt tendenziell für die Frage der Berücksichtigung finaler „freigestellter“ Auslandsverluste im Inland. Zwar folgt aus der DBA-Freistellung grds. auch die Freistellung ausländischer Verluste (eine Auswirkung ist nur über den Progressionsvorbehalt denkbar). Im Fall finaler eigentlich „freigestellter“ Auslandsverluste sollte das aber anders sein, weil sonst das Risiko des wirtschaftlichen Scheiterns nirgends steuerlich berücksichtigt werden würde. Beispiel: Im Quellenstaat ist aus tatsächlichen Gründen bspw. wegen der Umwandlung der Auslandsbetriebsstätte in eine Kapitalgesellschaft, ihrer entgeltlichen oder unentgeltlichen Übertragung oder ihrer endgültigen Aufgabe keine Verlustverrechnung mehr möglich. Allerdings ist es inzwischen, nach dem zunächst nur die Frage, wann endgültige Verluste vorliegen, noch nicht als geklärt erschien,<sup>12</sup> wahrscheinlich, dass die Möglichkeit von deren Berücksichtigung immer restriktiver beurteilt wird.<sup>13</sup> Dann wird auch in diesem Fall das Risiko des wirtschaftlichen Scheiterns nicht angemessen berücksichtigt.

## 2. Risikoordnung auf Rechtsträger im Konzern

Während es in den zu 1. erläuterten Beispielfällen um die Frage der angemessenen oder nicht angemessenen steuerlichen Berücksichtigung steuerlicher Risiken ging, darf im Zusammenhang mit dem Thema dieses Beitrags auch der Blick darauf nicht fehlen, dass durch Risikoordnung auf Rechtsträger im Konzern auch Steuergestaltung betrieben werden kann, die im Zentrum der BEPS-Debatte steht. Es geht insbesondere

---

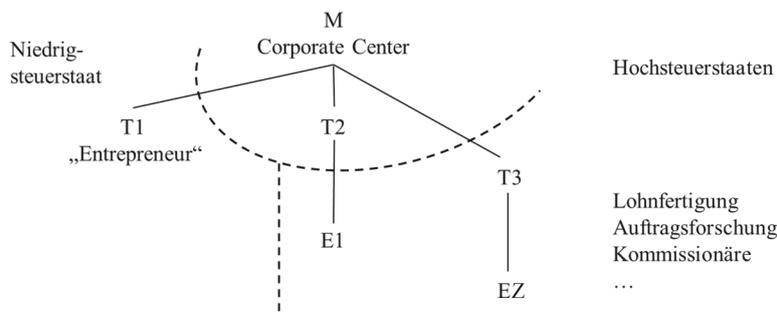
11 BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, BStBl. II 2014, 859; v. 13.10.2010 – I R 79/09, BStBl. II 2014, 943.

12 Restriktiv z.B. BMF v. 13.7.2009 – IV B 5 - S 2118-a/07/10004, BStBl. I 2009, 835.

13 Vgl. BFH v. 9.6.2010 – I R 107/09, BFH/NV 2010, 1744; v. 9.6.2010 – I R 100/09, BStBl. II 2010, 1065, im Anschluss an EuGH v. 5.5.2008 – Rs. C-414/06 – Lidl Belgium, BStBl. II 2009, 69; kaum weiterführend EuGH Große Kammer v. 3.2.2015 – Rs. C-172/13, juris; s. nun aber die EuGH-Vorlage des FG Köln v. 19.2.2014 – 13 K 3906/09, IStR 2014, 733 (Rs. C-388/14, Timac Agro Deutschland; inzwischen restriktiv entschieden).

Rödter – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken

um die internationale Gewinnverlagerung durch Risikoanordnung durch „Papierbeschreiben“.<sup>14</sup>



Die bloß vertragliche Risikoallokation wird von der OECD als schädliche Gewinnverlagerung betrachtet, und es wird eine Angleichung von Gewinnzuordnung und Wertschöpfung befürwortet. Gewinne sollen dort besteuert werden, wo sie „tatsächlich“ erwirtschaftet werden. Das ist eine Kurskorrektur. Während der Ansatz der OECD vor der BEPS-Diskussion war „Akzeptanz der vertraglichen Risikoallokation und Durchführung von Korrekturen über den Fremdvergleichsgrundsatz“, ist nun der Ansatz der OECD im Zuge der BEPS-Diskussion: Grundsätzlich skeptische Betrachtung von vertraglicher Risikoallokation und stärkere Berücksichtigung der realwirtschaftlichen Aktivitäten der Konzernunternehmen durch Anknüpfung an Größen wie (vor allem) Personal sowie Wirtschaftsgüter.<sup>15</sup>

Das Gegensteuern gegen internationale Gewinnverlagerung durch Risikoanordnung durch Papierbeschreiben ist aus Sicht des Verfassers sehr gut nachvollziehbar. Die Antwort auf die Frage, wann eine Gewinnauf-

14 Zur theoretischen Betrachtung des Themas „konzerninterne Risikoallokation und internationales Steuerrecht“ s. Schön, StuW 2015, 69.

15 Nicht de jure, wohl aber de facto kann dies die Entwicklung zu einer formelhaften Gewinnaufteilung fördern, was indessen vom Vorschlag der GKKB strikt zu unterscheiden ist. Im Rahmen der GKKB soll der vertraglichen Risikoanordnung im Konzern durch Formelaufteilung des Gesamtgewinns anhand von Größen begegnet werden, die durch vertragliche Risikovereinbarungen nicht berührt werden (z.B. Belegenheit des Realkapitals, Zahl o. Lohnsumme der Mitarbeiter, Umsatz im Kundenstaat). Allerdings ist innerhalb der OECD eine Formelaufteilung des Gesamtgewinns nicht konsensfähig.

Rödter – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken

teilung auf die involvierten Staaten in multinationalen Konzernen sachgerecht ist, ist allerdings weitaus schwieriger zu finden. Aus Praktikersicht geht deshalb ein verständliches Gegensteuern mit deutlich erhöhten Doppelbesteuerungsrisiken einher.

**III. Wirtschaftliche Risiken und steuerliche Unternehmensbewertung**

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass das wirtschaftliche Risiko der Erzielung geplanter Zukunftserträge bei der Unternehmensbewertung berücksichtigt werden muss. Dies gilt auch und besonders bei der Unternehmensbewertung für steuerliche Zwecke, da mit ihr die Besteuerung nicht realisierter stiller Reserven (Ertragsteuerrecht) bzw. von Substanz (Erbschaftsteuerrecht) verbunden ist bzw. jedenfalls sein kann.

Allerdings wird derzeit bspw. beim vereinfachten Ertragswertverfahren für Erbschaftsteuerzwecke das wirtschaftliche Risiko nicht angemessen berücksichtigt. Das historisch niedrige Zinsniveau führt zu einem aktuellen Basiszinssatz für das vereinfachte Ertragswertfahren i.H.v. lediglich 0,99 %, <sup>16</sup> der typisierte Risikozuschlag gem. § 203 Abs. 1 BewG beträgt 4,5 %, der Kapitalisierungszinssatz für 2015 5,49 % (Vorjahr: 7,09 %). Daraus resultiert für 2015 ein Kapitalisierungsfaktor i.H.v. rd. 18,2 (Vorjahr: rd. 14,1). Die sich daraus ergebenden Werte sind i.d.R. völlig überhöht. Die derzeitige Kapitalmarktsituation fordert infolge der Unsicherheiten die Berücksichtigung einer über dem typisierten Risikozuschlag liegende Marktrisikoprämie. <sup>17</sup>

Die nachstehend wiedergebende Bewertung in einem Praxisfall illustriert die derzeitige Überbewertung durch das vereinfachte Ertragswertverfahren.

Bewertungsverfahren	Vereinfachtes Verfahren	Multiplikatorverfahren	IDW S1 „kein KMU“	IDW S1 „KMU“
Unternehmenswert	1.403	940	793	517

Bei „offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen“ i.S.d. § 199 Abs. 1 BewG gewinnt zwar die Anwendung des IDW S 1-Bewertungsverfahrens an Bedeutung. Insbesondere für KMU ist es aber de facto nicht immer

<sup>16</sup> BMF v. 2.1.2015 – IV D 4 - S 3102/07/10001, BStBl. I 2015, 6.

<sup>17</sup> Mglw. wird insoweit im zu erwartenden Erbschaftsteueränderungsgesetz nachjustiert.

---

#### Rödter – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken

---

einfach, solch eine Bewertung herbeizuführen. Außerdem werden die durch einen Sachverständigen bei einer IDW S 1-Bewertung zur Risiko-berücksichtigung zu Grundegelegte Marktrisikoprämie, der Betafaktor und der Wachstumsabschlag durch die Finanzverwaltung in praxi zunehmend in Zweifel gezogen bzw. nicht anerkannt.<sup>18</sup>

Überdies besteht derzeit auch bei Unternehmensbewertungen nach IDW S 1 das Risiko überhöhter Unternehmenswerte wegen nicht ausreichender Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken, wie die nachfolgenden zwei Praxisbeispiele zeigen:

- Beispiel 1: Nach Auffassung der Rechtsprechung und der Verwaltung verhindert § 9 Abs. 3 BewG Bewertungsabschläge aufgrund von Verfügungs- und Entnahmebeschränkungen bei Familienunternehmen und vernachlässigt die damit verbundenen sehr beachtlichen wirtschaftlichen Risiken.<sup>19</sup>
- Beispiel 2: § 11 Abs. 2 BewG sowie z.T. auch die Rechtsprechung sehen den Substanzwert als Wertuntergrenze an Stelle des betriebswirtschaftlich richtigen Liquidationswerts.

#### IV. Fazit und Appell

Der Unternehmer, der Entrepreneur, zeichnet sich durch die Übernahme von wirtschaftlichen Risiken aus. Unternehmertum, Entrepreneurship ist eine von mehreren unabdingbaren und wesentlichen Bedingungen und Quellen für individuellen und gesellschaftlichen Wohlstand. Es ist dementsprechend wichtig, wie ein Staat, eine Gesellschaft, die Übernahme von wirtschaftlichen Risiken fördert oder behindert. Dazu gehören auch die steuerlichen Rahmenbedingungen, also die Beantwortung der Frage, wie wirtschaftliche Risiken steuerlich berücksichtigt werden.

Der vorstehende kurze Überblicksbeitrag hat an Beispielen (Risiko der Nichtrealisation von erwarteten Zukunftserträgen und stillen Reserven; Risiken aus drohenden Verlustgeschäften und aus künftigen Inanspruchnahmen; Risiko des nicht ausreichenden Ergebnisses bei Fremdfinanzierung; Risiko volatiler Ergebnisse; Risiko im Konzern ungleich verteilter Ergebnisse; Risiko des wirtschaftlichen Scheiterns; Frage der steuer-

---

<sup>18</sup> S. z.B. FG Köln v. 1.3.2012 – 10 K 688/10, EFG 2012, 1485: Von Rechts wegen sei bei der ewigen Rente ein Wachstumsabschlag zu berücksichtigen (inzwischen aufgehoben und zurückverwiesen durch den BFH).

<sup>19</sup> Mglw. wird insoweit im zu erwartenden Erbschaftsteueränderungsgesetz nachjustiert.

---

Rödter – Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken

---

lichen Bedeutung der Risikozuordnung auf Rechtsträger im Konzern; Risikoberücksichtigung bei der steuerlichen Unternehmensbewertung) veranschaulicht, dass in Deutschland die unternehmerische Übernahme wirtschaftlicher Risiken oft steuerlich nicht angemessen begleitet wird. Es besteht an vielen wichtigen Stellen Verbesserungsbedarf.



## Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

Dr. Erik Röder

Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, München

- |   |  |
|---|--|
| <p><b>I. Die steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und -beschaffung als Gegenstand der Wirtschaftspolitik</b></p> <p><b>II. Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung de lege lata</b></p> <p><b>III. Steuerpolitische Desiderata für Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Begünstigung von Kapitaleinkommen im Allgemeinen?             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Internationaler Steuerwettbewerb?</li> <li>b) Überlegenheit einer direkten Konsumsteuer?</li> <li>c) Pauschaler Inflationsausgleich?</li> </ol> </li> <li>2. Begünstigung eines bestimmten Finanzierungsweges?             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Begünstigung der Fremdfinanzierung gegenüber der Eigenfinanzierung?</li> <li>b) Begünstigung der Eigenfinanzierung gegenüber der Fremdfinanzierung?</li> </ol> </li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>c) Begünstigung speziell der Selbstfinanzierung?</li> <li>d) Begünstigung speziell der Beteiligungsfinanzierung?</li> </ol> <p>3. Finanzierungsneutralität</p> <p><b>IV. Optionen zur Herstellung von bzw. Annäherung an Finanzierungsneutralität</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Dividendenabzugs- bzw. Dividendenfreistellungsverfahren</li> <li>2. Comprehensive Business Income Tax (CBIT)</li> <li>3. Allowance for corporate equity (ACE)</li> <li>4. Duale Einkommensteuer</li> <li>5. Abschaffung der Abgeltungsteuer</li> </ol> <p><b>V. Förderung der Eigenfinanzierung für bestimmte Unternehmertypen</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Banken?</li> <li>2. Kleine und mittlere Unternehmen (KMU)?</li> <li>3. Junge Unternehmen?</li> </ol> <p><b>VI. Fazit</b></p> |
|---|--|

### I. Die steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und -beschaffung als Gegenstand der Wirtschaftspolitik

Die Bedeutung des Begriffs „Kapital“ ist kontextabhängig. Die Volkswirtschaftslehre stellt Kapital als Produktionsfaktor neben Arbeit, Boden und Wissen und versteht darunter das Sachkapital bzw. den Kapital-

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

stock einer Volkswirtschaft.<sup>1</sup> Dementsprechend ist Kapitalbildung auf volkswirtschaftlicher Ebene definiert als die Erhöhung des Bestandes an Sachkapital durch Sparen und Investition.<sup>2</sup> Auf Unternehmensebene werden als Kapital hingegen die auf der Passivseite der Bilanz ausgewiesenen Ansprüche auf das auf der Aktivseite aufgeführte Vermögen eines Unternehmens bezeichnet.<sup>3</sup> Die Begriffe Kapitalbildung und -beschaffung beziehen sich dementsprechend auf die Unternehmensfinanzierung. Unter Kapitalbildung wird die Innenfinanzierung durch Rückstellungsbildung, durch die Bildung stiller Reserven sowie durch die Thesaurierung offen ausgewiesener Gewinne verstanden.<sup>4</sup> Daneben kann sich ein Unternehmen auch von außen Kapital beschaffen, entweder in Gestalt von Eigen- oder von Fremdkapital.

Eine Ausweitung des volkswirtschaftlichen Kapitalstocks ermöglicht Wirtschaftswachstum und ein höheres Wohlstandsniveau,<sup>5</sup> und dürfte daher regelmäßig wirtschaftspolitisch erwünscht sein. Die komplexen Mechanismen, über die die Steuererhebung den Prozess der volkswirtschaftlichen Kapitalbildung beeinflusst, sind in Deutschland seit langem Gegenstand finanzwissenschaftlicher Forschung. So organisierte die Friedrich List-Gesellschaft bereits 1929 in Bad Eilsen eine Tagung zum Thema „Kapitalbildung und Steuersystem“.<sup>6</sup> Zentrale Akteure im Prozess der Kapitalbildung sind Unternehmen, da sie mit ihren Investitionen einen maßgeblichen Anteil zur Bildung und Erhaltung des Kapitalstocks der deutschen Volkswirtschaft leisten.<sup>7</sup> Der vorliegende Beitrag richtet den Blick auf die Unternehmensfinanzierung als Vorbedingung jeder Investition. Den steuerlichen Parametern, die unmittelbar die unterneh-

---

1 *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2005, S. 4.

2 *Siebert/Lorz*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 15. Aufl. 2007, S. 359.

3 *Wengel*, Buchführung kompakt, 2007, S. 14.

4 *Hölscher*, Investition, Finanzierung und Steuern, 2010, S. 301 ff.

5 *Cezanne* (Fn. 1), S. 499 f.

6 Die Tagung endete in allgemeiner Ernüchterung. Der Tagungsleiter resümierte, dass ihr vornehmstes Ergebnis die Zerstörung der Illusion sei, dass sich durch einen planvollen Umbau des Steuersystems die volkswirtschaftliche Kapitalbildung massiv erhöhen lasse, vgl. Friedrich List-Gesellschaft e.V./*Gerhard Colm/Neisser* (Hrsg.), Kapitalbildung und Steuersystem, Verhandlungen und Gutachten der Konferenz von *Eilsen*, Zweiter Teil, S. 156 f.

7 Für aktuelle Daten zur Investitionstätigkeit in Deutschland siehe Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (SVR), Jahresgutachten 2014/15, 2014, Rz. 431 ff.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

merische Investitionsentscheidung beeinflussen, wie beispielsweise Abschreibungsregelungen, ist ein eigenes Referat gewidmet.<sup>8</sup>

Im Zentrum der Diskussion um die steuerlichen Bedingungen der Unternehmensfinanzierung steht die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Eigen- und Fremdkapital. Auch hybride Finanzierungsformen müssen sich dieser binären Kodierung unterordnen.<sup>9</sup> Jede Form der Kapitalüberlassung wird für steuerliche Zwecke entweder als Eigen- oder als Fremdkapital qualifiziert.<sup>10</sup> Neben der unterschiedlichen Behandlung von Eigen- und Fremdkapital stellt der Umgang mit den verschiedenen Formen der Eigenfinanzierung eine wichtige steuer- und wirtschaftspolitische Weichenstellung dar. Fremdkapital wird einem Unternehmen typischerweise von außen zugeführt. Demgegenüber kann Eigenkapital sowohl im Unternehmen gebildet als auch von außen beschafft werden. Die Aufnahme von frischem Eigenkapital bei Alt- oder Neugesellschaftern wird üblicherweise als Beteiligungsfinanzierung bezeichnet, die Finanzierung aus thesaurierten Gewinnen als Selbstfinanzierung.<sup>11</sup>

Nachfolgend wird zunächst gezeigt, dass sich die aktuellen steuerlichen Rahmenbedingungen für Kapitalbildung und -beschaffung in Deutschland nicht auf ein klares steuerpolitisches Gesamtkonzept zurückführen lassen (II.). Es empfiehlt sich daher, Überlegungen für eine rationalere Neugestaltung *de lege ferenda* anzustellen. Als Grundlage hierfür werden im dritten Teil des Beitrags die steuerpolitischen Desiderata für Kapitalbildung und -beschaffung untersucht (III). Historisch bestand insofern eine erhebliche Varianz. Mittlerweile hat sich die Herstellung von Finanzierungsneutralität als steuerpolitisches Ideal weitgehend durchgesetzt. Daher ist der vierte Teil des Beitrags Reformoptionen gewidmet, durch die Finanzierungsneutralität zumindest annähernd verwirklicht

---

8 Siehe *Nussbaum*, Steuerliche Bedingungen von Investitionen, in diesem Band.

9 Vgl. *Schön* in Schön (Hrsg.), Eigenkapital und Fremdkapital, 2013, S. 1 (22 ff.); *Shaviro*, The 2008 Financial Crisis: Implications for Income Tax Reform, NYU Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 09–35, 2009, S. 4.

10 Teilweise werden hybride Finanzinstrumente in eine Eigenkapital- und eine Fremdkapitalkomponente aufgespalten, so etwa im Vereinigten Königreich, vgl. *Pohlhausen/Röder* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 697 (740 ff.).

11 Vgl. *Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl. 2015, S. 256; *Rumpf*, Zinsbereinigung bei der Dualen Einkommensteuer, 2013, S. 21. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Selbstfinanzierung durch die Theasaurierung offen ausgewiesener Gewinne.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

werden könnte (IV.). Abschließend wird der Frage nachgegangen, ob zumindest für bestimmte Unternehmenstypen eine steuerliche Förderung der Eigenfinanzierung angezeigt ist (V.). Die Darstellung erfolgt aus der Perspektive Deutschlands. Durch eine Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in der EU würden sich die beschriebenen Probleme nicht grundlegend ändern, sondern lediglich auf die europäische Ebene verlagern.

## II. Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung *de lege lata*

Die von Unternehmen in Deutschland aktuell vorgefundenen steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und –beschaffung gehen im Kern auf die Unternehmensteuerreform 2008 zurück. Bereits der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005 hatte eine grundlegende Reform des Unternehmensteuerrechts bis zum 1.1.2008 in Aussicht gestellt.<sup>12</sup> Eines von fünf zentralen Reformzielen war die Herstellung „weitgehende[r] Rechtsform- und Finanzierungsneutralität“. Die Begründung zum Entwurf des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 zitiert die einschlägige Passage aus dem Koalitionsvertrag wörtlich und schließt daran die apodiktische Aussage an: „Der vorliegende Gesetzentwurf setzt diesen Auftrag um.“<sup>13</sup> Wie nachfolgend näher erläutert werden soll, ist diese Feststellung im Hinblick auf die Finanzierungsneutralität schlicht falsch. Die Unternehmensteuerreform 2008 vollzieht vielmehr einen offenen Bruch mit dem Ideal der Finanzierungsneutralität. Im hier relevanten Sinne<sup>14</sup> bedeutet Finanzierungsneutralität, dass Selbstfinanzierung, Beteiligungsfinanzierung und Fremdfinanzierung steuerlich gleich belastet werden.<sup>15</sup> Üblicherweise werden verschiedenen Finanzierungswege in steuerlicher Hinsicht mittels einer Kapitalkostenanalyse verglichen.<sup>16</sup> Die Kapitalkosten entsprechen der Mindestrendite vor Steuern, die eine Investition erbringen muss, um sich nach Steuern im Vergleich

---

12 Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 11.11.2005, S. 69.

13 BT-Drucks. 16/4841, S. 29.

14 Zu weiteren Begriffsbedeutungen siehe *Schneider*, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 6. Aufl. 2013, S. 204.

15 Vgl. *Homburg* (Fn. 11), S. 253 ff.; *Schreiber/Ruf*, BB 2007, 1099, 1102; *Schneider* (Fn. 14), S. 204; SVR (Fn. 7), Jahresgutachten 2015/16, 2015, Rz. 723.

16 Vgl. *Sinn* in Bradford (Hrsg.), NBER Book Series „Tax Policy and the Economy“, Volume 5, 1991, S. 25 (26); *Homburg* (Fn. 11), S. 256 m.w.N.; SVR (Fn. 7), Jahresgutachten 2007/08, 2007, Rz. 412, 749; *Rumpf* (Fn. 11), S. 19 ff.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

zu einer sicheren Alternativenanlage am Kapitalmarkt gerade noch zu lohnen.<sup>17</sup>

Vergleicht man die Kapitalkosten von Selbstfinanzierung, Beteiligungsfinanzierung und Fremdfinanzierung unter Berücksichtigung der Investorenebene,<sup>18</sup> so zeigt sich, dass sich das deutsche Steuerrecht bezüglich der Besteuerung von Kapitalgesellschaften bereits mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 sehr weit von einer finanzierungsneutralen Ausgestaltung entfernt hatte. Unter dem zuvor geltenden Anrechnungsverfahren gewährleisteten hohe Thesaurierungssteuersätze und die Vollarrechnung der Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer im Fall von Gewinnausschüttungen ein vergleichsweise hohes Maß an Finanzierungsneutralität.<sup>19</sup> Durch den Übergang zum Halbeinkünfteverfahren und die Senkung des Körperschaftsteuersatzes auf 25 % wurde jedoch die Selbstfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch Gewinnthesaurierung steuerlich massiv begünstigt. Die Begründung zum Entwurf des Steuersenkungsgesetzes 2000 rechtfertigt diesen Effekt als wirtschaftspolitische Maßnahme zur Förderung der Reinvestition betrieblicher Gewinne und zur Stärkung der Eigenkapitalquote deutscher Unternehmen.<sup>20</sup> Einzelunternehmen und Personengesellschaften wurde jedoch kein vergleichbarer Vorteil gewährt. Insofern blieb es aufgrund des synthetischen Einkommensbegriffs und der transparenten Besteuerung von Personengesellschaften zunächst bei annähernder Finanzierungsneutralität.<sup>21</sup>

Dies änderte sich mit der Unternehmensteuerreform 2008, durch die sich die steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und -beschaffung

---

17 *Homburg* (Fn. 11), S. 256; SVR (Fn. 16), Rz. 753.

18 Zur Frage, ob für die Herstellung von Finanzierungsneutralität allein die Unternehmensebene maßgeblich ist siehe unter III.3. Beim Vergleich der steuerlichen Bedingungen der verschiedenen Finanzierungswege bei Kapitalgesellschaften wird für die Beteiligungsfinanzierung üblicherweise eine sofortige Vollausschüttung und für die Selbstfinanzierung ein unbefristetes Halten der Anteile durch den Gesellschafter unterstellt, vgl. *Rumpf*, *StuW* 2009, 333 (335); *Homburg* (Fn. 11), S. 256 f. Die Analyse verkompliziert sich, wenn weitere Formen der Gewinnverwendung auf Gesellschaftsebene bzw. Gewinnrealisierung auf Investorenebene berücksichtigt werden. Siehe dazu *Schreiber*, *Besteuerung der Unternehmen*, 3. Aufl. 2012, S. 689 ff. Am nachfolgend vorgestellten grundsätzlichen Befund zur steuerlichen Vorteilhaftigkeit der einzelnen Finanzierungswege ändert sich jedoch nichts.

19 Vgl. *Gerard*, *European Taxation* 2006, 156 (159 f.); *Rumpf*, *StuW* 2009, 333 (336).

20 BT-Drucks. 14/2683, S. 93 (95).

21 *Homburg*, *DStR* 2007, 686 (688 f.).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

in Deutschland grundlegend hin zu einer Begünstigung der Fremdfinanzierung verschoben haben.<sup>22</sup> Für Kapitalgesellschaften bewegt sich die Gesamtbelastung der Fremdfinanzierung mit Gewerbesteuer auf Unternehmensebene und Abgeltungsteuer auf Investorenebene bei einem Gewerbesteuerhebesatz von 400 % im Bereich von 30 % und entspricht somit ungefähr der kombinierten steuerlichen Belastung der Selbstfinanzierung mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer. Bei einem Hebesatz von unter 400 % ist die Selbstfinanzierung günstiger als die Fremdfinanzierung. Bei einem Hebesatz von über 400 % ist es umgekehrt.<sup>23</sup> In Gemeinden mit mehr als 50.000 Einwohnern lag der durchschnittliche Gewerbesteuerhebesatz 2014 bei 450 %.<sup>24</sup> Die steuerliche Belastung der Beteiligungsfinanzierung ist nochmals deutlich höher als die der Selbstfinanzierung, da zu Körperschaft- und Gewerbesteuer auf Unternehmensebene noch die Belastung der Gewinnausschüttung mit Abgeltungssteuer beim Investor hinzutritt. Für die große Mehrzahl der Kapitalgesellschaften in Deutschland ist daher die Fremdfinanzierung derzeit die günstigste Finanzierungsform. Weder die Zinsschranke noch die gewerbesteuerliche Hinzurechnung eines Teils der Fremdkapitalentgelte stellen diesen Befund in Frage. Die Zinsschranke betrifft nur eine geringe Zahl an Unternehmen und die durch § 8 Nr. 1 lit. a GewStG bewirkte steuerliche Belastung von Fremdkapitalentgelten auf Unternehmensebene ist – bezogen auf die Gesamtbelastung durch Körperschaft- und Gewerbesteuer – gering.<sup>25</sup> Für Einzelunternehmen und Personengesellschaften liegt die steuerliche Belastung der Selbst- und Beteiligungsfinanzierung ungefähr im Bereich der Beteiligungsfinanzierung bei Kapitalgesellschaften.<sup>26</sup> Die Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG, die eigentlich eine steuerliche Entlastung der Selbstfinanzierung analog zu derjenigen für Kapitalgesellschaften bewirken sollte, vermag diese aufgrund eines gesetzlichen Konstruktionsfehlers nicht zu leisten.<sup>27</sup> Sie ist so unattraktiv

---

22 SVR (Fn. 16), Rz. 394; *Homburg*, DStR 2007, 686 (687); *Schreiber/Ruf*, BB 2007, 1099 (1102); *Rumpf*, StuW 2009, 333 (334) *Brügelmann*, IW-Trends 3/2009.

23 SVR (Fn. 16), Rz. 399.

24 BDI/VCI, Die Steuerbelastung der Unternehmen in Deutschland – Fakten für die politische Diskussion 2015/16, 2016, S. 13.

25 Vgl. *Spengel/Finke/Heckemeyer*, Konsequenzen einer zinsbereinigten Bemessungsgrundlage für die Steuerbelastung deutscher Unternehmen und das Steueraufkommen, 2012, S. 25.

26 SVR (Fn. 16), Rz. 411.

27 Vgl. SVR (Fn. 16), Rz. 401. Zentrales Problem ist, dass die zur Zahlung der ermäßigten Steuerlast erforderliche Entnahme nicht begünstigt ist.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

ausgestaltet, dass sich ihre Inanspruchnahme nur selten lohnt.<sup>28</sup> Für Einzelunternehmen und Personengesellschaften ist die Fremdfinanzierung daher stets und mit weitem Abstand die günstigste Finanzierungsform. Es besteht ein steuerlicher Anreiz, überschüssige Liquidität laufend in den Grenzen des § 4 Abs. 4a EStG zu entnehmen und im Privatvermögen anzulegen, um in den Genuss des niedrigen Steuersatzes von 25 % zu gelangen.<sup>29</sup> Sofern die Darlehenszinsen nicht zu weit über den Anlagezinsen liegen, ist es vorteilhaft, einen auf Unternehmensebene auftretenden Finanzbedarf nicht durch die Einlage von Kapital aus dem Privatvermögen, sondern durch die Aufnahme von Fremdkapital im unternehmerischen Bereich zu decken.<sup>30</sup>

Insgesamt erscheinen die steuerlichen Rahmenbedingungen von Kapitalbildung und -beschaffung als das zufällige Produkt einer nur reagierenden und nicht bewusst gestaltenden Gesetzgebung. Die Abschaffung des Anrechnungsverfahrens,<sup>31</sup> die Absenkung der Körperschaftsteuersätze und die Einführung der Abgeltungsteuer für private Kapitaleinkünfte waren in erster Linie eine pragmatische Antwort auf europarechtliche Zwänge und den sich intensivierenden internationalen Steuerwettbewerb. Ein klares steuerpolitisches Konzept lässt sich im Hinblick auf die steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und -beschaffung derzeit jedenfalls nicht ausmachen. Dieser Befund bedeutet nicht, dass die steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung zwingend geändert werden müssten. Er macht es jedoch erforderlich, sich der steuerpolitischen *Desiderata* zu vergewissern und diese mit dem *status quo* abzugleichen.

### III. Steuerpolitische *Desiderata* für Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

Die steuerpolitischen *Desiderata* für Kapitalbildung und -beschaffung hängen von den übergeordneten Zielen der Wirtschaftspolitik ab. Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass die Wirtschaftspolitik das Ziel verfolgt, das Steuerrecht so auszugestalten, dass – innerhalb des durch höherrangiges Verfassungs- und Unionsrecht gesetzten Rahmens – die

---

28 SVR (Fn. 16), Rz. 417.

29 *Homburg*, DStR 2007, 686.

30 Vgl. SVR (Fn. 7), Jahresgutachten 2012/13, 2012, Rz. 390.

31 Siehe dazu *Desens* in Herrmann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm. 19; *Schön*, DStJG 37 (2014), 217 (242).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Wohlfahrtseffekte der Besteuerung optimiert werden. Insofern wird vielfach die These vertreten, dass es wirtschaftspolitisch sinnvoll wäre, Kapitaleinkommen steuerlich gar nicht oder zumindest möglichst niedrig zu belasten (1.). Solange Kapitaleinkommen besteuert wird, stellt sich weiter die Frage, ob und inwieweit das Steuerrecht auf die relative Attraktivität von Beteiligungsfinanzierung, Selbstfinanzierung und Fremdfinanzierung Einfluss nehmen sollte. (2.) Da im Ergebnis keines der für die Begünstigung eines bestimmten Finanzierungsweges angeführten Argumente hinreichendes Gewicht hat, bleibt als steuerpolitisches Desideratum nur die Herstellung von Finanzierungsneutralität (3.).

### **1. Begünstigung von Kapitaleinkommen im Allgemeinen?**

Die Forderung nach einer allgemeinen steuerlichen Begünstigung von Kapitaleinkommen ist mittlerweile fester Bestandteil des steuerpolitischen Diskurses. Zur Begründung wird insbesondere auf den internationalen Steuerwettbewerb (a.), auf die generelle Überlegenheit einer Konsumbesteuerung (b.) sowie auf die Notwendigkeit zur Berücksichtigung der Inflation (c.) verwiesen.

#### **a) Internationaler Steuerwettbewerb?**

In der Vergangenheit war der Steuerwettbewerb um Kapital sowohl auf Unternehmens- als auch auf Investorenebene intensiv. Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber mit der Absenkung des Körperschaftsteuersatzes und der Einführung der Abgeltungsteuer dem Druck auf beiden Ebenen nachgegeben. Derzeit zeichnet sich jedoch ab, dass sich die Wettbewerbsbedingungen auf Unternehmens- und Investorenebene auseinanderentwickeln.

Auf Unternehmensebene hält der Wettbewerbsdruck an, auch wenn sich die Abwärtsdynamik bei den Körperschaftsteuersätzen etwas verlangsamt hat.<sup>32</sup> Bereits 2008 hatte sich Deutschland mit einer kombinierten Körperschaft- und Gewerbesteuerbelastung von ca. 30 % bei einem gewerbesteuerlichen Hebesatz von 400 % innerhalb Europas lediglich im oberen Mittelfeld platziert.<sup>33</sup> Seither hat sich die Wettbewerbsposition Deutschlands verschlechtert. Zum einen sehen sich die meisten Unter-

---

32 SVR (Fn. 15), Rz. 746. Zum internationalen Abwärtstrend der Körperschaftsteuersätze siehe OECD, Fundamental Reform of Corporate Income Tax, 2007, S. 20 f.

33 SVR (Fn. 15), Rz. 746 mit Abbildung 105.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

nehmen mittlerweile – wie geschildert – mit deutlich höheren Hebesätzen als 400 % konfrontiert.<sup>34</sup> Zum anderen haben zahlreiche Staaten ihre Unternehmensteuersätze weiter gesenkt.<sup>35</sup> Aktuell heizt vor allem das Vereinigte Königreich den Wettbewerb innerhalb Europas an. Dort ist der Körperschaftsteuersatz seit 2008 von 30 % auf 20 % gesunken und soll ab 2020 nur noch 18 % betragen.<sup>36</sup> Der Steuerwettbewerb auf Unternehmensebene ist dem internationalen Steuersystem in seiner gegenwärtigen Struktur inhärent. Unternehmen können bei der Investition von Kapital im Ausland über eine lokale Tochtergesellschaft der Besteuerung im Inland legal ausweichen. Im Anwendungsbereich der Freistellungsmethode genügt sogar eine Betriebsstätte.<sup>37</sup> Es ist nicht zu erwarten, dass sich daran in absehbarer Zeit etwas ändert. Das derzeit ambitionierteste Projekt zur Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung ist die Einführung einer Gemeinsamen Konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) innerhalb der EU. Selbst die GKKB sieht jedoch keine Harmonisierung der Körperschaftsteuersätze vor und soll den Steuerwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten um unternehmerische Investitionen ausdrücklich nicht ausschalten.<sup>38</sup> Viel wahrscheinlicher ist eine Harmonisierung lediglich der körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage, die an den Rahmenbedingungen des Steuerwettbewerbs auf Unternehmensebene gar nichts ändern würde.<sup>39</sup> Der anhaltende Wettbewerbsdruck auf Unternehmensebene setzt dem steuerpolitischen Spielraum des deutschen Gesetzgebers effektiv Grenzen. Würde Deutschland im Alleingang die Steuersätze auf Unternehmensebene erheblich anheben, wäre mit einem Rückgang unternehmerischer Investi-

---

34 Siehe unter II.

35 Vgl. European Commission/Eurostat, *Taxation trends in the European Union – Data for the EU Member States, Iceland and Norway*, 2014 edition, 2015, S. 31 ff.

36 HM Treasury, *Summer Budget 2015*, July 2015, S. 89.

37 Siehe Art. 7 und 9 des OECD-Musterabkommen sowie der deutschen Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Siehe auch *Adam/Besley/Blundell/Bond/Chote/Gammie/Johnson/Myles/Poterba*, *Tax By Design – The Mirrlees Review*, 2011, S. 433; *Kari*, *Nordic Tax Journal* 2015, 1 (6).

38 KOM(2011) 121 final, S. 4.

39 Siehe dazu *Röder*, *World Tax Journal* 4 (2012), 125 ff. Seit einem „Re-Launch“ des GKKB-Projekts 2015 strebt die Kommission selbst zunächst nur noch eine Harmonisierung der Bemessungsgrundlage an, COM(2015) 302 final, S. 9.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

tionen in Deutschland zu rechnen.<sup>40</sup> Ein solches Vorgehen wäre wirtschaftspolitisch kontraproduktiv.

Anders als auf Unternehmensebene lässt der Druck des Steuerwettbewerbs auf der Ebene privater Investoren gerade spürbar nach. Dies ist möglich, weil die Rahmenbedingungen des Steuerwettbewerbs auf Investorenebene strukturell völlig anders gelagert sind als im Fall unternehmerischer Investitionen. Eine in Deutschland unbeschränkt einkommensteuerpflichtige Person muss ihre Kapitalerträge auch dann in Deutschland versteuern, wenn das Kapital im Ausland angelegt ist.<sup>41</sup> Aufgrund des Welteinkommensprinzips ist die Mobilität des Kapitals auf der Investorenebene daher theoretisch irrelevant.<sup>42</sup> Praktisch konnten deutsche Steuerpflichtige jedoch lange Zeit nahezu gefahrlos der Besteuerung in Deutschland entgehen, indem sie ausländische Kapitalerträge schlicht nicht deklarierten. Anders als im Fall des legalen Steuerwettbewerbs um Kapital auf Unternehmensebene kann dieser illegalen Praxis durch einen verbesserten internationalen Informationsaustausch begegnet werden. Lange Zeit schienen substantielle Fortschritte in diesem Bereich völlig unrealistisch, da einige Staaten von ihrer Rolle als Steueroase für ausländische Privatanleger erheblich profitierten und daher wenig Neigung verspürten, den *status quo* zu verändern. 2014 kam es dennoch zu einem Durchbruch im Hinblick auf den internationalen Informationsaustausch über private Kapitalerträge. Im Juli 2014 veröffentlichte die OECD den „Standard für den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten“.<sup>43</sup> Bereits drei Monate später, im Oktober, verpflichteten sich 51 Staaten in einem multilateralen Abkommen, ab 2017 auf der Grundlage dieses Standards Informationen auszutauschen.<sup>44</sup>

---

40 Siehe zum Zusammenhang zwischen Besteuerungsniveau und Investitionen Mirrlees Review (Tax By Design) (Fn. 37), S. 437; Australia's future tax system, Report to the Treasurer (Henry Report), Part 2, Vol. 1, S. 152; Sørensen/Johnson in Melbourne Institute of Applied Economic and Social Research (Hrsg.), Australia's Future Tax and Transfer Policy Conference – Proceedings of a Conference, 2010, S. 179 (186); Kari, Nordic Tax Journal 2015, 1 (6); Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (BMF), Reform der internationalen Kapitaleinkommenbesteuerung, 1999, S. 13 ff.

41 §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 EStG.

42 Natürliche Personen selbst sind vergleichsweise immobil, vgl. Shaviro, Decoding the U.S. Corporate Tax, 2009, S. 144.

43 OECD, Standard für den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten, 2014.

44 Siehe Presserklärung Nr. 42 des Bundesministeriums der Finanzen v. 29.10.2014.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Zu den Unterzeichnerstaaten gehören alle G20 und OECD-Staaten sowie die wichtigsten Finanzzentren. Es vergingen keine weiteren zwei Monate bis zur Verabschiedung der Richtlinie 2014/107, durch die der automatische Informationsaustausch für die gesamte EU in der Amtshilferichtlinie implementiert wurde.<sup>45</sup> Besonders relevant aus deutscher Sicht ist, dass die EU im Mai bzw. Oktober 2015 mit der Schweiz und Liechtenstein bilaterale Abkommen zum Informationsaustausch auf der Grundlage des OECD-Standards unterzeichnet hat.<sup>46</sup> Als Katalysator dieser Entwicklung dürfte die von den USA mittels des *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) erzwungene Transparenz gewirkt haben. Das Ergebnis ist jedenfalls, dass die illegale Steuerflucht privater Kapitalanleger als Massenphänomen der Vergangenheit angehören dürfte. Dies wiederum könnte das Ende der Abgeltungsteuer bedeuten, die *Peer Steinbrück* bekanntlich mit der markanten Aussage gerechtfertigt hatte: „Es ist besser, 25 Prozent auf X zu haben statt 42 Prozent auf gar nix. So simpel ist die Rechnung.“<sup>47</sup> *Wolfgang Schäuble* hat sich mit Blick auf die nächste Legislaturperiode schon unzweideutig in diese Richtung geäußert.<sup>48</sup>

### b) Überlegenheit einer direkten Konsumsteuer?

In der finanzwissenschaftlichen Literatur herrschte lange Zeit nahezu Konsens, dass eine Einkommensteuer, die auch Kapitaleinkommen in voller Höhe belastet, im Vergleich zu einer Konsumbesteuerung zu Wohlfahrtsverlusten führt und daher nicht optimal sei.<sup>49</sup> Die marktübli-

---

45 Richtlinie 2014/107/EU des Rates v. 9.12.2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich der Verpflichtung zum automatischen Austausch von Informationen im Bereich der Besteuerung, ABl. L 359 v. 16.12.2014.

46 Siehe European Commission, Press release IP/15/5043, 27/05/2015; Council of the EU, Press Release 765/15, 28/10/2015.

47 Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 16/101, Stenografischer Bericht, 101. Sitzung, 25.5.2007, 10364.

48 „Bei der Einführung der Abgeltungsteuer war das Argument, man müsse sich mit geringeren Sätzen zufriedengeben, weil in einer globalisierten Wirtschaft sonst massive Steuer- und Kapitalflucht drohe. [...] Ich war nie ein Anhänger dieser Idee [...]. Wenn wir den [automatischen Informationsaustausch] bis 2017 wirksam hinbekommen, müssen wir auch nicht mehr länger sagen: 25 Prozent von X ist besser als 45 Prozent von nix. Dann wären auch wieder höhere Steuersätze auf Kapitalerträge denkbar.“, *Wolfgang Schäuble* im Interview mit der Wirtschafts-Woche, Ausgabe v. 5.6.2015.

49 Dieses Ergebnis impliziert ein von *Anthony Atkinson* und *Joseph Stiglitz* entwickeltes theoretisches Modell, vgl. *Atkinson/Stiglitz*, *Journal of Public Eco-*

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

che Rendite einer risikolosen Kapitalanlage entschädigt den Anleger für den durch das Sparen bedingten temporären Konsumverzicht. Durch die Besteuerung des Kapitalertrags in dieser Höhe wird zukünftiger Konsum gegenüber gegenwärtigem Konsum verteuert,<sup>50</sup> was die intertemporale Konsumentscheidung und damit indirekt auch die Wahl zwischen Arbeit und Freizeit gegenüber einer Welt ohne Steuern verzerrt.<sup>51</sup> Dies führte zu der Empfehlung, dass die marktübliche Rendite einer risikolosen Kapitalanlage unter Effizienzgesichtspunkten überhaupt nicht besteuert werden sollte, weder auf Unternehmens- noch auf Investorenebene. In den USA hatte sich diese Sichtweise nach der Jahrtausendwende soweit durchgesetzt, dass in der steuerrechtlichen Literatur bereits vom „*consumption tax consensus*“ die Rede war<sup>52</sup> und eine ideale *consumption tax* einer idealen *income tax* unter Effizienzgesichtspunkten als in jeder denkbaren Hinsicht überlegen erklärt wurde.<sup>53</sup> Um das Ziel einer direkten Konsumbesteuerung mit möglichst geringem Übergangsaufwand innerhalb bestehender Strukturen umsetzen zu können, werden zwei grundsätzlich gleichwertige Techniken favorisiert: die Sparbereinigung<sup>54</sup> und die Zinsbereinigung der Ertragsbesteuerung. Im Bereich der

---

nomics 6 (1976), 55 ff. Die Autoren selbst wollten aus ihrem Modell keine so weitreichenden Schlussfolgerungen ziehen, siehe *Bankman/Shaviro*, *Piketty in America: A Tale of Two Literatures*, Stanford Law School, Working Paper Series, Paper No. 469, S. 15 f. m.w.N. Auf der Grundlage eines anderen Modells gelangten *Kenneth Judd* und *Christophe Chamley* 1985 bzw. 1986 zum gleichen Ergebnis, vgl. *Judd*, *Journal of Public Economics* 28 (1985), 59 ff.; *Chamley*, *Econometrica* 54 (1986), 607 ff. Konzeptionelle Grundlage ist die Optimalsteuertheorie, deren Ziel die Minimierung der mit der Besteuerung verbundenen Wohlfahrtsverluste ist, vgl. *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 35 ff. Für eine Zusammenfassung siehe *Diamond/Saez*, *Journal of Economic Perspectives* 25 (2011), 165 (178 ff.).

50 *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 292.

51 *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 284.

52 *Engler*, *Hastings Law Journal* 57 (2005), 55: „After years of debate, an academic consensus has emerged that favors the consumption tax [...]“. Siehe auch *Shaviro*, *Stanford Law Review* 60 (2007), 745 (747). Die Auffassung, dass die Einkommensteuer zu einer direkten Konsumsteuer umgebaut werden sollte, fand auch unter deutschen Steuerrechtswissenschaftlern zahlreiche Anhänger. Für eine Übersicht über den Diskurs siehe *Tipke*, *StuW* 2007, 201 (209).

53 *Bankman/Weisbach*, *Stanford Law Review* 58 (2006), 1413. Kritisch beispielsweise *Avi-Yonah*, *Tax Notes* 105 (2004), 1651.

54 Die nachgelagerte Besteuerung steht der Sparbereinigung konzeptionell nahe. Allerdings erfasst sie nicht unbedingt nur konsumiertes, sondern auch lediglich konsumierbares Einkommen. Siehe zur nachgelagerten Besteuerung *Do-*

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Unternehmensbesteuerung entspricht der Sparbereinigung eine Besteuerung des Cashflows.<sup>55</sup> Unterstellt man einen konstanten und einheitlichen Steuersatz, so macht es unter Barwertgesichtspunkten keinen Unterschied, ob man einen Nettobetrag investiert und den Kapitalertrag in Höhe der marktüblichen Rendite steuerfrei beziehen kann (Zinsbereinigung), oder einen Bruttobetrag investieren kann (Sparbereinigung) und den Kapitalertrag versteuern muss.<sup>56</sup>

Den vorläufigen Höhepunkt in der Diskussion um eine Konsumorientierung der Einkommensbesteuerung dürfte die *Mirrlees*-Review darstellen. Eventuell markiert sie zugleich den Wendepunkt in der Debatte. Erklärtes Ziel der *Mirrlees*-Review war es, Reformvorschläge zu entwickeln, die das britische Steuersystem effizienter machen und zu Wohlfahrtsgewinnen führen.<sup>57</sup> Im Ergebnis folgt die *Mirrlees*-Review zwar noch dem finanzwissenschaftlichen Dogma, wonach die marktübliche Rendite einer risikolosen Kapitalanlage steuerlich zu verschonen sei. Gleichzeitig räumten die Autoren jedoch ein, dass in dieser Frage konzeptionelle Unsicherheit besteht und sich die finanzwissenschaftliche Forschung gerade im Fluss befindet:

„We note that there are a number of potential justifications for deviating from the timing-neutral tax benchmark, and observe that the optimal taxation of capital income is a very active area of ongoing research. A number of recent studies suggest that the economic case for taxing the normal return may be more ambiguous than many analysts have suggested, and, as a result, our conclusions on this issue cannot be completely clear-cut.“<sup>58</sup>

Ein Beispiel für die laufende finanzwissenschaftliche Forschung ist ein von *Emmanuel Saez* und *Thomas Piketty* 2012 vorgestelltes theoretisches Modell, das die in der früheren Literatur übliche Annahme perfekter Kapitalmärkte aufgibt und zudem die Vererbung von Vermögen berücksichtigt. Diese Modifikationen führten dazu, dass nach *diesem*

---

*renkamp*, StuW 2000, 121 ff. sowie *Dorenkamp*, Nachgelagerte Besteuerung von Einkommen, 2004.

55 Vgl. SVR (Fn. 15), Rz. 725 mit Kasten 24; OECD (Fn. 32), S. 48 ff.; *Warren*, 118 Tax Notes (2008), 921 (924).

56 *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 285; *Warren*, 118 Tax Notes (2008), 921 (923); *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl. 2003, Bd. 2, S. 642; SVR (Fn. 15), Rz. 725 mit Kasten 24.

57 *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 2. Dabei bediente sie sich des konzeptionellen Rüstzeugs der Optimalsteuertheorie, siehe ebenda S. 35 ff.

58 *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 285 f. Siehe auch ebenda, S. 307 ff.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Modell hohe Steuersätze auf Kapitaleinkommen optimal – also wohlfahrtsoptimierend – sind.<sup>59</sup> Bereits zuvor war die sog. *New Dynamic Public Finance*-Literatur zu dem Ergebnis gelangt, dass die Besteuerung von Kapitaleinkommen optimal sei, wenn man Unsicherheit über zukünftige Verdienstmöglichkeiten in die Analyse einbezieht und berücksichtigt, dass Ersparnisse den Arbeitsanreiz senken.<sup>60</sup> Einen noch grundsätzlicheren Angriff gegen die Politikempfehlungen der tradierten Finanzwissenschaft trug *Thomas Piketty* in seinem 2013 erschienenen Werk „*Le Capital au XXI<sup>e</sup> siècle*“ vor. *Piketty* tritt darin für eine progressive Vermögensteuer ein, um einer den Zusammenhalt der Gesellschaft gefährdenden Konzentration von Reichtum in den Händen Weniger entgegenzuwirken.<sup>61</sup> Eine Vermögensteuer wäre das Gegenteil einer konsumorientierten Einkommensteuer: Erstere lastet als Sollertragsteuer auf der marktüblichen Rendite, verschont aber darüber hinausgehende ökonomische Renten, während letztere ökonomische Renten belastet und die marktübliche Rendite einer risikolosen Kapitalanlage verschont.<sup>62</sup>

Angesichts dieser aktuellen Entwicklungen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass es innerhalb der Finanzwissenschaft zu einem Paradigmenwechsel in der Frage der Besteuerung von Kapitaleinkommen kommt.<sup>63</sup> Jedenfalls schwächt sich dadurch die Überzeugungskraft der

---

59 *Piketty/Saez*, A Theory of Optimal Capital Taxation, NBER Working Paper 17989, S. 3 f. Siehe auch *dies.*, *Econometrica* 81 (2013), 1851 (1880). Ablehnend *Auerbach/Hassett*, Capital Taxation in the 21<sup>st</sup> Century, NBER Working Paper 20871, S. 18 mit Fn. 9. Siehe auch *dies.*, *American Economic Review* 105 (2015), 38 ff.

60 Siehe *Golosov/Tsyvinski/Werning* in *Acemoglu/Rogoff/Woodford* (Hrsg.), *NBER Macroeconomics Annual 2006*, Vol. 21, 2007, S. 317. Für eine Zusammenfassung der Argumentation siehe *Diamond/Saez*, *Journal of Economic Perspectives* 25 (2011), 165 (182 f.).

61 *Piketty*, *Le Capital au XXI<sup>e</sup> siècle*, 14. und 15. Kapitel. Ablehnend *Auerbach/Hassett* (Fn. 59), S. 18 ff. Kritisch *Bankman/Shaviro* (Fn. 49), S. 13 ff. In Reaktion auf die kontroverse Diskussion um sein Buch stellte *Piketty* 2015 unter Bezugnahme auf seine gemeinsame Forschungsarbeit mit *Saez* (Fn. 59) klar, dass er in der Tat eine progressive Besteuerung von Erbschaften/Schenkungen, Vermögen und Kapitaleinkommen für optimal erachtet und dass eine progressive Konsumbesteuerung aus seiner Sicht keine gleichwertige Alternative darstellt, vgl. *Piketty*, *National Tax Journal* 68 (2015), 449 (453 ff.).

62 *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 348; *Auerbach/Hassett* (Fn. 59), S. 19.

63 Kritisch beispielsweise bereits *Sørensen/Johnson* (Fn. 40), S. 190 f. Für einen Überblick über den Diskussionsstand siehe *Attanasio/Wakefield* in *Adam*/

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

von Finanzwissenschaftlern immer wieder mit Verve erhobenen Forderung nach einer steuerlichen Begünstigung von Kapitaleinkommen deutlich ab. Unberücksichtigt bleibt in ökonomischen Modellen zudem, dass große Teile der Bevölkerung auf die Nichtbesteuerung von Kapitaleinkommen mit Unverständnis reagieren dürften.<sup>64</sup> Selbst wenn diese Ablehnung auf einem unzureichenden Verständnis der ökonomischen Wirkungen beruhen sollte, wäre sie dennoch ein ernstzunehmendes Problem. Die „*poll tax riots*“,<sup>65</sup> mit denen Teile der britischen Bevölkerung 1990 auf den Versuch *Margaret Thatchers* reagierte, eine Kopfsteuer einzuführen, zeigen eindrücklich, dass auch Akzeptanzprobleme zu Wohlstandsverlusten führen können.

Vor diesem Hintergrund wäre es zumindest derzeit problematisch, auf der Grundlage finanzwissenschaftlicher Forschung eine Politikempfehlung für die steuerliche Verschonung der marktüblichen Rendite einer risikolosen Kapitalanlage auszusprechen.<sup>66</sup> Diese Frage erscheint schlicht als offen.

### c) Pauschaler Inflationsausgleich?

Das dem geltenden Ertragsteuerrecht zugrunde liegende Nominalwertprinzip führt zur Einbeziehung inflationärer Scheingewinne in die Bemessungsgrundlage. Dies ist im Hinblick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip problematisch,<sup>67</sup> wird allerdings vom BVerfG als mit Art. 3 Abs. 1

---

Besley/Blundell/Bond/Chote/Gammie/Johnson/Myles/Poterba (Hrsg.), *Dimensions of Tax Design – The Mirrlees Review*, S. 676 ff. sowie *Banks/Diamond*, ebenda, S. 548 ff. Die Trendwende wird auch bereits im steuerrechtswissenschaftlichen Diskurs in den USA nachvollzogen, vgl. *Shaviro*, *Stanford Law Review* 60 (2007), 745 („Beyond the Pro-Consumption Tax Consensus“); *Avi-Yonah*, *Tax Notes* 146 (2015), 247 („The Rise and Fall of the Consumption Tax“).

64 Siehe auch *Hey* (Fn. 55), § 3 Rz. 78; *Tipke* (Fn. 56), S. 642 f. *Diamond/Saez*, *Journal of Economic Perspectives* 25 (2011), 165 (166) berücksichtigen die gesellschaftliche Akzeptanz als ein Kriterium, das es bei der Überführung ökonomische Forschungsergebnisse in Politikempfehlungen zu beachten gilt.

65 Zu den Hintergründen siehe *Smith*, *National Tax Journal* 4 (1991), 421 ff.

66 Ebenso *Diamond/Saez*, *Journal of Economic Perspectives* 25 (2011), 165 (177 ff.) sowie OECD (Fn. 32), S. 43. Siehe zum Problem der Verwertbarkeit finanzwissenschaftlicher Erkenntnisse für die Ausgestaltung der Steuerrechtsordnung *Raskolnikov*, *Cornell Law Review* 98 (2013), 523; *Schön*, *StuW* 2013, 289 (292).

67 *Englisch*, *StuW* 2007, 221 (228); *Hey* in Herrmann/Heuer/Raupach, Einf. ESt, Anm. 47.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

GG vereinbar angesehen.<sup>68</sup> Dessen ungeachtet verzerrt die Besteuerung inflationärer Scheingewinne wirtschaftliche Entscheidungen der Steuerpflichtigen,<sup>69</sup> weshalb ein Inflationsausgleich wirtschaftspolitisch sinnvoll sein könnte. Die systematisch korrekte Lösung zur Berücksichtigung der Inflation bestünde darin, bereits die ertragsteuerliche Bemessungsgrundlage umfassend um den Effekt der Geldentwertung zu bereinigen.<sup>70</sup> Allerdings ist dies hochkomplex und wird wegen des damit verbundenen Aufwands in der Regel nur von Staaten praktiziert, die von sehr hohen Inflationsraten betroffen sind.<sup>71</sup> Solange sich die Inflation auf einem moderaten Niveau bewegt, sprechen die besseren Gründe gegen eine umfassende Inflationsbereinigung der Bemessungsgrundlage.<sup>72</sup> Somit stellt sich die Frage, ob die Geldentwertung durch eine Begünstigung von Kapitaleinkommen beim Steuertarif berücksichtigt werden sollte. In der Literatur wird ein Sondertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen teilweise als pauschaler Ausgleich für die Inflationsanfälligkeit dieser Einkunftsart angesehen.<sup>73</sup> Allerdings ist eine Tarifiermäßigung kein geeignetes Mittel, um die Besteuerung von Scheingewinnen zielgerichtet abzumildern. Die Vergünstigung durch einen ermäßigten Steuersatz knüpft an die nach dem Nominalwertprinzip ermittelte Bemessungsgrundlage an und weist somit keinen direkten Bezug zur Geldentwertung auf. Bei hoher Rendite und geringer Inflation kommt es zu einer Überkompensation. Wenn hingegen der Kapitalertrag sehr niedrig ist und die Inflationsrate nicht übersteigt, so kann auch ein ermäßigter Steuersatz nicht verhindern, dass Scheineinkünfte besteuert werden.<sup>74</sup> Die Berücksichtigung

---

68 BVerfGE 50, 57 (107 ff.); 105, 73 (93); 127, 1 (31); zuletzt BVerfG v. 29.9.2015, 2 BvR 2683/11, Rz. 51. Das BVerfG verneint auch eine Verletzung von Art. 14 GG, BVerfGE 50, 57 (92 f.).

69 Vgl. *Kleinmanns*, Besteuerung inflationsbedingter Scheingewinne im System des deutschen Einkommensteuerrechts und ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung, S. 26 m.w.N.

70 Vgl. *Weber*, Inflationsberücksichtigung in der Einkommensteuer, 2012, S. 58 ff.

71 Vgl. *Thuronyi* in *Thuronyi* (Hrsg.), Tax Law Design and Drafting, 1996, Chapter 13, S. 2 sowie 12 ff.

72 Ebenso *Hey* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einf. ESt, Anm. 47. Punktuelle Maßnahmen würden verzerrend wirken und zu Steuergestaltungen einladen. Ob sie dennoch sinnvoll sein können, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden.

73 *Tipke* (Fn. 56), S. 712; *Tipke*, *StuW* 2007, 201 (209); *Lang*, *StuW* 2006, 22 (30).

74 Siehe dazu *Englisch*, *StuW* 2007, 221 (228 f.).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

der Geldentwertung rechtfertigt somit keine steuertarifliche Begünstigung von Kapitaleinkommen.

## 2. Begünstigung eines bestimmten Finanzierungsweges?

Solange an einer Besteuerung von Kapitaleinkommen festgehalten wird, stellt sich die Frage, ob und inwieweit mit Hilfe des Steuerrechts auf die Vorteilhaftigkeit der verschiedenen Finanzierungswege Einfluss genommen werden sollte. Nach dem *Modigliani-Miller*-Theorem sind unter bestimmten Annahmen alle Finanzierungsalternativen gleichwertig und vollständig austauschbar.<sup>75</sup> Dies scheint dafür zu sprechen, dass ihre unterschiedliche Besteuerung nur von geringer Relevanz ist, weil es Unternehmen freisteht, unter den gleichwertigen Alternativen die steuerlich günstigste zu wählen.<sup>76</sup> Wenn dem so wäre, würden sich Unternehmen bei einer steuerlichen Begünstigung der Fremdfinanzierung – wie gegenwärtig in Deutschland – ausschließlich über Fremdkapital finanzieren. Dies entspricht offensichtlich nicht der Realität und zeigt, dass Eigen- und Fremdkapital aus Unternehmensperspektive nicht beliebig austauschbar sind.<sup>77</sup> Das bedeutet zugleich, dass die Finanzierungsentscheidungen von Unternehmen Wohlfahrtsimplikationen haben und dass ihre steuerliche Beeinflussung somit wirtschaftspolitisch relevant sein kann.

### a) Begünstigung der Fremdfinanzierung gegenüber der Eigenfinanzierung?

Die Verzerrung der Finanzierungsentscheidung von Unternehmen zugunsten der Fremdfinanzierung könnte wirtschaftspolitisch sinnvoll sein, wenn Unternehmen in einer Welt ohne Steuern einen ineffizient niedrigen Fremdkapitalanteil wählen würden.<sup>78</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt zumindest im Verhältnis von Fremd- und Selbstfinanzierung beispielsweise die *Pecking-Order*-Theorie,<sup>79</sup> nach der sich aufgrund einer Informationsasymmetrie zwischen externen Kapitalgebern und dem

---

<sup>75</sup> *Modigliani/Miller*, *American Economic Review* 48 (1958), S. 261 ff.

<sup>76</sup> Vgl. *Rumpf/Kiesewetter*, Was kostet eine finanzierungsneutrale Besteuerung von Kapitalgesellschaften?, Arbeitskreis Quantitative Steuerlehre, Diskussionsbeitrag Nr. 71, 2009, S. E 3 m.w.N.

<sup>77</sup> Vgl. *Becker/Dwenger* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 101 (110 f.).

<sup>78</sup> *Becker/Dwenger* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 101 (113).

<sup>79</sup> *Myers/Majluf*, *Journal of Financial Economics* 13 (1984), 187. Siehe auch *Becker/Dwenger* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 101 (114).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Unternehmen eine Hackordnung der Finanzierungsformen herausbildet. Externe Investoren können die Perspektiven eines Unternehmens weniger gut einschätzen als das Unternehmen selbst und verlangen deshalb einen Risikoaufschlag. Um dem zu entgehen, greifen Unternehmen vorrangig auf die Selbstfinanzierung zurück. Wenn dies nicht ausreicht und Kapital von außen beschafft werden muss, wird zunächst Fremdkapital aufgenommen, da sich die Unsicherheit hierbei aufgrund des fixen Kapitalentgelts nur auf das Ausfallrisiko bezieht und der Risikozuschlag somit geringer ausfällt als bei der Beteiligungsfinanzierung, bei der die Gewinnerwartung des Unternehmens unmittelbar für die vom Investor erzielbare Rendite relevant ist. Die Beteiligungsfinanzierung steht dementsprechend ganz am Ende der Hackordnung. Aus der *Pecking-Order*-Theorie ließe sich zumindest ein Argument dafür ableiten, die Fremdfinanzierung gegenüber der Selbstfinanzierung steuerlich zu begünstigen. Eine weitere Informationsasymmetrie besteht zwischen Anteilseignern und einem externen Management. Insbesondere bei einem breit gestreuten Anlegerkreis kann der Einfluss der Investoren zu gering sein, um eine effiziente Mittelverwendung durch das Management sicherzustellen. In einer solchen Konstellation kann ein hoher Fremdkapitalanteil aufgrund der Verpflichtung zur Erwirtschaftung der Zinszahlungen disziplinierend auf das Management wirken.<sup>80</sup>

Dennoch wäre eine steuerliche Förderung der Fremdfinanzierung wirtschaftspolitisch nicht sinnvoll. Denn während die volkswirtschaftliche Relevanz der geschilderten Informationsasymmetrien unklar ist, stünde fest, dass steuerliche Vergünstigungen für Fremdkapital auch von Investoren in Anspruch genommen würden, die keinem Informationsdefizit hinsichtlich der Perspektiven des Unternehmens unterliegen, wie etwa wesentlich beteiligten Gesellschaftern. Diesen Personenkreis aus der Begünstigung herauszunehmen, würde schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen und zu Steuergestaltungen herausfordern. Der Konflikt zwischen Management und Investoren dürfte sich zudem mit gesellschaftsrechtlichen Instrumenten zielgenauer adressieren lassen als durch eine steuerliche Begünstigung der Fremdfinanzierung. Vor allem aber hätte eine steuerliche Begünstigung der Fremdfinanzierung auch erhebliche negative Wohlfahrtsimplikationen, da ein hoher Fremdkapitalanteil Unternehmen anfälliger macht für wirtschaftliche Schocks.<sup>81</sup> Im Falle einer Rezession könnten die entstehenden bilanziellen Schief lagen die

---

<sup>80</sup> Siehe *Becker/Dwenger* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 101 (115 f.) m.w.N.

<sup>81</sup> SVR (Fn. 30), Rz. 385; European Commission (Fn. 84), S. 45.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Gesamtwirtschaft destabilisieren und die erforderliche bilanzielle Konsolidierung das Wachstum nach der Krise nachhaltig dämpfen.<sup>82</sup> Insbesondere vor dem Hintergrund der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise wird die steuerliche Begünstigung der Fremdfinanzierung im steuerpolitischen Diskurs daher ganz überwiegend als zu behebender Missstand wahrgenommen. Der *Economist* hat diesem Thema im Mai 2015 unter der Überschrift „*The great distortion*“ eigens eine Titelseite gewidmet.<sup>83</sup> Die Europäische Kommission wird nicht müde, den „*debt bias*“ der Unternehmensbesteuerung in den Mitgliedstaaten<sup>84</sup> zu beklagen, und der Rat der Europäischen Union fordert im Rahmen des Europäischen Semesters einzelne Mitgliedstaaten – darunter auch Deutschland – regelmäßig dazu auf, die steuerliche Begünstigung von Fremdkapital zu reduzieren.<sup>85</sup> In Deutschland warnt unter anderem der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung regelmäßig vor den negativen Folgen der Begünstigung der Fremdfinanzierung im deutschen Ertragsteuerrecht.<sup>86</sup>

#### **b) Begünstigung der Eigenfinanzierung gegenüber der Fremdfinanzierung?**

Aus dem Umstand, dass ein hoher Fremdkapitalanteil Unternehmen anfälliger macht für wirtschaftliche Schocks, folgt nicht zwingend im Umkehrschluss, dass eine generelle steuerliche Förderung der Eigenfinanzierung geboten wäre. Soweit Eigenkapitalquote und Insolvenzrisiko negativ korreliert sind, steigt die Krisenfestigkeit von Unternehmen zwar auch dann weiter an, wenn der Eigenkapitalanteil über das Niveau hinaus erhöht wird, das Unternehmen in einer Welt ohne Steuern wählen würden. Allerdings ist es nicht unbedingt wirtschaftspolitisch sinnvoll, Unternehmen um jeden Preis zu erhalten. Konkret könnte eine

---

82 SVR (Fn. 30), Rz. 401.

83 *The Economist*, Ausgabe vom 16.5.2015.

84 Siehe z.B. European Commission, Tax Reforms in EU Member States: 2015 Report, Taxation Papers, Working Paper Nr. 58-2015, S. 45 ff.

85 Vgl. Empfehlung des Rates v. 8.7.2014 zum nationalen Reformprogramm Deutschlands 2014 mit einer Stellungnahme des Rates zum Stabilitätsprogramm Deutschlands 2014, ABl. C 247/20 v. 29.7.2014. Für einen Überblick über die Entwicklung siehe *Garnier/György/Heineken/Mathé/Puglisi/Ruà/Skoneczna/van Mierlo*, A wind of change? Reforms of Tax Systems since the launch of Europe 2020, European Commission, Taxation Papers, Working Paper Nr. 49-2014, S. 20 ff.

86 Siehe nur SVR (Fn. 16), Rz. 422; SVR (Fn. 30), Rz. 385; SVR (Fn. 15), Rz. 781.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

steuerliche Subventionierung der Eigenfinanzierung die Marktauslese im Wettbewerb behindern und so zu Wohlfahrtsverlusten führen.<sup>87</sup> Damit ist nicht gesagt, dass eine steuerliche Begünstigung der Eigenfinanzierung nicht auch positive Wohlfahrtseffekte haben kann.<sup>88</sup> Soweit ersichtlich existiert bislang jedoch keine belastbare Evidenz, dass eine pauschale<sup>89</sup> steuerliche Förderung der Eigenfinanzierung per Saldo zu Wohlfahrtsgewinnen führt und damit wirtschaftspolitisch sinnvoll wäre. Die Beurteilung könnte allerdings anders ausfallen, wenn man die beiden Unterformen der Eigenfinanzierung isoliert betrachtet.

### c) Begünstigung speziell der Selbstfinanzierung?

Selbstfinanzierung setzt voraus, dass Gewinne thesauriert werden. Dementsprechend ist eine steuerliche Förderung der Selbstfinanzierung gegenüber der Beteiligungsfinanzierung gleichbedeutend mit einer steuerlichen Begünstigung der Gewinnthesaurierung gegenüber der Gewinnausschüttung. Der Eingriff in die Finanzierungsneutralität geht also mit einem Eingriff in die Gewinnverwendungsneutralität einher und führt zu einem sog. Lock-in-Effekt.<sup>90</sup> Wenn man von der Vorstellung ausgeht, dass im Unternehmen thesaurierte Gewinne produktiv investiert werden, während ausgeschüttete Gewinne konsumiert werden, so wäre es unter Umständen wirtschaftspolitisch sinnvoll, gezielt die Selbstfinanzierung gegenüber der Beteiligungs- und Fremdfinanzierung steuerlich zu privilegieren. Diese Sichtweise hat eine lange Tradition. Im Vereinigten Königreich wurde etwa 1965 die kurzzeitige Einführung eines klassischen Körperschaftsteuersystems ausdrücklich mit dem Ziel gerechtfertigt, Gewinnausschüttungen mittels einer hohen Ausschüttungsbelastung unattraktiv zu machen.<sup>91</sup> Indem man die Unternehmen zur Gewinnthesaurierung anhielt, hoffte man, volkswirtschaftlich sinnvolle

---

87 Vgl. *Desens* in Herrmann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm. 58 m.w.N.

88 Beispielsweise berücksichtigen Unternehmen in einer Welt ohne Steuern nicht, dass im Falle ihrer Insolvenz entlassene Arbeitnehmer, bis sie eine neue Stelle gefunden haben, Lohnersatzleistungen in Anspruch nehmen, siehe *Becker/Dwenger* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 101 (120).

89 Zur Frage, ob eine steuerliche Förderung der Eigenfinanzierung bei bestimmten Unternehmenstypen sinnvoll sein könnte, siehe unter V.

90 Vgl. *Homburg* (Fn. 11), S. 258. Zur Gewinnverwendungsneutralität siehe *Desens* in Herrmann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm. 59.

91 Siehe *Bank*, *Anglo-American Corporate Taxation, Tracing the Roots of Divergent Approaches*, 2011, S. 65 ff.; *Stopforth/Goodacre*, *British Tax Review* 2015, 189 (195 ff.).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Investitionen und die Schaffung von Arbeitsplätzen anzuregen. Zum vorherigen Unternehmensteuersystem, das eine Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne weitgehend vermied, erklärte der damalige Finanzminister *James Callaghan* wörtlich:

[T]he system of taxation as it affects companies [...] is not well designed [...]. In particular, it does not provide sufficient incentive to companies to plough back profits for growth rather than to distribute them as dividends.<sup>92</sup>

Bei der Einführung des klassischen Körperschaftsteuersystems im Vereinigten Königreich 1965 war noch der – mittlerweile so bezeichnete – „old view“ vorherrschend, wonach allein die Existenz einer zusätzlichen Besteuerungsebene in Gestalt einer Dividendenbesteuerung beim Anteilseigner einen Lock-in-Effekt bewirkt. Demgegenüber besagt der sog. „new view“, dass die Besteuerung einer Gewinnausschüttung beim Investor für die steuerliche Vorteilhaftigkeit der Gewinnthesaurierung und damit der Selbstfinanzierung in der Regel irrelevant ist.<sup>93</sup> Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass bei Investition des thesaurierten Gewinns auf Unternehmensebene auch der Ertrag später bei Ausschüttung auf Anteilseignerebene besteuert wird, während der Anteilseigner bei sofortiger Gewinnausschüttung zwar nur den Nettobetrag der Ausschüttung im Privatvermögen investieren kann, mit dem Ertrag allerdings nicht erneut doppelt besteuert wird.<sup>94</sup> Das Endvermögen des Anteilseigners ist daher in beiden Fällen identisch. Ob ein steuerlicher Anreiz zur Gewinnthesaurierung besteht oder nicht, ergibt sich nach dem *new view* aus dem Verhältnis der Steuerbelastung des Kapitalertrags auf Unternehmens- und Investorebene.<sup>95</sup> Ist die steuerliche Belastung auf Unternehmensebene niedriger als auf Investorebene, wird die Selbstfinanzierung begünstigt.<sup>96</sup>

---

92 *Hansard*, H. C. Deb. 11 November 1964, Vol. 701 cc1041-5.

93 *Homburg* (Fn. 11), S. 257 f.; *Shaviro* (Fn. 42), S. 73 ff. Siehe auch SVR (Fn. 30), Rz. 393. Außerhalb der ökonomischen Literatur ist der „old view“ noch häufig anzutreffen, vgl. bspw. *Avi-Yonah/Chenchinski*, *Tax Lawyer* 65 (2011), 3 (4). Empirische Untersuchungen zu dieser Frage gelangen zu uneinheitlichen Ergebnissen, vgl. *Henrekson/Sanandaji*, *Owner-Level Taxes and Business Activity*, Research Institute of Industrial Economics, IFN Working Paper No. 1086, 2015, S. 16 ff.

94 *Shaviro* (Fn. 42), S. 76.

95 *Homburg* (Fn. 11), S. 257 f.; *Rumpf*, *StuW* 2009, 333 (336).

96 Im umgekehrten Fall spricht man von einem Push-out-Effekt, vgl. *Homburg* (Fn. 11), S. 257 f.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Unabhängig davon, ob man dem *old view* oder dem *new view* anhängt, wäre eine steuerliche Förderung der Selbstfinanzierung wirtschaftspolitisch nur dann sinnvoll, wenn ein im Unternehmen verbleibender Euro volkswirtschaftlich wertvoller ist als ein ausgeschütteter Euro. Für diese in Deutschland beispielsweise noch im Jahr 2000 zur Rechtfertigung des Halbeinkünfteverfahrens bemühte<sup>97</sup> Prämisse gibt es jedoch keine belastbare Evidenz. Es ist eine reine Unterstellung, dass thesaurierte Gewinne überwiegend investiert und ausgeschüttete Gewinne überwiegend konsumiert werden.<sup>98</sup> Klar gegen die Annahme, dass im Unternehmen verbleibende Gewinne stets zeitnah in unternehmerische Investitionen umgemünzt werden, spricht beispielsweise das weltweit zu beobachtende Phänomen des „cash-hoarding“ durch Unternehmen.<sup>99</sup> Erst Recht ist es reine Spekulation, dass ausgeschüttete Gewinne bevorzugt für den Konsum genutzt und nicht investiert werden. Für den Fall, dass Kapital außerhalb des Unternehmens produktiver eingesetzt werden kann als innerhalb des Unternehmens, behindert gerade eine steuerliche Begünstigung der Selbstfinanzierung die optimale Ressourcenallokation. Ein weiterer Nachteil einer solchen Politik bestünde darin, dass durch eine niedrigere Steuerbelastung auf Unternehmensebene ein Anreiz dafür geschaffen wird, private Vermögensanlagen ins Betriebsvermögen von Unternehmen zu verlagern. Im Ergebnis ist daher kein Grund dafür ersichtlich, die Selbstfinanzierung gegenüber der Fremd- oder der Beteiligungsfinanzierung steuerlich zu begünstigen.

---

97 BT-Drucks. 14/2683, S. 95: „Das Halbeinkünfteverfahren führt zu einer Tarifstruktur, die die Reinvestition betrieblicher Gewinne im Unternehmen fördert und dadurch die Innenfinanzierung der Unternehmen verbessert. Auf diese Weise können begrenzte Haushaltsmittel gezielt dort eingesetzt werden, wo investiert wird und Arbeitsplätze entstehen können.“ (Hervorh. im Original entfernt).

98 SVR (Fn. 7), Jahresgutachten 1999/2000, 1999, Rz. 323; Reiß, DStR 1999, 2011, 2013 f.

99 Vgl. International Monetary Fund, World Economic Outlook, April 2006, Chapter IV: Awash with Cash: Why are Corporate Savings so high?; Gruber/Kamin, The Corporate Saving Glut in the Aftermath of the Global Financial Crisis, Board of Governors of the Federal Reserve System, International Finance Discussion Papers Nr. 1150, 2015, S. 4. Für Deutschland siehe SVR (Fn. 7), Rz. 423 mit Abbildung 53.

**d) Begünstigung speziell der Beteiligungsfinanzierung?**

Anders als im Fall der Fremd- oder Selbstfinanzierung ist es schwierig, rechtshistorisch oder rechtsvergleichend Vorbilder für eine steuerliche Privilegierung speziell der Beteiligungsfinanzierung gegenüber den übrigen Finanzierungswegen zu finden. Die USA standen in den 1930er Jahren jedoch zumindest kurz davor, die Beteiligungsfinanzierung systematisch gegenüber der Selbstfinanzierung zu begünstigen. Die Körperschaftsteuer sollte durch eine „Undistributed Profits Tax“ ersetzt werden, die als Strafsteuer auf thesaurierte Gewinne konzipiert war. Damit wollte man der Tendenz der Manager großer börsennotierter Aktiengesellschaften zum *empire building* entgegenwirken, die als eine der Ursachen der *great depression* angesehen wurde.<sup>100</sup> In dieser Tradition wird die Existenz der Körperschaftsteuer in den USA auch heute noch als ein Instrument zur Regulierung von großen börsennotierten Aktiengesellschaften gerechtfertigt.<sup>101</sup> Dabei handelt es sich allerdings um ein *Corporate Governance*-Problem, das zielgenauer durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen gelöst werden sollte.

Weiterhin könnte sich aus der bereits dargelegten *Pecking-Order*-Theorie<sup>102</sup> eine Begründung für die Begünstigung der Beteiligungsfinanzierung ergeben. Danach steht die Beteiligungsfinanzierung ganz am Ende der sich aufgrund von Informationsasymmetrien ergebenden Hackordnung der Finanzierungsformen. Als problematisch erweist sich allerdings erneut, dass das Ausmaß der Informationsasymmetrie in Abhängigkeit von Unternehmens- und Investorentypen höchst unterschiedlich ausgeprägt ist. Bei einer inhabergeführten GmbH mit überschaubarem Gesellschafterkreis besteht im Hinblick auf eine Kapitalaufnahme bei den Altgesellschaftern keine nennenswerte Informationsasymmetrie. Gerade dieser Personenkreis könnte eine steuerliche Begünstigung der Beteiligungsfinanzierung gegenüber der Selbstfinanzierung zudem im wirtschaftlichen Ergebnis über die permanente Ausschüttung und Reinvestition unternehmerischer Gewinne *ad absurdum* führen. Dagegen dürfte sich die Informationsasymmetrie im Hinblick auf einen potentiellen Neugesellschafter bei einer geschlossenen Kapitalgesellschaft stärker auswirken

100 Siehe *Bank* (Fn. 91), S. 88 ff. Zur Problematik des Anreizes des Managements zur Gewinnthesaurierung siehe auch *Henrekson/Sanandaji* (Fn. 93), S. 22 ff.

101 *Avi-Yonah*, *Virginia Law Review* 90 (2004), 1192 (1231 ff.); *Avi-Yonah/Chen-chinski*, *Tax Lawyer* 65 (2011), 3 (8).

102 Siehe unter III. 2. a).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

als bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft, die strengeren Transparenz- und Publizitätspflichten unterliegt. Dieser Umstand ließe sich im Steuerrecht kaum zielgenau abbilden. Vor diesem Hintergrund sollte von einer steuerlichen Begünstigung der Beteiligungsfinanzierung Abstand genommen werden.

### 3. Finanzierungsneutralität

Ist die steuerliche Begünstigung eines bestimmten Finanzierungswegs mangels überzeugender Gründe abzulehnen, bleibt als steuerpolitisches Desideratum für Kapitalbildung und -beschaffung nur Finanzierungsneutralität. Während hinsichtlich dieses Befundes im steuerpolitischen Diskurs im Ausgangspunkt große Einigkeit besteht,<sup>103</sup> gehen die Vorstellungen im Detail deutlich auseinander. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob eine Gleichbehandlung von Eigen- und Fremdkapital bereits auf Unternehmensebene erforderlich ist,<sup>104</sup> oder ob eine unterschiedliche Belastung auf Unternehmensebene durch eine gegenläufige Besteuerung auf Investorenebene kompensiert werden kann.<sup>105</sup>

Die Analyse auf die Unternehmensebene zu beschränken, steht im Einklang mit der Modellannahme einer kleinen offenen Volkswirtschaft mit perfekter Kapitalmobilität. Unter diesen Voraussetzungen werden die Kapitalkosten für Eigen- und Fremdkapital durch die internationalen Kapitalmärkte bestimmt.<sup>106</sup> Aus dieser Betrachtung folgt, dass einer klassischen ertragsteuerlichen Bemessungsgrundlage, bei der Zinsaufwand, nicht hingegen das Entgelt für die Überlassung von Eigenkapital, steuer-

---

103 Vgl. *Desens* in Herrmann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm. 58; *Becker/Dwenger* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 101; *Shaviro* (Fn. 9), S. 6; *Homburg* (Fn. 11), S. 253.

104 Vgl. *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 415 mit Fn. 4; *Klemm*, Allowances for Corporate Equity in Practice, IMF Working Paper, 2006, S. 5 f.; *De Mooij*, Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions, IMF Staff Discussion Note, May 3, 2011, SDN/11/11, S. 5 mit Fn. 5; *Becker/Dwenger* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 101 (105); European Commission (Fn. 84), S. 45 ff.

105 Vgl. OECD (Fn. 32), S. 60; *Homburg* (Fn. 11), S. 253 ff.; SVR (Fn. 16), Rz. 412; *Scheffler/Krebs*, IStR 2010, 859 ff.; *Dorenkamp*, DStJG 33 (2010), 301 (305); *Krause-Junk*, FS Frotscher, 2013, 331 (337 ff.).

106 Vgl. OECD (Fn. 32), S. 69; *Henry Report* (Fn. 40), S. 152; *Sørensen*, Taxation of shareholder income and the cost of capital in a small open economy, Oxford University, Center for Business Taxation, WP 14/28, S. 4 f.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

lich abzugsfähig ist, ein *debt bias* inhärent ist.<sup>107</sup> Denn die steuerliche Belastung des unternehmerischen Gewinns erhöht die Kapitalkosten von Eigen-, nicht jedoch von Fremdkapital. Die Eigenkapitalkosten inländischer Unternehmen sinken auch dann nicht, wenn die Steuerbelastung auf Unternehmensebene bei der Besteuerung inländischer Kapitalgeber berücksichtigt wird – etwa durch die Anrechnung der Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer.<sup>108</sup> Aus der Perspektive eines inländischen Unternehmens ist die Besteuerung der Investoren schlicht irrelevant. Für den Steuergesetzgeber folgt daraus, dass er die Steuerbelastung inländischer Investoren erhöhen kann, ohne das inländische Investitionsvolumen zu gefährden.<sup>109</sup> Das durch die Besteuerung reduzierte inländische Kapitalangebot wird nahtlos durch aus dem Ausland zuströmendes Kapital ersetzt. Demgegenüber schlägt im Modell einer geschlossenen Volkswirtschaft, in dem die Unternehmensfinanzierung ausschließlich durch im Inland ansässige Investoren erfolgt, die Steuerbelastung auf Investorenebene in Gestalt höherer Kapitalkosten auf die Unternehmensebene durch.<sup>110</sup> Selbst wenn Zinszahlungen auf Unternehmensebene steuerlich abzugsfähig sind, können die Kapitalkosten für Fremdkapital höher sein als für Eigenkapital. Erforderlich ist hierfür lediglich, dass die kombinierte Steuerbelastung ausgeschütteter Gewinne auf Unternehmens- und Investorenebene niedriger ist als die Belastung des Zinsertrags mit Einkommensteuer.<sup>111</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn Dividenden beim Empfänger steuerfrei sind und der Einkommensteuersatz höher ist als der Körperschaftsteuersatz. Auch im Modell einer geschlossenen Volkswirtschaft lässt sich die Ausblendung der Investorenebene jedoch mit der Annahme begründen, dass der Investor generell steuerbefreit ist.<sup>112</sup>

Die besondere Herausforderung aus der Sicht des Steuergesetzgebers besteht darin, beiden Szenarien gerecht werden zu müssen. Für multinationale Unternehmen mit Zugang zum internationalen Kapitalmarkt entspricht die Realität tendenziell dem Modell der offenen Volkswirt-

---

107 So bspw. European Commission (Fn. 84), S. 45.

108 Vgl. *Sørensen/Johnson* (Fn. 40), S. 192; *Sørensen* (Fn. 106), S. 5.

109 *Sørensen/Johnson* (Fn. 40), S. 186; *Henrekson/Sanandaji* (Fn. 93), S. 28 (35); *Kari*, *Nordic Tax Journal* 2015, 1 (6).

110 *Kari*, *Nordic Tax Journal* 2015, 1 (5).

111 Siehe *Miller*, *The Journal of Finance* 32 (1977), 261 (267).

112 *Mirrlees Review (Tax By Design)* (Fn. 37), S. 415 mit Fn. 4; *Klemm* (Fn. 104), S. 6; *De Mooij* (Fn. 104), S. 5 mit Fn. 5. Siehe auch *Dorenkamp*, *DStJG* 33 (2010), 301 (308 ff.); *Avi-Yonah/Chenchinski*, *Tax Lawyer* 65 (2011), 3 (13).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

schaft.<sup>113</sup> Demgegenüber bewegen sich kleinere, nicht börsennotierte Unternehmen ohne Zugang zum internationalen Kapitalmarkt in einem Umfeld, das eher einer geschlossenen Volkswirtschaft gleicht.<sup>114</sup> Diese Unternehmen haben auch nicht unbedingt Zugang zu einer Finanzierung durch einen steuerbefreiten Investor. Hinzu kommt, dass für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen mit überschaubarem Gesellschafterkreis eine sinnvolle Abstimmung der Besteuerung auf Unternehmens- und Investorenebene allein aufgrund des sich anderenfalls ergebenden Steuergestaltungspotentials unverzichtbar ist.<sup>115</sup> Vor diesem Hintergrund müsste Finanzierungsneutralität im Idealfall sowohl isoliert auf Unternehmensebene als auch bei einer Zusammenschau von Unternehmens- und Investorenebene gewährleistet werden. Eigen- und Fremdkapital müssten also bereits auf Unternehmensebene gleichbehandelt werden. Gleichzeitig müsste die Körperschaftsteuer so in die Einkommensteuer integriert werden, dass auch unter Berücksichtigung der Besteuerung auf Investorenebene Selbst-, Beteiligungs- und Fremdfinanzierung gleich belastet werden.

Selbst dann kann Finanzierungsneutralität jedoch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung gewährleistet werden, dass die Besteuerung von Kapitaleinkommen allgemein auf das Niveau abgesenkt wird, das der internationale Steuerwettbewerb auf Unternehmensebene zulässt. Denn um die Selbstfinanzierung nicht gegenüber der Beteiligungs- bzw. Fremdfinanzierung zu begünstigen oder zu diskriminieren, muss die Steuerbelastung thesaurierter Gewinne genau der Belastung der Zinseinkünfte sowie der Belastung ausgeschütteter Gewinne auf Anteilseignerebene entsprechen. Um dies zumindest annähernd zu gewährleisten, müsste sich die Thesaurierungsbelastung am Spitzensteuersatz der Einkommensteuer orientieren.<sup>116</sup> Beim gegenwärtigen Wert von 45 % scheitert dies jedoch am internationalen Steuerwettbewerb. Faktisch kann Finanzierungsneutralität daher nur erreicht werden, wenn entweder die Einkommensteuer zu einer *flat tax* umgebaut und der Einkommensteuersatz an den Körperschaftsteuersatz angeglichen wird, oder wenn alternativ Kapitaleinkommen in einer gesonderten Schedule einem linearen Tarif unterworfen wird, der dem Körperschaftsteuertarif entspricht.<sup>117</sup>

---

113 OECD (Fn. 32), S. 69.

114 OECD (Fn. 32), S. 69; Henry Report (Fn. 40), S. 178; *Sørensen* (Fn. 106), S. 3.

115 Siehe dazu *Rumpf*, *StuW* 2009, 333 (335).

116 Vgl. SVR (Fn. 98), Rz. 325; *Scheffler/Krebs*, *IStR* 2010, 859.

117 Vgl. *Rumpf*, *StuW* 2009, 333 (336).

#### IV. Optionen zur Herstellung von bzw. Annäherung an Finanzierungsneutralität

Finanzierungsneutralität der Unternehmensbesteuerung kann theoretisch auf vielen verschiedenen Wegen hergestellt werden. Eine Darstellung aller denkbaren Alternativen würde den Beitrag sprengen.<sup>118</sup> Stattdessen sollen mit dem Dividendenabzugs- und dem Dividendenfreistellungsverfahren zunächst zwei seit langem praktisch erprobte und in letzter Zeit wieder vermehrt diskutierte Ansätze betrachtet werden (1.). Anschließend werden mit der *Comprehensive Business Income Tax* (CBIT) (2.) und der *Allowance for Corporate Equity* (ACE) zwei vielbeachtete Reformkonzepte beleuchtet (3.). Als Alternative zur ACE kommt eine duale Einkommensteuer in Betracht (4.). Abschließend werden die Konsequenzen einer Abschaffung der Abgeltungsteuer in ihrer gegenwärtigen Form erläutert (5.).

##### 1. Dividendenabzugs- bzw. Dividendenfreistellungsverfahren

Sowohl durch eine Steuerfreistellung von Dividenden beim Empfänger als auch durch den Abzug von Dividenden von der Bemessungsgrundlage auf Unternehmensebene kann weitgehende Finanzierungsneutralität bei einer Zusammenschau von Unternehmens- und Investorenebene gewährleistet werden. Nur im Fall des Dividendenabzugsverfahrens ist dies jedoch bereits isoliert auf Unternehmensebene möglich.<sup>119</sup> Beide Verfahren haben eine lange Tradition. Bereits die erste moderne Einkommensteuer, die 1799 von Pitt dem Jüngeren in Großbritannien eingeführt wurde, integrierte die Besteuerung von *corporations* mittels eines Dividendenabzugsverfahrens in die Einkommensteuer.<sup>120</sup> Als in den USA während des Bürgerkrieges 1862 kurzzeitig eine Einkommensteuer eingeführt wurde, wurden demgegenüber Dividenden beim Empfänger

118 Insbesondere werden die verschiedenen Varianten einer Cash-Flow-Besteuerung sowie die *Allowance for Corporate Capital* (ACC) ausgeblendet, die – wie eine ACE – im Ergebnis ebenfalls die Rendite einer risikolosen Kapitalanlage auf Unternehmensebene steuerfrei stellen, deren Umsetzung allerdings weniger wahrscheinlich ist. Siehe für einen Überblick *Warren*, 118 Tax Notes (2008), 921 ff.; OECD (Fn. 32) S. 93 ff.

119 Als Unterschied bliebe lediglich bestehen, dass Zinsen abzugsfähig sind wenn sie fällig werden, während Dividenden nur bei Zahlung abgezogen werden könnten, *Avi-Yonah/Chenchinski*, Tax Lawyer 65 (2011), 3 (13) mit Fn. 51.

120 *Bank* (Fn. 91), S. 21.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

steuerfrei gestellt.<sup>121</sup> Mittlerweile sind jedoch sowohl das Dividendenabzugs- als auch das Dividendenfreistellungsverfahren aus der Mode geraten.

Dividenden beim Investor steuerfrei zu stellen, ist nur dann sinnvoll, wenn die Steuerbelastung auf Investorenebene weitgehend der Steuerbelastung auf Unternehmensebene entspricht. Liegt der Spitzensteuersatz der Einkommensteuer deutlich höher als der Körperschaftsteuersatz, setzt die fehlende Nachbelastung der Gewinnausschüttung einen Anreiz zur Umwandlung von Arbeitseinkommen und privatem Kapitaleinkommen in unternehmerisches Einkommen. Liegt der Spitzensteuersatz der Einkommensteuer jedoch unterhalb des Körperschaftsteuersatzes, so besteht umgekehrt ein Anreiz zur Vornahme verdeckter Gewinnausschüttungen. Vor diesem Hintergrund ist die Dividendenfreistellung zwar für ein Flat-Tax-System mit einheitlichem Einkommen- und Körperschaftsteuersatz geeignet,<sup>122</sup> sonst aber problematisch. Beispielsweise stellt mit dem Einkommensteuergesetzbuch der wohl prominenteste Vorschlag für die Einführung eines Flat-Tax-Systems in Deutschland Gewinnausschüttungen steuerfrei.<sup>123</sup> Für die USA konnte Präsident *George W. Bush* 2003 ein Dividendenfreistellungsverfahren vorschlagen,<sup>124</sup> weil die Steuerbelastung auf Unternehmensebene dort mit knapp 40 % international ungewöhnlich hoch ist und ungefähr dem Einkommensteuerspitzenatz entspricht.

Im Vergleich zu einer Steuerfreistellung von Gewinnausschüttungen ließe sich das Dividendenabzugsverfahren relativ problemlos mit einer progressiven Einkommensteuer kombinieren, da die Steuerbelastung auf Unternehmensebene nur vorläufig ist. Als problematisch könnte man insbesondere erachten, dass die freie Bestimmbarkeit des Ausschüttungszeitpunkts Spielraum zur Steueroptimierung eröffnet.<sup>125</sup> So kann der

---

121 *Bank* (Fn. 91), S. 32.

122 SVR (Fn. 7)/Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (MPI)/Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer, Expertise im Auftrag der Bundesminister der Finanzen und für Wirtschaft und Arbeit v. 23.2.2005, 2006, Rz. 8 ff.

123 Einkommensteuergesetzbuch – ein Vorschlag zur Reform der Einkommen- und Körperschaftsteuer, vorgelegt von *Paul Kirchhof*, 2003, § 12 Abs 1.

124 Staff of the Joint Committee on Taxation, Descriptions of Revenue Provisions contained in the President's Fiscal Year 2004 Budget Proposal, 2003, S. 18 ff.

125 *Schön* in *Schön* (Hrsg.) (Fn. 9), S. 1 (44).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Ausschüttungszeitpunkt beispielsweise so gewählt werden, dass eine optimale Verlustnutzung auf Unternehmens- und Investorenebene erreicht wird. Dies allein wäre jedoch kein Grund, das Dividendenabzugsverfahren als einen relativ einfachen und eleganten Weg zur Herstellung von weitgehender Finanzierungsneutralität zu verwerfen. Das zentrale Problem des Dividendenabzugsverfahrens ist, dass es in grenzüberschreitenden Sachverhalten die Quellensteuerfunktion der Körperschaftsteuer aushebelt.<sup>126</sup> Dies könnte zwar theoretisch durch eine substantielle Quellensteuer auf ins Ausland abfließende Gewinnausschüttungen kompensiert werden. Bei Schachtelbeteiligungen ist Deutschland hieran jedoch innerhalb der EU bereits durch die Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>127</sup> gehindert. Auch im Verhältnis zu Drittstaaten entspricht es der deutschen Abkommenspraxis, das Besteuerungsrecht bei Schachtelbeteiligungen weit zurückzunehmen und selbst bei Portfoliobeteiligungen die Quellenbesteuerung auf 15 % zu deckeln.<sup>128</sup> Ginge Deutschland unter diesen Bedingungen zum Dividendenabzugsverfahren über, wäre dies gleichbedeutend mit einer Kapitulation vor den Gewinnverlagerungsstrategien multinationaler Unternehmen. Denn es ergibt offensichtlich keinen Sinn, umständlich die verdeckte Verlagerung von Gewinnen ins Ausland zu bekämpfen, wenn das gleiche Ergebnis mit einer offenen Gewinnausschüttung erreicht werden kann.

Funktionsweise und Funktionsbedingungen sowohl des Dividendenabzugs- als auch des Dividendenfreistellungsverfahrens können in der Praxis in Brasilien studiert werden. Brasilien stellt zum einen Dividenden steuerfrei. Es kann dies tun, ohne die Umwandlung von Arbeitseinkommen in unternehmerische Gewinne befürchten zu müssen, da der Spitzensteuersatz der Einkommensteuer mit 27,5 % unter der Steuerbelastung für Gesellschaften von in der Regel 34 % liegt.<sup>129</sup> Gleichzeitig schafft das Steuersatzgefälle zur Einkommensteuer einen großen Anreiz zur Fremdfinanzierung, zumal private Zinseinkünfte sogar nur mit

---

126 Schön in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 1 (45); *Avi-Yonah/Chenchinski*, Tax Lawyer 65 (2011), 3 (11).

127 Richtlinie 2011/96/EU v. 30.11.2011 des Rates über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 345 v. 29.12.2011, Art. 5.

128 Siehe Art. 10 Abs. 2 der deutschen Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen.

129 *Castelon* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 195 (207 ff.).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

15 % bis maximal 22,5 % belastet werden.<sup>130</sup> Dem wird in Brasilien dadurch begegnet, dass Unternehmen sog. Eigenkapitalzinsen von der Bemessungsgrundlage abziehen können, auf die – auch in grenzüberschreitenden Sachverhalten – eine Quellensteuer von 15 % erhoben wird.<sup>131</sup> Der auf das Eigenkapital anzuwendende Zinssatz ergibt sich aus der Verzinsung langfristiger brasilianischer Anleihen.<sup>132</sup> Wegen dieses Charakteristikums wird das brasilianische System in der Literatur häufig als Anwendungsbeispiel für eine ACE bezeichnet.<sup>133</sup> Sachgerechter ist jedoch die Charakterisierung als eine besondere Variante des Dividendenabzugsverfahrens, bei dem die Höhe der abzugsfähigen Gewinnausschüttung gedeckelt ist. Anders als die fiktive Eigenkapitalverzinsung im Rahmen einer ACE werden die brasilianischen Eigenkapitalzinsen stets korrespondierend zu ihrem Abzug auf Unternehmensebene beim Empfänger besteuert.<sup>134</sup> Laut einer empirischen Studie sind die Gewinnausschüttungen der meisten brasilianischen Unternehmen zudem zu gering, um den theoretisch möglichen Abzug fiktiver Eigenkapitalzinsen voll auszuschöpfen. Für diese Unternehmen entspricht das brasilianische System vollständig einem Dividendenabzugsverfahren.<sup>135</sup>

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass für Deutschland vor dem Hintergrund der derzeit bestehenden Rahmenbedingungen weder das Dividendenabzugs- noch das Dividendenfreistellungsverfahren eine sinnvolle wirtschaftspolitische Option darstellt.

## 2. Comprehensive Business Income Tax (CBIT)

Anders als das Dividendenabzugs- und das Dividendenfreistellungsverfahren ist die CBIT ein vergleichsweise junges und praktisch noch un-

---

130 *Malherbe/Vettoriot*, *European Tax Studies* 27 (2010), 27 (35); *Castelon* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 195 (233 ff.).

131 *Malherbe/Vettoriot*, *European Tax Studies* 27 (2010), 27 (28 ff.); *Castelon* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 195 (250 ff.).

132 *Malherbe/Vettoriot*, *European Tax Studies* 27 (2010), 27 (30); *Castelon* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 195 (250). Der Abzugsbetrag ist auf 50 % des laufenden Gewinns bzw. – sofern höher – des Gewinnvortrages begrenzt.

133 Siehe bspw. *Klemm* (Fn. 104), S. 10; *Spengel/Finke/Heckemeyer* (Fn. 25), S. 91 f.

134 Eine Auszahlung ist dagegen nicht zwingend erforderlich. Die Eigenkapitalzinsen können auch für eine Kapitalerhöhung verwendet oder als Darlehen stehen gelassen werden, vgl. *Malherbe/Vettoriot*, *European Tax Studies* 27 (2010), 27 (32 f.); *Castelon* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 195 (250 f.).

135 *Klemm* (Fn. 104), S. 24.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

erprobtes Besteuerungskonzept. Es wurde vom *US Treasury Department* 1992 als ein möglicher „Prototyp“ zur Integration der Körperschaftsteuer in die Einkommensteuer in Betracht gezogen.<sup>136</sup> Eine CBIT stellt Eigen- und Fremdkapital auf Unternehmensebene steuerlich gleich, indem Fremdkapital wie Eigenkapital behandelt wird: Fremdkapitalentgelte sind – wie Gewinnausschüttungen – generell nicht mehr von der ertragsteuerlichen Bemessungsgrundlage abziehbar.<sup>137</sup>

Für Deutschland käme die Einführung einer CBIT nur in Betracht, wenn eine verfassungskonforme Ausgestaltung möglich wäre. Ein umfassendes Abzugsverbot für Zinsaufwand stellte eine Abweichung vom objektiven Nettoprinzip dar.<sup>138</sup> Dies wiederum indizierte als Durchbrechung der folgerichtigen Umsetzung der mit der Erhebung der Einkommen- und Körperschaftsteuer getroffenen Belastungsentscheidung grundsätzlich eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>139</sup> Etwas anderes gilt jedoch im Fall eines Systemwechsels. Dann steht dem Gesetzgeber – wie bei der ursprünglichen Belastungsentscheidung – ein weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>140</sup> Laut BVerfG ist hierfür insbesondere ein „Mindestmaß an neuer Systemorientierung“ erforderlich.<sup>141</sup> Dem genügen punktuelle Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips wie etwa ein Abzugsverbot für die Fahrtkosten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte oder für ein häusliches Arbeitszimmer nicht.<sup>142</sup> Demgegenüber wird man der Umstellung der Bemessungsgrundlage auf eine CBIT zur Gewährleistung von Finanzierungsneutralität nur schwer ein Mindestmaß an neuer Systemorientierung absprechen können.<sup>143</sup> Derzeit ist allerdings noch ungeklärt, inwieweit es unterhalb der Grundentscheidung für die Erhebung von Ist-Ertragsteu-

---

136 Vgl. *Department of the Treasury*, Report on Integration of the Individual and Corporate Tax Systems – Taxing Business Income Once, Januar 1992, S. 39 ff.

137 *Department of the Treasury* (Fn. 136), S. 40.

138 Schön, DStJG 37 (2014), 217 (246).

139 Siehe beispielsweise BVerfGE 122, 210 (230 ff.). Zum Verhältnis von objektivem Nettoprinzip und Art. 3 Abs. 1 GG siehe Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, 2010, S. 119 ff.

140 BVerfGE 122, 210 (241 ff.).

141 BVerfGE 122, 210 (242).

142 BVerfGE 122, 210 (243); BVerfGE 126, 268 (281).

143 Ausdrücklich für die Qualifikation der Einführung einer CBIT als zulässigen Systemwechsel Marquart/Jehlin, DStR 2013, 2301 (2304) sowie, vorsichtiger, bereits Marquart, Zinsabzug und steuerliche Gewinnallokation, 2013, S. 98 f.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

ern überhaupt Raum für einen nicht dem Folgerichtigkeitsgebot unterliegenden Systemwechsel gibt.<sup>144</sup> Aber auch wenn man davon ausgeht, dass die Einführung einer CBIT das Gebot der Folgerichtigkeit durchbräche, würde die Herstellung von Finanzierungsneutralität jedenfalls einen besonderen sachlichen Grund darstellen, der die sich dann ergebende Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag.<sup>145</sup> Auch Art. 14 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG dürften kein unüberwindliches Hindernis für die Einführung einer CBIT darstellen. Da die klassische freiheitsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung angesichts der Eigenart des Fiskalzwecks versagt, ist es bislang nicht gelungen, die Freiheitsgrundrechte im Steuerrecht effektiv zur Geltung zu bringen.<sup>146</sup> Als gesichert kann gelten, dass jedenfalls eine „erdrosselnde“, die Steuerquelle selbst vernichtende Besteuerung unverhältnismäßig wäre.<sup>147</sup> Eine CBIT kann durchaus diesen Effekt haben. Wenn etwa ein Unternehmen nach Zinsen und vor Steuern gerade ein ausgeglichenes Ergebnis (EBT) erzielt, muss die gesamte auf die abfließenden Zinsen entfallende Steuerlast aus der Substanz erbracht werden. Das Ausmaß der Substanzbesteuerung ist neben der Fremdkapitalquote insbesondere vom Vorsteuerergebnis vor Zinsen (EBIT) abhängig. Keine Substanzbesteuerung ergibt sich, wenn einerseits das EBIT maximal ausgeglichen ist oder wenn andererseits das EBIT maximal dem Produkt des positiven EBT und des Kehrwerts des Steuersatzes entspricht.<sup>148</sup> Der Steuerpflichtige kann nicht verhindern, dass das EBIT aufgrund des schwankenden Geschäftsverlaufs in den Bereich fällt, in dem es zu einer Substanzbesteuerung kommt. Allerdings kann der Gesetzgeber diesem Effekt durch eine mit einem Rangrücktritt des Fiskus verknüpfte partielle Steuerstundung begegnen. Bei einer

---

144 Das BVerfG hat diesen Punkt, der eng mit der Frage nach dem „Verfassungsrang“ des objektiven Nettoprinzips verknüpft ist, offen gelassen, vgl. BVerfGE 122, 210 (242). Siehe dazu auch Röder (Fn. 139), S. 119 ff.

145 A.A. Dorenkamp, DStJG 33 (2010), 301 (311), der davon ausgeht, dass ein generelles Zinsabzugsverbot mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar wäre.

146 Vgl. Tipke (Fn. 56), Bd. 1, S. 437 ff.; Hey (Fn. 55), § 3 Rz. 182 f.; Röder (Fn. 139), S. 151 ff.

147 Siehe BVerfGE 87, 153 (169); Hey (Fn. 55), § 3 Rz. 184 f.; Röder (Fn. 139), S. 148 ff.

148 Ist das EBIT maximal ausgeglichen, beträgt die Bemessungsgrundlage auch nach Einführung einer CBIT maximal null. Dagegen ergibt sich bei einem positiven EBT von beispielsweise 100 und einem Steuersatz von 25 % (Kehrwert = 4) bei einem EBIT von 400 eine Steuerlast von genau 100. Beträgt der Steuersatz dagegen 50 % (Kehrwert = 2), darf das EBIT maximal das Doppelte des EBT betragen, ohne dass es zu einer Substanzbesteuerung kommt.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

schrittweisen Einführung über einen längeren Zeitraum<sup>149</sup> dürfte zudem der Masse der Unternehmen eine Anpassung ihrer Finanzierungsstruktur möglich sein. Für verbleibende problematische Fälle könnte eine Substanzbesteuerung durch einen partiellen Steuerverzicht vermieden werden. Es erscheint daher durchaus möglich, ein generelles Zinsabzugsverbot ohne Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG im Ertragsteuerrecht zu implementieren.<sup>150</sup>

Die bloße Möglichkeit, eine CBIT verfassungskonform auszugestalten, bedeutet jedoch nicht, dass dies wirtschaftspolitisch sinnvoll wäre. Skeptisch muss insofern stimmen, dass bislang noch kein Staat eine CBIT eingeführt hat. Selbst das *US Treasury Department* hat sich letztlich für ein anderes Integrationsmodell ausgesprochen.<sup>151</sup> Zuletzt wurde in Schweden die Einführung einer CBIT ernsthaft erwogen. Dort hatte eine Regierungskommission 2014 einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet.<sup>152</sup> Finanzierungskosten sollten nur in Höhe korrespondierender Kapitaleinkünfte abziehbar sein. Damit wollte man Komplikationen bei der Besteuerung von Kreditinstituten vermeiden. Für normale Unternehmen mit Nettofinanzierungsaufwand sollte es eine Kapitalkostenpauschale in Höhe von 25 % des Gewinns geben, was faktisch einer Senkung des Körperschaftsteuersatzes von 22 % auf 16,5 % entsprochen hätte. Der Umweg über eine Kostenpauschale wurde aus psychologischen Gründen gewählt, da man bei einem nominellen Steuersatz von unter 20 % internationale Kritik befürchtete.<sup>153</sup> Der Vorschlag hat sich jedoch als so unpopulär erwiesen, dass ihm nur noch geringe Chancen auf Umsetzung in seiner ursprünglichen Form eingeräumt werden.<sup>154</sup> In Norwegen hat sich eine Regierungskommission 2014 nach einer intensiven Auseinandersetzung mit dem Konzept der CBIT im Allgemeinen und dem schwedischen Vorschlag im Besonderen ausdrücklich gegen ein generelles Zinsabzugsverbot ausgesprochen.<sup>155</sup>

Die Einführung einer CBIT wäre zunächst mit einer Reihe praktischer Schwierigkeiten verbunden, welche die Attraktivität des Konzepts

---

149 In den USA war ein Zeitraum von 10 Jahren angedacht, vgl. *Department of the Treasury* (Fn. 136), S. 48 sowie 89 ff.

150 In diesem Sinne auch *Marquart* (Fn. 143), S. 101.

151 *Department of the Treasury, A Recommendation for Integration of the Individual and Corporate Tax Systems*, December 1992, S. 3.

152 Vgl. *Garnier et al.* (Fn. 85), S. 21; *Lodin*, *Nordic Tax Journal* 2014, 43 ff.

153 *Lodin*, *Nordic Tax Journal* 2014, 43 (47).

154 Siehe *Kleist/Rendahl*, *Nordic Tax Journal* 2015, 78.

155 Siehe *Syverud*, *Nordic Tax Journal* 2015, 61 (63).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

schmälern. Kein triviales Problem wäre beispielsweise die Abgrenzung der einzubeziehenden Fremdkapitalentgelte. Um das Gestaltungspotential zu minimieren, müssten auch die Finanzierungsanteile im Mietzins und in Leasingraten so genau wie möglich bestimmt und vom Steuerabzug ausgeschlossen werden.<sup>156</sup> Für Deutschland besonders relevant wäre, dass sich eine CBIT nur schwer mit einer transparenten Besteuerung von Personengesellschaften vereinbaren ließe. In Schweden bildeten die sich daraus ergebenden Probleme einen der Hauptkritikpunkte am Vorschlag zur Einführung einer CBIT.<sup>157</sup> Selbst wenn man Zinsen beim Empfänger steuerfrei stellte, würden Eigen- und Fremdkapital unterschiedlich behandelt.<sup>158</sup> Im Fall von Eigenkapital träge die Steuerpflicht den Kapitalgeber, im Fall von Fremdkapital dagegen den Kapitalnehmer. Würde hingegen nur im Rahmen der Körperschaftsteuer eine CBIT eingeführt, bestünde die Gefahr, dass das Zinsabzugsverbot mittels der Aufnahme von Fremdkapital über eine Mitunternehmerschaft umgangen würde. Hinzu kommt eine Verzerrung der Rechtsformwahl. Um eine konsistente Behandlung von Kapitalgesellschaften einerseits und Personengesellschaften und Einzelunternehmern andererseits sicherzustellen, wäre wohl eine radikale Lösung nach dem Vorbild des von *US Treasury Department* erarbeiteten CBIT-Konzepts erforderlich. Dieses sah vor, nahezu sämtliche Unternehmen in die Körperschaftsteuerpflicht einzubeziehen.<sup>159</sup>

Diese Gesichtspunkte würden nicht zwingend gegen die Einführung einer CBIT sprechen, wenn ein umfassendes Zinsabzugsverbot im Übrigen mit substantiellen Vorteilen verbunden wäre. Allerdings fällt die Beurteilung bereits im Hinblick auf die Finanzierungsneutralität der Unternehmensbesteuerung weniger positiv aus, als es die formale Gleichbehandlung von Eigen- und Fremdkapital auf den ersten Blick vermuten lässt. Eine CBIT beeinflusst zwar bei isolierter Betrachtung der Unternehmensebene Finanzierungsentscheidungen nicht. Bezieht man hingegen die Investorebene ein, so bleibt die Unternehmensbesteuerung nur dann finanzierungsneutral, wenn Gewinnausschüttungen und Zinszahlungen beim Investor steuerfrei gestellt werden. Erfolgt hingegen eine Nachbelastung beim Investor – etwa in Gestalt einer Abgeltungsteuer – so bliebe die Selbstfinanzierung steuerlich begünstigt.<sup>160</sup> Als größter Vor-

---

156 Vgl. *Lodin*, *Nordic Tax Journal* 2014, 43 (46).

157 Vgl. *Lodin*, *Nordic Tax Journal* 2014, 43 (53 f.).

158 *Schön in Schön* (Hrsg.) (Fn. 9), S. 1 (87 f.).

159 *Department of the Treasury* (Fn. 136), S. 41 f.

160 *SVR* (Fn. 30), Rz. 403 f.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

teile einer CBIT wird gemeinhin angesehen, dass sie die Bemessungsgrundlage verbreitert. Wird dieser Effekt für eine finanzierungsneutrale Absenkung des Körperschaftsteuersatzes genutzt, kann sich ein Staat dadurch Vorteile im internationalen Steuerwettbewerb verschaffen.<sup>161</sup> Laut einer 2011 veröffentlichten Studie könnten die meisten EU-Staaten bei unilateraler Einführung einer aufkommensneutralen CBIT einen substantiellen Wohlfahrtsgewinn verbuchen.<sup>162</sup> Voraussetzung ist jedoch, dass andere Staaten nicht ebenfalls eine CBIT einführen und ihre Steuersätze senken. Für den Fall, dass dies in allen Staaten der EU gleichzeitig geschieht, sagt die gleiche Studie per Saldo sogar einen geringen Wohlfahrtsverlust voraus.<sup>163</sup> Hinzu kommt, dass ein sehr niedriger Steuersatz auf Unternehmensebene die Integration der Unternehmensbesteuerung in die Einkommensteuer erschweren würde. Je größer die Differenz zwischen Körperschaftsteuersatz und Spitzensteuersatz der Einkommensteuer ausfällt, desto größer ist der Anreiz zur Verlagerung von Einkommen auf die Unternehmensebene.<sup>164</sup> Ebenfalls nur auf den ersten Blick uneingeschränkt positiv ist, dass eine CBIT multinationale Unternehmen daran hindern würde, mittels konzerninterner Darlehen Gewinne ins Ausland zu verlagern. Hochsteuerstaaten kämpfen hiergegen mit Missbrauchsvermeidungsvorschriften an, die erheblich zur Komplizierung des Steuerrechts beitragen. Dieses Problem verschwände, wenn man Fremdkapitalentgelte generell nicht mehr zum Abzug von der Bemessungsgrundlage zuließe.<sup>165</sup> In Deutschland könnte beispielsweise die Zinsschranke ersatzlos gestrichen werden. Allerdings wird dieser Effekt dadurch erzielt, dass ins Ausland abfließende Zinsen im wirtschaftlichen Ergebnis einer substantiellen Quellensteuer unterworfen werden.<sup>166</sup> Aufgrund der *Scheuten Solar*-Entscheidung<sup>167</sup> des EuGH ist zwar geklärt, dass darin kein Verstoß gegen die Zins- und Lizenzgebüh-

---

161 Vgl. *Lodin*, Nordic Tax Journal 2014, 43 (45); *Kari*, Nordic Tax Journal 2015, 1 (10). Dabei wird unterstellt, dass die Erhöhung des Körperschaftsteueraufkommens nicht durch eine Entlastung von Zinserträgen auf Investorenebene kompensiert wird, vgl. *Krause-Junk* in FS Frotscher, 2013, 331 (340) mit Fn. 23.

162 *De Mooji/Devereux*, International Tax and Public Finance 18 (2011), 93 (110).

163 *De Mooji/Devereux*, International Tax and Public Finance 18 (2011), 93 (114 f.).

164 Siehe *Kari*, Nordic Tax Journal 2015, 1 (7).

165 *Lodin*, Nordic Tax Journal 2014, 43 (45).

166 *Schön* in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 1 (90 f.).

167 EuGH v. 21.7.2011 – C-397/09, ECLI:EU:C:2011:499.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

renrichtlinie<sup>168</sup> läge. Wirtschaftspolitisch sprächen dagegen jedoch die gleichen Gründe, die Deutschland bereits seit langem dazu veranlassen, unilateral auf die Erhebung von Quellensteuern auf ins Ausland abfließende Zinsen zu verzichten.<sup>169</sup> Wenn man davon ausgeht, dass die Fremdkapitalrendite durch den internationalen Kapitalmarkt bestimmt wird, würden sowohl eine CBIT als auch eine Quellensteuer auf inländische Schuldner übergewälzt. Damit würde die Kapitalbeschaffung für inländische Unternehmen verteuert und so ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit geschwächt.<sup>170</sup> Ein umfassendes Abzugsverbot für Zinsaufwand erscheint vor diesem Hintergrund nicht als sinnvoll.

### 3. Allowance for corporate equity (ACE)

Während die CBIT Finanzierungsneutralität nach dem Modell des Eigenkapitals anstrebt, geht das Konzept der ACE<sup>171</sup> den umgekehrten Weg und behandelt Eigenkapital steuerlich wie Fremdkapital. Zu diesem Zweck werden fiktive Eigenkapitalzinsen in Höhe der marktüblichen Rendite einer risikolosen Kapitalanlage von der Bemessungsgrundlage abgezogen. Die ACE erfreut sich im steuerpolitischen Diskurs großer Popularität,<sup>172</sup> da sie – zumindest in der Theorie – über phantastische Effizienzeigenschaften verfügt.<sup>173</sup> Neben Finanzierungsneutralität auf Unternehmensebene bewirkt eine ACE zugleich Investitionsneutralität, da die Rendite einer marginalen Investition – also einer Investition, deren Kapitalwert null beträgt – nicht belastet wird und das Investitionsvolumen daher nicht aufgrund der Besteuerung sinkt.<sup>174</sup> Zudem entfalten das Realisationsprinzip und Abschreibungsregelungen dank einer

---

168 Richtlinie 2003/49/EG des Rates v. 3.6.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 157 v. 26.6.2003, Art. 1(1).

169 Siehe dazu Schön in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 1 (91 f.).

170 SVR (Fn. 30), Rz. 404; Schön in Schön (Hrsg.) (Fn. 9), S. 1 (91); Schön, DStjG 37 (2014), 217 (246). Siehe auch European Commission (Fn. 84), S. 48; Dorenkamp, DStjG 33 (2010), 301 (308 ff.).

171 Grundlegend *Institute for Fiscal Studies* (IFS), Capital Taxes Group, Equity for Companies: A Corporation Tax for the 1990s, 1991.

172 Mirrlees Review (Tax By Design) (Fn. 37), S. 492. Siehe auch Henry Report (Fn. 40), S. 165; SVR (Fn. 30), Rz. 407 ff. (ACE-Variante).

173 Siehe dazu im Einzelnen IFS (Fn. 171), S. 28 ff.; Klemm (Fn. 104), S. 5; Krause-Junk in FS Frotscher, 2013, 331 (340 f.).

174 Vgl. Mirrlees Review (Tax By Design) (Fn. 37), S. 413 ff. (425); Krause-Junk, FS Frotscher, 2013, 331 (340) mit Fn. 22; SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 60.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

ACE keine verzerrende Wirkung mehr, da sich über die Bildung stiller Reserven wegen der dadurch geringeren Bemessungsgrundlage für die fiktive Eigenkapitalverzinsung kein steuerlicher Vorteil erzielen lässt. Schließlich ist ein Steuersystem mit einer ACE automatisch inflationsgeschützt, sofern die Inflationsrate bei der Bestimmung der fiktiven Eigenkapitalverzinsung berücksichtigt wird.<sup>175</sup>

Angesichts dieser gewaltigen Vorteile muss es stutzig machen, dass sich die ACE bislang weltweit noch nicht durchsetzen konnte. Bei genauer Betrachtung zeigt sich sogar, dass die wenigen Staaten, die bislang Elemente einer ACE in ihr Steuerrecht implementiert haben, davon oft nach kurzer Zeit wieder abgerückt sind.<sup>176</sup> Die größte praktische Erfahrung mit einer ACE hat derzeit Belgien, wo seit 2006 die Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer um eine *déduction pour capital à risque* gemindert wird. Ausgangspunkt für die Ermittlung der belgischen ACE ist das steuerliche Eigenkapital. Dieses wird insbesondere um den Wert von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften bereinigt, die unter das belgische Schachtelprivileg fallen.<sup>177</sup> So wird verhindert, dass sich der Steuervorteil der ACE in einer Beteiligungskette kaskadenartig vervielfältigt, weil das in der Beteiligung gebundene Eigenkapital bei der Tochtergesellschaft ebenfalls zu einer fiktiven Eigenkapitalverzinsung führt, während gleichzeitig Gewinnausschüttungen (weitgehend) steuerfrei bleiben.<sup>178</sup> Allerdings kann das zu verzinsende Eigenkapital durch diese Anpassung in Belgien nicht negativ werden, wie es etwa im Fall einer fremdfinanzierten Holdinggesellschaft für eine konsistente Umsetzung des ACE-Konzepts erforderlich wäre.<sup>179</sup> Als Näherungswert für die Rendite einer risikolosen Kapitalanlage wählte Belgien die Rendite belgi-

---

175 Siehe dazu IFS (Fn. 171), S. 26 ff.; Isaac, Fiscal Studies 18 (1997), 303 (306); Mirrlees Review (Tax By Design) (Fn. 37), S. 422 f.

176 Das gilt beispielsweise für Kroatien (1994–2000); Österreich (2000–2004); Italien (1997–2003) und Lettland (2009–2014); vgl. Klemm (Fn. 104), S. 8; Spengel/Finke/Heckemeyer (Fn. 25), S. 92 sowie Kronbergs, European Taxation 2014, 522. Ob Italien an der 2011 erneut eingeführten ACE für frisches Eigenkapital (siehe dazu Leone/Zanotti, European Taxation 2012, 432; Zangari, Addressing the Debt Bias: A Comparison between the Belgian and the Italian ACE Systems, European Commission, Taxation Papers, Working Paper Nr. 44–2014, S. 28 ff.) langfristig festhalten wird, bleibt abzuwarten.

177 Minne/Vanwelkenhuyzen/Colmant, Les deductions fiscales à l'impôt des sociétés, 2008, S. 25 ff.

178 Minne/Vanwelkenhuyzen/Colmant (Fn. 177), S. 28. Siehe auch SVR (Fn. 30), Rz. 417.

179 SVR (Fn. 30), Rz. 418.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

scher Staatsanleihen mit zehnjähriger Laufzeit.<sup>180</sup> Nachdem die Finanzkrise in Erinnerung gebracht hatte, dass auch Staatsanleihen nicht unbedingt risikolos sein müssen, wurde der Zinssatz zudem auf einen fixen Prozentsatz von derzeit 3 % gedeckelt.<sup>181</sup> Um ihre Neutralitätseigenschaften voll entfalten zu können, muss eine ACE durch einen sofortigen Verlustausgleich in Gestalt einer Steuererstattung oder zumindest durch einen zeitlich unbegrenzten und verzinslichen Verlustvortrag flankiert werden.<sup>182</sup> Hiervon ist Belgien weit entfernt. Ursprünglich konnte eine mangels ausreichender Gewinne nicht verrechenbare *deduction pour capital à risque* zumindest sieben Jahre lang vorgetragen werden.<sup>183</sup> Seit 2013 verfällt sie in diesem Fall sofort.<sup>184</sup> Dessen ungeachtet kommt die belgische *déduction pour capital à risque* einer idealtypischen ACE relativ nahe. Daher lassen die Erfahrungen Belgiens einen Rückschluss darauf zu, ob sich das theoretisch so überzeugende Konzept der ACE für andere Staaten zur praktischen Nachahmung empfiehlt.

Wie bereits der Name impliziert, wurde das Konzept der ACE ursprünglich für intransparent besteuerte Körperschaftsteuersubjekte entwickelt. Die Einkommensteuer wurde dabei bewusst ausgeblendet.<sup>185</sup> Jeder Staat, der eine ACE tatsächlich einführen will, muss sich jedoch dem Integrationsproblem stellen. Sobald man die Betrachtung nicht auf die Unternehmensebene beschränkt, sondern auch die Investorenebene in den Blick nimmt, zeigt sich, dass eine ACE die ihr zugeschriebenen Neutralitätseigenschaften nur dann voll entfalten kann, wenn auch im Rahmen der Einkommensteuer die marktübliche Rendite einer risikolosen Kapitalanlage steuerlich verschont wird.<sup>186</sup> Wird hingegen an einer Besteuerung des vollständigen Kapitaleinkommens auf Investorenebene festgehalten, fehlt es an Investitionsneutralität, soweit die Steuerbelastung des In-

---

180 Code des impôts sur les revenus 1992, Art. 205quater § 1. Dies steht in Einklang mit entsprechenden Empfehlungen in der Literatur, vgl. Mirrlees Review (Tax By Design) (Fn. 37), S. 298 mit Fn. 17. Zu den Einzelheiten und Besonderheiten für KMU siehe *Minne/Vanwelkenhuyzen/Colmant* (Fn. 177), S. 45 ff.

181 Code des impôts sur les revenus 1992, Art. 205quater § 5; *Michel/Offermanns*, *European Taxation* 2012, 423 (425).

182 *Devereux/Freeman*, *Fiscal Studies* 12 (1991), 1 (7 f.).

183 *Minne/Vanwelkenhuyzen/Colmant* (Fn. 177), S. 50.

184 *Zangari* (Fn. 176), S. 10.

185 Vgl. IFS (Fn. 171), S. 32 ff.

186 Vgl. IFS (Fn. 171), S. 32 ff.; *Devereux/Freeman*, *Fiscal Studies* 12 (1991), 1 (8 f.); *Isaac*, *Fiscal Studies* 18 (1997), 303 (312).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

vestors auf die Kapitalkosten auf Unternehmensebene durchschlägt.<sup>187</sup> Auch Finanzierungsneutralität ist dann nicht mehr gewährleistet, da aufgrund der Nachbelastung von Gewinnausschüttungen und Zinszahlungen beim Investor die Selbstfinanzierung steuerlich begünstigt wird.<sup>188</sup> So ist es auch in Belgien, wo noch eine nicht im System der ACE angelegte Differenzierung zwischen Fremd- und Beteiligungsfinanzierung hinzukommt, da Zinsen und Dividenden mit 15 % bzw. 25 % unterschiedlichen Abgeltungssteuersätzen unterliegen.<sup>189</sup> Zumindest die Begünstigung der Selbstfinanzierung könnte vermieden werden, indem thesaurierte Gewinne aus dem begünstigten Eigenkapital herausgerechnet und gleichzeitig Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften steuerfrei gestellt werden.<sup>190</sup> Dadurch würde allerdings die Komplexität erheblich erhöht und neues Gestaltungspotential geschaffen. Ohne besondere Vorkehrungen wäre es beispielsweise möglich, den Ausschluss thesaurierter Gewinne durch ein grenzüberschreitendes Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren auszuhebeln.<sup>191</sup> Wird im Rahmen der Einkommensteuer an einer traditionellen Besteuerung von Kapitaleinkommen festgehalten, könnte die fiktive Eigenkapitalverzinsung zudem nicht verwerfungsfrei auf transparent besteuerte Personengesellschaften und Einzelunternehmer erstreckt werden. Als Lösung dieses Problems böte sich ihre Einbeziehung in die Körperschaftsteuer an.<sup>192</sup> In Belgien werden auch Personengesellschaften grundsätzlich intransparent besteuert,<sup>193</sup> sodass im Wesentlichen nur Einzelunternehmer durch die Vorenthaltung der *déduction pour capital à risque* diskriminiert werden.<sup>194</sup> Schließlich würde durch eine Beschränkung der fiktiven Eigenkapitalverzinsung auf die Körperschaftsteuer ein problematischer Anreiz gesetzt, private Vermögenswerte über Kapitalgesellschaften zu halten, was

---

187 Vgl. Mirrlees Review (Tax By Design) (Fn. 37), S. 413 ff., 425; Krause-Junk in FS Frotscher, 2013, 331 (340) mit Fn. 22.

188 Vgl. SVR (Fn. 30), Rz. 406; Rumpf, StuW 2009, 333 (340).

189 Gerard, European Taxation 2006, 156 (158); Malherbe/Vettorino, European Tax Studies 27 (2010), 27 (46 f.).

190 SVR (Fn. 30), Rz. 407 ff. Siehe auch Rumpf, StuW 2009, 333 (339 ff.); Rumpf (Fn. 11), S. 151 ff.

191 Um dieses Problems Herr zu werden, müssten Ausschüttungen generell vorrangig aus dem Grundkapital vorgenommen werden, vgl. SVR (Fn. 30), Rz. 419.

192 Vgl. Spengel/Finke/Heckemeyer (Fn. 25), S. 40 f.

193 Vgl. Osterweil/Quaghebeur, Bulletin for International Taxation 62 (2008), 346.

194 Minne/Vanwelkenhuyzen/Colmant (Fn. 177), S. 19 f.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

wiederum Gegenmaßnahmen erforderlich machte. Belgien ist insofern relativ großzügig und bereinigt das *capital à risque* im Wesentlichen nur um typischerweise ertraglose Wirtschaftsgüter wie Edelmetalle, Edelsteine oder Kunstwerke.<sup>195</sup> Allerdings kann sich auch bei ertragbringenden Wirtschaftsgütern aufgrund des mittels der ACE zu erzielenden Steuerstundungseffektes eine Verlagerung in die unternehmerische Sphäre lohnen. Dementsprechend sollten im Rahmen der in der Schweiz diskutierten zinsbereinigten Gewinnsteuer „nicht betriebsnotwenige“ Wirtschaftsgüter aus der Bemessungsgrundlage der fiktiven Eigenkapitalverzinsung ausgeschieden werden.<sup>196</sup> Bei dieser Abgrenzung sind Konflikte vorprogrammiert. In Deutschland könnte insofern der Katalog des § 13b Abs. 2 ErbStG als Orientierung dienen. Im Ergebnis zeigt sich, dass die theoretischen Vorteile einer ACE in der Praxis vollumfänglich nur um den Preis eines radikalen Umbaus des gesamten Ertragsteuerrechts zu einer direkten Konsumsteuer zu haben sind. Wie bereits dargelegt wurde, ist nicht klar ist, ob ein solcher Schritt wirtschaftspolitisch sinnvoll wäre.<sup>197</sup>

Ein weiterer Problemkreis betrifft die mit einer ACE verbundenen grenzüberschreitenden Gestaltungsmöglichkeiten, von denen insbesondere multinationale Unternehmen profitieren würden. Dies verdeutlicht die belgische ACE in besonders nachdrücklicher Weise, da sie auch und gerade zu diesem Zweck eingeführt wurde. Neben der Gleichstellung von Eigen- und Fremdkapital sowie der Stärkung der Eigenkapitalbasis inländischer Unternehmen war ein zentrales Motiv der belgischen Regierung, mittels der *déduction pour capital à risque* einen Ersatz für ein steuerliches Sonderregime für sog. „*centre de coordination*“ zu schaffen.<sup>198</sup> Ein belgisches *centre de coordination* ermöglichte es multinatio-

---

195 Zu den Einzelheiten und weiteren Ausschlüssen siehe *Minne/Vanwelkenhuyzen/Colmant* (Fn. 177), S. 34 ff.

196 Schweizer Eidgenossenschaft, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage über das Bundesgesetz über steuerliche Massnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmensstandorts Schweiz (Unternehmenssteuerreformgesetz III) v. 19.9.2014, S. 30 (abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36631.pdf>).

197 Siehe unter III.1.b.

198 Vgl. *Chambre des Représentants de Belgique*, 11 mai 2005, *Projet de loi instaurant une déduction fiscale pour capital à risque*, Doc 51-1778/001, *Exposé des motifs*, S. 6 „*Cette déduction permet enfin d’offrir la seule alternative crédible et concurrentielle pour un maintien des centres de décision en Belgique, et notamment des centres de coordination [...]*.“ Nach Auffassung zahlreicher Kommentaren war die Einführung der belgischen ACE sogar in

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

nen Unternehmen, Gewinne europäischer Tochtergesellschaften mittels Zinszahlungen nach Belgien zu verlagern, wo nur eine minimale Steuerlast anfiel, und anschließend als Dividende an eine ausländische Muttergesellschaft weiterzuleiten.<sup>199</sup> Sofern die Gewinnausschüttung dort von einem Schachtelprivileg profitierte, Bestand der steuerliche Effekt des *centre de coordination* letztlich darin, abzugsfähige Zinszahlungen in steuerfreie Dividenden zu verwandeln.<sup>200</sup> Nachdem die Kommission das steuerliche Sonderregime für *centre de coordination* als unerlaubte Beihilfe eingestuft hatte, besann man sich in Belgien darauf, dass man mittels einer ACE genau den gleichen Effekt erzielen kann. Sofern die fiktive Eigenkapitalverzinsung dem Zinsertrag des Darlehens an die ausländische Konzerngesellschaft entspricht, ergibt sich in Belgien eine Bemessungsgrundlage von null. Somit kann nunmehr jede belgische Gesellschaft als *centre de coordination* fungieren.<sup>201</sup> Allerdings hat sich Belgien insofern verkalkuliert, als es offenkundig das Gestaltungspotential einer ACE zulasten der Bemessungsgrundlage des ACE-Staates selbst unterschätzte.<sup>202</sup> Ob diese Gestaltungsmöglichkeiten effektiv unterbunden werden können, ist keineswegs ausgemacht.<sup>203</sup> In Belgien scheint man insofern skeptisch zu sein. Neben einer Verschärfung von Missbrauchsvorschriften verkompliziert Belgien sein Steuerrecht seit 2014 durch eine sog. „Fairness-Steuer“ von 5,15 % auf Gewinnausschüttungen, die wegen eines Verlustvortrages oder wegen der *déduction pour capital à risque* nicht mit Körperschaftsteuer vorbelastet sind.<sup>204</sup>

---

erster Linie durch die Problematik der *centre de coordination* motiviert, vgl. Minne/Vanwelkenhuyzen/Colmant (Fn. 177), S. 13 f.; Malherbe/Vettorino, *European Tax Studies* 27 (2010), 27 (39).

199 Vgl. Malherbe/De Wolf/Schotte, *Droit fiscal – L'impôt des sociétés*, 1997, S. 383 ff.; Zangari (Fn. 176), S. 8.

200 Zangari (Fn. 176), S. 8.

201 Vgl. Malherbe/Vettorino, *European Tax Studies* 27 (2010), 27 (54). Siehe auch *Service Public Fédéral Finances*, *La déduction d'intérêt notionnel: un incitant fiscal belge novateur* (abrufbar unter: [www.invest.belgium.be](http://www.invest.belgium.be)) („*La déduction d'intérêt notionnel est un outil précieux pour maintenir [...] en Belgique des activités qui étaient antérieurement allouées aux centres de coordination belges*“).

202 Siehe dazu im Einzelnen Zangari (Fn. 176), S. 20 ff.

203 Optimistisch Zangari (Fn. 176), S. 44 ff.; European Commission (Fn. 84), S. 49.

204 Michel/Van den Berghe, *European Taxation* 2014, 223.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

Speziell für Mitgliedstaaten der EU hat schließlich der EuGH mit der *Argenta Spaarbank*-Entscheidung<sup>205</sup> die Einführung einer ACE unattraktiv gemacht. Laut Auffassung des EuGH steht die Niederlassungsfreiheit einer belgischen Regelung entgegen, wonach das *capital à risque* um den Anteil zu kürzen ist, der einer ausländischen Freistellungsbetriebstätte zuzuordnen ist. Zumindest im wirtschaftlichen Ergebnis ist jedoch genau dies für eine konsistente Umsetzung des ACE-Konzeptes erforderlich.<sup>206</sup> Die *Argenta Spaarbank*-Entscheidung ist in der Literatur zu Recht kritisiert worden.<sup>207</sup> Es ist nicht sachgerecht, dass der Sitzstaat die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung auch für eine Freistellungsbetriebstätte gewähren muss, obwohl er auf das Recht verzichtet hat, die mit dem betreffenden Eigenkapital generierten Gewinne zu besteuern. Dieses Ergebnis steht im Übrigen zumindest wertungsmäßig auch nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung und zur Entstrickungsbesteuerung.<sup>208</sup> In unionsrechtliche Kategorien übersetzt, hätte es in *Argenta Spaarbank* nahegelegen, die unbestreitbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zur Wahrung der Kohärenz des belgischen Steuersystems bzw. der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten als gerechtfertigt anzusehen.<sup>209</sup> Unabhängig von der unionsrechtlichen Problematik wäre die Einbeziehung ausländischer Freistellungsbetriebstätten in die Bemessungsgrundlage einer ACE im Hinblick auf potentielle Steuergestaltungen hochproblematisch. Multinationale Unternehmen könnten die Bemessungsgrundlage einer Tochtergesellschaft in einem ACE-Staat nahezu beliebig mindern, indem sie ihr wirtschaftliche Aktivitäten in anderen Staaten in Gestalt einer Freistellungsbetriebsstätte zuordnen. Belgien sucht diese Konsequenz zu vermeiden, indem es in Reaktion auf *Argenta Spaarbank* die *déduction pour capital à risque* zwar auf der Grundlage des gesamten Eigenkapitals ermittelt, sie aber, soweit sie auf eine Freistellungsbetriebsstätte entfällt, vorrangig mit deren – in Belgien ohnehin freigestellten – Errä-

---

205 EuGH v. 4.7.2013 – C-350/11, ECLI:EU:C:2013:447.

206 Vgl. IFS (Fn. 171), S. 87 ff.

207 Schön, Bulletin for International Taxation 69 (2015), 271 (289); Wattel, European Taxation 2015, 550 (560).

208 Siehe insbesondere EuGH v. 15.5.2008 – C-414/06, ECLI:EU:C:2008:278 – *Lidl Belgium* und EuGH v. 29.11.2011 – C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – *National Grid Indus*.

209 Siehe Schön, Bulletin for International Taxation 69 (2015), 271 (279) (Kohärenz). Wattel, European Taxation 55 (2015), 550 (560), lehnt mangels Vergleichbarkeit bereits eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ab.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

gen verrechnet.<sup>210</sup> Solange die Freistellungsbetriebstätte auch nach Abzug der anteiligen *déduction pour capital à risque* mindestens ein ausgeglichenes Ergebnis erzielt, wird die belgische Bemessungsgrundlage nicht gemindert. Der belgische *Conseil d'État* ging in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf davon aus, dass auch die Neuregelung unionsrechtswidrig sei.<sup>211</sup> Falls die Einschätzung des *Conseil d'État* zutrifft, könnte dies *de facto* den Todesstoß für die Einführung einer ACE durch Mitgliedstaaten der EU außerhalb einer GKKB bedeuten.

Schließlich ergibt die Einführung einer ACE aufgrund des internationalen Steuerwettbewerbs wirtschaftspolitisch nur dann Sinn, wenn der Aufkommensverlust aufgrund der schmaleren Bemessungsgrundlage nicht durch einen höheren nominellen Körperschaftsteuersatz kompensiert wird. Eine ACE verschont die marktübliche Rendite einer risikolosen Kapitalanlage und konzentriert die Steuerbelastung somit auf ökonomische Renten. Dadurch verbessert sich zwar die Wettbewerbssituation eines Staates im Hinblick auf mobiles Kapital. Durch einen höheren Steuersatz würde sich jedoch zugleich die Wettbewerbssituation im Hinblick auf Investitionen verschlechtern, die ökonomische Renten generieren. Nur standortspezifische ökonomische Renten blieben hiervon unberührt. Selbst insofern hätte ein höherer Steuersatz jedoch nachteilige Auswirkungen, da er den Anreiz zu Verlagerung von Buchgewinnen erhöhte. Eine Studie aus dem Jahr 2011 kommt zu dem Ergebnis, dass für Staaten, in denen multinationale Unternehmen eine wichtige Rolle spielen, die Nachteile einer höheren Belastung der inframarginalen Rendite die Vorteile aufgrund der steuerlichen Verschonung der marginalen Rendite überwiegen können.<sup>212</sup> Wenn dies zutrifft, könnte sich Belgien mit der Entscheidung für die Kombination einer ACE mit einem mit 34 % für europäische Verhältnisse ungewöhnlich hohen Körperschaftsteuersatz trotz der dadurch ermöglichten Erhaltung

---

210 Chambre des Représentants de Belgique, 6 décembre 2013, Projet de loi portant des dispositions fiscales diverses, Doc 53-3236/001, Exposé des motifs, S. 7.

211 Chambre des Représentants de Belgique (Fn. 210), Avis du Conseil d'État, S. 95 ff.

212 *De Mooij/Devereux*, *International Tax and Public Finance* 18 (2011), 93 (115). Zu vergleichbaren Ergebnissen kommen *Finke/Heckemeyer/Spengel*, *Assessing the Impact of Introducing an ACE Regime – A Behavioural Corporate Microsimulation Analysis for Germany*, ZEW Discussion Paper No. 14-033, 2014, S. 12. Siehe auch bereits *Isaac*, *Fiscal Studies* 18 (1997), 303 (306).

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

der *centre de coordination* geschadet haben. Alternativ hätte Belgien den Körperschaftsteuersatz 2005 auf bis zu 25 % senken können.<sup>213</sup>

Zusammenfassend lässt sich vor dem Hintergrund der Erfahrungen Belgiens festhalten, dass eine ACE in der Praxis weit weniger attraktiv ist als in der Theorie. Es ist durchaus rational, dass die meisten Staaten an einer traditionellen körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage festhalten. Erst unlängst haben Norwegen und die Schweiz dem ACE-Konzept eine Absage erteilt.<sup>214</sup> Auch in Belgien erscheint der langfristige Fortbestand der *déduction pour capital à risque* keineswegs als gesichert.<sup>215</sup>

#### 4. Duale Einkommensteuer

Sofern die marktübliche Rendite einer risikolosen Kapitalanlage nicht komplett steuerfrei gestellt werden soll, bietet sich als Alternative zu einer ACE das 2006 für Deutschland vorgeschlagene Modell einer dualen Einkommensteuer an.<sup>216</sup> Grundidee der dualen Einkommensteuer ist die Aufspaltung der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage in Erwerbseinkommen und Kapitaleinkommen,<sup>217</sup> um eine niedrigere Belastung von Kapitaleinkommen zu ermöglichen, ohne zu einem Flat-Tax-System übergehen zu müssen. Die für Deutschland vorgeschlagene Variante sieht zusätzlich vor, eine kalkulatorische Verzinsung des in einer Kapitalgesellschaft gebundenen Eigenkapitals steuerlich zu verschonen. Allerdings geschieht dies anders als bei einer ACE nicht auf Unternehmens- sondern erst auf Investorenebene. Zu diesem Zweck wird Anteilseignern einer Kapitalgesellschaft im Rahmen der Einkommensteuer ein Verzinsungsfreibetrag in Höhe des Produkts ihrer Anschaffungskosten für die Anteile und eines kalkulatorischen Zinssatzes gewährt.<sup>218</sup> In der Höhe des Verzinsungsfreibetrags werden Gewinnausschüttungen

---

213 Minne/Vanwelkenhuyzen/Colmant (Fn. 177), S. 13 ff.

214 Siehe Syverud, *Nordic Tax Journal* 2015, 61 (63) sowie Bundesrat v. 14.12.2014, „Ständerat verabschiedet Unternehmenssteuerreform III (abrufbar unter: [http://www.parlament.ch/d/sessionen/sda-sessionen/Seiten/20151214\\_bsd168\\_Unternehmenssteuerreform.aspx](http://www.parlament.ch/d/sessionen/sda-sessionen/Seiten/20151214_bsd168_Unternehmenssteuerreform.aspx)).

215 Siehe nur Chambre des Représentants de Belgique, 21 janvier 2015, *Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992, en vue de promouvoir l'investissement dans l'économie réelle*, Doc 55-0819/001.

216 SVR/MPI/ZEW (Fn. 122).

217 Vgl. SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 54; Schön, *DStJG* 37 (2014), 217 (227). Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung siehe Schön in FS Solms, 2005, 263 ff.

218 SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 59 f.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

und Gewinne aus Anteilsveräußerungen im wirtschaftlichen Ergebnis daher nur mit Körperschaftsteuer belastet.

Wenn Kapitaleinkommen im Rahmen der Einkommensteuer mit einem linearen Tarif belastet wird, der dem Körperschaftsteuertarif entspricht, gewährleistet dieses System bei einer Zusammenschau von Unternehmens- und Investorenebene Finanzierungsneutralität.<sup>219</sup> Anders als im Rahmen einer klassischen ACE kann an einer Besteuerung der marktüblichen Rendite einer risikolosen Kapitalanlage festgehalten werden, ohne die Selbstfinanzierung gegenüber der Beteiligungs- oder Fremdfinanzierung zu begünstigen. Auf Unternehmensebene bleibt es hingegen bei einer traditionellen ertragsteuerlichen Bemessungsgrundlage und damit bei isolierter Betrachtung bei einer steuerlichen Begünstigung von Fremdkapital.<sup>220</sup> Allerdings steht diesem Nachteil im Vergleich zu einer ACE der substantielle Vorteil gegenüber, dass das gesamte Körperschaftsteuersystem von der Reform unberührt bleibt und somit das mit einer ACE verbundene Gestaltungspotential für multinationale Unternehmen entfällt. Sollte sich Deutschland angesichts des internationalen Steuerwettbewerbs nach der Unternehmensteuerreform 2008 erneut zu einer Senkung der Unternehmensteuerbelastung entschließen, würde der unter einer dualen Einkommensteuer verbleibende *debt bias* zusätzlich relativiert.

Im Rahmen einer dualen Einkommensteuer ist es zudem möglich, die Steuersätze für Kapital- und Erwerbseinkommen so aufeinander abzustimmen, dass eine weitgehend reibungslose Integration der Körperschaftsteuer in die Einkommensteuer gewährleistet ist. Über den Verzinsungsfreibetrag hinausgehende Ausschüttungen unterliegen dem gleichen linearen Steuertarif wie Kapitaleinkommen insgesamt. In Kombination mit der Vorbelastung mit Körperschaftsteuer auf Unternehmensebene ergibt sich bei entsprechender Abstimmung der Steuersätze eine kumulierte steuerliche Belastung der über den Verzinsungsfreibetrag hinausgehenden Ausschüttung, die derjenigen von progressiv besteuertem Erwerbseinkommen bei Anwendung des Spitzensteuersatzes entspricht.<sup>221</sup> Daher würde kein Anreiz zur Umwandlung von Erwerbseinkommen in Kapitaleinkommen gesetzt – etwa indem der Gesellschafter einer GmbH auf eine Vergütung für der Gesellschaft geleistete Dienste

---

219 SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 19, 84, 132. Siehe auch OECD (Fn. 32), S. 136.

220 Vgl. OECD (Fn. 32), S. 136 f.

221 SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 127.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

verzichtet.<sup>222</sup> Da der Körperschaftsteuersatz dem Steuersatz für Kapitaleinkommen im Rahmen der Einkommensteuer entspricht, gibt es auch keinen Anreiz, ertragsbringendes Privatvermögen in Kapitalgesellschaften zu verlagern.<sup>223</sup> Grundsätzlich müssten allerdings auch im System der dualen Einkommensteuer Vertragsbeziehungen zwischen Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern einer Angemessenheitskontrolle anhand des Fremdvergleichsgrundsatzes unterzogen werden.<sup>224</sup>

Für transparent besteuerte Personengesellschaften und für Einzelunternehmen sieht das für Deutschland entwickelte Modell der dualen Einkommensteuer eine Gewinnspaltung vor. Der Teil des Gewinns, der dem Produkt von Eigenkapital und kalkulatorischem Zinssatz entspricht, unterliegt dem ermäßigten Steuersatz für Kapitaleinkommen. Der darüber hinausgehende Gewinn wird sofort als Erwerbseinkommen progressiv besteuert. Darin liegt ein Nachteil gegenüber der Besteuerung der Anteilseigner von Kapitalgesellschaften, bei denen über den Verzinsungsfreibetrag hinausgehende Gewinne erst bei Ausschüttung besteuert werden. Dem steht der Vorteil der Verlustverrechnung zwischen unternehmerischer und außerunternehmerischer Sphäre bei Einzel- und Mitunternehmern gegenüber.<sup>225</sup> Vollständige Rechtsformneutralität würde durch die duale Einkommensteuer somit nicht gewährleistet.<sup>226</sup> Allerdings könnte dieses Problem dadurch gemildert werden, dass Einzelunternehmern und Personengesellschaften das Recht eingeräumt wird, zur Körperschaftsteuer zu optieren. Vor dem Hintergrund der *Argenta Spaarbank*-Entscheidung des EuGH bietet sich das Optionsmodell sogar als Alternative zur Gewinnspaltung an.<sup>227</sup> Denn auch nach dem Modell der dualen Einkommensteuer müssten Wirtschaftsgüter in Freistellungsbetriebsstätten bei der Ermittlung des niedrig zu steuernden Kapitaleinkommens ausgeklammert werden.<sup>228</sup> Würden Personenunternehmen, die von einer ermäßigten Besteuerung von Kapitaleinkommen profitieren wollen, schlicht auf das Besteuerungsregime für Kapitalgesell-

---

222 SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 174.

223 Lediglich die Verlagerung ertraglosen Vermögens müsste unterbunden werden, um eine künstliche Aufblähung der Verzinsungsbasis zu vermeiden, vgl. SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 191. Siehe auch *Schreiber/Finkenzeller/Rüggeberg*, DB 2004, 2767 (2768).

224 Siehe dazu im Einzelnen SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 169 ff.

225 SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 377 ff.

226 SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 40, 85 f.

227 Siehe dazu unter IV.3.

228 SVR/MPI/ZEW (Fn. 122), Rz. 264.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

schaften verwiesen, könnten die aufgrund von *Argenta Sparbank* drohenden Verwerfungen vermieden werden.

### 5. Abschaffung der Abgeltungsteuer

Schon vor der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise konnte sich der Gesetzgeber primär aus fiskalischen Gründen<sup>229</sup> nicht dazu durchringen, das für Deutschland entwickelte Modell einer dualen Einkommensteuer umzusetzen. Seither hat sich am politischen Primat der Haushaltskonsolidierung nichts geändert. Es ist daher sehr fraglich, ob eine Neuordnung der steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und –beschaffung zur Herstellung von Finanzierungsneutralität, die mit nennenswerten Steuerausfällen einhergeht, auf absehbare Zeit Aussicht auf Erfolg hat. Durch die duale Einkommensteuer würde die steuerliche Belastung von Kapitaleinkommen auf ein einheitliches niedriges Niveau herabgeschleust. Viel wahrscheinlicher ist derzeit, dass angesichts des nachlassenden Steuerwettbewerbs auf Investorenebene die Besteuerung von Kapitaleinkünften im Rahmen der Einkommensteuer wieder angehoben wird. Wie bereits erwähnt, mehren sich gerade die Anzeichen dafür, dass in der kommenden Legislaturperiode die Abgeltungsteuer in ihrer gegenwärtigen Form ernsthaft in Frage gestellt werden könnte.<sup>230</sup>

Dies wirft die Frage auf, was nach der Abgeltungsteuer kommt. Offensichtlich ist es keine Option, Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne von § 20 EStG insgesamt in der Spitze mit 45 % zu belasten. Denn dies hätte zur Folge, dass die wirtschaftliche Doppelbesteuerung derjenigen Kapitaleinkünfte, die auf Unternehmensebene mit Körperschaft- und Gewerbesteuer vorbelastet sind, eskalierte und gleichzeitig die Fremdfinanzierung weiter massiv gegenüber der Beteiligungsfinanzierung begünstigt würde. Das gleiche Ergebnis drohte, wenn die Abgeltungsteuer nicht abgeschafft, sondern substantiell angehoben würde. Die wirtschaftspolitische Vernunft gebietet es vielmehr, im Rahmen einer Neuordnung der Abgeltungsteuer die Körperschaftsteuer auf eine sinnvolle Weise in die Einkommensteuer zu integrieren. Da der internationale Steuerwettbewerb auch zukünftig keine substantielle Erhöhung der Steuerbelastung auf Unternehmensebene zulassen wird, wäre eine Anhebung der steuerlichen Belastung von Kapitaleinkommen auf Investorenebene unweigerlich mit einer steuerlichen Begünstigung der Selbstfinanzierung von Ka-

---

<sup>229</sup> BT-Drucks. 16/4841, S. 2. Vgl. auch *Rumpf*, *StuW* 2009, 333 (334).

<sup>230</sup> Siehe unter III.1.a.

---

#### Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

pitalgesellschaften und dem damit einhergehenden Gestaltungspotential verbunden. Es könnte also – selbst wenn man Unternehmens- und Investorenebene gemeinsam betrachtet – keine Finanzierungsneutralität hergestellt werden. Immerhin wäre es jedoch möglich, im Hinblick auf die Zuführung von frischem Kapital von außen Beteiligungs- und Fremdfinanzierung gleichzustellen. Hierfür liegen zwei Lösungsansätze nahe. Zum einen könnten die Abgeltungssteuersätze für steuerlich vorbelastetes und steuerlich nicht vorbelastetes Kapitaleinkommen gespreizt werden. Zum anderen könnte das Teileinkünfteverfahren auf private Kapitaleinkünfte erstreckt werden. Beide Lösungen haben für sich, dass sie das Rad nicht neu erfinden würden, sondern an etablierte Strukturen anknüpfen könnten. Gegen die Spreizung der Abgeltungssteuersätze und für eine Verallgemeinerung des Teileinkünfteverfahrens spricht, dass die Abschaffung der Abgeltungssteuer eine Rückkehr zur synthetischen Einkommensteuer ermöglichen würde. Der progressive Einkommensteuertarif würde wieder auf das gesamte Einkommen einer unbeschränkt steuerpflichtigen Person Anwendung finden. Die Verlustverrechnungsbeschränkung in § 20 Abs. 6 EStG könnte gestrichen werden. Gestaltungspotential an der Trennlinie zwischen progressiver und linearer Besteuerung würde wegfallen.<sup>231</sup> Schließlich wäre das Steuerrecht nach einer Abschaffung der Abgeltungssteuer und einer Verallgemeinerung des Teileinkünfteverfahrens offensichtlich weiterhin meilenweit vom Ideal der Rechtsformneutralität entfernt. Dieses altbekannte Problem könnte allerdings durch eine verbesserte Thesaurierungsbegünstigung oder eine Optionsrecht zur Körperschaftsteuer abgemildert werden.

#### **V. Förderung der Eigenfinanzierung für bestimmte Unternehmenstypen**

Abschließend soll kurz der Frage nachgegangen werden, ob für bestimmte Unternehmenstypen in Abkehr vom allgemeinen Desideratum der Finanzierungsneutralität eine gezielte steuerliche Förderung der Eigenfinanzierung sinnvoll wäre. Diskutiert wird dies insbesondere im Hinblick auf Kreditinstitute (1.), kleine und mittlere Unternehmen (KMU) (2.) und junge Unternehmen (3.).

---

<sup>231</sup> Siehe zu diesem Aspekt *Homburg*, DStR 2007, 686 (687).

## 1. Banken?

In der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise hat sich gezeigt, dass die Eigenkapitalpolster zahlreicher Kreditinstitute zu gering waren, um die durch die Krise ausgelösten Schocks zu absorbieren.<sup>232</sup> Dem Steuerrecht wird insofern vielfach zumindest eine krisenverschärfende Wirkung zugeschrieben.<sup>233</sup> Zum einen hat der allgemeine *debt bias* den Bankensektor möglicherweise indirekt geschwächt, weil er eine höhere Insolvenzanfälligkeit der Schuldner der Kreditinstitute bewirkte.<sup>234</sup> Diesem Problem lässt sich am besten dadurch begegnen, dass das Steuerrecht insgesamt möglichst finanzierungsneutral ausgestaltet wird. Zum anderen könnte jedoch auch die Besteuerung der Kreditinstitute selbst ihre Krisenanfälligkeit erhöht haben.<sup>235</sup> Dies setzt zunächst voraus, dass das Steuerrecht die Finanzierungsentscheidungen von Kreditinstituten überhaupt in nennenswerter Weise beeinflusst. Kreditinstitute unterliegen im Hinblick auf ihre Ausstattung mit haftendem, Verluste absorbierendem Kapital regulatorischen Vorgaben, die ihre Stabilität im Krisenfall gewährleisten sollen. Soweit diese Vorgaben reichen, entfalten steuerliche Anreize grundsätzlich keine Wirkung.<sup>236</sup> Allerdings verfügt ein beträchtlicher Teil der Kreditinstitute über mehr Eigenkapital, als ihnen vorgeschrieben ist. Insofern kann über das Steuerrecht auf die Finanzierungsstruktur von Kreditinstituten Einfluss genommen werden.<sup>237</sup> Es erscheint plausibel, dass Kreditinstitute auch in einer Welt ohne Steuern suboptimal hohe Fremdkapitalquoten wählen würden, weil sie ihre eigene Rolle für die Stabilität des gesamten Finanzsektors nicht ausreichend in Rechnung stellen oder auf eine implizite Staatsgarantie vertrauen.<sup>238</sup> Dies könnte dafür sprechen, steuerrechtliche Anreize für die Eigenfinanzierung von Kreditinstituten zu setzen. Allerdings wäre zumindest das Ertragsteuerrecht hierfür nicht gut geeignet, da die Sensiti-

232 Vgl. *Keen/De Mooij*, Debt, Taxes, and Banks, IMF Working Paper WP/12/48, 2012, S. 3; *Langedijk/Nicodème/Pagano/Rossi*, Debt Bias in Corporate Taxation and the Costs of Banking Crises in the EU, European Commission, Taxation Papers, Working Paper Nr. 50-2014, S. 2; *Devereux/Johannesen/Vella*, Can taxes tame the banks? Evidence from the European bank levies, Saïd Business School RP 2015-5, S. 2.

233 *De Mooij* (Fn. 104), S. 4 m.w.N.

234 Vgl. European Commission (Fn. 84), S. 45.

235 European Commission (Fn. 84), S. 51.

236 Vgl. *Keen/De Mooij* (Fn. 232), S. 4; *Langedijk/Nicodème/Pagano/Rossi* (Fn. 232), S. 3.

237 Vgl. *Keen/De Mooij* (Fn. 232), S. 16 ff.

238 *De Mooij* (Fn. 104), S. 13.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

vität von Finanzierungsentscheidungen gegenüber steuerlichen Anreizen und der Grad des Marktversagens im Hinblick auf die Aufnahme von zu viel Fremdkapital letztlich bankspezifisch sind. Laut einer aktuellen empirischen Untersuchung reagieren beispielsweise insbesondere Kreditinstitute mit ohnehin geringen Eigenkapitalreserven und besonders große Kreditinstitute kaum auf steuerliche Anreize.<sup>239</sup> Hinzu kommt, dass die Fremdkapitalquote von Banken negativ mit dem Risikoprofil ihrer Aktiva korreliert ist.<sup>240</sup> Dieser Effekt hat laut einer weiteren Untersuchung dazu geführt, dass die in zahlreichen europäischen Staaten eingeführten Bankenabgaben zwar zu einer niedrigeren Fremdkapitalquote, gleichzeitig aber auch zu riskanteren Investitionen durch Kreditinstitute geführt haben.<sup>241</sup> Durch eine solche Verlagerung des Risikos von der Passivseite der Bilanz auf die Aktivseite erhöht sich die Stabilität des Finanzsektors nicht. Vor diesem Hintergrund erscheint es zumindest auf der Grundlage des derzeitigen Erkenntnisstandes nicht als sinnvoll, zielgenaue regulatorische Vorgaben zur Kapitalausstattung von Kreditinstituten durch eine pauschale steuerliche Förderung der Eigenfinanzierung zu ergänzen.

## 2. Kleine und mittlere Unternehmen (KMU)?

Deutschen KMU<sup>242</sup> wurde in der Vergangenheit häufig eine unzureichende Ausstattung mit Eigenkapital attestiert.<sup>243</sup> Traditionell spielt der klassische Bankkredit eine große Rolle für die Finanzierung mittelständischer Unternehmen in Deutschland. Die Kapitalmarktorientierung und damit der Zugang zu externem Eigenkapital sind relativ schwach ausgeprägt.<sup>244</sup> Dies trug dazu bei, dass deutsche KMU im internationalen Vergleich niedrige Eigenkapitalquoten aufwiesen.<sup>245</sup> Der großen Abhängigkeit

---

239 Keen/De Mooij (Fn. 232), S. 21.

240 Siehe Keen/De Mooij (Fn. 232), S. 4 (19); Devereux/Johannesen/Vella (Fn. 232), S. 7 ff.

241 Devereux/Johannesen/Vella (Fn. 232), S. 4 ff., 23 f.

242 Definiert gemäß der Empfehlung der Kommission v. 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. L 124 v. 20.5.2003.

243 Siehe beispielsweise Fuest/Mitschke, Gutachten zur Einführung einer Ertragsteuerbegünstigung der Eigenkapitalbildung mittelständischer Unternehmen, 2007, S. 11.

244 Vgl. von Boehm-Bezing in Kolbek/Wimmer (Hrsg.), Finanzierung für den Mittelstand, 2002, S. 155 (157 ff.).

245 Fuest/Mitschke (Fn. 243), S. 11 f.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

deutscher KMU von Bankkrediten wurde im Zuge der Einführung von Basel II besondere Aufmerksamkeit zuteil. Infolge von Basel II wurde die von einem Kreditinstitut zu gewährleistende Eigenkapitalunterlegung von ausgereichten Unternehmenskrediten nicht mehr pauschal, sondern in Abhängigkeit vom Ausfallrisiko des Schuldners ermittelt. Dies führte zu der Befürchtung, dass sich aufgrund ihrer hohen Fremdkapitalquoten der Zugang deutscher KMU zu frischem Kapital verschlechtern könnte.<sup>246</sup> Aber auch ganz allgemein wurde der hohe Fremdkapitalanteil deutscher KMU für ihre große Insolvenzanfälligkeit und sogar pauschal für die „besorgniserregende Investitions-, Wachstums-, und Beschäftigungsschwäche der deutschen Volkswirtschaft“ mitverantwortlich gemacht.<sup>247</sup> Um diesem Zustand abzuhelpfen, wurden auch steuerliche Subventionen erwogen. So kam beispielsweise 2006 ein im Auftrag des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit des Saarlandes erstelltes Gutachten zu dem Ergebnis, dass die Eigenfinanzierung des deutschen Mittelstandes durch eine steuerfreie Rücklage gefördert werden sollte.<sup>248</sup> Begünstigt werden sollten alle Unternehmen mit einem Umsatz von weniger als 50 Mio. Euro und einer Bilanzsumme von unter 43 Mio. Euro. Daran ist problematisch, dass pauschal der gesamte so definierte Mittelstand als förderwürdig angesehen würde. Deutsche KMU sind jedoch äußerst heterogen. Vielen Unternehmen geht es wirtschaftlich hervorragend. Sie bedürfen daher keiner pauschalen steuerlichen Förderung, um ihre Eigenkapitalquote im Bedarfsfall zu erhöhen – etwa durch eine Anpassung des Ausschüttungs- bzw. Entnahmeverhaltens. Die Entwicklung der durchschnittlichen Eigenkapitalquote im deutschen Mittelstand in den vergangenen zehn Jahren spricht insofern eine deutliche Sprache. Diese stieg von 22,5 % im Jahr 2005 auf 29,7 % im Jahr 2014.<sup>249</sup> Damit ist im Durchschnitt fast der Wert von 30 % erreicht, ab dem die KfW von einer „hohen“ Eigenkapitalausstattung spricht.<sup>250</sup> Dessen ungeachtet kann es in bestimmten Sektoren, in bestimmten Regionen oder größenabhängig durchaus Sinn ergeben, die Kapitalausstattung von KMU mit Steuergeldern zu fördern. Allerdings sind insofern zielgerichtete Eigenkapital-

---

246 von Boehm-Bezing in Kolbek/Wimmer (Hrsg.) (Fn. 244), S. 162 f.

247 Fuest/Mitschke (Fn. 243), S. 11.

248 Fuest/Mitschke (Fn. 243), S. 19 ff.

249 Vgl. KfW Research, KfW-Mittelstandspanel 2011, S. 37; KfW Research, KfW-Mittelstandspanel 2015, Tabellenband, 2015, S. 15. Die KfW Mittelstandsdefinition schließt auch Kleinstunternehmen mit weniger als 10 Beschäftigten ein.

250 KfW Research, KfW-Mittelstandspanel 2015, Tabellenband, 2015, S. 15.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

hilfen – etwa durch die KfW – einer pauschalen steuerlichen Förderung vorzuziehen, die unweigerlich mit erheblichen Mitnahmeeffekten verbunden wäre.

### 3. Junge Unternehmen?

Junge Unternehmen weisen die Besonderheit auf, dass sie stärker als andere Unternehmen auf die Beteiligungsfinanzierung durch Wagniskapitalgeber angewiesen sind. Denn die Eigenmittel der Gründer sind häufig beschränkt; die Fremdfinanzierung scheitert an unzureichenden Sicherheiten und der fehlenden Kredithistorie und die Selbstfinanzierung an fehlenden Gewinnen in der Gründungsphase.<sup>251</sup> Die derzeitige steuerliche Diskriminierung der Beteiligungsfinanzierung trifft junge Unternehmen daher besonders hart.<sup>252</sup> Dass dieser Zustand durch die Herstellung von möglichst weitgehender Finanzierungsneutralität beendet werden sollte, liegt auf der Hand. Zudem sollten steuerliche Vorschriften, die die Bereitstellung von Wagniskapital behindern, abgebaut werden. Zu nennen ist insofern beispielsweise der Untergang von Verlustvorträgen beim Einstieg und Ausstieg von Wagniskapitalgebern nach § 8c KStG.<sup>253</sup> Negativ auf die Bereitstellung von Wagniskapital hätte sich auch die im Zuge der Reform der Investmentbesteuerung diskutierte Steuerpflicht von Veräußerungsgewinnen bei Portfoliobeteiligungen ausgewirkt, weshalb der Verzicht auf diese Maßnahme zu begrüßen ist.<sup>254</sup> Ferner würden speziell junge innovationsorientierte Unternehmen in besonderem Maße von einer steuerlichen Innovationsförderung profitieren, da sie noch stärker von der oben beschriebenen Finanzierungsbeschränkung betroffen sind als junge Unternehmen im Allgemeinen. Denn anders als Investitionen in Sachkapital sind Investitionen in Forschung und Entwicklung als Kreditsicherheit ungeeignet. Eine solche Förderung wäre wirtschaftspolitisch besonders sinnvoll, da Innovationen positive Exter-

---

251 Vgl. Deutsche Akademie der Technikwissenschaften, Dossier Finanzierung innovativer Unternehmensgründungen, 2011, S. 19 f. sowie den Beitrag von *Schnitzer* in diesem Band, unter II.1.

252 SVR (Fn. 30), Rz. 398.

253 Vgl. Deutsche Akademie der Technikwissenschaften (Fn. 251), S. 36 f.; Expertenkommission Innovationsfinanzierung (EFI), Gutachten 2015, S. 34.

254 Vgl. EFI (Fn. 254), S. 34. Die noch im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung des BMF v. 21.7.2015 vorgesehene Änderung des § 8b Abs. 4 KStG ist im Referentenentwurf v. 18.12.2015 nicht mehr enthalten.

---

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

---

nalitäten für die Gesamtwirtschaft erzeugen.<sup>255</sup> Eine pauschale steuerliche Förderung der Beteiligungsfinanzierung für jedes junge Unternehmen durch jeden Kapitalgeber erscheint hingegen mangels Zielgenauigkeit nicht als sinnvoll.

## VI. Fazit

Die steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung in Deutschland lassen sich nicht auf ein klares steuerpolitisches Gesamtkonzept zurückführen. Der internationale Steuerwettbewerb um mobiles Kapital erzwingt niedrige Steuersätze auf Unternehmensebene. Aufgrund des nachlassenden Wettbewerbsdrucks auf Investorenebene ist es jedoch (derzeit) nicht (mehr) zwingend, Kapitaleinkommen generell steuerlich niedriger zu belasten als Erwerbseinkommen. Ob es wirtschaftspolitisch sinnvoll wäre, Kapitaleinkommen in der Höhe der marktüblichen Rendite einer risikolosen Kapitalanlage steuerlich generell zu verschonen, ist unklar. In der finanzwissenschaftlichen Forschung deutet sich in dieser Frage möglicherweise ein Paradigmenwechsel an. Die Begünstigung der Fremdfinanzierung durch die Ausgestaltung der Abgeltungsteuer ist insbesondere vor dem Hintergrund der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise steuerpolitisch nicht mehr zu rechtfertigen. Umgekehrt empfiehlt sich jedoch auch keine pauschale Verzerrung der Finanzierungsentscheidung von Unternehmen zugunsten der Eigenfinanzierung. Es sollte vielmehr Finanzierungsneutralität angestrebt werden. Aufgrund des internationalen Steuerwettbewerbs auf Unternehmensebene kann die steuerliche Belastung von Selbstfinanzierung, Beteiligungsfinanzierung und Fremdfinanzierung nur durch eine allgemeine Absenkung der steuerlichen Belastung von Kapitaleinkommen angeglichen werden. Hierfür wäre eine duale Einkommensteuer einer *allowance for corporate equity* (ACE) jedenfalls dann vorzuziehen, wenn an einer Besteuerung der marktüblichen Rendite einer risikolosen Kapitalanlage festgehalten werden soll. Das ACE-Konzept wird zwar im finanzwissenschaftlichen Schrifttum wegen seiner Effizienzeigenschaften favorisiert, wäre jedoch nur schwer in die Einkommensteuer integrierbar und eröffnete insbesondere multinationalen Unternehmen erhebliches Gestaltungspotential. Wesentlich wahrscheinlicher als eine grundlegende Neuordnung der steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung ist mittelfristig, dass der nachlassende Steuer-

---

<sup>255</sup> Vgl. den Beitrag von *Schnitzer* in diesem Band, unter II.1, S. 56.

Röder – Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung

wettbewerb auf Investorenebene lediglich zu einer Anhebung der Einkommensteuerbelastung von Kapitaleinkommen führt. In diesem Fall sollte zumindest die derzeitige Begünstigung der Fremdfinanzierung durch eine angemessene Berücksichtigung der Vorbelastung von Gewinnausschüttungen mit Körperschaftsteuer abgebaut werden. Eine steuerliche Förderung der Eigenfinanzierung speziell von Banken, KMU oder jungen Unternehmen wäre mangels Regelungsbedarfs bzw. mangels Zielgenauigkeit steuerlicher Maßnahmen nicht sinnvoll.

## Diskussion

### zu den Referaten von Prof. Dr. *Thomas Rödder* und Dr. *Erik Röder*

Dr. *Christian Dorenkamp*, Köln

Ich hätte eine Anmerkung zu dem Referat von Herrn *Röder*. Zwar habe ich grundsätzlich eine sehr große Sympathie für die zinsbereinigte Einkommen- und Körperschaftsteuer, weil sie sich ja im Prinzip von der nachgelagerten bzw. Cash Flow-Besteuerung ableitet, die eigentlich auch das Risikoprobem von Herrn Prof. *Rödder* sachgerecht adressiert, wird hier doch auf tatsächliche Zahlungsflüsse abgestellt. Allerdings haben mich die Finanzkrise oder besser: die Zinssätze, die wir im Rahmen der Finanzkrise gesehen haben, etwas zweifeln lassen, ob diese Ausgestaltung der konsumorientierten Einkommensbesteuerung wirklich so wirkungsvoll ist. So ist das, was letztlich steuerfrei gestellt werden darf, ja nur die risikofreie Verzinsung, die doch zur Zeit faktisch Null ist. Vor diesem Hintergrund drängt sich mir der Eindruck auf, dass es so etwas wie eine risikofreie Verzinsung kaum gibt und dass Belgien vielleicht doch einfach nur irgendeine Begründung für eine steuerliche Förderung gesucht hat, die sich letztlich nicht systematisch rechtfertigen lässt. Vor diesem Hintergrund würde mich Ihre Meinung interessieren, ob Sie wirklich meinen, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung gefördert werden soll, oder das entsprechende Aufkommensbudget nicht vorzugsweise auf andere Aspekte, z.B. eine sachgerechte steuerliche Verlustverrechnung, zu fokussieren wäre, die vielleicht einen größeren Effekt haben.

Prof. *Rüdiger von Groll*, München

Ich melde mich noch einmal zu Wort. Sämtliche Referate und auch Redebeiträge haben auf unterschiedliche Weise in mir das Gefühl und den Eindruck verstärkt, die Erkenntnis, der Steuergesetzgeber sollte sich auf dem Gebiet der Einflussnahme auf das wirtschaftliche Geschehen weiser Zurückhaltung bedienen und befeißigen und das nicht nur, um die unliebsame und verhängnisvolle Rolle des Zauberlehrlings den Betroffenen zu ersparen, sondern um für Steuervereinfachung und Steuergerechtigkeit zu sorgen. Ein markantes Beispiel für mich ist die Regelung der Verlustkompensation. Es ist ein Gebot der Steuergerechtigkeit, positive wie negative Erwerbsergebnisse gleich zu behandeln. Das hat der Steuergesetzgeber in letzter Zeit ständig vernachlässigt oder über den Haufen geworfen und wenn Sie sich die amtlichen Begründungen zu den per-

---

Diskussion – zu den Referaten von Rödder und Röder

---

manenten Änderungen von § 10d EStG anschauen, dann hat die Steuergerechtigkeit da nichts verloren und das ist ein markantes Beispiel. Das müsste in anderen Fällen auch berücksichtigt werden. Das müsste dringend geändert werden.

Prof. Dr. *Heribert M. Anzinger*, Ulm

Herr *Röder*, Sie haben uns in einem – wie ich finde – sehr ausgewogenen Beitrag das Spektrum der internationalen Diskussion der Kapitaleinkommensbesteuerung vor Augen geführt. Sie haben uns auch die Reformoptionen aufgezeigt. Viele der Argumente, die für die Duale Einkommensteuer angeführt werden, beruhen auf einer Prämisse der Finanzwissenschaft, nach der eine zinsbereinigte Steuer oder die Freistellung von Kapitaleinkommen zur Entscheidungsneutralität des Steuersystem beiträgt und mit dieser Entscheidungsneutralität die Wohlfahrt fördert. Auf dieser Prämisse beruht schließlich die in den Steuerwissenschaften verbreitete Präferenz für konsumorientierte Steuersysteme. Jetzt ist mein Eindruck, dass diese Prämisse nicht mehr ganz unumstritten ist. Sie haben den 2011 veröffentlichten britischen Mirrlees Review zitiert. In den USA sieht man seit *Piketty's, Das Kapital im 21. Jahrhundert*, ohne inhaltliche Verbindung, eine neuere Debatte über den bisherigen „Pro-Consumption Tax Consensus“. Es wird dort wieder leidenschaftlich darüber gestritten, ob eine neutrale Unternehmensbesteuerung hergestellt werden könnte, indem Kapitaleinkommen abgespalten und freigestellt oder ermäßig besteuert würde. Auch wenn man in deutsche Lehrbücher blickt, etwa in die jüngste Auflage der Allgemeinen Steuerlehre von *Stefan Homburg*, scheint ein rein konsumorientiertes Zielsystem nicht mehr unumstritten zu sein. Nach dem Vortrag von Herrn *Nussbaum* habe ich mich gefragt, ob man nicht die neueren Erkenntnisse der Verhaltensökonomik viel stärker in den Blick nehmen und sich in den Steuerwissenschaften vom Verhaltensmodell des Homo oeconomicus, dem Resourceful-Evaluative-Maximizing-Model, verabschieden muss. Könnte das eine Neubewertung der Reformoptionen erfordern?

Prof. Dr. *Gerhard Kraft*, Halle

Ich habe eine ganz kurze Anmerkung zu Herrn *Röder* und eine kleine Ergänzung zu Herrn *Rödder*. Herr *Röder*, wir hatten schon mal ein finanzierungsneutrales Steuersystem in Deutschland im vorigen Jahrhundert. Die steuerlich in den 90er-Jahren sozialisierten Experten hier im Raum haben sicher das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren

---

Diskussion – zu den Referaten von Rödder und Röder

---

noch im Gedächtnis. Dieses ist an unionsrechtlichen Vorgaben gescheitert und meine Prognose lautet, so lange wir nahezu weltweit Differenzierungen zwischen unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht haben, sind die von Finanzwissenschaftlern im Elfenbeinturm entworfenen Konzepte nicht umsetzbar. Ich kenne nur wenige Finanzwissenschaftler, die beispielsweise mit dem Phänomen „Sonderbetriebsvermögen über die Grenze“ allzu viel anfangen können. Die von der Finanzwissenschaft entworfenen Konzepte sind fraglos theoretisch elegant. Häufig sind sie leider nicht auf dem Boden realer Gegebenheiten verankert. Ich warne deshalb davor, solchen Überlegungen außerhalb des universitären Hörsaales allzu große Bedeutung beizumessen. Sicherlich stellen finanzwissenschaftliche Neutralitätspostulate taugliche Referenzpunkte steuersystematischer Überlegungen dar, in der internationalen steuerlichen Umsetzungspraxis sind sie nach meiner Kenntnis bisher nicht von großem Erfolg gekrönt.

Die Ergänzung zu Herrn *Rödder*, Sie haben das wunderbar analysiert, konzentrierten sich dabei – soweit ich mich erinnere – auf den nationalen Fall. Das wird noch exponiert, wenn wir die internationale Dimension in den Blick nehmen. Nehmen wir beispielsweise das Risiko einer gescheiterten Betriebsstättengründung in einem DBA-Staat. Da sagt uns der I. Senat des Bundesfinanzhofs, die Kosten, die können nirgends zum Abzug gebracht werden. Die sind vor Ort verloren und im Inland lassen wir sie nicht zum Abzug zu. Zweites Beispiel: die Organschaft. Wenn man das Phänomen der Organschaft mal grenzüberschreitend beleuchtet, erkennt man sehr schnell die Risikoposition des Steuerpflichtigen.

Prof. Dr. Dr. h.c. *Wolfgang Schön*, München

Ich habe eine Frage an Herrn *Rödder* und vielleicht auch noch die Formulierung eines gemeinsamen Anliegens. Ich bin außerordentlich froh, dass Sie die Zusammenhänge in der Gesamtschau dargestellt haben, an wie vielen Stellen der Gesetzgeber versagt, wenn es darum geht, die Risikowahrnehmung steuerlich abzufedern. Dass man das dann irgendwann in einem rotgoldenen Band nachlesen kann und sich darauf berufen kann, ist sehr, sehr wertvoll. Aber mein Eindruck ist immer der: die Politik lebt in einer Wahrnehmungswelt, in der Unternehmen nur Gewinne machen und Verluste nur gestalten. Es gibt auch immer wieder Unternehmen und Berater, die augenzwinkernd gerne diesen Eindruck vermitteln, aber das ist natürlich nicht die Gesamtheit einer Volkswirtschaft. Die Gesamtheit ist ganz stark risikoorientiert. Was kann

---

Diskussion – zu den Referaten von Rödder und Röder

---

man eigentlich tun, um der Politik – und das geht zum Teil auch in die Verwaltung ein – diesen Blick auf die Realitäten unternehmerischen Entscheidens zu vermitteln? Denn das findet nie statt. Sie haben die Unternehmenssteuerreform 2008 angesprochen: die Zinsschranke, man kann auch die ganze Story zu den Sanierungssituationen behandeln: Abschaffung des § 3 Nr. 66 EStG, Abschaffung der Drohverlustrückstellung, keine vernünftigen Verlustrückträge und so weiter und so fort. Also das ist doch im Grunde schon eine pädagogische Frage, wie man einfach mal die Symmetrie zwischen Gewinnen und Verlusten vermitteln könnte.

Prof. Dr. *Wolfram Reiß*, Nürnberg

Ich habe eine etwas naive Frage, weil ich von der Finanzwissenschaft so gar nichts verstehe und die geht eigentlich an beide. Wenn ich Herrn *Rödder* richtig verstanden habe, dann hat er bei der Verlustberücksichtigung sozusagen dafür plädiert, dass diese Einschränkungen, Verlustvortrag, Begrenzung usw. nicht richtig sind. Dem wird bei § 10d EStG – nicht ausreichend Rechnung getragen. Ich hatte nicht den Eindruck, dass bei Herrn *Rödder* die Differenzierung zwischen Eigenkapitalfinanzierung, Fremdkapitalfinanzierung solch eine große Rolle spielt. Bei Herrn *Röder* – und das ist das naive bei mir – interessieren geringe Finanzierungsneutralitäten. Wir denken da an an Finanzierungsneutralität bezüglich Eigenkapitalfinanzierung und Fremdkapitalfinanzierung. Wie ist es eigentlich mit der Einbeziehung von Arbeitnehmerinkünften? Ist das Konzept der Finanzierungsneutralität nicht wirklich begrenzt auf unternehmerische Einkünfte? Unter Einbeziehung der Belastung von Einkommen durch die Umsatzsteuer als die Einkommensverwendung und den Verbrauch belastende Steuer, wie wie ist das dann mit der Neutralität von Einkünften?

Prof. Dr. *Klaus-Dieter Drüen*, Düsseldorf

Anknüpfend an Herrn *Röder* zur Funktion des Parlaments und der Politik und der des Bundesverfassungsgerichts möchte ich eine materielle Interdependenz ansprechen: Die Verfassungsfrage der Verlustkompensation und der überperiodischen Verlustberücksichtigung ist auch im Verhältnis zu den geltenden Gewinnermittlungsregeln zu sehen. Das einzige Judikat des Bundesverfassungsgerichts erging noch zu einem anderen System, bei dem Gewinne und Verluste noch weitgehend symmetrisch behandelt wurden. Das ist aber aufgrund zahlreicher Einzelregelungen bei der Gewinnermittlung und der Verlustbegrenzung nicht mehr so. Wir

---

Diskussion – zu den Referaten von Rödder und Röder

---

bilden – wie Herr *Rödder* deutlich aufgezeigt hat – die Risiken bei der Ergebnisberechnung nicht mehr hinreichend ab, so dass der Verfassungsmaßstab aus meiner Sicht für das veränderte Recht auch ein anderer ist. Das Verfassungsgericht hätte bei der Mindestbesteuerung die Gelegenheit auch nochmal die These zu überprüfen, ob es wirklich für die Steuer nur darauf ankommt, dass Aufwand irgendwann abgezogen wird oder ob es nicht doch auf richtige Periodenzuordnung ankommt, aus der die steuerliche Belastung erwächst.

Prof. Dr. *Thomas Rödder*, Bonn

Es waren in der Tat ja teilweise mehr Appelle, die ich vorgetragen habe. Und es ist in der Tat so, dass man, wie Herr *Kraft* zutreffend gesagt hat, auch grenzüberschreitend noch viele Beispiele für die unzureichende steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken bringen kann. Herr *Schön*, ich unterstütze, was Sie gesagt haben. Auch denjenigen, die nicht jeden Tag in den Unternehmen mit diesen Themen zu tun haben, möchte ich als Praktiker deutlich machen, dass eine Denke „die guten ins Töpfchen und die schlechten ins Kröpfchen“ nicht angemessen ist. Das Eingehen und Tragen wirtschaftlicher Risiken als eine Quelle unseres Wohlstands darf steuerlich nicht benachteiligt werden. Auch teile ich Ihre Sorge, Herr *Schön*, dass vielfach Unternehmertum mit Gewinnen gleichgesetzt wird und die andere Seite ignoriert wird. Der Prüfstein wird jetzt für mich das Verfassungsgericht sein. Die Mindestbesteuerung ist ja nicht nur ein Periodisierungsthema, sondern sie ist ein Thema definitiver Besteuerung, wenn es zu Ende ist mit dem Unternehmen, wenn die Verlustverrechnungsmöglichkeiten zu Ende sind.

Dr. *Erik Röder*, München

Zunächst zur Frage von Herrn *Dorenkamp*: In der Tat ist die Bestimmung des richtigen Zinssatzes ein zentrales Problem der *allowance for corporate equity*. Dies hat sich gerade in Belgien gezeigt. In Belgien wählte man als Annäherung an den risikofreien Zinssatz die Rendite langfristiger belgischer Staatsanleihen. In der Finanzkrise hat sich dann herausgestellt, dass diese offenbar doch nicht ganz so risikolos waren. Dementsprechend musste man die Koppelung aussetzen und den Zinssatz einfach festlegen. In Italien, wo gegenwärtig ebenfalls ein modifiziertes Modell einer *allowance for corporate equity* umgesetzt ist, hat man den Zinssatz von vornherein gesetzlich festgelegt. Es ist ganz klar, dass es zu Effizienzverlusten führt, wenn man den Zinssatz für die fikti-

---

Diskussion – zu den Referaten von Rödder und Röder

---

ve Eigenkapitalverzinsung „Pi mal Daumen“ festlegt. Mir ist Ihr Ansatz sehr sympathisch, alternativ an einem traditionellen Steuersystem festzuhalten und dieses konkurrenzfähig auszugestalten. Mein Ausgangspunkt war allerdings die Frage, wie Finanzierungsneutralität hergestellt werden kann. Insofern lautet meine These, dass Finanzierungsneutralität nur erreicht werden kann, wenn man Kapitaleinkommen insgesamt auf dem niedrigen Niveau besteuert, das der internationale Steuerwettbewerb auf Unternehmensebene erzwingt. Ich persönlich plädiere insofern auch nicht für eine *allowance for corporate equity*. Wenn man Finanzierungsneutralität durch eine allgemeine Absenkung des Besteuerungsniveaus für Kapitaleinkommen herstellen will, dann sollte man das meiner Auffassung nach durch die duale Einkommensteuer tun. Dann ist der fiktive Zinssatz nur maßgeblich für die Abgrenzung von niedriger und höher besteuertem Einkommen, und nicht für die Grenzziehung zwischen Besteuerung und vollständiger Steuerfreiheit. Damit komme ich auch gleich zur Frage von Herrn Reiß: Es geht natürlich nicht darum, neue Verzerrungen zu schaffen. Vielmehr werden bei der dualen Einkommensteuer, aber auch bei der *allowance for corporate equity*, über den fiktiven Eigenkapitalzinssatz das hoch besteuerte Erwerbseinkommen und das nicht bzw. niedriger besteuerte Kapitaleinkommen gerade sauber abgegrenzt. Wenn es nicht möglich wäre, diese Abgrenzung realitätsgerecht vorzunehmen, dann sollte man eine solche Reform nicht in Erwägung ziehen. Ganz kurz zu Herrn von Groll: Sie rennen da bei mir offene Türen ein. Ich habe mich zum Thema Verlustvortrag ja bereits schriftlich geäußert und ich kann Ihnen insofern nur zustimmen. Herr Anzinger, das ist ein wichtiger Punkt, über den ich auch viel nachgedacht habe. Sie haben zu Recht die Frage aufgeworfen, ob es in der Finanzwissenschaft überhaupt noch *de lege artis* ist, eine Zinsbereinigung oder eine Konsumbesteuerung zu fordern. Daniel Shaviro hat beispielsweise bereits 2007 einen Aufsatz veröffentlicht mit dem Titel „Beyond the Pro-Consumption Tax Consensus“. Es gibt in der Tat einzelne Strömungen in der Finanzwissenschaft, die schon wieder an diesem Dogma rütteln. Aber diese Stimmen sind momentan noch in der Minderheit. Die Vorstellung, dass eine Zinsbereinigung optimal ist, erscheint mir in der Finanzwissenschaft derzeit immer noch dem zu entsprechen, was wir Juristen herrschende Meinung nennen würden. Ich wäre allerdings insofern in der Tat vorsichtig. Ich hätte große Bedenken, auf der Grundlage des derzeitigen Standes der finanzwissenschaftlichen Forschung Kapitaleinkommen komplett steuerfrei zu stellen. Als Jurist muss man immer alle Aspekte einer gesetzlichen Regelung bedenken.

---

Diskussion – zu den Referaten von Rödder und Röder

---

Bei der Ausgestaltung des Steuersystems spielt beispielsweise auch die Akzeptanz in der Bevölkerung eine große Rolle. Dann komme ich zu Herrn *Kraft*. Sie hatten angedeutet, dass man viele der finanzwissenschaftlichen Modelle besser im universitären Hörsaal einsperren sollte. In der Tat gibt es Konzepte, die vollkommen realitätsfremd sind. Ich habe mich hier schon auf die realitätsnahen Modelle zur Herstellung von Finanzierungsneutralität konzentriert, die zum Teil auch schon tatsächlich umgesetzt wurden. Nicht gesprochen habe ich beispielsweise über Cashflow-Steuern oder sonstige Ideen, die noch schwieriger zu realisieren wären. Ich glaube, dass zumindest die duale Einkommensteuer, die es ja in skandinavischen Ländern bereits gibt, eine realistische Chance hätte, umgesetzt zu werden. Zum Thema Anrechnungsverfahren: In der Tat, damit hatten wir für den nationalen Fall ein weitgehend finanzierungsneutrales System. Allerdings könnten wir die hierfür erforderlichen hohen Thesaurierungssteuersätze auch unabhängig von unionsrechtlichen Aspekten aufgrund des internationalen Steuerwettbewerbs nicht mehr durchhalten. Damit habe ich jetzt hoffentlich alle Fragen beantwortet.



## Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

*Dr. Reimar Pinkernell*

Rechtsanwalt, Steuerberater, Bonn

- |   |  |
|---|--|
| <p><b>I. Einführung</b></p> <p><b>II. Ertragsteuerliche Rahmenbedingungen von FuE</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Zivilrechtliche Grundlagen von FuE</li> <li>2. Zurechnung von Wirtschaftsgütern und Einkünften aus FuE             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Eigenforschung und -entwicklung</li> <li>b) Auftrags-FuE</li> <li>c) Auftrags-FuE im Konzern</li> <li>d) Gemeinsame FuE-Aktivitäten und Konzern-Umlageverträge</li> <li>e) Zwischenergebnis</li> </ol> </li> <li>3. Betriebsausgabenabzug für FuE-Aufwendungen             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Sofortabzug von FuE-Aufwendungen</li> <li>b) Selbst hergestellte immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens</li> <li>c) Verlustabzugsbeschränkungen</li> <li>d) Zinsschranke und gewerbesteuerliche Hinzurechnung</li> <li>e) Zwischenergebnis</li> </ol> </li> <li>4. Besteuerung internationaler FuE-Aktivitäten und BEPS-Aktionsplan             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Besteuerung von Entstrickung und Funktionsverlagerung                 <ol style="list-style-type: none"> <li>aa) Überführung von FuE-Ergebnissen in das Ausland</li> </ol> </li> </ol> </li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>bb) Verlegung der FuE-Funktion in das Ausland</li> <li>b) Hinzurechnungsbesteuerung</li> <li>c) Steuerabzug bei Lizenzgebühren             <ol style="list-style-type: none"> <li>aa) Steuerabzug gem. § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG</li> <li>bb) Anrechnung bzw. Abzug ausländischer Quellensteuern</li> </ol> </li> <li>d) BEPS-Aktionsplan             <ol style="list-style-type: none"> <li>aa) VP-Dokumentation und Country-by-Country Reporting</li> <li>bb) Zurechnung von FuE-Aktivitäten und immateriellen Wirtschaftsgütern</li> <li>cc) Hinzurechnungsbesteuerung</li> <li>dd) Eindämmung schädlicher Vorzugsbesteuerung</li> <li>ee) Vorschläge zur Besteuerung von Lizenzgebühren</li> </ol> </li> <li>e) Zwischenergebnis</li> </ol> <p><b>III. Instrumente zur steuerlichen Förderung von FuE</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Internationaler Überblick</li> <li>2. Steuerliche Förderung von FuE in Deutschland</li> </ol> <p><b>IV. Zusammenfassung und Fazit</b></p> |
|---|--|

## I. Einführung

Politik, Wirtschaft und Wissenschaft sind sich einig, dass die fortlaufende technische Innovation eine wesentliche Grundlage für Wachstum und Wohlstand bildet.<sup>1</sup> Daher sollte die Lissabon-Strategie bereits ab dem Jahr 2000 dafür sorgen, dass die EU-Mitgliedstaaten den Herausforderungen der Globalisierung und der Wissensgesellschaft gewachsen sind. Das ambitionierte Ziel bestand darin, die EU bis zum Jahr 2010 zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt“ zu machen.<sup>2</sup> Dabei wurde auch dem Steuerrecht eine eigene Rolle zugeordnet, denn steuerpolitische Instrumente können das Umfeld für private Forschungsinvestitionen, FuE-Partnerschaften und spitzentechnologieorientierte Neugründungen deutlich verbessern. In der Folgezeit haben denn auch etliche EU-Mitgliedstaaten verschiedene Förderinstrumente geschaffen, zu denen insbesondere die nicht unumstrittenen Patent- und IP-Boxen gehören.<sup>3</sup> Diese Output-orientierten Vorzugsregeln<sup>4</sup> bezwecken nicht nur die Förderung von FuE, sondern eignen sich auch als schlagkräftige Waffe im internationalen Steuerwettbewerb und erhöhen damit die Gefahr eines schädlichen Unterbietungswettlaufs innerhalb der EU.<sup>5</sup>

Vor dem Hintergrund des zunehmenden Steuerwettbewerbs ist es überraschend, dass sich Deutschland bislang bei der direkten steuerlichen Förderung von FuE zurückgehalten hat. Allerdings hat die Absenkung der Körperschaftsteuer auf 15 % bereits eine breite Entlastung der Unternehmen bewirkt und zur steuerlichen Wettbewerbsfähigkeit des Stand-

1 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 16.12.2013, Abschnitt 1.1.; *Malke/Schlie/Spengel* in IFA, Tax Incentives on Research and Development, cahiers de droit fiscal Vol. 100A (2015), 319 (321).

2 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 23. und 24.3.2000, [http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_de.htm).

3 S. dazu *Alstadsaeter/Barrios/Nicodeme/Skonieczna/Vezzani*, Patent Boxes Design, Patents Location and Local R&D, Taxation Papers Working Paper Nr. 57/2015, 2015, 7 ff.

4 Die Input-basierte Förderung knüpft an die FuE-Aufwendungen des Steuerpflichtigen an (z.B. Sonderabschreibungen, Steuergutschriften), während die Output-basierte Förderung den Erfolg der FuE-Tätigkeit steuerlich begünstigt (z.B. ermäßigte Besteuerung der Einkünfte aus der Verwertung der FuE-Ergebnisse).

5 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen v. 25.4.2014, BT-Drucks. 18/1238, 3.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

orts Deutschland beigetragen.<sup>6</sup> Zudem hat sich die deutsche Wirtschaft nach der Finanzkrise von 2008/2009 vergleichsweise gut erholt, so dass bei den meisten Unternehmen grundsätzlich auch ausreichend Kapital für FuE-Aktivitäten vorhanden sein dürfte. Dazu kommen öffentliche Zuschüsse in Höhe von zuletzt 23,5 Mrd. Euro pro Jahr (2011), die der direkten Förderung von FuE dienen;<sup>7</sup> das Drei-Prozent-Ziel ist schon fast erreicht.<sup>8</sup> Gleichwohl lohnt es sich, eine Bestandsaufnahme der steuerlichen Rahmenbedingungen für FuE vorzunehmen und auch noch einen Blick auf die potenziellen steuerlichen Förderinstrumente zu werfen. Dabei ist es sinnvoll, die Untersuchung auf das Ertragsteuerrecht und die gewerblichen FuE-Aktivitäten von Unternehmen zu beschränken. Zwar findet FuE auch im Hochschulbereich statt. Hierbei handelt es sich aber größtenteils um Aktivitäten, die als hoheitliche Tätigkeit nicht von der Körperschaftsteuer erfasst werden (z.B. eigene Grundlagenforschung) oder aber als Auftragsforschung gem. § 5 Nr. 23 KStG steuerbefreit sind. Überschreitet die Hochschule diese Grenzen, entsteht ein steuerpflichtiger Betrieb gewerblicher Art, der insoweit den allgemeinen ertragsteuerlichen Regeln unterliegt (§§ 1 Abs. 1 Nr. 6, 4 Abs. 1 KStG). Die Umsatzsteuer spielt bei Forschungsbetrieben<sup>9</sup> und der Zusammenarbeit von Hochschulen und privaten Auftraggebern eine große Rolle, sollte aber im Unternehmensbereich grundsätzlich neutral und daher für Investitionsentscheidungen irrelevant sein (Ausnahme: Unternehmen mit beschränktem Vorsteuerabzug). Aus diesem Grund gibt es auch keine steuerpolitische Diskussion über eine etwaige umsatzsteuerliche Förderung von FuE.

---

6 Seit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 beträgt die kombinierte Belastung mit Körperschaft- und Gewerbesteuer nur noch 29,825 % (bei einem Gewerbesteuerhebesatz von 400 %). Die britische Regierung hat allerdings gerade eine Absenkung der Körperschaftsteuer auf 18 % angekündigt und ihre Absicht bekräftigt, Großbritannien zum steuerlich attraktivsten Standort unter den G20-Mitgliedstaaten zu machen (*Johnston*, TNI 2015 [Vol. 79], 95).

7 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Bundesbericht Forschung und Innovation 2014, Berlin 2014, S. 480. Die Bruttoinlandsausgaben für Forschung und Entwicklung beliefen sich im Jahr 2011 auf 75,5 Mrd. Euro, was ca. 2,89 % des Bruttoinlandsprodukts entsprach.

8 Der Europäische Rat hat im Jahr 2002 in Barcelona beschlossen, die FuE-Ausgaben in der EU bis 2010 auf 3 % Prozent des Bruttoinlandsprodukts zu erhöhen. Ferner sollte der private Sektor zwei Drittel dieser Ausgaben finanzieren.

9 Abschn. 2.10 UStAE.

## II. Ertragsteuerliche Rahmenbedingungen von FuE

Die Bundesrepublik Deutschland besitzt kein geschlossenes Konzept für die Besteuerung von FuE-Aktivitäten bzw. der daraus hervorgehenden Wirtschaftsgüter, obwohl die Wirtschaftspolitik Innovation als eine treibende Kraft von Wachstum und Wohlstand identifiziert hat.<sup>10</sup> Insbesondere gibt es derzeit auch keine speziellen Steuervergünstigungen für Forschung und Entwicklung,<sup>11</sup> was u.a. darauf beruht, dass Deutschland FuE-Tätigkeiten traditionell durch Zuschüsse fördert.<sup>12</sup> Eine Bestandsaufnahme der steuerlichen Bedingungen von FuE ist daher im Wesentlichen eine Zusammenfassung ganz unterschiedlicher Bestimmungen, die aber in ihrer Gesamtheit die steuerlichen Rahmenbedingungen einer FuE-Tätigkeit determinieren. Dieser Abschnitt erläutert zunächst den Begriff „Forschung und Entwicklung“ und einige zivilrechtliche Grundlagen von FuE (1.). Danach folgt ein gestraffter und nicht erschöpfender Überblick über verschiedene ertragsteuerliche Bestimmungen, die sich entweder direkt oder nur mittelbar auf die FuE-Tätigkeit der Unternehmen auswirken und damit Investitionsentscheidungen beeinflussen können. Von besonderer Bedeutung sind dabei die steuerlichen Regeln für die Zurechnung von Wirtschaftsgütern und Einkünften aus FuE (2.), die Berücksichtigung von Betriebsausgaben und Verlusten (3.) sowie die Besteuerung grenzüberschreitender FuE-Aktivitäten (4.).

<sup>10</sup> Die Kernelemente eines „Steuerrechts für die Wissensgesellschaft“ hat W. Schön unlängst in einem vielbeachteten Beitrag skizziert, FR 2014, 93.

<sup>11</sup> Expertenkommission Forschung und Innovation, EFI-Gutachten 2012, S. 16; Malke/Schlie/Spengel (Fn. 1), 325. § 51 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. u EStG enthält eine Verordnungsermächtigung für Sonderabschreibungen bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens, die der Forschung oder Entwicklung dienen. Die Förderung bezog sich auf Investitionen, die bis zum 31.12.1989 bewirkt worden sind (§ 82d EStDV a.F.), und ist inzwischen ausgelaufen. § 3 Nr. 44 EStG sieht eine Steuerbefreiung für bestimmte Forschungsstipendien vor, die dem Stipendiaten zugutekommt und der Höhe nach auf den Betrag beschränkt ist, der zur Erreichung des mit dem Stipendium verfolgten Zwecks erforderlich ist (BFH v. 24.2.2015 – VIII R 43/12, DStR 2015, 963).

<sup>12</sup> Malke/Schlie/Spengel (Fn. 1), 321. Mit dem ZollkodexAnpG vom 30.12.2014 (BGBl. I 2014, 2417) wurde in § 3 Nr. 71 EStG eine Steuerbefreiung für den „INVEST-Zuschuss“ für Wagniskapital eingeführt. Dabei handelt es sich aber nicht um eine spezifische FuE-Begünstigung.

## 1. Zivilrechtliche Grundlagen von FuE

§ 255 Abs. 2a HGB enthält eine Legaldefinition der Begriffe „Forschung“ und „Entwicklung“, die sich in etwa mit der betriebswirtschaftlichen Definition<sup>13</sup> deckt. Danach ist Forschung „die eigenständige und planmäßige Suche nach neuen wissenschaftlichen oder technischen Erkenntnissen oder Erfahrungen allgemeiner Art, über deren technische Verwertbarkeit und wirtschaftliche Erfolgsaussichten grundsätzlich keine Aussagen gemacht werden können.“ Unter Entwicklung versteht man dagegen „die Anwendung von Forschungsergebnissen oder von anderem Wissen für die Neuentwicklung von Gütern oder Verfahren oder die Weiterentwicklung von Gütern oder Verfahren mittels wesentlicher Änderungen.“ Forschung ist also der generelle Erwerb neuer Erkenntnisse, während Entwicklung in deren erstmaliger konkretisierender Anwendung sowie der praktischen Umsetzung besteht.

Die bilanzrechtliche Definition von FuE dient der Abgrenzung zwischen aktivierungsfähigen Entwicklungskosten gem. § 248 Abs. 2 HGB (Herstellungskosten für selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände) und Forschungskosten, die betriebliche Aufwendungen darstellen. Damit ist zugleich die Entstehung immaterieller Vermögensgegenstände angesprochen, die ein mögliches Ergebnis der FuE-Tätigkeit sind. In diese Kategorie fallen selbst geschaffene gewerbliche Schutzrechte (§ 266 Abs. 2 A.I.1. HGB), die eine technisch-wissenschaftliche Komponente haben, und aufgrund einer Registereintragung einen besonderen rechtlichen Schutz genießen, wie es bei Patenten und Gebrauchsmustern der Fall ist. Patente werden für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erteilt, sofern sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind (§ 1 Abs. 1 PatG). Geschützt sind sowohl Erzeugnisse als auch Verfahren.<sup>14</sup> Als Gebrauchsmuster werden Erfindungen geschützt, die neu sind, auf einem erfinderischen Schritt beruhen und gewerblich anwendbar sind (§ 1 Abs. 1 GebrMG). Während die Eintragung eines Patents aber den Nachweis von Neuheit, erfinderischer Tätigkeit und gewerblicher Anwendbarkeit erfordert (§§ 48, 49 PatG), liegt die Eintragungsschwelle beim Gebrauchsmuster sehr viel niedriger, weil hier nur formale Eintragungsvoraussetzungen geprüft werden (§ 8 Abs. 1 GebrMG).

13 Springer Gabler Verlag (Hrsg.), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Forschung und Entwicklung (FuE), <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/9701/forschung-und-entwicklung-f-e-v10.html>.

14 *Hasselblatt/Schoenen*, MAH GewRS, 2012, § 39 Rz. 25.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Zu den gewerblichen Schutzrechten gehören auch Markenrechte und Designs (früher als Geschmacksmuster bezeichnet). Sie beziehen sich aber nicht auf technisch-wissenschaftliche Neuerungen und gehören damit grundsätzlich nicht in den Bereich der Forschung und Entwicklung. Anders verhält es sich mit Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, die unter das UrhG fallen, sofern sie auf einer persönlichen geistigen Schöpfung beruhen (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG, z.B. Konstruktionspläne). Gleiches gilt nach Ansicht des Verfassers auch für Computerprogramme, die eine unentbehrliche technologische Grundlage der Digital Economy bilden.<sup>15</sup> Zwar können Computerprogramme nach europäischem Recht nicht isoliert patentiert werden,<sup>16</sup> genießen aber als Sprachwerke grundsätzlich urheberrechtlichen Schutz (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a ff. UrhG). Daten und Datenbanken, die in der Digital Economy ebenfalls von großer Bedeutung sind (man denke nur an das Schlagwort „Big Data“), wird unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls urheberrechtlicher Schutz gewährt. Dabei ist wie folgt zu differenzieren: Ungeordnete Daten, die als „Rohdaten“ oder „Datenhaufen“ vorliegen, sind nicht schutzfähig.<sup>17</sup> Beruht die Auswahl oder Anordnung von Daten aber auf einer persönlichen geistigen Schöpfung, entsteht ein Sammelwerk (§ 4 Abs. 1 UrhG). Sind die Datenelemente des Sammelwerks systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich, handelt es sich um ein Datenbankwerk i.S.d. § 4 Abs. 2 UrhG. Hat der Hersteller einer Datenbank die Daten lediglich sortiert, ohne dass die Anordnung der Daten die erforderliche Schöpfungshöhe erreicht, kommt gleichwohl ein Schutz gem. § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG in Betracht. Danach hat der Datenbankhersteller das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder teilweise zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Im Unterschied zum Urheberrecht an einem Datenbankwerk handelt es sich aber lediglich um ein Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers,

---

15 Die Einbeziehung von Software in den Bereich von Forschung und Entwicklung ist allerdings diskussionswürdig, denn das Anwendungsspektrum von Computerprogrammen umfasst nicht nur Wissenschaft und Technik, sondern auch kaufmännische Geschäftsprozesse und den privaten Konsum z.B. in Gestalt von Computerspielen. Das Frascati Manual 2002 der OECD nimmt eine entsprechende Abgrenzung zwischen Routineprogrammen und Software-Innovationen vor (S. 46 ff.).

16 § 1 Abs. 3 Nr. PatG, ebenso Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens. In den USA sind Softwarepatente dagegen zugelassen.

17 Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl., § 87a Rz. 7.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

das dem Schutz seiner Investition dient (§ 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG), und deshalb nur die Abwehr schwerwiegender bzw. wiederholter Eingriffe ermöglicht (§ 87b Abs. 1 Satz 1 und 2 UrhG).

Außerhalb des rechtlichen Schutzbereichs des PatG, GebrMG und UrhG bewegen sich die ungeschützten Erfindungen sowie die verschiedenen Ausprägungen von Know-how wie z.B. (Herstellungs-)Verfahren, Spezialkenntnisse, Pläne und Muster ohne persönliche Schöpfungshöhe. Weisen sie einen wissenschaftlich-technischen Bezug auf, kann ihre Entstehung als FuE-Tätigkeit eingeordnet werden. Geschäftsideen oder gar steuerliche Gestaltungsmodelle stellen zwar ebenfalls Know-how dar, fallen aber nicht in den Bereich der Forschung und Entwicklung.

## 2. Zurechnung von Wirtschaftsgütern und Einkünften aus FuE

### a) Eigenforschung und -entwicklung

Die Aufwendungen und Erträge eines Unternehmens im Zusammenhang mit der eigenen FuE-Tätigkeit zählen zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb, wenn es sich um eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft handelt (§ 8 Abs. 2 KStG). Gleiches gilt für Personengesellschaften, die eine gewerbliche Tätigkeit gem. § 15 EStG ausüben. Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind derjenigen Person zuzurechnen, die den Tatbestand der Einkünfteerzielung erfüllt.<sup>18</sup> Entscheidend ist insoweit, ob der Steuerpflichtige selbst (Mit-)Unternehmerinitiative hat und das (Mit-)Unternehmerrisiko trägt.<sup>19</sup> Dabei steht der Umstand, dass erfinderische und schöpferische Tätigkeiten bisher nur von Menschen ausgeübt werden können,<sup>20</sup> der Einkünfteerzielung durch eine Kapitalgesellschaft oder eine Personengesellschaft (bzw. deren Mitunternehmer) nicht entgegen. Denn ist der Erfinder oder Urheber als Arbeitnehmer in den Betrieb der Gesellschaft eingegliedert, handelt es sich um eine eigene FuE-Tätigkeit der Gesellschaft, da eine unternehmerische Tätigkeit nicht in jeder Hinsicht höchstpersönlich ausgeübt werden muss. Es genügt, dass die Gesellschaft das unternehmerische Risiko trägt und mittels ihrer Organe die FuE-Tätigkeit der Arbeitnehmer leitet. Die entsprechenden Aufwendungen (Arbeitslöhne, Materialkosten)

---

<sup>18</sup> Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 34. Aufl. 2015, § 2 Rz. 19.

<sup>19</sup> Schmidt/Wacker, EStG, 34. Aufl. 2015, § 15 Rz. 10.

<sup>20</sup> Das Recht auf das Patent steht dem Erfinder zu (Erfinderprinzip gem. § 6 PatG), Inhaber des Urheberrechts ist der menschliche Schöpfer eines Werkes (§ 7 UrhG).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

stellen grundsätzlich Betriebsausgaben der Gesellschaft dar (§ 4 Abs. 4 EStG). Entsteht im Rahmen der FuE-Tätigkeit ein selbst hergestelltes immaterielles Wirtschaftsgut des Anlagevermögens, greift das steuerliche Aktivierungsverbot des § 5 Abs. 2 EStG, so dass im Ergebnis sämtliche Aufwendungen sofort abziehbar sind.

Die steuerliche Zurechnung des FuE-Ergebnisses zum Arbeitgeber ist unproblematisch, soweit er durch den Herstellungsprozess originär das zivilrechtliche Eigentum an den gegenständlichen FuE-Ergebnissen erwerben kann (z.B. Erstellung von Modellen, Prototypen und Unterlagen durch die Arbeitnehmer). Immaterielle Güter wie schutzfähige Erfindungen und Urheberrechte werden aber nicht automatisch Eigentum des Arbeitgebers. In Bezug auf Dienstleistungen hat der Arbeitgeber jedoch das Recht, die Erfindung durch Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer in Anspruch zu nehmen (§ 6 Abs. 1 ArbNErfG). Mit der Inanspruchnahme gehen alle vermögenswerten Rechte an der Dienstleistung auf den Arbeitgeber über (§ 7 Abs. 1 ArbNErfG), wofür der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine angemessene Vergütung schuldet (§ 9 Abs. 1 ArbNErfG). Als Inhaber der vermögenswerten Rechte ist der Arbeitgeber sodann in der Lage, die Erfindung durch Registereintragung als Patent oder Gebrauchsmuster schützen zu lassen. Die ungeschützte Erfindung vor Eintragung bzw. das durch Eintragung entstandene Patent oder Gebrauchsmuster sind dann dem Arbeitgeber als eigenes, selbst hergestelltes immaterielles Wirtschaftsgut zuzurechnen.<sup>21</sup>

Auch Urheberrechte, die im Rahmen einer FuE-Tätigkeit entstehen (z.B. Konstruktionszeichnungen), stehen grundsätzlich zunächst nur dem Arbeitnehmer als menschlichem Schöpfer zu (§ 43 UrhG). In der Praxis räumen die Arbeitnehmer ihren Arbeitgebern aber ein in der Regel abschließliches, inhaltlich und zeitlich unbeschränktes Nutzungsrecht ein

---

21 Vergütungen für Dienstleistungen zählen zu den Herstellungskosten des Arbeitgebers, da er insoweit das wirtschaftliche Risiko trägt. Handelsrechtlich ist die Aktivierung nur im Rahmen von §§ 248 Abs. 1 Satz 2, 255 Abs. 2a HGB zulässig (*Schubert/Huber* in Beckscher BilKo, 9. Aufl. 2014, § 247 HGB Rz. 391), steuerlich greift das Aktivierungsverbot für selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens gem. § 5 Abs. 2 EStG (*Borggräfe/Hinz*, NWB 2015, 2935 [2942]). Die Vergütung stellt Arbeitslohn dar (§ 19 Abs. 1 EStG) und kann mangels selbständiger Tätigkeit des Erfinders nicht den Einkünften aus selbständiger Arbeit zugeordnet werden (FG München v. 21.5.2015 – 10 K 2195/12, BeckRS 2015, 95247).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

(§ 31 UrhG), weshalb der Arbeitgeber sämtliche Verwertungsrechte gem. §§ 15 ff. UrhG ausüben kann.<sup>22</sup> Die umfassende Verwertungsbefugnis des Arbeitgebers rechtfertigt die steuerliche Zurechnung des Urheberrechts gem. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO, obwohl das Urheberpersönlichkeitsrecht als solches nicht übertragbar ist (§ 29 Abs. 1 UrhG).<sup>23</sup> Für Softwareurheberrechte gilt sogar eine Sonderregelung, die zugunsten des Arbeitgebers von § 43 UrhG abweicht: Wird ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen, so ist ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm berechtigt, sofern nichts anderes vereinbart ist (§ 69b Abs. 1 UrhG). Daher sind die Ergebnisse einer Softwareentwicklung ebenfalls dem Arbeitgeber zuzurechnen, der das selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgut „Software“ nicht aktivieren darf, wenn es zum Anlagevermögen gehört (§ 5 Abs. 2 EStG).<sup>24</sup> Das Aktivierungsverbot, das einen steuerlichen Sofortabzug aller FuE-Aufwendungen ermöglicht, gilt aber nicht für selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens.<sup>25</sup> Ein Beispiel hierfür ist die Auftragsentwicklung einer Individualsoftware im Rahmen eines Werkvertrags, die der Auftragnehmer anschließend vollständig an den Auftraggeber veräußert. Hier muss der Auftragnehmer (Werkunternehmer) die Software mit den Her-

---

22 Die Rechteeinräumung erfolgt entweder ausdrücklich oder konkludent im Rahmen des Betriebszwecks (vgl. dazu *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Aufl. 2013, § 43 Rz. 21).

23 Überraschenderweise erkennt die Finanzverwaltung den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an einem Urheberrecht im Rahmen von § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG nicht an (BMF-Schreiben v. 25.11.2010, BStBl. I 1350, Rz. 23). A.A. aber *Gosch*, Kirchhof, EStG, 14. Aufl. 2015, § 50a Rz. 15 (ein „Total Buy-Out“ des Urheberrechts ist als Veräußerung einzuordnen).

24 Nicht abschließend geklärt ist der in der Praxis häufig anzutreffende Fall, dass das Unternehmen eine Individual- oder Standardsoftware vom Hersteller derivativ erwirbt (Werk- oder Kaufvertrag), und sodann unter hohen Kosten weiterentwickelt, um die Software optimal an die eigenen Bedürfnisse anzupassen. Die Finanzverwaltung vertritt zumindest beim Erwerb hochwertiger ERP-Software die Auffassung, dass auch hohe eigene Entwicklungskosten grundsätzlich nicht zur Entstehung eines selbstgeschaffenen immateriellen Wirtschaftsguts führen, sondern als nachträgliche Anschaffungskosten zu aktivieren sind (BMF-Schreiben v. 18.11.2005, BStBl. I 2005, Rz. 8 und 13).

25 BFH v. 20.9.1995 – X R 225/93, BStBl. II 1997, 320.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

stellungskosten aktivieren (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG),<sup>26</sup> bis die gewinn- oder verlustrealisierende Veräußerung erfolgt ist.

### b) Auftrags-FuE

Die Auftragsentwicklung ist nicht auf den Bereich der Software beschränkt.<sup>27</sup> Vielmehr ist das „Outsourcing“ von FuE-Tätigkeiten (Contract R&D) weit verbreitet und wirft besondere steuerliche Zurechnungsfragen auf. Im Verhältnis zwischen fremden Dritten sind zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden:<sup>28</sup> Wird der Auftragnehmer im Rahmen eines Werkvertrags tätig (§ 631 BGB) und trägt er dabei das Erfolgsrisiko der FuE-Tätigkeit („echte Auftragsentwicklung“), sind ihm die Aufwendungen und Ergebnisse der FuE-Tätigkeit zuzurechnen.<sup>29</sup> Die jeweiligen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter entstehen zunächst originär im Betriebsvermögen des Auftragnehmers (Umlaufvermögen) und müssen nach Abnahme der Werkleistung auf den Auftraggeber übertragen werden, was zivilrechtlich durch Übereignung gem. § 929 BGB (Sachen) oder Abtretung gem. §§ 398, 413 BGB (Rechte) erfolgt. Da der Auftragnehmer zu diesem Zeitpunkt bereits die vermögenswerten Rechte an den Erfindungen und Urheberrechten seiner Ar-

---

26 *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 5. Auflage 2015, Kapitel D: Ansatz der Aktiva und Passiva in Handels- und Steuerbilanz sowie IAS/IFRS-Rechnungslegung, Rz. 448.

27 S. dazu IDW RS HFA 11 v. 23.6.2010, Rz. 9: Erfolgt die Herstellung einer Individualsoftware im Rahmen eines vom Softwareanwender mit einem Softwareanbieter geschlossenen Dienstvertrags, liegt eine Eigenherstellung des Softwareanwenders vor. Kennzeichnend für den Dienstvertrag ist, dass der Dienstherr, d.h. der Softwareanwender, das wirtschaftliche Risiko einer nicht erfolgreichen Realisierung (Herstellungsrisko) trägt. Wird mit dem Softwareanbieter ein Werkvertrag geschlossen, so liegt aus Sicht des Softwareanwenders ein Anschaffungsvorgang vor, wenn die Projektleitung und Federführung beim Softwareanbieter liegen und dieser für die Tauglichkeit der Software einsteht (Herstellungsrisko).

28 C. *Schmidt*, DStR 2014, 544 (546) (zur pharmazeutischen Forschung und Entwicklung).

29 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 324. Die hier verwendeten Begriffe „echte“ und „unechte Auftragsentwicklung“ lehnen sich an die Unterscheidung zwischen echter und unechter Auftragsproduktion an, die in der Film- und Fernsehbranche verwendet wird (vgl. BFH v. 20.9.1995 – X R 225/93, BStBl. II 1997, 320). Die begriffliche Analogie ist gerechtfertigt, weil es in beiden Fällen darum geht, den „Hersteller“ zu identifizieren, dem das Ergebnis insgesamt zugerechnet werden kann.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

beitnehmer erworben hat, ist er ohne weiteres in der Lage, die ungeschützten Erfindungen und Urhebervermögensrechte auf den Auftraggeber zu übertragen. Die Übertragung geschieht üblicherweise im Rahmen einer Nebenpflicht des Werkvertrags. Hat der Auftragnehmer bereits ein Patent oder Gebrauchsmuster registrieren lassen, kann er auch dieses an den Auftraggeber abtreten, da diese Rechte frei übertragbar sind (§§ 15 Abs. 1 Satz 2 PatG, 22 Abs. 1 Satz 2 GebrMG). Die Übertragung von Know-how, das als solches nicht schutzfähig ist, geschieht durch Herausgabe und Übereignung der entsprechenden Gegenstände und Unterlagen. Aus der Sicht des Auftraggebers handelt es sich bei diesen Übertragungen um derivative Anschaffungsvorgänge, d.h. er muss die fremdentwickelten materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter mit den Anschaffungskosten aktivieren (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG) und dann über die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer linear abschreiben (§ 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 EStG).<sup>30</sup> Zwar unterliegen Erfindungen, Know-how und Urheberrechte keiner tatsächlichen Abnutzung. Da es aber insoweit auf die wirtschaftliche Abnutzbarkeit ankommt, handelt es sich praktisch immer um eine begrenzte Nutzungsdauer, die aufgrund des rasanten technischen Fortschritts sogar deutlich unter der gesetzlichen Schutzfrist des jeweiligen Immaterialgüterrechts liegt.<sup>31</sup>

Bei der „unechten Auftragsentwicklung“ verbleibt das Erfolgsrisiko beim Auftraggeber, der üblicherweise über eigene FuE-Kompetenz verfügt, die ihm die Vorgabe von Milestones und die laufende Steuerung des Projekts ermöglicht. Der Auftragnehmer wird als bloßer Dienstleister tätig (§ 611 Abs. 1 BGB) und erledigt Teilaufgaben des Projekts nach den Vorgaben des Auftraggebers, wofür er die vertraglich vereinbarte Vergütung erhält.<sup>32</sup> Projektsteuerung und Risikotragung bilden die Grundlage für die steuerliche Zurechnung der Entwicklungsergebnisse an den Auftraggeber,<sup>33</sup> auch wenn damit ein gewisser steuerlicher Gestaltungsspielraum verbunden ist.<sup>34</sup> Es handelt sich grundsätzlich um einen originären Erwerb der immateriellen Wirtschaftsgüter, die der Auftraggeber nicht aktivieren darf, wenn sie zu seinem Anlagevermögen gehören (§ 5 Abs. 2

---

30 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 324. In der Praxis werden Nutzungsdauern von 5 bis 10 Jahren angesetzt.

31 Vgl. BFH v. 2.3.2011 – II R 5/09, juris (Abnutzbarkeit von Warenzeichen und Marken); BMF-Schreiben v. 18.7.1977 (Nutzungsdauer von angeschafften Patenten und Erfindungen), juris.

32 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 323.

33 *C. Schmidt*, DStR 2014, 544 (547).

34 *Crezelius* in Kirchhof, EStG, 14. Aufl. 2015, § 5 Rz. 68.

EStG).<sup>35</sup> Der Erwerb der zivilrechtlichen Rechtspositionen in Bezug auf schutzfähige Arbeitnehmererfindungen und Urheberrechte erfolgt nach demselben Mechanismus wie bei der echten Auftragsentwicklung. Der Auftragnehmer tritt die vermögenswerten Rechte, die er in Bezug auf die Arbeitsergebnisse seiner Arbeitnehmer erhalten hat, in einer Nebenbestimmung des Dienstvertrags an den Auftraggeber ab.

### c) Auftrags-FuE im Konzern

Die Unterscheidung zwischen echter (Werkvertrag) und unechter Auftrags-FuE (Dienstvertrag) gilt grundsätzlich auch für den Vertragsabschluss zwischen nahestehenden Personen bzw. verbundenen Unternehmen.<sup>36</sup> Die Zurechnung von Aufwendungen, Wirtschaftsgütern und Erträgen folgt daher in Konzernfällen den bereits erläuterten zivilrechtlichen Grundsätzen. Dadurch ergeben sich Möglichkeiten zur Steuergestaltung bei der Zuordnung sowohl des FuE-Aufwands als auch der künftigen Erträge aus der Verwertung des Ergebnisses der FuE Tätigkeit. Im Inlandsfall steht eine mögliche Optimierung der Gewerbesteuerbelastung im Mittelpunkt des Gestaltungsinteresses, wobei sich durch Einsatz von Personengesellschaften auch im Vertragskonzern „Gewerbesteuerinseln“ schaffen lassen, so dass der positive Effekt der Verlagerung von Steuersubstrat in eine inländische „Gewerbesteueroase“ nicht durch die Zerlegung gem. §§ 28 ff. GewStG verloren geht.<sup>37</sup> Auf die Höhe der Körperschaftsteuerbelastung hat die Verlagerung der FuE-Tätigkeit in eine inländische „Gewerbesteueroase“ dagegen keinen Einfluss, denn die Körperschaftsteuerbelastung zuzüglich Solidaritätszuschlag beträgt bundeseinheitlich 15,825 % (§§ 23 Abs. 1 KStG, 1 Abs. 1 und 4 SolZG). Da die Gewerbesteuer keine Entstrickungsregeln für die innerstaatliche Verlagerung von Steuersubstrat vorsieht, kann das Unternehmen die aus dem FuE-Projekt hervorgegangenen Wirtschaftsgüter ohne Steuerbelastung in die inländische Betriebsstätte einer gewerblich tätigen Personenge-

<sup>35</sup> *Förschle/Usinger* in Beck'scher Bilanzkommentar, 9. Aufl. 2014, § 248 HGB, Rz. 38.

<sup>36</sup> *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 323 f.; *Greinert* in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, F. Immaterielle Wirtschaftsgüter, Rz. 6.603; *Broemel/Endert*, IStR 2014, 87 (90 f.); s. auch *M. Koch*, Schaffung und Nutzung immaterieller Vermögenswerte im multinationalen Unternehmen, 2014, S. 155.

<sup>37</sup> Die Personengesellschaft, z.B. eine GmbH & Co. KG ist selbst Schuldnerin der Gewerbesteuer (§ 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG), während der Gewinnanteil auf Ebene des Gesellschafters herausgekürzt wird (§ 9 Nr. 2 GewStG).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

sellschaft überführen bzw. auf die Personengesellschaft übertragen (§ 6 Abs. 5 EStG). Dies erlaubt es, die Erträge aus der Verwertung der immateriellen Wirtschaftsgüter in einer Gewerbesteuererleichterung zu realisieren.

Die steuerliche Anerkennung der Auftrags-FuE zwischen nahestehenden Personen setzt allerdings die Einhaltung des Fremdvergleichsgrundsatzes voraus. Anderenfalls kommt es im Verhältnis zwischen Kapitalgesellschaft und Anteilseigner zu einer Ergebniskorrektur nach den Grundsätzen der verdeckten Gewinnausschüttung bzw. verdeckten Einlage (§ 8 Abs. 3 Satz 2 und 3 KStG). Die bloße Ausnutzung des innerstaatlichen Steuergefälles bei der Gewerbesteuer ist kein Gestaltungsmissbrauch gem. § 42 Abs. 1 Satz 1 AO, denn die Standortwahl steht im unternehmerischen Ermessen der Geschäftsführung. Zudem lassen sich vergleichsweise niedrige Gewerbesteuerhebesätze als gesetzlich vorgesehener Steuervorteil einordnen (vgl. § 42 Abs. 2 Satz 1 AO), da der Gesetzgeber die Untergrenze von 200 % selbst vorgegeben hat (§ 16 Abs. 4 Satz 2 GewStG).

Durch Verlagerung der FuE-Aktivitäten in das Ausland kann ein Unternehmen nicht nur die Gewerbesteuerbelastung beseitigen, sondern grundsätzlich auch der deutschen Körperschaftsteuer entgehen. Eigentlich müsste es dadurch zu einer deutlich spürbaren Abwanderung von FuE-Aktivitäten in das Ausland kommen. Die Praxis zeigt aber, dass inländische Muttergesellschaften in vielen grenzüberschreitenden Fällen das Instrument der unechten Auftragsentwicklung einsetzen. Dabei wird die ausländische Tochtergesellschaft, die z.B. in einem Schwellenland ansässig ist, als Dienstleister tätig und in Übereinstimmung mit den OECD-Leitlinien nach der Kostenaufschlagsmethode vergütet (Routineunternehmen ohne eigene immaterielle Wirtschaftsgüter und Risiken).<sup>38</sup> Die FuE-Ergebnisse entstehen originär im Betriebsvermögen der inländischen Muttergesellschaft,<sup>39</sup> die das FuE-Projekt als „Entrepreneur“ verantwortet bzw. steuert und in der Regel auch die zivilrechtliche Inhaberin der entsprechenden gewerblichen Schutzrechte wird. Die unechte Auftragsentwicklung im Outbound-Fall führt dazu, dass die werthaltigen FuE-Ergebnisse im Inland steuerverstrickt sind, was natürlich

---

<sup>38</sup> *Greinert* in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, F. Immaterielle Wirtschaftsgüter, Rz. 6.602.

<sup>39</sup> *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 323; *Greinert* in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, F. Immaterielle Wirtschaftsgüter, Rz. 6.603.

im Interesse des deutschen Fiskus liegt.<sup>40</sup> Der Preis dafür ist allerdings die Anerkennung des Betriebsausgabenabzugs beim inländischen Auftraggeber.

#### **d) Gemeinsame FuE-Aktivitäten und Konzern-Umlageverträge**

Neben Eigen- und Auftrags-FuE ist in bestimmten Konstellationen auch die gemeinsame Forschung und Entwicklung sinnvoll.<sup>41</sup> Die Zurechnung von Aufwendungen, Erträgen und Wirtschaftsgütern bei gemeinsamen FuE-Aktivitäten richtet sich wiederum nach der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Zusammenarbeit. Je nach Vertragsgestaltung kann es sich um ein Joint Venture in Gestalt einer Kapital- oder rechtsfähigen Personengesellschaft handeln, die dann selbst die FuE-Tätigkeit ausübt und anschließend die Ergebnisse entgeltlich ihren Gesellschaftern oder Dritten zur Verfügung stellt (z.B. durch Einräumung von Nutzungsrechten). Dagegen liegt eine bloße Hilfsgesellschaft vor, wenn eine rechtsfähige Personengesellschaft lediglich der gemeinsamen Herstellung immaterieller Wirtschaftsgüter unter Aufteilung der Kosten dient, da es in diesem Fall an der Gewinnerzielungsabsicht gem. § 15 Abs. 2 EStG fehlt.<sup>42</sup> Mangels eigenen steuerlichen Betriebsvermögens der Hilfsgesellschaft werden die Aufwendungen und Wirtschaftsgüter den Gesellschaftern anteilig zugerechnet.<sup>43</sup> Handelt es sich um Vereinbarungen zwischen fremden Dritten, hat die Finanzverwaltung üblicherweise keinen Anlass, die gewählte Vertragsgestaltung oder die Verteilung von Aufwendungen und Gewinnen in Frage zu stellen.

Problematisch aus der Sicht des Fiskus ist dagegen die grenzüberschreitende FuE-Zusammenarbeit im Konzern, da sie zur Einkünfteverlagerung zwischen den beteiligten Gesellschaften genutzt werden könnte. Das Korrektiv bildet hier wieder der Fremdvergleichsgrundsatz (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AStG). Von besonderer praktischer Bedeutung sind dabei

---

40 Ein prominentes Beispiel ist der VW-Konzern, der seinen Umsatz ganz überwiegend im Ausland erwirtschaftet, aber mehr als die Hälfte seiner Ertragsteuern im Inland zahlt (*Hölst* in Lüdicke [Hrsg.], Neue Grenzen für die internationale Steuerplanung, Forum der internationalen Besteuerung, Band 43, 2014, 41).

41 Z.B. Kooperation zwischen zwei Automobilherstellern zur Entwicklung von Elektromotoren und Batterien.

42 *Musil* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 2 EStG Anm. 372 (Stand: 7.2015).

43 *Musil* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 2 EStG Anm. 372 (Stand: 7.2015).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Konzern-Umlageverträge, die der gemeinsamen Entwicklung von immateriellen Wirtschaftsgütern unter Teilung der Kosten dienen („Aufwands-Pool“) und die Ergebnisse sowie das spätere Gewinnpotenzial originär und anteilig den beteiligten Konzerngesellschaften zuweisen. Die deutsche Finanzverwaltung erkennt Konzern-Umlageverträge für die gemeinsame Entwicklung immaterieller Wirtschaftsgüter daher nur unter engen Voraussetzungen an, die sich aus den Verwaltungsgrundsätzen-Umlageverträge vom 30.12.1999<sup>44</sup> ergeben.

Danach liegt ein Pool vor, wenn verbundene Unternehmen untereinander Umlageverträge abschließen, um im gemeinsamen Interesse, über einen längeren Zeitraum, durch Zusammenwirken in einer Innengesellschaft Leistungen zu erlangen bzw. zu erbringen.<sup>45</sup> Die Unternehmen bilden insoweit eine Innengesellschaft, ohne eine Mitunternehmerschaft oder Betriebsstätte zu begründen.<sup>46</sup> Da es sich um eine Innengesellschaft mit gemeinsamer Zweckverfolgung handelt, stellen die Leistungen der inländischen Konzerngesellschaften an den Pool grundsätzlich keine Vergütung für die Nutzungsüberlassung von Wirtschaftsgütern, sondern eine Beitragsleistung dar, die auf den Erwerb des wirtschaftlichen (Mit-)Eigentums an einem Wirtschaftsgut gerichtet ist.<sup>47</sup> Bei der Durchführung des Umlagevertrags darf daher keine gesonderte Verrechnung für die Überlassung von immateriellen Wirtschaftsgütern und Know-how erfolgen.<sup>48</sup> Mitglieder des Pools können nach Auffassung der Finanzverwaltung nur solche Unternehmen sein, die gleichgerichtete Interessen verfolgen und selbst einen Vorteil aus dem Pool ziehen, indem sie die Ergebnisse für ihre eigene Tätigkeit nutzen.<sup>49</sup> Damit ist der Teilnehmerkreis eines Umlagevertrages auf Unternehmen beschränkt, die aus den Leistungen, die sie gegenüber der Innengesellschaft erbringen, für sich selbst Vorteile ziehen, d.h. ihren Anteil an den Ergebnissen der gemeinsamen Tätigkeit nutzen. Bei einem Forschungs- und Entwicklungspool verfolgen z.B. Holding- und Patentverwertungsgesellschaften andere Interessen als Produktionsgesellschaften, sie können deshalb nicht Mitglieder eines Forschungs- und Entwicklungspools sein.<sup>50</sup>

---

44 BStBl. I 1999, 1122.

45 Vgl. Rz.1.1 VwGrds-Umlageverträge.

46 RRz.1.1 VwGrds-Umlageverträge.

47 *Jacobs/Endres/Spengel* in *Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung*, 7. Aufl. 2011, 626.

48 Rz.1.5 VwGrds-Umlageverträge.

49 Rz.1.2 VwGrds-Umlageverträge.

50 Rz.1.2 VwGrds-Umlageverträge.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Eine weitere, bedeutende Einschränkung für die Nutzung von Umlageverträgen ergibt sich aus Tz. 1.1 VwGrds-Umlageverträge: Danach soll sich der Pool auf Hilfsfunktionen der beteiligten Unternehmen beschränken, während die bisherigen OECD-Leitlinien das Poolkonzept auch für Haupttätigkeiten zulassen.<sup>51</sup> Die restriktive Haltung der deutschen Finanzverwaltung beruht vermutlich auf der Befürchtung, dass ein Pool für Haupttätigkeiten im Ergebnis wie eine pauschale Gewinnaufteilung (Profit Split) wirken würde, die nicht mit dem transaktionsbezogenen Fremdvergleichsgrundsatz vereinbar wäre.

Weit gefasst ist dagegen der Kreis der möglichen Leistungen, denn der Pool darf die „gemeinsame Beschaffung von ... Wirtschaftsgütern, Dienstleistungen oder Rechten“ zum Gegenstand haben.<sup>52</sup> Daher kann der Pool für seine Mitglieder sowohl immaterielle Wirtschaftsgüter kaufen als auch Lizenzrechte erwerben. Soweit einzelne Poolmitglieder aktivierungspflichtige immaterielle Wirtschaftsgüter anschaffen, handelt es sich bei der Umlage an die inländischen Poolmitglieder dennoch um sofort abziehbaren Aufwand, da im Innenverhältnis die Kosten geteilt werden.<sup>53</sup> Die Errichtung des Pools erfordert in jedem Fall einen schriftlichen Umlagevertrag, der vorab abgeschlossen und auch tatsächlich durchgeführt werden muss.<sup>54</sup> Außerdem müssen die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des Umlagevertrags umfassend dokumentiert werden (Form und Inhalt, Aufwand und Leistungen, zu erwartender Nutzen, Leistungsempfänger).<sup>55</sup>

Im Ergebnis stellt der Konzern-Umlagevertrag neben der Auftrags-FuE eine weitere Möglichkeit der arbeitsteiligen Entwicklung von neuen Produkten dar, von der in der Praxis auch vielfach Gebrauch gemacht wird. In grenzüberschreitenden Fällen erfordert der Fremdvergleichsgrundsatz aber nach Auffassung der Finanzverwaltung erhebliche Einschränkungen in Bezug auf die teilnehmenden Konzerngesellschaften (Ausschluss von IP-Verwertungs- und Holdinggesellschaften) und die betroffenen Unter-

---

51 *Baumhoff* in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, S. 694.

52 Rz.1.2 VwGrds-Umlageverträge.

53 *Baumhoff* in Baumhoff/Wassermeyer, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, S. 728; Rz.1.4 VwGrds-Umlageverträge: umgelegte Aufwendungen sind als eigene originäre Aufwendungen der Poolmitglieder zu behandeln.

54 Rz.1.3, 5.1.1 VwGrds-Umlageverträge.

55 Rz.5 VwGrds-Umlageverträge.

nehmensfunktionen (nur Hilfstätigkeiten). Aus Sicht der Unternehmen wäre eine weniger restriktive Handhabung wünschenswert.<sup>56</sup>

### e) Zwischenergebnis

Die Zurechnung von Aufwendungen, Erträgen und Wirtschaftsgütern im Bereich von FuE folgt weitestgehend allgemeinen ertragsteuerlichen Grundsätzen. Entscheidende Zurechnungskriterien sind Unternehmerinitiative und Risikotragung. FuE-Ergebnisse, die von Arbeitnehmern herrühren, fallen in das steuerliche Betriebsvermögen des Arbeitgebers, der die Arbeiten leitet und das Erfolgsrisiko trägt. Etwaige zivilrechtliche Übertragungsbeschränkungen wie z.B. § 29 Abs. 1 UrhG stehen der Zurechnung nicht entgegen, denn der Arbeitgeber erwirbt in diesen Fällen in aller Regel zumindest die vermögenswerten Rechte. Eine eigene FuE-Tätigkeit des Unternehmens liegt auch vor, wenn ein selbständiger Dritter im Rahmen eines Dienstvertrags FuE-Tätigkeiten ausübt, ohne das Erfolgsrisiko zu übernehmen (unechte Auftrags-FuE). Die Aufwendungen für selbst hergestellte immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens sind wegen des Aktivierungsverbots in § 5 Abs. 2 EStG sofort abziehbar. Liegt dagegen das Erfolgsrisiko beim Auftragnehmer, der auf der Grundlage eines Werkvertrags tätig wird, sind die Aufwendungen, Wirtschaftsgüter und Erträge dem Auftragnehmer zuzurechnen (echte Auftrags-FuE). Der Auftragnehmer muss die immateriellen Wirtschaftsgüter, die bei ihm zum Umlaufvermögen gehören, zunächst mit den Herstellungskosten aktivieren (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Die anschließende entgeltliche Übertragung der FuE-Ergebnisse auf den Auftraggeber stellt aus dessen Sicht einen Anschaffungsvorgang dar, und die erworbenen immateriellen Wirtschaftsgüter sind mit den Anschaffungskosten zu bewerten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Beim Auftraggeber erfolgt eine lineare Abschreibung der erworbenen immateriellen Wirtschaftsgüter über die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer.

Auch die gemeinsame FuE-Tätigkeit mehrerer Steuerpflichtiger unterliegt den allgemeinen ertragsteuerlichen Regeln, wobei Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter korrigiert werden können, wenn sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind (Umqualifizierung in vGA/vE bzw. Entnahme/Einlage). Ein Sonderfall ist die grenzüberschreitende gemeinsame FuE-Tätigkeit im Rahmen eines Konzern-Umlagevertrags. Nach Ansicht der Finanzverwaltung er-

---

<sup>56</sup> Malke/Schlie/Spengel (Fn. 1), 325.

geben sich aus dem Fremdvergleichsgrundsatz erhebliche Einschränkungen sowohl in Bezug auf den Kreis der teilnehmenden Konzerngesellschaften (keine Beteiligung von IP-Verwertungs- und Holdinggesellschaften) als auch im Hinblick auf die betroffenen Funktionen (nur Hilfstätigkeiten).

### 3. Betriebsausgabenabzug für FuE-Aufwendungen

#### a) Sofortabzug von FuE-Aufwendungen

Betrieblich veranlasste FuE-Aufwendungen (z.B. Lohn-, Material- und Finanzierungskosten), die nicht zu den aktivierungspflichtigen Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsguts gehören, können sofort abgezogen werden.<sup>57</sup> Daher mindern auch die Aufwendungen für ein fehlgeschlagenes FuE-Projekt die Bemessungsgrundlage, ohne dass es dafür einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedürfte. Der Sofortabzug entspricht vielmehr dem allgemeinen Grundsatz der Abziehbarkeit von Erwerbsaufwendungen (vgl. § 4 Abs. 4 EStG) und dient der Umsetzung des objektiven Nettoprinzips. Gleiches gilt für die Abschreibungen auf abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, die im Rahmen der gewerblichen FuE-Tätigkeit eingesetzt werden (z.B. Gebäude-AfA für ein Laborgebäude).

#### b) Selbst hergestellte immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens

Das Aktivierungsverbot für selbst hergestellte immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens ergibt sich im Umkehrschluss aus dem Aktivierungsgebot im Fall des entgeltlichen Erwerbs („Für immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens ist ein Aktivposten *nur* anzusetzen, wenn sie entgeltlich erworben wurden.“)<sup>58</sup> § 5 Abs. 2 EStG ermöglicht im Ergebnis einen Sofortabzug von FuE-Aufwendungen auch dann, wenn das FuE-Projekt erfolgreich war und einen immateriellen Vermögenswert geschaffen hat, der ggf. über mehrere Jahre nutzbar ist. Demgegenüber erlaubt § 248 Abs. 2 Satz 1 HGB in Verbindung mit § 255 Abs. 2a Satz 1 HGB die Aktivierung der Entwicklungskosten bestimmter immaterieller Vermögensgegenstände. Vor diesem Hintergrund er-

<sup>57</sup> Malke/Schlie/Spengel (Fn. 1), 323.

<sup>58</sup> Crezelius in Kirchhof, EStG, 14. Aufl. 2015, § 5 Rz. 71; Blümich/Krumm, § 5 EStG Rz. 521 (Stand: 10/2013).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

gibt sich die Frage, ob es sich bei § 5 Abs. 2 EStG um eine Fiskalzwecknorm oder eine – wenn auch versteckte – Steuersubvention handelt.

Die Unterscheidung zwischen selbst hergestellten und entgeltlich erworbenen immateriellen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens entspricht der handelsrechtlichen Regelung in § 248 Abs. 2 HGB a.F., die vor dem BilMoG galt. Das handelsrechtliche Aktivierungsverbot sollte ursprünglich verhindern, dass die Vermögenslage durch Ansatz „unsicherer und flüchtiger Posten“ zu günstig dargestellt wird.<sup>59</sup> Im Hinblick auf das insoweit typisierte Vorsichtsprinzip, das Realisations- und das Objektivierungsprinzip wurde deshalb für die Handelsbilanz eine objektiv feststellbare Gegenleistung in Gestalt effektiver Anschaffungskosten verlangt, die den Wert des Wirtschaftsguts am Markt bestätigt.<sup>60</sup> Daran knüpfte das Steuerrecht an.<sup>61</sup> Mit dem BilMoG ist das handelsrechtliche Aktivierungsverbot allerdings eingeschränkt worden, was der Gesetzgeber mit der stark gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung selbst geschaffener immaterieller Vermögenswerte begründet hat.<sup>62</sup> Angelehnt an internationale Rechnungslegungsstandards besteht handelsrechtlich nunmehr im Ausgangspunkt ein – mit einer Ausschüttungssperre verbundenes (§ 268 Abs. 8 HGB) – Aktivierungswahlrecht, wenn dem selbst geschaffenen immateriellen Wirtschaftsgut von den Forschungskosten trennbare Entwicklungskosten zugeordnet werden können.<sup>63</sup>

Nach ganz überwiegender Ansicht schlägt die handelsrechtliche Änderung aber nicht auf die Steuerbilanz durch.<sup>64</sup> Das handelsrechtliche Aktivierungswahlrecht wird auch nicht aufgrund des vom BFH entwickelten Leitgedankens der „Erfassung des vollen Gewinns“<sup>65</sup> zu einer steuerlichen Aktivierungspflicht. Denn mit der Beibehaltung von § 5 Abs. 2 EStG hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, dass aus der Änderung des HGB kein steuerliches Aktivierungsgebot folgen sollte.<sup>66</sup> In der Beibehaltung des Aktivierungsverbots liegt auch keine steuerliche

---

<sup>59</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/171, S. 177.

<sup>60</sup> *Blümich/Krumm*, § 5 EStG Rz. 521 (Stand: 10/2013).

<sup>61</sup> BFH v. 3.8.1993 – VIII R 37/92, BStBl. II 1994, 444; v. 16.5.2002 – III R 45/98, BStBl. II 2003, 10; v. 14.3.2006 – I R 109/04, BFH/NV 06, 1812.

<sup>62</sup> Reg.-Entwurf, BT-Drucks. 16/10067, S. 49.

<sup>63</sup> *Blümich/Krumm*, § 5 EStG Rz. 521 (Stand: 10/2013).

<sup>64</sup> *Blümich/Krumm*, § 5 EStG Rz. 521 (Stand: 10/2013); BMF-Schreiben v. 12.3.2010, BStBl. I 2010, 239.

<sup>65</sup> BFH v. 3.2.1969 – GrS 2/68, BStBl. 1969 II, 291.

<sup>66</sup> BMF-Schreiben v. 12.3.2010, BStBl. I 2010, 239.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Vergünstigung,<sup>67</sup> denn der im Rahmen des FuE-Projekts eventuell geschaffene Mehrwert ist noch nicht am Markt realisiert worden und steht aufgrund der Ausschüttungssperre auch nicht den Anteilseignern zur Verfügung. Das Aktivierungsverbot für selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens ist daher nach wie vor als Fiskalzwecknorm einzuordnen, die dem Leistungsfähigkeitsprinzip entspricht.<sup>68</sup>

### c) Verlustabzugsbeschränkungen

Bei Ausgaben für Forschung und Entwicklung handelt es sich um betriebliche Investitionen, die im Fall des Fehlschlags keinerlei und im Erfolgsfall erst zu einem späteren Zeitpunkt Erträge generieren.<sup>69</sup> Bei jungen Unternehmen (Start-Ups), die ein neues Produkt entwickeln und keine Einnahmen aus dem Verkauf anderer Produkte haben, entsteht daher zunächst eine Verlustphase, die sich über mehrere Jahre erstrecken kann. Aber auch erfolgreiche Unternehmen stehen vor der Herausforderung, dass sie ständig neue Produkte entwickeln müssen, um sich am Markt zu behaupten. Ideal wären daher steuerliche Rahmenbedingungen, die einen vollständigen periodenübergreifenden Abzug der FuE-Aufwendungen zulassen und die Investitionsentscheidung nicht durch Abzugsverbote beeinflussen.<sup>70</sup> Leider ist das deutsche Ertragsteuerrecht in Bezug auf Verluste weder entscheidungsneutral noch entsprechen die geltenden Bestimmungen vollständig dem objektiven Nettoprinzip.<sup>71</sup>

Eine erste Beschränkung ergibt sich daraus, dass Verluste eines jungen Unternehmens, das wegen der Haftungsbeschränkung als Kapitalgesellschaft organisiert ist, wegen des Trennungsprinzips nicht auf Ebene der Gesellschafter zum Verlustausgleich genutzt werden können. Zwar würde der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags die Verlustzurechnung gem. §§ 14 Abs. 1 Satz 1, 17 KStG ermöglichen, doch wäre damit

---

67 A.A. F. W. *Wagner*, DStR, 2014, 1133 (1141), der darin eine steuerliche Begünstigung der Erstellung immaterieller Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens im Vergleich zu ihrem Erwerb bzw. zur Herstellung/Anschaffung materieller Wirtschaftsgüter sieht.

68 A.A. wohl *Mayr*, DStjG Bd. 34 (2011), 327 (336 ff.).

69 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 326. Üblicherweise wird zwischen Erstellungs- und Verwertungsphase unterschieden, *Broemel/Endert*, IStR 2014, 87 (93).

70 Allerdings gibt es empirische Hinweise darauf, dass Steuerpflichtige den Wert von Verlustvorträgen überschätzen und im Hinblick darauf bereit sind, höhere Risiken einzugehen (*Schanz*, DStR 2015, 1986 [1991]).

71 *Wendt*, DStjG Bd. 28 (2004), 41 (80); *Herzig*, DStjG Bd. 28 (2004), 185 (203).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

auch eine Verlustausgleichspflicht verbunden, was die Haftungsabschirmung zerstört (§ 302 Abs. 1 AktG). Eine gewisse Alternative bietet hier die Gründung einer GmbH & Co. KG, die als Mitunternehmerschaft transparent besteuert wird und trotz Haftungsbeschränkung die Zurechnung von Verlusten an die kapitalgebenden Mitunternehmer erlaubt (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG). Der Verlustausgleich ist jedoch gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG grundsätzlich auf die Höhe des Kapitalkontos beschränkt; weitere Verlustzuweisungen sind nur noch mit späteren Gewinnen ausgleichbar (§ 15a Abs. 2 Satz 1 EStG).

Die „Einsperrung“ von Verlusten in der GmbH, die ein FuE-Projekt betreibt, könnte mit der ertragsteuerlichen Trennung von Gesellschafts- und Gesellschafterosphäre gerechtfertigt werden, wenn wenigstens die uneingeschränkte Verlustnutzung auf Ebene der GmbH gesichert wäre. Dies ist aber im Hinblick auf die „Mindestbesteuerung“ gem. §§ 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, 10d Abs. 2 Satz 2 EStG und § 10a Satz 2 GewStG nicht der Fall. Die Begrenzung des Verlustabzugs auf maximal 60 % des jährlichen Gewinns führt zu einer zeitlichen Streckung der Verlustnutzung, die z.B. bei Projektgesellschaften und in Umwandlungsfällen in einen endgültigen Wegfall der Verlustnutzungsmöglichkeit umschlagen kann und dann gegen das objektive Nettoprinzip verstößt.<sup>72</sup> Wirtschaftlich und rechtlich besonders problematisch sind Vorschriften, die einen Verlustvortrag vollständig entfallen lassen. Dazu gehören insbesondere der Untergang des Verlustvortrags der übertragenden Gesellschaft im Fall der Verschmelzung (§§ 12 Abs. 3, 4 Abs. 2 Satz 3 UmwStG) sowie die umstrittenen „Mantelkaufregelungen“ der §§ 8c Abs. 1 KStG, 10a Satz 10 GewStG, die den Handel mit Verlustvorträgen unterbinden sollen.<sup>73</sup> Auch wenn der Gesetzgeber die Mantelkaufregelung mit dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009 durch Einführung einer „Stille-Reserven-Klausel“ abgemildert hat, so ergibt sich insgesamt doch eine erhebliche Behinderung von Start-ups und Venture-Capital-Investments, da jeder Anteilseignerwechsel potenziell steuerschädlich ist.<sup>74</sup> Dagegen ist der anteilige Untergang des gewerbsteuerlichen Fehlbetrags bei Veräußerung eines Mitunternehmeranteils trotz des Objektsteuercharakters der

---

<sup>72</sup> Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 8 Rz. 68.

<sup>73</sup> Der Ausschluss des Verlustausgleichs und Verlustabzugs ist nach verbreiteter Ansicht verfassungswidrig, z.B. Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11 Rz. 58 m.w.N.

<sup>74</sup> Malke/Schlie/Spengel (Fn. 1), 326. Die Expertenkommission Forschung und Innovation verlangt daher die Beendigung der restriktiven Behandlung von Verlustvorträgen (EFI-Gutachten 2012, S. 16).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Gewerbsteuer gerechtfertigt und vom Steuerpflichtigen hinzunehmen (Erfordernis der „Mitunternehmeridentität“).<sup>75</sup>

Die verschiedenen Verlustbeschränkungen führen im Ergebnis dazu, dass ein an sich zulässiger Sofortabzug von FuE-Aufwendungen in vielen Fällen wirtschaftlich entwertet wird. Die asymmetrische Behandlung von Gewinnen (volle Besteuerung) und Verlusten, die Abzugsbeschränkungen unterliegen, beeinträchtigt risikobehaftete Investitionen in FuE.<sup>76</sup> Sie schafft zudem einen steuerlichen Anreiz, risikobehaftete Aktivitäten wie z.B. FuE-Projekte in das niedrig besteuerte Ausland zu verlagern, ohne dass man dem Steuerpflichtigen einen moralischen Vorwurf machen kann.<sup>77</sup> Möglicherweise bewirken die Verlustabzugsbeschränkungen auch einen Vorteil für Unternehmen, die bereits länger erfolgreich am Markt tätig sind. Denn während „alte“ Unternehmen über laufende Einnahmen aus anderen Produkten verfügen und die FuE-Verluste zeitnah im Jahr der Entstehung steuerlich nutzen können, haben junge Unternehmen diese Möglichkeit der „Quersubventionierung“ nicht. Daraus könnte sich ein steuerlicher Wettbewerbsnachteil junger Unternehmen ergeben, der gegebenenfalls ausgeglichen werden müsste.

#### d) Zinsschranke und gewerbesteuerliche Hinzurechnung

Neben den allgemeinen Verlustabzugsbeschränkungen, die den steuerlichen Sofortabzug von FuE-Aufwendungen konterkarieren, gibt es noch weitere Abzugsbeschränkungen, die sich mittelbar auf die FuE-Tätigkeit auswirken und Investitionen verteuern können. So sind z.B. Aufwendungen für Fremdkapital nur eingeschränkt abziehbar, wenn die verfassungsrechtlich umstrittene Zinsschranke<sup>78</sup> greift (§§ 4h EStG, 8a KStG). Die damit verbundene Erschwerung der Finanzierung stellt eine Belastung auch für FuE-Tätigkeiten dar.<sup>79</sup> Außerdem unterliegt ein Teil der Finanzierungsaufwendungen (25 %) der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung gem. § 8 Nr. 1 Buchst. a GewStG, wenn der Freibetrag von 100.000 Euro für alle Hinzurechnungen gem. § 8 Nr. 1 GewStG überschritten wird.

---

75 BFH v. 3.5.1993 – GrS 3/92, BStBl. II 1993, 616.

76 *Spengel/Wiegand*, Ökonomische Effekte einer steuerlichen Forschungsförderung in Deutschland, 2011, S. 14.

77 *Schön*, *StuW* 2015, 69 [88].

78 Die Zinsschranke wird im Schrifttum überwiegend abgelehnt, z.B. *Hey* in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 22. Aufl. 2015, § 11 Rz. 56.

79 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 326.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Eine weitere mittelbare und etwas versteckte Zusatzbelastung von FuE-Tätigkeiten ist mit der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von 6,25 % der Entgelte für die Nutzungsüberlassung von Rechten verbunden (§ 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG).<sup>80</sup> Die Hinzurechnung wurde mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 eingeführt<sup>81</sup> und richtet sich vor allem gegen die Gewinnverlagerung ins Ausland, die z.B. durch Einräumung von Markenlizenzen erreicht werden kann, dient aber auch der Verbreiterung der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer.<sup>82</sup> § 8 Nr. 1 GewStG verstößt nicht gegen die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit, da die Hinzurechnung In- und Auslandsfälle gleichermaßen erfasst.<sup>83</sup> Auch der Schutzbereich der Zinsen- und Lizenzgebühren-RL ist nicht betroffen, denn die Hinzurechnung trifft den Vergütungsschuldner.<sup>84</sup> Zudem bestehen nach Auffassung des BFH keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Hinzurechnung gem. § 8 Nr. 1 GewStG,<sup>85</sup> wobei aber noch eine Richtervorlage des FG Hamburg beim BVerfG anhängig ist.<sup>86</sup>

Das Hinzurechnungsthema wird in der Praxis regelmäßig relevant, wenn das Unternehmen, das die FuE-Tätigkeit ausübt, dabei auch Immaterialgüterrechte anderer Unternehmen entgeltlich nutzt. Unter „Rechten“ versteht die Finanzverwaltung subjektive Rechte an immateriellen Wirtschaftsgütern, denen bereits unabhängig vom jeweiligen Überlassungsverhältnis ein eigenständiger Vermögenswert beizumessen ist und an denen eine geschützte Rechtsposition besteht. Demnach gehören insbesondere Konzessionen, gewerbliche Schutzrechte, Urheberrechte, Lizenzrechte und Namensrechte zu den Rechten im Sinne des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG.<sup>87</sup> Betroffen sind damit im FuE-Bereich vor allem Patente und Gebrauchsmuster (gewerbliche Schutzrechte) sowie Konstruktionszeichnungen, die aufgrund ihrer Schöpfungshöhe urheberrechtlich geschützt sind. Auch Aufwendungen für Softwaremiete sollen unter die Hinzurechnung fallen,<sup>88</sup> obwohl der Mieter die Software lediglich als Endanwender nutzt und mit Ausnahme der Installation der Software

---

80 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 326.

81 Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, 1912.

82 Auslöser war u.a. die Markenlizenzgestaltung eines bekannten Möbelhändlers („Lex Ikea“), vgl. *Keß* in *Lenski/Steinberg*, GewStG, § 8 Nr. 1 Buchst. f Rz. 4 (Stand: 7/2013).

83 *Blümich/Hofmeister*, § 8 GewStG Rz. 270 (Stand: 6/2014).

84 *Keß* in *Lenski/Steinberg*, GewStG, § 8 Nr. 1 Buchst. f Rz. 6 (Stand: 7/2013).

85 BFH v. 4.6.2014 – I R 70/12, BStBl. II 2015, 289.

86 Vorlagebeschluss des FG Hamburg v. 29.2.12, EFG 2012, 960.

87 Gleichl. Ländererlass v. 2.7.2012, BStBl. I 2012, 654, Rz. 33.

88 Gleichl. Ländererlass v. 2.7.2012, BStBl. I 2012, 654, Rz. 33.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

keine urheberrechtlich relevanten Verwertungshandlungen i.S.d. § 69c UrhG vornimmt. Die Überlassung ungeschützter Erfindungen und von Know-how fällt dagegen nicht unter § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG, was sich bereits aus dem Wortlaut ergibt,<sup>89</sup> aber im Hinblick auf den Normzweck etwas inkonsequent erscheint.<sup>90</sup> Im Rahmen des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG ist allerdings streng zwischen der zeitlich befristeten Nutzungsüberlassung und der Veräußerung eines Rechts unterscheiden.<sup>91</sup> Nach zutreffender Auffassung der Finanzverwaltung schließt nicht nur die zivilrechtliche Übertragung, sondern auch der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums die Annahme einer befristeten Nutzungsüberlassung aus. Dies gilt auch für Lizenzen im Bereich von Forschung und Entwicklung,<sup>92</sup> weshalb man in der Praxis auf eine eindeutige Vertragsgestaltung achten sollte.

#### e) Zwischenergebnis

Betrieblich veranlasste FuE-Aufwendungen die nicht zu den aktivierungspflichtigen Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsguts gehören, können sofort abgezogen werden (§ 4 Abs. 4 EStG). Dies gilt auch für die Herstellungskosten eines selbstgeschaffenen immateriellen Wirtschaftsguts des Anlagevermögens, wobei es sich bei dem Aktivierungsverbot gem. § 5 Abs. 2 EStG auch nach der Änderung von § 248 Abs. 2 HGB durch das BilMoG nicht um eine Steuersubvention, sondern um eine Fiskalzwecknorm handelt. Der Sofortabzug der eigenen FuE-Aufwendungen entspricht dem objektiven Nettoprinzip, wird aber durch einige gesetzliche Verlust- und Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen erheblich erschwert. Besonders einschneidend wirken die Mindestbesteuerung gem. § 10d Abs. 2 EStG und die Mantelkaufregelung gem. § 8c KStG, wobei die asymmetrische Besteuerung von Gewinnen (voll steuerpflichtig) und Verlusten (Abzugsbeschränkung) einen Anreiz zur Verlagerung von risikobehafteten FuE-Aktivitäten in das

---

89 Gleichl. Ländererlass v. 2.7.2012, BStBl. I 2012, 654, Rz. 33.

90 Grund der Hinzurechnung ist, dass die befristete Überlassung immaterieller Wirtschaftsgüter wirtschaftlich der befristeten Überlassung materieller Wirtschaftsgüter (also von Sachkapital durch Vermietung und Verpachtung) vergleichbar ist und der Nettoertrag der befristeten Überlassung („Finanzierungsanteil“) im Gewerbebetrieb erwirtschaftet wurde (BFH v. 31.1.12 – I R 105/10, BFH/NV 2012, 996; *Blümich/Hofmeister*, § 8 GewStG Rz. 270 [Stand: 6/2014]).

91 Gleichl. Ländererlass v. 2.7.2012, BStBl. I 2012, 654, Rz. 37.

92 Gleichl. Ländererlass v. 2.7.2012, BStBl. I 2012, 654, Rz. 37.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

niedrig besteuernde Ausland schafft. Auch die Zinsschranke (§§ 4h EStG, 8a KStG) sowie die gewerbsteuerliche Hinzurechnung von Finanzierungsaufwendungen (§ 8 Nr. 1 Buchst. a GewStG) wirken sich nachteilig auf inländische FuE-Aktivitäten aus, indem sie die Finanzierung verteuern und das Chance-Risiko-Verhältnis des FuE-Projekts negativ beeinflussen.<sup>93</sup> Eine weitere, leicht zu übersehende Behinderung ergibt sich aus der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von 6,25 % der Aufwendungen für die Nutzungsüberlassung von Rechten (§ 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG). Dieser Tatbestand ist einerseits überschießend, weil er die bloße Nutzungsüberlassung von Software erfassen soll (Softwaremiet), andererseits aber auch inkonsequent, indem er geschützte und ungeschützte Erfindungen (Know-how) unterschiedlich behandelt.

#### 4. Besteuerung internationaler FuE-Aktivitäten und BEPS-Aktionsplan

Der moderne Gedanke des internationalen Freihandels hat eine beispiellose Globalisierung unternehmerischer Wertschöpfungsketten bewirkt. Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit ermöglichen den Unternehmen grundsätzlich die Wahl des am besten für die jeweilige Unternehmensfunktion geeigneten Standorts. Die Globalisierung hat auch die FuE-Aktivitäten internationaler Konzerne erfasst,<sup>94</sup> die typischerweise am Beginn einer Wertschöpfungskette stehen und ebenfalls an dem Standort stattfinden sollten, an dem sie den größten Nutzen erzielen können.<sup>95</sup> Die wirtschaftspolitisch geförderte Mobilität der Unternehmensfunktionen stößt aber auf ein Ertragsteuerrecht, das aus einem historisch gewachsenen Flickenteppich nationaler Steuerhoheiten besteht und von althergebrachten Konzepten zur Aufteilung des Steueraufkommens geprägt wird.<sup>96</sup> Daraus ergibt sich einerseits die reale Gefahr einer steuerlichen Behinderung bzw. Diskriminierung grenzüberschreitender FuE-Aktivitäten, was insbesondere an den Diskussionen um die Entstrickung von Wirtschaftsgütern und die Hinzurechnungsbesteuerung innerhalb der EU deutlich geworden ist. Andererseits versuchen zahlreiche Staaten, die unternehmerische Standortentschei-

---

<sup>93</sup> Malke/Schlie/Spengel (Fn. 1), 327.

<sup>94</sup> Expertenkommission Forschung und Innovation, EFI-Gutachten 2012, S. 24.

<sup>95</sup> Vgl. zur Steuergestaltung mit IP-Gesellschaften Broemel/Endert, IStR 2014, 87 (92 ff.)

<sup>96</sup> S. dazu Schön, StuW 2012 (213).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

derung durch steuerliche Vorzugsbedingungen zu beeinflussen, was nicht nur die optimale Allokation von Ressourcen behindert, sondern auch zu negativen Übertragungseffekten im Hinblick auf das Steueraufkommen anderer Staaten führt.<sup>97</sup> Allokationseffizienz und Neutralität der internationalen Besteuerung sind ein Thema für sich, das hier nicht weiter behandelt werden kann.<sup>98</sup> Das deutsche Internationale Steuerrecht versucht immerhin, den divergierenden Anforderungen von Binnenmarkt und Wahrung des Steueraufkommens gerecht zu werden, wobei nach Ansicht des Verfassers das Pendel zu sehr in Richtung „steuerlicher Protektionismus“ zurückzuschwingen droht. Im Rahmen des BEPS-Projekts der G20-Mitgliedstaaten<sup>99</sup> werden weitere Maßnahmen zur „Ent-Mobilisierung“ der Wertschöpfung vorgeschlagen, die sich teilweise nachteilig für das deutsche Steueraufkommen<sup>100</sup> und die Standortbedingungen für FuE auswirken könnten. Entscheidungsrelevanten Einfluss auf FuE-Aktivitäten mit internationalem Bezug haben insbesondere die folgenden Regelungen bzw. BEPS-Maßnahmen:

#### a) Besteuerung von Entstrickung und Funktionsverlagerung

Der Toleranz des Gesetzgebers bei der Gewerbesteuer, die eine Verlagerung stiller Reserven zwischen inländischen Betriebsstätten desselben Steuerpflichtigen zulässt und damit eine gewisse FuE-bezogene Steuergestaltung ermöglicht (s.o. Abschnitt II.2.c.), steht eine konsequente Bekämpfung der grenzüberschreitenden Gewinnverlagerung gegenüber. Betroffen ist nicht nur die Übertragung bzw. Überführung einzelner FuE-Ergebnisse in das Ausland (aa), sondern auch die grenzüberschreitende Verlegung der FuE-Funktion als solcher (bb).

#### aa) Überführung von FuE-Ergebnissen in das Ausland

Hat eine inländische Muttergesellschaft im Rahmen ihrer FuE-Tätigkeit ein immaterielles Wirtschaftsgut hergestellt (z.B. ein Patent), führt die

---

97 IMF, Staff Report on Spillovers in International Corporate Taxation, v. 9.5.2014, S. 23 f.

98 S. dazu *Spengel*, Neutralitätskonzepte und Anreizwirkungen im Internationalen Steuerrecht, DStJG Band 36 (2013), 39 (44 ff.).

99 BEPS = Base Erosion and Profit Shifting (Aushöhlung der Bemessungsgrundlage und Gewinnverlagerung). Vgl. Zum BEPS-Aktionsplan v. 13.7.2013 *Valta*, ISR 2014, 176 (Teil 1), 214 (Teil 2) und 249 (Teil 3); *Pinkernell*, FR 2013, 737.

100 *Piltz*, IStR 2015, 529 (531).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

(verdeckte) Einlage des Patents in eine ausländische Tochtergesellschaft auch dann zur Gewinnrealisierung, wenn die Tochtergesellschaft im EU/EWR-Raum ansässig ist (§ 6 Abs. 6 Satz 1 EStG). Entsprechendes gilt bei einem Verkauf des Patents „unter Wert“, da die Finanzverwaltung eine Verrechnungspreiskorrektur auf der Grundlage des Fremdvergleichs durchführen darf (§ 1 Abs. 1 Satz 4 AStG). Zwar ist der Zwang zur Gewinnrealisierung bei der (verdeckten) Einlage von Einzelwirtschaftsgütern in eine ausländische Kapitalgesellschaft nicht zu beanstanden, da § 6 Abs. 6 EStG sowohl für Inlands- als auch Auslandsübertragungen gilt.

Eine Diskriminierung der Auslandsbeziehung ergibt sich aber, wenn an die Stelle der Übertragung eine unentgeltliche, befristete Nutzungsüberlassung an die Tochtergesellschaft tritt (z.B. Lizenzierung des Patents ohne Gegenleistung). Während im Inlandsfall eine folgenlose Nutzungseinlage vorliegt,<sup>101</sup> die keine Korrektur nach sich zieht, erfordert der Fremdvergleichsgrundsatz gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 AStG den Ansatz einer fremdüblichen Lizenzgebühr, wodurch sich das Einkommen der Muttergesellschaft erhöht.<sup>102</sup> Eine weitere Ungleichbehandlung tritt bei der Überführung des Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte des Steuerpflichtigen ein. Denn im Unterschied zum Inlandssachverhalt, bei dem die Überführung zwischen zwei Betriebsstätten grundsätzlich keine nachteiligen Folgen hat,<sup>103</sup> fingieren §§ 4 Abs. 1 Satz 3 und 4 EStG, 12 Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG eine Veräußerung des Wirtschaftsguts zum gemeinen Wert. Die Veräußerungsfiktion kodifiziert die vom BFH aufgegebene „Theorie der finalen Entnahme“ und gilt nicht nur für die Überführung in eine DBA-Freistellungsbetriebsstätte, durch die Deutschland möglicherweise das Besteuerungsrecht für die stillen Reserven verliert (Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts),<sup>104</sup> sondern auch für die

---

101 Einlagefähig sind nur bilanzierbare Vermögensvorteile (BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348). Unentgeltliche oder verbilligte Nutzungs- oder Gebrauchsüberlassungen bzw. entsprechende (Nutzungs-)Rechte sind keine verdeckten Einlagen (BFH – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348; Beschl. v. 4.12.2006 – GrS 1/05, BStBl. II 2007, 508).

102 Verwaltungsgrundsätze v. 23.2.1983, BStBl. I 1983, 218, Rz.5.1.1.

103 Eine Ausnahme bilden Steuervergünstigungen und Zulageatbestände, die ein Verbleibenserfordernis enthalten.

104 Der BFH vertrat zunächst die „Theorie der finalen Entnahme“, wonach eine Schlussbesteuerung der stillen Reserven in Deutschland geboten war, hat diese Rspr. aber mit den Urt. v. 17.7.2008 – I R 77/06, BStBl. II 2009, 464 und v. 28.10.2009 – I R 99/08, BStBl. II 2011, 1019 aufgegeben. Nach Ansicht des BFH besteht sowohl nach nationalem Recht (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Überführung in eine Anrechnungsbetriebsstätte. Insoweit soll bereits die abstrakte Verpflichtung zur Anrechnung etwaiger ausländischer Steuern im Veräußerungsfall genügen, um eine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts und damit die gesetzliche Veräußerungsfiktion auszulösen.<sup>105</sup> Das überführende Unternehmen sieht sich damit einer unmittelbaren Steuerbelastung ausgesetzt, der kein Zufluss von liquiden Mitteln gegenübersteht. Immerhin gestattet der Gesetzgeber bei der gewinnrealisierenden Überführung von Anlagevermögen in eine EU-Betriebsstätte die Bildung eines Ausgleichspostens, wodurch der Gewinn über fünf Jahre verteilt werden kann (§ 4g Abs. 1 und 2 EStG).<sup>106</sup> Die Unionsrechtskonformität dieser Regelungen, die eine steuerliche Einschränkung der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV zur Folge haben, war lange heftig umstritten, dürfte nunmehr aber im Grundsatz durch die EuGH-Rspr. geklärt sein.<sup>107</sup> Denn der EuGH hält die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für gerechtfertigt, weil sie der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten dient. Die „Exit-Besteuerung“ in Deutschland erzeugt allerdings ein Folgeproblem im anderen EU-Mitgliedstaat bzw. Drittstaat, das bislang nicht durchgängig gelöst werden kann. Denn in der Praxis ist keineswegs sichergestellt, dass der Steuerpflichtige das überführte Wirtschaftsgut mit dem gemeinen Wert ansetzen kann. Lässt der Betriebsstättenstaat nur die Bewertung mit den (fortgeschriebenen) Anschaffungskosten zu, kommt es bei der späteren Veräußerung des überführten Wirtschaftsguts zu einer Doppelbesteuerung.

Die bloße Nutzungsüberlassung eines immateriellen Wirtschaftsguts an die ausländische Betriebsstätte, die eine Gestaltungsalternative zur gewinnrealisierenden Überführung darstellen könnte, hat der deutsche Gesetzgeber im Interesse seines Steueraufkommens ebenfalls „eingefan-

---

EStG) als auch auf Abkommensebene (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 13 Abs. 2 OECD-MA) ein Besteuerungsrecht für die bis zur Überführung gebildeten stillen Reserven, das Deutschland im Zeitpunkt der Veräußerung des überführten Wirtschaftsguts ausüben kann.

105 Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze i.d.F. des BMF-Schreibens v. 25.8.2009, BStBl. I 2009, 888, Rz.2.6.1.; *Blümich/Hofmeister*, KStG, § 12 Rz. 40 (Stand: 11/2012). A.A. *Kolbe* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 12 KStG Anm. 35 (Stand: 5/2011).

106 Dies gilt auch bei Anwendung des AOA gem. § 1 Abs. 5 Satz 6 AStG i.V.m. § 16 Abs. 1 BsGaV, vgl. *Rasch/Wenzel*, IWB 2015, 579 (583).

107 EuGH v. 23.1.2014 – Rs. C-164/12 – DMC, DStR 2014, 193; v. 21.5.2015 – Rs. C-657/13 – *Verder LabTec*, IStR 2015, 440 mit Anm. *Mitschke*.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

gen“. Denn nach §§ 4 Abs. 1 Satz 3 EStG, 12 Abs. 1 Satz 1 KStG steht einer Entnahme auch der Ausschluss oder die Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts hinsichtlich des Gewinns aus der Nutzung eines Wirtschaftsguts gleich.<sup>108</sup> Und die mit dem AmtshilfeRLUMsG vom 26.6.2013<sup>109</sup> in das deutsche Recht übernommenen OECD-Betriebsstättingrundsätze (Authorised OECD Approach)<sup>110</sup> fingieren für diese Nutzungsüberlassung einen Lizenzvertrag zwischen Stammhaus und Betriebsstätte (anzunehmende schuldrechtliche Beziehung i.S.d. § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 AStG), der gem. § 1 Abs. 5 Satz 4 AStG eine fremdübliche Vergütung erfordert. Im Ergebnis sind die grenzüberschreitende Übertragung, Überführung und Nutzungsüberlassung von FuE-Ergebnissen mit der Besteuerung der stillen Reserven verbunden, was im Hinblick auf den vorherigen inländischen Betriebsausgabenabzug und den Fremdvergleichsgrundsatz gerechtfertigt ist, aber zugleich eine empfindliche – wenn auch hinzunehmende – Einschränkung der Niederlassungsfreiheit im EU-Binnenmarkt bedeutet.

#### **bb) Verlegung der FuE-Funktion in das Ausland**

Die Aufgabenteilung innerhalb eines Unternehmens lässt abgrenzbare Funktionen entstehen, zu denen neben Einkauf, Produktion und Vertrieb auch verschiedene Dienstleistungen gehören,<sup>111</sup> wobei der Forschungs- und Entwicklungsfunktion als „erfolgskritischer Funktion“ eine herausgehobene Bedeutung zukommt.<sup>112</sup> Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann es vorteilhaft sein, die Forschungs- und Entwicklungsfunktion vom

---

108 Anzusetzen ist wohl der gemeine Wert der Nutzungsentnahme, wobei das deutsche Besteuerungsrecht im Überlassungsfall gar nicht ausgeschlossen wird (vgl. dazu *Wassermeyer*, IStR 2008, 176 [179]). Dieselbe Rechtsfolge dürfte sich nunmehr aber aus § 1 Abs. 5 AStG ergeben, da eine Nutzungsüberlassung an die als selbständig geltende Betriebsstätte vorliegt.

109 BGBl. I 2013, 1809.

110 OECD, 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, Paris 2010.

111 Vgl. die Aufzählung im BMF-Schreiben v. 13.10.2010 (Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung), BStBl. I 2010, 774, Rz. 15: Geschäftstätigkeiten, die zur Geschäftsleitung, Forschung und Entwicklung, Materialbeschaffung, Lagerhaltung, Produktion, Verpackung, Vertrieb, Montage, Bearbeitung oder Veredelung von Produkten, Qualitätskontrolle, Finanzierung, Transport, Organisation, Verwaltung, Marketing, Kundendienst usw. gehören.

112 *Ditz/Greinert* in *Wassermeyer/Baumhoff*, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, Kapitel 7 Funktionsverlagerungen, Rz. 7.21.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Inland in das Ausland zu verlegen, etwa um die dortigen Kostenvorteile zu nutzen (geringere Lohnkosten, niedrigere Steuerbelastung) oder um durch Zusammenführung von FuE-Aktivitäten Skalen- und Synergieeffekte zu realisieren.<sup>113</sup> Die Entscheidung über die Verlegung der FuE-Funktion in das Ausland steht im unternehmerischen Ermessen der Geschäftsleitung und ist steuerlich selbst dann zu respektieren, wenn eine Minderung der Steuerbelastung angestrebt wird.<sup>114</sup> Die unternehmerische Dispositionsfreiheit umfasst nach zutreffender Ansicht der Finanzverwaltung auch Entscheidungen darüber, ob Funktionen selbst wahrgenommen, bei einem anderen (Konzern-)Unternehmen konzentriert, auf mehrere Unternehmen aufgeteilt werden oder ein Subunternehmer damit beauftragt wird.<sup>115</sup>

Allerdings hat der Gesetzgeber als eine Maßnahme zur Gegenfinanzierung der Unternehmensteuerreform 2008 die Besteuerung von Funktionsverlagerungen in das Ausland vorgesehen (§ 1 Abs. 1 Satz 9 bis 12 AStG).<sup>116</sup> Die Neuregelung bezweckt die Erschwerung der Verlagerung von Steuersubstrat in das Ausland sowie die sachgerechte Besteuerung von Wertetransfers in das Ausland, was einen gewissen Ausgleich für die vom Steuerzahler finanzierten inländischen Vorleistungen bewirken soll (z.B. Aufbau einer Produktionsanlage).<sup>117</sup> Zwar ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass der Hauptanwendungsbereich die Verlagerung von Vertrieb und Produktion ist, während Forschungs- und Entwicklungsabteilungen erfahrungsgemäß eher selten verlagert würden.<sup>118</sup> Tatsächlich hat sich die Besteuerung von Funktionsverlagerungen aber zu einem erheblichen Hemmschuh der grenzüberschreitenden FuE-Zusammenarbeit entwickelt,<sup>119</sup> was u.a. an der mangelnden Bestimmtheit des Tatbestands und der einschneidenden Rechtsfolge der Besteuerung eines ganzen „Transferpakets“ liegt.<sup>120</sup> Denn der Begriff „Funktion“ ist weiter

---

113 S. Stein, Verlagerung von Forschungs- und Entwicklungsfunktionen in multinationalen Konzernen, 2014, S. 414 f.

114 Ditz/Greinert in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, Kapitel 7 Funktionsverlagerungen, Rz. 7.3.

115 Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung, Rz. 145.

116 Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, 1912.

117 BT-Drucks. 16/4841, S. 34.

118 BT-Drucks. 16/4841, S. 84.

119 Malke/Schlie/Spengel (Fn. 1), 338.

120 Zur Kritik vgl. Ditz/Greinert in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, Kapitel 7 Funktionsverlagerungen, Rz. 7.14 und 7.82 f.; Hentschel/Kraft, IStR 2015, 193 (198 f.). Nach

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

gefasst als die von der Rspr. bereits hinreichend konkretisierte Definition des Teilbetriebs, und § 1 Abs. 3 Satz 9 AStG verlangt eine komplexe Bewertung der gesamten Funktion nach Maßgabe des hypothetischen Fremdvergleichs (§ 1 Abs. 3 Satz 5 AStG), wenn – was regelmäßig der Fall sein dürfte – kein tatsächlicher Fremdvergleichswert für die Funktion verfügbar ist.<sup>121</sup> Es erfolgt eine Gesamtbewertung der verlagerten Funktion, die einen höheren Betrag als die Einzelbewertung der übertragenen Wirtschaftsgüter ergibt, weil die Einzelbewertung „den Wert der Funktion regelmäßig nicht adäquat widerspiegelt.“<sup>122</sup> Dabei werden die ausländischen Standortvorteile werterhöhend berücksichtigt (§ 3 Abs. 2 Satz 1 FVerlV), da ein hypothetischer Käufer der Funktion diese Umstände in sein Kaufpreiskalkül einbeziehen würde, was den Einigungsbereich und damit die Bandbreite für den angemessenen Verrechnungspreis erweitert.<sup>123</sup> Hat die Finanzverwaltung an der Angemessenheit des für die Funktion ermittelten Kaufpreises später Zweifel, weil der tatsächlich erzielte Gewinn von den Bewertungsannahmen abweicht, kann sie ex post auch noch eine Preisanpassung vornehmen (§ 1 Abs. 3 Satz 11 und 12 AStG). Und verfügt der andere Staat nicht über ähnliche Regeln, die dem übernehmenden Unternehmen eine Abschreibung der „gekauften“ Funktion erlauben, kommt es auch noch zu einer steuerlichen Doppelbelastung.<sup>124</sup>

§ 1 Abs. 1 Satz 1 FVerlV definiert die Funktion als Geschäftstätigkeit, die aus einer Zusammenfassung gleichartiger betrieblicher Aufgaben besteht, die von bestimmten Stellen oder Abteilungen eines Unternehmens erledigt werden; die Funktion ist ein organischer Teil eines Unternehmens, ohne dass ein Teilbetrieb im steuerlichen Sinn vorliegen muss (§ 1 Abs. 1 Satz 2 FVerlV). Eine Funktionsverlagerung tritt ein, wenn ein Unternehmen einem anderen, nahe stehenden Unternehmen Wirtschaftsgüter und sonstige Vorteile sowie die damit verbundenen Chancen und Risiken überträgt oder zur Nutzung überlässt, damit das übernehmende

---

Auffassung von *Greil/Naumann*, IStR 2015, 429 (436) lässt sich die Funktionsverlagerung in der Praxis der Betriebsprüfung aber handhaben.

121 *Ditz/Greinert* in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, Kapitel 7 Funktionsverlagerungen, Rz. 7.86.

122 BT-Drucks. 16/4841, S. 86.

123 *Ditz/Greinert* in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, Kapitel 7 Funktionsverlagerungen, Rz. 7.92.

124 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 338.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Unternehmen eine Funktion ausüben kann, die bisher von dem verlagernden Unternehmen ausgeübt worden ist, und dadurch die Ausübung der betreffenden Funktion durch das verlagernde Unternehmen eingeschränkt wird (§ 1 Abs. 2 Satz 1 FVerlV). Die gesetzliche Regelung zielt also nicht nur auf die Übertragung, sondern auch auf das „Abschmelzen“ von Funktionen ab,<sup>125</sup> wobei auch noch ein fünfjähriger Betrachtungszeitraum gilt, um schleichende Verlagerungsvorgänge zu erfassen (§ 1 Abs. 6 FVerlV). Die Aufnahme einer Funktion durch das andere Unternehmen ist ausnahmsweise unschädlich, wenn es dadurch innerhalb des Fünfjahreszeitraums zu keiner Einschränkung der Ausübung dieser Funktion für das bisher tätige Unternehmen kommt (Funktionsverdopplung, § 1 Abs. 6 Satz 1 FVerlV).<sup>126</sup> Ebenfalls keine Funktionsverlagerung liegt vor, wenn im Konzern lediglich einzelne Wirtschaftsgüter übertragen bzw. Personal entsendet wird (§ 1 Abs. 7 FVerlV).

Als Funktion i.S.v. § 1 Abs. 1 FVerlV kommt auch Forschung und Entwicklung in Betracht.<sup>127</sup> Ist die FuE-Funktion Teil eines Funktionsbündels, das in das Ausland verlagert worden ist (z.B. Verlagerung der Produktion einschließlich FuE auf einen konzernangehörigen Eigenproduzenten), erfolgt eine Gesamtbewertung, wobei die FuE-Funktion nicht separat in Erscheinung tritt.<sup>128</sup> Nach Ansicht der Finanzverwaltung kann die FuE-Funktion aber auch für sich betrachtet Gegenstand einer Funktionsverlagerung sein.<sup>129</sup> Dabei sind allerdings verschiedene Sachverhalte zu unterscheiden: Nimmt das inländische Unternehmen, das

---

125 Wird die Funktion im Inland eingestellt und einschließlich der zugehörigen Wirtschaftsgüter vollständig auf das ausländische Unternehmen übertragen, liegt eine Funktionsausgliederung vor. Dagegen werden im Rahmen einer Funktionsabschmelzung lediglich Teile einer Funktion auf ein ausländisches verbundenes Unternehmen verlagert, so dass das inländische Unternehmen nach der Funktionsabschmelzung über ein geringeres Funktions- und/oder Risikoprofil verfügt (*Ditz/Greinert* in Wassermeyer/Baumhoff, *Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen*, 2014, Kapitel 7 Funktionsverlagerungen, Rz. 7.43 f.).

126 *Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung*, Rz. 42.

127 *Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung*, Rz. 15; *Ditz/Greinert* in Wassermeyer/Baumhoff, *Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen*, 2014, Kapitel 7 Funktionsverlagerungen, Rz. 7.22.

128 § 1 Abs. 2 Satz 3 FVerlV. Werden mehrere Einzelfunktionen verlagert, liegt ein einheitlicher Verlagerungsvorgang vor, wenn die Verlagerungen der Einzelfunktionen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen (*Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung*, Rz. 5).

129 *Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung*, Rz. 216.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

die FuE-Tätigkeit bisher allein und auf eigenes Risiko ausgeübt hat (Eigenforschung), nunmehr an einem Konzernumlagevertrag teil (Aufwands-Pool), der die gemeinsame Entwicklung im Rahmen einer Inngesellschaft zum Ziel hat, liegt keine Funktionsverlagerung vor.<sup>130</sup> Erlangt das beitretende Konzernunternehmen dabei Zugriff auf bereits vorhandene immaterielle Wirtschaftsgüter des Pools, muss es eine angemessene Eintrittszahlung leisten.<sup>131</sup> Wird aber die Funktion „Forschung und Entwicklung“ zusammen mit den entsprechenden Wirtschaftsgütern und Vorteilen auf ein anderes nahe stehendes Unternehmen verlagert, ist der Tatbestand der Funktionsverlagerung erfüllt.<sup>132</sup> Dies gilt nicht nur bei vollständiger Übertragung der FuE-Funktion auf das nahestehende Unternehmen (Funktionsausgliederung), sondern auch im Fall der Auftragsforschung.<sup>133</sup> Übt das übernehmende Unternehmen die FuE-Funktion nunmehr für eigenes Risiko aus (echte Auftragsforschung im Rahmen eines Werkvertrags), ist der Tatbestand der Funktionsverlagerung erfüllt, auch wenn die Ergebnisse anschließend vertragsgemäß auf das verlagernde Unternehmen übertragen werden. Damit ist eine zweifache Gewinnrealisierung verbunden (Verkauf der Funktion und Rückkauf der FuE-Ergebnisse). Im Fall der unechten Auftragsforschung (Dienstvertrag) sind die Risiken und Wirtschaftsgüter dagegen (weiterhin) dem inländischen Auftraggeber zuzuordnen (s.o. Abschnitt II.2.c.), so dass eine „Exit-Besteuerung“ nicht gerechtfertigt ist. Es handelt sich um eine bloße Funktionsabspaltung<sup>134</sup> ohne Verlagerung von Gewinnpotenzial in das Ausland, da der Auftragnehmer eine Outsourcing-Dienstleistung erbringt und nach der Kostenaufschlagsmethode zu vergüten ist. Die Finanzverwaltung behandelt den Fall unter be-

---

130 Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung, Rz. 50.

131 Verwaltungsgrundsätze-Umlageverträge, Rz.4.1.

132 Beispiel Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung, Rz. 217: Parallel zur Forschungsabteilung der P (Inland) wird eine neue Tochtergesellschaft (T) als Forschungsunternehmen im Ausland gegründet. Das erforderliche Personal, insbesondere die Forscher, werden von P zu T versetzt. Die Forschungsaktivitäten von P reduzieren sich fortlaufend (Personalabbau, keine weiteren Geldmittel usw.), während T erfolgreiche Forschung und Anschlussforschung betreibt (Patente). Eine Funktionsverlagerung liegt vor. Das Transferpaket umfasst z. B. das Forschungs-Know-how und Kenntnisse über laufende Forschungsprojekte.

133 Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung, Rz. 217.

134 Vgl. zum Begriff „Funktionsabspaltung“ *Ditz/Greinert* in Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, Kapitel 7 Funktionsverlagerungen, Rz. 7.45.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

stimmten Voraussetzungen als Funktionsverlagerung auf ein Routineunternehmen i.S.v. § 2 Abs. 2 Satz 1 FVerlV, so dass die Gesamtbewertung eines Transferpakets unterbleiben kann (§ 1 Abs. 3 Satz 10 AStG);<sup>135</sup> für die Übertragung bzw. Nutzungsüberlassung einzelner Wirtschaftsgüter (Ausrüstungsgegenstände, Know-how) sind im Rahmen einer Einzelbewertung aber angemessene Verrechnungspreise zu ermitteln.

In der Praxis ist daher zu beachten, dass der Übergang zur unechten Auftrags-FuE nach Auffassung der Finanzverwaltung eine Funktionsverlagerung darstellt, auch wenn im Idealfall nur eine Einzelbewertung der übertragenen/überlassenen Wirtschaftsgüter erforderlich ist (z.B. Forschungs-Know-how). Die Funktionsänderung stellt zudem einen außergewöhnlichen Geschäftsvorfall dar, der zeitnah und unter Angabe der laufenden Forschungsvorhaben dokumentiert werden muss (§§ 3 Abs. 2, 5 Nr. 6 GAufzV).<sup>136</sup> Ein weiteres Praxisproblem bei FuE-Aktivitäten ist die Abgrenzung zwischen einer Funktionsverlagerung und der bloßen (vorübergehenden) Entsendung von Personal zu einer ausländischen Konzerngesellschaft, um dort eigene FuE-Kompetenzen aufzubauen. Die gesetzliche Abgrenzungsregelung in § 1 Abs. 7 FVerlV ist zirkulär und einer vernünftigen Auslegung schwer zugänglich.<sup>137</sup> Die Finanzverwaltung will darauf abstellen, ob eine kurz- oder langfristige Entsendung vorliegt bzw. ob das entsandte Personal seinen bisherigen Zuständigkeitsbereich aus dem entsendenden Unternehmen mitnimmt und nach der Entsendung im übernehmenden Unternehmen die gleiche Tätigkeit ausübt.<sup>138</sup>

Die Besteuerung von Funktionsverlagerungen wird ganz überwiegend als überschießend und investitions hindernd eingeordnet.<sup>139</sup> Zwar ist der „Einsperrungseffekt“, der sich aus dem weiten Tatbestand und der Transferpaket-Bewertung ergibt, vom Gesetzgeber beabsichtigt und dient der Sicherung des Steueraufkommens. Die Kehrseite ist jedoch ein steuerlicher „Aussperrungseffekt“, denn ein ausländisches Unternehmen wird neue FuE-Projekte bei sonst gleichen Bedingungen an einem anderen Standort verwirklichen, der weniger restriktiv ist. Und auch ein inländi-

---

135 Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung, Rz. 217 u. 66. Der Auftragnehmer darf allerdings nur für das verlagernde Unternehmen tätig sein.

136 Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung, Rz. 217.

137 „Eine Funktionsverlagerung liegt nicht vor ... wenn Personal im Konzern entsandt wird, ohne dass eine Funktion mit übergeht.“

138 Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung, Rz. 55 f.

139 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 338.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

ches Unternehmen muss die Standortfrage prüfen, wenn es eine FuE-Funktion erstmals einrichtet<sup>140</sup> oder eine neue Geschäftssparte einschließlich FuE-Funktion hinzukaufen will. Hier kann es durchaus vorteilhaft sein, die FuE-Tätigkeit von Beginn an von einer ausländischen Tochtergesellschaft ausüben zu lassen, wobei dann allerdings die Hinzurechnungsbesteuerung zu beachten ist.

### b) Hinzurechnungsbesteuerung

Ist eine inländische Muttergesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 % an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt, die eigene FuE-Aktivitäten hat und einer niedrigen Besteuerung von weniger als 25 % unterliegt, greift grundsätzlich die Hinzurechnungsbesteuerung gem. § 7 Abs. 1 AStG. Die Hinzurechnungsbesteuerung dient primär der Missbrauchsabwehr<sup>141</sup> und richtet sich gegen die Verlagerung bestimmter „passiver“ Einkünfte auf inländerbeherrschte Auslandsgesellschaften, die Abschirmwirkung besitzen.<sup>142</sup> Dabei hat allerdings innerhalb des EU-/EWR-Raums die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV Vorrang. Nach der EuGH-Rspr. ist die Hinzurechnung von Einkünften nur im Fall einer rein künstlichen Gestaltung zulässig, die der Steuervermeidung dient.<sup>143</sup> § 8 Abs. 2 Satz 1 AStG sieht insoweit einen Entlastungsbeweis vor, der auf die Ausübung einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im anderen EU/EWR-Mitgliedstaat abstellt und möglicherweise zu restriktiv gefasst ist.<sup>144</sup> Die Hinzurechnungsbesteuerung ist trotz ihrer Einschränkung durch die Niederlassungsfreiheit vielfältiger Kritik ausgesetzt, die sich u.a. auf ihre Komplexität sowie den hohen Schwellenwert für die Niedrigbesteuerung von 25 % bezieht (§ 8 Abs. 3 Satz 1

---

140 Bei Neuaufnahme einer Funktion liegt auch keine Funktionsverlagerung vor, vgl. Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung, Rz. 57.

141 BFH v. 11.3.2015 – I R 10/14, DStR 2015, 995.

142 S. zur Rechtsentwicklung *Protzen*, in Kraft, AStG, 2009, § 7 Rz. 2.

143 EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 – Cadbury Schweppes, DStR 2006, 1686.

144 Zu den verbleibenden unionsrechtlichen Bedenken vgl. Kraft, AStG, 2009, § 8 Rz. 790 ff. Nach Ansicht von Schön genügt vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit bereits die Erfüllung der Voraussetzungen, die für die Begründung des Orts der Geschäftsleitung erforderlich sind (Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung und Europäische Grundfreiheiten, IStR-Beihefter 2013, 3 [12]).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

AStG).<sup>145</sup> Ein weiterer wesentlicher Kritikpunkt war bislang auch die Einbeziehung des Hinzurechnungsbetrags in den Gewerbeertrag der inländischen Muttergesellschaft,<sup>146</sup> was nicht dem Objektsteuercharakter der Gewerbesteuer entspricht und zu einer Ungleichbehandlung von Tochtergesellschafts- und Betriebsstätten Sachverhalten geführt hatte. Der BFH hat diese Kritik in einem aktuellen Urteil aufgegriffen und die Ungleichbehandlung durch eine methodisch forsche Anwendung der Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 3 Satz 1 GewStG beseitigt.<sup>147</sup> Der Hinzurechnungsbetrag unterliegt jetzt bei der inländischen Muttergesellschaft nur noch der Körperschaftsteuer (zuzüglich SolZ), wobei wohl mit einem baldigen Nichtanwendungsgesetz zu rechnen ist.

Im Bereich von FuE-Tätigkeiten greift die Hinzurechnungsbesteuerung, wenn eine niedrig besteuerte Gesellschaft Einkünfte aus der Nutzungsüberlassung von Rechten, Plänen, Mustern, Verfahren, Erfahrungen und Kenntnissen erzielt, es sei denn, es handelt sich um die Auswertung der Ergebnisse eigener Forschungs- und Entwicklungsarbeit dieser Gesellschaft, die ohne Mitwirkung des Steuerpflichtigen oder einer diesem nahestehenden Person unternommen worden ist (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a AStG). Die Bestimmung richtet sich u.a. gegen vermögensverwaltende Patentverwertungs- und IP-Holdinggesellschaften, wobei sich der Begriff „Recht“ an § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG i.V.m. § 73a EStDV orientiert, weshalb nicht nur Einkünfte aus der Nutzungsüberlassung von Patenten, sondern auch aus der Verwertung anderer gewerbliche Schutzrechte (Gebrauchsmuster, Marken, Designs) sowie von Urheberrechten erfasst sind.<sup>148</sup> Der Tatbestand bezieht außerdem Einkünfte aus der Nutzungsüberlassung von ungeschützten Erfindungen und Know-how ein,<sup>149</sup> so

---

145 Nach Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auf 15 % kann die inländische Steuerbelastung weniger als 25 % betragen, wenn das Unternehmen in einer Gewerbesteuerzone ansässig ist (15 % KSt + 0,825 % SolZ + 7 % GewSt = 22,825 %). Daraus ergibt sich eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung von Auslandsinvestitionen (*Wassermeyer/Schönfeld*, IStR 2008, 496 [500]).

146 AStAE v. 14.5.2004, BStBl. I 2004, Sondernr. 1, Anlage 3.

147 BFH v. 11.3.2015 – I R 10/14, DStR 2015, 995. Krit. dazu *Kramer*, IStR 2015, 669 (670). Die Finanzverwaltung hat darauf mit einem Nichtanwendungserlass reagiert, gleichl. Ländererlasse v. 14.12.2015, BStBl. I 2015, 1090.

148 *Wassermeyer/Schönfeld* in *Flick/Wassermeyer/Baumhoff*, AStG, § 8 Anm. 220 (Stand: 10/2014).

149 *Wassermeyer/Schönfeld* in *Flick/Wassermeyer/Baumhoff*, AStG, § 8 Anm. 220 (Stand: 10/2014).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

dass er das ganze Spektrum der möglichen Ergebnisse einer FuE-Tätigkeit abdeckt.

Erzielt die ausländische Gesellschaft aber Einkünfte aus der Verwertung eigener FuE-Arbeit, handelt es sich um aktive Einkünfte, die nicht der Hinzurechnung unterliegen. Fraglich ist, welche Anforderungen das Gesetz an die eigene FuE-Tätigkeit stellt. Schädlich ist in jedem Fall die Mitwirkung des Steuerpflichtigen oder einer diesem nahestehenden Person, wobei bereits das Zurverfügungstellen von Personal oder Sachmitteln ausreichen dürfte.<sup>150</sup> Dies führt in der Praxis dazu, dass die im Konzern übliche gesellschaftsübergreifende Zusammenarbeit von Projektgruppen selbst dann eine Hinzurechnungsbesteuerung auslösen könnte, wenn die Zusammenarbeit zu fremdüblichen Bedingungen durchgeführt wird.<sup>151</sup> Ebenfalls nicht abschließend geklärt ist das Outsourcing der FuE-Tätigkeit an einen Dritten, der im Rahmen eines Dienstvertrags tätig wird (unechte Auftrags-FuE).<sup>152</sup> Hier sollten dieselben Kriterien entscheiden, die auch im Inlandsfall gelten. Danach liegt eine „eigene“ aktive FuE-Tätigkeit zumindest dann vor, wenn die ausländische Gesellschaft die Projektsteuerung vornimmt und das Risiko trägt (s.o. Abschn. II.2.b.). Eine weitere Anwendungsfrage ergibt sich, wenn die inländische Muttergesellschaft eine ausländische Tochtergesellschaft im Wege des Anteilskaufs erworben hat und diese Gesellschaft niedrig besteuerte Einkünfte aus der Verwertung immaterieller Wirtschaftsgüter erzielt, die nicht aus einer (ausschließlich) eigenen FuE-Tätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a AStG hervorgegangen sind. In diesem Fall liegt kein Missbrauch vor, weil der Steuerinländer keine Einkünfte in das niedrig besteuerte Ausland verlagert hat, was gegen die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung sprechen könnte.<sup>153</sup>

Erfüllt die ausländische Gesellschaft die Voraussetzungen einer aktiven Tätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a AStG nicht (z.B. aufgrund schädlicher Mitwirkung des Gesellschafters), und hat sie in der Erstellungsphase zunächst Verluste, bevor sie in anschließenden Verwertungsphase Lizenzeeinnahmen erzielt, ist eine laufende Verlustzurechnung an den inländischen Gesellschafter ausgeschlossen. Denn der Hinzurech-

---

150 Vgl. AStAE v. 14.5.2004, BStBl. I 2004, Sondernr. 1, Rz.8.1.5.3.2. (zur schädlichen Mitwirkung bei Dienstleistungen).

151 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 339.

152 *Wassermeyer/Schönfeld* in *Flick/Wassermeyer/Baumhoff*, AStG, § 8 Anm. 223 (Stand: 10/2014).

153 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 339.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

nungsbesteuerung unterliegen nur die positiven Einkünfte einer Zwischengesellschaft (§ 10 Abs. 1 Satz 4 AStG), während Verluste weder mit den Einkünften des Gesellschafters noch mit den Einkünften anderer Zwischengesellschaften verrechnet werden können. Stattdessen erfolgt ein Verlustvortrag auf Ebene der ausländischen Gesellschaft, und der spätere Verlustabzug wird auch noch durch die entsprechende Anwendung der Mindestbesteuerung eingeschränkt (§ 10 Abs. 4 Satz 5 AStG). Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Hinzurechnungsbesteuerung die grenzüberschreitende FuE-Zusammenarbeit im Konzern stark behindert, wobei innerhalb des EU/EWR-Raums immerhin ein Entlastungsbeweis gem. § 8 Abs. 2 AStG möglich ist. Gleichwohl sollte die Hinzurechnungsbesteuerung grundlegend überarbeitet werden,<sup>154</sup> wobei dann auch § 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a AStG klarer gefasst werden müsste.

### c) Steuerabzug bei Lizenzgebühren

Die Erhebung von Quellensteuern auf Lizenzgebühren ist ein steuerpolitischer Dauerbrenner im Verhältnis zwischen kapitalexportierenden und kapitalimportierenden Staaten. Die Quellensteuer schützt das Steueraufkommen des Quellenstaats, hat aber gravierende Nachteile.<sup>155</sup> Denn erstens führt die Besteuerung der Bruttoeinnahmen tendenziell zu einer Überbesteuerung des Vergütungsgläubigers, wenn dieser hohe Betriebsausgaben hat (z.B. Entwicklungskosten) und die ausländische Quellensteuer nicht in voller Höhe zur Anrechnung bringen kann. Zweitens hat der Ansässigkeitsstaat die Entwicklungskosten zum Abzug von der Bemessungsgrundlage zugelassen, weshalb ihm der vorrangige Zugriff auf das Besteuerungssubstrat zustehen sollte.<sup>156</sup> Drittens behindern Quellensteuern auf Lizenzgebühren die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen, was insbesondere innerhalb der EU problematisch ist.<sup>157</sup> Viertens schließlich entfällt auch der vermeintliche Aufkommensvorteil des Quellenstaats, soweit zwischen Ansässigkeits- und Quellenstaat symmetrische Wirtschaftsbeziehungen bestehen. Denn in diesem Fall ergibt sich ein steuerliches Nullsummenspiel, weil dem Mehrauf-

---

154 *Haarmann*, IStR 2011, 565 (572 f.).

155 S. dazu ausführlich *Ditz/Pinkernell/Quilitzsch*, IStR 2014, 45 (46 f.).

156 *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, S. 791; *Bozza-Bodden* in Schönfeld/Ditz, DBA, Art. 12 OECD-MA, Rz. 3.

157 Innerstaatliche Lizenzgebühren werden üblicherweise nicht mit Quellensteuern belegt, weshalb die Belastung grenzüberschreitender Zahlungen im Hinblick auf den Binnenmarkt unerwünscht ist (vgl. Nr. 1 der Erwägungsgründe der Zinsen- und Lizenzgebühren-RL 2003/49/EG).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

kommen aus der eigenen Quellensteuer auf die Inbound-Lizenzen die Mindereinnahmen aus der Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf die Outbound-Lizenzen gegenüberstehen. Deshalb besteht innerhalb der EU und zwischen den OECD-Mitgliedstaaten an sich ein Konsens darüber, dass keine Quellensteuern auf Lizenzgebühren erhoben werden sollen, wie es auch in Art. 1 Abs. 1 der Zinsen- und Lizenzgebühren-RL für verbundene Unternehmen (2003/49/EG)<sup>158</sup> sowie in Art. 12 OECD-MA vorgesehen ist. Die in jüngster Zeit vor dem Hintergrund der BEPS-Diskussion erhobene Forderung nach einer umfassenden Wiederbelebung der Quellenbesteuerung von Lizenzgebühren<sup>159</sup> ist daher mit großer Skepsis zu betrachten.<sup>160</sup>

Quellensteuern auf Lizenzgebühren sind im FuE-Bereich von großer praktischer Bedeutung, zumal die stetig anschwellende Zahl der Patente umfangreiche Kreuzlizenzierungen zwischen den international tätigen Konzernen erfordert („Cross-Licensing“ ganzer Patent-Portfolios). Die Quellensteuern behindern zum einen den Einkauf von Lizenzen für die eigene, inländische FuE-Tätigkeit des Steuerpflichtigen, weil der Fiskus den inländischen Vergütungsschuldner mit der Vornahme des Steuerabzugs gem. §§ 49 Abs. 1, 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG belastet (aa). Zum anderen können ausländische Quellensteuern die Verwertung der eigenen FuE-Ergebnisse durch Lizenzierung erschweren, wenn eine Steueranrechnung im Inland nicht oder nur eingeschränkt möglich ist (bb).

#### aa) Steuerabzug gem. § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG

Dem Steuerabzug gem. § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG unterliegt die zeitlich befristete Nutzungsüberlassung von Rechten bzw. Know-how, wenn ein Inlandsbezug gem. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f bzw. Nr. 9 EStG besteht (Eintragung in ein inländisches Register, Verwertung des Rechts in einer inländischen Betriebsstätte des Vergütungsschuldners bzw. Nutzung des Know-hows im Inland); der Steuersatz beträgt grundsätzlich 15 % der Einnahmen (§ 50a Abs. 2 Satz 1 EStG). Zu den „Rechten“ i.S.d. § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG gehören insbesondere Urheberrechte (§ 73a Abs. 2 EStDV) und gewerbliche Schutzrechte, d.h. Designs, Patente, Gebrauchsmuster und

---

158 Umgesetzt in § 50g Abs. 1 EStG. § 50g Abs. 6 EStG dient der Einbeziehung der Schweiz gem. Art. 15 Abs. 2 des EU-Zusatzabkommens mit der Schweiz v. 26. 10. 2004, ABl. EU Nr. L 385, 30.

159 *Fuest/Spengel/Finke/Heckemeyer/Nusser*, DB 2013, Beilage Standpunkte zu Heft 38, 33 (35); *Jarass*, IStR 2014, 741 (744).

160 *Ditz/Pinkernell/Quilitzsch*, IStR 2014, 45 (47 f.).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Marken (§ 73a Abs. 3 EStDV).<sup>161</sup> In Betracht kommen aber auch sonstige Rechte, wenn sie dem Urheberrechtsgesetz oder den gewerblichen Schutzrechten vergleichbar sind, insbesondere wenn sie eine rechtliche Ausformung in einem Schutzgesetz erfahren haben.<sup>162</sup> Unter „Know-how“ versteht die Rspr. Spezialwissen als Ergebnis erfinderischer Tätigkeit bzw. Erfahrungswissen, dessen Wert darin besteht, einem Dritten, dem es vermittelt wird, Zeit und Kosten zu ersparen.<sup>163</sup> Nicht abschließend geklärt ist die Nutzungsüberlassung von Software, die ebenfalls urheberrechtlichen Schutz genießt (§§ 69a ff. UrhG). Beim Verkauf von Standardsoftware an Endanwender durch Lieferung von Datenträgern bzw. per Download handelt es sich nach ganz h.A. um die Veräußerung einer Programmkopie, die als endgültige Überlassung nicht dem Steuerabzug unterliegt.<sup>164</sup> Dagegen sollen Vergütungen für die zeitlich befristete Nutzungsüberlassung von Software an Endanwender (Software-miete)<sup>165</sup> sowie für die Erstellung einer Individualsoftware im Rahmen eines Werkvertrags eine Verpflichtung zum Steuerabzug auslösen.<sup>166</sup> Ähnliche Einordnungsprobleme ergeben sich bei der entgeltlichen Gestattung des Abrufs von Daten aus einer Datenbank.<sup>167</sup> Keine Überlassung von Know-how liegt jedenfalls dann vor, wenn der ausländische Vergütungsschuldner sein eigenes Know-how lediglich anwendet, um dem inländischen Vergütungsschuldner bereits sortierte Daten zur Verfügung zu stellen.<sup>168</sup>

Die Verpflichtung zum Steuerabzug unterliegt mittlerweile keinen unionsrechtlichen Bedenken mehr<sup>169</sup> und erfasst einen potenziell weiten Bereich von FuE-Eingangsleistungen, zumal der Vergütungsschuldner

---

161 § 73a Abs. 3 EStDV verweist noch auf das Geschmacksmustergesetz, das aber im Februar 2014 als Designgesetz neu gefasst worden ist (BGBl. I 2014, 122).

162 BMF-Schreiben v. 25.11.2010, BStBl. I, 1350, Rz. 22.

163 BFH v. 13.11.2002 – I R 90/01, DStRE 2003, 345.

164 OFD München, Vfg. v. 28.5.1998, FR 1998, 755 (Datenträger); Pinkernell, ISR 2012, 82 (83) (Download); Petersen, IStR 2013, 896 (904 m.w.N.).

165 Petersen, IStR 2013, 896 (904).

166 Holthaus/Volkmann, DStZ 2015, 550 (554).

167 Holthaus/Volkmann, DStZ 2015, 550 (553).

168 BFH v. 13.11.2002 – I R 90/01, DStRE 2003, 345.

169 Gosch in Kirchhof, EStG, 14. Aufl. 2015, § 50a Rz. 2. Der Steuerabzug ist grundsätzlich als Mittel zur Sicherung der Steuerhebung gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat in § 50a EStG auch die Vorgaben des EuGH in der Rs. Scorpio zur Berücksichtigung von WK/BA bei der Bemessungsgrundlage umgesetzt.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

im eigenen Interesse gehalten ist, im Zweifel den Steuerabzug vorzunehmen.<sup>170</sup> Denn hat er den Steuerabzug in unrechtmäßiger Weise unterlassen, kann ihn die Finanzverwaltung durch einen Nacherhebungsbescheid gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 AO in Anspruch nehmen, der im Gegensatz zum Haftungsbescheid gem. §§ 50a Abs. 5 Satz 4, 73g EStDV keine begründungspflichtige Auswahlentscheidung zwischen Vergütungsschuldner und Vergütungsgläubiger erfordert.<sup>171</sup> Der weitgefaste Tatbestand, die oftmals schwierige Abgrenzung zwischen Nutzungsüberlassung und Veräußerung,<sup>172</sup> die nachträgliche Inanspruchnahme des Vergütungsschuldners sowie die steuererhöhende Wirkung der in der Praxis weit verbreiteten Nettovereinbarungen bzw. Gross-up-Klauseln<sup>173</sup> machen den Steuerabzug zum einem sehr aufwendigen Compliance-Thema im FuE-Bereich. Die eingangs genannten DBA-Vergünstigungen bzw. die Zinsen- und Lizenzgebühren-RL für verbundene Unternehmen (§ 50g EStG) kommen dem inländischen Vergütungsschuldner dabei nicht zugute, da er den Steuerabzug ungeachtet dieser Vergünstigungen vornehmen muss (§ 50d Abs. 1 Satz 1 EStG).<sup>174</sup>

Fällt der Vergütungsgläubiger in den persönlichen Anwendungsbereich von § 50g EStG (verbundenes Unternehmen mit Ansässigkeit in der EU oder Schweiz) oder hat er aufgrund eines DBA Anspruch auf eine Quellensteuerermäßigung, kann er beim BZSt eine Erstattung des einbehaltenen und abgeführten Steuerbetrags beantragen (§ 50d Abs. 1 Satz 2 und 3 EStG). Dabei wird auch geprüft, ob der Vergütungsgläubiger die Vergünstigung zu Recht in Anspruch nimmt, oder ob ein Fall des Treaty-Shopping bzw. Directive-Shopping vorliegt (§ 50d Abs. 3 EStG). Alternativ besteht auch die Möglichkeit der Freistellung bereits im Steuerabzugsverfahren gem. § 50d Abs. 2 Satz 1 EStG. In diesem Verfahren erteilt das BZSt dem Vergütungsgläubiger auf Antrag und nach Prüfung

---

170 BMF-Schreiben v. 25.11.2010, BStBl. I, 1350, Rz. 10.

171 BFH v. 19.12.2012 – I R 81/11, BFH/NV 2013, 698.

172 S. zum Streit bezüglich der Veräußerung von Urheberrechten *Gosch* in Kirchhof, EStG, 14. Aufl. 2015, § 50a Rz. 15.

173 Hat der Vergütungsgläubiger die Quellensteuer vertraglich auf den Vergütungsschuldner überwältzt, beläuft sich die einzubehaltende und abzuführende Steuer auf knapp 19 % des ausgezahlten Betrags (zur Berechnung H 50a.2 EStH).

174 § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG enthält einen Treaty-Override, der im Hinblick auf den Verstoß gegen das jeweilige DBA möglicherweise verfassungswidrig ist. Der BFH hat dem BVerfG bereits zwei andere Tatbestände des § 50d EStG gem. Art. 100 Abs. 1 GG vorgelegt (Beschl. v. 10.1.2012 – I R 66/09, DStR 2012, 949; v. 20.8.2014 – I R 86/13, DStR 2014, 2065).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

des konkreten Sachverhalts eine Freistellungsbescheinigung, auf deren Grundlage der Vergütungsschuldner dann den Steuerabzug unterlassen darf. Das Freistellungsverfahren eignet sich wegen der mitunter langen Bearbeitungsdauer beim BZSt aber nur bedingt zur Beseitigung der Abzugsverpflichtung (z.B. bei Konzernsachverhalten, die im voraus planbar sind, oder bei Dauerschuldverhältnissen). Im Ergebnis findet oftmals ein Steuerabzug statt, der dann im Erstattungsverfahren ausgeglichen wird. Die erforderlichen Voranmeldungen belasten den inländischen Vergütungsschuldner, der sich zudem mit komplizierten Rechtsfragen auseinandersetzen muss, wenn er den Steuerabzug aus eigener Initiative unterlassen will.

### **bb) Anrechnung bzw. Abzug ausländischer Quellensteuern**

Hat ein inländisches Unternehmen durch Eigenforschung oder durch echte Auftrags-FuE Erfindungen oder Know-how erworben, stellt sich im Fall der Outbound-Nutzungsüberlassung das Quellensteuerproblem mit umgekehrter Rollenverteilung. Sieht das anwendbare DBA einen (ermäßigten) Quellensteuersatz vor, und führt auch die Zinsen- und Lizenzgebühren-RL nicht zur vollen Erstattung der ausländischen Quellensteuer, wird die Belastung im Ausland final. Diese Situation tritt z.B. im Verhältnis zu den wichtigen Schwellenländern China und Indien ein, die auf Lizenzgebühren eine Quellensteuer in Höhe von 10 % erheben dürfen (Art. 12 Abs. 2 Buchst. a DBA-China, Art. 12 Abs. 2 DBA-Indien). Der inländische Lizenzgeber ist dann auf die Steueranrechnung angewiesen, die dem Grunde nach zwingend gewährt werden muss, soweit die ausländische Quellensteuer in Übereinstimmung mit dem DBA erhoben wurde und nicht erstattungsfähig ist (§§ 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG, 34c Abs. 6 Satz 2 EStG).<sup>175</sup> Obwohl sich die inländische Unternehmensteuerbelastung von knapp 30 % praktisch zur Hälfte aus der Gewerbesteuer ergibt, sind ausländische Quellensteuern nach derzeitiger Rechtslage wohl nur auf die Körperschaftsteuer anrechenbar.<sup>176</sup> Bei der typischen DBA-Quellensteuer von 10 %, die auf die Bruttoeinnahmen erhoben wird, ergibt sich in vielen Fällen ein Anrechnungsüberhang, da die Körperschaftsteuer nur noch 15 % beträgt und auf das Ein-

---

<sup>175</sup> H 34c(5) EStH.

<sup>176</sup> *Roser* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 26 Rz. 16d. In der Lit. wird aber zunehmend die Auffassung vertreten, dass sich aus dem jeweiligen DBA auch eine Verpflichtung zur Anrechnung auf die Gewerbesteuer ergibt (*Ismer* in Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 23B Rz. 138 m.w.N.).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

kommen als Nettogröße erhoben wird. Dieser Zustand ist im Hinblick auf das Welteinkommensprinzip und die vom Gesetzgeber ursprünglich angestrebte Kapitalexporthneutralität kaum vertretbar<sup>177</sup> und bewirkt tendenziell eine steuerliche Diskriminierung der grenzüberschreitenden Lizenzierung von FuE-Ergebnissen. Unglücklicherweise hat der Gesetzgeber mit § 34c Abs. 1 Satz 4 EStG den Anrechnungsüberhang noch verschärft, weil bei der Ermittlung der ausländischen Lizenz Einkünfte Betriebsausgaben und Betriebsvermögensminderungen abzuziehen sind, die mit den diesen Einkünften zugrunde liegenden Einnahmen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Und im Verlustfall läuft die Steueranrechnung mangels steuerpflichtiger Einkünfte völlig leer; ein Vortrag anrechenbarer Steuern ist nicht vorgesehen.

Besteht zwischen Deutschland und dem Quellenstaat kein DBA, was derzeit z.B. in Bezug auf das wichtige Schwellenland Brasilien der Fall ist, kommt es zu einer finalen, ungemilderten Belastung der Lizenz Einnahmen mit ausländischen Quellensteuern, die in der Praxis zwischen 15 und 25 % betragen. Zwar ist grundsätzlich eine unilaterale Steueranrechnung gem. §§ 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG, 34c Abs. 1 Satz 1, 34d Nr. 7 oder 8 Buchst. c EStG vorgesehen, die aber durch den Anrechnungsüberhang stark entwertet wird. Alternativ kann der Steuerpflichtige den Abzug der Quellensteuer gem. § 34c Abs. 2 EStG beantragen, was jedoch keinen gleichwertigen Ersatz für die Anrechnung darstellt. Nichtanrechenbare ausländische Quellensteuern stellen daher eine erhebliche Belastung für inländische Unternehmen dar, die im Bereich von FuE tätig sind und Einkünfte durch grenzüberschreitende Lizenzierung ihrer FuE-Ergebnisse erzielen (Patente, Know-how, Urheberrechte).

#### d) BEPS-Aktionsplan

Die Wertschöpfung mit immateriellen Wirtschaftsgütern gewinnt zunehmend an Bedeutung. Die modernen Volkswirtschaften der Industrieländer beruhen heute schon zu großen Teilen auf Computern, Netzwerken, Software und Daten und werden deshalb auch als „Digital Economies“ bzw. „Digitale (Volks-)Wirtschaften“ bezeichnet.<sup>178</sup> Der Hard- und Software wiederum liegen Patente und Urheberrechte zugrunde, die durch FuE geschaffen worden sind. Die Digital Economy bringt er-

---

<sup>177</sup> Roser in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 26 Rz. 9.

<sup>178</sup> OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, Paris 2015, S. 58.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

weiterte Möglichkeiten der internationalen Gewinnverlagerung und Minderbesteuerung, wobei es sich insbesondere um die Mobilisierung der Vertriebsfunktion und z.T. auch der Leistungserstellung selbst handelt.<sup>179</sup> Denn das weltweit verfügbare Internet ermöglicht es Unternehmen, ihre Waren und Dienstleistungen von jedem beliebigen Standort aus in der ganzen Welt zu vertreiben. Besteht das Produkt des Unternehmens in der Erbringung elektronischer Dienstleistungen, wozu u.a. der Verkauf digitaler Produkte (Software, MP3s, Ebooks), Online-Werbeleistungen und Online-Handelsplattformen gehören, sind auch Teile der Herstellungsfunktion geografisch mobil, denn die benötigten Server lassen sich überall auf der Welt platzieren und mit dem Internet verbinden. Dagegen ist die FuE-Funktion als solche nur eingeschränkt verlagerungsfähig, weil sie auf hochqualifizierte Arbeitnehmer angewiesen ist, die zudem einen bestimmten Lebensstandard erwarten und sich deshalb nicht einfach in eine Steueroase verfrachten lassen. Vor allem amerikanischen Unternehmen ist es aber gelungen, die Ergebnisse der FuE-Tätigkeit durch Steuergestaltung vom Erzeugungsvorgang abzuspalten und auf substanzarme, niedrig besteuerte Konzerngesellschaften zu übertragen.<sup>180</sup> Die Gestaltungsmodelle beruhen auf längst bekannten Schwachstellen des US-Außensteuerrechts und sind dermaßen standardisiert, dass sie auch flächendeckend von US-Unternehmen anderer Branchen genutzt werden können (z.B. Pharma, Konsumgüter, Industrie). Die amerikanischen Exportgewinne entstehen nunmehr in Niedrigsteuerländern, die mit der eigentlichen wirtschaftlichen Aktivität des Konzerns wenig oder gar nichts zu tun haben. Der amerikanische Steuerrechtswissenschaftler *Edward Kleinbard* hat dafür den Begriff „Stateless Income“ geprägt, denn es handelt sich um quasi „staatenlose Einkünfte“, die weder vom Marktstaat bzw. Quellenstaat noch vom Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft besteuert werden können.<sup>181</sup>

Der BEPS-Aktionsplan vom 13.7.2013 skizzierte erstmals 15 Maßnahmen, die die internationale Gewinnverlagerung eindämmen und die Besteuerung der Konzerngewinne am Ort der wirtschaftlichen Aktivität sicherstellen sollen. Damit begann ein internationales Großprojekt unter Beteiligung der G20-Mitgliedstaaten und der OECD, die mit der Ausarbeitung der 15 Maßnahmen beauftragt war, die anschließend noch der

---

179 OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 – 2015, Final Report, Paris 2015, S. 78 ff.

180 *Pinkernell*, IStR 2013, 180 ff.

181 *Kleinbard*, TNI 2012 (Vol. 68), 499.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Umsetzung in nationales Recht bedürfen. Das BEPS-Projekt ist mit der Vorlage der endgültigen Berichte im Oktober 2015 größtenteils abgeschlossen worden<sup>182</sup> und dürfte viele grundlegende Änderungen im Bereich des Internationalen Steuerrechts bringen. Ein Schwerpunkt ist dabei die Wiederherstellung der Besteuerung der Einkünfte aus der Verwertung immaterieller Wirtschaftsgüter. Nach derzeitigem Stand sind u.a. folgende Maßnahmen mit Bezug zu FuE vorgesehen, die gezielt einzelne Bausteine der o.g. internationalen Steuergestaltungsmodelle angreifen und die Gewinnzuordnung mit unternehmerischer Substanz verknüpfen sollen:

**aa) VP-Dokumentation und Country-by-Country Reporting**

Maßnahme 13 des BEPS-Aktionsplans<sup>183</sup> ist eine Überarbeitung von Kapitel V der OECD-Leitlinien und enthält einheitliche Vorgaben für die Dokumentation internationaler Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen.<sup>184</sup> Grenzüberschreitend tätige Konzerne werden ab dem Jahr 2016 verpflichtet sein, nicht nur fortlaufend und zeitnah die FuE-Aktivitäten im Konzern und die Zuordnung der immateriellen Wirtschaftsgüter zu dokumentieren („Master File“), sondern müssen auch die Einzelverrechnungspreise für Auftrags-FuE im Konzern sowie für die Übertragung/Nutzungsüberlassung von FuE-Ergebnissen im Konzern erläutern und begründen („Local File“). Dazu kommt die Verpflichtung, bestimmte Indikatoren „realer“ wirtschaftlicher Aktivität (Personal, materielle Wirtschaftsgüter, Umsätze) jährlich länderbezogen aufzuschlüsseln und diesen Indikatoren den Gewinn sowie die jeweilige Steuerzahlung pro Land gegenüberzustellen („Country-by-Country Reporting“). Die länderbezogene Berichterstattung soll den Finanzbehörden eine Risikoeinschätzung in Bezug auf etwaige Gewinnverlagerungen ermöglichen, darf aber nicht für eine (formelhafte) Besteuerung verwendet werden; insoweit bleibt es beim Fremdvergleichsgrundsatz. Gleichwohl besteht die Gefahr, dass die Schwellenländer dem lokalen Auftragnehmer eigenes IP zuordnen, obwohl er als Konzerndienstleister im Rahmen eines Dienstvertrags für die inländische Muttergesellschaft tätig wird (unech-

---

182 *Kreienbaum*, IStR 2015, 753. Zu den einzelnen Berichten s. *Benz/Böhmer*, DB 2015, 2535 (2536).

183 OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – Final Report*, Paris 2015.

184 Vgl. dazu *Rasch/Mank/Tomson*, IStR 2015, 424, sowie *Pinkernell*, FR 2014, 964 (966 ff.).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

te Auftrags-FuE]. Das Country-by-Country Reporting wird nur für internationale Konzerne mit einem Umsatz von mindestens 750 Mio. Euro p.a. eingeführt. Sämtliche erhobene Daten unterliegen dem Steuergeheimnis, wobei aber ein automatischer zwischenstaatlicher Informationsaustausch vorgesehen ist.

### **bb) Zurechnung von FuE-Aktivitäten und immateriellen Wirtschaftsgütern**

Die Maßnahmen 8 bis 10<sup>185</sup> sollen gewährleisten, dass Verrechnungspreise künftig im Einklang mit der tatsächlichen Wertschöpfung im Konzern stehen. Während Skeptiker die genaue Lokalisierung von Erfolgsbeiträgen im Konzern für praktisch unmöglich halten und deshalb eine formelhafte Aufteilung des Konzerngewinns bevorzugen, hält das BEPS-Projekt am Fremdvergleichsgrundsatz fest. Erforderlich war aber eine umfassende Überarbeitung der OECD-Leitlinien für wesentliche Aspekte der Herstellung, Übertragung und Verwertung immaterieller Vermögenswerte („Intangibles“) im internationalen Konzern, wovon auch die entsprechenden FuE-Aktivitäten in Bezug auf Patente, Gebrauchsmuster, Urheberrechte und Know-how betroffen sind. Es handelt sich um ein Kernelement des BEPS-Aktionsplans, das die steuerliche Loslösung und Verselbständigung des werthaltigen FuE-Ergebnisses von der Herstellungstätigkeit verhindern soll. Eine substanzschwache IP-Finanzierungsgesellschaft („Cash Box“), die mangels Personalfunktionen nicht in der Lage ist, die FuE-Funktion auszuüben und die damit verbundenen Risiken zu steuern, wird künftig als bloßer Kapitalgeber eingeordnet, der lediglich Anspruch auf eine angemessene Verzinsung hat. Daher kann eine „Cash Box“ immaterielle Vermögenswerte weder als Auftraggeber im Rahmen unechter Auftrags-FuE noch im Rahmen eines Umlagevertrags originär erwerben; die Einkünfte aus der Verwertung des FuE-Ergebnisses werden – unabhängig von der zivilrechtlichen Rechtsinhaberschaft – der Gesellschaft zugerechnet, die den Herstellungsvorgang ausgeführt oder den immateriellen Vermögenswert anschließend zu einem fremdüblichen Preis erworben hat. Die neuen OECD-Leitlinien hinterfragen sogar die vertragliche Risikoordnung im Konzern, wenn die abgebende Gesellschaft keinen wirtschaftlichen Grund für die Ände-

---

185 OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8–10 – 2015 Final Report, Paris 2015.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

nung ihres Funktions- und Risikoprofils anführen kann,<sup>186</sup> womit allerdings ein Eingriff in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit verbunden ist. Neue, detailliertere Bewertungsmethoden sollen den hypothetischen Fremdvergleich bei der Übertragung von immateriellen Vermögenswerten und Funktionen erleichtern; zusätzlich ist eine nachträgliche Anpassungsmöglichkeit vorgesehen, um den im Zeitpunkt der Bewertung bestehenden Informationsvorsprung des Steuerpflichtigen zu egalisieren („hard-to-value intangibles“). Zusatzerträge aufgrund konzerntypischer Größenvorteile und Synergieeffekte sollen verursachungsgerecht zugewiesen werden, um Steuergestaltungen z.B. mit Einkaufsgesellschaften zu vereiteln. Verfügt ein Konzern über mehrere Strategieträger oder agieren verbundene Unternehmen wie ein einziges Unternehmen, unterbleibt ein transaktionsbezogener Fremdvergleich der einzelnen Geschäftsbeziehungen. Stattdessen erfolgt ausnahmsweise ein Profit Split auf der Grundlage von Aufteilungsfaktoren, deren Details noch erarbeitet werden sollen.

### cc) Hinzurechnungsbesteuerung

Gegenstand von Maßnahme 3 ist die Stärkung der Hinzurechnungsbesteuerung.<sup>187</sup> Da sich die G20-Mitgliedstaaten aber nicht auf einen Mindeststandard einigen konnten, enthält der Bericht lediglich unverbindliche „Bausteine“ für die Ausgestaltung einer modernen Hinzurechnungsbesteuerung. Ziel ist insbesondere die Hinzurechnung von Einkünften aus der Verwertung immaterieller Wirtschaftsgüter, wozu nicht nur Lizenzgebühren, sondern auch operative Vertriebsinkünfte gehören können, die eine substanzschwache, niedrig besteuerte Auslandsgesellschaft erwirtschaftet. Aus europäischer Sicht besteht das Problem, dass ein zu restriktiver Ansatz bei den Aktivitäts- bzw. Substanzerfordernissen für Zwischengesellschaften vermutlich gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen würde. Und die USA bevorzugen ein Alternativmodell, wonach der Teil des Gewinns, der über eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals der Zwischengesellschaft hinausgeht, eine „Überrendite“ aus der (verdeckten) Verlagerung immaterieller Wirtschaftsgüter darstellt und dem Mutterunternehmen zugerechnet werden soll. Damit könnten

---

186 *Greinert/Metzner*, Ubg 2015, 60 (65 f.). Grundlegende Kritik am Zurechnungsfaktor „Risikokontrolle“ äußert *Schön*, *StuW*, 2015, 69 (80 ff.).

187 OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 – 2015 Final Report, Paris 2015.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

die USA zumindest ex nunc auch das Steueraufkommen aus den bereits in das Ausland verlagerten Vermögenswerten beanspruchen.

#### **dd) Eindämmung schädlicher Vorzugsbesteuerung**

Im Zuge der BEPS-Diskussion ist nicht nur bekannt geworden, dass einige EU-Mitgliedstaaten inhaltlich fragwürdige Steuervorbescheide erteilt haben, die jetzt von der EU-Kommission unter dem Gesichtspunkt der verbotenen staatlichen Beihilfe untersucht werden.<sup>188</sup> Die G20-Mitgliedstaaten haben sich auch mit den verschiedenen Patent- und IP-Boxen befasst, die zwar vordergründig der Förderung von FuE dienen, gleichzeitig aber ebenfalls „beihilfeverdächtig“ sind<sup>189</sup> und die Gefahr eines staatlichen Unterbietungswettbewerbs in sich bergen.<sup>190</sup> Potenziell schädlich sind dabei solche Patent- und IP-Boxen, welche die Privilegierung nicht mit einer im Land ausgeübten FuE-Tätigkeit verknüpfen<sup>191</sup> und/oder ein breites Spektrum von Einkünften einschließlich der Umsatzerlöse aus dem Vertrieb von Produkten begünstigen.<sup>192</sup> Maßnahme 5 des BEPS-Aktionsplans<sup>193</sup> enthält daher einen Vorschlag zur direkten Koppelung der Steuervergünstigung an das Vorhandensein unternehmerischer FuE-Substanz. Der empfohlene „Modified Nexus Approach“ verlangt die wirtschaftliche Verwurzelung der FuE-Wertschöpfung in dem Land, das die Steuervergünstigung gewährt, um die Anlockung von Patent-Verwertungsgesellschaften auszuschließen. Eine Formel, die an den lokalen FuE-Aufwand anknüpft („qualifizierte Entwicklungsaufwendungen“), soll sicherstellen, dass der Umfang der Vergünstigung proportional zur unternehmerischen FuE-Substanz ist. Förderungswürdig sind nicht nur Patente, sondern auch Softwareurheberrechte, was im Interesse der eu-

---

188 Betroffen sind Luxemburg (Fiat, Amazon), Irland (Apple) und die Niederlande (Starbucks), s. dazu *Linn*, IStR 2015, 114.

189 Zur schädlichen abstrakten Selektivität bestehender IP-Boxen s. *Ismer/Piotrowski*, IStR 2015, 257 (265).

190 *Becker*, IStR 2014, 704 (606); *Fehling/Schmid*, IStR 2015, 493 (495).

191 *Pross/Radmanesh*, IStR 2015, 579 (582). Ein Beispiel dafür ist das luxemburgische IP-Regime, s. dazu v. *Kuijk*, TNI 2013 (Vol. 69), 291.

192 Dies geschieht z.B. im Rahmen der britischen Patent-Box, wobei der Erfolgsbeitrag anderer immaterieller Wirtschaftsgüter wie z.B. Marken im Schätzungswege eliminiert werden muss, s. dazu *Moore/Schmidt-Soltau*, IWB 2014, 170 (174).

193 OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report*, Paris 2015. Vgl. dazu *Becker*, IStR 2014, 704 (706 ff.), und *Pross/Radmanesh*, IStR 2015, 579 (582 f.).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

ropäischen Softwarebranche liegt.<sup>194</sup> Bestehende IP-Vorzugsregime, die nicht dem Modified Nexus Approach entsprechen, dürfen nur noch bis zum 30.6.2016 zugänglich bleiben und müssen bis zum 30.6.2021 eingestellt werden. Maßnahme 5 enthält außerdem die Empfehlung, den Erlass von Steuervorbescheiden im Zusammenhang mit einem Vorzugsregime zwingend den Finanzbehörden anderer Länder im Wege des Austauschsaustauschs mitzuteilen.

### ee) Vorschläge zur Besteuerung von Lizenzgebühren

Die „Gewinnabsaugung“ mittels Lizenzgebühren („earnings stripping“) hat sich in Verbindung mit dem bewussten Verzicht einiger EU-Mitgliedstaaten auf die Erhebung von Quellensteuern als ein probates Gestaltungsmittel für die Gewinnverlagerung in Drittstaaten bzw. Steueroasen erwiesen.<sup>195</sup> Es gibt daher im Kielwasser des BEPS-Projekts auch konkrete Überlegungen zur Verschärfung der Quellenbesteuerung von Lizenzgebühren. Ein Vorschlag besteht in der Änderung der Zinsen- und Lizenzgebühren-RL, wonach die Quellensteuerbefreiung vom Nachweis der tatsächlichen Besteuerung beim Vergütungsgläubiger abhängen soll.<sup>196</sup> In der Diskussion ist auch ein Abzugsverbot für Lizenzgebühren nach dem Vorbild des § 12 Abs. 1 Nr. 10 öKStG i.d.F. des Abgabenänderungsgesetzes 2014. Danach darf eine österreichische Kapitalgesellschaft die Lizenzgebühr nicht als Betriebsausgabe geltend machen, wenn der Empfänger im Ausland ansässig ist, beide Unternehmen demselben Konzern angehören und die Einnahmen beim Empfänger nicht besteuert werden.<sup>197</sup> *Jarass/Obermair* haben kürzlich einen entsprechenden Reformvorschlag für Deutschland ausgearbeitet,<sup>198</sup> wobei eine solche „Lizenzschranke“ im Schrifttum zu Recht überwiegend abgelehnt

---

194 Für die Einbeziehung von Urheberrechten sprechen sich *Schlie/Spengel/Malke* aus (IStR 2015, 570 [573]), was für die europäischen Softwarehersteller vorteilhaft wäre.

195 Ein unrühmliches Beispiel ist das „Dutch Sandwich“, das eine substanzlose Durchleitungsgesellschaft („conduit“) in den Niederlanden verwendet. S. dazu *Pinkernell*, *StuW* 2012, 369 (372).

196 *Fehling/Schmid*, IStR 2015, 493 (496 f.). („Notwehr“ gegen unvorhergesehene Fehlentwicklungen nach Inkrafttreten der Richtlinie).

197 S. dazu *Trinks*, IWB 2014, 211.

198 *Faire und effiziente Unternehmensbesteuerung*, 2015, S. 89 ff. (Reformvorschlag II).

wird.<sup>199</sup> Erfreulicherweise beschränkt sich der Abschlussbericht zu Maßnahme 4 auf Zinsen und ähnliche Finanzierungsaufwendungen; Abzugsverbote für Lizenzgebühren stehen derzeit nicht im Fokus der OECD/G20.<sup>200</sup>

#### e) Zwischenergebnis

Der deutsche Gesetzgeber hat auf die steuerpolitische Herausforderung, die mit der Globalisierung und dem internationalen Steuerwettbewerb verbunden ist, mit einer Absenkung des Körperschaftsteuersatzes unter gleichzeitiger „Einsperrung“ der potenziell wertvollen FuE-Aktivitäten reagiert. Die grenzüberschreitende Übertragung, Überführung und Nutzungsüberlassung von FuE-Ergebnissen ist mit der Besteuerung der stillen Reserven verbunden, was zwar im Hinblick auf den vorherigen inländischen Betriebsausgabenabzug und den Fremdvergleichsgrundsatz gerechtfertigt ist, aber zugleich eine empfindliche – wenn auch hinzunehmende – Einschränkung der Niederlassungsfreiheit im EU-Binnenmarkt bedeutet. Die Einsperrung betrifft auch die FuE-Tätigkeit als solche, denn das neue Instrument der Besteuerung von Funktionsverlagerungen hat aufgrund der Gesamtbewertung des Transferpakets abschreckende Wirkung. Dem kurzfristigen Aufkommensvorteil aus der Einsperrung bzw. Exit-Besteuerung steht aber ein langfristiger Aussperrungseffekt gegenüber. Ausländische Unternehmen werden neue FuE-Projekte bei sonst gleichen Bedingungen an einem anderen Standort verwirklichen, der weniger restriktiv ist. Und auch ein inländisches Unternehmen wird die Standortfrage untersuchen, wenn es eine FuE-Funktion erstmals einrichtet.

Die Hinzurechnungsbesteuerung stellt eine starke Behinderung der grenzüberschreitenden FuE-Zusammenarbeit im Konzern dar, wobei innerhalb des EU/EWR-Raums immerhin ein Entlastungsbeweis gem. § 8 Abs. 2 AStG möglich ist. Gleichwohl sollte die Hinzurechnungsbesteuerung grundlegend überarbeitet werden. Betroffen sind vor allem der Aktivitätskatalog (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a AStG) und der Schwellenwert für die Niedrigbesteuerung (§ 8 Abs. 3 AStG). Eine weitere Belastung ist mit der Erhebung von Quellensteuern auf Lizenzgebühren verbunden. Im Inbound-Fall ist das inländische Unternehmen, das die Lizenzen als

---

199 Z.B. *Geyer* in Lüdicke (Hrsg.), *Forum der Internationalen Besteuerung*, Bd. 44 (2015), 51 (68); *Neumann-Tomm*, *IStR* 2015, 436 (439 f.).

200 OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and other Financial Payments, Action 4 – Final Report*, Paris 2015, S. 30.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Eingangsleistung für seine eigene FuE-Tätigkeit benötigt, den Risiken des verwaltungsaufwendigen Steuerabzugs ausgesetzt, obwohl der ausländische Vergütungsgläubiger in den allermeisten Fällen einen Anspruch auf Ermäßigung der Quellensteuer hat und später eine Erstattung vom BZSt erhält. Die Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auf 15 % sowie die nachteilige Regelung zur Behandlung von FuE-Aufwendungen in § 34c Abs. 1 Satz 1 EStG lassen im Fall der Outbound-Lizenzierung von FuE-Ergebnissen erhebliche Anrechnungsüberhänge entstehen, was systematisch nicht gerechtfertigt ist. Erforderlich wäre eine Anrechnung ausländischer Quellensteuern auch auf die Gewerbesteuer sowie eine Möglichkeit des Vortrags von Anrechnungsüberhängen.

Die Umsetzung des BEPS-Aktionsplans wird die inländischen Steuerpflichtigen mit neuen VP-Dokumentationspflichten für FuE-Aktivitäten und immaterielle Wirtschaftsgüter belasten (Maßnahme 13). Das Country-by-Country Reporting birgt die Gefahr, dass Schwellenländer der lokalen Konzerngesellschaft eigene immaterielle Wirtschaftsgüter zuzuordnen, auch wenn sie nur als Dienstleister FuE-Aufgaben für die inländische Muttergesellschaft durchführt. Die Überarbeitung der OECD-Leitlinien in Bezug auf immaterielle Vermögenswerte („Intangibles“) erfordert eine Anpassung des deutschen Rechts (u.a. Verwaltungsgrundsätze-Umlageverträge), die im Hinblick auf die vielfache Einschränkung des Fremdvergleichsgrundsatzes schwierig werden könnte (Maßnahmen 8 bis 10). Die Vorschläge zur Stärkung der Hinzurechnungsbesteuerung können nur übernommen werden, soweit sie nicht gegen die Rspr. des EuGH zur Niederlassungsfreiheit verstoßen (Maßnahme 3). Das Ergebnis von Maßnahme 5 wird in der Schaffung neuer bzw. Umstellung bestehender IP-Boxen nach Maßgabe des Modified Nexus Approach bestehen. Die deutsche Finanzverwaltung wird Outbound-Gestaltungen, die eine solche neuartige IP-Box nutzen, weder mit einer Verrechnungspreiskorrektur noch mit der Hinzurechnungsbesteuerung gem. § 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a AStG angreifen können, da die erforderliche lokale Substanz per definitionem vorhanden ist. Nachdem die vollständige Abschaffung der IP-Boxen politisch nicht durchsetzbar war, wird sich Deutschland erneut mit der Frage der eigenen steuerlichen Förderung von FuE auseinandersetzen müssen, um im anhaltenden Steuerwettbewerb nicht an Boden zu verlieren.<sup>201</sup>

---

201 *Schlie/Spengel/Malke*, IStR 2015, 570 (574); *Geyer* in Lüdicke (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung, Bd. 44 (2015), 51 (70).

### III. Instrumente zur steuerlichen Förderung von FuE

#### 1. Internationaler Überblick

Eine aktuelle Untersuchung im Auftrag der EU-Kommission zeigt, dass steuerliche Anreize für FuE international weit verbreitet sind.<sup>202</sup> Innerhalb der EU verzichten nur Deutschland und Estland auf die steuerliche Förderung von FuE; dagegen verfügen z.B. auch die Japan und die USA über steuerliche Förderinstrumente.<sup>203</sup> Die Bestimmung des Fördergegenstands orientiert sich weitgehend am Frascati Manual der OECD, d.h. es handelt sich um die Förderung technisch-wissenschaftlicher Innovationen. Die Förderung erfolgt in der Regel im Rahmen der Körperschaftsteuer, verwendet aber ganz unterschiedliche Ansätze. International am häufigsten anzutreffen ist der R&D Tax Credit, also die Förderung in Form einer Steuergutschrift. Dabei werden die begünstigten FuE-Aufwendungen nicht von der Bemessungsgrundlage, sondern direkt von der Körperschaftsteuer abgezogen. Weit verbreitet ist außerdem der erhöhte Aufwandsabzug (Enhanced Allowance), d.h. die Multiplikation der tatsächlichen FuE-Aufwendungen mit einem bestimmten Faktor (z.B. ergibt sich bei einem Faktor von 1,5 ein Betriebsausgabenabzug von 150, wenn die tatsächlichen FuE-Aufwendungen 100 betragen haben). Häufig anzutreffen sind auch die degressive Abschreibung bzw. Sonderabschreibungen (Accelerated Depreciation) für Wirtschaftsgüter, die der Steuerpflichtige für seine FuE-Tätigkeit einsetzt (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. u. EStG). Die genannten Förderinstrumente sind als Input-orientierte Vergünstigungen einzuordnen, die an den eigenen FuE-Aufwand des Steuerpflichtigen anknüpfen und nicht erfolgsabhängig sind. Als Rechtfertigung für diese Art der Förderung lässt sich anführen, dass private FuE-Investitionen auch positive Spillover-Effekte bewirken können, die der Volkswirtschaft insgesamt zugute kommen (Wissensspillover).<sup>204</sup>

202 EC Taxation Papers, A Study on R&D Tax Incentives, Nov. 2014, TAXUD/2013/DE/315.

203 EC Taxation Papers, A Study on R&D Tax Incentives, Annex: Country Fiches, Nov. 2014, S. 59 ff. und 110 ff. In den USA erlaubt § 174(a) IRC den Sofortabzug aller FuE-Aufwendungen. Für bestimmte zusätzliche FuE-Aufwendungen ist alternativ eine inkrementelle Steuergutschrift vorgesehen, § 41 IRC (R&D Tax Credit).

204 Expertenkommission Forschung und Innovation, EFI-Gutachten 2012, S. 96.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Eine weitere Form der steuerlichen Förderung von FuE stellen die IP- bzw. Patentboxen dar, die international stark im Vordringen sind und auch von etlichen EU/EWR-Mitgliedstaaten eingeführt worden sind.<sup>205</sup> Gemeinsames Merkmal ist die ermäßigte Besteuerung der Einkünfte, die der Steuerpflichtige durch die Verwertung eines geschützten Rechts erzielt, wobei es sich um Lizenzeinnahmen oder IP-Veräußerungseinkünfte bzw. auch um Umsatzerlöse aus dem Verkauf der auf Grundlage eines Patents hergestellten Waren handeln kann. Output-orientierte Steuervergünstigungen dieser Art werden kritisch gesehen,<sup>206</sup> weil sie nur das erfolgreiche FuE-Projekt belohnen und daher auf Mitnahmeeffekte angelegt sind. Im Ergebnis erhält der Steuerpflichtige nicht nur das Patent, das ihm den Vorteil der exklusiven Verwertung seiner Investition ermöglicht, sondern auch noch einen Steuervorteil obendrauf.<sup>207</sup> Es spricht daher einiges dafür, dass die Output-orientierten IP- und Patentboxen lediglich Steuerausfälle verursachen und im Vergleich zur Input-Förderung einen deutlich geringeren volkswirtschaftlichen Nutzen aufweisen.<sup>208</sup> Vor diesem Hintergrund ist es schon verwunderlich, dass sich die OECD im Rahmen der Maßnahme 5 des BEPS-Aktionsplans nicht deutlich gegen die IP- und Patentboxen ausgesprochen hat.

## 2. Steuerliche Förderung von FuE in Deutschland

Die EU hat es sich zum Ziel gesetzt, den Anteil der FuE-Ausgaben auf 3 % des Bruttoinlandsprodukts zu steigern, was bezogen auf Deutschland im Jahr 2011 fast erreicht worden ist. Die vergleichsweise hohe Forschungsintensität in Deutschland beruht u.a. auf einer umfangreichen Förderung durch direkte öffentliche Zuschüsse, die sich im Jahr 2011

---

205 Vgl. die Übersicht zu Ländern und effektiven Steuersätzen bei *Fehling/Schmid*, IStR 2015, 493 (494): Belgien (6,8 %), Frankreich (15 %), Liechtenstein (2,5 %), Luxemburg (5,72 %), Malta (0 %), Niederlande (5 %), Portugal (11,5 %), Schweiz/Kanton Nidwalden (8,8 %), Spanien (10 %), Ungarn (9,5 %), Großbritannien (10 %), Zypern (0 %). Italien und Irland haben die Einführung einer Patentbox angekündigt.

206 *Schön*, FR 2014, 93 (95); *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 333; Expertenkommission Forschung und Innovation, EFI-Gutachten 2012, S. 26.

207 EC Taxation Papers, A Study on R&D Tax Incentives, Nov. 2014, TAXUD/2013/DE/315, S. 6.

208 EC Taxation Papers, A Study on R&D Tax Incentives, Nov. 2014, TAXUD/2013/DE/315, S. 97; *Evers/Miller/Spengel*, Intellectual Property Box Regimes: Effective Tax Rates and Tax Policy Considerations, International Tax and Public Finance 2014, 502 (525).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

auf insgesamt 23,5 Mrd. Euro beliefen, also ca. ein Drittel der gesamten FuE-Ausgaben von 75,2 Mrd. Euro ausmachten.<sup>209</sup> Weitgehende Einigkeit scheint darüber zu bestehen, dass die Einführung einer IP- oder Patentbox nicht sinnvoll wäre.<sup>210</sup> Jedoch hatte die frühere Koalition von CDU, CSU und FDP die Einführung einer steuerlichen Förderung von FuE angekündigt, woraufhin zwei anerkannte Wissenschaftler im Auftrag großer Wirtschaftsverbände einen konkreten Vorschlag für eine volumenbasierte Steuergutschrift ausgearbeitet haben, der im Folgenden kurz vorgestellt werden soll.<sup>211</sup>

*Spengel* und *Wiegard* begründen die Notwendigkeit einer steuerlichen Förderung von FuE mit dem Vorliegen eines Marktversagens. Da private Unternehmen in ihrer Investitionskalkül nur die erwarteten eigenen Erträge einbezogen, blieben die möglichen Vorteile anderer Unternehmen aus der Nutzung des neuen Wissens unberücksichtigt. Die steuerliche Subvention ermögliche FuE-Aktivitäten, die anderenfalls unterbleiben würden, und erschließe damit das ganze Potenzial des positiven Spillovers auf andere Unternehmen. Der konkrete Vorschlag besteht in einer Steuergutschrift im Rahmen von Körperschaft-, Einkommen- und Gewerbesteuer, die proportional zur Höhe der FuE-Ausgaben eines Unternehmens ist. Gefördert werden soll also nicht ein zusätzlicher FuE Aufwand (inkrementelle Förderung), sondern grundsätzlich der gesamte FuE-Aufwand (volumenbasierte Förderung). Die Bemessungsgrundlage entspricht den zuordenbaren FuE-Aufwendungen des Unternehmens nach Maßgabe des Frascati Manual der OECD und umfasst daher neben den Aufwendungen für technisch-wissenschaftliche Innovationen auch Aufwendungen für solche Software-Innovationen, die keine Routine-

---

209 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Bundesbericht Forschung und Entwicklung 2014, S. 480 f. Krit. zur Verteilung und zum nachlassenden staatlichen Finanzierungsanteil der Fördermittel *Schlie/Spengel/Malke*, IStR 2015, 570 (571 f.).

210 *Malke/Schlie/Spengel* (Fn. 1), 333; Expertenkommission Forschung und Innovation, EFI-Gutachten 2012, S. 26; *Schön*, FR 2014, 93 (95); *Vogel*, IStR 2014, 542 (546). Dagegen schlagen *Schlie/Spengel/Malke* nunmehr eine IP-Box für Deutschland vor, die dem Modified Nexus Approach“ entsprechen und auch (Software-)Urheberrechte fördern soll (IStR 2015, 570 [573]).

211 *Spengel/Wiegard*, Ökonomische Effekte einer steuerlichen Forschungsförderung in Deutschland, 2011. Einen weiter gefassten Vorschlag zur steuerlich neutralen Behandlung von Lizenzeinnahmen und Lizenzausgaben bei der Gewerbesteuer, der hier aus Platzmangel nicht dargestellt werden kann, haben kürzlich *L. Jarass* und *G. M. Obermair* vorgelegt (Faire und effiziente Unternehmensbesteuerung, 2015, S. 97 ff., Reformvorschlag III).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Programme sind und einen technologischen oder wissenschaftlichen Fortschritt darstellen.<sup>212</sup> Im Verlustfall kommt es zu einer Steuererstattung an das Unternehmen. Bei einem Fördersatz von 10 % (für alle Unternehmen) würde eine solche Maßnahme zunächst Steuerausfälle in Höhe von ca. 4,75 Mrd. Euro verursachen. Verringert man den Fördersatz auf 5 % würden Steuerausfälle von 2,38 Milliarden Euro zu verzeichnen sein. Eine interessante Variante sehen *Spengel* und *Wiegand* in einer Steuergutschrift nur auf FuE-Personalaufwendungen.<sup>213</sup> Diese Gutschrift ließe sich mit der monatlich abzuführenden Lohnsteuer verrechnen, so dass sich unmittelbare Liquiditätseffekte für die betroffenen Unternehmen ergeben würden. Die Verfasser haben neben den fiskalischen Kosten auch die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen geschätzt. Übertrage man die relativ stabilen Ergebnisse internationaler Studien auf Deutschland, so könne man davon ausgehen, dass für jeden Euro, der der öffentlichen Hand als Steuereinnahme entgehe, zusätzliche private FuE-Ausgaben von etwa 1,25 Euro getätigt würden. Bei relativ konservativen Parameterannahmen ermittelt die Studie einen volkswirtschaftlichen Nettounutzen der Fördermaßnahme von etwa 750 Millionen Euro. Das entspricht etwa 15 % des eingesetzten Finanzvolumens. Eine 10%-ige FuE-Förderung würde einer Wachstumssteigerung von 0,1 Prozentpunkten des BIP entsprechen.

Das EFI-Gutachten 2012 spricht sich ebenfalls für eine steuerliche Förderung von FuE aus.<sup>214</sup> *W. Schön* fordert sogar die „flächendeckende Einführung von Tax Credits“ als Ersatz für die direkte projektgebundene Förderung.<sup>215</sup> Denn erstens könnten die Unternehmen selbst am besten entscheiden, welche FuE-Maßnahmen sinnvoll seien. Zweitens entfalle der Verwaltungsaufwand für die Beantragung und Genehmigung der einzelnen Projekte. Nach Auffassung von *Schön* darf die steuerliche FuE-Förderung auch nicht auf kleine und mittelgroße Unternehmen beschränkt werden. Vielmehr müsse der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des internationalen Steuerwettbewerbs auch die Großunternehmen

---

212 Vgl. OECD, Frascati Manual 2002, S. 46 ff.

213 *Spengel* hat inzwischen auch noch eine ermäßigte Besteuerung der Lohn Einkünfte der FuE-Arbeitnehmer ins Spiel gebracht, weil neueste Studien darauf hinweisen würden, dass eine solche Begünstigung zu erhöhter Forschungsaktivität führt (*Berger/Bräutigam*, Tagungsbericht 9. Mannheimer Unternehmenssteuertag, IStR 2015, Heft 15 S. III).

214 Expertenkommission Forschung und Innovation, EFI-Gutachten 2012, S. 13.

215 *Schön*, FR 2014, 93 (94 f.).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

durch steuerliche FuE-Anreize fördern, um die Abwanderung von FuE-Aktivitäten in das Ausland zu verhindern. Da mittlerweile auch in den USA die Einführung einer output-orientierten „Innovation Box“ mit ermäßigter Besteuerung der Einkünfte aus der Verwertung von IP diskutiert wird,<sup>216</sup> könnte der Druck auf den deutschen Gesetzgeber noch zunehmen.

#### IV. Zusammenfassung und Fazit

Deutschland nimmt derzeit keine steuerliche Förderung von FuE vor. Die vorliegende Untersuchung ist daher im Wesentlichen eine Darstellung der steuerlichen Rahmenbedingungen von FuE, wobei nur solche ertragsteuerlichen Vorschriften analysiert werden, die eine Investitionsentscheidung beeinflussen bzw. eine FuE-Tätigkeit behindern könnten. Ausgangspunkt der Untersuchung sind die zivilrechtlichen Grundlagen (Abschnitt II.1.), die nicht nur eine Definition von FuE enthalten, sondern auch den Kreis der potenziellen FuE-Ergebnisse umreißen (Patente, Gebrauchsmuster, Urheberrechte sowie ungeschützte Erfindungen und Know-how).

Sodann folgt eine Darstellung der ertragsteuerlichen Regeln für die Zurechnung von Wirtschaftsgütern und Einkünften mit FuE-Bezug (II.2.). Die Zurechnung von Aufwendungen, Erträgen und Wirtschaftsgütern im Bereich von FuE folgt weitestgehend allgemeinen ertragsteuerlichen Grundsätzen. Entscheidende Zurechnungskriterien sind Unternehmerinitiative und Risikotragung. FuE-Ergebnisse, die von nicht selbständigen Arbeitnehmern herrühren, fallen in das steuerliche Betriebsvermögen des Arbeitgebers, der die Arbeiten leitet und das Erfolgsrisiko trägt. Etwaige zivilrechtliche Übertragungsbeschränkungen wie z.B. § 29 Abs. 1 UrhG stehen der Zurechnung nicht entgegen, denn der Arbeitgeber erwirbt in diesen Fällen in aller Regel zumindest die vermögenswerten Rechte. Eine eigene FuE-Tätigkeit des Unternehmens liegt auch vor, wenn ein selbständiger Dritter im Rahmen eines Dienstvertrags FuE-Tätigkeiten vornimmt, ohne das Erfolgsrisiko zu übernehmen (unechte Auftrags-FuE). Die Aufwendungen für selbst hergestellte immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens sind wegen des

---

216 Diskussionsentwurf des „Innovation Promotion Act of 2015“ der Abgeordneten *Boustany* und *Neal* v. 29.7.2015. Der ermäßigte Steuersatz für die begünstigten Einkünfte beträgt ca. 10 % und orientiert sich an der britischen Patent-Box (*Velarde/Cooper*, TNI 2015 [Vol. 79], 394).

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Aktivierungsverbots in § 5 Abs. 2 EStG sofort abziehbar. Liegt dagegen das Erfolgsrisiko beim Auftragnehmer, der auf der Grundlage eines Werkvertrags tätig wird, sind die Aufwendungen, Wirtschaftsgüter und Erträge dem Auftragnehmer zuzurechnen (echte Auftrags-FuE). Der Auftragnehmer muss die immateriellen Wirtschaftsgüter, die bei ihm zum Umlaufvermögen gehören, zunächst mit den Herstellungskosten aktivieren (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Die anschließende entgeltliche Übertragung der FuE-Ergebnisse auf den Auftraggeber stellt aus dessen Sicht einen Anschaffungsvorgang dar, und die erworbenen immateriellen Wirtschaftsgüter sind mit den Anschaffungskosten zu bewerten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Es erfolgt eine lineare Abschreibung der erworbenen immateriellen Wirtschaftsgüter über die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer. Auch die gemeinsame FuE-Tätigkeit mehrerer Steuerpflichtiger unterliegt den allgemeinen ertragsteuerlichen Regeln, wobei Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter korrigiert werden können, wenn sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind (Umqualifizierung in vGA/vE bzw. Entnahme/Einlage). Ein Sonderfall ist die grenzüberschreitende gemeinsame FuE-Tätigkeit im Rahmen eines Konzern-Umlagevertrags. Nach Ansicht der Finanzverwaltung ergeben sich aus dem Fremdvergleichsgrundsatz erhebliche Einschränkungen sowohl in Bezug auf den Kreis der teilnehmenden Konzerngesellschaften (keine Beteiligung von IP-Verwertungs- und Holdinggesellschaften) als auch im Hinblick auf die betroffenen Funktionen (nur Hilfstätigkeiten).

Abschnitt II.3. behandelt den Betriebsausgabenabzug für FuE-Aufwendungen. Betrieblich veranlasste FuE-Aufwendungen die nicht zu den aktivierungspflichtigen Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsguts gehören, können sofort abgezogen werden (§ 4 Abs. 4 EStG). Dies gilt auch für die Herstellungskosten eines selbstgeschaffenen immateriellen Wirtschaftsguts des Anlagevermögens, wobei es sich bei dem Aktivierungsverbot gem. § 5 Abs. 2 EStG auch nach der Änderung von § 248 Abs. 2 HGB durch das BilMoG nicht um eine Steuersubvention, sondern um eine Fiskalzwecknorm handelt. Der Sofortabzug der eigenen FuE-Aufwendungen entspricht dem objektiven Nettoprinzip, wird aber durch einige gesetzliche Verlust- und Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen erheblich erschwert. Besonders einschneidend wirken die Mindestbesteuerung gem. § 10d Abs. 2 EStG und die Mantelkaufregelung gem. § 8c KStG, wobei die asymmetrische Besteuerung von Gewinnen (voll steuerpflichtig) und Verlusten (Abzugsbeschränkung) einen Anreiz zur Verlagerung von risikobehafteten FuE-Aktivitäten in das niedrig besteuerte Ausland schafft. Auch die Zinsschranke

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

(§§ 4h EStG, 8a KStG) sowie die gewerbsteuerliche Hinzurechnung von Finanzierungsaufwendungen (§ 8 Nr. 1 Buchst. a GewStG) wirken sich nachteilig auf inländische FuE-Aktivitäten aus, indem sie die Finanzierung verteuern und das Chance-Risiko-Verhältnis des FuE-Projekts negativ beeinflussen. Eine weitere, leicht zu übersehende Behinderung ergibt sich aus der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von 6,25 % der Aufwendungen für die Nutzungsüberlassung von Rechten (§ 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG). Dieser Tatbestand ist einerseits überschießend, weil er die bloße Nutzungsüberlassung von Software erfassen soll (Software-miete), andererseits aber auch inkonsequent indem er geschützte und ungeschützte Erfindungen (Know-how) unterschiedlich behandelt.

Abschnitt II.4. untersucht die Besteuerung internationaler FuE-Aktivitäten sowie die Änderungen, die sich aufgrund des BEPS-Projekts ergeben werden. Der deutsche Gesetzgeber hat auf die steuerpolitische Herausforderung, die mit der Globalisierung und dem internationalen Steuerwettbewerb verbunden ist, mit einer Absenkung des Körperschaftsteuersatzes unter gleichzeitiger „Einsperrung“ der potenziell wertvollen FuE-Aktivitäten reagiert. Die grenzüberschreitende Übertragung, Überführung und Nutzungsüberlassung von FuE-Ergebnissen ist mit der Besteuerung der stillen Reserven verbunden, was zwar im Hinblick auf den vorherigen inländischen Betriebsausgabenabzug und den Fremdvergleichsgrundsatz gerechtfertigt ist, aber zugleich eine empfindliche – wenn auch hinzunehmende – Einschränkung der Niederlassungsfreiheit im EU-Binnenmarkt bedeutet. Die Einsperrung betrifft auch die FuE-Tätigkeit als solche, denn das neue Instrument der Besteuerung von Funktionsverlagerungen hat aufgrund der Gesamtbewertung des Transferpakets abschreckende Wirkung. Dem kurzfristigen Aufkommensvorteil aus der Einsperrung bzw. Exit-Besteuerung steht aber ein langfristiger Aussperrungseffekt gegenüber. Ausländische Unternehmen werden neue FuE-Projekte bei sonst gleichen Bedingungen an einem anderen Standort verwirklichen, der weniger restriktiv ist. Und auch ein inländisches Unternehmen wird die Standortfrage untersuchen, wenn es eine FuE-Funktion erstmals einrichtet.

Die Hinzurechnungsbesteuerung stellt eine starke Behinderung der grenzüberschreitenden FuE-Zusammenarbeit im Konzern dar, wobei innerhalb des EU/EWR-Raums immerhin ein Entlastungsbeweis gem. § 8 Abs. 2 AStG möglich ist. Gleichwohl sollte die Hinzurechnungsbesteuerung grundlegend überarbeitet werden. Betroffen sind vor allem der Aktivitätskatalog (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a AStG) und der Schwellenwert

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

für die Niedrigbesteuerung (§ 8 Abs. 3 AStG). Eine weitere Belastung ist mit der Erhebung von Quellensteuern auf Lizenzgebühren verbunden. Im Inbound-Fall ist das inländische Unternehmen, das die Lizenzen als Eingangsleistung für seine eigene FuE-Tätigkeit benötigt, den Risiken des verwaltungsaufwendigen Steuerabzugs ausgesetzt, obwohl der ausländische Vergütungsgläubiger in den allermeisten Fällen einen Anspruch auf Ermäßigung der Quellensteuer hat und später eine Erstattung vom BZSt erhält. Die Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auf 15 % sowie die nachteilige Regelung zur Behandlung von FuE-Aufwendungen in § 34c Abs. 1 Satz 1 EStG lassen im Fall der Outbound-Lizenzierung von FuE-Ergebnissen erhebliche Anrechnungsüberhänge entstehen, was systematisch nicht gerechtfertigt ist. Erforderlich wäre eine Anrechnung ausländischer Quellensteuern auch auf die Gewerbesteuer sowie eine Möglichkeit des Vortrags von Anrechnungsüberhängen.

Die Umsetzung des BEPS-Aktionsplans wird die inländischen Steuerpflichtigen mit neuen VP-Dokumentationspflichten für FuE-Aktivitäten und immaterielle Wirtschaftsgüter belasten (Maßnahme 13). Das Country-by-Country Reporting birgt die Gefahr, dass Schwellenländer der lokalen Konzerngesellschaft eigene immaterielle Wirtschaftsgüter zuordnen, auch wenn sie nur als Dienstleister eingeschränkte FuE-Aufgaben für die inländische Muttergesellschaft durchführt. Die Überarbeitung der OECD-Leitlinien in Bezug auf immaterielle Vermögenswerte („Intangibles“) erfordert eine Anpassung des deutschen Rechts (u.a. Verwaltungsgrundsätze-Umlageverträge), die im Hinblick auf die vielfache Einschränkung des Fremdvergleichsgrundsatzes schwierig werden könnte (Maßnahmen 8 bis 10). Die Vorschläge zur Stärkung der Hinzurechnungsbesteuerung können nur übernommen werden, soweit sie nicht gegen die Rspr. des EuGH zur Niederlassungsfreiheit verstoßen (Maßnahme 3). Das Ergebnis von Maßnahme 5 wird in der Schaffung neuer bzw. Umstellung bestehender IP-Boxen nach Maßgabe des Modified Nexus Approach bestehen. Die deutsche Finanzverwaltung wird Outbound-Gestaltungen, die eine solche neuartige IP-Box nutzen, weder mit einer Verrechnungspreiskorrektur noch mit der Hinzurechnungsbesteuerung gem. § 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a AStG angreifen können, da die erforderliche lokale Substanz per definitionem vorhanden ist. Nachdem die vollständige Abschaffung der IP-Boxen politisch nicht durchsetzbar war, wird sich Deutschland erneut mit der Frage der eigenen steuerlichen Förderung von FuE auseinandersetzen müssen, um im anhaltenden Steuerwettbewerb nicht an Boden zu verlieren.

---

Pinkernell – Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung

---

Den Abschluss der Untersuchung bildet eine kurze Darstellung steuerlicher Förderinstrumente. Ausgangspunkt ist ein Überblick zu den international gebräuchlichsten Förderinstrumenten (Abschnitt III.1.), zu denen u.a. die FuE-Steuerergutschrift, der erhöhte Betriebsausgabenabzug, Sonderabschreibungen sowie die IP- bzw. Patent-Boxen gehören. Während es sich bei den ersten drei Steuerbegünstigungen um Input-orientierte Fördermechanismen handelt, stoßen die IP- und Patent-Boxen aufgrund ihrer Output-Orientierung auf Skepsis. Denn die ermäßigte Besteuerung von Einkünften aus der Verwertung von Patenten hat einen Anlockungseffekt und kann einen schädlichen staatlichen Steuerwettbewerb auslösen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Förderung von FuE im Ausland, ist in Deutschland eine Diskussion um steuerliche Anreize für FuE entstanden (Abschnitt III.2.). Die Ökonomen *Spengel* und *Wiegard* haben 2011 im Auftrag von Wirtschaftsverbänden einen konkreten Vorschlag für eine steuerliche FuE-Förderung erarbeitet und die fiskalischen und volkswirtschaftlichen Auswirkungen eingeschätzt. Es handelt sich um eine volumenbasierte FuE-Steuerergutschrift, die das Marktversagen im FuE-Bereich überwinden und einen positiven Wissensspillover auf andere Unternehmen auslösen soll.

Deutschland sollte in Anbetracht des internationalen Steuerwettbewerbs die steuerliche Förderung von FuE erneut überprüfen. Denn Patent-Boxen werden auf der Grundlage des Modified Nexus Approach weiterhin zulässig sein, so dass bei jeder FuE-Investition ein internationaler Standortvergleich stattfinden wird, wobei die Auswahl gerade innerhalb Europas besonders groß ist.

## Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

Prof. Dr. *Roland Ismer*, Msc Econ. (LSE)  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

<b>I. Einleitung</b>	
<b>II. Statistische statt deterministischer Steuerung bei Informationsdefiziten</b>	
1. Externalitäten als Rechtfertigung?	2. Belastung vs. Entlastung
2. Rechtfertigung als Steuerungsinstrument	3. Auswahl des Steuer- oder Abgabenobjekts
3. Wahl zwischen Preisinstrumenten	4. Aufgabe und Grenzen der Rechtswissenschaften
<b>III. Ausgestaltung</b>	<b>IV. Internationaler Kontext</b>
1. Typologie	1. Gefahr von Verlagerungseffekten
	2. Verbrauchsbelastung als Lösung
	<b>V. Zusammenfassung und Ausblick</b>

### I. Einleitung

Umweltschutz durch Steuern und Abgaben ist kein neues Thema.<sup>1</sup> Es gibt dazu bereits eine Flut von Publikationen.<sup>2</sup> Es bestehen ferner eigene

<sup>1</sup> S. zur Entwicklung etwa *Mastellone*, *European Taxation* 2014, 478 sowie vertieft zur Ideengeschichte aus ökonomischer Sicht *Sandmo*, *European Economic Review* 69 (2014), 126-141. Zur Diskussion der steuerpolitischen Fragen s. *Fulleton/Leicester/Smith*, *Environmental Taxes*, in *Institute for Fiscal Studies* (Hrsg.), *Dimensions of Tax Policy – The Mirrlees Review*, 2010, S. 423-518 und *Mirrlees* u.a., *Tax by Design – The Mirrlees Review*, 2011, S. 231-282. S. ferner *Kreiser* u.a. (Hrsg.), *Environmental Taxation and Green Fiscal Reform: Theory and Impact*, 2014; *Milne/Skou* (Hrsg.), *Handbook of Research on Environmental Taxation*, 2012.

<sup>2</sup> Grundlegend im deutschen Sprachraum *Meßerschmidt*, *Rechtsfragen der Erhebung von Umweltabgaben*, 1986. S. ferner insbesondere *Rodi*, *Das Steuerrecht als Instrument der Umweltpolitik*, 1993; *Sacksofsky*, *Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben*, 2000; *Tipke*, *Die Steuerrechtsordnung*, Band 2, 2. Aufl. 2003, S. 1082–1103. Aus der internationalen Literatur s. etwa *Jadot*, *Les taxes environnementales: objectifs et principes*, *Fiscalité de l'environnement*, 1994; *Molina*, *Derecho Tributario Ambiental*, 2000, sowie *Pitrone*, *Environmental Taxation: A legal perspective*, 2014. S. Speziell für den Bereich des Klimaschutzes *Ismer*, *Klimaschutz als Rechtsproblem*, 2014. Allgemein zu

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

Konferenzserien<sup>3</sup> und produktive Denkfabriken,<sup>4</sup> die sich ausdrücklich dem Thema verschrieben haben. Schließlich bildete das Thema im September 1992 den Gegenstand der Bonner Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft<sup>5</sup> und wurde dort in seiner gesamten Breite ausgeleuchtet.

Angesichts der Vielzahl derart qualitätvoller Vorleistungen kann der vorliegende Beitrag nicht den Anspruch erheben, den Diskurs vollständig nachzuzeichnen. Stattdessen verfolgt er eine doppelte Zielsetzung. Zum einen soll die Gelegenheit genutzt werden, sich der Grundlagen der Umweltabgaben zu besinnen. Diese werden im deutschen steuerjuristischen Schrifttum zum Teil sehr skeptisch gesehen.<sup>6</sup> Damit besteht ein deutlicher Gegensatz zur umweltrechtlichen Literatur, wo den Umweltabgaben durchaus eine wichtige, wenn auch nicht ausschließliche Rolle im Instrumentenmix beigemessen wird.<sup>7</sup> Zum anderen sucht er der Tatsache Rechnung zu tragen, dass sich auch und gerade im Steuerrecht die wissenschaftlichen Antworten auf konstante Fragen weiterentwickeln können.<sup>8</sup>

---

Lenkungssteuern *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005.

3 Etwa die jedes Jahr stattfindende Global Conference on Environmental Taxation (GCET).

4 In Deutschland etwa das Forum Ökologisch-Soziale Marktwirtschaft (FÖS); in Europa Green Budget Europe.

5 S. dazu auch den Tagungsband *P. Kirchhof* (Hrsg.), Umweltschutz im Abgaben- und Steuerrecht, Veröffentlichungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V., Band 15, 1993.

6 Skeptisch etwa *Hey*, NJW 2000, 640; *P. Kirchhof*, DStJG 15 (1993), 3. Vgl. auch die Warnung von *Tipke* (Fn. 2), S. 1103, derartige Steuern dürften nicht „fiskalisch missbraucht“ werden. Differenzierend *Englisch*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 7 Rz. 121 ff. Gegen die konkrete Ausgestaltung etwa auch *Schön/Herdegen*, Ökologische Steuerreform, Verfassungsrecht und Verkehrsgewerbe, 2000.

7 S. dazu etwa *Klopfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2005, § 5 Rz. 1 ff.; *Koch*, Umweltrecht, 2. Aufl. 2007, § 3 Rz. 62 ff.; *Lübbe-Wolff*, NVwZ 2011, 481 ff.; *Meßerschmidt*, Instrumente des Umweltrechts, in *Ehlers/Fehling/Pünder* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Band 2, 2013, § 45 Rz. 4; *Sparwasser/Engel/Vosskuhle*, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 2 Rz. 57. Für die Energiebesteuerung s. *Schlegel*, Carbon and Climate Law Review 8 (2014), 115-12, für den Stromsektor *Ismer* (Fn. 2), S. 83 ff. Aus ökonomischer Sicht *Goulder/Parry*, Review of Environmental Economics and Policy 2 (2008), 152.

8 Vgl. dazu auch die Anekdote von *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993, S. V.

## Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

Als neuere Entwicklung der letzten Zeit ist erstens festzuhalten, dass in Deutschland nunmehr in erheblichem Maße Steuern erhoben werden, die zumindest auch durch Umweltschutzgedanken motiviert sind.<sup>9</sup> Anders als seinerzeit bei der Bonner Jahrestagung im Jahre 1992 geht es also nicht nur weitgehend spekulativ und rechtspolitisch um die Zukunft, sondern um die steuerliche Gegenwart. Es hat sich insbesondere ein über die Mineralölsteuer hinausgehendes Energiesteuerrecht herausgebildet, das zumindest auch durch Umweltzwecke motiviert ist.<sup>10</sup> Dadurch sind zugleich die Verteilungswirkungen derartiger Steuern in den Vordergrund getreten.<sup>11</sup> Zweitens wurde eine Reihe von steuerlichen Vergünstigungen für umweltschonendes Verhalten geschaffen. Als Beispiele dafür lassen sich anführen die Förderung von abgasarmen Kfz bei der Kfz-Steuer,<sup>12</sup> die Vergünstigungen für Elektroautos im Rahmen der Einkommensteuer<sup>13</sup> oder, wenn man über die Steuern und Abgaben im engeren Sinne hinausgeht und auch Nachbarbereiche einbezieht, auch die Förderung Erneuerbarer Energien durch das EEG.<sup>14</sup> Besonders wichtig – und darauf wird der Beitrag denn auch seinen Schwerpunkt legen – ist schließlich ein dritter Befund: Die Antwort auf die grenzüberschreitende Dimension des Themas hat sich stark verändert. Auf der Bonner Jahrestagung wurden die Grenzüberschreitungen in der Beschäftigung

9 Vgl. auch die EU-weiten Daten von Eurostat, Environmental tax statistics, abrufbar im Internet unter [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Environmental\\_tax\\_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Environmental_tax_statistics).

10 Insbesondere wurde im Jahre 1999 im Rahmen der sog. „Ökologischen Steuerreform“ durch Art. 1 des Gesetzes zum Einstieg in die ökologische Steuerreform v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 378) eine Stromsteuer eingeführt. Diese wurde durch Umweltschutzzwecke motiviert, vgl. BT-Drucks. 14/40, S. 9: „Die Einführung der Stromsteuer ist ein wichtiger Schritt zum Einstieg in die ökologische Steuerreform, deren Grundphilosophie es ist, den Energieverbrauch zu verteuern und im Gegenzug den Faktor Arbeit zu entlasten.“ Weitere wesentliche Schritte markierten das Gesetz zur Fortführung der ökologischen Steuerreform v. 16.12.1999 (BGBl. I, 2432) und das Gesetz zur Fortentwicklung der ökologischen Steuerreform v. 23.12.2002 (BGBl. I, 4602).

11 Dazu etwa *Chiroleu-Assouline/Fodha*, European Economic Review 69 (2014), 126; *Kosonen*, Regressivity of environmental taxation: myth or reality? Taxation Paper n. 32, Brussels: The European Commission, 2012.

12 Vgl. § 3b KfzStG.

13 Vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 3 Halbs. 2 und 3 EStG (Herausnahme der Kosten für Batterien von Elektrofahrzeugen aus der 1 Prozent-Regelung). S. ferner den weitergehenden Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Förderung der Elektromobilität, BT-Drucks. 18/5864.

14 Dazu *Ismer* (Fn. 2), S. 220 ff. und 207 ff. m.w.N.

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

mit Abgaben gesehen, die nur teilweise das Merkmal einer Steuer erfüllen. Auch wurden seinerzeit Disziplinengrenzen zur Ökonomik und zur Politik überschritten.<sup>15</sup> Und schließlich wurden, entsprechend der ureigenen Aufgabe des Rechts, die Trennlinie zwischen Erlaubtem und Verboten zu markieren, die verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Grenzen der Umweltabgaben betont.<sup>16</sup> Auch wenn das immer noch durchaus wichtige Anliegen sind, ist im heutigen wissenschaftlichen Diskurs die grenzüberschreitende Dimension vor allem im Sinne des Spannungsverhältnisses zwischen globalisierter Wirtschaft und territorialer Begrenzung, also als internationale Dimension des Problems zu verstehen:<sup>17</sup> Die Umweltabgaben und Umweltsteuern werden nicht weltweit, sondern territorial begrenzt erhoben. Wenn überhaupt sind sie nur EU-weit einheitlich, zumeist aber endet die Einheitlichkeit an nationalen, wenn nicht sogar schon an regionalen oder örtlichen Grenzen.

Vor diesem Hintergrund geht der Beitrag zunächst auf die Frage ein, wie Umweltschutz durch Steuern und Abgaben ganz grundsätzlich funktionieren kann. Er beschränkt sich dabei auf Fälle, wo steuerliche und abgabenrechtliche Regelungen selbst umweltschützende Wirkungen erreichen sollen. Ganz im Sinne des Nonaffektationsgrundsatzes<sup>18</sup> werden also diejenigen Situationen ausgenommen, bei denen der Umweltschutz lediglich über eine entsprechende Zweckbindung des Aufkommens verfolgt wird.<sup>19</sup> Der zweite Abschnitt legt dar, dass der Einsatz von Steuer- und Abgabennormen zur Verfolgung von Umweltzwecken seine Rechtfertigung in staatlichen Informationsdefiziten findet. Der dritte Abschnitt beschäftigt sich mit Belastungs- bzw. Entlastungsentscheidungen und deren Umsetzung. Dabei wird auch die Rolle der Rechtswissenschaften zu thematisieren sein. Der vierte Abschnitt untersucht exemplarisch eine Frage der internationalen Dimension, die derzeit Gegenstand eines größeren internationalen Forschungsvorhabens ist.<sup>20</sup> Der fünfte Abschnitt beschließt mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick zu den Folgen des technologischen Wandels.

---

15 S. *Dickertmann*, DStJG 15 (1993), 33 ff.; *Flockermann*, DStJG 15 (1993), S. 67 ff.; und von *Lersner*, DStJG 15 (1993), S. 103 ff.

16 S. *P. Kirchhof*, DStJG 15 (1993), 3 ff.; *Schröder*, DStJG 15 (1993), S. 87 ff.

17 Diese betont auch *Fullerton/Leicester/Smith* (Fn. 1), S. 423 (429).

18 Vgl. dazu *Heintzen*, HStR V 3, § 120 Rz. 47 ff.; *Waldhoff*, HStR V 3, § 116 Rz. 133 ff.; *Waldhoff*, Stuw 2002, 285.

19 S. dazu auch *Pitrone*, BIT 2015, 58 ff.

20 Vgl. *Climate Strategies, Inclusion of Consumption*, abrufbar unter <http://climatestrategies.org/projects/inclusion-of-consumption-in-emissions-trading>.

## II. Statistische statt deterministischer Steuerung bei Informationsdefiziten

Umweltschutz durch Steuern beschwört häufig einen Konflikt mit der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit herauf. Zwar können Umweltsteuern als Verbrauchsteuer und Aufwandsteuern ausgestaltet sein. Wenn sie im Konsum gezeigte Leistungsfähigkeit belasten, besteht ein Gleichklang mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip. Umgekehrt spiegeln steuerliche Entlastungen bisweilen auch eine durch das umweltschonende Verhalten deutlich geminderte Leistungsfähigkeit wider. Häufig aber besteht ein Spannungsverhältnis.<sup>21</sup> So zeigen empirische ökonomische Studien, dass derartigen Maßnahmen tendenziell eine regressive Wirkung aufweisen, dass sie also einen desto höheren Teil des Einkommens der Menschen belasten, je niedriger das Einkommen ist.<sup>22</sup> Dieser Befund wird desto bedeutender, je stärker der Anteil derartiger Maßnahmen am Gesamtsteueraufkommen steigt. Auch die Hoffnung, dass das Aufkommen aus Umweltsteuern und Umweltabgaben für eine anderweitige Senkung verzerrender Steuern wie der Einkommensteuer genutzt werden kann,<sup>23</sup> löst die Verteilungsprobleme nicht zwingend.<sup>24</sup> Empirisch jedenfalls sind derartige Wirkungen einer doppelten Dividende von Umweltsteuern und Umweltabgaben nicht nachzuweisen.<sup>25</sup> Es muss daher nach der Rechtfertigung durch den Umweltschutz als Lenkungszweck gesucht werden.

21 Bisweilen wird versucht, dieses zu negieren, so etwa *Rosembuj*, *El impuesto ambiental*, 2009, S. 160 ff. unter Berufung auf eine Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichts, wonach die Ausübung verschmutzender Tätigkeiten eine Manifestation ökonomischer Leistungsfähigkeit darstelle. Dies lässt sich nur vor dem Hintergrund verstehen, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip in der spanischen Verfassung verankert ist und die diesem nicht genügenden Steuern offensichtlich der Gefahr unterliegen, verfassungswidrig zu sein. S. zum Ganzen auch *Pitrone* (Fn. 2), S. 144 ff.

22 *Grainger/Kolstad*, *Environmental and Resource Economics*, 46, 359–376; *Gröschel/Schröder*, *Empirical Economics*, 46 (2014), 1339–1383; *Klenert/Matauch*, *Economics Letters* 138 (2016): 100–103.

23 Dies war seinerzeit in der Begründung des Entwurfs für ein Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform maßgeblich angeführt worden, vgl. Fn. 9.

24 Für eine entsprechende Ausgestaltung aber *Chiroleu-Assouline/Fodha*, *European Economic Review* 69 (2014), 126.

25 Zur umfangreichen Diskussion um die sog. doppelte Dividende s. *Jaeger*, *The double dividend debate*, in *Milne/Andersen* (Fn. 1), S. 211 ff.

## 1. Externalitäten als Rechtfertigung?

Eine solche Rechtfertigung könnte man in der Korrektur von Externalitäten finden.<sup>26</sup> Die ökonomische Theorie lehrt in ihrem Ersten Hauptsatz der Wohlfahrtsökonomik, dass eine marktwirtschaftlich organisierte Volkswirtschaft (Pareto-) effizient ist, also keine Verbesserung eines Wirtschaftsakteurs zulässt, ohne gleichzeitig mindestens einen anderen Wirtschaftsakteur schlechter zu stellen. Dies setzt aber insbesondere voraus,<sup>27</sup> dass sich das Verhalten eines Akteurs – nicht ohne Vermittlung über den Marktmechanismus – auf einen anderen Akteur positiv oder negativ auswirkt, ohne dass eine entsprechende Ausgleichszahlung erfolgt, oder mit anderen Worten: dass keine externen Effekte<sup>28</sup> vorliegen. Andernfalls können staatliche Interventionen unter Umständen einen Effizienzgewinn ermöglichen. Bei positiven externen Effekten ist eine ausgleichende Subvention zu gewähren, bei negativen Effekten das Verhalten zu verteuern.

Die Aussagen des Ersten Hauptsatzes der Wohlfahrtsökonomik werden wiederhergestellt,<sup>29</sup> wenn die Externalitäten durch das Preisinstrument hinreichend genau internalisiert werden, so dass sie die negativen oder positiven Auswirkungen der Handlungen der Wirtschaftsakteure auf den Nutzen oder den Gewinn der anderen Akteure widerspiegeln. Indessen liegt in der genauen Bestimmung häufig ein Problem. Illustrieren lässt sich dies am Beispiel des Klimawandels. In der Wissenschaft herrscht weitgehend Konsens, dass die Emission von Treibhausgasen zu anthropogenem Klimawandel führt. Indessen wird der durch CO<sub>2</sub>-Emis-

<sup>26</sup> Vgl. zum Folgenden näher *Ismer* (Fn. 2), S. 55 ff.

<sup>27</sup> Für eine gut verständliche Darstellung der Problematik s. *Barr*, *The Economics of the Welfare State*, 4. Aufl. 2004, S. 74 ff.

<sup>28</sup> Externe Effekte vgl. *Cowell*, *Microeconomics*, 2006, S. 441 ff. Ein Beispiel dafür ist Luftverschmutzung durch eine Fabrik, die sich auf die Bewohner umliegender Häuser auswirkt (Fall einer negativen Externalität) oder die positiven Wirkungen von Bildung auf das Funktionieren einer Demokratie, zu letzterem *Ismer*, *Bildungsaufwand im Steuerrecht*, 2006, S. 467. Grundsätzlich kann der Markt allerdings bisweilen Lösungen für die Problematik von externen Effekten bereitstellen, etwa durch Fusion der betroffenen Akteure (*Meade*, *Economic Journal* 62 (1952), 54 ff.) oder durch Vereinbarungen zwischen ihnen (*Coase*, *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1 ff.).

<sup>29</sup> S. dazu den klassischen Beitrag von *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 4. Aufl. 1932. Allerdings ist die Aussage hier insoweit abgeschwächt, als vom Vorliegen von verzerrenden Steuern ausgegangen wird. Damit kann das soziale Optimum nur ein „constrained optimum“ sein.

sionen verursachte Schaden in der wissenschaftlichen Literatur ganz unterschiedlich quantifiziert. Die Schätzungen reichen von null bis 357 USD pro Tonne an emittiertem CO<sub>2</sub>.<sup>30</sup> Eine Rechtfertigung durch die präzise Korrektur von Externalitäten scheidet in einem solchen Fall daher aus.<sup>31</sup>

## 2. Rechtfertigung als Steuerungsinstrument

Die Rechtfertigung des Einsatzes von steuerlichen und abgabenrechtlichen Vorschriften zu Umweltschutzzwecken muss daher andere Wege einschlagen. Aus meiner Sicht ergibt sie sich daraus, dass sie ein Steuerungsinstrument für ein gesellschaftlich gewünschtes Ziel darstellen.<sup>32</sup> Erforderlich ist dann nicht mehr die genaue Bestimmung des Schadens, der dann korrigiert werden könnte. Vielmehr reicht es aus, ein Verhalten für unerwünscht und damit reduktionswürdig anzusehen.

Gleichwohl wird gegen den Einsatz abgabenrechtlicher Maßnahmen insbesondere im deutschen steuerrechtswissenschaftlichen Schrifttum<sup>33</sup> eingewandt, dass diese Instrumente nicht wirklich geeignet seien zur Sicherstellung eines bestimmten Schutzniveaus. Sie könnten zwar Anreize setzen, das gewollte Verhalten an den Tag zu legen. Die Abgabepflichtigen könnten sich aber immer noch gegen die Lenkungswirkung entscheiden und sich durch Entrichtung der Abgabe aus ihrer Umweltschutzpflichtigkeit gleichsam herauskaufen.

Letztlich dürfte dem aber ein Missverständnis zugrunde liegen. Erstens ist festzuhalten, dass die vorgegebenen Regeln des Ordnungsrechts nicht von jedem befolgt werden. Selbst der Einsatz des schärfsten zur Verfügung stehenden Instruments, des Strafrechts, kann dies nicht immer sichern. Zwar ist das rechtlich geschuldete Verhalten hier eindeutig definiert: Du sollst nicht stehlen, vor Gericht falsch aussagen und schon gar nicht töten. Die Umsetzung ist aber, wie die Existenz der Strafgerichte zeigt, nicht immer garantiert. Zweitens ist selbst dann, wenn sich die Bürger an die Vorgaben des Ordnungsrechts halten, nicht immer sichergestellt, dass das angestrebte Umweltschutzniveau erreicht wird. Denn gerade im Umweltbereich werden Aktivitäten wie das Fahren von

30 *Verchick*, *Ecology Law Quarterly* 32 (2005), 349 (371).

31 *Ismer* (Fn. 2), S. 66 f.

32 *Ismer* (Fn. 2), S. 67 f. Ähnlich auch der Standardpreisansatz von *Baumol/Oates*, *Swedish Journal of Economics* 73 (1971), 42.

33 *P. Kirchhof*, *DStJG* 15 (1993), 3 (15).

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

Autos mit fossilen Energieträgern häufig nicht ganz verboten, sondern von der Einhaltung bestimmter Grenzwerte abhängig gemacht. Was dieses Einzelverhalten in der Summe aller Autofahrer ausmacht, ist sehr verschieden. In der Großstadt ist die Luft zum Teil extrem schlecht, im abgeschiedenen Bergdorf mit wenig Verkehr ist sie hervorragend. Die kumulierte Wirkung ist auch nicht immer vorherzusagen. Wenngleich die Gesamtauswirkung mit gewissen Unsicherheiten und Unschärfen belastet ist, bleibt die Steuerung über Grenzwerte aber natürlich sinnvoll.

Bei den Umweltabgaben besteht demgegenüber eine zusätzliche Komponente, wodurch sich strukturell Züge einer *Wahlschuld* ergeben: Der einzelne Bürger ist nach seiner Wahl umweltschutzpflichtig oder abgabepflichtig, oder auch beides, nämlich wenn er sich für einen Mittelweg entschließt und sein Verhalten nur teilweise, aber nicht vollständig ändert. Für das Gemeinwesen, die Gesamtheit aller Bürger, ist eine solche Wahlmöglichkeit akzeptabel, wenn sie nicht auf die Mitwirkung aller Bürger angewiesen ist, sondern sie ihr Ziel erreicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Reaktionen aller Bürger die gewünschte Gesamtveränderung ergibt. Beispielsweise kann die Klimaschutzverpflichtung zur Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen in Deutschland auch dann erfüllt werden, wenn einzelne Wirtschaftsakteure ihre Emissionen sogar erhöhen. Man kann die staatliche Verhaltenslenkung durch Abgaben und Steuern daher als statistische Steuerung begreifen: In der Aggregation bewegen sich unabhängige Einzelereignisse häufig in einer gut vorhersagbaren Bandbreite.<sup>34</sup>

Die Einräumung der Wahl zwischen Zahlung und lenkungszielkonformem Verhalten ist nur dann problematisch, solange das Ziel der Regelung ein völliges Unterlassen des Verhaltens ist. Dann würde die Eröffnung der Zahlalternative das Ziel gefährden. So kann die Rechtsordnung keine Straffreiheit für Tötungen vorsehen, nur weil ein wie auch immer bemessener Ausgleichsbetrag an wen auch immer gezahlt wird. Vielmehr ist das Verbot grundsätzlich strikt. Bei der Steuerung durch Umweltabgaben ist das Ziel aber ein anderes: Hier geht es nicht darum, Verhalten im Ideal vollständig zu unterbinden. Vielmehr ist ein bestimmtes Niveau akzeptabel, erst dessen Überschreitung begründet Probleme. Das Ziel wird also anders als etwa im Strafrecht nicht verfehlt, wenn ein Einzelner die falsche Entscheidung an den Tag legt, sondern nur

---

<sup>34</sup> Wenn 100.000 Mal eine Münze geworfen wird, kommt fast sicher mehr als 40.000 Mal und weniger als 60.000 Mal Kopf.

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

dann, wenn die Aggregation scheitert, wenn also zu viele Individuen sich für die Zahlung entscheiden. Im Übrigen ist die Rechtsordnung nicht blind, sondern kann nachjustieren durch eine entsprechende Erhöhung der finanziellen Zahlung. Es handelt sich also um eine (offen) statistische Steuerung.

Der zuletzt genannte Punkt – die Möglichkeit einer Nachjustierung – wiederlegt auch den Einwand, Umweltabgaben seien auf ihre eigene Abschaffung gerichtet und damit erdrosselnd.<sup>35</sup> Dem lässt sich entgegenhalten, dass es gerade nicht um eine vollständige Beseitigung des Verhaltens geht; dann wären Abgaben ohnehin das falsche Instrument. Es ist auch nicht notwendigerweise der Fall, dass das Aufkommen über die Zeit durch erfolgreiche Vermeidungsstrategien sinken müsste. Denn die gewollten technologischen Entwicklungen mögen zwar über die Zeit zu geringeren Emissionen pro Einheit des verschmutzenden Verhaltens führen. Gleichwohl kann, wie beispielsweise im Luftverkehr, das Ausmaß des verschmutzenden Verhaltens so stark zunehmen, dass die Effizienzverbesserungen nicht für eine Senkung der Gesamtemissionen ausreichen. Die Umweltabgaben erreichen dann ihr Ziel, wenn sie die Steigerung der Gesamtemissionen jedenfalls begrenzen. Und selbst dort, wo es zu einer Senkung der Gesamtemissionen kommt, hat der Staat die Möglichkeit, durch Erhöhungen des Steuersatzes sowohl sein Aufkommen zu sichern als auch die Anreize wieder zu verschärfen.

Im Übrigen gilt es sich vor Augen zu halten, dass Steuern, die der Verwirklichung von Umweltzielen dienen, schon begriffsmäßig der Erzielung staatlicher Einnahmen dienen, vgl. § 3 Abs. 1 Halbs. 2 AO. Darüber hinaus aber kann es durchaus sein, dass derartige Steuern als Verbrauchsteuern auch dann ihren Platz im Gesamtsteuersystem hätten, wenn es keine entsprechenden Umweltziele gäbe. Beispielsweise kann durch die Besteuerung von CO<sub>2</sub> ein Teil der übermäßigen<sup>36</sup> Gewinne abgeschöpft werden, was mit einer einheitlichen Körperschaftsteuer nicht möglich

---

35 Allgemein zu den Erdrosselungssteuern *Wernsmann*, in HHS, § 3 Rz. 124 ff. (Stand Juni 2011). Im Kontext von Umweltabgaben *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 113 ff.

36 Also auf das Vorliegen einer ökonomischen Rente zurückgehende Gewinne, vgl. *Franks/Edenhofer/Lessmann*, Why finance ministers may favor a carbon tax, even if they do not believe in climate change, Präsentation vom 22.5.2014, im Internet abrufbar unter [http://www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/presentations/Public\\_Finance\\_Workshop/Day\\_1/Session\\_4/Franks\\_Max\\_-\\_Why\\_finance\\_ministers\\_may\\_favor\\_a\\_carbon\\_tax\\_even\\_if\\_they\\_do\\_not\\_believe\\_in\\_climate\\_change.pdf](http://www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/presentations/Public_Finance_Workshop/Day_1/Session_4/Franks_Max_-_Why_finance_ministers_may_favor_a_carbon_tax_even_if_they_do_not_believe_in_climate_change.pdf).

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

ist. Auch erfassen bestimmte Verbrauchsteuern wie die Stromsteuer Konsumleistungsfähigkeit. Diese Steuern verfolgen dann neben dem Umweltschutz einen Fiskalzweck, so dass ein positives Aufkommen nicht zeigt, dass der Umweltschutzzweck verfehlt würde.

Die Einräumung einer derartigen Wahlschuld lässt sich als *Emanation des Verhältnismäßigkeitsprinzips* verstehen. Die Emittenten unterscheiden sich stark in ihren Möglichkeiten, Emissionen zu vermeiden, ohne dass der Staat dies im Einzelnen nachvollziehen könnte. Gegenüber einem Verbot der Aktivität, wodurch das gewollte Umweltschutzverhalten jedem auferlegt würde, ist die Möglichkeit, alternativ auch eine Geldleistung erbringen zu dürfen, freiheitsschonender. Sie stellt ein Angebot dar, das als solches nie belastend, sondern immer lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Es wird von denjenigen abgelehnt, deren Vermeidungskosten niedrig sind, und von denjenigen angenommen, deren Vermeidungskosten hoch sind. Aus Sicht des Umweltschutzes ist sie unproblematisch, solange die Wirtschaftssubjekte den vorhergesagten Rahmen nicht wesentlich überschreiten. Von daher erklärt sich zugleich, dass es nicht verwerflich ist, wenn der Staat mit den Umweltsteuern Aufkommen für die allgemeine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erzielen will.

Das bedeutet allerdings noch nicht, dass solche Abgaben umfassend eingesetzt werden sollten. Vielmehr muss ihr Platz im umweltrechtlichen *Instrumentenmix* bestimmt und dazu eine Abgrenzung zu den anderen möglichen Instrumenten vorgenommen werden.<sup>37</sup> Der Staat kann etwa haftungsrechtliche Vorschriften schaffen, Warnungen und Empfehlungen aussprechen sowie sich ordnungsrechtlicher Gebote und Verbote bedienen. Der Einsatz von steuerlichen und abgabenrechtlichen Maßnahmen empfiehlt sich immer dann, wenn weitreichende Verhaltensänderungen eines großen und diversen Kreises von Verschmutzern erforderlich sind. Hier fehlt es dem Staat oftmals an der hinreichenden Kenntnis der Vermeidungsmöglichkeiten in den einzelnen Sektoren. Die Wirtschaftsakteure und ihre Lobbyisten haben auch einen Anreiz, diese staatlichen Informationsdefizite fortbestehen zu lassen und ihre eigenen Kosten möglichst hoch erscheinen zu lassen, um die sie betreffende Regulierung aufzuweichen. Ordnungsrechtliche Maßnahmen sind hingegen insbesondere dann ratsam, wenn es um die Verhinderung nicht nur in der Gesamtwirkung, sondern schon für sich genommen schädlichen Verhaltens geht. Der Einsatz anderer Instrumente ist darüber hinaus aber

---

<sup>37</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 7.

ganz allgemein dort empfehlenswert, wo die finanzielle Lenkungswirkung nicht eintritt, weil die betreffenden Wirtschaftsakteure nur eingeschränkt einer solchen Steuerung zugänglich sind. Das kann etwa an kognitiven Defiziten, Umsetzungsschwächen oder der Möglichkeit der Kostenüberwälzung liegen. Beispielsweise zeigt die ökonomische Literatur, dass vielfach Energiesparmaßnahmen an sich sehr hohe Renditen versprechen, diese aber gleichwohl nicht in Angriff genommen werden. Hier erscheinen weitere Versuche über Preise zu steuern, weniger erfolgversprechend.<sup>38</sup> Dementsprechend kann sogar eine Komplementarität dahingehend bestehen, dass eine finanzielle Steuerung durch Steuern und Abgaben durch ordnungsrechtliche Vorgaben ergänzt wird, welche die Einhaltung eines bestimmten Mindeststandards gewährleisten. Allgemein findet sich in der Praxis sehr häufig ein Paket von mehreren Instrumenten aus Steuern, Regulierung, Subventionen und informellen Instrumenten.

### 3. Wahl zwischen Preisinstrumenten

Am Rande sei hier noch darauf hingewiesen, dass eine weitere Frage zu beantworten ist selbst wenn sich der Gesetzgeber für eine Steuerung über den Preis entscheidet, nämlich die nach der Auswahl des Preisinstruments:<sup>39</sup> Soll auf das Steuer- und Abgabenrecht zurückgegriffen werden, oder sollen Alternativen verfolgt werden? Als solche ist insbesondere der Emissionshandel zu sehen. Dieser sucht ebenfalls über finanzielle Anreize Lenkungswirkungen zu erreichen. Er hat aber eine abweichende Struktur: Er kennzeichnet sich<sup>40</sup> durch zwei konstitutive Elemente, nämlich erstens durch eine Beschränkung der insgesamt zulässigen Emissionen auf ein vorgegebenes Maß, für das Emissionsberechtigungen ausgegeben werden (ordnungsrechtliche Komponente), und zweitens durch eine Handelbarkeit dieser Emissionsberechtigungen. Für den Emittenten ergeben sich grundsätzlich ähnliche Folgen wie bei Umweltabgaben: Wenn er emittiert, muss er die Emissionsberechtigungen abgeben, die er gegebenenfalls am Markt erwerben muss. Wenn er nicht emittiert, braucht er

38 *Johnson/Stern*, Environmental Taxes – Commentary, in Institute for Fiscal Studies (Hrsg.), Dimensions of Tax Policy – The Mirrlees Review, 2010, S. 519 (529).

39 Dazu etwa *Hepburn*, Oxford Review of Economic Policy 22 (2006), 226; *Ismer* (Fn. 2), S. 73 ff. je m.w.N.

40 In seiner Form als sog. Cap and Trade System, dazu und zur Alternative des Baseline and Credit-Systems *Ismer* (Fn. 2), S. 106 ff.

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

keine Emissionsberechtigungen zu erwerben und kann etwaige vorhandene Berechtigungen seinerseits am Markt verkaufen. Mit anderen Worten: Er sieht sich, was seine Anreize angeht, ähnlichen Wirkungen ausgesetzt, als wenn der Staat Abgaben oder Steuern zur Lenkung einsetzen würde.

Emissionshandelssysteme haben den Vorteil, dass die zulässige Gesamtemissionsmenge durch das Cap grundsätzlich feststeht, vorbehaltlich natürlich, dass diese ordnungsrechtliche Komponente auch durchgesetzt werden kann. Sie sind daher, wie der amerikanische Ökonom *Stuart Weitzman* in einem viel beachteten Beitrag<sup>41</sup> nachgewiesen hat, dann besonders geeignet, wenn Überschreitungen der Höchstgrenze kritisch wären. Letztlich geht es in der Theorie um eine Abwägung von Grenzkosten eines Zuwenig an Umweltschutz einerseits und eines Zuviel an Umweltschutz andererseits. Darüber hinaus ist zu beachten, dass ein Emissionshandel ohnehin nur in Betracht kommt, wenn wie im Bereich der Treibhausgasemissionen ein hinreichend großer Markt mit großer Diversität der Akteure gegeben ist.

### III. Ausgestaltung

Die wissenschaftliche Untersuchung des Einsatzes von Abgaben und Steuern zur Erreichung von Umweltschutzfragen kann und sollte sich aber nicht auf die grundlegende Erklärung beschränken, warum dieser überhaupt gerechtfertigt werden kann. Vielmehr bedarf es konkreter Antworten, in welcher Form das Steuer- und Abgabenrecht denn eingesetzt wird und werden kann. Dazu wird im Folgenden zunächst eine kurze Typologie der auch in der Steuerpraxis zu findenden Instrumente präsentiert (1.), bevor der Frage nach der Belastungs- bzw. Entlastungsentscheidung und deren Umsetzung nachgegangen wird (2.). Diese Ausführungen sind wie bereits die voranstehenden stark ökonomisch geprägt, was Fragen aufwirft, welche Rolle die Rechtswissenschaften in diesem Kontext zu spielen haben (3.).

#### 1. Typologie

Eine Typologie<sup>42</sup> basiert zunächst darauf, dass sich Umweltschutz im Steuer- und Abgabenrecht sowohl durch Belastungen als auch durch

---

<sup>41</sup> *Weitzman*, Review of Economic Studies 41 (1974), 477.

<sup>42</sup> S. auch schon *Rodi*, Das Steuerrecht als Instrument der Umweltpolitik, 1993, S. 38 ff.

## Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

Entlastung umweltschonenden Verhaltens erreichen lässt. Zudem können direkte Steuern und Abgaben, bei denen der Träger der Abgabe und der idealtypisch wirtschaftlich zu Be- bzw. zu Entlastende identisch sind, eingesetzt werden. Daraus ergibt sich die folgende Tabelle:

	Direkte Steuern	Indirekte Steuern	Abgaben u.Ä.
Belastung	Abschaffung der Pendlerpauschale	Stromsteuer	Emissionshandel
Entlastung	Förderung der Elektromobilität	Steuersatzdifferenzierung bei der Umsatzsteuer	Selbst erzeugter Solarstrom im EEG

Im Bereich der direkten Steuern etwa hätte der Gesetzgeber den Aufwand für Wege zur Arbeitsstätte möglicherweise unter Berufung auf eine gewollte umweltschützende Lenkungswirkung gänzlich abschaffen können. Im Ergebnis brauchte das BVerfG darüber bekanntlich nicht zu entscheiden, weil es an der erforderlichen Benennung eines solchen Lenkungszwecks gefehlt hatte. Umgekehrt können im Bereich der direkten Steuern Entlastungen etwa für Elektromobilität gewährt werden durch Sonderabschreibungen für Elektrofahrzeuge und Ladevorrichtungen im betrieblichen Bereich. Bei den indirekten Steuern können der Stromsteuer und der Mineralölsteuer Lenkungswirkungen in Richtung eines schonenderen Verhaltens beigemessen werden. Die Steuerbefreiung von Strom aus Erneuerbaren Energien von der Stromsteuer stellt ebenso ein Beispiel für eine Entlastung im Bereich der indirekten Steuern dar wie Vorschläge für eine ökologisch motivierte Steuersatzdifferenzierung bei der Umsatzsteuer.<sup>43</sup> Schließlich können im Bereich der weiteren Preisinstrumente die Belastung durch den Emissionshandel und die Entlastung von selbst erzeugtem Solarstrom von der EEG-Umlage als Beispiele angeführt werden.

<sup>43</sup> Tendenziell für den Einsatz von Steuersatzdifferenzierungen etwa *Chiroleu-Assouline/Fodha*, Reforming the EU VAT System to support the transition to a low-carbon and resource efficient economy, in *Kreiser* u.a. (Hrsg.), *Carbon Pricing: Design, Experiences and Issues*, 2015, S. 111 ff.; *Oosterhuis* u.a., *The use of differential VAT rates to promote changes in consumption and innovation – Final report*, 2008, im Internet abrufbar unter [http://ec.europa.eu/environment/enveco/taxation/pdf/vat\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/environment/enveco/taxation/pdf/vat_final.pdf). Kritisch zur Verfolgung von Sozialzwecken mit der Umsatzsteuer hingegen *Ismer/Kaul/Reiß/Rath*, DStR 2010, 1970.

## 2. Belastung vs. Entlastung

In der wissenschaftlichen Literatur herrscht zurecht weitgehende Skepsis gegenüber dem Einsatz von entlastenden Normen, also Einsatz steuerlicher Vergünstigungen.<sup>44</sup> Es werden zahlreiche Bedenken geltend gemacht:<sup>45</sup> Als Problem wird zunächst benannt, dass steuerliche Vergünstigungen ein bestimmtes Verhalten und damit einen bestimmten Standard sowie eine bestimmte Technologie voraussetzen. Sie führen damit dazu, dass keine Anreize zu weiteren technologischen Verbesserungen gesetzt werden und die Suche nach Alternativen behindert wird (sog. *lock in* Effekt). Zugleich führen Entlastungen dazu, dass den Konsumenten mehr Geld zur Verfügung steht, dass sie ihrerseits für umweltschädliches Verhalten nutzen können (sog. *rebound* Effekt). Auch kommt es typischerweise zu Mitnahmeeffekten, weil die Entlastungen auch denjenigen gewährt werden, die ohnehin das umweltschonende Verhalten an den Tag legen wollten. In praktischer Hinsicht ist auch das institutionelle Problem nicht zu unterschätzen, dass eine geringere Vertrautheit in den für die zu vergünstigende Steuer zuständigen Abteilungen der Ministerien besteht, so dass eine gegenstandsangemessene Regulierung an mangelnder Sachkunde scheitern kann. Zudem ist es bei Steuervergünstigungen bekanntlich schwerer, eine Transparenz der Kosten herzustellen. Auch im internationalen Kontext sind Entlastungen insofern schwierig, als es an Instrumenten zur internationalen Koordination fehlt und sich auch welthandelsrechtliche Probleme stellen können. Schließlich sind einmal gewährte Vergünstigungen nur schwer wieder zurückzunehmen.

Auch in rechtlicher Hinsicht bestehen größere Bedenken hinsichtlich Entlastungsentscheidungen als Belastungsentscheidungen. Das gilt zwar nur eingeschränkt für das Verfassungsrecht, wo ohnehin mit Blick auf den den Gleichheitssatz konkretisierenden Grundsatz der Folgerichtigkeit<sup>46</sup> weitgehende Freiheit besteht. Der Grundsatz der Folgerichtigkeit

44 *Greene/Braathen*, Tax Preferences for Environmental Goals: *Use, Limitations and Preferred Practices*, OECD Environment Working Papers, 2014, DOI 10.1787/5jxwrr4hkd6l-en; *Metcalf*, *American Economic Review* 98:2, 90; *Rausch/Reilly*, *National Tax Journal* 2015, 157 ff. S. aber auch Fn. 41.

45 Vgl. die Nachweise zum Folgenden bei *Greene/Braathen* (Fn. 44).

46 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. zuletzt etwa BVerfG v.17.12.2014, 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 (Erbsteuer III). S. zu diesem Grundsatz *Dann*, *Der Staat* 49, 630 ff.; *Drüen*, FS Spindler, S. 29 ff.; *Englisch*, FS Lang, S. 167 ff.; *Hey*, DStR 2009, 256 ff.; *Kischel*, Gleichheitssatz und Steuerrecht, *Mellinghoff/Palm* (Hrsg.), Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, S. 175;

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

greift bekanntlich nicht, soweit es um die Belastungsentscheidung selbst geht. Umgekehrt unterliegen ja auch die Entlastungsentscheidungen nur geringen Anforderungen, wie die Öko-Steuer-Entscheidung des BVerfG<sup>47</sup> zeigt. Im unionalen Beihilferecht, das sich zunehmend im Sinne einer Rationalitätskontrolle verstehen lässt,<sup>48</sup> sind die Anforderungen indes wohl nicht derart zurückgenommen. Auch hier sind zwar die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bei der Festlegung des jeweiligen Referenzsystems weitgehend frei. Jedoch sind begünstigende Ausnahmen vom Referenzsystem nur dann nicht selektiv und führen damit nur dann nicht zum Vorliegen einer Beihilfe, wenn sie durch steuerinterne Ziele gerechtfertigt sind. Eine bloß fragmentarische Belastung stellt hingegen keine Begünstigung dar und wird damit nicht erfasst, wie die Entscheidungen *Gil Insurance Ltd*<sup>49</sup> aber auch *Kernkraftwerke Lippe-Ems*<sup>50</sup> zeigen.

All dies bedeutet, dass solche Instrumente eigentlich nur dann Anwendung finden sollten, wenn typischerweise signifikante Liquiditätsbeschränkungen der Wirtschaftsakteure bestehen, die durch die Steuervergünstigungen beseitigt werden können. Selbst dann sollte aber über direkte Subventionen nachgedacht werden, die auch zur Förderung Entwicklung neuer Technologien eingesetzt werden können.

Jenseits dessen sollte Umweltschutz, wenn er denn durch abgaben- oder steuerrechtliche Instrumente bewirkt werden soll, durch Belastungen verfolgt werden. Es bleiben dann natürlich die geschilderten distributiven Bedenken,<sup>51</sup> dass derartige Steuern nicht selten regressiv wirken.

---

P. Kirchhof, *StuW* 2006, 3 (14 f.); *Leisner-Egensperger* DÖV 2013, 533 ff.; *Mellinghoff*, *Ubg* 2012, 369 ff.; *Payandeh*, *AöR* 2011, 579 ff.; *Prokisch* in FS Vogel, S. 293 ff.; *Schwarz* in FS Isensee, S. 949 ff.; *Thiemann*, Folgerichtigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Leitlinie der Besteuerung, in *Emmenegger/Wiedemann* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfG – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, 2011, S. 179 ff.; *Tipke*, *StuW* 2007, 201 ff.

47 BVerfG 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99 u.a., BVerfGE 110, 274. Etwas strikter nunmehr aber die jüngste Erbschaftsteuerentscheidung BVerfG v.17.12.2014, 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 (Erbschaftsteuer III).

48 Vgl. dazu *Ismer/Piotrowski*, *Intertax* 2015, 559. Anders etwa *Schön*, *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid – A Review of Five Years of European Jurisprudence*, Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2015-14.

49 EuGH v. 29.4.2004 – Rs. C-308/01, ECLI:EU:C:2004:252.

50 EuGH v. 4.6.2015 – Rs. C-04/15, ECLI:EU:C:2015:354. Deutlicher noch Tz. 66 ff. der Schlussanträge des GA Szpunar v. 3.2.2015 in dieser Sache.

51 Dazu oben Fn. 11.

Dem könnte dadurch entgegengewirkt werden, dass das Aufkommen zur gezielten Entlastung genutzt würde. Das sollte wohl nicht im Sinne einer rechtlich nicht unbedenklichen partiellen Affektation des Aufkommens für derartige Zwecke erfolgen, sondern durch eine entsprechende Umgestaltung des bestehenden Steuersystems. Allerdings sollte man hier jeweils genau überlegen, inwieweit wirklich Kompensationsmaßnahmen erforderlich sind. Denn es kommt mit Blick auf die regressiven Wirkungen nicht darauf an, ob einzelne Steuern eine solche Wirkung aufweisen. Vielmehr kommt es auf die Wirkungen des Gesamtsystems an.<sup>52</sup>

### 3. Auswahl des Steuer- oder Abgabenobjekts

Bei der Auswahl des Steuer- oder Abgabenobjekts ist zunächst darauf zu achten, dass eine hinreichende Verifizierbarkeit des tatbestandlichen Verhaltens besteht. Dies schließt häufig eine Besteuerung der Emissionen selbst, was aus Umweltgründen an sich häufig optimal wäre, aus, weil die Emissionen oftmals nicht zu vernünftigen Kosten gemessen werden können. Stattdessen muss dann auf andere Steuerobjekte ausgewichen werden. Dann ist ein ausreichender Zusammenhang zwischen der Bemessungsgrundlage und dem verfolgten Umweltziel erforderlich. So kann beispielsweise statt einer Besteuerung von Emissionen eine Besteuerung von fossilen Brennstoffen erfolgen, da sich hier recht sicher vorhersagen lässt, welche Emissionen aus deren Verbrennung entstehen werden. Dies ist beispielsweise bei der Energiesteuerrichtlinie in ihrer derzeitigen Form äußerst problematisch,<sup>53</sup> da sich die dort vorgesehenen Mindeststeuersätze nach Gewicht bemessen.

Auch sollte keine allzu filigrane Differenzierung vorgesehen werden.<sup>54</sup> Die Erfahrungen mit der Mehrwertsteuer zeigen, dass schon zwei Steuersätze zu einem Beschäftigungsprogramm für die Steuerpflichtigen und ihre Berater und für Verwaltung und Gerichte werden können.<sup>55</sup> Dementsprechend sollte sich die Steuerung durch Abgaben und Steuern auf die groben Linien beschränken, was sich im Grad der Differenziertheit bei der Ausgestaltung der Steuergesetze widerspiegeln sollte.

<sup>52</sup> S. etwa *Mirrlees* u.a., *National Tax Journal* 2012, 655 (657).

<sup>53</sup> So mit Recht *Pitrone*, *BIT* 2015, 58 (61 f.).

<sup>54</sup> So auch *Fullerton/Leicester/Smith* (Fn. 1), S. 423 (439).

<sup>55</sup> Vgl. dazu etwa *Ismer/Kaul/Reiß/Rath*, *DStR* 2010, 1970.

#### 4. Aufgabe und Grenzen der Rechtswissenschaften

Die vorherigen Ausführungen sind ersichtlich stark ökonomisch geprägt. Dies ist einerseits unumgänglich, weil es sich bei der Lenkung durch Steuer- und Abgabenrecht um stark wirtschaftlich geprägte Sachverhalte handelt, deren rechtliche Beurteilung ein zutreffendes Verständnis der ökonomischen Realitäten voraussetzt. Zugleich aber wirft dieser Befund die Frage nach Aufgaben und Grenzen der Rechtswissenschaft auf.

Die Rechtswissenschaft hat sicherlich die Aufgabe, das bestehende System der Umweltabgaben und -steuern für die Rechtsanwendung durch Dogmatik zu pflegen und instand zu halten. Bei den entsprechenden Verbrauchsteuern gelingt dies der Rechtsprechung in weitgehend überzeugender Weise. Es fällt aber auf, dass diese Steuern bisher noch zu wenig europäisiert gedacht werden. Wie inzwischen bei der Umsatzsteuer könnte in den nächsten Jahrzehnten ebenfalls unter europäischem Einfluss eine deutliche Umgestaltung der Verbrauchsteuern erfolgen.

Darüber hinaus kommt der Rechtswissenschaft auch die Aufgabe zu, die Gesetzgebung zu begleiten. Dabei sollte sie sich einerseits nicht darauf beschränken, kritiklos die Erkenntnisse der anderen einschlägigen Fachwissenschaften zu übernehmen. Andererseits sollte sie aber umgekehrt ihre Aufgabe auch nicht allein in der Verhinderung von Umweltschutz durch Steuern und Abgaben sehen. Die Rechtswissenschaft sollte sich gerade nicht als bloße Bedenkenträgerin gerieren. Vielmehr sollte sie auch ihre eigenen Wertungen in den rechtspolitischen Prozess einbringen. Wissenschaftlich fundierte Rechtspolitik ist Aufgabe der Rechtswissenschaft.<sup>56</sup> Dieses Engagement im Vorfeld und in laufenden Gesetzgebungsverfahren macht die Gesetzgebung dann zwar nicht zu einem rechtlich abschließend determinierten Prozess. Rechtliche Wertungen können den rechtspolitischen Prozess gleichwohl beeinflussen. Dies bedeutet insbesondere, dass neben der Einhaltung der zwingenden Vorgaben höherrangigen Rechts eine Vereinbarkeit mit den das Rechtsstaatsprinzip konkretisierenden Rechtsprinzipien wie Rechtssicherheit, Normenklarheit und Normenwahrheit, aber auch Vertrauensschutz bestehen muss.<sup>57</sup> Auch ergibt sich aus Art. 19 Abs. 1 GG die Vorgabe, dass auch in Einzelfällen trotz wirklicher oder vermeintlicher Vollziehbar-

<sup>56</sup> Engel, JZ 2005, 581 ff.; Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, § 1 Rz. 12.

<sup>57</sup> Dazu allgemeiner auch Ismer (Fn. 2), S. 94 ff.

keitsprobleme grundsätzlich kein Abweichen von der allgemeinen Regel gestattet ist.<sup>58</sup> Umgekehrt haben aber Juristen typischerweise eine größere institutionelle Erfahrung als Ökonomen und können bereits auf der Ebene der Normsetzung allgemein auf eine gesicherte technische Vollziehbarkeit hinwirken.

#### **IV. Internationaler Kontext**

Als besonders wichtige neue Entwicklung der letzten beiden Jahrzehnte ist, wie eingangs gesagt, das Bewusstsein der internationalen Dimension der Problematik zu sehen. Steuern und Abgaben können mangels Regelungsgewalt nur auf europäischer oder nationaler Ebene oder gegebenenfalls sogar noch kleinräumiger erhoben werden. Diese territoriale Begrenzung ist nicht weiter schlimm, wenn es ein örtliches Umweltproblem zu bekämpfen gilt. London kann also eine Straßenverkehrsabgabe für eine Innenstadt einführen, ohne dass Berlin dies auch tun müsste.

##### **1. Gefahr von Verlagerungseffekten**

Anders hingegen ist die Situation bei globalen Umweltproblemen. Beispielsweise ist der Klimawandel nicht regional begrenzt. Für die Klimaschädigung macht es keinen Unterschied, ob der Ausstoß in Halle oder Sidney erfolgt. Will man Lenkungsziele in Bezug auf ein globales Umweltproblem erreichen, so reicht es gerade nicht aus, den Beitrag an einem Ort zu bekämpfen, wenn zugleich Anreize für eine bloße Verlagerung der verschmutzenden Aktivität bestehen. Was hilft es, um ein Beispiel zu geben, wenn in Europa alle Stahlwerke geschlossen würden und der Stahl aus in Brasilien neu entrichteten Werken nach Europa importiert würde. Dabei geht es zum einen um die Schonung der Wettbewerbsfähigkeit der heimischen Industrie. Zum anderen geht es aber auch um die Integrität der Regeln mit Blick auf das Umweltziel. Natürlich wäre es theoretisch das einfachste, weltweit einheitliche Abgabenregeln zu fordern.<sup>59</sup> Realpolitik und damit sinnvoll ist das indessen nicht. Territoriale Grenzen mit entsprechender Heterogenität der Steuer- und Abgabenregeln werfen daher Fragen auf für die Ausgestaltung der Regeln an der Grenze. Hier gilt es bei der Ausgestaltung der Maß-

---

<sup>58</sup> S. auch *G. Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

<sup>59</sup> S. auch *Englisch* (Fn. 6), § 7 Rz. 123, der eine internationale Harmonisierung fordert. Skeptisch gegenüber zu einer globalen CO<sub>2</sub>-Steuer Estrada/Pistone, Intertax 2013, 2 ff.

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

nahme Verlagerungseffekten entgegenzutreten, auch wenn sich diese Effekte in der Praxis nur schwer nachweisen lassen.<sup>60</sup>

Finanzielle Lenkungsinstrumente, die auf die Lösung überörtlicher Umweltprobleme gerichtet sind, haben daher in der Praxis Antworten auf die territoriale Begrenzung entwickelt. Im Kern geht es dabei darum, die Unterschiede je nach Ort der Produktion zu nivellieren und bei gleichem Ort des Verbrauchs eine zumindest vergleichbare Abgabenhöhe herzustellen. Dabei können zwei verschiedene Ansätze unterschieden werden: Es kann zu einer, wie auch immer gearteten Entlastung von Produkten oder Produzenten kommen, die im internationalen Wettbewerb stehen. Es stellt sich dann regelmäßig auf dem Markt ein Preis ein, der die Kosten für die Zertifikate nicht berücksichtigt. Alternativ ist eine Hochschleusung ausländischer Produktion auf das inländische Abgabenniveau möglich. Der zuletzt genannte Ansatz findet sich typischerweise im Bereich der Verbrauchsteuern, wo grundsätzlich das Bestimmungslandprinzip gilt. Dabei kommen als Technik in Betracht zunächst die Rücknahme einer bereits erfolgten steuerlichen Belastung durch Steuererstattung oder Vorsteuererstattung in Kombination mit Steuerfreistellung der Ausfuhr. Diese Techniken finden sich bei der Umsatzsteuer, wie dies etwa bei der Umsatzsteuer an der Grenze der Fall sein kann. Bei den Verbrauchsteuern wird hingegen das Steueraussetzungsverfahren eingesetzt, bei der die Steuer bis zu einem Verbringen in den steuerlich freien Verkehr ausgesetzt bleibt.

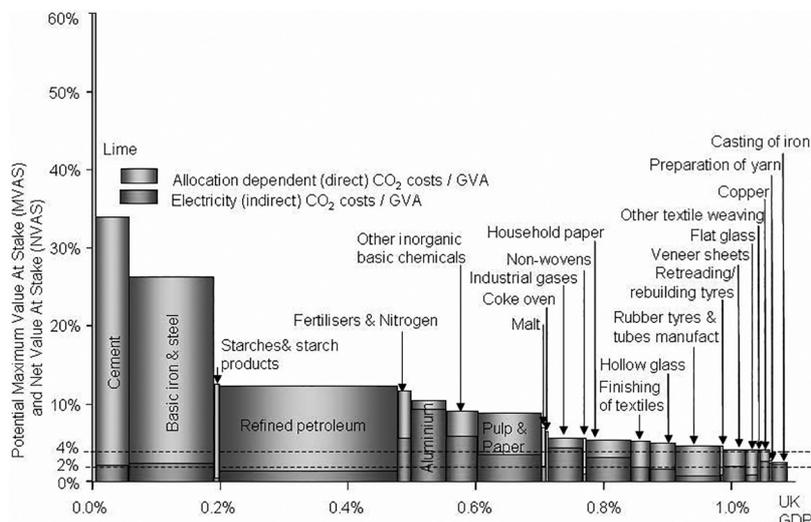
Exemplarisch soll die Problematik am Beispiel von Emissionshandelsystemen erläutert werden.<sup>61</sup> Ursprünglich wurden die Emissionsberechtigungen im Wesentlichen unentgeltlich zugeteilt. Daraus ergaben sich indessen Verzerrungen und Zufallsgewinne. Es setzte sich daher die Erkenntnis durch, dass zwischen verschiedenen Sektoren differenziert werden muss. Zwar gibt es Sektoren, bei denen Verlagerungseffekte drohen. Diese machen aber bei genauerer Analyse nur einen vergleichsweise geringen Umfang der Volkswirtschaft aus. Dies belegt die folgende Grafik, die den Anteil von Kosten der Emissionsberechtigungen an der Wertschöpfung für verschiedene Wirtschaftszweige zeigt, wobei diese von links nach rechts im Grad der Betroffenheit abnehmen.

---

<sup>60</sup> Zur Diskussion um sog. Carbon Leakage s. etwa *Dröge* u.a., *Tackling leakage in a world of unequal carbon prices*, 2009.

<sup>61</sup> S. dazu bereits *Ismer* (Fn. 2), S. 349 ff.

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben



Subsektoren mit erheblichem Verlagerungsrisiko (Großbritannien)<sup>62</sup>

Als Reaktion auf diese Erkenntnis ist im Grundsatz der Übergang zu einer vollständig entgeltlichen Ausgabe der Emissionsberechtigungen im Wege der *Versteigerung* vorgesehen. Dies ist für den Stromsektor bereits erfolgt. Nur für bestimmte Sektoren, die in bedeutsamem Maße im internationalen Wettbewerb stehen, soll dieser Grundsatz durchbrochen werden, um Verlagerungseffekten entgegenzutreten. Die dafür erforderliche Bestimmung der Wirtschaftszweige ist anhand zweier Kriterien erfolgt, nämlich eines Bruttowertschöpfungskriteriums und eines Handelskriteriums.<sup>63</sup> Der Emissionshandel muss zu einem Anstieg der Produktionskosten, gemessen in Prozenten der Bruttowertschöpfung, um mindestens 5 % bewirken. Zugleich muss das Verhältnis Importe aus und Exporte in Drittstaaten 10 % des Marktvolumens des Gemeinschaftsmarktes übersteigen. Alternativ reicht es auch schon für sich genommen aus, wenn der Kostenanstieg 30 % der Bruttowertschöpfung des Sektors oder die Handelsintensität 30 Prozent übersteigt. Für die solchermaßen bestimmten Sektoren sieht die Emissionshandelsrichtlinie in ihrer derzeitigen Form grundsätzlich drei verschiedene Maßnahmen zur Bekämpfung von

62 Hourcade u.a., Differentiation and dynamics of EU ETS industrial competitiveness impacts, 2008, S. 6.

63 Vgl. Art. 10a Abs. 15 und 16 der Emissionshandelsrichtlinie.

Verlagerungseffekten vor: Als erste Maßnahme, und dies ist die im Moment gewählte Möglichkeit, können Emissionsberechtigungen unentgeltlich an Anlagenbetreiber ausgegeben werden. Zum anderen können Subventionen gewährt werden, die ihre finanzielle Belastung mit aufgrund des Emissionshandels gestiegenen Stromkosten ausgleicht. Schließlich kommt die Einführung einer Einbeziehung von Importeure bestimmter Produkten in den Emissionshandel in Betracht.

Indessen lässt sich zeigen, dass diese Herausnahme aus der Kostenbelastung mit Blick auf die verfolgten Ziele äußerst problematisch ist. Insbesondere können die angestrebten CO<sub>2</sub>-Ziele nur dann erreicht werden, wenn signifikante Änderungen im Verbrauchsverhalten eintreten. Das CO<sub>2</sub>-Minderungspotential aus einer weiteren Optimierung der Produktion ist etwa bei Zement<sup>64</sup> weitaus geringer als das Minderungspotential aus einer geänderten Nutzung. Es bedarf daher grundlegender Innovationen, die beispielsweise den besonders CO<sub>2</sub>-intensiven Klinker durch andere geeignete Materialien wie Kalkstein ersetzen oder die eingesetzte Menge von Zement bei gleichbleibender Gebäudestabilität deutlich verringern. Dies kann durch die Erfindung von Zement mit verbesserten Eigenschaften geschehen oder aber durch Einsatz neuartiger weniger CO<sub>2</sub>-intensiver Materialien. Dazu aber braucht es entsprechender preislicher Anreize auch für die Abnehmer des Zements, an denen es aber im Falle von kostenfreien Zuteilungen häufig fehlt.

## 2. Verbrauchsbelastung als Lösung

Vorzugswürdig erscheint es demgegenüber, stattdessen umgekehrt vorzugehen: Ungleichbelastungen lassen sich bekanntlich nicht nur durch eine Erstreckung der Begünstigung, sondern auch durch eine Ausdehnung der Belastung beseitigen. Dementsprechend geht es darum, die Kostenbelastung der relevanten importierten Güter der Belastung von heimischen, also innerhalb der Europäischen Union produzierter Güter anzugleichen, indem eine entsprechende nivellierende Abgabe an der Grenze als Grenzausgleich eingeführt ist.<sup>65</sup> Solche Kostennivellierungen sind nur dann erforderlich, wenn es sich um ein Produkt wie Stahl,

<sup>64</sup> *Neuhoff* u.a., Carbon Control and Competitiveness Post 2020: The Cement Report, 2014.

<sup>65</sup> Dazu *Ismer/Neuhoff*, *European Journal of Law and Economics* 24 (2007), 137; *Ismer* (Fn. 2), S. 406 ff. und 554 ff.; *McLure*, *Bulletin for International Taxation* 2012, 436 je m.w.N.

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

Zement, Papier etc. mit signifikanter CO<sub>2</sub>-Preis-bedingter Kostenbelastung handelt.

Indessen sind solche Abgaben an der Grenze insbesondere mit Blick auf die welthandelsrechtlichen Diskriminierungsverbote nicht unproblematisch, da es für das jeweilige Gut dann nicht darauf ankommen darf, wo es produziert wurde. Mit anderen Worten: Wird Stahl aus einem hochmodernen Stahlwerk in Brasilien importiert, wo er ausschließlich mit Wasserkraft produziert wurde, dann darf es nicht stärker belastet werden als wenn die Produktion im Inland mit entsprechender Technologie erfolgt wäre. Dies würde dann aber erforderlich machen, dass beim jeweils importierten Produkt nachvollzogen werden könnte, wie diese produziert wurden; in Anbetracht auch der territorial begrenzten Reichweite der Kontrollen, der letztlich weder durch eine Verlagerung der Kontrollaufgaben ohne Beleihung auf Private im Rahmen von Zertifizierungslösungen noch durch die Gründung territorial nicht begrenzter internationaler Organisationen abgeholfen werden kann, erscheint dies kaum empfehlenswert. Zudem bliebe selbst dann der Einwand, dass es zu einer bloßen Verlagerung von Handelsströmen käme: Besonders sauber produzierte Güter würden dann an die Orte mit den höchsten CO<sub>2</sub>-Preisen gebracht, während die in ihrer Produktion besonders schmutzigen Güter in Staaten ohne CO<sub>2</sub>-Preisen verkauft würden. Dies wäre mit Blick auf den Umweltschutz nicht sinnvoll und würde zu einem partiellen Leerlaufen des Preisinstruments führen.

Eine erste angedachte Lösung<sup>66</sup> liegt darin, darauf abzustellen, welche Emissionen mit der besten verfügbaren Technologie entstehen würden, und diesen Maßstab anzuwenden unabhängig davon, welche konkrete Technologie denn wirklich in der Produktion eingesetzt wurde. Dieser Vorschlag ist in der ökonomischen Literatur weitgehend positiv rezipiert worden. Indessen können Unsicherheiten bei der Bestimmung der besten verfügbaren Technologie die Rechtmäßigkeit der Anpassung in Frage stellen: Nur dann, wenn die Anpassung wirklich die tatsächlichen Emissionen nicht überschreitet, liegt keine Diskriminierung vor.

Es gilt daher nach Alternativen zu suchen. Eine solche kann in der Einbeziehung des Verbrauchs in den Emissionshandel gesehen werden.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Vgl. *Ismer/Neuhoff*, *European Journal of Law and Economics* 24 (2007), 137.

<sup>67</sup> Dazu und zum Folgenden *Ismer/Haussner*, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Online-Vorabveröffentlichung, DOI: 10.1111/reel.12131.

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

Auf der ersten Stufe werden Anlagenbetreibern, die in beachtlichem internationalem Wettbewerb stehende Produkte herstellen, kostenlose Emissionsberechtigungen zugeteilt. Dies entspricht grundsätzlich dem bereits jetzt gegebenen Verfahren. Die Zuteilung würde abweichend von den jetzigen Regelungen nicht mehr nach historischen Emissionen unter Fortführungsvoraussetzung, sondern entsprechend ihrem Produktionsvolumen erfolgen. Auf der zweiten Stufe wäre dann die Entlastung der ersten Stufe rückgängig zu machen und der Verbrauch zu belasten. Diese Belastung würde sich aber nicht nur auf in Europa produzierte, sondern auf alle Güter erstrecken, unabhängig von ihrem Produktionsort. Die Verlagerung von Produktion aus Europa in andere Staaten würde sich dann mit Blick auf Bepreisung von CO<sub>2</sub> weniger lohnen.

Welche Form sollte nun die Belastung auf der zweiten Stufe annehmen? Als Grundidee könnte der Emissionshandel, der zunächst nur Produzenten als Anlagenbetreiber erfasst, auf den Verbrauch erstreckt werden. Indessen würden dann die Transaktionskosten für zahlreiche Verbraucher prohibitiv hoch. Auch würden zahlreiche uninformierte Wirtschaftsakteure am Emissionshandel teilnehmen, was die Effizienz der Informationsgewinnung durch den Emissionshandel beeinträchtigen würde.

Daher sollten die Verbraucher grundsätzlich aus dem konkreten Emissionshandel ausgeschlossen werden. Stattdessen sollten sie einer finanziellen Belastung ausgesetzt werden, die der bei Teilnahme entspricht. Eine dahingehende neue Steuer wäre dies allerdings unionsrechtlich alles andere als einfach.<sup>68</sup> Es ist ein offenes Geheimnis, dass die EU ihren Emissionshandel vor allem deshalb eingeführt hat, weil der Vorschlag für eine CO<sub>2</sub>-Steuer nicht die erforderliche Einstimmigkeit erreichen konnte. In ähnlicher Weise würde die Einführung einer Steuer auf den Verbrauch der genannten Güter nach Art. 192 Abs. 2 AEUV Einstimmigkeit erfordern, die wohl nicht realistisch erscheint. Die bei voller legislativer Freiheit möglicherweise vorzugswürdige Ausgleichssteuer steht aufgrund des dann bestehenden Einstimmigkeitserfordernisses praktisch schlicht nicht zur Verfügung.

Daher sollte auf unionaler Ebene stattdessen eine andere Art der Einbeziehung gewählt werden, die keine Einstimmigkeit im Rat erforderlich machen würde.<sup>69</sup> Die Überführung der Produkte in den steuerrechtlich (oder zollrechtlich) freien Verkehr würde damit eine Abgabe auslösen.

---

<sup>68</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Ismer/Haussner* (Fn. 67).

<sup>69</sup> S. dazu bereits *Ismer/Haussner* (Fn. 67).

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

Die Höhe würde sich nach der CO<sub>2</sub>-Intensität des jeweiligen Produkts sowie dem jeweiligen CO<sub>2</sub>-Preis bestimmen. Sie wäre für importierte und heimische Produkte gleich hoch und würde die freie Zuteilung auf der ersten Stufe letztlich rückgängig machen, nicht nur für heimische, sondern für alle Produkte. Diese Herangehensweise hätte den Vorteil, dass Exporte, bei denen es im Inland nicht zu einer Überführung in den freien Verkehr kam, steuerfrei bleiben. Das Aufkommen aus der Abgabe würde in ein Sondervermögen eingespeist. Dieser würde es zuvörderst für eine Abbildung der Nettoimporte im Emissionshandel verwenden, indem er eine entsprechende Zahl von Emissionsberechtigungen erwürbe. Das darüber hinausgehende Aufkommen würde dann für die Finanzierung von Klimaschutzmaßnahmen zur Verfügung stehen; zur sicheren Vermeidung des Einstimmigkeitserfordernisses dürfte es hingegen nicht in den allgemeinen Staatshaushalt fließen, da es sonst als steuerliche Maßnahme (*measure primarily of a fiscal nature*) i.S.v. Art. 192 Abs. 2 AEUV angesehen werden könnte. Probleme mit Blick auf die deutsche verfassungsrechtliche Sonderabgabendoktrin gäbe es im Übrigen schon deswegen nicht, weil es sich um eine unionsrechtliche Maßnahme handeln würde.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Der vorstehende Vortrag hat gezeigt, dass Abgaben und Steuern durchaus ihren Platz haben zur Verwirklichung von Umweltschutzziele. Dies gilt insbesondere dann, wenn weitreichende Verhaltensänderungen eines großen und diversen Kreises von Verschmutzern erforderlich sind. Der Wahlschuldcharakter, wonach der Bürger seiner Wahl umweltschutzpflichtig oder abgabepflichtig ist, gefährdet die Verfolgung von Umweltzielen bei entsprechender Ausgestaltung nicht und sichert damit die Verhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme des Bürgers. Bei der Ausgestaltung ist grundsätzlich breiten Belastungen der Vorzug vor fein differenzierten Entlastungen zu geben. Bei der Auswahl des Steuer- oder Abgabenobjekts ist auf eine hinreichende Verifizierbarkeit des tatbestandlichen Verhaltens und ein ausreichender Zusammenhang zwischen der Bemessungsgrundlage und dem verfolgten Umweltziel zu achten. Die Rechtswissenschaft sollte ihre rechtspolitischen Wertungen und Erfahrungen in den Gesetzgebungsprozess einbringen und sich nicht darauf beschränken, durch höherrangiges Recht gesetzte Grenzen aufzuzeigen. Letzteres dominiert zu sehr im steuerwissenschaftlichen Schrifttum, wo bisweilen dann aber auch in der Postulation von vermeintlichen

---

Ismer – Umweltschutz durch Steuern und Abgaben

---

Verfassungswidrigkeiten zu weit gegangen wird. Intensiv haben uns schließlich die im internationalen Kontext möglichen Verlagerungseffekte sowie die Frage, wie ihnen entgegengetreten werden kann, am Beispiel des Emissionshandels beschäftigt. Dabei wurde deutlich, dass es sich bei den Verlagerungseffekten nicht um ein Problem der ganzen Volkswirtschaft handelt, sondern sich auf bestimmte Sektoren und in diesen auf bestimmte Produktgruppen beschränkt. Vor diesem Hintergrund wurde die Einbeziehung des Verbrauchs durch Schaffung eines Sondervermögens befürwortet. An dieser Stelle zeigt sich, dass die bei voller legislativer Freiheit möglicherweise vorzugswürdige Ausgleichsteuer aufgrund des dann bestehenden unionalen Einstimmigkeitserfordernisses nicht zur Verfügung steht. Daher muss auf eine Gestaltung ausgewichen werden, die die Schaffung von Sondervermögen vorsieht.

Die erreichten Ergebnisse sind aber nicht statisch zu verstehen. Insbesondere bedeutet der technologische Wandel, dass zunehmend neue Instrumente zur Verfügung stehen.<sup>70</sup> So können neue Messmethoden entwickelt werden, so dass unmittelbar die Emissionen besteuert werden können und das Steuerobjekt nicht mehr auf mit Emissionen im Zusammenhang stehende Sachverhalte wie den Erwerb von Brennstoffen ausweichen muss. Umgekehrt führt die Energiewende derzeit zu einem massiven Ausbau von Stromerzeugungskapazitäten aus erneuerbaren Energieträgern, und zwar insbesondere der stark fluktuierenden Energieträger Photovoltaik und Windenergie. Dadurch ergibt sich ein Bedarf, Speichertechnologien zu entwickeln. Deren Einsatz sollte nicht, wie derzeit, durch eine Doppelbesteuerung bei der Stromsteuer behindert werden. All dies bedeutet, dass schon jetzt absehbar ist, dass sich die wissenschaftlichen Antworten auf die Frage nach dem Einsatz von Steuern und Abgaben zu Umweltschutzzwecken kontinuierlich weiterentwickeln werden.

---

<sup>70</sup> Fullerton/Leicester/Smith (Fn. 1), S. 423 (428).

## Diskussion

zu den Referaten von Dr. *Reimar Pinkernell*, LL.M. und  
von Prof. Dr. *Roland Ismer*, Msc. Econ

Dr. *Christian Dorenkamp*, Köln

Ich würde die Aussage etwas hinterfragen wollen, dass wir in Deutschland keine steuerliche F&E Förderung haben, und zwar aufgrund der Vorschrift, die Herr *Pinkernell* erwähnt hat, nämlich § 5 Abs. 2 EStG, die ein Aktivierungsverbot für selbsterstellte immaterielle Wirtschaftsgüter festschreibt. Überträgt man diesen Gedanken auf andere investive Aufwendungen, wäre dies das Gleiche, als ob man Investitionen in Sachanlagen sofort steuerlich abschreiben könnte, d.h. unabhängig von der wirtschaftlichen Nutzungsdauer der angeschafften oder hergestellten Wirtschaftsgüter. Dies wäre die größtmögliche Investitionsförderung, die steuerlich denkbar ist. Nun kann man natürlich sagen, dass dieses Aktivierungsverbot für selbsterstellte Immaterialwirtschaftsgüter auch in allen anderen Steuerrechtsordnungen in Europa verankert ist. Ich denke nur, dass diese Regelung in Deutschland einen höheren Stellenwert hat, nämlich weil Deutschland ein großes Land ist. Unternehmen, die hierzulande forschen, d.h. einen hohen F&E-Aufwand im Inland tragen, dürften hier in Deutschland – weil es ein großer Markt ist – deutlich mehr Gewinne erwirtschaften als z.B. in Belgien, und von diesen hohen Gewinne können eben auch mehr F&E-Aufwendungen abgezogen werden, bevor man in eine steuerliche Verlustsituation gerät, in der zusätzliche Betriebsausgaben nicht länger einen steuerlichen Mehrwert generieren. Eine Tochtergesellschaft in einem großen Land wie Deutschland hat regelmäßig schlicht mehr „tax capacity“ für den Sofortabzug von F&E-Aufwendungen, so dass kleine Länder womöglich erst eine spezifische Förderung von F&E benötigen, um in Sachen steuerlicher Attraktivität zu einem großen Land aufzuschließen. Mich würde Ihre Meinung interessieren, ob Sie das ebenso sehen, d.h. dass wir als großes Land mit tendenziell großen steuerlichen Bemessungsgrundlagen einen relativen Vorteil aus der Sofortabzugsfähigkeit von F&E-Aufwand haben, den es für kleine Länder aufzuholen gilt, sei es durch F&E tax credits oder Lizenzbox-Regime.

Diskussion – zu den Referaten von Pinkernell, LL.M. und Ismer, Msc. Econ

---

Prof. *Rüdiger von Groll*, München

Ich habe auch eine Frage zum Referat von Herrn *Pinkernell*. Wir haben doch die allgemeine Rechtserkenntnis, dass auch vorweggenommener Erwerbsaufwand, ja sogar vergeblicher Erwerbsaufwand ertragsteuerlich relevant ist. Das müsste doch – und das ist mir nicht ganz klar geworden, ob das so ist – aber das müsste doch gerade bei Forschung und Entwicklung eine besondere Bedeutung bekommen, ihre Erkenntnis? Ist das so oder nicht und wenn nein, warum nicht?

Prof. Dr. *Ekkehard Reimer*, Heidelberg

Die dritte Frage an Herrn *Pinkernell* ist die Frage, die Sie kurz angerissen haben, die Möglichkeit der Anrechnung der ausländischen Quellensteuer auf die hereinkommenden Lizenzen auf die inländische Gewerbesteuer. Was steht einer solchen Anrechnung der Quellensteuer schon heute auf die Gewerbesteuer eigentlich im geltenden Recht entgegen? Das Gewerbesteuerrecht Deutschlands hat zwar keine Vorschrift, die § 34c EStG entspricht. Es fehlt also so ein bisschen die technische Umsetzungsgesetzgebung zu einer abkommensrechtlich ja doch schon bestehenden Anrechnungspflicht. Aber vielleicht ist das nicht so schlimm, weil insbesondere die gewerbesteuerliche Hinzurechnung vorher schon über die Bühne gegangen ist. Wir müssten allerdings Regelungen darüber finden, welche Gemeinde mit welcher Quote die Anrechnung der ausländischen Steuer auf die hiesige Gewerbesteuer vornimmt. Ergibt sich da aus dem DBA vielleicht so etwas wie eine Gesetzgebungspflicht, also haben wir so etwas wie eine Art strukturelles Vollzugsdefizit, wenn wir uns zur Vermeidung der Doppelbesteuerung durch Anrechnung verpflichten, innerstaatlich die nötigen Regelungen über das Herunterbrechen dieser Anrechnungspflicht auf die Gemeinden aber nicht bereitstellen? Oder finden Sie Regeln, die es vielleicht doch schon de lege lata einzeln gibt?

Prof. Dr. *Wolfram Reiß*, Nürnberg

Wie sieht es aus mit der Geschichte, dass die Wahl zu den Instrumenten freiheitsschonend sein muss? Muss man nicht vielleicht doch solchen Bedenken Rechnung tragen, dass es eben nicht nur um die Frage geht, umweltschädigendes Verhalten mit einem Verbot zu belegen oder durch Umweltabgaben Zahlungspflichten aufzuerlegen. Es geht da natürlich auch um die Frage geht, wer kann zahlen? Also, da gibt es auch eine kleine soziale Komponente. Das andere ist eigentlich – und da bin ich

---

Diskussion – zu den Referaten von Pinkernell, LL.M. und Ismer, Msc. Econ

---

mal Optimist im Gegensatz zu Herrn *Ismer* – wenn es so ist, dass wir sagen, wir wollen im weitesten Sinne das Abgabenrecht einsetzen und müssen das Abgabenrecht einsetzen zum Zwecke des Umweltschutzes, dann erstaunt mich die Angstvorstellung des Kollegen *Ismer*, dass man das in Europa nicht durchsetzen könnte, weil für die Einführung unionsweit harmonisierter Umweltsteuern das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Es wäre bedauerlich, wenn wir deshalb Sonderabgaben brauchen, weil wir in Europa für die Gesetzgebung im Bereich des Steuerwesens das Einstimmigkeitsprinzip haben. Lassen Sie mich ... – nein, so pessimistisch bin ich nicht – da würde ich sagen, vergesst das mit dem Umweltschutz, wenn wir das nicht mal in Europa durchsetzen können.

Dr. *Reimar Pinkernell*, Bonn

Zunächst zur Frage von Herrn *Dorenkamp*. Was ich hier nicht sagen werde ist, dass § 5 Abs. 2 EStG eine Steuersubvention ist mit der Folge, dass er auch in den Subventionsbericht aufgenommen werden müsste. Denn dann bekäme ich erhebliche Probleme mit vielen Steuerpflichtigen, die mich zur Strafe an der obersten Rahe aufhängen würden. Der andere Gedanke, den Herr *Dorenkamp* aufgebracht hat, ist natürlich wichtig: Was ist eigentlich mit den kleinen und mit den großen Volkswirtschaften? Hat Deutschland hier nicht einfach aufgrund der anderen Struktur der Wirtschaft eine Art Standortvorteil, den wir über § 5 Abs. 2 EStG voll ausspielen? Und wenn die Kleinen dagegenhalten wollen mit einer Patent-Box, dann kommt Herr Schäuble und verbietet ihnen das oder schränkt es ein? Aber wenn man schon diese Gerechtigkeitsfrage stellt in einem einheitlichen Wirtschaftsraum in der EU, dann meine ich, müsste man sie auch in voller Konsequenz stellen. Und dann wäre das Ergebnis, dass wir einen internationalen Finanzausgleich schaffen und Deutschland eben an die Kleinen zahlt. Ich kann da leider keine Zwischenstufe anbieten, die die ungleichen Auswirkungen des § 5 Abs. 2 in einer starken Wirtschaft wie Deutschland und einer kleinen Wirtschaft, die dann vielleicht auch noch landwirtschaftlich geprägt ist und in § 5 Abs. 2 überhaupt nicht angesprochen wird, im kleinen Bereich des nationalen Einkommensteuerrechts auflöst. Das betrifft meines Erachtens eine Grundsatzfrage: Erfordert die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraums nicht bereits im ersten Schritt die Steuerharmonisierung auch bei den direkten Steuern? Wenn ich nämlich den kleinen Staaten die Steuerpolitik mit Patent-Boxen verbiete, dann bin ich beim Finanzausgleich angekommen. Also das wäre – Herr *Dorenkamp* – ein

---

Diskussion – zu den Referaten von Pinkernell, LL.M. und Ismer, Msc. Econ

---

Thema, wo Sie bei mir offene Türen einrennen, aber im Rahmen es § 5 Abs. 2 kann ich da leider auch keine Lösung bieten.

Dann war die nächste Frage von Herrn *von Groll* zum vorweggenommenen Erwerbsaufwand. Ja, das ist richtig, wenn Sie einen Betrieb eröffnen und eine Gewinnerzielungsabsicht haben, dann haben Sie ja erstmal diese Anlaufphase, wo Sie auch schon negative Einkünfte erklären können. Ich glaube, dass das im geltenden System durchaus auch vorgesehen ist. Das dicke Ende kommt dann sozusagen später, nämlich wenn Sie den Verlustvortrag aufgebaut haben und dann einen Verlustabzug durchführen wollen, und dann gibt es eine Mindestbesteuerung. Da hat Herr *Rödter* ja heute Morgen ein Beispiel dazu gehabt. Was man sich noch überlegen könnte, was ich angesprochen hatte und was ja auch von Ökonomen befürwortet wird, ist die Auszahlung einer Steuergutschrift anstelle des Aufbaus eines Verlustvortrags. Damit wäre auch einem Startup geholfen, das eben nur eine Anlaufphase hat und noch keine Erlöse aus dem Verkauf von Produkten erzielen kann. Aber da sind wir wieder beim Thema insgesamt, steuerliche Förderung: Denn so eine Steuergutschrift, die könnten Sie in so ein bestehendes Systemschwer einbauen. Die müsste der Gesetzgeber erstmal schaffen und dann müsste man prüfen, wie man das im Einzelnen ausgestaltet. Also im Grundsatz ja, Sie haben diesen Betriebsausgabenabzug, auch wenn die Aufwendungen vorgelagert sind. Sie müssen aber den § 10d EStG beachten und den schädlichen Anteilseignerwechsel gem. § 8c KStG, gerade wenn das Unternehmen frisches Kapital braucht.

Dann habe ich noch die Frage von Herrn *Reimer*: ausländische Quellensteuern und Anrechnungspflicht bei der Gewerbesteuer. Wenn ich ein Revisionsverfahren führen würde beim I. Senat, der jetzt ja schon die unerwartete Wende bei der Hinzurechnungsbesteuerung und der Gewerbesteuer vollbracht hat, würde ich vielleicht auf ein offenes Ohr treffen. Nach wohl überwiegender Meinung ist aber die Rechtsgrundlage dafür nicht vorhanden. Selbst wenn man beim BFH gewinnt, könnte die Finanzverwaltung mal wieder mit einem Nichtanwendungserlass reagieren. Außerdem hat sich der Gesetzgeber zur „Verstetigung“ der Gewerbesteuer bekannt. Wenn Sie die Anrechnung ausländischer Quellensteuern erlauben, würden die Kommunen gleich versuchen, das an anderer Stelle irgendwie zu kompensieren. Dass da ein dauerhafter Vorteil bei der Gewerbesteuer entstehen würde, stelle ich mir ein bisschen schwierig vor. Die richtige Lösung, die systematisch richtige Lösung wäre eher die Abschaffung der Gewerbesteuer insgesamt, weil sie Verwer-

---

Diskussion – zu den Referaten von Pinkernell, LL.M. und Ismer, Msc. Econ

---

fungen schafft. Man könnte stattdessen eine einheitliche Unternehmenssteuer schaffen und die Kommunen am Steueraufkommen beteiligen. Ansonsten steht die Gewerbesteuer, so wie sie jetzt ist, eben als Solitär in der Landschaft. Die Forderung nach der Anrechnung ist meines Erachtens wichtig, aber wenn sie tatsächlich durchgeführt wird, kann es sein, dass die Kommunen sich etwas Neues einfallen lassen, um die Steuerausfälle zu kompensieren.

Prof. Dr. *Roland Ismer*, Msc. Econ., Nürnberg

Lassen Sie mich zunächst auch etwas zur Anrechnung der Gewerbesteuer sagen, da das ein Thema ist, das mich wissenschaftlich beschäftigt. Ich wäre da optimistischer. Die Anrechnung der Gewerbesteuer erfolgt auf Grundlage der unmittelbar anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen. Zur Durchführung wird verwiesen auf innerstaatliche Regelungen. Der Gesetzgeber hat – wie er das manchmal macht – ersichtlich eine *lex imperfecta* geschaffen. Innerstaatliche Vorschriften über die Anrechnung gibt es zwar im Körperschaftsteuergesetz und im Einkommensteuergesetz, im Gewerbesteuergesetz gibt es sie nicht. Der Rechtsanwender hat die Lücke zu schließen durch die entsprechende Anwendung der einkommensteuerlichen und körperschaftsteuerlichen Vorschriften. Ich komme jetzt zu den Fragen von Herrn *Reiß*. Ich glaube, den Bereich des Könnens überschreiten wir nicht. Trotz der Stromsteuer, trotz der Mineralölsteuer können sich auch arme Haushalte grundsätzlich diese Energiequellen leisten, diese Steuern wirken nicht erdrosselnd. Allerdings stimmt es natürlich, dass adverse Verteilungswirkungen bestehen, dass es ärmere Haushalte stärker trifft als reichere Haushalte. Das gilt insbesondere deswegen, weil der Anteil am Gesamteinkommen, den diese Güter für ärmere Haushalte ausmachen, größer ist. Das ist eine klassische regressive Wirkung, deswegen müssen wir prüfen, ob wir das kompensieren müssen, wobei – Achtung! – eine einzige regressive Steuer noch nicht problematisch ist. Problematisch ist erst die regressive Wirkung des gesamten Steuersystems. Wenn aber das Steuersystem stärker auf solche Steuern umgestellt wird – und der Anteil von Stromsteuer und Mineralölsteuer ist schon jetzt nicht vernachlässigbar – dann müssen wir über solche Fragen zunehmend intensiver nachdenken. Zur Angst der Einstimmigkeit in Europa: Ich habe das historische Beispiel schon genannt: 1992 die CO<sub>2</sub>-Steuer, die eigentlich vernünftig gewesen wäre, ist gescheitert, weil es die Einstimmigkeit nicht gab. Dass sich die Welt nicht grundlegend geändert hat, sehen wir am Schicksal des Entwurfs zur Novellierung der Energiesteuerrichtlinie. Dieser hängt – rela-

---

Diskussion – zu den Referaten von Pinkernell, LL.M. und Ismer, Msc. Econ

---

tiv vernünftig, man kann im Einzelfall natürlich einiges kritisch sehen – seit Jahren im Rat und findet die Einstimmigkeit nicht. Es ist auch nicht absehbar, wann der Vorschlag durchkommen sollte und das, obwohl es sich um eine Maßnahme mit vergleichsweise geringfügiger Harmonisierung handelt. Es werden keine konkreten Steuersätze vorgegeben, sondern nur eine relativ breite Bandbreite. Die Richtlinie beschränkt sich daher im Wesentlichen auf Strukturentscheidungen. Selbst darauf kann man sich aber nicht einigen. Dementsprechend lässt sich die Einstimmigkeit wohl auch in anderen Bereichen von Umweltschutz durch Steuern auf europäischer Ebene nicht erreichen, so dass es sich empfiehlt, den Bereich der steuerlichen Maßnahmen zu verlassen und in der Wirkung ähnliche regulatorische Maßnahmen zu suchen.

Prof. Dr. h.c. *Rudolf Mellin*hoff, München

Meine sehr verehrten Damen und Herren, Ihnen allen, die noch hier im Raum sitzen, möchte ich Dank sagen. Ich habe es selten erlebt, dass so viele Zuhörer am letzten Tag der Jahrestagung anwesend sind. Das Zeit, dass es sich um eine besondere Jahrestagung handelt. Es war eine Tagung, unter einem sehr weit gefassten Thema stand, unter dem sich viele vielleicht erst einmal nichts vorstellen konnten, und ich kenne auch einige, die skeptisch nach Halle gekommen sind. Aber schon gestern und auch heute kann ich sagen, dass wir wirklich hochkarätige Vorträge gehört haben. Wir haben neue Erkenntnisse gewonnen; wir haben das Verhältnis von Steuerrecht und Wirtschaftspolitik ausgeleuchtet. Dabei haben die Referenten und Diskutanten deutlich gemacht, dass die Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft an ihren steuerrechtlichen Maßstäben festhalten will, wir uns aber gleichzeitig der Diskussion mit der Wirtschaftspolitik nicht verschließen, sondern an ihr teilhaben wollen, damit richtige Lösungen gefunden werden und umgesetzt werden können. Wir warten jetzt alle gespannt auf den Tagungsband, in dem wir alles im Einzelnen nachlesen können.

Ich möchte ganz zum Abschluss dieser Tagung zwei Personen besonders danken, und zwar sind dies Herr Dr. *Weckerle*, der gestern und Frau Prof. *Sieker*, die heute die Tagung geleitet haben. Beide haben sich sehr engagiert dafür eingesetzt, dass die Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft eine Jahrestagung in Halle abhält. Wir können heute feststellen, dass es eine richtige und eine gute Entscheidung war, hierher zu kommen. Nehmen Sie das mit, was wir hier an Erkenntnissen gewonnen haben. Ich wünsche Ihnen einen guten Heimweg.



## Resümee

Prof. Dr. *Susanne Sieker*  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

- |   |  |
|---|--|
| I. Einleitung   | VI. Steuerliche Bedingungen von Investitionen und von Forschung und Entwicklung  |
| II. Steuerliche Wirtschaftspolitik – Erscheinungsformen und ökonomische Analyse     | VII. Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken und steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung |
| III. Rechtliche Rahmenbedingungen steuerlicher Wirtschaftspolitik                   | VIII. Umweltschutz im Steuer- und Abgabenrecht   |
| IV. Rahmenbedingungen des Europarechts  | IX. Fazit  |
| V. Organisation und Verfahren steuerlicher und außersteuerlicher Wirtschaftspolitik |  |

### I. Einleitung

Das Thema „Steuerrecht und Wirtschaftspolitik“, das die Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft für ihre 40. Jahrestagung gewählt hat, ist bewusst weit gefasst.<sup>1</sup> Über die auch von der Steuerjuristischen Gesellschaft als Generalthema einer Jahrestagung oder als Einzelthemen mehrfach behandelten Fragen der gezielten politischen Lenkung durch Lenkungssteuern oder durch einzelne steuerrechtliche Regelungen mit einem bestimmten Lenkungszweck<sup>2</sup> hinaus sollen auch unbeabsichtigte Gestaltungswirkungen in die Betrachtungen einbezogen werden. Der Befund, dass steuerrechtliche Reformvorhaben einerseits häufig wirtschaftspolitisch motiviert sind oder zumindest mit dem Argument der

<sup>1</sup> So *Hey* in ihrem Referat „Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik“.

<sup>2</sup> DStJG 15 (1993), Umweltschutz im Abgaben- und Steuerrecht; *Hüttemann*, Verfassungsrechtliche Grenzen der steuerlichen Begünstigung von Unternehmen, DStJG 23 (2000), S. 127 ff.; *Osterloh*, Lenkungsnormen im Einkommensteuerrecht, DStJG 24 (2001), S. 383 ff.; *Vanistendael*, Steuerliche Hilfsmaßnahmen und schädliche Steuerkonkurrenz, DStJG 23 (2000), S. 299 ff.

Wirtschaftsförderung gerechtfertigt werden, andererseits aber die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen kaum hinreichend analysiert werden, ist Anlass für die Themenwahl der Jahrestagung.

## **II. Steuerliche Wirtschaftspolitik – Erscheinungsformen und ökonomische Analyse**

*Johanna Hey* beleuchtet in ihrem einleitenden Referat zunächst, in welchen Bereichen steuerliche Instrumente zu wirtschaftspolitischen Zwecken eingesetzt werden. Steuerliche Lenkung durch zusätzliche Steuerbelastung oder – umgekehrt – durch steuerliche Entlastung kann danach der globalen Steuerung der Wirtschaft ebenso dienen wie der Sicherung des nationalen Steuerstandorts, kann einzelne Branchen oder bestimmte Investitionen fördern, kann anstelle ordnungspolitischer Maßnahmen eingesetzt werden und schließlich der Steuervereinfachung dienen. Um die jeweils maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen bestimmen zu können, hält *Hey* es für erforderlich, Lenkungsnormen zu erkennen und Normen mit einem spezifischen Lenkungszweck von Regelungen zu unterscheiden, die zwar ein bestimmtes Verhalten lenken wollen, aber nur dazu dienen, den Finanzierungszweck der Norm abzusichern. So entscheide die Identifikation des Regelungszwecks über die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer vom gesetzlichen Regelfall abweichenden Belastung und sei zudem bedeutsam, um die Grenzen des europarechtlichen Beihilfeverbots zu bestimmen. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Anforderungen an Lenkungsnormen mit wirtschaftspolitischen Entlastungs- oder Belastungswirkungen unterscheidet *Hey* drei Kategorien von Normen: Von klassischen Lenkungssteuern und Lenkungsnormen, die ein bestimmtes Verhalten beeinflussen sollen, grenzt sie Normen mit ungezielten wirtschaftspolitisch relevanten Gestaltungswirkungen und solchen Normen ab, die aus der Sicht des Gesetzgebers unerwünschte Gestaltungswirkungen korrigieren sollen.

Normen mit gezieltem Lenkungszweck seien beihilferechtlich unbedenklich, wenn sie allen Unternehmen zugutekommen könnten, also nicht selektiv wirkten. *Hey* bezweifelt aber, dass der Beihilfecharakter sog. Patentboxen – d.h. von Regelungen, die Einkünfte aus der Überlassung von Patenten oder vergleichbaren immateriellen Wirtschaftsgütern nur einem reduzierten Steuertarif unterwerfen oder sogar steuerfrei stel-

## Sieker – Resümee

len – mit diesem Argument verneint werden könne.<sup>3</sup> Für die Qualifikation einer von der Regelbelastung abweichenden günstigeren Besteuerung als Beihilfe sei es zudem nicht entscheidend, dass der nationale Gesetzgeber einen Lenkungszweck verfolge. Die verfassungsrechtliche Würdigung zielgerichteter Lenkungsnormen sollte sich nach Ansicht von *Hey* nicht auf die wenig realistische Forderung beschränken, das Steuerrecht von außerfiskalischer Lenkung freizuhalten. Wichtiger sei es, die sachgerechte Ausgestaltung von Lenkungsnormen im Hinblick auf die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele in den Blick zu nehmen. *Hey* plädiert in diesem Zusammenhang dafür, den tatsächlichen Erfolg belastender und entlastender Lenkungsnormen in die verfassungsrechtliche Überprüfung einzubeziehen. Auf diese Weise könne der Gesetzgeber zu einer sachgerechten Ausgestaltung steuerlicher Verhaltensanreize bewegt werden.

Der zweiten Kategorie von Normen mit wirtschaftspolitischen Gestaltungswirkungen ordnet *Hey* Fiskalzwecknormen zu, die sich auf wirtschaftliche Prozesse auswirken, die der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat. Dazu gehören nach *Hey* etwa Stichtagsregelungen, Freigrenzen, Sperr- und Haltefristen, aber auch Regelungen, die – wie § 1 Abs. 3 AStG – nachteilige steuerliche Folgen an die Verlagerung betrieblicher Funktionen ins Ausland knüpfen. Soweit ungezielte Gestaltungswirkungen für den Gesetzgeber vorhersehbar sind, plädiert *Hey* für eine Beobachtungspflicht des Gesetzgebers.

Die dritte Kategorie wirtschaftspolitisch relevanter steuerrechtlicher Regelungen betrifft nach *Hey* Normen, die ungezielte Gestaltungswirkungen aus wirtschaftspolitischen Gründen verhindern sollen. Als Beispiele nennt *Hey* die Sanierungsklausel des § 8c KStG, die den Mittelstand begünstigenden Ausnahmen von der Zinsschranke und die Mindestbesteuerung des § 10d Abs. 2 EStG. Für diese Regelungen sei fraglich, ob es sich um Beihilfen handle. Eine Beihilfe liege nicht vor, wenn die belastende Norm, deren Gestaltungswirkungen zugunsten der vom Tatbestand erfassten Unternehmen zurückgenommen werden (wie § 8c KStG, § 4h EStG, § 10d EStG), als belastende Ausnahme von der Regelbesteuerung zu verstehen sei, die etwa erst oberhalb bestimmter Schwellenwerte eingreift. Sei „die Gestaltungswirkung dagegen wie bei der Erbschaftssteuer Ausdruck der allgemeinen Belastungsentscheidung“, sei „ihre partielle Rücknahme der Belastung als Beihilfe einzustufen“. Für

<sup>3</sup> Zum Beihilfecharakter von Patentboxen *Hey*, *StuW* 2015, 331, 340 f.; *Valta*, *StuW* 2015, 257, 262 ff.

---

Sieker – Resümee

---

„unzumutbare Gestaltungswirkungen“ gibt *Hey* zu bedenken, für deren verfassungsrechtliche Beurteilung die Reichweite des rechtsstaatlichen Übermaßverbots auszuloten.

Von den Akteuren wirtschaftspolitischer Gestaltung, die *Hey* in ihrem Beitrag aufzählt, mahnt sie für die Finanzverwaltung eine stärkere „Sensibilisierung für die wirtschaftspolitische Relevanz zeitnaher Entscheidungen an sowie die Bereitschaft, vorab Rechtssicherheit zu schaffen und Betriebsprüfungen in einem kooperativen Klima durchzuführen“. Abschließend setzt sich *Hey* dafür ein, ein Instrumentarium zu entwickeln, das unerwünschte wirtschaftspolitische Lenkungswirkungen steuerlicher Normen zu erkennen und zu vermeiden hilft. Dazu könne die ökonomische Steuerwirkungsforschung beitragen.

Der ökonomischen Analyse steuerlicher Wirtschaftspolitik ist der Beitrag von *Monika Schnitzer* gewidmet. An den Beispielen der Förderung von Unternehmen durch Patentboxen einerseits und der Förderung von Familienunternehmen durch eine Begünstigung des Unternehmensvermögens im Rahmen der Erbschaftsteuer andererseits untersucht sie, warum der Staat die Innovationstätigkeit von Unternehmen und Familienunternehmen fördern und in welcher Form dies geschehen sollte.

Für die Förderung von Forschung und Entwicklung hält sie eine steuerliche Förderung für sinnvoller als die bisher in Deutschland bevorzugte Förderung einzelner Projekte. Der Vergleich zwischen den unterschiedlichen steuerlichen Instrumenten der Förderung von Innovation fällt für *Schnitzer* zugunsten der FuE-Förderung und gegen Patentboxen aus. Auch der empirische Befund mehrerer Studien spreche dafür, „dass steuerliche Anreize einen positiven Einfluss auf die Höhe von F&E-Ausgaben haben“. Patentboxen, die Einnahmen aus der Überlassung von Patenten fördern, zögen Unternehmen an, die von der günstigen Besteuerung der Patenteinnahmen profitieren wollten, „aber nicht notwendigerweise auch die dazugehörige Forschung“. Die positiven Effekte von Investitionen von Unternehmen in Forschung und Entwicklung, insbesondere neue Arbeitsplätze, seien aber gerade am Standort und im lokalen Umfeld des Unternehmens zu beobachten, das die Forschung betreibt und nicht an dem Standort, an dem das Patent überlassen werde. Ein weiterer Vorteil der steuerlichen Förderung von Forschung und Entwicklung sei der damit auch verbundene Anreiz für forschungsstarke Wissenschaftler, sich am Standort der forschenden Unternehmen niederzulassen.

---

Sieker – Resümee

---

Die Förderung von Familienunternehmen im Rahmen der Erbschaftsteuer sieht *Schnitzer* dagegen kritisch. Es gebe weder eine belastbare Evidenz dafür, dass ein Fortfall der begünstigten Belastung von Betriebsvermögen den Fortbestand des Unternehmens gefährde noch könnten vorliegende Studien eine höhere Effizienz und Innovationskraft gerade von Familienunternehmen belegen. Besondere Innovations- und Beschäftigungseffekte gingen vielmehr von jungen und innovativen Unternehmen aus. Es spreche daher viel dafür, diese Unternehmensgruppe zu fördern.

In der anschließenden Diskussion wird die wirtschaftspolitische Neutralität des Steuerrechts als nach wie vor vorzugswürdiges Strukturmodell hervorgehoben. Für den Fall, dass der Gesetzgeber sich für eine steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung entscheiden sollte, wird auf das Abgrenzungsproblem zwischen förderungswürdigen und nicht förderungswürdigen Aufwendungen und einen Abstimmungsbedarf mit den in anderen Ländern geltenden Patentboxen hingewiesen. Für die von *Hey* thematisierten ungezielten Gestaltungswirkungen begünstigender steuerlicher Regelungen wird über das Problem der Zurechenbarkeit dieser Wirkungen an den Gesetzgeber und einen möglichen Maßstab der verfassungsrechtlichen Kontrolle diskutiert. *Hey* plädiert für eine nachträgliche Wirksamkeitskontrolle von für den Gesetzgeber vorhersehbaren Wirkungen durch das BVerfG. Ein weiterer Schwerpunkt der Diskussion liegt auf den tatsächlichen Grundlagen staatlicher Verhaltenslenkung, der Transparenz des Gesetzgebungsprozesses und einer nachträglichen empirischen Überprüfung der Wirksamkeit von Lenkungsentscheidungen.

### III. Rechtliche Rahmenbedingungen steuerlicher Wirtschaftspolitik

Den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen steuerlicher Wirtschaftspolitik ist das Referat von *Michael Eichberger* gewidmet. *Eichberger* betont zunächst den weiten wirtschafts- und steuerpolitischen Spielraum des Gesetzgebers, der wegen der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes unverzichtbar sei. Er geht dann auf die verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Maßnahmen des Steuergesetzgebers ein.

Ob und in welcher Weise Steuergesetze an Art. 14 GG zu messen sind, habe das BVerfG bisher nicht abschließend entschieden. Der erste Senat

## Sieker – Resümee

des BVerfG<sup>4</sup> habe es in einer jüngeren Entscheidung offengelassen, ob eine steuerliche Belastung an Art. 14 GG oder an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen sei. Aus Art. 14 GG lasse sich nach dem Beschluss des zweiten Senats aus dem Jahre 2006<sup>5</sup> auch keine „steuerliche Belastungsobergrenze in der Nähe einer hälftigen Teilung“ herleiten. Die Schwäche eines auf Art. 14 GG gestützten Schutzes gegen die Auferlegung von Steuern liege darin, die Angemessenheit der steuerlichen Belastung bestimmen zu müssen. Dafür liefere das Finanzierungsziel des Staates aber „kaum greifbare Anhaltspunkte“.

*Eichberger* referiert zudem den aktuellen Stand der Rechtsprechung des BVerfG zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze. Das BVerfG geht danach für Gesetzesänderungen, die auf den Beginn des steuerlichen Veranlagungszeitraums zurück wirken, von einer unechten Rückwirkung aus, unterwirft diese aber einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die eine Abwägung erfordert zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und der Dringlichkeit der Gründe, die gerade eine rückwirkende Änderung der Rechtslage rechtfertigen sollen.<sup>6</sup> Als besonders schutzwürdig hat das BVerfG in diesem Zusammenhang den „vollendete(n) Erwerb eines Vermögensbestands“<sup>7</sup> oder eine konkrete Investition angesehen.<sup>8</sup> Die Rollenverteilung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung hat das BVerfG<sup>9</sup> laut *Eichberger* in der Entscheidung zur Zulässigkeit rückwirkend klarstellender Gesetze ausgelotet. Die verbindliche Auslegung der Gesetze obliege den Gerichten. Sei der Gesetzgeber mit einer bestimmten Auslegung nicht einverstanden, könne er das Gesetz ändern. Eine rückwirkende Änderung sei nur innerhalb der beschriebenen verfassungsrechtlichen Grenzen zulässig. Dieser Bindung könne der Gesetzgeber nicht dadurch entgehen, „dass er das rückwirkende Gesetz als verbindliche Auslegung der alten Rechtslage“ deklariere.

Verfassungsrechtliche Grenzen ergeben sich für den Steuergesetzgeber vor allem aus dem allgemeinen Gleichheitssatz. Die Rechtsprechung des BVerfG ist laut *Eichberger* seit einiger Zeit „von dem Bestreben getragen, ... einer gleichheitsrechtlichen Sonderdogmatik“ für den Bereich des Steuerrechts entgegenzuwirken. Für den aktuellen Stand der Recht-

4 BVerfGE 135, 126, 141.

5 BVerfGE 115, 97, 114; anders noch BVerfGE 93, 121, 136 ff.

6 BVerfGE 127, 1, 17 f.; BVerfGE 127, 31, 49.

7 BVerfGE 127, 1, 22; BVerfGE 127, 61, 79.

8 BVerfGE 127, 31, 49.

9 BVerfGE 135, 1.

---

Sieker – Resümee

---

sprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz und zu dessen für den Bereich des Steuerrechts spezifischen Ausprägungen verweist Eichberger auf das jüngste Urteil zur Erbschaftsteuer.<sup>10</sup>

Mit Überlegungen zu den verfassungsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers im Falle eines vom BVerfG festgestellten Gleichheitsverstößes beschließt *Eichberger* seinen Vortrag. Der Gesetzgeber sei bei einer in die Vergangenheit reichenden Änderung des Gesetzes an die rechtsstaatlichen Grenzen der Zulässigkeit rückwirkender Gesetze gebunden.

Die Rahmenbedingungen des internationalen Wirtschaftsrechts werden in dem Beitrag von *Alexander Rust* untersucht. Während das WTO-Recht den grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr regelt, werden die steuerlichen Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Investitionen entweder in Verträgen geregelt, die direkt zwischen dem Investor und dem Staat, in dem investiert werden soll, geschlossen werden, oder in Investitionsschutzabkommen zwischen zwei oder mehreren Staaten. Das WTO-Recht begrenzt laut *Rust* die Erhebung von Zöllen durch eine Liste von Zollsätzen, die nicht überschritten werden dürfen, durch eine Meistbegünstigungsklausel zugunsten aller Mitgliedstaaten und durch ein Diskriminierungsverbot für importierte Waren, die inländischen Waren gleichartig sind (Art. III Abs. 2 Satz 1 GATT). Exportsubventionen sind nach dem Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM-Agreement) verboten.

*Rust* weist daraufhin, dass in Investitionsverträgen sog. „Stabilisierungsklauseln“ vereinbart werden können, nach denen das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Investitionsstaat geltende Steuerrecht für den Zeitraum der Investition fortgelten soll. Investitionsschutzabkommen bieten dem Investor laut *Rust* einen Schutz vor konfiskatorischer Besteuerung, gewähren ihm nach dem Grundsatz des „Fair and Equitable Treatment“ Vertrauensschutz für die Besteuerung des Investitionsstaates und schützen ihn insoweit vor Steuererhöhungen, die im Widerspruch zu diesem Grundsatz stehen. Schließlich gewährleisteten Investitionsschutzabkommen üblicherweise „den freien Transfer des investierten Kapitals und der investierten Erträge“. Doppelbesteuerungsabkommen, die eine Belastung ausgeschütteter Erträge mit Quellensteuer im Ansässigkeitsstaat der ausschüttenden Gesellschaft vorsähen, räumt *Rust* einen Vorrang gegenüber Investitionsschutzabkommen ein, so dass die Erhebung

---

<sup>10</sup> BVerfGE 138, 136.

von Quellensteuern nicht gegen Investitionsschutzabkommen verstieße.

Die Frage, ob Steuern eine enteignende Wirkung haben können, wird im Internationalen Wirtschaftsrecht offenbar nur für sehr hohe Belastungen erwogen. Insofern lässt sich eine Parallele zur Rechtsprechung des BVerfG ziehen, das aus Art. 14 GG einen Schutz vor Belastungen mit erdrosselndem Charakter herleitet und es im Übrigen ausreichen lässt, wenn „hohe Einkommen auch hoch“ belastet werden, „soweit beim betroffenen Steuerpflichtigen nach Abzug der Steuerbelastung ein ... hohes, frei verfügbares Einkommen bleibt, das die Privatnützigkeit des Einkommens sichtbar macht“.<sup>11</sup>

In der Diskussion über den Vortrag von *Eichberger* geht es um die Abgrenzung zwischen klarstellender gesetzlicher Regelung und konstitutiver Änderung des Gesetzes, um die Reichweite, die dem Vertrauensschutz in diesem Zusammenhang zukommt, und erneut um einen möglichen engeren verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstab für Steuervergünstigungen. Die Aussprache über das Referat von *Rust* dreht sich um den Rechtsschutz, den Investitionsschutzabkommen Investoren gewähren, um den möglichen Einfluss des WTO-Rechts auf die Quellenbesteuerung, um Doppelbesteuerungsabkommen als Instrumente der Wirtschaftspolitik sowie um die Schranken des WTO-Rechts für eine stärkere Hinwendung des Internationalen Steuerrechts zur Quellenbesteuerung.

#### IV. Rahmenbedingungen des Europarechts

Mit den europarechtlichen Rahmenbedingungen steuerlicher Wirtschaftsförderungen befassen sich die Referate von *Lars Dobratz* zu den Grundfreiheiten und von *Franz Philipp Sutter* zum Beihilferecht.

*Dobratz* spricht den Grundfreiheiten einen freiheitsrechtlichen Charakter ab und versteht die Grundfreiheiten als spezielle Gleichheitssätze, die eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung grenzüberschreitender Sachverhalte gegenüber inländischen Sachverhalten verhindern sollen. Wirtschaftspolitisch motivierte Steuervergünstigungen, die nur inländische Investitionen oder im Inland ansässige Steuerpflichtige fördern sollen, sind danach mit den Grundfreiheiten unvereinbar. Sie könnten aber als Eingriff in die Grundfreiheiten gerechtfertigt sein, wenn sie ne-

<sup>11</sup> BVerfGE 115, 97 (Rz. 48).

---

Sieker – Resümee

---

ben der Wirtschaftsförderung ein weiteres Ziel verfolgen, das über die Stärkung der eigenen Wirtschaft hinausreiche. *Dobratz* weist daraufhin, dass der EuGH eigenständig feststelle, welches Förderziel eine nationale Steuervergünstigung verfolge; der EuGH prüfe zudem, ob dieses Ziel durch die Beschränkung der Fördermaßnahme auf inländische Sachverhalte konsequent umgesetzt werde.

*Sutter* setzt sich in seinem Referat mit den Voraussetzungen und der Reichweite des Beihilfetatbestandes des Art. 107 AEUV auseinander, geht dabei auf neue methodische Ansätze ein und grenzt den Prüfungsmaßstab von den für EU-Grundfreiheiten und den nationalen Gleichheitssatz geltenden Beurteilungskriterien ab. *Sutter* betont zudem eindringlich den Einfluss des Beihilferechts auf die nationale Steuer- und Wirtschaftspolitik sowie die Abhängigkeit der Mitgliedstaaten von der Genehmigungspolitik der Kommission. Ein weiterer wichtiger Schwerpunkt seines Vortrags ist die Problematik des Vertrauensschutzes des vom Beihilfeverbot betroffenen Steuerpflichtigen.

In der Diskussion geht es zunächst um den Regelungsgehalt der Grundfreiheiten – gleichheitsrechtliches oder auch freiheitsrechtlich Verständnis – und das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Beihilferecht. In diesem Zusammenhang wird die unterschiedliche Zielrichtung der Grundfreiheiten und des Beihilferechts angemahnt. Weitere Themen sind die Beurteilung der Selektivität einer Ausnahmeregelung, die unionsrechtliche Beurteilung des § 6b EStG und der Förderung der privaten Altersvorsorge. Der Rechtsschutz und der Vertrauensschutz des von einer möglichen Beihilfe betroffenen Steuerpflichtigen sind ein weiterer Schwerpunkt der Diskussion. Es wird bezweifelt, dass das Beihilferecht den Schutz des nationalen Prozessrechts überwinden könne.

## **V. Organisation und Verfahren steuerlicher und außersteuerlicher Wirtschaftspolitik**

*Stefan Breinersdorfer* vergleicht in seinem Referat Steuervergünstigungen, die durch einen wirtschaftspolitischen Lenkungszweck motiviert sind, mit der Wirtschaftsförderung außerhalb des Steuerrechts durch direkte Subventionen. Sein Vergleich von zwei „Prototypen“ der jeweiligen Kategorie wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen führt zu einem Plädoyer zugunsten direkter Subventionen. Zur Begründung bekennt sich *Breinersdorfer* dazu, dass Subventionen im Steuerrecht „ein Fremdkörper“ seien und steuerliche Vergünstigungen nur von Steuer-

pflichtigen in Anspruch genommen werden könnten. Über Steuerergünstigungen werde auch nicht bestandskräftig entschieden, so dass abweichende Entscheidungen in späteren Veranlagungszeiträumen möglich seien. Aus der Perspektive des Fiskus sei das Fördervolumen bei Steuerergünstigungen der Höhe nach nicht begrenzt, direkte Subventionen könnten demgegenüber auf die bereitgestellten Mittel begrenzt werden; diese würden zudem nicht selten vom Bund allein finanziert, während Steuerergünstigungen auch das Einkommen der Länder an den Gemeinschaftssteuern minderten.

*Breinersdorfer* folgt damit im Ergebnis den Leitlinien der Subventionspolitik der Bundesregierung, nach denen „neue Subventionen ... vorrangig als Finanzhilfen gewährt“ werden.<sup>12</sup> In der Diskussion wurde der Blick auf das Problem der Überprüfung des Fördererfolgs von Steuerergünstigungen und direkten Finanzhilfen gerichtet und auf das Erfordernis hingewiesen, eine hinreichende Datenbasis für die angemahnte Überprüfung der tatsächlichen Wirkung der Fördermaßnahmen zu schaffen. Der von *Breinersdorfer* als Nachteil der steuerlichen Förderung hervorgehobene fehlende verfahrensrechtliche Verbindlichkeit kann und sollte nach Ansicht der Diskutanten durch einen neuen Tatbestand der gesonderten Feststellung begegnet werden.

## VI. Steuerliche Bedingungen von Investitionen und von Forschung und Entwicklung

*Oliver Nussbaum* behandelt in seinem Vortrag aus der Perspektive eines Unternehmens der Chemieindustrie die Bedeutung steuerlicher Anreize für Investitionsentscheidungen. Steuerliche Rahmenbedingungen sind zwar, so *Nussbaum*, nur einer von vielen Standortfaktoren, sie fließen aber in die Wirtschaftlichkeitsrechnung einer Investition ein und beeinflussen insoweit die Investitionsentscheidung und die Wahl des Standortes. *Nussbaum* unterscheidet zwischen allgemeinen steuerlichen Rahmenbedingungen, zu denen er ein stabiles, effizientes, am Grundsatz der Leistungsfähigkeit ausgerichtetes Steuersystem rechnet, das rechtsstaatlichen Anforderungen genüge, und speziellen Steuerergünstigungen mit einem bestimmten vom Gesetzgeber vorgegebenen Lenkungszweck. Solche Steuerergünstigungen seien für ein Unternehmen nur attraktiv,

<sup>12</sup> Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuerergünstigungen für die Jahre 2013 bis 2016, BT-Drucks. 18/5940, 11.

---

Sieker – Resümee

---

wenn sie nach der Gesetzeslage eindeutig und auf lange Sicht verlässlich gewährt würden, beihilfe- und WTO-konform ausgestaltet seien und einen „exit“ aus dem betreffenden Land zu erträglichen Bedingungen ermöglichen. Zudem könnten Steuervergünstigungen ihren Lenkungszweck nur erreichen, wenn sie die operativen Kennzahlen des Unternehmens beeinflussen. Für die eigentliche Investitionsentscheidung seien die Höhe des Steuersatzes und Abschreibungsvergünstigungen wichtige Faktoren. Kapitalkosten seien dagegen für die operative Steuerung des Konzerns von Bedeutung, nicht für die Entscheidung über Errichtung und Standort einer Anlage. Als Investitionshemmnisse des deutschen Steuerrechts benennt *Nussbaum* die Hinzurechnung von Zinsen bei der Gewerbesteuer, die Hinzurechnungsbesteuerung für niedrig besteuerte passive ausländische Einkünfte, nachteilige Regelungen des Umwandlungssteuerrechts und die Funktionsverlagerung. *Nussbaum* schließt sein Referat mit Beispielen zur Wirkungsweise von Steuervergünstigungen des belgischen und des malaysischen Steuerrechts. Im Vergleich dazu seien die steuerlichen Bedingungen von Investitionen in Deutschland unattraktiv.

Mit den steuerlichen Bedingungen von Forschung und Entwicklung beschäftigt sich der Beitrag von *Reimar Pinkernell*. Da das deutsche Steuerrecht bisher keine besonderen steuerlichen Vergünstigungen für Investitionen in Forschung und Entwicklung vorsieht, behandelt *Pinkernell* die Zurechnung von Wirtschaftsgütern und Einkünften „mit FuE-Bezug“, den Abzug von Aufwendungen für Forschung und Entwicklung als Betriebsausgaben sowie die Besteuerung internationaler „FuE-Aktivitäten“ unter Berücksichtigung des BEPS-Aktionsplans. Da dieser eine vollständige Abschaffung von Patentboxen nicht vorsehe, sollte Deutschland eine steuerliche Förderung von Investitionen in Forschung und Entwicklung erwägen, um im internationalen Steuerwettbewerb bestehen zu können. Als Förderinstrument sei in Anlehnung an den Vorschlag von *Spengel* und *Wiegand* eine Steuergutschrift zu empfehlen, die an der Höhe der FuE-Aufwendungen des Unternehmens orientiert werden sollte, deren Berechnung aber auch auf den Personalaufwand beschränkt werden könnte, der auf Forschung und Entwicklung entfällt.

In der Diskussion über den Vortrag von *Nussbaum* werden die Verlässlichkeit der Steuergesetzgebung und die Rechtssicherheit als wesentliche Faktoren eines positiven Investitionsklimas betont. Auch die verbindliche Auskunft sei ein wichtiges Mittel, um für das Unternehmen Rechtssicherheit zu schaffen. Weitere Themen waren die Bedeutung

---

Sieker – Resümee

---

von Kapitalkosten für die Investitionsentscheidung und die mögliche Auswirkungen von Umsetzungen des BEPS-Aktionsplans. Auf die Frage, wie die Investitionsbedingungen in Deutschland verbessert werden könnten, antwortete *Nussbaum*, dass durch eine degressive Abschreibung Deutschland als Standort deutlich attraktiver werden würde. Wenn eine Abschreibung – wie in Belgien – auch schon vor Fertigstellung der Investition möglich wäre, ergäbe sich ein weiterer die Standortentscheidung beeinflussender Effekt.

Dem Vorschlag von *Pinkernell*, Aufwendungen für Forschung und Entwicklung auch in Deutschland steuerlich zu fördern, wurden die Möglichkeit des Betriebsausgabenabzugs der Aufwendungen und das Aktivierungsverbot des § 5 Abs. 2 EStG entgegengehalten, das einen sofortigen Abzug der Aufwendungen für selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände verlange. *Pinkernell* verwies demgegenüber auf die mit einer späteren Verlustverrechnung verbundenen Probleme (Mindestbesteuerung und § 8c KStG). Angesprochen wurde schließlich die im Gewerbesteuerrecht bisher nicht vorgesehene Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf Lizenzeinnahmen. *Ismer* befürwortet in diesem Zusammenhang eine entsprechende Anwendung der Anrechnungsregeln des Einkommen- und Körperschaftsteuergesetzes. Das jeweilige Doppelbesteuerungsabkommen sehe eine Anrechnungspflicht vor, die der Gesetzgeber im Gewerbesteuerrecht nicht umgesetzt habe; der Rechtsanwender müsse diese Gesetzeslücke schließen.

## **VII. Steuerliche Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken und steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung**

Wirtschaftlichen Risiken trägt das geltende Ertragsteuerrecht nach *Thomas Rödder* nur unzureichend Rechnung. So würden Regelungen, die eine Realisierung stiller Reserven für Sachverhalte vorsähen, die nicht mit einem Anspruch auf liquide Mittel verbunden seien, das Risiko der späteren Nichtrealisation von Erträgen nicht berücksichtigen. Für diese Fälle sollten Stundungsregeln geschaffen, Ratenzahlungen zugelassen und Korrekturen der Bemessungsgrundlage mit ex-tunc-Wirkung ermöglicht werden. Drohende Verluste würden wegen des Passivierungsverbots für Verlustrückstellungen (§ 5 Abs. 4a EStG) nicht angemessen berücksichtigt, Pensionsrückstellungen in der Steuerbilanz unterbewertet. Die Zinsschranke verschärfe die Risiken einer Fremdfinanzierung; Min-

---

Sieker – Resümee

---

destbesteuerung und § 8c KStG berücksichtigten das „Risiko volatiler Ergebnisse“ nur unzureichend. *Rödder* verweist ferner auf die restriktive Anwendung der Regelungen zur Organschaft, auf § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG, der das Risiko des wirtschaftlichen Scheiterns für den Fall der Insolvenz der Tochtergesellschaft nicht angemessen berücksichtige, auf die mit der Umsetzung des BEPS-Aktionsplans verbundenen Gefahren einer Doppelbesteuerung und auf das mit dem vereinfachten Ertragswertverfahren für Zwecke der Erbschaftsteuer verbundene Risiko der Überbewertung.

Den steuerlichen Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung geht *Erik Röder* in seinem Referat nach. Diese ließen sich in Deutschland zurzeit nicht auf ein klares steuerpolitisches Gesamtkonzept zurückführen. Idealerweise sollten Finanzierungsentscheidungen von Unternehmen nicht durch steuerliche Be- oder Entlastung verzerrt werden. Die Begünstigung der Fremdfinanzierung durch die Abgeltungssteuer sei steuerpolitisch nicht länger zu rechtfertigen. Jedenfalls sollte die derzeitige Begünstigung der Fremdfinanzierung durch eine angemessene Berücksichtigung der Vorbelastung ausgeschütteter Gewinne mit Körperschaftsteuer abgebaut werden. Eine steuerliche Förderung der Eigenkapitalfinanzierung hält *Röder* nicht für sinnvoll. Sollte wegen des internationalen Steuerwettbewerbs die steuerliche Belastung von Kapitaleinkommen abgesenkt werden, könnte dieses Ziel durch eine prinzipielle Reform der Einkommensteuer im Sinne des Konzepts der Dualen Einkommensteuer erreicht werden.

In der Diskussion wird der Einschätzung von *Rödder* zugestimmt, unternehmerische Risiken würden im Ertragsteuerrecht nicht mehr hinreichend berücksichtigt. Es werden insbesondere die fehlende Symmetrie zwischen der Besteuerung von Gewinnen und Verlusten und die verschiedenen Beschränkungen der Verlustverrechnung kritisiert. Die Beispiele von *Rödder* werden ergänzt um Fallgestaltungen mit grenzüberschreitendem Bezug.

Der Vorschlag von *Röder*, die Einkommensteuer nach dem Modell der dualen Einkommensteuer umzugestalten, findet wenig Zustimmung. Es wird stattdessen ein Festhalten am traditionellen Steuersystem befürwortet, das allerdings sachgerecht und konkurrenzfähig ausgestaltet werden sollte.

## VIII. Umweltschutz im Steuer- und Abgabenrecht

*Roland Ismer* behandelt im abschließenden Referat das nach wie vor aktuelle Thema der Eignung des Steuer- und Abgabenrechts zur Verwirklichung umweltpolitischer Ziele. *Ismer* hält Umweltabgaben für ein taugliches Instrument, wenn es darum gehe, ein als umweltschädlich beurteiltes Verhalten eines großen Kreises unterschiedlicher Akteure zu verändern. Ordnungsrechtliche Mittel seien dagegen ratsam, wenn ein umweltschädliches Verhalten verhindert werden soll. Der typischerweise regressiven Wirkung von Umweltabgaben, könne durch Entlastungen im bestehenden Steuersystem begegnet werden. Die Bemessungsgrundlage einer Umweltabgabe müsse einen hinreichenden Zusammenhang zum verfolgten Umweltziel aufweisen. *Ismer* verweist zudem auf die Gefahr von Verlagerungseffekten im internationalen Zusammenhang und geht am Beispiel des Emissionshandels auf Vorschläge ein, die diesem Problem auf europäischer Ebene entgegenwirken wollen.

In der Diskussion wird die regressive Wirkung von Umweltabgaben für Haushalte mit geringem Einkommen angesprochen. *Ismer* räumt ein, dass man über diese Frag intensiver nachdenken müsse. Weiteres Thema ist die Umsetzbarkeit von Umweltabgaben auf Europäischer Ebene.

## IX. Fazit

Die 40. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft hat wertvolle Erkenntnisse zu den Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik und zu deren rechtlichen Rahmenbedingungen erbracht. Sie hat auch gezeigt, wie wichtig aber auch wie schwierig es ist, den Prozess der wirtschaftspolitischen Gestaltung mit steuerrechtlichen Mitteln ökonomisch zu analysieren und deren tatsächliche Wirkungen im Nachhinein zu überprüfen. Für die im Eingangsreferat angesprochenen ungezielten Gestaltungswirkungen steuerrechtlicher Normen hat sich weiterer Diskussionsbedarf gezeigt, der insbesondere den verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstab betrifft. Auch für die Problematik des Vertrauensschutzes des von einer Beihilfe betroffenen Steuerpflichtigen besteht dringender Forschungsbedarf.

Über die am Beispiel der Förderung von Forschung und Entwicklung diskutierte Frage, ob eine steuerliche Förderung in der Form von Abschreibungsvergünstigungen oder von Steuervergütungen sinnvoll sei, wurde keine Einigkeit erzielt. Als Gegenmodell zum Einsatz des Steuerrechts zur wirtschaftspolitischen Lenkung wurde ein Festhalten am traditio-

---

Sieker – Resümee

---

nellen Steuersystem präferiert, das möglichst auf lenkende Regelungen verzichten und sachgerechter ausgestaltet werden sollte.

Reformbedarf wird allgemein darin gesehen, dass die Risiken unternehmerischen Handelns nicht in hinreichendem Maße steuerlich berücksichtigt werden. Insbesondere die fehlende Symmetrie zwischen der Erfassung von Erträgen und Gewinnen auf der einen und Aufwendungen und Verlusten auf der anderen Seite ist betont worden. Aus der Perspektive eines Unternehmens könnte die Wiedereinführung der degressiven Abschreibung die Standortbedingungen einer Investition deutlich verbessern. Der Gesetzgeber bleibt aufgerufen, im Rahmen des geltenden Steuersystems für eine dem Prinzip der Symmetrie von Gewinnen und Verlusten gerecht werdende Kompensation von Verlusten zu sorgen und über eine Wiedereinführung der degressiven Abschreibung nachzudenken.



## Laudatio

### aus Anlass der Verleihung des Albert-Hensel-Preises 2015 an Herrn Dr. Christoph Bräunig

Univ.-Prof. Dr. *Rainer Hüttemann*  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Der Jury für den Albert Hensel Preis – sie besteht aus Frau Kollegin *Ehrke-Rabel*, Herrn Kollegen *Kube* und mir – haben dieses Jahr acht Arbeiten vorgelegen, darunter eine Habilitation, sechs Dissertationen und eine sonstige Monographie. Nach Durchsicht aller Arbeiten und einer längeren Aussprache haben wir beschlossen, eine steuerrechtshistorische Arbeit mit dem Albert-Hensel-Preis 2015 auszuzeichnen. Der Albert-Hensel-Preis 2015 geht an Herrn Dr. *Christoph Bräunig* für seine Untersuchung „Herbert Dorn (1887–1957) – Pionier und Wegbereiter im internationalen Steuerrecht“. Die Arbeit ist von Herrn Kollegen *Reimer* angeregt und betreut worden und hat im Wintersemester 2014/15 der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Dissertation vorgelegen.

Auf den ersten Blick mag die Auszeichnung einer steuerrechtshistorischen Arbeit ungewöhnlich erscheinen. Mit dem *Albert-Hensel-Preis* – so heißt es in der Auslobung der DStJG – „soll die hervorragende Arbeit eines jüngeren Verfassers ausgezeichnet werden, die einen weiterführenden Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Erforschung des Steuerrechts leistet“. Kann eine biographische und zeitgeschichtliche Untersuchung einen solchen „weiterführenden Beitrag“ überhaupt leisten? Zielt die Ausschreibung für den *Albert-Hensel-Preis* nicht vor allem auf steuerrechtsdogmatische Arbeiten, die sich der systematischen Durchdringung eines steuerrechtlichen Teilgebiets widmen? Die Jury hat sich mit solchen möglichen Einwänden eingehend beschäftigt und ich möchte Ihnen im Weiteren gerne die Gründe erläutern, die uns zu dieser Auszeichnung bewogen haben.

Zunächst sind die Mitglieder der Jury der Ansicht, dass nicht nur dogmatische, sondern auch rechtshistorische Arbeiten einen weiterführenden Beitrag zur „rechtswissenschaftlichen Erforschung des Steuerrechts“ leisten können. Das geltende Steuerrecht ist – wie alles Recht – das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung, so dass wir das „innere Wesen“

## Hüttemann – Laudatio

des geltenden Rechts ohne den – wie es *Savigny* für das Zivilrecht ausgedrückt hat<sup>1</sup> – „lebendigen Zusammenhang“ zwischen Gegenwart und Vergangenheit nicht begreifen können. Auch *Christoph Bräunig* setzt sich bereits im Vorwort mit der Frage nach dem Erkenntnisgewinn rechtshistorischer Forschung auseinander und beantwortet diese mit einem Zitat der von ihm portraitierten Person. Der frühere Ministerialdirektor im Reichsfinanzministerium und zweite Präsident des Reichsfinanzhofes schreibt in einem Beitrag für „Steuer und Wirtschaft“:<sup>2</sup>

„Die Finanzgeschichte zeigt uns im Nacheinander, was uns die Finanztheorie im Nebeneinander vorführt. [...] Das finanzgeschichtliche Erkennen, verbunden mit dem Bestreben, Verschiedenheit und Übereinstimmung der Zeiten in letzter Klarheit herauszustellen, bedeutet Blickschärfung auch für den verantwortlich Handelnden, Bereicherung seiner kritischen wie seiner schöpferischen Phantasie aus den in der Vergangenheit erörterten Möglichkeiten der Problemstellung und der Problemlösung.“

Wem diese Ausführungen zu abstrakt anmuten, der sei exemplarisch auf einige Erkenntnisse hingewiesen, die man aus der Lektüre der Arbeit von *Bräunig* gewinnen kann. So schildert *Bräunig* beispielsweise, wie die deutschen Beamten bei den Verhandlungen über die ersten Doppelbesteuerungsabkommen in den Anfangsjahren der Weimarer Republik auf die praktischen Erfahrungen mit dem – noch zu Zeiten des Norddeutschen Bundes erlassenen – „Gesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung“ und den darauf basierenden DBA zwischen den Bundesstaaten des Deutschen Kaiserreichs zurückgreifen konnten. Und diejenigen, die unter dem Eindruck der aktuellen „BEPS“-Debatte der Ansicht sind, die Bedeutung der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen sei erst in „unserer“ Zeit entdeckt worden, können aus der Schrift von *Bräunig* lernen, dass das Problem der gegenseitigen Amts- und Rechtshilfe – ebenso wie das Phänomen der Steuer- und Kapitalflucht – bereits in den Beratungen des Völkerbundes über Musterabkommen eine wichtige Rolle spielte und die Forderung *Herbert Dorns* nach einem konsequenten Ausbau des grenzüberschreitenden Informationsaustauschs bereits damals die Expertenrunde wie kaum eine andere Frage spaltete.

Zweitens – und dies ist in den bisherigen Ausführungen bereits angeklungen – erscheint die Untersuchung von *Bräunig* zwar im äußeren Kleid einer Biographie, sie ist aber viel mehr: Es handelt es sich eben

1 *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840, Band I, Vorrede, S. XV.

2 *Dorn*, Von Finanzen und Steuern einst und jetzt, *StuW* 1933, 1 (3).

---

Hüttemann – Laudatio

---

nicht nur um die Beschreibung des Lebens und des Werks eines der bedeutendsten deutschen Steuerjuristen der Weimarer Republik, sondern zugleich um eine Geschichte des Internationalen Steuerrechts in der Zwischenkriegszeit. Die Arbeit schildert aus der Perspektive – wie es im Titel heißt – eines „Pioniers und Wegbereiters“ die entscheidende Phase der 20er Jahre, in denen auf nationaler und zwischenstaatlicher Ebene die ersten Schritte für die Herausbildung eines „modernen“ Doppelbesteuerungsrechts gemacht wurden. *Herbert Dorn* hat diese Entwicklung wie kaum ein anderer Deutscher geprägt. Er war nicht nur als Leiter des AO- und Rechtsreferats des Reichsfinanzministeriums von Beginn an für die DBA-Verhandlungen federführend zuständig, sondern hat als deutsches Mitglied und späterer Vorsitzender des Finanzkomitees des Völkerbundes auch einen wesentlichen Einfluss auf die Beratungen über die ersten Musterabkommen ausgeübt. Darüber hinaus zählte *Herbert Dorn* zu den führenden Steuerrechtswissenschaftlern seiner Zeit, der als produktiver Autor, Mitherausgeber der „Steuer und Wirtschaft“ und Mitgründer der „Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht“ sowie als langjähriges Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages einen nachhaltigen Beitrag zur wissenschaftlichen Entfaltung des Steuerrechts geleistet hat. Die Beschäftigung mit der Person *Herbert Dorn* ist also nicht nur von biographischem Interesse, sondern vermittelt dem Leser wichtige Einblicke in die Arbeitsweise des Reichsfinanzministeriums und des Völkerbundes sowie die Anfänge der deutschen Steuerrechtswissenschaft in einer politisch und wirtschaftlich schwierigen Zeit.

Ein dritter Grund, der die Jury zur Auszeichnung dieser Arbeit bewogen hat, ist die hervorragende Lesbarkeit und die besondere Qualität der Untersuchung. Dem Autor ist es über das gesamte Werk hinweg gelungen, das persönliche Schicksal der Person *Herbert Dorn* geschickt mit der zeitgeschichtlichen Entwicklung des Internationalen Steuerrechts zu verknüpfen, den Menschen also – wie es *Goethe* als Hauptaufgabe einer Biographie bezeichnet hat<sup>3</sup> – „in seinen Zeitverhältnissen darzustellen“. Dieser Vorgabe wird die Schrift von *Bräunig* in besonderer Weise gerecht. So vermittelt die Schilderung des beruflichen Lebenswegs von *Herbert Dorn* zugleich einen Eindruck von den großen Herausforderungen, denen sich die junge Weimarer Republik bei der Bewältigung der Kriegsschuldenfrage gegenüber sah. Und das bewegende persönliche Schicksal *Herbert Dorns*, der 1933 – gleichsam auf dem Höhepunkt sei-

---

<sup>3</sup> *Goethe*, Dichtung und Wahrheit, Vorwort, in *Goethes Werke*, Weimarer Ausgabe I, 1889, Band 26, S. 7.

---

Hüttemann – Laudatio

---

ner beruflichen Tätigkeit – im Alter von 46 Jahren aus rassistischen Gründen aus dem Amt des Präsidenten des Reichsfinanzhofs gedrängt wurde und – wie ein nicht geringer Teil der damaligen intellektuellen Elite – Deutschland verlassen musste, ist ein wichtiges zeitgeschichtliches Dokument, dessen Lektüre gerade jüngeren Juristen nur nachdrücklich empfohlen werden kann. Darüber hinaus ist zu hoffen, dass die Arbeit von *Bräunig* – ebenso wie die biographische Skizze der Person *Albert Hensels*, die *Reimer* und *Waldhoff* im Auftrag der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft im Jahr 2000 vorgelegt haben<sup>4</sup> – Vorbild für weitere Studien zu Steuerrechtspersönlichkeiten der Weimarer Republik – ich nenne beispielhaft *Enno Becker* oder *Max Lion* – sein wird. Was die fachliche Qualität der Arbeit angeht, beeindrucken die eingehende Auswertung der Archivbestände in Deutschland und den USA sowie die umfangreichen Verzeichnisse am Ende der Arbeit. Doch was wäre das sorgfältige Quellenstudium und die Beschäftigung mit unzähligen biographischen Details, wenn es dem Autor nicht gelingt, die Ergebnisse mit Sachkenntnis, Erzähltalent und Sinn für Proportionen zu einem ganzheitlichen Bild zusammenzufassen. Nicht zu Unrecht gelten Biographien deshalb auch als „Königsdisziplin“ der Geschichtswissenschaften.<sup>5</sup> Auch insoweit ist die Arbeit von *Bräunig* vorbildlich, denn sie widersteht – im Gegensatz zu mancher moderner Biographie – der Versuchung, sich in Einzelheiten zu verlieren und zeichnet stattdessen auf 300 Seiten ein spannendes Panorama der Anfänge des Internationalen Steuerrechts im 20. Jahrhundert.

Sehr geehrter Herr Dr. *Bräunig*, ich gratuliere Ihnen im Namen der Jury sehr herzlich zum Albert-Hensel-Preis 2015!

---

4 *Reimer/Waldhoff* (Hrsg.), *Albert Hensel, System des Familiensteuerrechts und andere Schriften*, 2000, S. 1 ff.

5 So *Ullrich*, *Die schwierige Königsdisziplin*, *Die Zeit*, 9.4.2007, Nr.15 ([www.zeit.de/2007/15/p-Biographie](http://www.zeit.de/2007/15/p-Biographie)).

## Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e.V.<sup>1</sup>

Satzung i.d.F. v. 9.9.2013 (Auszug)

### § 2 Vereinszweck

Der Verein verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts "Steuerbegünstigte Zwecke" der Abgabenordnung. Der Verein hat den Zweck,

- a) die steuerrechtliche Forschung und Lehre und die Umsetzung steuerwissenschaftlicher Erkenntnisse in der Praxis zu fördern;
- b) auf eine angemessene Berücksichtigung des Steuerrechts im Hochschulunterricht und in staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
- c) Ausbildungsrichtlinien und Berufsbilder für die juristischen Tätigkeiten im Bereich des Steuerwesens zu entwickeln;
- d) in wichtigen Fällen zu Fragen des Steuerrechts, insbesondere zu Gesetzgebungsvorhaben, öffentlich oder durch Eingaben Stellung zu nehmen;
- e) das Gespräch zwischen den in der Gesetzgebung, in der Verwaltung, in der Gerichtsbarkeit, im freien Beruf und in der Forschung und Lehre tätigen Steuerjuristen zu fördern;
- f) die Zusammenarbeit mit allen im Steuerwesen tätigen Personen und Institutionen zu pflegen.

Der Verein ist selbstlos tätig; er verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke.

Mittel des Vereins dürfen nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Die Mitglieder erhalten keine Zuwendungen aus Vereinsmitteln. Es dürfen keine Personen durch zweckfremde Ausgaben oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden.

### § 3 Mitgliedschaft

- (1) Mitglied kann jeder Jurist werden, der sich in Forschung, Lehre oder Praxis mit dem Steuerrecht befasst.
- (2) Andere Personen, Vereinigungen und Körperschaften können fördernde Mitglieder werden. Sie haben kein Stimm- und Wahlrecht.
- (3) Die Mitgliedschaft wird dadurch erworben, dass der Beitritt zur Gesellschaft schriftlich erklärt wird und der Vorstand die Aufnahme als Mitglied bestätigt.

---

<sup>1</sup> Sitz der Gesellschaft ist Köln (§ 1 Abs. 2 der Satzung). Geschäftsstelle: Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln.

---

Satzung

---

- (4) Die Mitgliedschaft endet durch
- a) Austrittserklärung zum Schluss des Geschäftsjahres unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten;
  - b) Wegfall der in Abs. 1 für die Aufnahme als Mitglied genannten Voraussetzungen;
  - c) Ausschluss durch die Mitgliederversammlung;
  - d) Ausschluss durch Beschluss des Vorstands, wenn ein Mitglied seinen Beitrag für drei aufeinanderfolgende Jahre nicht gezahlt hat; der Beschluss bedarf keiner Ankündigung und keiner Mitteilung, wenn das Mitglied der Gesellschaft eine Adressänderung nicht angezeigt hat und seine Anschrift der Gesellschaft nicht bekannt ist.
- (5) Der Mitgliedsbeitrag ist am 1. April des jeweiligen Jahres fällig. Tritt ein Mitglied während eines Jahres der Gesellschaft bei, ist der volle Beitrag nach Ablauf eines Monats nach Erwerb der Mitgliedschaft gemäß Absatz 3 fällig.
- (6) Der Vorstand kann rückständige Mitgliedsbeiträge erlassen, wenn deren Einziehung unbillig oder der für die Einziehung erforderliche Aufwand unverhältnismäßig hoch wäre.

## Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V.

### Vorstand

Präsident des Bundesfinanzhofs Prof. Dr. h.c. *Rudolf Mellinghoff* (Vorsitzender); Prof. Dr. *Klaus-Dieter Drüen* (Stellv. Vorsitzender); Prof. Dr. Dr. h.c. *Michael Lang*; Ministerialdirektor *Michael Sell*; Verlagsleiter Prof. Dr. *Felix C. Hey* (Schatzmeister und Leiter der Geschäftsstelle); Rechtsanwalt Dr. *Jens Schönfeld* (Schriftführer).

### Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. *Johanna Hey* (Vorsitzende); Prof. Dr. *Markus Achatz*; Prof. Dr. *Heribert M. Anzinger*; Richter am Bundesfinanzhof Dr. *Peter Brandis*; Ltd. Ministerialrat Dr. *Stefan Breinersdorfer*; Rechtsanwalt Prof. Dr. *Axel Cordewener*, LL.M.; Rechtsanwalt Dr. *Christian Dorenkamp*, LL.M.; Prof. Dr. *Klaus-Dieter Drüen*; Prof. Dr. *Tina Ehrke-Rabel*; Prof. Dr. *Joachim Englisch*; Dr. *Wolfgang Haas*; Präsident der Bundesfinanzakademie Dr. *Robert Heller*; Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof Dr. *Bernd Heuermann*; Verlagsleiter Prof. Dr. *Felix C. Hey*; Prof. Dr. *Johanna Hey*; Prof. Dr. *Rainer Hüttemann*; Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof Prof. Dr. *Monika Jachmann*; Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. *Paul Kirchhof*; Rechtsanwalt Dr. *Martin Klein*; Ministerialdirigent *Martin Kreienbaum*; Prof. Dr. *Marcel Krumm*; Prof. Dr. *Hanno Kube*, LL.M.; Prof. Dr. *Joachim Lang*; Prof. Dr. Dr. h.c. *Michael Lang*; Prof. Dr. *Moris Lehner*; Richter am Bundesfinanzhof Prof. Dr. *Matthias Loose*; Prof. Dr. *René Matteotti*; Präsident des Bundesfinanzhofs Prof. Dr. h.c. *Rudolf Mellinghoff*; Ministerialdirigent Dr. *Hans-Ulrich Misera*; Ministerialdirigent Dr. *Rolf Möhlenbrock*; Ministerialdirigent a.D. *Gert Müller-Gatermann*; Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. *Jürgen Pelka*; Ministerialdirektor a.D. Dr. *Albert Peters*; Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. *Dirk Pohl*; Prof. Dr. *Ekkehart Reimer*; Ministerialdirigent *Eckehard Schmidt*; Prof. Dr. Dr. h.c. *Wolfgang Schön*; Rechtsanwalt Dr. *Jens Schönfeld*; Prof. Dr. *Roman Seer*; Prof. Dr. *Madeleine Simonek*; Vizepräsident des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg Prof. Dr. *Thomas Stapperfend*; Rechtsanwalt Prof. Dr. *Otmar Thömmes*; Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dr. *Thomas Weckerle*, LL.M.; Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof *Michael Wendt*; Hofrat Prof. Dr. *Nikolaus Zorn*.

Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat

---

**Ehrenmitglieder**

Universitätsprofessor (em.) Dr. *Heinrich Wilhelm Kruse*, Bochum

Universitätsprofessor (em.) Dr. *Klaus Tipke*, Köln

## Teilnehmerverzeichnis

*Anzinger*, Heribert M., Prof. Dr., Ulm  
*Asche*, Michael, Dr., Rechtsanwalt und Steuerberater, Helmstedt  
*Bächle*, Cornelia, Heidelberg  
*Barke*, Attila, Halle  
*Bergmann*, LL.M., Malte, Dr., Rechtsanwalt, Bonn  
*Biesgen*, Rainer, Rechtsanwalt, Dipl.-Fw., Düsseldorf  
*Birk*, Dieter, Prof. Dr., Berlin  
*Birkhan*, Hermann Josef, Regierungsdirektor, Königswinter  
*Biskop*, Sabine, Rechtsreferendarin, Leipzig  
*Bleschick*, Sascha, Dr., Richter am FG, Münster  
*Blischke*, André, Leipzig  
*Bowitz*, Hans-Hermann, Dr., Rechtsanwalt und Steuerberater, Frankfurt  
am Main  
*Bräunig*, Christoph, Dr., Hamburg  
*Breinersdorfer*, Stefan, Dr., Ministerialdirigent, Mainz  
*Brosig*, Klaus, Steuerberater, Varel  
*Brosig*, Oliver, Steuerberater, Dipl.-Kfm., Varel  
*Chirvi*, Malte, Berlin  
*Claussen*, Jochen, Osnabrück  
*Damerow*, Max-Dieter, Rechtsanwalt, Steuerberater, Notar a.D., Hanno-  
ver  
*Dehner*, Tillmann C., Bonn  
*Desens*, Marc, Prof. Dr., Leipzig  
*Dobratz*, Lars, Dr., Luxemburg  
*Dorenkamp* LL.M., Christian, Dr., Rechtsanwalt, Dipl.-Vw., Bonn  
*Drüen*, Klaus-Dieter, Prof. Dr., München  
*Echterfeld*, LL.M., Kristina, Düsseldorf  
*Eckhoff*, Rolf, Prof. Dr., Schlangenbad-Georgenborn  
*Ehrke-Rabel*, Tina, Prof. Dr., Graz  
*Eichberger*, Michael, Prof. Dr., Richter am BVerfG, Karlsruhe  
*El-Tounsy*, Usama, Rechtsanwalt, Berlin  
*Engelhardt*, Claudia, Halle  
*Fischer*, Thomas, Köln  
*Freimoser*, Bastian, Halle  
*Frühau*, Julius, Halle

---

Teilnehmerverzeichnis

---

*Gerber, Carl, Dr., LRD a.D., Rechtsanwalt, Steuerberater, Baldham*  
*Geyer, Judith, Kabelsketal*  
*Gill, LL.M., Juliette, Rechtsanwältin, Düsseldorf*  
*Glauflügel, Bert, Ltd. RegDir a.D., Esslingen a.N.*  
*Goldberg, Katharina, Hamburg*  
*Grett, Hans-Dieter, Richter am FG, Hemmingen*

*Haas, Martin, Leipzig*  
*Hähn, Christian, Leipzig*  
*Hammerich, Arne Joachim, Hamburg*  
*Heber, Caroline, Dr., München*  
*Heidelbach, Volker, Rechtsanwalt, Essen*  
*Heiß, Madeleine, Rechtsanwältin und Steuerberaterin, Nürnberg*  
*Heller, Robert, Dr., Präsident, Brühl*  
*Henkel, Matthias, Dipl.-Fw., Norderstedt*  
*Hennrichs, Joachim, Prof. Dr., Köln*  
*Hensel, Claus A., Dipl.-Kfm., Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Frankfurt*  
*Hentschel, Sven, Halle (Saale)*  
*Hermenns, Hanna, Köln*  
*Heuermann, Bernd, Prof. Dr., Vorsitzender Richter am BFH, München*  
*Hey, Felix C., Prof. Dr., Köln*  
*Hey, Johanna, Prof. Dr., Köln*  
*Hinrichsmeyer, André, Osnabrück*  
*Hintze, Hans-Rüdiger, Dr., Rechtsanwalt und Notar, Bremen*  
*Hofmann, Tim, Leipzig*  
*Hofstede, Manfred, Rechtsanwalt, Köln*  
*Hoppe, Jürgen F., Dr., Rechtsanwalt, Hannover*  
*Horlemann, Heinz-Gerd, Dr., Regierungsdirektor a.D., Herzogenaurach*  
*Horvat, Christian, Dr., Rechtsanwalt, Ansbach*  
*Hübner, Roberta, Richterin am BFH, München*  
*Hummel, David, Dr., Leipzig*  
*Hummel, Lars, Prof. Dr., Hamburg*  
*Hüttemann, Rainer, Prof. Dr., Bonn*

*Ismer, Msc Econ., Roland, Prof. Dr., Nürnberg*

*Kästner, Ann-Kristin, Hamburg*  
*Kempny, LL.M., Simon, Dr., Köln*  
*Kirchhof, LL.M., Gregor, Prof. Dr., Augsburg*  
*Kleemann, Björn, Dipl.-Kfm., Drei Gleichen OT Wandersleben*  
*Klein, Martin, Dr., Rechtsanwalt, Frankfurt/Main*  
*Koblenzer, Thomas, Prof. Dr., Rechtsanwalt, FASr, Neuss*

## Teilnehmerverzeichnis

---

*Koppermann*, Lutz, Rechtsreferendar, Frankfurt  
*Kostka-Speckamp*, Annkathrin, Essen  
*Köstler*, Heinz, Dipl.-Betriebswirt, Steuerberater, Abensberg  
*Köstler*, Julius, Bayreuth  
*Kraft*, Gerhard, Prof. Dr., Halle (Saale)  
*Kramer LL.M.*, Jörg-Dietrich, Dr., Ministerialrat a.D., Siegburg  
*Kube, LL.M.*, Hanno, Prof. Dr., Heidelberg  
*Kühn*, Norman, Halle  
*Kunz*, Peter W., Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Berlin  
*Lamprecht*, Philipp, PD Dr., Oberregierungsrat, Berlin  
*Lang*, Michael, Prof. Dr. Dr. h.c., Wien  
*Langel*, Kai, Dipl.-Kfm., Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln  
*Leiber*, Kurt, Dr., Ltd. MinRat a.D., Rechtsanwalt, Krefeld  
*Liedtke, LL.M.*, Stefan, Dipl.-Fw., Rechtsanwalt, Steuerberater, Düsseldorf  
*Lingemann*, Wolfgang, Dr. jur., Rechtsanwalt, Köln  
*Linkermann*, Markus, Richter am FG, Münster  
*Lüdicke*, Jochen, Prof. Dr., Rechtsanwalt und Steuerberater, Düsseldorf  
*Lüngen*, Larsen, Dipl.-Kfm., Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Krefeld  
*Marienhagen*, Christiane, Heidelberg  
*Markert*, Wilhelm, Vizepräsident des FG, Münster  
*Mellinghoff*, Rudolf, Prof. Dr. h.c., Präsident des BFH, München  
*Menke*, Sven, Dr., Rechtsanwalt und Steuerberater, Hannover  
*Meyer*, André, Prof. Dr., Bayreuth  
*Milanin*, Olga, Berlin  
*Modrzejewski*, Matthias, Köln  
*Mönius*, Thomas, Rechtsanwalt, Forchheim  
*Moser*, Till, Dr., Halle (Saale)  
*Müller*, Christian J., Dr., Oberregierungsrat, Berlin  
*Müller-Machens*, Gerhard, Ministerialrat, Berlin  
*Musil*, Andreas, Prof. Dr., Potsdam  
*Mylich*, Falk, Dr., Berlin  
*Myßen*, Michael, Dr., Regierungsdirektor, Berlin  
*Nussbaum*, Oliver, Ludwigshafen am Rhein  
*Obenhaus*, Nils, Rechtsanwalt und Steuerberater, Hamburg  
*Ollesch*, Peter, Halle (Saale)  
*Osterloh-Konrad*, Christine, Dr., München

## Teilnehmerverzeichnis

---

*Palm*, Ulrich, Prof. Dr., Stuttgart  
*Pedack*, Elke, Berlin  
*Peetz*, Carsten, Rechtsanwalt und Steuerberater, Berlin  
*Pelka*, Jürgen, Dr., Rechtsanwalt und Steuerberater, Köln  
*Pfizenmayer*, Karl-Friedrich, Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Berlin  
*Pinkernell*, Reimar, Dr., Rechtsanwalt, Bonn  
*Pohl*, Dirk, Dr., Rechtsanwalt und Steuerberater, München  
*Preil*, Uta, Halle (Saale)  
*Preißer*, Michael, Prof. Dr. Dr. h.c., Seevetal  
  
*Reimer*, Ekkehart, Prof. Dr., Heidelberg  
*Reiß*, Wolfram, Prof. Dr., Nürnberg  
*Ressler*, Hellmuth, Vors. Richter am FG, Leipzig  
*Reuss*, Christina, Dr., Richterin am FG, Engen  
*Rockoff*, LL.M., André, Dr., Rechtsanwalt, München  
*Rödder*, Thomas, Prof. Dr., Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Bonn  
*Röder*, Erik, Dr., München  
*Rodi*, Michael, Prof. Dr., Berlin  
*Rolfs*, Christoph, Rechtsanwalt, Schwerin  
*Roser*, Frank, Dr., Rechtsanwalt und Wirtschaftsprüfer, Hamburg  
*Rüsch*, Gary, Köln  
*Rust*, Alexander, Prof. Dr., Wien  
  
*Sasum*, Thomas, Naumburg (Saale)  
*Sauer*, Christian-Helmut, Dr., Künzell  
*Schätzlein*, Adolf, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Neuss  
*Schindler*, Jonathan, München  
*Schlering*, Daniel, Bonn  
*Schmidt*, Eckehard, Ministerialdirigent, München  
*Schmittberg*, Rüdiger, Vors. Richter am FG, Cottbus  
*Schnitzer*, Monika, Prof. Dr., München  
*Schober*, Tibor, Dr., Richter, Berlin  
*Schön*, Wolfgang, Prof. Dr. Dr. h.c., Direktor, München  
*Schönfeld*, Jens, Dr., Rechtsanwalt, Bonn  
*Schulze*, Erhard-Veit, Dr., Steuerberater, Rentenberater, Offenbach am Main  
*Schulze zur Wiesche*, Dieter, Prof. Dr., Rechtsanwalt, Nordkirchen  
*Schulze-Osterloh*, Joachim, Prof. Dr., Cottbus  
*Schwarzer*, Manfred, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Erfurt

## Teilnehmerverzeichnis

---

*Skibba*, Julia, Wirtschaftsjuristin, Berlin  
*Seer*, Roman, Prof. Dr., Wuppertal  
*Seitz*, Wolfgang, Dr., Wien  
*Seufer*, Ramona Elaina, Hamburg  
*Sieber*, Roland, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Dipl.-Kfm., Korntal-Münchingen  
*Sieker*, Susanne, Prof. Dr., Halle  
*Simonek*, Madeleine, Prof. Dr., Zürich  
*Sobanski*, Sven, Regierungsrat, Köln  
*Speckamp*, Peter, Dr., Richter am FG, Essen  
*Steinfeld*, Heinrich, Rechtsanwalt, Herne  
*Sternberg*, Christian, München  
*Stöber*, Michael, Prof. Dr., Köln  
*Stodal*, Barbara, München  
*Stolterfoht*, Joachim, Prof. Dr., Rechtsanwalt, Umkirch  
*Straßburger*, Benjamin, Dr., Mainz  
*Stuckenbrock*, Jasmin, Halle  
*Sutter*, Franz Philipp, Dr., Richter am VerwGH, Wien  
  
*Take*, Michael, Dr., Dipl.-Vw., Rechtsanwalt, Kiel  
*Tappe*, Henning, Prof. Dr., Trier  
*Taubert*, Christian, Gundelfingen  
*Tiedchen*, Susanne, Dr., Richterin am FG, Cottbus  
  
*Vandersmissen*, Christian, Mannheim  
*von Groll*, Rüdiger, Prof., Richter am BFH a.D., Rechtsanwalt, München  
  
*Weckerle*, LL.M., Thomas, Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Hagen  
*Weckesser*, Artur, Dr., Präsident des FG, Stuttgart  
*Weih*, Antje, Dr., Richterin am FG, Aschaffenburg  
*Weinacht*, Herbert, Regierungsdirektor a.D., Denzlingen  
*Weinhold*, Philipp, Halle (Saale)  
*Weinschütz*, Bernhard, Richter am FG, Berlin  
*Weiß*, Jan, Vors. Richter am FG, Markranstädt  
*Wendt*, Michael, Vors. Richter am BFH, München  
*Wernsmann*, Rainer, Prof. Dr., Passau  
*Widera*, Christian, Marburg  
*Wilke*, Anna, Halle  
*Winter*, Stefan, Dresden  
*Wölke*, Jens, Rechtsanwalt, Osnabrück  
*Wüstlin*, Tim, Münster



## Stichwortverzeichnis

Bearbeiterin: Dipl.-Kffr. Dr. Ursula Roth

- Abgabenordnung (AO)**  
 – Anwendbarkeit auf Steuervergünstigungen 239
- Abgabenrechtliche Amtsermittlungspflicht (§ 88 AO)** 249
- Abgeltungsteuer** 333, 353
- Abschaffung Gewerbesteuer** 457
- Abschnittsbesteuerung** 299
- Abschreibung** 234  
 – degressive 472, 475
- Abschreibungsregeln Belgien** 289 f.  
 – im Vergleich zu Deutschland 289 f.
- Accelerated Depreciation** 420
- Adria-Wien Pipeline**  
 – Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-143/99 171
- AEUV Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union** 120
- Aktivierungsgebot**  
 – bei entgeltlichem Erwerb immaterieller Wirtschaftsgüter 386
- Aktivierungsverbot**  
 – handelsrechtliches, Einschränkung 387  
 – selbsterstelltes immaterielles Wirtschaftsgut (§ 5 Abs. 2 EStG) 454  
 – steuerliches (§ 5 Abs. 2 EStG) im Rahmen der FuE-Tätigkeit 376 f., 385, 388, 392
- Aktivierungswahlrecht**  
 – handelsrechtliches bei FuE-Tätigkeit 387
- Alcan I**  
 – Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-5/89 204, 209
- Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)** 120 f.
- Allgemeines Unternehmensrisiko** 297
- Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT)** 120 ff.
- Allowance for Corporate Equity (ACE)** 333, 342 ff.  
 – Beurteilung 350
- Anrechnungsbetriebsstätte** 395
- Anrechnungsmethode** 142
- Anrechnungsüberhang** 427
- Anrechnungsverfahren** 311
- Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV)** 120, 146
- Argenta Spaarbank-Entscheidung des EuGH** 348
- Auftragsentwicklung**  
 – echte 378  
 – unechte 379, 381
- Auftragsforschung**  
 – echte im Rahmen eines Werkvertrages 401  
 – unechte im Rahmen eines Dienstvertrages 401
- Auftragsforschung und -entwicklung**  
 – echte 380, 385  
 – unechte 380, 385
- Aufwands-Pool** 383
- Ausgestaltungsdogmatik** 100 f.
- Auslandstätigkeitserlass** 167
- Ausschüttungssperre** 387
- Autonomieprinzip** 149
- Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)** 55
- Bedürfnisprinzip** 26
- Beihilfe** 179, 229, 463  
 – Begriff 229  
 – dreigliedriges Prüfungsschema 176
- Beihilfendefinition des EuGH** 176
- Beihilfenprüfung** 224
- Beihilfenprüfverfahren** 212
- Beihilfenrecht** 25, 468 f.  
 – europäisches 170

## Stichwortverzeichnis

- Beihilfenverbot (Art. 107 Abs.1 AEUV)** 146, 173 f.
- Beihilfenverbot mit Erlaubnisvorbehalt** 174, 199
- Belgien**
- Abschreibungsregeln 277 f., 289 f.
  - Zinsabzugsregeln (NID) 277
- Benchmark tax level** 177
- BEPS** 290 f.
- BEPS-Aktionsplan vom 13.07.2013** 411 ff.
- BEPS-Projekt** 394
- BEPS-Umsetzungsgesetz** 4
- Beschränkungsverbot** 146, 217
- Besteuerung internationaler FuE-Aktivitäten** 393 ff.
- Bestimmungslandprinzip** 124, 447
- Beteiligungsfinanzierung** 309
- Betriebsausgabenabzug**
- sofortiger 234
- Bilateral investment treaty** 125
- Bipolares Abgabenschuldverhältnis** 209 f.
- Bonussteuer** 84
- Budgethoheit von Mitgliedsstaaten** 157
- Bundessteuergesetzbuch** 6
- Bundesverfassungsgericht** 85, 94, 111, 117, 140
- Bürgschaft** 233
- Bürokratieabbau** 24
- Carve-out-Regelung für die Besteuerung** 126
- Case Law** 218
- Cash-Box** 414
- Cash-hoarding** 328
- CELF**
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-199/06 205 f.
- Comprehensive Business Income Tax (CBIT)** 333, 336 ff.
- Consumption tax** 318
- Consumption tax consensus** 318
- Country-by-Country-Reporting** 413, 427
- Daily-Mail-Urteil des EuGH** 120
- Daten** 374
- Datenbank** 374
- Datenbankwerk i.S.d. § 4 Abs. 2 UrhG** 374
- David Ricardo**
- Theorie der komparativen Kostenvorteile 119
- DBA-Freistellungsbetriebsstätte** 395
- De Gezamenlijke Steenkolenmijnen**
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) 170
- Degressive Abschreibung** 472, 475
- Denkmalgeschütztes Wohneigentum**
- Förderung in den Niederlanden 163
- Derivativer Anschaffungsvorgang** 379
- Design** 374, 407
- Digital Economy** 374, 411
- Digitale Volkswirtschaft** 411
- Directive-Shopping (§ 50d Abs. 3 EStG)** 409
- Direkte Steuer**
- Umweltschutz 441
- Direkte Subvention** 233, 236 f., 469 f.
- Diskriminierungsverbot** 133, 467
- Dividendenabzugsverfahren** 333 ff.
- Beurteilung 336
- Dividendenfreistellungsverfahren** 333 ff.
- Beurteilung 336
- Doppelbesteuerung** 142
- Doppelbesteuerungsabkommen** 132, 135, 142, 467
- Duale Einkommensteuer** 333, 350 ff., 362, 366 f., 473
- Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV)** 174, 210
- Durchlauffinanzierung** 276
- Earnings stripping** 417
- EBIT** 271
- Echte Auftragsentwicklung** 378
- Echte Auftragsforschung**
- Werkvertrag 401
- Echte Auftragsforschung- und entwicklung** 380, 385, 425

## Stichwortverzeichnis

- ECOFIN-Rat** 170  
**Eigenheimförderung** 156  
**Eigenheimzulage** 235  
**Eigentum und Steuerrecht** 102 ff.  
**Eigentumsgrundrecht Art. 14 GG**  
 99 f.  
**Einfuhrumsatzsteuer** 124  
**Einkommensteuer**  
 – duale *s. duale Einkommensteuer*  
**Einschätzungsprärogative** 94 f.  
**Einsperrung** 426  
**Emanation des Verhältnismäßigkeits-**  
**prinzips** 438  
**Emissionshandel** 439, 474  
**Emissionshandelsrichtlinie** 448  
**Emissionshandelssystem** 440  
**Empirische Steuerwissenschaft** 92  
**Endgültiger Verlust** 156  
**Energiesteuerrecht**  
 – grenzüberschreitende Abzugsfähig-  
 keit 431  
**Energiesteuerrichtlinie** 444  
**Enhanced Allowance** 420  
**Enteignung** 100 f.  
 – direkte 127  
 – indirekte 127  
 – Schutz vor 127 f.  
**Entrepreneurship** 293 f.  
**Entschädigung bei Enteignung** 100  
**Entstrickungsbesteuerung** 348  
**Entwicklung** 373  
**Entwicklungskosten**  
 – aktivierungsfähige (§ 248 Abs. 2  
 HGB) 373  
**Entwurf des Investmentsteuerreform-**  
**gesetzes** 3  
**Erbschaftsteuergesetz** 68 ff.  
**Erbschaftsteuerreform** 68  
**Erdrosselnde Steuer, Erdrosselungs-**  
**steuer** 152, 218, 222 f.  
**Ertragswertverfahren**  
 – vereinfachtes 303  
**EU-Charta** 154 f.  
**Europäische Grundfreiheit** 146  
**Europäischer Gerichtshof (EuGH)** 225  
 – Rechtsprechung 230  
**Europäisches Beihilfenrecht** 170  
**Europarecht**  
 – Rahmenbedingungen 468 f.  
**Europarecht und Verfassungsrecht**  
 220 f.  
**Ex post-Kontrolle** 94  
**Exit-Besteuerung** 156, 160, 396  
**Exportsubvention** 123 f., 143  
**Externer Effekt** 434  
 – negativer 434  
 – positiver 434  
**FATCA (Foreign Account Tax Compli-**  
**ance Act)** 317  
**Fair and Equitable Treatment** 129 ff.  
**Fair and Equitable Treatment-Grund-**  
**satz** 126, 467  
**Finanzamt Linz**  
 – Urteil des Europäischen Gerichts-  
 hofs (EuGH), C-66/14 181, 183 f.,  
 193, 205  
**Finanzausgleich**  
 – internationaler 456  
**Finanzhilfe** 237  
**Finanzierungsneutralität** 265, 310,  
 330 ff., 364, 366  
 – der Unternehmensbesteuerung 333  
**Finanztransaktionssteuer** 84  
**Fiskalzwecknorm** 6, 29, 388, 392, 463  
**Flat Tax** 332  
**Flat-Tax-System** 334  
**Fördertatbestand**  
 – Wirtschaftsförderung 247  
**Förderung**  
 – inkrementelle 422  
 – volumenbasierte 422  
**Förderung der Beschäftigung**  
 – von Inländern 156  
**Förderung von Familienunternehmen**  
 – bei der Erbschaftsteuer 54  
**Förderung von Forschung und Ent-**  
**wicklung**  
 – durch Patentboxen 80  
 – durch Steuern 80  
**Förderung von Unternehmen**  
 – durch Patentboxen 54 ff.

## Stichwortverzeichnis

- Förderungswirkungslehre** 89  
**Förderweg** 259 f.  
 – Vor- und Nachteile 260  
**Förderzweck** 261  
 – Wirtschaftsförderung 247  
**Foreign Account Tax Compliance Act (FACTA)** 317  
**Forschung** 373  
**Forschung und Entwicklung (FuE)**  
 – bilanzrechtliche Definition 373  
 – steuerliche Förderinstrumente 420 ff.  
**Forschungsförderung** 165 f.  
**Forschungskosten** 373  
**Frascati Manual der OECD** 420, 422  
**Freier Dienstleistungsverkehr (Art. 56 ff. AEUV)** 146  
**Freier Kapitalverkehr (Art. 63 ff. AEUV)** 146  
**Freiheit des Eigentums** 99  
**Freistellungsmethode** 142  
**Fremdvergleichsgrundsatz** 381 f., 384, 425 f.  
 – fremdübliche Lizenzgebühr 395  
**Funktionsverlagerung** 276  
**Funktionsverlagerung in Deutschland** 269 f.  
**Funktionsverlagerung ins Ausland** 398  
 – Besteuerung 398, 402
- GATS, Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen** 51, 120 f.  
**GATT, Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen** 51, 120 ff.  
**Gebot der Folgerichtigkeit** 338  
**Gebot der Wettbewerbsneutralität** 51  
**Gebrauchsmuster** 373, 391, 407  
**Geldbuße** 220  
**Gemeinsame Forschung und Entwicklung** 382 ff.  
**Gemeinsame Körperschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage (GKKB)** 315  
**Gemeinwohlprinzip** 88
- Gerichtbarkeit im Europäischen Gerichtsverbund** 180  
**Geschmacksmuster** 374  
**Gesetz**  
 – rückwirkendes 105 f.  
**Gesetzentwurf im Steuerrecht** 2  
**Gesetzescontrolling** 82  
**Gesetzesvorbehalt bei der steuerlichen Subvention** 239 f.  
**Gesetzgebungsvorhaben**  
 – zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens 3  
**Gestaltungsüberschießungsvermeidungsnorm** 80  
**Gewerbesteuer**  
 – Abschaffung 457  
**Gewerbesteuerinsel** 380  
**Gewerbesteuerliche Hinzurechnung**  
 – von Finanzierungsaufwendungen 426  
**Gewerbesteueroase** 380  
**Gewerbliches Schutzrecht** 391, 407  
**Gewinnverlagerung**  
 – internationale 302  
 – schädliche 302  
**Gil Insurance**  
 – Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-308/01 443  
**Gleichheitssatz Art. 3 Abs. 1 GG** 111, 258, 466 f.  
**Gleichmäßigkeit der Besteuerung** 256  
**Globale Konjunktur- und Wachstumssteuerung** 16  
**Grenzsteuersatz**  
 – leistungsfeindlicher 4  
**Grenzüberschreitende FuE-Zusammenarbeit im Konzern** 382  
**Grenzüberschreitendes Schütt-aus-Hol-Zurück-Verfahren** 345  
**Gross-up-Klausel** 409  
**Grundfreiheit** 468  
 – Anwendungsbereich 151  
 – Beschränkung 150  
 – europäische 146  
 – Schutzbereich 150  
**Grundrecht** 99

## Stichwortverzeichnis

- 
- Grundrechtseingriffsdogmatik** 100 f.  
**Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit** 112  
**Grundsatz der Folgerichtigkeit** 112, 114, 138 f., 442  
**Grundsatz der Gesetzmäßigkeit** 137  
**Grundsatz der Lastengleichheit** 112 f.  
**Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** 112  
**Grundsatz des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes** 109  
**Grundsatz Fair and Equitable Treatment** 126, 129 ff., 467  
**Grundsatz zur Typisierung und Pauschalierung** 112
- Halbeinkünfteverfahren** 311  
**Hard-to-value intangibles** 414  
**Hervis Sport**  
 – Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) 152  
**Hilfsgesellschaft** 382  
**Hinzurechnungsbesteuerung** 276, 403 ff.  
 – Behinderung der grenzüberschreitenden FuE-Zusammenarbeit im Konzern 426 f.  
 – Einschränkung durch Niederlassungsfreiheit 403  
 – Entlastungsbeweis 403, 406  
 – Zweck 403
- Immaterialgüterrecht** 379  
**Immaterieller Vermögensgegenstand** 373  
**Income tax** 318  
**Indirekte Steuer**  
 – Umweltschutz 441  
**Inkrementelle Förderung** 422  
**Inländerdiskriminierung** 189  
**Innenfinanzierung** 308  
**Innengesellschaft** 383  
**Innovationsförderung von Unternehmen**  
 – durch Patentboxen 54 ff.
- Input-orientierte Steuervergünstigung** 420  
**Intangibles** 414, 427  
**Internationale FuE-Aktivität** 393 ff.  
**Internationaler Finanzausgleich** 456  
**Internationaler Steuerwettbewerb** 147, 313 ff., 349, 351, 471, 473  
**Internationales Schiedsgericht** 141  
**Internationales Wirtschaftsrecht** 119  
**Intertemporale Verlustausgleichsmöglichkeit** 81  
**Investitionsentscheidung**  
 – Einflußfaktor Abschreibungsvergünstigung 471  
 – Einflußfaktor Höhe des Steuersatzes 471  
**Investitionsförderung**  
 – steuerliche, Wirksamkeit 281  
**Investitionshemmnis** 274 ff.  
 – beabsichtigtes 274 f.  
 – Beispiele im Deutschen Steuerrecht 276, 471  
 – unbeabsichtigtes 275 f.  
**Investitionshilfeturteil von 1954** 98  
**Investitionsneutralität** 342  
**Investitionsschutz** 105 f.  
**Investitionsschutzabkommen (international investment treaty)** 125, 467  
 – bilaterales 141  
**Investitionsvertrag (investor-state-contract)** 125  
**Investitionszulage** 233, 235, 238 f., 240 f.  
 – eigenständiges Besteuerungsverfahren 252  
**Investitionszulagesgesetz** 238  
**IP-Box** 370, 421
- Joint Venture** 382
- Kapital**  
 – Betriebswirtschaftslehre/Unternehmensebene 308  
 – Volkswirtschaftslehre 307 f.

## Stichwortverzeichnis

- 
- Kapitalbildung**  
 – Betriebswirtschaftslehre/Unternehmensebene 308  
 – Volkswirtschaftslehre 308  
**Kapitalexportneutralität** 142, 411  
**Kapitalimportneutralität** 142  
**Kapitalkosten** 310 f.  
**Kapitalkostenanalyse** 310  
**Kapitalverkehrsfreiheit** 120  
**Keck-Ausnahme** 153 f.  
**Kernkraftwerke Lippe-Ems**  
 – Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-04/15 443  
**KfW-Programm** 238, 241  
 – Fördervarianten 253 ff.  
**Kleinunternehmen**  
 – Sonderregelung 162  
**Kleinunternehmerregelung**  
 – bei der Umsatzsteuer 161  
**Know-How** 408  
**Kohärenz**  
 – steuerliche 159 f.  
**Konkurrentenbeschwerde in Abgabensachen**  
 – innerstaatliche 212  
**Konstruktionszeichnung** 391  
**Konsumorientiertes Steuersystem** 362  
**Konzern-Umlagevertrag** 383  
**Kostenaufschlagsmethode** 381  
**Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)** 236  
 – Anstalt des öffentlichen Rechts 244  
 – Garantie des Bundes (§ 1a KfWG) 253  
 – Triple A-Rating 253  
**Kreuzlizenzierung (Cross-Licensing)** 407  
**Kroatiengesetz** 4
- Leistungsfähigkeitsgerechtigkeit** 89  
**Leistungsfähigkeitsprinzip** 6, 388  
 – als Maßstab der Ertragsbesteuerung 6
- Leistungsfeindlicher Grenzsteuersatz** 4  
**Leistungsschutzrecht** 374  
**Lenkungsbelastung** 24  
 – innerhalb allgemeiner Steuergesetze 31 f.  
**Lenkungsinstrument Steuer** 15  
**Lenkungsnorm**  
 – mit wirtschaftspolitischen Entlastungs- oder Belastungswirkungen 462  
**Lenkungssteuer** 14, 24, 30 f., 461 f.  
**Lenkungszwecknorm** 29  
**Lissabon-Strategie** 370  
**Lizenzgebühr** 395  
 – Steuerabzug, Quellensteuer 406  
**Lizenzschranke** 80, 417  
**Local File** 413  
**Lock-in-Effekt** 326, 442
- Malaysia**  
 – Steuerbefreiung 278 ff.  
**Mantelkaufregelung** 389  
**Markenrecht** 374, 408  
**Marks & Spencer**  
 – Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) 148  
**Markteinkommensprinzip** 295  
**Marktversagen** 81  
**Master File** 413  
**Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie (MwStSystRL)** 161, 216, 230  
**Meistbegünstigungsklausel** 133, 467  
**Mirrlees-Review** 319  
**Mitbestimmungsurteil von 1979** 99  
**Mittelbar wirkende Subvention** 236  
**Mittelstand** 73  
**Mittelstandsklausel** 80  
**Mitunternehmeridentität** 390  
**Modified Nexus Approach** 416  
**Modigliani-Miller-Theorem** 323  
**Multilateral investment treaty** 125  
**Musterabkommen zur Vermeidung internationaler Doppelbesteuerung** 51  
**Mutter-Tochter-Richtlinie** 335

## Stichwortverzeichnis

- Nachnotifikation, Nachnotifikationsverfahren** 207 f.
- Nachsichtsverfahren**  
– innerstaatliches 209
- National Grid Indus**  
– Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) 160
- Natürliches Experiment** 62
- Negativsteuer** 283, 287
- Neue Formel** 111
- New Dynamic Public Finance-Literatur** 320
- Nexus-Prinzip** 65
- Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)** 120, 146  
– Einschränkung 396 f.
- Normenklarheit** 445
- Normenwahrheit** 445
- Objektives Nettoprinzip** 337, 386, 388 f., 392
- OECD-Betriebsstättengrundsatz (Authorised OECD Approach)** 397
- Ökonomische Steuerwirkungsforschung** 464
- Outbound-Fall** 381
- Outputorientierte Steuervergünstigung** 421
- Outsourcing von FuE-Tätigkeiten** 378
- P Oy**  
– Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-6/12 192
- P, Gibraltar**  
– Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-106/09 184 ff., 197
- Patent** 56, 373, 391, 407
- Patentbox** 54, 87, 370, 421, 462, 464; s.a. *IP-Box*  
– Innovationsförderung von Unternehmen 54
- Patentbox-Regelung** 55
- Patenteinkommensteuer** 65
- Pecking-Order-Theorie** 323, 329
- Pensionsrückstellung** 297
- Poll tax riots** 321
- Pool** 383
- Presidente del Consiglio die Ministri**  
– Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-169/08 183
- Prinzip der Abschnittbesteuerung**  
– im Ertragsteuerrecht 512
- Privatisierungsfolgerecht** 23 f.
- Prüfungsmaßstab**  
– stufenloser 112
- Quantifizierung** 281 f.
- Quellensteuer**  
– auf Lizenzgebühren 406
- Quersubventionierung** 390
- R & D Tax Credit** 420  
– flächendeckende Einführung 423
- Rahmenbedingung des Europarechts** 468 f.
- Rebound Effekt** 442
- Recht auf Kapital- und Gewinntransfer** 126, 132 f.
- Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs** 101 f.
- Recht gemäß § 50a Abs.1 Nr. 3 EStG** 407 f.
- Rechtsprechung des EuGH**  
– zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung 348
- Rechtssicherheit** 201, 445, 471
- Rechtsstaatsprinzip** 25, 99, 258, 445
- Reform des Erbschaftsteuerrechts** 3
- Regelbesteuerung** 35
- Regelsteuertatbestand** 176
- Ring-fencing** 189
- Risiko**  
– wirtschaftliches 294; s.a. *wirtschaftliches Risiko*
- Rückwirkende Gesetzesänderung** 285
- Rückwirkendes Gesetz** 105 f.  
– Zulässigkeit, Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) 466
- Rückwirkung** 135  
– echte 106, 108

## Stichwortverzeichnis

- 
- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 108
  - unechte 106, 466
  - Sammelwerk** 374
  - Schachtelbeteiligung** 335
  - Schedulbesteuerung** 225
  - Scheuten Solar-Entscheidung des EuGH** 341
  - Schriftliche Zusage (Permanent Investor Certificate)** 131
  - Schütt-aus-Hol-Zurück-Verfahren**
    - grenzüberschreitend 345
  - Schutz vor Enteignung** 126 ff.
  - SCM-Agreement, Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen** 120, 123, 467
  - Selbstfinanzierung** 309
  - SFEI**
    - Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-39/94 212
  - Sofortiger Betriebsausgabenabzug** 234
  - Softwareurheberrecht** 377
  - Sonderbelastung, Sonderlast** 179
    - für grenzüberschreitende Sachverhalte 156
  - Sondergewinnsteuer (Windfall Taxes)** 130
  - Soziale Marktwirtschaft** 99
  - Sozialstaat gemäß Art. 20 Abs. 1 GG** 232
  - Sozialstaatsprinzip** 99
  - Sozialzwecknorm** 6, 29
  - Spaak-Bericht** 187
  - Spannungsverhältnis freie Marktwirtschaft – Planwirtschaft** 79
  - Sparbereinigung der Ertragsbesteuerung** 318
  - Spillover-Effekt** 420
  - Staatliche Lenkung** 79
  - Stabilisierungsklausel (stabilization clause)** 125, 130, 467
  - Standard für automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (OECD)** 316
  - Standortfaktor**
    - außersteuerlicher 267 f.
    - steuerlicher 268 ff.
    - steuerlicher, allgemeine Faktoren 266
    - steuerlicher, Incentives 266
  - Standortsicherungsgesetz 1993** 18
  - Stateless Income** 412
  - Steuer**
    - als Enteignung 127 ff.
    - als Instrument der Konjunkturpolitik 16 ff.
    - als Lenkungsinstrument des Umweltschutzes 15
  - Steuer-Incentive** 269, 280
  - Steueraussetzungsverfahren** 447
  - Steuergerechtigkeit** 361
  - Steuerharmonisierung**
    - bei direkten Steuern 456
  - Steuerinzidenz** 84, 86
  - Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung** 5
    - Instrumente 420 ff.
    - versus steuerliche Förderung im Rahmen einer Patentbox-Regelung 59 ff.
  - Steuerliche Investitionsförderung** 281
  - Steuerliche Kohärenz** 159 f.
  - Steuerliche Planungssicherheit** 283
  - Steuerliche Standortpolitik** 18 ff.
  - Steuerliche Unternehmensbewertung** 303 f.
  - Steuerliche Wirtschaftspolitik** 11 ff.
    - Abgrenzung zur Sozialpolitik 25 f.
    - branchenspezifische Zielsetzungen des Steuerrechts 21 f.
    - Bürokratieabbau 24 f.
    - Grundfreiheiten 145 ff.
    - Instrument Steuersatz 147
    - investitionsspezifische Zielsetzungen des Steuerrechts 21 f.
    - Steuer- und Regulierungsrecht 23 f.
    - Steuer- und Subventionspolitik 22 f.
    - Steuer- und Wettbewerbsrecht 23 f.
    - Steuervereinfachung 24 f.

## Stichwortverzeichnis

- 
- unternehmensspezifische Zielsetzungen des Steuerrechts 21 f.
  - Steuerlicher Verhaltensanreiz** 39
  - Steuerneutralität** 265
  - Steuerplanungssicherheit** 88
  - Steuerpolitik** 97
  - Steuerrecht**
    - als Privatisierungsfolgerecht 23 f.
    - Vereinfachung 2
  - Steuerrecht und Wirtschaftspolitik** 1
  - Steuerrechtliche Fördermaßnahme** 2
  - Steuersatz**
    - als Instrument steuerlicher Wirtschaftspolitik 147
  - Steuersatzdifferenzierung** 155
  - Steuersatzgestaltung** 147
  - Steuersubjektprinzip** 299
  - Steuersubventionsgesetz** 33
  - Steuertradition** 264
  - Steuervereinfachung** 24 f., 361
  - Steuervergünstigung** 33, 233, 239, 469 f.
    - national orientierte 156
  - Steuerverlässlichkeit** 285
  - Steuerwettbewerb**
    - internationaler 147, 313 ff., 349, 351, 471, 473
  - Steuerwirkungsforschung** 43, 464
  - Steuerwirkungslehre** 89
  - Steuerwissenschaft**
    - empirische 92
  - Steuerwürdigkeit** 86
  - Stiftung Marktwirtschaft** 6
  - Stille-Reserven-Klausel** 389
  - Strukturelles Modell** 62
  - Stufenloser Prüfungsmaßstab** 112
  - Subjektives Recht auf Förderung** 242
  - Substanzbesteuerung** 298
  - Substratwettbewerb** 19
  - Subvention**
    - Anspruch auf 255 f.
    - Begriff 123, 233 ff.
    - demokratische Legitimierung 239
    - direkte 233, 236 f.
    - Ermessen 255
  - Förderwege 233
  - gerichtlicher Rechtsschutz 255
  - Investitionszulage 233
  - mittelbar wirkend 236
  - privilegierender (ermäßigter) Steuersatz 233
  - steuerliche 233 f.
  - Steuervergünstigung 233
  - Subventionsbericht der Bundesregierung** 7, 233
  - Subventionsgeber** 236
  - Subventionsgewährung**
    - öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche 243 ff.
  - Subventionspolitik**
    - verantwortungsvolle 232
  - Subventionsrichtlinie** 241
  - Syllogistisches Prüfungsschema**
    - zur Prüfung des Beihilfencharakters eine Maßnahme 177
  - Systembruch** 235
  - Tax Credit** 420, 423; *s.a. R & D Tax Credit*
  - Tax Holiday** 269
  - Technische Innovation** 370
  - Teileinkünfteverfahren**
    - Verallgemeinerung 354
  - Theorie der komparativen Kostenvorteile** 119
  - Transalpine Pipeline**
    - Urteil der Europäischen Gerichtshof (EuGH), C-368/04 171
  - Treaty-Shopping (§ 50d Abs. 3 EStG)** 409
  - Typisierung** 135
  - Übermaßbesteuerung** 276, 299
  - Übermaßverbot** 464
  - Umlagevertrag**
    - schriftlicher 384
  - Umsatzsteuer** 123
  - Umsatzsteuerbefreiung** 123
  - Umwandlungssteuerrecht** 276
  - Umweltabgabe** 436, 474

## Stichwortverzeichnis

- 
- Umweltschutz**
    - direkte Steuern 441
    - indirekte Steuern 441
    - durch Steuern und Abgaben 429 ff.
  - Umweltsteuern** 31
  - Unechte Auftragsentwicklung** 379, 381
  - Unechte Auftragsforschung**
    - Dienstvertrag 401
  - Unechte Auftragsforschung und -entwicklung** 380, 385, 424
  - Unterbietungswettbewerb innerhalb der EU** 370
  - Untergang des Verlustvortrags** 389
  - Unternehmensfinanzierung** 308 f.
  - Unternehmensrisiko**
    - allgemeines 297
  - Unternehmenssteuerreformgesetz 2008** 311 f., 364, 390
  - Unternehmertum** 293 f.
  - Urheberpersönlichkeitsrecht** 377
  - Urheberrecht** 374, 407
  
  - Veräußerungsfiktion** 395
  - Verbindliche Auskunft** 285, 471
  - Verdienstprinzip** 26, 88
  - Vereinfachtes Ertragswertverfahren** 303
  - Vereinfachung des Steuerrechts** 2
  - Verfassungsrechtliche Gleichheitsprüfung des Gesetzes** 115
  - Verfassungsrechtliches Gebot**
    - der Gleichmäßigkeit der Besteuerung 256
  - Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung** 170
  - Verhaltenslenkung durch Belastung** 30 ff.
  - Verhaltenslenkung durch Entlastung** 33
  - Verhaltensökonomie** 83, 87
  - Verhältnis von EU-Grundfreiheiten und EU-Beihilfenverbot** 173
  - Verhältnismäßigkeitsprüfung** 113 f.
  
  - Verlässlichkeit der Steuergesetzgebung** 264, 471
  - Verlorener Zuschuss** 233, 253, 255
  - Verlust**
    - endgültiger 156
  - Verlustabzugsbeschränkung** 388 ff.
  - Verlustausgleichsmöglichkeit**
    - intertemporale 81
  - Verlustrücktragsmöglichkeit des § 10d EStG** 80
  - Verlustvortrag**
    - Untergang 389
  - Verlustvortragsmöglichkeit des § 10d EStG** 80
  - Vermögensgegenstand**
    - immaterieller 373
  - Verschmelzung** 389
  - Verschonungsbedarfsprüfung** 26
  - Verschonungssubvention** 39
  - Vertrauensschutz (Art. 20 Abs. 3 GG)** 105 f., 117, 129, 137, 139, 141, 203 ff., 227, 258, 468
    - restriktive Linie des Europäischen Gerichtshofs 204
  - Verwaltungsgrundsätze-Umlagevertrag vom 30.12.1999** 383 f., 427
  - Verzerrung der Preisbildung**
    - durch Zölle und Steuern 120
  - Volumenbasierte Förderung** 422
  
  - Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009** 17, 389
  - Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV)** 146
  - Welteinkommen** 141
  - Welteinkommensprinzip** 316, 411
  - Werkstorprinzip** 90
  - Werkverkehrs-Urteil** 30
  - Wettbewerbsverzerrung** 257
  - Wienstrom**
    - Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), C-384/07 172, 205
  - Willkürprüfung** 111
  - Windhundverfahren** 259

## Stichwortverzeichnis

- 
- |   |   |
|---|---|
| <b>Wirtschaftliches Risiko</b> 294                            | <b>Wohnortprinzip</b> 90                                    |
| – Arten, Ausprägungen 294                                     | <b>World Trade Organisation (WTO)</b> 51, 137               |
| – und Ertragsteuerrecht 295 ff.                               | <b>WTO-Recht</b> 124, 467                                   |
| – und steuerliche Unternehmensbewertung 303 f.                | <b>Zinsbereinigung der Ertragsbesteuerung</b> 318           |
| <b>Wirtschaftsförderung</b> 15, 232 ff.                       | <b>Zinsschranke</b> 31 f., 233, 298, 341, 390 ff., 472      |
| – außersteuerliche 233, 236                                   | <b>Zinsverbilligtes Darlehen</b> 233, 244, 253 f.           |
| <b>Wirtschaftslenkung</b> 15                                  | <b>Zollkodexanpassungsgesetz</b> 2                          |
| <b>Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes</b> 98                | <b>Zulässigkeit eines rückwirkenden Gesetzes</b>            |
| <b>Wirtschaftspolitik</b>                                     | – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) 466 |
| – Begriff 1   | <b>Zwangsrealisierung stiller Reserven</b> 295              |
| – steuerliche 11 ff.  | <b>Zweckpluralität steuerlicher Normen</b> 27               |
| – steuerliche, Erscheinungsformen 11 ff.                      | <b>Zwei-Stufen-Theorie</b> 244 ff.                          |
| – Untergliederung 15  |   |
| <b>Wirtschaftspolitische Neutralität des Steuerrechts</b> 465 |   |
| <b>Wirtschaftsrecht</b>                                       |   |
| – internationales 119   |   |
| <b>Wissensspillover</b> 420                                   |   |

