

Wolfgang Schön (Hrsg.)
Einkommen aus Kapital

Veröffentlichungen der Deutschen
Steuerjuristischen Gesellschaft e.V.

DStJG Band 30

Einkommen aus Kapital

31. Jahrestagung
der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V.,
Osnabrück, 11. und 12. September 2006

Herausgegeben im Auftrag der
Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V.

von

Prof. Dr. Wolfgang Schön

Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum,
Wettbewerbs- und Steuerrecht

2007

ols
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Zitierempfehlung

Verf., DStJG 30 (2007), S. ...

*Bibliografische Information
der Deutschen Nationalbibliothek*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Verlag Dr. Otto Schmidt KG
Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln
Tel. 02 21/9 37 38-01, Fax 02 21/9 37 38-943
info@otto-schmidt.de
www.otto-schmidt.de

ISBN 978-3-504-62032-5

©2007 by Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das verwendete Papier ist aus chlorfrei gebleichten Rohstoffen hergestellt, holz- und säurefrei, alterungsbeständig und umweltfreundlich.

Satz: C. Wild, Stuttgart
Druck und Verarbeitung: Bercker, Kevelaer
Printed in Germany

Inhalt*

Seite

*Prof. Dr. Dr. h.c. Paul Kirchhof, Bundesverfassungsrichter a.D.,
Universität Heidelberg*

Einkommen aus Kapital – Eröffnung der Jahrestagung und Rechtfertigung des Themas.	1
I. Fundiertes und nicht fundiertes Einkommen	1
II. Die Kapitalgesellschaft.	4
III. Die Gleichheit der Einkunftsarten	9
IV. Steuerkonkurrenzen und Steuerkollisionen.	10

Prof. Dr. Hartmut Söhn, Universität Passau

Der Dualismus der Einkunftsarten im geltenden Recht	13
I. Einleitung	13
II. Zur historischen Entwicklung	15
III. Verfassungsmäßigkeit des Dualismus der Einkunftsarten?	17
IV. Überwindung des Dualismus der Einkunftsarten	25
V. Neuere „dualistische“ Regelungen/Vorschläge	28
VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	36

*Ministerialdirektor Florian Scheurle, Bundesministerium
der Finanzen, Berlin*

Die Vollziehbarkeit der Besteuerung von Einkommen aus Kapital.	39
I. Einleitung	39
II. Die Besteuerung von Zinsen und anderen Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG	40
III. Die Besteuerung von Dividenden und anderen Gewinnausschüttungen	49
IV. Die Besteuerung von Veräußerungsgeschäften mit Wertpapieren.	49
V. Verifikationsmöglichkeiten bei Auslandssachverhalten	53
VI. Schlussbemerkung	60

* Ausführliche Inhaltsübersichten zu Beginn der jeweiligen Beiträge.

	Seite
<i>Prof. Dr. Moris Lehner, Ludwig-Maximilians-Universität, München</i>	
Die Reform der Kapitaleinkommensbesteuerung im Rahmen des Verfassungs- und Europarechts	61
I. Einführung	61
II. Der verfassungsrechtliche Rahmen	63
III. Der Rahmen des Europarechts und des Internationalen Steuerrechts	69
IV. Die territoriale Radizierung von Leistungsfähigkeit als Direktive für ein umfassendes Konzept von Steuergerechtigkeit	75
V. Folgerungen	79
Diskussion	83
 <i>Priv.-Doz. Dr. Michael Elicker, Saarbrücken</i>	
Die Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung	97
I. Besonderheiten der Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung	97
II. Gravierende Rechtsfolgenunterschiede diesseits und jenseits der „Grenze“.	101
III. Die Grenzziehung als Ergebnis einer historischen Entwicklung	103
IV. Die sachliche Tragfähigkeit der Grenzziehung im heutigen verfassungsrechtlichen Umfeld	107
V. Ergebnis	119
 <i>Dr. Bernd Heuermann, Richter am Bundesfinanzhof, München</i>	
Die Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung (im Rahmen der §§ 21, 23 EStG, § 14 AO) am Beispiel des gewerblichen Grundstückshandels	121
I. Einleitung	121
II. Der normative Befund.	123

	Seite
III. Die Differenzierungsfunktion des Tatbestandsmerkmals der privaten Vermögensverwaltung	124
IV. Fazit	150
<i>Prof. Dr. Monika Jachmann, Richterin am Bundesfinanzhof, München</i>	
Kapitalerträge aus Finanzinnovationen	153
I. Problemstellung	153
II. Zum System der Einkünfte aus Kapitalvermögen	159
III. Tatbestandseingrenzung von steuerbaren Wertveränderungen bzw. Kapitalerträgen aus Veräußerungsvorgängen.	169
IV. Typische Anlageformen	179
V. Fazit	192
Diskussion.	200
<i>Prof. Dr. Detlev J. Piltz, Rechtsanwalt, Bonn</i>	
Beteiligungserträge	211
I. Historie.	211
II. Thema und Rechtsgrundlagen	212
III. Besteuerungsgegenstand (Steuerobjekt)	213
IV. Geltendes System der Beteiligungserträge-Besteuerung.	219
V. Einzelfragen im Lichte der These	223
VI. Ergebnisse und Folgerungen	232
<i>Prof. Dr. Sabine Kirchmayr, Universität Salzburg</i>	
Besteuerung von kollektiven Vermögensanlagen.	235
I. Themenstellung.	235
II. Grundstruktur von offenen Wertpapier- und Immobilieninvestmentfonds	236
III. Besteuerung nach dem Grundsatz der Transparenz	241
IV. Ausschüttungen – ausgeschüttete Erträge – ausschüttungsgleiche Erträge	250
V. Pauschal- bzw. Strafbesteuerung.	253

	Seite
<i>Prof. Dr. Franz Wassermeyer, Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof a. D., Sankt Augustin</i>	
Die Zurechnung von Einkünften aus Kapital	257
I. Einleitung	257
II. Der maßgebende Einkünfteerzielungstatbestand	257
III. Zusammenfassung	269
Diskussion	270
 <i>Prof. Dr. Jürgen Lüdicke, Rechtsanwalt/Steuerberater, Hamburg</i>	
Grenzüberschreitende Beteiligungs- und Zinserträge	289
I. Einführung	289
II. Grenzüberschreitende Zinserträge	290
III. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge	295
IV. Bruttobesteuerung von Beteiligungs- und Zinserträgen im Quellenstaat	311
V. Anrechnung und Abzug ausländischer Steuer im Ansässigkeitsstaat	313
VI. Unterkapitalisierung, Gesellschafterfremdfinanzierung	315
VII. Schlussbemerkung	317
 <i>Prof. Dr. Heinz-Klaus Kroppen, LL. M., Rechtsanwalt/ Steuerberater, Düsseldorf</i>	
Hinzurechnungsbesteuerung von Einkünften aus Kapital . .	319
I. Historische Entwicklung	319
II. Hinzurechnungsbesteuerung bei Einkünften aus Kapital	324
III. Hinzurechnungsbesteuerung und Grundfreiheiten	329
IV. Überlegungen zu einer EG-Recht kompatiblen Durchgriffsbesteuerung	342
Diskussion	343
 <i>Prof. Dr. Wolfgang Schön, Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München</i>	
Resümee	349
I. Kapitaleinkommen und Kapitaleinkünfte	349
II. Grundlagen	351

	Seite
III. Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung	354
IV. Beteiligungserträge, kollektive Vermögensanlagen und Zurechnung von Einkünften	356
V. Internationale Besteuerung von Kapitaleinkünften	359
VI. Schlussbetrachtung	361
 <i>Prof. Dr. Peter Fischer, Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof, München</i>	
Laudatio aus Anlass der Verleihung des Albert-Hensel-Preises 2006 an Dr. Heribert M. Anzinger . .	363
 <i>Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e. V.</i>	
Satzung	367
Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat.	368
Teilnehmerverzeichnis	369
 Stichwortverzeichnis	 377

Einkommen aus Kapital

– Eröffnung der Jahrestagung und Rechtfertigung des Themas –

Prof. Dr. Dr. h.c. *Paul Kirchhof*
Bundesverfassungsrichter a.D., Universität Heidelberg

Inhaltsübersicht

I. Fundiertes und nicht fundiertes Einkommen	III. Die Gleichheit der Einkunftsarten
II. Die Kapitalgesellschaft	IV. Steuerkonkurrenzen und Steuerkollisionen

Wenn ich Sie heute zur 31. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e. V. hier in Osnabrück begrüßen darf, heiße ich Sie erneut zu einer steuerrechtlichen Grundsatzdebatte willkommen, wie wir sie seit Jahren pflegen. Seit Heidelberg (2000) bis heute in Osnabrück haben wir nach Rechtfertigung und System der Einkommensteuer gefragt, die einheitliche Besteuerung des Einkommens beim Unternehmen miteinander beraten, über die steuerliche Bedeutung von Gemeinnützigkeit und Selbstlosigkeit nachgedacht, der Aufgeregtheit und Hektik der Steuergesetzgebung das rechtsstaatliche Prinzip von Kontinuität und Vertrauensschutz entgegengesetzt, unter dem Thema der „Verluste“ das Verhältnis von Einkommen und seiner bilanztechnischen Abbildung behandelt, uns also der Frage gewidmet, inwieweit das Bild die Realität spiegelt oder verändert, und uns schließlich der rechtlichen Einheit von staatlichem Nehmen und Geben, von Steuerrecht und Sozialrecht zugewandt. In dieser Tradition verstehen wir auch unser heutiges Thema „Einkommen aus Kapital“. Die Philosophie rechtfertigt das Einkommen vor allem aus Arbeit. Wer sich persönlich angestrengt hat, soll dafür einen Lohn bekommen. Das anstrengungslose Einkommen führt – so sagt es Montesquieu in seiner Studie zum Untergang Roms¹ – in den Untergang eines Kultur- und Wirtschaftssystems.

I. Fundiertes und nicht fundiertes Einkommen

Dieser Gedanke eines durch Arbeit gerechtfertigten Einkommens klingt auch im Ausgangspunkt des modernen deutschen Steuerrechts an, wenn der

¹ *Charles-Louis de Montesquieu*, *Considérations sur les causes de la grandeur des romains et de leur décadence*, in ders., *Œuvres complètes*, 1734, S. 452 ff.

Preußische Gesetzentwurf wegen einer Ergänzungsteuer vom 2.11.1892² zwischen fundiertem und nicht fundiertem Einkommen unterscheidet. Bei einer rechtspolitischen Weichenstellung, die auf die Grund-, Gebäude-, Gewerbe- und Bergwerksteuer verzichten, den dadurch bedingten Einnahmeausfall aber teilweise durch eine Vermögensteuer ausgleichen wollte³, wird hervorgehoben, dass dem fundierten, d. h. auf Besitz gegründeten Einkommen im Vergleich zum Arbeitseinkommen im Allgemeinen eine größere Steuerkraft innewohne, weil das Arbeitseinkommen von der Arbeitskraft und der Person des Arbeitenden abhängig sei, dieser zudem im Fall unterbrochener oder aufgehobener Arbeitsfähigkeit Rücklagen aus laufendem Einkommen bilden müsse, während das Einkommen aus anderen, die Person überdauernden Quellen sicherer sei und diese Vorsorge nicht oder nicht im selben Umfang notwendig mache⁴. Dabei war bewusst, dass die Vermögensteuer so zu bemessen sei, dass sie das Einkommen belastet, den Vermögensstock aber nicht angreift, das Vermögen also den Maßstab, nicht den Gegenstand der Besteuerung bildet⁵.

Statt dieser Sollertragsteuer⁶ wird auch eine unterschiedliche Besteuerung des Einkommens erwogen: Einkommen aus reinem Kapitalvermögen könne mit dem vollen Einkommensteuersatz belastet werden, gemischte Einkommen aus Arbeit und Ertrag – insbesondere aus der Landwirtschaft, aus gewerblichen und kaufmännischen Unternehmungen – mit mittleren Sätzen, das Arbeitseinkommen mit dem geringsten Steuersatz. Diese Überlegung wird aber letztlich verworfen, weil der Anteil der Arbeitsleistung und der des Kapitals am Einkommen hier auch nicht annähernd richtig geschätzt werden könne. Diese Unmöglichkeit der Differenzierung gelte insbesondere für das gewerbliche Einkommen, generell für die Ermittlung des Kapitalwerts und für die Zurechnung des Schuldenabzugs zum fundierten Kapitaleinkommen oder zum Arbeitseinkommen. Im Ergebnis wird deswegen eine Vermögensteuer empfohlen, die denjenigen Faktor der Leistungsfähigkeit treffe, der in der gesicherten Fortdauer des Einkommens gegründet sei⁷. Der richtige Wert für diese Sollertragsteuer sei der Kapitalwert des Vermögens, der den Tauschwert anzeige⁸.

2 Preußischer Gesetzentwurf vom 2.11.1892 wegen einer Ergänzungsteuer, Nr. 6 der Drucksachen des Preußischen Abgeordnetenhauses (17. Legislaturperiode, V. Session 1892/93), abgedruckt in FinArch 10, Bd. 1 (1893), S. 370 ff.

3 Preußischer Gesetzentwurf vom 2.11.1892, a) Begründung. Vorbemerkungen., in FinArch 10, Bd. 1 (1893), S. 370.

4 A. a. O., FinArch 10, Bd. I (1893), S. 371.

5 FinArch 10, Bd. I (1893), S. 374.

6 Zur Qualifikation der Vermögensteuer als Sollertragsteuer vgl. BVerfGE 93, 121 (137 f.) – Vermögensteuer –.

7 A. a. O., FinArch 10, Bd. I (1893), S. 773.

8 A. a. O.

Unsere heutige Einschätzung der Besteuerungsgrundlagen ist eine andere. Wir zweifeln an der Sicherheit des Kapitals: Auch Geld ist vergänglich; die Deutsche Mark, eine besonders stabile Währung, hat in den 40 Jahren seit dem 20.6.1948 zwei Drittel ihrer ursprünglichen Kaufkraft eingebüßt, das Preisniveau sich jährlich – gemessen am Preisindex für Lebenshaltung – um durchschnittlich 2,7 % erhöht⁹. Geld arbeitet nicht selbständig, sondern bietet Ertragschancen nur dem Wissenden, der mit dem Markt und der Währung, mit dem Kauf von Hoffnungen und dem Verkauf von Enttäuschungen, mit den banküblichen Garantien, Wetten und Wertbewegungen umzugehen weiß. Finanzvermögen ist der Inflation in besonderem Maße ausgesetzt, Aktienvermögen war von jeher Risikovermögen, während der soziale Staat dem Arbeitnehmer durch Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung und eine gesetzliche Sozialversicherung eine ähnlich einem Kapitalstock wirkende Sicherheit zu geben versucht¹⁰, in diesem Bemühen allerdings gegenwärtig an die Grenzen der Leistungsfähigkeit eines solchen Systems geraten ist.

Die heutigen Bemühungen, dem Sozialversicherungssystem in einem Kapitalstock eine solide Grundlage zu geben, bestätigen, dass Einkünfte aus Kapital Erwerbssicherheit ohne Arbeit bieten können. Vor allem lehren aber die modernen Formen des von einer Bank oder einem Fonds bewirtschafteten Kapitals, dass diese – grundsätzlich aus versteuertem Einkommen gebildete – Anlage anstrengungsloses Einkommen vermittelt. Dieses spricht für eine Besteuerung des Einkommens aus Kapital, die zumindest nicht weniger intensiv zugreift als beim Arbeitseinkommen. Bei dem durch Arbeit erworbenen Kapitalstamm – insbesondere der steuerwirksamen Bildung von Pensionsrückstellungen und deren sukzessiver Auflösung im Versorgungsfall¹¹ – und dem durch Arbeit erworbenen Anspruch gegen eine Solidargemeinschaft – wie bei der nachgelagerten Besteuerung der Pensionen und Rentenansprüche – geht das Gesetz zu Recht von einer steuerlichen Gleichbehandlung der Arbeitseinkommen und der durch Arbeit erworbenen Kapitalerträge aus. Die Steuerreform-Kommission 1971 sieht im Vermögen einen besonderen, von der Einkommensteuer nicht abgedeckten Faktor der Leistungsfähigkeit¹².

9 Deutsche Bundesbank, Vierzig Jahre Deutsche Mark, Monatsbericht Mai 1988, 1988, S. 13.

10 *Klaus Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl., 2003, S. 923 f.

11 Vgl. dazu *Dietmar Gosch*, in P. Kirchhof (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, KompaktKommentar, 6. Aufl., 2006, § 6a Rz. 4.

12 BMF-Schriftenreihe 17 (1971), S. 633 Rz. 64, S. 634 Rz. 70; dazu *Dieter Birk*, DStJG 22 (1999), S. 16.

II. Die Kapitalgesellschaft

Einkommen aus Kapital ist vielfach Einkommen aus einer Kapitalgesellschaft. Deswegen müssen wir uns der Frage vergewissern, ob die Erwerbs-einheit eines Betriebes selbständiges Einkommensteuersubjekt ist, das den dort erzielten Gewinn bei sich versteuert, so dass die Weitergabe dieses Gewinns an den Kapitalgeber die Weitergabe von versteuertem Einkommen, also steuerlich unerheblich ist.

Die Kapitalgesellschaft verselbständigt ein Unternehmen zu einem Rechts-subjekt, bündelt das Kapital einer unbegrenzten Anzahl von Menschen, finanziert damit insbesondere Großunternehmen, deren Leistungskraft, Ste-tigkeit und Arbeitsteilung den Anforderungen der modernen Industrie-gesellschaft genügt. Wenn eine solche Gesellschaft ein Grundstück vermietet, eine Maschine einschaltet, eine Telefonleitung verlegt oder ein Urheberrecht verkauft, arbeitet dieses Kapital selbständig. Zwar muss die Kapitalnutzung durch den Menschen geleitet, überprüft und erneuert werden. Der han-delnde Mensch erzielt aber mit dem Kapital Wirkungen, die er allein durch seine Arbeit niemals erreichen würde. Ähnliches gilt für eine Personenge-sellschaft, auch für den Großbetrieb eines Einzelkaufmanns, so dass es für das Einkommen aus Kapital strukturell auf diese Unterscheidung nicht ankommen müsste.

Die Kapitalgesellschaft war im 18. Jahrhundert insbesondere in England jahrzehntelang verboten¹³. Ein Organisationsmodell, das Firmeneigentum und Firmenleitung voneinander trennt, das dem Management das Geld anderer Leute anvertraut, erschien als Weg in die Nachlässigkeit und Verschwendung, in Korruption und Skandal. Doch die Entwicklung zu einem Wirtschaftssystem, in dessen Mittelpunkt die juristische Person, nicht die natürliche Person – der Mensch – steht, war unaufhaltsam. Zunächst wurde die Haftung der Menschen auf die juristische Person beschränkt, wenn sie in deren Namen handelten¹⁴. Die Geschäftsführer einer juristischen Person

13 *H. J. Meyer* (Hrsg.), *Meyers Konversations-Lexikon*, Bd. 1, 4. Aufl., 1885 – Stich-wort: Aktie und Aktiengesellschaft, S. 266.

14 Die Haftungsbeschränkung der Korporation kommt bereits in dem römischen Satz „quod universitas debet singuli non debent“ zum Ausdruck. Er galt grundsätzlich auch in der mittelalterlichen Staats- und Korporationslehre. Dennoch war in der damaligen Rechtspraxis eine Haftung des einzelnen nicht ausgeschlossen. Der sin-guli musste grundsätzlich subsidiär haften, wenn die Vollstreckung in das Korpora-tionsvermögen nicht erfolgreich war. Der Haftungsanteil richtete sich im Zweifel nicht nach Köpfen, sondern nach dem Vermögen (*Otto von Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. III, *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, 1881, S. 378 f.). Dieses Verständnis von der Korporation setzt sich in der Neuzeit fort. Die korporative Haftung hat bis ins siebzehnte Jahrhundert hinein eine individualrechtliche Wir-kung (*Otto von Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. IV, *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit*, 1913, S. 34 f., 132). Der Begriff „juristische

konnten sich also auf einen Handel einlassen, der unbeschränkte Gewinnchancen bot, das Risiko des Verlustes aber auf das Firmenvermögen beschränkte.

Sodann wurde die Bestimmung aufgehoben, ein Unternehmer dürfe keine Anteile an einem anderen Unternehmen besitzen¹⁵. Danach traten Firmen in privater Hand immer weniger im freien Wettbewerb gegeneinander an, bildeten immer mehr große Konzerne, die sich oft im Besitz von mehreren tausend, gelegentlich von mehreren hunderttausend Aktionären befanden, die keinen Einfluss auf das Unternehmen hatten, dennoch aber eine gewaltige Kapitalmacht für das Unternehmensmanagement oder für die Banken bereit stellten. Die Kapitalgesellschaft beschränkte ihren Handlungsauftrag auf die Welt des Geldes, je mehr sie verpflichtet wurde, für ihre Aktionäre Geld zu verdienen. Aus dem wirtschaftlichen Unternehmen wurde eine Veranstaltung der Anteilseigner. Der Trend weg vom Menschen und hin zum Kapital nahm seinen Lauf.

Der historische Modellfall ist der Prozess des Autokonzerngründers *Ford* gegen die Gebrüder *Dodge*, die sich im Jahre 1906 mit einer Einlage i.H.v. 10.500 Dollar an der Gründung seines Unternehmens beteiligt hatten¹⁶.

Person“ bürgert sich erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Deutschland ein, Karl Haff, Institutionen des Deutschen Privatrechts, m Bd. I, 1927, S. 62.

- 15 Die ersten Aktiengesellschaften treten in Preußen im 18. Jahrhundert auf. Sie entwickeln sich aus anderen Rechtsformen – wie öffentliche Körperschaften – heraus. Erste Kodifikationen des Aktienrechts gibt es in Deutschland in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Danach bedurften Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien der staatlichen Genehmigung. Die Konzessionspflicht wurde erst nach und nach gesetzlich abgeschwächt. Im Norddeutschen Bund wurde das Konzessionssystem 1870 im Grundsatz beseitigt. Auch in Deutschland blieb nach der Liberalisierung der Kapitalgesellschaften eine Periode des Aktienschwindels nicht aus (Johannes Semler, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, Einl. Rz. 18 ff.).
- 16 In der Rechtssache *DODGE et al. v. FORD MOTOR CO. et al.* entschied der Supreme Court of Michigan am 7.2.1919. Der einschlägige Abschnitt lautet: „[...] There should be no confusion (of which there is evidence) of the duties which Mr. Ford conceives that he and the stockholders owe to the general public and the duties which in law he and his codirectors owe to protesting, minority stockholders. A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the nondistribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes. [...] It is said by appellants that the motives of the board members are not material and will not be inquired into by the court so long as their acts are within their lawful powers. As we have pointed out, and the proposition does not require argument to sustain it, it is not within the lawful powers of a board of directors to shape and conduct the affairs of a corporation for the merely incidental benefit of shareholders and for the primary purpose of benefiting others, and no one will contend that, if the avowed purpose of the defendant directors was to

Ford wollte seinen Arbeitern einen erheblich höheren Lohn als damals üblich zahlen und die Preise für seine Kunden jährlich senken. Die Gebrüder *Dodge*, die inzwischen mit ihren Dividenden ein Konkurrenzunternehmen aufbauen wollten, machten geltend, *Ford* dürfe das ihnen als Aktionären zustehende Geld nicht an Kunden verschenken. Der Richter gab den Aktionären Recht. Eine Kapitalgesellschaft sei in erster Linie darauf angelegt, Gewinne für die Aktionäre und nicht Vorteile für andere zu erzielen. Heute wird der Vorstand einer Aktiengesellschaft in Quartalsberichten, in den Einschätzungen der Analysten, im täglich mehrfachen Blick auf die Börsenkurse, in den Beobachtungen der zur feindlichen Übernahme bereiten Konkurrenz, in den Erwartungen der Aktionäre und der optionsberechtigten gehobenen Angestellten und durch seine eigene Gewinnbeteiligung gedrängt, ausschließlich und kurzfristig für die Rendite – für Kurse und Dividenden – zu arbeiten.

Diese Entwicklungslinie hat der Bundesgerichtshof¹⁷ im Fall *Mannesmann/Vodafone* wohl ungewollt noch verstärkt. Die Strafrichter hatten über die Frage zu entscheiden, ob Mitglieder des Präsidiums dieser AG sich der Untreue schuldig gemacht haben, als sie nach der Übernahme des Unternehmens ehemaligen Mitgliedern des Vorstandes hohe Anerkennungsprämien zugesprochen haben, die für die Zukunft der Gesellschaft nutzlos schienen. Dieser Fall hat der Öffentlichkeit bewusst gemacht, dass die Rechtsordnung für derartige Zahlungen eine Kultur des Maßes entwickeln muss. Sie könnte insb. Absprachen über erhöhte Prämien in Frage stellen und eine Rückzahlung des Geldes anordnen. Dieser Weg allerdings führte im Fall *Mannesmann* zu keiner Korrektur, weil das Unternehmen *Vodafone*, das inzwischen alleiniger Inhaber der *Mannesmann AG* ist, sein Einverständnis mit der Prämie erklärt hat.

Der Bundesgerichtshof sucht mit dem Instrumentarium des Strafrechts ein Maß des Angemessenen, verstärkt damit aber ungewollt eine Entwicklung zur Maßlosigkeit. Die Präsidiumsmitglieder seien Verwalter fremden Vermögens, deshalb verpflichtet, „ausschließlich und uneingeschränkt im Interesse des Vermögensinhabers“ zu handeln und dürften das anvertraute Vermögen nicht nutzlos hingeben. Einem Einzelunternehmer bleibe es unbenommen, einem verdienten Mitarbeiter aus seinem Betriebsvermögen eine freiwillige Sonderzahlung zuzuwenden, auch wenn hierdurch dem Unternehmen kein Vorteil erwachse. Dem Verwalter eines fremden Vermögens hingegen sei diese Möglichkeit versperrt.

Von diesem Urteil geht ein rechtliches Signal aus, das nicht eine Kultur des Maßes begründet, sondern die Ausschließlichkeit der Gewinnmaximierung

sacrifice the interests of shareholders, it would not be the duty of the courts to interfere. [...]» (204 Mich. 459, 507).

17 BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 (524).

für die Aktionäre auf die Spitze treibt. Das Gericht sieht die Kapitalgesellschaft nicht als im Wirtschaftsleben verantwortliches Unternehmen, sondern nur als Organisation der Aktionäre. Wenn die Organe einer solchen Gesellschaft „ausschließlich und uneingeschränkt“ im Dienst der Kapitalgeber handeln müssen, wird zweifelhaft, ob Vorstand und Aufsichtsrat ein aufwendiges Programm zum Schutz der Menschenrechte beschließen, den Umweltschutz auch jenseits der rechtlichen Standards fördern, eine neue Unternehmenskultur der Gewinnbeteiligung auch der Arbeitnehmer einführen oder eine gemeinnützige Spende machen dürfen.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Mitbestimmungsurteil¹⁸ ausdrücklich offen gelassen, ob Kapitalgesellschaften, die von der Willensbildung ihrer Mitglieder weitgehend unabhängig handeln, sich noch in freier Vereinigung ihrer Mitglieder selbst bestimmen, deswegen die verfassungsrechtlich garantierte Vereinigungsfreiheit in Anspruch nehmen können. Größere Kapitalgesellschaften könnten „nur bedingt als Träger des Prozesses freier sozialer Gruppenbildung angesehen werden“¹⁹. Je größer und anonymer eine Kapitalgesellschaft wird, desto weniger ist sie an Person und Willen ihrer Aktionäre gebunden, verselbständigt sich rechtlich zu einer Wirtschaftsorganisation, die Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Kunden und Lieferanten die Grundlage zur Wahrnehmung ihrer Freiheiten bietet. Die juristische Person ist heute mehr Wirtschaftsunternehmen als Kapitalgesellschaft, die Aufsichtsratsmitglieder sind eher Vertreter des Unternehmens als der Anteilseigner.

Wenn wir schließlich die tatsächliche Mächtigkeit der Unternehmen berücksichtigen, die bestimmen, was wir essen, wie wir uns kleiden, welche Autos wir fahren, welches Medienangebot wir entgegennehmen dürfen, die weitgehend über Arbeitsplatzangebote entscheiden und damit der Berufsfreiheit des Menschen ihre Realität geben, die den Bedarf des Nachfragers nicht nur erspüren, sondern durch tägliche Werbung schaffen, die ganz wesentlich die wirtschaftlichen Grundlagen der sozialen Marktwirtschaft, damit auch des Finanz- und Steuerstaates hervorbringen, so offenbart sich die Kapitalgesellschaft als ein Rechtssubjekt, das sich strukturell von den Kapitalgebern gelöst und zu einer eigenständigen Erwerbseinheit entwickelt hat.

Die steuerrechtliche Folge hat das Körperschaftsteuergesetz gezogen, jedoch nicht mit der Konsequenz, dass die Gewinne in dem Unternehmen abschließend besteuert werden, vielmehr mit einer wenig systematischen Diktion, die offen lässt, ob der weitergegebene Gewinn beim Empfänger oder bei der Kapitalgesellschaft besteuert werden muss. Das Modell der Empfängerbesteuerung ist der Lohn, der bei dem Unternehmen als Aufwand erscheint und beim Arbeitnehmer als Einkommen versteuert werden muss. Das

18 BVerfGE 50, 290 – Mitbestimmung.

19 BVerfGE 50, 290 (359) – Mitbestimmung.

Gegenmodell der Ursprungsbesteuerung böten die Dividenden, wenn der Gewinn ausschließlich bei der Gesellschaft besteuert würde, das Unternehmen dann den schon versteuerten Gewinn an die Kapitalgeber gäbe. Die Zwischenlösung bewegt sich in der Geschichte unseres Rechts zwischen Doppelbesteuerung, Tarifspreizung, Einmalbesteuerung, Anrechnungsverfahren, Halbeinkünfteverfahren und nunmehr wieder einer abenteuerlichen Tarifspreizung.

Die systematische Lösung drängt sich auf: Wenn die Kapitalgesellschaft in einer juristischen Person zum Rechtssubjekt verselbständigt ist, die Personengesellschaft sich im Zivil- und Gesellschaftsrecht diesem Status annähert²⁰, bietet sich diese erweiterte juristische Person auch für die Einkommenbesteuerung als Steuerschuldner an. Die Folge wäre eine Besteuerung der Gewinne ausschließlich bei der juristischen Person, die diese Gewinne bilanziert, durch Rechtsabteilung und Wirtschaftsprüfer verantwortet, in ihrer Marktherrschaft auch tatsächlich bestimmt. Ich habe dazu einen ausformulierten Entwurf für die steuerrechtliche Verselbständigung dieser Unternehmenseinheiten in einer steuerjuristischen Person und ihre Gleichstellung auch mit dem Einzelkaufmann vorgelegt²¹.

Allerdings weist der Trend in die Gegenrichtung. Die großen Kapitalgesellschaften haben sich im weltoffenen Markt mit ihren Tochtergesellschaften ausgebreitet, entziehen sich damit den nationalen Rechtsordnungen und treffen mit ihrer Standortwahl auch eine Entscheidung über das einschlägige Recht. Wem in Deutschland die Steuern nicht angemessen erscheinen, erwägt ein Ausweichen in einen anderen Staat. Hier stellt sich ein Grundsatzzproblem, das deutlich über das Steuerrecht hinausweist. Wer allein durch Verlegung des Firmensitzes oder durch eine Tochtergesellschaft den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, des Steuerrechts, des Mitbestimmungsrechts, des Umweltrechts oder des Verbraucherschutzes verändern kann, darf auch steuerwirksam in einen Staat mit niedrigeren Rechtsstandards ausweichen. Ein solches Ausweichen kann Staaten mit hoher Rechtskultur ins Hintertreffen bringen und Staaten mit einem noch unterentwickelten Recht bevorzugen. Den Unternehmen ist es gelungen, die Staatsregierungen und Parlamente in eine Konkurrenz um ein unternehmensfreundliches Arbeitsrecht, Steuerrecht, Umweltschutz- und Verbraucherschutzrecht, um möglichst großzügige Infrastrukturleistungen und Investitionshilfen, um ein möglichst verhaltenes Programm der sozialen Sicherung zu bringen. Die Weltkonzerne haben sogar ein Denken angestoßen, das dieses Bemühen der Staaten um Industrieansiedlungen und Arbeitsplätze als „Wettbewerb“ qua-

20 P. Kirchhof, Maßstäbe für die Ertragsbesteuerung von Unternehmen, in Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, 26. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e. V., Bd. 25, 2002, S. 1 ff.

21 P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, Ein Vorschlag zur Reform der Einkommen- und Körperschaftsteuer, 2003, §§ 11 bis 14 EStGB.

lifiziert, also mit der Idee konkurrierender Freiheitswahrnehmung, das ist Wettbewerb, rechtfertigen will, obwohl ein Staat über das Recht und die treuhänderisch gebundenen Finanzmittel nicht wie über Waren oder Dienstleistungen in freier Konkurrenz verfügen kann, er auch in der Zuteilung von Recht nicht ein Verfahren organisiert, das Sieger und Besiegte schafft.

III. Die Gleichheit der Einkunftsarten

Die Konsequenzen für die Besteuerung des Einkommens aus Kapital liegen auf der Hand: Wer sein Geld auf dem Sparbuch der Bank überlässt, sich an einer Aktiengesellschaft oder einem Fonds beteiligt, gibt dieses Geld jeweils einer Kapitalgesellschaft, damit diese mit dem Kapital arbeite und es mehre. Selbstverständlich unterscheidet unser Recht für das Einkommen aus Kapital, ob jemand lediglich Darlehenszinsen erhält, er an der Wertentwicklung und der Dividende einer Aktie teilhat oder in einem Fonds die unterschiedlichen Anlageformen, Garantieverprechen, Währungswechsel und Wetten auf Gewinn oder Verlust miteinander mischt. Im Kern geht es jedoch um die Überlassung von Kapital an ein Unternehmen, das mit diesem Kapital Einkommen erzielt und einen Teil dieses Einkommens an den Kapitalgeber weitergibt.

In dieser Perspektive drängt sich erneut die Frage auf, ob das Einkommen, das vom Unternehmen erzielt wird, sich in dem weitergegebenen Teil von dem Einkommen des Kapitalgebers unterscheidet, ob also in jedem der Rechtssubjekte eigenständig ein Einkommen erwirtschaftet wird oder ob das Unternehmen nur versteuertes Einkommen weitergibt, die Weitergabe deshalb steuerunerheblich ist. Soweit das erzielte Einkommen in dem Unternehmen verbleibt, bei der Körperschaft also thesauriert, bei der Personengesellschaft nicht entnommen wird, sollte man vermuten, dass dieser Zuwachs an Erwerbskapital gleich besteuert wird. Diese Erwartung wird jedoch enttäuscht.

Der Gewinn der Kapitalgesellschaft ist mit 25 % und demnächst wohl mit 15 % belastet, der Gewinn einer Personengesellschaft oder eines Einzelkaufmanns hingegen mit 42 % und demnächst wohl mit 45 %. Diese Begünstigung des Gewinns einer Kapitalgesellschaft und angleichend wohl auch einer Personengesellschaft wird mit dem Ziel gerechtfertigt, man müsse das ins Ausland gewanderte Kapital zurückholen oder Inlandskapital am Auswandern hindern. Dieses Bevorzugungskonzept ist aber aus zwei Gründen verfehlt: Einmal liegt die Stärke unserer Wirtschaft in unseren Köpfen. Große Erfinder wie Siemens, Benz, Daimler, Bosch oder die Gründer von SAP haben Weltunternehmen geschaffen, die das Kapital wie selbstverständlich anziehen. Haben wir erfolgreiche Erfinder, sammelt sich das Kapital um diese Idee. Deswegen dürfen wir nicht die Arbeit steuerlich vertreiben und das Kapital locken, sondern müssen allenfalls – wenn die Steuer zur Len-

kung eingesetzt werden soll – Anreize für das Verbleiben von Arbeitskraft in Deutschland setzen. Selbst wenn aber steuerliche Privilegien Kapital im Inland halten sollen, müsste dieser Tatbestand auf dieses Lenkungsziel ausgerichtet werden. Er dürfte nicht jede Körperschaft, auch die mit dem fliehenden Kapital, begünstigen; der niedrige Steuersatz sollte dann allenfalls an die Inlandsinvestitionen oder die im Inland verbliebenen Arbeitsplätze, also an die Lohnsumme, anknüpfen.

Sieht aber demnächst der Kapitalgeber einen in der Wertsteigerung seines Anteils vermittelten Geldgewinn lediglich mit 15 % vorbelastet, während der Manager, der durch seine Arbeit diesen Gewinn im Wesentlichen erwirtschaftet hat, seinen Arbeitslohn in der Spitze mit 45 % versteuern muss, so wird die Verzerrung der Steuerbelastung offenkundig.

IV. Steuerkonkurrenzen und Steuerkollisionen

Ist die Besteuerung des Einkommens folgerichtig und widerspruchsfrei geregelt²², muss auch das Zusammenwirken der verschiedenen Steuern in einer Steuerkonkurrenz- und Steuerkollisionslehre so aufeinander abgestimmt werden, dass die Gesamtsteuerbelastung des einzelnen Steuerflüchtigen maßvoll und gleichmäßig ist. Hier stellt sich für die Steuerkonkurrenzen – das Zusammentreffen mehrerer Steuerlasten in derselben Person – die Aufgabe, Einkommen- und Gewerbesteuer aufeinander abzustimmen. Für die Steuerkollisionen – die Belastung eines wirtschaftlichen Vorgangs durch mehrere Steuerlasten bei verschiedenen Personen – sind vor allem Einkommensteuer und Umsatzsteuer in Einklang zu bringen.

Das Zusammenwirken von Einkommensteuer und Gewerbesteuer wäre am besten gelöst, wenn die Gewerbesteuer durch einen kommunalen Zuschlag zur Einkommensteuer – für alle sieben Einkunftsarten – ersetzt würde. Heute haben sich die Grenzen innerhalb der Gewinneinkunftsarten so verbreitert, auch die Erschließungs- und Infrastrukturleistungen der Gemeinden so verbreitert, dass eine Sonderbelastung des Gewerbetreibenden etwa im Vergleich zum kapitalintensiv arbeitenden Freiberufler oder zum Großvermieter nicht mehr gerechtfertigt ist. Solange die Gewerbesteuer noch besteht, darf jedenfalls ein Mangel bei der Einkommensteuer nicht durch einen Mangel bei der Gewerbesteuer kompensiert werden. Diese Gegenrechnung ist schon zahlenmäßig unrichtig, weil die Einkommensteuersparnis in der Regel durch die Gewerbesteuerbelastung nicht aufgefangen

22 Den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit der Rechtsordnung wendet das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung an, vgl. BVerfGE 84, 239 (271) – Zinsbesteuerung; 93, 121 (136) – Vermögensteuer; 98, 83 (97 f.) – Landesabfallabgabe; 98, 106 (118 f.) – Kommunale Verpackungssteuer; 101, 158 (233) – Finanzausgleich III –.

wird, bei den Personengesellschaften außerdem die Gewerbesteuerzahlung auf die Einkommensteuerschuld angerechnet werden kann und sie dennoch, auch wenn damit der Aufwand entfällt, als Betriebsausgabe geltend gemacht wird²³. Vor allem aber kann der Rechtsstaat nicht einen Verfassungsfehler durch einen anderen auffangen, sondern muss in beiden Fällen einen verfassungsgemäßen Zustand herstellen. Würde einem Unternehmen beim Umweltschutz rechtswidrig zu wenig Auflagen erteilt, beim Verbraucherschutz hingegen rechtswidrig zuviel abverlangt, werden Rechtsstaat und Demokratie nicht behaupten wollen, bei gleicher Summe der rechtlich auferlegten Lasten sei dem Unternehmen Recht geschehen.

Wenn wir nunmehr erörtern werden, ob der Dualismus der Einkünftearten im geltenden Recht gerechtfertigt und – wenn man diese Frage bejaht – wie in diesem System die einzelnen Einkunftsarten, insbesondere Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung, abzugrenzen, wie die Einkünfte aus Kapital zuzurechnen sind, wenn wir die modernen Formen der Finanzinnovationen, der Beteiligungserträge und der kollektiven Vermögensanlagen im Einzelnen würdigen, wenn wir den Vollzug der deutschen Steuergesetze in einem europa- und weltoffenen Kapitalmarkt zu gewährleisten suchen, sodann auch die Fragen des grenzüberschreitenden Einkommens, des Gefälles zwischen den verschiedenen nationalen Steuerrechtsordnungen beobachten, sollten wir stets den Rahmen des Verfassungs- und Europarechts im Auge behalten: Gefordert ist ein einfaches, dem Steuerpflichtigen verständliches Steuerrecht, das die maßvolle und gleichmäßige Last je nach individuellem Einkommen zuteilt. Sollte am Ende unserer Tagung die steuerliche Sonderbehandlung des Einkommens aus Kapital weiterhin fragwürdig geblieben sein, so wäre dieses ein wichtiges Ergebnis unserer Wissenschaft.

23 Vgl. dazu *Dietmar Gosch*, in P. Kirchhof (Hrsg.), *Einkommensteuergesetz, KompaktKommentar*, 6. Aufl., 2006, § 35 Rz. 2.

Der Dualismus der Einkunftsarten im geltenden Recht

Prof. Dr. *Hartmut Söhn*
Universität Passau

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">I. EinleitungII. Zur historischen EntwicklungIII. Verfassungsmäßigkeit des Dualismus der Einkunftsarten?<ul style="list-style-type: none">1. Verfassungsrechtliche Vorgaben – Grundsätzliches2. Amtliche Begründung des EStG 19253. Die – ältere – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts4. Rechtfertigung des Dualismus der Einkunftsarten zum Schutz der Privatsphäre?5. ZwischenfazitIV. Überwindung des Dualismus der Einkunftsarten | <ul style="list-style-type: none">1. Grundsatz: Angleichung der „Einkommensbegriffe“2. Einführung einer einheitlichen Einkünfteermittlungsmethode?3. Angleichung der Einkommensbegriffe durch die Besteuerung privater VeräußerungsgeschäfteV. Neuere „dualistische“ Regelungen/Vorschläge<ul style="list-style-type: none">1. Die so genannte Reichensteuer2. Abgeltungssteuer für private Kapitaleinkünfte und private Veräußerungsgeschäfte3. Duale EinkommensteuerVI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse |
|---|--|

I. Einleitung

Einkünfte sind gem. § 2 Abs. 2 EStG „bei Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit der Gewinn“, „bei den anderen Einkunftsarten der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten“.

Diese Unterscheidung zwischen Gewinneinkünften und Überschusseinkünften findet sich bereits Ende des 19. Jahrhunderts in den Einkommensteuergesetzen der damaligen deutschen Länder¹, insbesondere in Sachsen² und Preußen³, und ist seit dem Einkommensteuergesetz 1925⁴ ein weitgehend unverändert gebliebener „Bestandteil des deutschen Einkommensteuerrechts“. Formal werden unterschiedliche Einkünfteermittlungsmethoden für Gewinneinkünfte und Überschusseinkünfte vorgeschrieben, materiell liegen unterschiedliche „Einkommensbegriffe“ vor. Vereinfacht

1 Zur Entwicklung vgl. z. B. S. *Schneider*, Der Tatbestand der privaten Vermögensverwaltung im Einkommensteuerrecht, 1995, S. 31 ff. m. w. N.

2 §§ 17, 22 des Sächs. Einkommensteuergesetzes v. 22.12.1874, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1874, S. 471.

3 § 14 des Preuß. Einkommensteuergesetzes v. 24.6.1891, PRGS 1891, S. 175

4 Einkommensteuergesetz v. 10.8.1925, RGBl. 1925, S. 189.

ausgedrückt: Der Dualismus der Einkünfteermittlung führt zu einem Dualismus der Einkunftsarten; denn die formal unterschiedlichen „Berechnungsregeln“ ziehen zwangsläufig wesentliche Unterschiede im materiellen Ergebnis („zu versteuerndes Einkommen“) nach sich. Die Ermittlung der Gewinneinkünfte erfolgt grundsätzlich durch Betriebsvermögensvergleich (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG), orientiert sich folglich an der sog. Reinvermögenszugangstheorie⁵ (steuerbares Einkommen ist der „Reinvermögenszugang eines bestimmten Zeitabschnittes“), die Ermittlung des Überschusses der Einnahmen über die Werbungskosten bei den Überschusseinkünften ist an der sog. Quellentheorie⁶ ausgerichtet, nach der nur die „Erträge ständig fließender Quellen“ steuerbare Einkommensteuer darstellen.⁷ Der wichtigste materielle Unterschied dieser dualen Einkünfteermittlung ist hinlänglich bekannt: Der Betriebsvermögensvergleich bei Gewinneinkünften erfasst auch Betriebsvermögensänderungen, insbesondere die Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens. Für die Ermittlung des Überschusses der Einnahmen über die Werbungskosten sind hingegen Wertveränderungen des zur Einkünfteerzielung eingesetzten privaten Vermögens irrelevant⁸; ein Wertvergleich des Vermögens findet nicht statt⁹, „private Veräußerungsgeschäfte“ sind (deshalb) grundsätzlich keine steuerbaren Vorgänge. Das gilt auch für die Veräußerung des zur Einkünfteerzielung eingesetzten Privatvermögens (sog. Erwerbsvermögen). Die Ausnahmen in den Sondertatbeständen der §§ 17, 23 EStG durchbrechen zwar die quellentheoretische Orientierung der Überschussermittlung und bewirken im materiellen Ergebnis eine gewisse Annäherung an den für Gewinneinkünften geltenden „Einkommensbegriff“ – und die in den letzten Jahren vorgenommenen Erweiterungen der steuerbaren Veräußerungsvorgängen in den §§ 17, 23 EStG haben diese Entwicklung verstärkt. Im Grundsätzlichen besteht aber der Dualismus der Einkunftsarten unverändert weiter¹⁰.

5 Vgl. insb. v. Schanz, Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, Finanz-Archiv, Bd. 13 (1896), S. 1 ff.

6 Vgl. dazu insb. *Fuisting*, Grundzüge der Steuerlehre, 1901, S. 41 ff., 132 ff.; *ders.*, Die Einkommensbesteuerung der Zukunft in Anknüpfung an das Preussische Einkommensteuergesetzbuch, 1903, S. 9, 19 ff.

7 Vgl. *Fuisting*, Grundzüge der Steuerlehre, 1902, S. 110.

8 BFH v. 9.11.1993 – IX R 81/90, BStBl. II 1994, 289 (290).

9 BVerfG v. 9.7.1969 – 2 BvL 20/65, BVerfGE 26, 302 (310).

10 Die Versuche in Rechtsprechung und Verwaltung, die mit dem Dualismus der Einkunftsarten verbundenen steuerlichen Belastungsunterschiede durch „Konkretisierung“ der Grenze zwischen Gewinneinkünften und Überschusseinkünften im Ergebnis abzumildern, z. B. die sog. 3-Objekte-Klausel beim Grundstückshandel (dazu z. B. BFH v. 10.12.2001 – GrS 1/98, BStBl. II 2002, 291 m. w. N.), haben zu einer kaum noch überschaubaren Kasuistik geführt und ermöglichen zudem gut beratenen Steuerpflichtigen, durch geschickte Gestaltungen Steuern zu vermeiden. Das sollte nicht hingenommen werden, selbst wenn die Belastungsunterschiede nicht nur zugunsten der Überschusseinkünfte wirken. Hinzu kommt: Kann ein Steuerpflichtiger wählen, ob er eine Kapitalanlage dem Betriebsvermögen oder

II. Zur historischen Entwicklung

Entstehung und Entwicklung des Dualismus der Einkunftsarten sollen hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet¹¹, sondern nur auf Folgendes hingewiesen werden:

(1) Wichtigster landesrechtlicher Vorläufer des heutigen § 2 Abs. 2 EStG war § 14 Abs. 1 Preuß. EStG 1891. Der Regierungsentwurf sah allerdings in § 14 S. 1 auch für gewerbliche Unternehmen die „Einnahmen- und Ausgabenrechnung“ vor, denn nur das entsprach der sog. Quellentheorie. Erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ist eine Veranlagung nach den Ergebnissen der Handelsbilanz eingeführt worden (§ 14 Abs. 1 Satz 2, 3 Preuß. EStG 1891). Der Grund hierfür waren Klagen aus Kreisen des Handels und des Gewerbes, zwei verschiedene Jahresrechnungen – eine für die Besteuerung maßgebende Einnahmen-Ausgaben-Rechnung im Sinne der Quellentheorie und eine zweite nach den Vorschriften des AHGB entsprechend den Grundsätzen ordnungsmäßiger kaufmännischer Buchführung – aufstellen zu müssen¹². Der Dualismus der Einkünfteermittlung ist also nicht durch den Gesetzgeber initiiert worden, sondern entsprach Wünschen der betroffenen Steuerpflichtigen (Gewerbetreibende) und sollte der Arbeitserleichterung dienen.

Im Schrifttum ist im Übrigen später bezweifelt worden, ob sich der preußische Gesetzgeber der (materiellen) Tragweite der in § 14 Abs. 1 Preuß. EStG 1891 getroffenen dualistischen Regelung überhaupt klar war¹³.

(2) Das Reichseinkommensteuerrecht hat den Dualismus der Einkünfteermittlung und den damit verbundenen Dualismus der Einkunftsarten übernommen, in der amtlichen Begründung des Entwurfs des EStG 1925 jedoch nicht nur mit Praktikabilitätsaspekten (Arbeitserleichterung), sondern auch sachlich begründet¹⁴: Die „strenge“ Unterscheidung zwischen Gewinnkünften und Überschusseinkünften folge in erster Linie daraus, dass die Erzielung von Gewinnseinkünften regelmäßig nicht ohne ein der steuerbaren Tätigkeit gewidmetes Vermögen möglich sei, während es bei Überschusseinkünften nicht auf die Veränderung etwa eingesetzter Vermögensgegenstände ankomme¹⁵.

dem privaten Vermögen zuordnet, sind auch die steuerlichen Belastungsunterschiede wählbar. Das ist erst recht nicht akzeptabel.

11 Vgl. dazu z. B. *Schneider*, Der Tatbestand der privaten Vermögensverwaltung im Einkommensteuerrecht, 1995, S. 10 ff., 29 ff. m. w. N.

12 Vgl. dazu im Einzelnen, *Barth*, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts, Bd. II 1, Steuerrecht, 1955, S. 197 ff. m. w. N.

13 So jedenfalls *Strutz*, EStG 1925, 1927, § 13 Anm. 2a.

14 Begründung zu § 7 des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes, RT-Drucks. III/Nr. 794/802, S. 40 f.

15 Vgl. im Einzelnen unten sub IV. 2.

(3) Das EStG 1934 hat nach der amtlichen Begründung¹⁶ „bei den Einkunftsarten an dem Aufbau des alten Einkommensteuergesetzes festgehalten. Dementsprechend ist auch die *Teilung der Einkunftsarten in zwei Hauptgruppen*¹⁷ beibehalten worden“. Eine weitere Begründung findet sich nicht. In der Folgezeit ist die in § 2 Abs. 4 EStG 1934 getroffene Regelung auch im Wortlaut weitgehend unverändert geblieben und findet sich heute in § 2 Abs. 2 EStG¹⁸

Der Dualismus der Einkünfteermittlung/der Einkunftsarten gilt damit seit mehr als 80 Jahren als „Grundsatz des deutschen Einkommensteuerrechts“. Auffallend ist indes eines: Obwohl der RFH schon frühzeitig festgestellt hat, dass die für die Gewinnermittlung einschlägige Vorschrift (§ 33 Abs. 2 EStG 1920) keine bloße Rechnungsvorschrift darstellte, sondern „eine den Umfang des steuerbaren Einkommens bestimmende materielle Vorschrift“ und die Literatur aus der unterschiedlichen Ermittlung von Gewinneinkünften und Überschusseinkünften allgemein gefolgert hat, dass das Einkommensteuerrecht mindestens „zwei Einkommensbegriffe“¹⁹ kenne, ist dieser Dualismus der Einkunftsarten über Jahrzehnte (bis nach 1945) zwar inhaltlich beschrieben, aber wie selbstverständlich akzeptiert und weder infrage gestellt noch überhaupt kritisiert worden²⁰. In der Kommentarliteratur zu den Einkommensteuergesetzen 1925²¹ und 1934²² finden sich die Begriffe „Dualismus der Einkünfteermittlung“ und „Dualismus der Einkunftsarten“ bezeichnenderweise nicht einmal in den Stichwortverzeichnissen.

Erst seit Anfang der siebziger Jahre wird der mit der unterschiedlichen Einkünfteermittlung verbundene „Dualismus der Einkunftsarten“ als Problem gesehen, und zwar in erster Linie die an der Quellentheorie orientierte Ermittlung der Überschusseinkünfte und hierbei vor allem die grundsätzliche Nichterfassung privater Veräußerungsgeschäfte.

16 RStBl. 1935, 33 (35).

17 Hervorhebung in der amtlichen Begründung.

18 *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 9 Rz. 184. Zur Rechtsentwicklung vgl. ferner *Durchlaub*, Zur Steuerpflicht der Gewinne aus der Veräußerung von Privatvermögen, 1993, S. 44 ff.; *St. Schneider*, Der Tatbestand der privaten Vermögensverwaltung im Einkommensteuerrecht, 1995, S. 10 ff.; *Uhländer*, Vermögensverluste im Privatvermögen – Der Einkünfte dualismus als Januskopf der Einkommensteuer, 1996, S. 72 ff.

19 Wegen der verschiedenen Gewinnermittlungsmethoden werden zum Teil „drei quantitativ verschiedene Einkommensbegriffe“ unterschieden (vgl. z. B. *Strutz*, EStG 1925, Erster Band, 1927, § 7 Anm. 7).

20 Vgl. z. B. *Enno Becker*, Die Grundlagen der Einkommensteuer, 1940, S. 214 ff.; *Strutz*, Handbuch des Reichssteuerrechts, 3. Aufl., 1927, S. 324 ff., 391 ff.

21 Vgl. z. B.: *Enno Becker*, EStG, 1. Teil, 1928, § 6 Anm. II, III, § 7 Anm. B 9; *Blümich-Schachian*, EStG 1925, 1925, Einleitung II (S. 8 ff.), § 7 Anm. 2; *Hollaender*, EStG und KStG, 1926, § 7 Anm. 2; *Pißel-Koppe*, EStG 1925, 4. Aufl., 1931, § 7 Anm. 1; *Strutz*, EStG 1925, Erster Band, 1927, § 7 Anm. 7.

22 Vgl. z. B. *Blümich*, EStG 1934, 5. Aufl., 1943, § 2 Anm. 11.

Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren zumindest i.E. auf diese Diskussion mit einigen Änderungen in den Sondertatbeständen der §§ 17 und 23 EStG (Erweiterung der Steuerbarkeit von privaten Veräußerungsgeschäften) „reagiert“, sowie immerhin einen – allerdings gescheiterten – Versuch unternommen, private Veräußerungsgeschäfte allgemein (ausgenommen bei Gegenständen des täglichen Gebrauchs) zu besteuern²³, und in der gegenwärtigen Reformdiskussion wird ebenfalls durchweg eine weitergehende Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften gefordert²⁴.

Das wirft die grundsätzliche Frage auf, ob und inwieweit der geltende Dualismus der Einkunftsarten verfassungsrechtlichen und/oder steuersystematischen Anforderungen entspricht bzw. ob und inwieweit Reformbedarf besteht. Nicht nur das Tagungsthema, sondern auch neuere Vorschläge zur Besteuerung von Einkünften aus Kapital²⁵ und die Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags vom 19.–22.9.2006 über die „Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen“ unterstreichen, wie aktuell diese Fragestellung ist.

III. Verfassungsmäßigkeit des Dualismus der Einkunftsarten?

Es hat in der Vergangenheit nicht an Versuchen gefehlt, den Dualismus der Einkunftsarten verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben – Grundsätzliches

Das geltende deutsche Einkommensteuerrecht kennt zwar 7 verschiedene Einkunftsarten, fasst die Einkünfte jedoch in einer Summe der Einkünfte zusammen und unterwirft den Gesamterfolg einer synthetischen Einkommensteuer. Die Einkommensteuer ist folglich jedenfalls bisher im Grundsätzlichen als Einheitssteuer und nicht als Schemensteuer konzipiert.

Im Bereich des Steuerrechts, insbesondere im Einkommensteuerrecht, wird die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor allem durch

„zwei eng miteinander verbundene Leitlinien begrenzt: durch das Gebot der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und durch das Gebot der Folgerichtigkeit“²⁶.

23 Entwurf eines Gesetzes zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (Steuervergünstigungsabbaugesetz), BT-Drucks. 15/119, 4 f., 38 f.

24 Vgl. z. B. § 27 Abs. 2 des Kölner Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes, herausgg. von Lang u. a., 2005.

25 Vgl. unten sub V.

26 Vgl. z. B. BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 (125); BVerfG v. 4.12.2002 – 2 BvR 400/98, 1735/00, BVerfGE 107, 27 (48); BVerfG v. 8.6.2004 – 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412 (433); BVerfG v. 16.3.2005 – 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268 (279) m. w. N.; BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766 (768).

Eine gesetzliche Belastungsentscheidung muss danach folgerichtig im Sinne von Belastungsgleichheit umgesetzt werden.²⁷ Ausnahmen bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes²⁸.

Die verfassungsrechtlich gebotene steuerliche Lastengleichheit verlangt auch, dass die verschiedenen Einkunftsarten grundsätzlich gleichbehandelt werden²⁹; die steuerliche Belastung darf (grundsätzlich) nicht nur wegen der Einkunftsart, in der Einkommen erzielt wird, von vornherein (begrifflich) umfangmäßig unterschiedlich sein. Ausnahmen (Durchbrechungen) sind zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Soweit mehrere Einkunftsarten unterschieden und daran auch unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden, bedarf dies aber einer Rechtfertigung – wenn auch in typisierender und generalisierender Weise – durch sachliche Gründe³⁰.

Dementsprechend ist auch das Nebeneinander verschiedener Einkünfteermittlungsmethoden im geltenden Recht nicht überhaupt ausgeschlossen³¹, aber nur verfassungsrechtlich zulässig, wenn die unterschiedliche Einkünfteermittlung je nach Einkunftsart nicht zwangsläufig („einkunftsartbedingt“) materiell unterschiedliche Belastungen nach sich zieht oder derartige Unterschiede sachlich besonders gerechtfertigt sind.

2. Amtliche Begründung des EStG 1925

Der Gesetzgeber des EStG 1925 hat den Dualismus der Einkünfteermittlung nicht nur aus praktischen Gründen aus dem Preuß. EStG 1894 übernommen³², sondern wie folgt materiell begründet³³: Bei den Einkunftsarten müsse „streng“ zwischen „zwei Hauptgruppen“ unterschieden werden. Die eine Hauptgruppe umfasse die Einkünfte aus selbständiger Erwerbs- und

27 BVerfG v. 12.2.2002 – 2 BvR 400/98, 1735/00, BVerfGE 107, 27 (47) m. w. N.

28 BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/99, BVerfGE 99, 88 (95); BVerfG v. 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280 (290); BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 (126); BVerfG v. 4.12.2002 – 2 BvR 400/98, 1735/00, BVerfGE 107, 27 (47); BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99 FR 2006, 766 (768).

29 Vgl. z. B. *Jachmann*, Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und wirtschaftlicher Freiheit, 1999, S. 109; *dies.*, Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsprobleme, DStJG Bd. 23 (2000), S. 9 (42 ff.); *P. Kirchhof*, Die freiheitsrechtliche Struktur der Steuerrechtsordnung – Ein Verfassungstest für Steuerreformen, StuW 2006, 3 (10); *J. Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988, S. 218 f.

30 BVerfG v. 8.10.1991 – 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (363 f.); BVerfG v. 10.4.1997 – 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 (6); BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 (95); BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 (126).

31 A. A.: *Spengel*, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten G für den 66. Deutschen Juristentag, München 2006, S. G 66.

32 A. A.: *Strutz*, EStG 1925, Berlin 1927, § 7 Anm. 7

33 Begründung zum Entwurf eines Einkommensteuergesetzes, RT-Drucks. III/1924/25, Nr. 795, S. 19 (40 f.).

Berufstätigkeit. Diesen Einkünften sei insbesondere gemeinsam, dass die Erwerbs- und Berufstätigkeit ohne ein dieser Tätigkeit gewidmetes Vermögen regelmäßig nicht möglich sei, so dass auch Vermögensänderungen berücksichtigt werden müssten. Bei Landwirtschaft und Gewerbebetrieb bedürfe das keiner näheren Erklärung. Bei sonstiger selbständiger, insbesondere der freien Berufstätigkeit könne man zweifeln. Berücksichtige man aber, dass für den Rechtsanwalt z. B. ein umfangreiches Büro mit Inventar, ein Bankkonto mit einer Buchführung über Vorschüsse und fremde Gelder, für den Arzt eine erhebliche Zahl von Instrumenten, häufig auch größere Apparate oder gar eine Klinik, für den Maler oder Bildhauer ein Atelier mit Rohstoffen, fertigen und halbfertigen Sachen erforderlich seien, bedenke man ferner, dass trotz der erheblichen Unterschiede in der beruflichen Stellung zwischen Ärzten und Anwälten einerseits sowie Hebammen, Heilkundigen, Zahntechnikern, Rechtskonsulenten und Steuerberatern andererseits die Art des Einkommensbezugs eine ähnliche sei, so müsse man diese Gruppe von Steuerpflichtigen der Landwirtschaft und den Gewerbetreibenden gleichstellen. Der Entwurf ziehe diese Folgerung. Als Einkommen solle bei diesen Personen der erzielte Gewinn gelten. Wesentlich sei für diesen Gewinn, dass für seine Ermittlung der Unterschied des der Tätigkeit gewidmeten Vermögens am Anfang und Schluss des Steuerabschnitts einen wichtigen Faktor bilde. Bei Überschusseinkünften komme dagegen ein Vergleich des Vermögens am Anfang und Schluss des Steuerabschnitts nicht in Frage; hier gelte als Einkommen der Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben. Soweit es sich bei diesen Einkommensarten um Einkommen aus einer Tätigkeit handle, insbesondere aus nichtselbständiger Arbeit, seien dieser Tätigkeit Vermögensgegenstände irgendwelcher Art regelmäßig nicht gewidmet; soweit es sich um Erträge handle, die ohne Arbeit oder nur aufgrund einer begrenzten Verwaltungstätigkeit aus Vermögen bezogen würden, wie bei Kapitalerträgen, Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und wiederkehrenden Bezügen, komme es nicht auf die Veränderung der Vermögensgegenstände an, sondern lediglich auf die „Erträge, die sie abwerfen.“

Diese Begründung war und ist schon im Tatsächlichen nicht stichhaltig:

- Der Einsatz von Vermögen zur Erzielung von Einkünften ist nicht nur für die meisten Gewinneinkünfte „typisch“, sondern ebenso für Einkünfte aus Kapitalvermögen, und aus Vermietung und Verpachtung“ („einkunftsartprägend“), selbst wenn die Erzielung von Erträgen regelmäßig im Vordergrund stehen mag.
- Dass die Erwerbs- und Berufstätigkeit ohne ein der Tätigkeit gewidmetes Vermögen regelmäßig nicht möglich ist, trifft nicht nur für Gewinneinkünfte, sondern ebenfalls geradezu „punktgenau“ für Einkünfte aus Kapitalvermögen und aus Vermietungsverpachtung zu.
- Dass für die Erzielung von Überschusseinkünften anders als bei Gewinneinkünften regelmäßig keine „büromäßige Einrichtung“ o.ä. erforderlich

ist, könnte zwar für eine „vereinfachte“ Einkünfteermittlung sprechen, kann jedoch keinesfalls einen abweichenden „Einkommensbegriff“ für Überschusseinkünfte, und insbesondere nicht die grundsätzliche Nicht-erfassung von Veräußerungsvorgängen rechtfertigen³⁴

- Dass es bei den Überschusseinkünften nicht auf die Veränderung/Veräußerung des eingesetzten Vermögens ankommen soll, wird tatsächlich gar nicht begründet, sondern nur behauptet, um das erwünschte Ergebnis zu erzielen.

Das *Fazit* ist nach alledem eindeutig: Der Gesetzgeber des EStG 1925 hat den Dualismus der Einkunftsarten in keiner Weise stichhaltig begründet.

3. Die – ältere – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat den Dualismus der Einkunftsarten im geltenden Recht im Jahre 1969 in zwei Entscheidungen zu § 23 EStG und zu § 17 EStG nicht infrage gestellt und die Verfassungsmäßigkeit der Sondertatbestände jeweils „im Wege eines Vergleichs mit den Gewinneinkünften“ bejaht. Zu § 23 EStG heißt es³⁵:

„Diese Differenzierungen verstoßen nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber wäre nicht gehindert, Gewinne aus jeder Veräußerung von Gegenständen des Privatvermögens zu besteuern. Diese Gewinne sind den Gewinnen aus den Veräußerungsgeschäften vergleichbar, die im Rahmen der sog. Gewinnsbesteuerung einkommensteuerpflichtig sind. Hier wie dort wird derselbe wirtschaftliche und rechtliche Vorgang, nämlich die gewinnbringende Veräußerung z. B. eines Grundstücks, steuerlich erfasst. Diese Verwandtschaft und der daran orientierte Gesichtspunkt der Steuergerechtigkeit lassen es vertretbar und sachgerecht erscheinen, die Gewinne aus Veräußerungsgeschäften i. S. d. § 23 Abs. 1 EStG den sonstigen Einkünften nach § 22 EStG zuzurechnen und sie ebenfalls zu besteuern. Der Gesetzgeber hat hierdurch jedenfalls seine Freiheit bei der Erschließung von Steuerquellen nicht in sachlich ungerechtfertigter, willkürlicher Weise missbraucht“.

Ähnlich begründet das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des § 17 EStG 1965³⁶:

„Mit der Regelung, dass nach Maßgabe von § 17 EStG 1965 auch Veräußerungsgewinne im Privatvermögen der Einkommensteuer unterliegen, hat der Gesetzgeber nicht das System des geltenden Einkommensteuerrechts durchbrochen. Der Gesetzgeber wäre nicht gehindert, Gewinne aus jeder Veräußerung von Gegenständen des Privatvermögens zu besteuern. Wenn § 20 EStG nur die dort bezeichneten Einnahmen als Einkünfte aus Kapitalvermögen der Einkommensteuer unterwirft, wird damit nicht der Grundsatz aufgestellt, dass die in § 20 EStG nicht genannten Einkünfte aus Kapitalveräußerungen steuerfrei sind. Es wird damit nur gesagt, dass solche Einkünfte eben nicht nach § 20 EStG

34 *Jachmann*, Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsprobleme, DStJG Bd. 23 (2000), S. 9 (49); a. A.: *P. Kirchhof*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 675.

35 BVerfG v. 9.7.1969 – 2 BvL 20/65, BVerfGE 26, 302 (310).

36 BVerfG v. 7.10.1969 – 2 BvL 3/66 und 2 BvR 701/64, BVerfGE 27, 111 (127).

steuerpflichtig sind, sondern allenfalls nach anderen Bestimmungen, also etwa bei Zugehörigkeit zu Betriebsvermögen nach §§ 4, 5 EStG, oder sonst nach §§ 17 oder § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG unter den dort genannten Voraussetzungen. Der Gesetzgeber konnte gem. § 2 Abs. 3 S. 2 EStG ohne Systembruch bestimmen, dass Veräußerungsgewinne, die nicht von § 20 EStG erfasst werden, unter bestimmten Voraussetzungen zum gewerblichen Einkommen gehören. Veräußerungsgewinne aus Kapitalanteilen im Privatvermögen sind solchen Gewinnen aus Anteilen im Betriebsvermögen, die immer und voll besteuert werden, wirtschaftlich und rechtlich voll vergleichbar. Der Gesetzgeber hat hier von seiner Freiheit zur Erschließung von Steuerquellen einen zulässigen Gebrauch gemacht“.

In einer dritten, den Dualismus der Einkunftsarten betreffenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1970 die seinerzeitige unterschiedliche steuerliche Behandlung von Gewinnen aus der Veräußerung von Grund und Boden bei Landwirten (steuerfrei) und Gewerbetreibenden (steuerpflichtig) für verfassungswidrig erklärt³⁷, weil für eine solche Differenzierung kein sachlicher Grund vorliege. Dass eine Gleichbehandlung mit den (nicht steuerpflichtigen) privaten Grundstücksveräußerung bestehe, könne die Ungleichbehandlung im Verhältnis zu Gewerbetreibenden nicht rechtfertigen, da der Gesetzgeber die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft den Gewinneinkünften zugeordnet habe.

Klaus Tipke hat diese Rechtsprechung als nicht überzeugend kritisiert³⁸. Die Begründungen seien widersprüchlich, austauschbar und nicht stichhaltig. Zur „Ehrenrettung“ des Bundesverfassungsgerichts ist allerdings anzumerken, dass das Gericht (erstens) zu Recht festgestellt hat, dass Gewinne aus der Veräußerung von Gegenständen des Privatvermögens mit den Gewinnen aus Veräußerungsgeschäften bei Gewinneinkünften vergleichbar sind, weil hier wie dort derselbe wirtschaftliche und rechtliche Vorgang, nämlich eine gewinnbringende Veräußerung, vorliegt. *Zweitens* wird mit dieser (zutreffenden) Prämisse die Verfassungsmäßigkeit der Sondertatbestände in §§ 17 und 23 EStG begründet, weil nur dies Gegenstand des Verfahrens war, nicht aber der Dualismus der Einkunftsarten überhaupt. Ob auch private Veräußerungsgeschäfte allgemein steuerbar sein müssten, war nicht entscheidungserheblich und ist folglich nicht im Einzelnen geprüft worden.

Was allerdings keinesfalls überzeugt, ist die Behauptung, dass der Gesetzgeber hierdurch jedenfalls seine Freiheit bei der Erschließung von Steuerquellen nicht in sachlich ungerechtfertigter, willkürlicher Weise missbraucht. Denn es geht weder in § 23 EStG noch in § 17 EStG um die Erschließung neuer Steuerquellen durch neue Steuern, sondern um eine leistungsfähigkeitskonforme und *folgerichtige Ausgestaltung der „Binnenstruktur“ der Einkommensteuer*. Wenn Gewinneinkünfte und Überschusseinkünfte

37 BVerfG v. 11.5.1970 – 1 BvL 17/67, BVerfGE 28, 227 (236 ff.).

38 *Tipke*, Die dualistische Einkünfteermittlung nach dem Einkommensteuergesetz, FS für Heinz Paulick, 1973, S. 391 (399); vgl. ferner *Merkenich*, Die unterschiedlichen Arten der Einkünfteermittlung im deutschen Einkommensteuerrecht, 1982, S. 48 ff.

wegen der grundsätzlichen Nichterfassung von Veräußerungsgeschäften bei Überschusseinkünften „im Rahmen der Einkommensteuer“ ungleich behandelt werden, muss deshalb diese Ungleichbehandlung sachlich besonders begründet sein, um einen Verfassungsverstoß auszuschließen. Die Freiheit des Gesetzgebers zur Erschließung neuer Steuerquellen ist hierfür von vornherein kein geeigneter Rechtfertigungsgrund³⁹.

Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten: Die entscheidende verfassungsrechtliche Frage, ob sich die mit dem Dualismus der Einkünfteermittlung verbundene Ungleichbehandlung rechtlich und wirtschaftlich gleicher Veräußerungsvorgänge sachlich rechtfertigen lässt, hat die ältere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht überzeugend beantwortet.

4. Rechtfertigung des Dualismus der Einkunftsarten zum Schutz der Privatsphäre?

Im Schrifttum ist der traditionelle Dualismus der Einkunftsarten vereinzelt unterstützt⁴⁰ und als (zusätzliche) Begründung der verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre angeführt worden⁴¹. Die einkommensteuerliche Nichtberücksichtigung privater Vermögensveräußerungen und privater

39 Die zusätzliche Begründung, dass die ausnahmsweise Besteuerung von Veräußerungsgewinnen in § 23 EStG nicht willkürlich sei, weil der sachlich einleuchtende Grund für diese ungleiche Behandlung darin zu sehen sei, dass der Gesetzgeber Gewinne aus Veräußerungsgeschäften über Gegenstände des Privatvermögens nur dann als Einkünfte qualifizieren zu können „glaube“, wenn sie innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit erzielt worden seien, hat bereits *Klaus Tipke* zutreffend kritisiert: Der „Glaube“ des Gesetzgebers, eine solche Regelung treffen zu können, reicht nicht. Ebenso wenig genügt der in der Entscheidung zur damaligen Nichtbesteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Grund und Boden bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft angestellte Vergleich nur innerhalb der Gewinneinkünfte (BVerfG v. 11.5.1970 – 1 BvL 17/67, BVerfGE 28, 227 [236 f.]). Dass die Gewinneinkünfte vom Gewinnenden beherrscht sind, ist zwar richtig, jedoch gilt das gleichermaßen für die Überschusseinkünfte; denn ohne Einnahmernerzielungsabsicht liegt eine nicht steuerbare Liebhaberei vor (*Merkenich*, Die unterschiedlichen Arten der Einkünfteermittlung im deutschen Einkommensteuerrecht, 1982, S. 46).

40 *P. Kirchhof*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 674. Im „Einkommensteuer Gesetzbuch“ von *P. Kirchhof* (2003, § 2 Rz. 3) heißt es dagegen, dass ein einheitlicher Tatbestand des Einkommens die Gleichheit unter allen Einkünften und die Gleichheit der Aufwands- und Ausgabentabstände wahrt, ungerechtfertigte Differenzierungen entfallen lässt, den Ausgangstatbestand des Einkommensteuerrechts vereinfacht und das Leistungsfähigkeitsprinzip verwirklicht. Diese Stellungnahme dürfte gegen einen Dualismus der Einkunftsarten sprechen. Vgl. ferner *P. Kirchhof*, Die freiheitsrechtliche Struktur der Steuerrechtsordnung, StuW 2006, 3 (10).

41 *P. Kirchhof*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 676; vgl. ferner *Jachmann*, Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsprobleme, DStJG Bd. 23 (2000), S. 9 (49).

Aufwendungen fänden ihre Rechtfertigung in dem Unterschied, dass die private Sphäre gegen staatliches Beobachten abgeschirmt, die Erwerbssphäre hingegen willentlich durch den Berechtigten gegenüber dem allgemeinen Markt und der Staatsaufsicht geöffnet werde. Deshalb seien die wichtigste aus dem Dualismus der Einkünfteermittlung resultierenden Rechtsfolgen bedenkenfrei. Darüberhinaus lasse sich die Vermögensentwicklung zumindest bei einem Teil der Überschusseinkünfte auch nicht oder nur unter unzumutbaren rechtlichen Vorkehrungen erfassen und durch ein Ermittlungsverfahren begleiten. Folglich werde der Dualismus der Einkünfteermittlung vom Bundesverfassungsgericht zu Recht als ein Subsystem im Binnenbereich des EStG anerkannt⁴².

Dem ist nicht zuzustimmen. Der Schutz der Privatsphäre ist kein geeigneter Rechtfertigungsgrund für den Dualismus der Einkunftsarten. Selbst wenn man der sog. Markteinkommenstheorie folgt, lässt sich die grundsätzliche steuerliche Nichterfassung von Veräußerungsvorgängen bei den Überschusseinkünften jedenfalls nicht mit dem Schutz der Privatsphäre begründen, soweit privates Vermögen zur Erzielung von Einkünften eingesetzt wird⁴³, wie es insbesondere bei den Einkünften aus Kapitalvermögen sowie aus Vermietung und Verpachtung der Fall ist. Denn hier wird die Erwerbssphäre „willentlich durch den Berechtigten gegenüber dem allgemeinen Markt und der Staatsaufsicht geöffnet“. Dementsprechend kann auch die Feststellung, dass sich Gewinneinkünfte von den Überschusseinkünften nach der „Intensität des Marktbezuges“ unterscheiden, dass die Besteuerung um so weiter auf die marktbedingte Entwicklung der Erwerbsgrundlage zugreife, je mehr eine Besteuerungsgrundlage auf den allgemeinen Markt gerichtet sei und dass die Erwerbsgrundlage um so mehr außerhalb der Besteuerungstatbestände bleibe, je enger die Erwerbsgrundlage den Zugang zum Markt eröffne⁴⁴, den Dualismus der Einkunftsarten zwar umschreiben, aber nicht rechtfertigen.

Der Versuch von *Stefan Schneider*⁴⁵, den Dualismus der Einkommensarten damit zu begründen, dass die Marktteilnahme die Einkommensteuer rechtfertige und begründe und dass Art und Umfang der Marktteilnahme auch die Grenze der Steuerbarkeit der Vermögenssubstanz markieren müsse, stützt sich auf die Annahme, dass die private Vermögensverwaltung eine Form der Marktteilnahme sei, deren Marktbezug im Hinblick auf den Vermögensertrag, nicht aber im Hinblick auf die Vermögenssubstanz die einkommensteuerliche Erheblichkeitsschwelle überschreite bzw., dass diese

42 *P. Kirchhof*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 676.

43 So auch *Jachmann*, Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsprobleme, DStJG Bd. 23 (2000), S. 9 (49).

44 *P. Kirchhof*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. B 89.

45 Der Tatbestand der privaten Vermögensverwaltung im Einkommensteuerrecht, 1995, S. 38 ff., 108, 115 f.

spezifische Marktteilnahme den „Differenzierungsgrund und Differenzierungsmaßstab zwischen Steuerbarkeit und Nichtsteuerbarkeit“ liefere. Indes: Dass sich der die Einkommensteuer legitimierende Belastungsgrund nur und erst aus einer Marktteilnahme ergeben soll, ist eine (bloße) Behauptung⁴⁶, die dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit widerspricht⁴⁷. Und nicht nur das: „Die Steuer- und Verfassungswissenschaft“ ist sich vielmehr heute darin einig, „dass eine Bemessung der Steuer nach der finanziellen Leistungsfähigkeit die verschiedenen Einkunftsarten im Belastungsgrund und in der Belastungsfolge grundsätzlich als gleichwertig behandelt muss, folglich an sie regelmäßig die gleichen Rechtsfolgen zu knüpfen sind“⁴⁸.

5. Zwischenfazit

(1) Der geltende Dualismus der Einkunftsarten widerspricht dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Eine gleichmäßige Besteuerung nach Maßgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangt „gleiche Einkommensbegriffe“⁴⁹ und muss sich hierbei allgemein an der auf das „Administrierbare“ zurückgenommenen Reinvermögenszugangstheorie orientieren⁵⁰

(2) Der Verstoß gegen den Grundsatz der steuerlichen Belastungsgleichheit⁵¹ müsste sachlich besonders gerechtfertigt sein, wenn er nicht verfas-

46 Vgl. bereits *Söhn*, Erwerbsbezüge, Markteinkommenstheorie und Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, FS für Klaus Tipke, 1995, S. 343 ff.; *ders.*, Besteuerung von Unterhaltsleistungen an getrennt lebende und geschiedene Ehegatten, *StuW* 2005, 109 f. jeweils m. w. N.

47 Ebenso: *Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988, S. 56 ff., 139 ff., 514; *Merkenich*, Die unterschiedlichen Arten der Einkünfteermittlung im deutschen Einkommensteuerrecht, 1982, S. 50; *Tipke*, Die dualistische Einkünfteermittlung nach dem Einkommensteuergesetz, FS für Heinz Paulick, 1973, S. 391 (400); *ders.*, Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis, 1981, S. 72 ff.; *ders.*, Die Steuerrechtsordnung, Band 2, 2. Aufl., 2003, S. 628 f. m. w. N.

48 So *P. Kirchhof*, Die freiheitsrechtliche Struktur der Steuerrechtsordnung, *StuW* 2006, 3 (10). Vgl. ferner *Jachmann*, Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsproblem – Unterschiedliche Behandlung von Rechtsformen, Einkunftsarten, Werten und Steuersubjekten im Ertrag- und Erbschaftsteuerrecht, *DStJG* 23 (2000), S. 9 (48 ff.) m. w. N.

49 *Jachmann*, Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsproblem – Unterschiedliche Behandlung von Rechtsformen, Einkunftsarten, Werten und Steuersubjekten im Ertrag- und Erbschaftsteuerrecht, *DStJG* 23 (2000), S. 9 (49).

50 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl., Band 2, 2003, S. 628 f. m. N.; vgl. ferner *Söhn*, Besteuerung von Unterhaltsleistungen an getrennt lebende und geschiedene Ehegatten, *StuW* 2005, 109 (110).

51 Ebenso z. B. *Lang*, Entwurf eines Steuergesetzbuchs, Schriftenreihe des BMF, Heft 49, 1993, S. 138 f.; *Merkenich*, Die unterschiedlichen Arten der Einkünfteermittlung im deutschen Einkommensteuerrecht, 1982, S. 50 f. m. w. N.; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl., Band 2, 2003, S. 723 ff. m. w. N.; *Tipke/Lang*, 18. Aufl.,

sungswidrig sein soll. Eine solche Rechtfertigung fehlt jedoch: Die amtliche Begründung im Entwurf des Einkommensteuergesetzes 1925, die sich auf einen unterschiedlichen Einsatz von Vermögens für die Einkünfteerzielung beruft, ist schon tatsächlich nicht stichhaltig, die von der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „bemühte“ Freiheit des Gesetzgebers zur Erschließung neuer Steuerquellen passt nicht, weil die „Binnenstruktur“ der (einheitlichen) Einkommensteuer betroffen ist, und die auf der Markteinkommenstheorie basierenden Begründungsversuche können die steuerliche Nichterfassung der Veräußerung von Privatvermögen, das zur Einkünfteerzielung eingesetzt wird, von vorneherein nicht stützen; denn „wer zur Einkünfteerzielung eingesetztes Vermögen veräußert, agiert im Markt“.

IV. Überwindung des Dualismus der Einkunftsarten

1. Grundsatz: Angleichung der „Einkommensbegriffe“

Wie sollte eine Reform ansetzen? Wenn man eine synthetische Einkommensteuer beibehalten und keine Schemensteuer will, muss der Dualismus der Einkunftsarten *im materiellen Ergebnis* soweit wie möglich beseitigt werden. Der Umfang des steuerbaren Einkommens darf im Grundsätzlichen nicht von der Art der steuerbaren Tätigkeit abhängig⁵², der sog. Einkommensbegriff (Einkünftebegriff) nicht verschieden sein.

2. Einführung einer einheitlichen Einkünfteermittlungsmethode?

Eine Abschaffung des Dualismus der Einkunftsarten ließe sich durch eine einheitliche Einkünfteermittlung erreichen. Das wird auch vielfach gefordert. Da die Regeln über die Gewinnermittlung durch Bestandsvergleich für ein Großteil der jetzigen Überschussermittler jedoch weder zumutbar noch praktikabel wären, käme als einheitliche Einkünfteermittlung allerdings nur eine wie auch immer im Einzelnen ausgestaltete Überschussrechnung in Betracht⁵³. Das könnte zwar für den nationalen Gesetzgeber eine Alternative

2005, § 9 Rz. 187; vgl. auch bereits Wiss. Beirat beim BMF, Gutachten zur Reform der direkten Steuern, BMF-Schriftenreihe Heft 9, 1967, S. 23 ff.; a. A. z. B.: *Durchlaub*, Zur Steuerpflicht der Gewinne aus der Veräußerung von Privatvermögen, 1993, S. 138 f.; *Plückebaum*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. A 162; *Uhländer*, Vermögensverlust im Privatvermögen – Der Einkünftedualismus als Januskopf der Einkommensteuer, 1996, S. 88 ff.

52 *Schreiber*, Gewinnermittlung und Besteuerung der Einkommen, StuW 2002, 105 (107).

53 Vgl. dazu auch *Jachmann*, Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsproblem – Unterschiedliche Behandlung von Rechtsformen, Einkunftsarten, Werten und Steuersubjekten im Ertrag- und Erbschaftsteuerrecht, DStJG 23 (2000), S. 9 (50 f.); *Spengel*, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. G

sein, auf europäischer und internationaler Ebene ist jedoch in weiterer Zukunft allenfalls mit einer gewissen Annäherung der Gewinnermittlungsregeln durch eine vereinheitlichte Bemessungsgrundlage zu rechnen⁵⁴, jedoch kaum mit einer Aufgabe der herkömmlichen Gewinnermittlung im Grundsätzlichen. Die Schaffung einer einheitlichen Einkünfteermittlungsmethode dürfte deshalb zumindest keine realistische Lösungsalternative sein.

3. Annäherung der Einkommensbegriffe durch die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte

Ein erster entscheidender Schritt zur Schaffung „gleicher Einkommensbegriffe“ wäre die allgemeine steuerliche Erfassung von Veräußerungsgeschäften, die private Vermögensgegenstände betreffen, die zur Erzielung von Einkünften eingesetzt werden (sog. Erwerbsvermögen)⁵⁵. Die steuerliche Erfassung derartiger Veräußerungsgeschäfte würde eine an der Reinvermögenszugangstheorie orientierten Besteuerung der Überschusseinkünfte entsprechend der objektiven Leistungsfähigkeit zumindest besser (vollständiger) verwirklichen⁵⁶, als dies im geltenden Recht der Fall ist. Dass eine „administrierbare“ Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften nicht einfach ist, stellt die Richtigkeit einer solchen Besteuerung im Grundsätzlichen nicht in Frage, sondern betrifft lediglich die konkrete Ausgestaltung.

Eine allgemeine Besteuerung von Veräußerungsgeschäften, die das sog. Erwerbsvermögen betrifft, setzt eine Streichung der die Steuerbarkeit von privaten Veräußerungsgeschäften einschränkenden Sondertatbestände in den §§ 17 und 23 EStG voraus. Das dürfte trotz offensichtlicher Übergangsschwierigkeiten und Vertrauensschutzproblemen⁵⁷ nicht nur wünschenswert,

66, 70 f.; *Tipke*, Der Karlsruher Entwurf zur Reform der Einkommensteuer, StW 2002, 148 (164).

- 54 Zur Entwicklung auf europäischer Ebene, insb. zu den Plänen für eine Vereinheitlichung der Bemessungsgrundlage bei der Körperschaftsteuer, vgl. zuletzt *Spengel*, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. G 28 ff. m. w. N.
- 55 Vgl. bereits *Merkenich*, Die unterschiedlichen Arten der Einkünfteermittlung im deutschen Einkommensteuerrecht, 1982, S. 147 sowie zuletzt *Mellinghoff*, These 9 zum Referat „Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen“, 2006; *Seer*, These 3 zum Referat „Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen“, 2006.
- 56 Die Behauptung von *Merkenich* (Die unterschiedlichen Arten der Einkünfteermittlung im deutschen Einkommensteuerrecht, 1982, S. 52 ff.), dass private Veräußerungsgewinne „auf der Ebene der Einkommensverwendung“ anfielen und eine Besteuerung deshalb mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip vereinbar sei, ist schon im Ansatz nicht einsichtig.
- 57 Vgl. dazu insb. die Referate von *Mellinghoff* („Vertrauen in das Steuergesetz“) und *Spindler* („Rückwirkung von Steuergesetzen“) auf der 28. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft in Graz, DStJG 27 (2004), S. 25 ff., 69 ff. sowie zuletzt *Seer/Drüen*, Der rückwirkende Steuerzugriff auf private Veräuße-

sondern auch praktikabel machbar sein und ist *jedenfalls verfassungsrechtlich zulässig und geboten*. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht einmal gehindert, Gewinne aus jeder Veräußerung von Gegenständen des Privatvermögens zu besteuern. An dieser vom Bundesverfassungsgericht schon im Beschluss vom 9.7.1969⁵⁸ getroffenen Aussage hat der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 2004 auch unter Berücksichtigung der für das Einkommensteuerrecht zwischenzeitlich weiter präzisierten und fortentwickelten gleichheitsrechtlichen Maßstäbe ausdrücklich festgehalten⁵⁹.

Schwieriger ist zu entscheiden, ob und ggf. inwieweit nicht nur die Veräußerung der insbesondere zur Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen oder aus Vermietung und Verpachtung eingesetzten Vermögensgegenständen (sog. Erwerbsvermögen), sondern auch die Veräußerung sonstiger privater Vermögensgegenstände steuerbar sein sollte. Der Gesetzgeber könnte eine solche Regelung treffen. Allerdings sprechen schon Praktikabilitätsgründe gegen eine Besteuerung von Gewinnen und Verlusten aus der Veräußerung von Gütern des privaten Ge- und Verbrauchs⁶⁰. Außerdem müsste eine weitergehende Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften einen übermäßigen Eingriff in die Privatsphäre des Steuerpflichtigen vermeiden, darf keine unzumutbaren Mitwirkungspflichten auferlegen und muss hinreichende finanzbehördliche Kontrollmöglichkeiten zur Vermeidung eines verfassungswidrigen, strukturellen Erhebungsdefizits vorsehen. Wenn jedoch z. B. steigende Energiepreise, politische Instabilitäten u. a. zu einer „Flucht in das Gold“ o. Ä. führen sollten, müsste wohl eine Besteuerung entsprechender Veräußerungsgeschäfte geprüft werden. Und der in der letzten Legislaturperiode gescheiterte Versuch⁶¹, die Steuerbarkeit der Veräußerung von privaten Vermögensgegenständen mit Ausnahme sog. Gegenstände des täglichen Gebrauchs einzuführen, war jedenfalls *im Grundsätzlichen* als Schritt zur Behebung des Dualismus der Einkunftsarten richtig und verfassungsrechtlich möglich, wenn der Gesetzgeber für eine hinreichend bestimmte und praktikable Ausgestaltung des Veräußerungstatbestandes sowie verfassungsrechtlich zulässige „Übergangsregelungen“ Sorge getragen hätte⁶².

rungsgewinne bei hergestellten Gebäuden auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, FR 2006, 661 (667 ff.) m. w. N.

58 BVerfG v. 9.7.1969 – 2 BvL 20/65, BVerfGE 26, 302 (312).

59 BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL17/02, BVerfGE 110, 94 (112).

60 Vgl. *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl., Band 2, 2003, S. 733.

61 Entwurf eines Steuervergünstigungsabbaugesetzes, BT-Drucks. 15/119. Vgl. ferner BR-Drucks. 120/03, Art. 1 Nr. 15–18, 25, 25 j. Die vom Bundestag am 21.3.2003 beschlossene Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte ist am 9.4.2003 im Vermittlungsausschuss gescheitert (Pressemitteilung des Bundesrates 45/2003).

62 Die „steuerverstrickten“ Gegenstände des Privatvermögens lassen sich beispielsweise durch eine Aufzählung tatbestandlichen hinreichend genau bestimmen und die Besteuerung ohne übermäßige Belastungen der Steuerpflichtigen gleichheitsgerecht sowie unter Wahrung der Grundsätze des Vertrauensschutzes sicherstellen, wenn nur Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge erfasst werden, die erst nach

V. Neuere „dualistische“ Regelungen/Vorschläge

Die Forderung nach einer möglichst weitgehenden Überwindung des Dualismus der Einkunftsarten kontrastiert allerdings mit neueren dualistischen Entwicklungen. Dazu drei aktuelle Beispiele:

1. Die so genannte Reichensteuer

Durch das Steueränderungsgesetz 2007 v. 18.7.2006⁶³ ist der Spitzensteuersatz der Einkommensteuer für zu versteuernde Einkommen über 250.000 Euro/500.000 Euro (Ledige/zusammenveranlagte Ehegatten) um 3 v. H. auf 45 v. H. angehoben worden; hiervon werden Gewinneinkünfte i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EStG durch einen „Tarifbegrenzung“ ausgenommen (§§ 32a Abs. 1, 32c EStG). Die Regelung ist bis zum Inkrafttreten einer Unternehmenssteuerreform zum 1.1.2008 befristet (§ 52 Abs. 44 EStG). Bei der geplanten Unternehmenssteuerreform soll eine Entlastung „in anderer geeigneter Weise“ erfolgen und falls die vorgesehene Unternehmenssteuerreform nicht zum 1.1.2008 in Kraft tritt, durch ein geeignetes Gesetzgebungsverfahren die Verlängerung der Tarifbegrenzung bei Gewinneinkünften sichergestellt werden⁶⁴.

Diese sog. *Reichensteuer* erweitert den bisherigen Dualismus der Einkunftsarten: Nunmehr gelten nicht nur unterschiedliche „Einkommensbegriffe“ (Einkünftebegriffe), sondern *zusätzlich nach Einkunftsarten differenzierende, unterschiedlich hohe Spitzensteuersätze*. Eine solche Form der Schemenbesteuerung widerspricht der gesetzgeberischen Ausgangsentscheidung einer einheitlichen (synthetischen) Einkommensteuer mit Einkünften, die gleiche Leistungsfähigkeit repräsentieren und ist deshalb mit einer gleichmäßigen Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit unvereinbar. Eine gleichmäßige Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit verlangt eine „synthetisch einheitliche Tarifbelastung der Einkommen“⁶⁵. Was insoweit für den Umfang des steuerbaren Einkommens gilt – keine Differenzierung nach der Art der steuerbaren Tätigkeit ohne besondere sachliche Rechtfertigung⁶⁶ –, gilt für den (Spitzen-)Steuersatz ebenso.

Inkrafttreten eine entsprechende Neuregelung realisiert werden (a. A. zuletzt *Bäumli/Gageur*, Die geplante Abgeltungssteuer auf Kapitaleinkünfte, FR 2006, 213 (218), aber ohne stichhaltige Begründung).

63 BGBl. I 2006, 1652.

64 Gesetzentwurf eines Steueränderungsgesetzes 2007, BT-Drucks. 16/1545, 1, 8.

65 *J. Lang*, Besteuerung von Einkommen – Aufgabe, Wirkungen und europäische Herausforderungen, NJW 2006, 2209 (2211). Vgl. ferner *J. Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988, S., 218 ff.; *ders.*, DStJG Bd. 24 (2001), 49 (50 f.); *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl., 2003, S. 668 ff. jeweils m. w. N.

66 *Schreiber*, Gewinnermittlung und Besteuerung von Einkommen, StuW 2002, 105 (107).

Bei der Einkommensteuer liegt zwar die konkrete Ausgestaltung eines für alle Einkünfte geltenden Tarifs grundsätzlich im Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers. Das gilt auch und insbesondere für die Höhe und eine etwaige Anhebung des Spitzensteuersatzes. Wählt der Gesetzgeber für verschiedene Arten von Einkünften unterschiedliche Tarifverläufe, obwohl die Einkünfte nach der gesetzgeberischen Ausgangsentscheidung die gleiche Leistungsfähigkeit repräsentieren (sog. Schemenbesteuerung), muss diese Ungleichbehandlung besonderen Rechtfertigungsanforderungen entsprechen. Dass de lege lata in § 2 Abs. 1 EStG zwischen Gewinneinkünften und Überschusseinkünften unterschieden wird, reicht hierfür nicht. Vielmehr gelten für Sondertarife keine geringeren Rechtfertigungsanforderungen als für Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips⁶⁷: Eine Rechtfertigung durch besondere sachliche Gründe ist zwingend. Im Hinblick auf die Belastungsgleichheit macht es keinen Unterschied, ob Einkünfte, die die gleiche Leistungsfähigkeit repräsentieren, in unterschiedlicher Höhe in die Bemessungsgrundlage einfließen oder ob sie einem unterschiedlichen Tarif unterworfen werden⁶⁸. Daraus folgt für die sog. Reichensteuer: Der dualistische Spitzensteuersatz ist verfassungswidrig, wenn er nicht durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann.

Der Gesetzgeber hat den niedrigeren Spitzensteuersatz für Gewinneinkünfte mit einem „spezifischen unternehmerischen Risiko“ begründet⁶⁹. Bereits bei der Öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss am 1.6.2006⁷⁰ ist diese Begründung als nicht tragfähig und die Privilegierung der Gewinneinkünfte durch die in § 32c EStG vorgesehene Tarifbegrenzung als verfassungswidrig kritisiert worden⁷¹. Das ist richtig. Für die gleichheitswidrige Begünstigung der Gewinneinkünfte fehlt eine hinreichende sachliche Rechtfertigung. Dass eine unternehmerische Tätigkeit risikobehaftet ist, lässt sich zwar nicht infrage stellen. Die steuerbare Tätigkeit als Vermieter/Verpächter oder als Kapitalanleger auf dem Aktienmarkt ist aber gleichermaßen und keinesfalls von vornherein weniger „risikobehaftet“⁷², letztlich ist jede steuerbare Tätigkeit auf ihre Art risikobehaftet und selbst Gewinneinkünfte sind in ganz unterschiedlicher Weise risikobehaftet; ein einheitliches, spezifisch unternehmerisches Risiko gibt es nicht⁷³. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht erst kürzlich unmissverständlich festgestellt, dass ein spezi-

67 BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 760 (771).

68 BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 760 (771).

69 Entwurf eines Steueränderungsgesetzes 2007, Amtliche Begründung des neuen § 32c EStG, BT- Drucks. 16/1545, S. 15.

70 BT-Protokoll Nr. 16/22.

71 Vgl. insb. die Stellungnahmen von *Brandt* (BT-Protokoll Nr. 16/22, S. 7, 9) und *J. Lang* (BT-Protokoll Nr. 16/22, S. 4, 9 f.).

72 BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766 (771). Vgl. ferner bereits die Stellungnahmen von *Brandt* (BT-Protokoll Nr. 16/22, S. 9) und *J. Lang* (BT-Protokoll Nr. 16/22, S. 10).

73 A. A.: *Solms*, BT-Protokoll Nr. 16/22, S. 8.

fisches Unternehmerrisiko „keine Anhaltspunkte für die Annahme (bietet), die Erwirtschaftung gleicher Zahlungsfähigkeit sei Ausdruck einer geringeren Leistungsfähigkeit“⁷⁴

Hinzu kommt, dass die Begründung einer gleichheitswidrigen Begünstigung der Gewinneinkünfte mit einer Risikobehaftetheit der steuerbaren Tätigkeit willkürlich ist, denn das Einkommensteuerrecht berücksichtigt nicht, ob überhaupt und ggf. in welcher Form oder in welchem Umfang eine steuerbare Tätigkeit risikobehaftet ist.

Schließlich wirkt die Begründung der Tarifbegrenzung für Gewinneinkünfte mit einem spezifischen unternehmerischen Risiko auch nur „vorgeschoben“, weil ursprünglich weder Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft noch Einkünfte aus der ständiger Tätigkeit unter die Ausnahmeregelung fallen sollten und erst im Vorfeld geäußerte verfassungsrechtliche Bedenken zu einer Einbeziehung aller Gewinneinkünfte geführt haben.

Letztendlich wollte der Gesetzgeber lediglich bis zu der zum 1.1.2008 geplanten Unternehmenssteuerreform keine steuerliche Mehrbelastung der Unternehmen einführen, sondern „freie Hand behalten“. Das ist indes erst recht kein hinreichender sachlicher Rechtfertigungsgrund für einen niedrigeren Spitzensteuersatz bei allen Gewinneinkünften.

Das Ergebnis ist also eindeutig: Die sog. Reichensteuer ist verfassungswidrig.

2. Abgeltungssteuer für private Kapitaleinkünfte und private Veräußerungsgeschäfte

Die Bundesregierung hat die Einführung einer pauschalen Abgeltungssteuer für private Kapitaleinkünfte und private Veräußerungsgeschäfte i. H. v. anfangs 30 und später 25 v. H. im Zusammenhang mit der geplanten Unternehmenssteuerreform angekündigt⁷⁵. Damit würde das Grundkonzept einer synthetischen Einkommensteuer bewusst und gewollt eingeschränkt und ein neuer „Dualismus der Einkunftsarten“ geschaffen.

Da es hier nicht um die Erschließung neuer Steuerquellen, sondern um Änderungen innerhalb der „Binnenstruktur“ der Einkommensteuer geht, widerspricht auch ein solcher nach der Art der Einkünfte differenzierender Dualismus – abgeltende Pauschalbesteuerung bei Einkünften aus Kapitalvermögen und privaten Veräußerungsgeschäften auf der einen Seite und progressive Belastung des übrigen Gesamteinkommens – der gesetzgeberischen Ausgangsentscheidung einer einheitlichen (synthetischen) Einkommen-

⁷⁴ BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766 (771).

⁷⁵ Nach dem seit Februar 2007 vorliegenden „Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008“ ist nur noch ein einheitlicher Steuersatz von 25 v. H. vorgesehen.

steuer mit Einkünften, die gleiche Leistungsfähigkeit repräsentieren. Deshalb ist eine solche Regelung mit einer gleichmäßigen Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit unvereinbar und muss – wie jeder Sonder tarif – sachlich besonders gerechtfertigt werden, wenn sie vor Art. 3 Abs. 1 GG bestehen soll⁷⁶.

Ob eine derartige Abgeltungssteuer ökonomisch sinnvoll ist und insbesondere der sog. Kapitalflucht entgegenwirken würde oder aber mehr Nachteile als Vorteile hätte, weil namentlich die sog. Finanzierungsneutralität verletzt wäre, ist hier nicht zu entscheiden⁷⁷. Entsprechendes gilt für die insbesondere von Ökonomen geäußerte Kritik, dass der vorgesehene Pauschalsteuersatz zu hoch sei, um Deutschland für das internationale Kapital attraktiver zu machen⁷⁸. Was hier auf dem Prüfstand steht, ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer derartigen Abgeltungssteuer. Konkret: Lässt sich ein solcher Dualismus sachlich rechtfertigen? Dazu drei Feststellungen:

(1) Ziel der geplanten Abgeltungssteuer (nur) für Einkünfte aus Kapitalvermögen und aus privaten Veräußerungsgeschäften ist es nicht, Kapitalerträge gezielt steuerlich zu begünstigen. Im Gegenteil, die weitergehende Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte führt jedenfalls zu zusätzlichen Belastungen und der vorgesehene Pauschalsteuersatz würde u. U. Kleinanleger stärker belasten.

(2) Eine abgeltende Pauschalbesteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen *würde die Besteuerung vereinfachen*. Steuervereinfachung ist zwar kein „absoluter Wert“. Bei der Ordnung des steuerlichen Massenverfahrens ist jedoch der Gesetzgeber nach der ständigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in dem Gesamtbild zu erfassen, dass nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt, und er darf auf dieser Grundlage zum Zwecke der Vereinfachung generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen⁷⁹.

76 Ebenso: *Mellinghoff*, These 20 zum Referat „Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen“, Bonn 2006.

77 Zum Zusammenhang mit den vom Bundeskabinett am 12.7.2006 beschlossenen Eckpunkten der für 2008 geplanten Unternehmenssteuerreform vgl. z. B. die *Spengel/Reister*, Die Pläne zur Unternehmenssteuerreform 2008 drohen ihre Ziele zu verfehlen, DB 2006, 1741 ff.

78 Vgl. z. B. *Spengel*, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. G 63: Eine isolierte Abgeltungssteuer auf Zinserträge bei unveränderter Besteuerung des Einkommens sei nicht zielführend, da sie die Investitionstätigkeit beeinträchtigen, Finanzierungs- und Rechtsformentscheidungen verzerrten und neue Arbitragemöglichkeiten eröffneten.

79 Vgl. zuletzt BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766 (768) m. w. N.

Bei der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte würde allerdings eine Abgeltungssteuer nicht mehr nur vereinfachend sein (können), wenn beispielsweise Verluste aus der Veräußerung von Wertpapieren entstehen⁸⁰.

(3) Vereinfachung wäre jedoch nicht das alleinige⁸¹ und aus verfassungsrechtlicher Sicht auch nicht das allein maßgebliche Ziel einer Abgeltungssteuer für Einkünfte aus Kapitalvermögen und aus privaten Veräußerungsgeschäften. Wie das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Urteil zur Zinsbesteuerung vom 27.6.1991 entschieden hat⁸², verlangt der Gleichheitssatz für das Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Deshalb muss das materielle Steuergesetz in ein normatives Umfeld eingebettet sein, das die Gleichheit der Belastung auch hinsichtlich des tatsächlichen Erfolges prinzipiell gewährleistet. Wirkt sich eine Erhebungsregelung gegenüber einem Besteuerungstatbestand in der Weise strukturell gegenläufig aus, dass der Besteuerungsanspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann und ist dies dem Gesetzgeber zuzurechnen, so führt die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Steuernorm.

Zur Vermeidung eines solchen strukturellen Erhebungsdefizits hat das Bundesverfassungsgericht für den Fall, dass die Festsetzung einer Steuer von der Erklärung des Steuerschuldners abhängt, eine Ergänzung des im Veranlagungsverfahren geltenden Deklarationsprinzip durch das Verifikationsprinzip verlangt. *Alternativ wird zugelassen*, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungsspielraums *alle Kapitaleinkünfte* – unabhängig von ihrer Anlageform und buchungstechnischen Erfassung – *an der Quelle besteuert und mit einer – definitiven – Abgeltungssteuer belastet*, die in einem linearen Satz den absetzbaren Aufwand und den Progressionssatz in Durchschnittswerten typisiert⁸³.

In seinem Urteil zur Besteuerung von privaten Spekulationsgeschäften bei Wertpapieren vom 9.3.2004 hat der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts bekräftigt⁸⁴, dass der Gesetzgeber die Lastengleichheit der Steuerpflichtigen im Veranlagungsverfahren mit der Ergänzung des Deklarationsprinzips durch das Verifikationsprinzip oder mit dem Instrument des Quellenabzugs gewährleisten kann, und hinzugefügt: Für den Fall, dass ein gleichheits-

80 Die „Eckpunkte der Abgeltungssteuer“ sehen die Berücksichtigung von Veräußerungsverlusten im Rahmen einer „besonderen Steuerfestsetzung“ vor; hierbei soll Verlustverrechnung auf die Einkünfte aus Kapitalanlagen (Erträge und Veräußerungsgeschäfte) begrenzt werden.

81 A. A. wohl *Spengel*, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. G 62.

82 BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (268 ff.)

83 BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (282).

84 BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 (113).

gerechter Vollzug einer materiellen Steuernorm nicht ohne übermäßige, insbesondere unzumutbare Mitwirkungsbeiträge der Steuerpflichtigen zur Sachverhaltsaufklärung möglich sei, müsse der Gesetzgeber zur Vermeidung einer durch entsprechende Ermittlungsbeschränkungen bedingten prinzipiellen Belastungsungleichheit auf die Erhebungsart der Quellensteuer ausweichen⁸⁵.

Die Einführung einer Abgeltungssteuer für Einkünfte aus Kapitalvermögen und aus privaten Veräußerungsgeschäften wäre folglich eine vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich zugelassene Besteuerungsform, ein verfassungsgemäßer Dualismus innerhalb der Überschusseinkünfte; der Verstoß gegen eine einheitliche Besteuerung des Gesamteinkommens nach der finanziellen Leistungsfähigkeit ließe sich sachlich rechtfertigen.

Der BFH schließt zwar zwischenzeitlich ein strukturelles Erhebungsdefizit bei der Besteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen aus⁸⁶. Der Gesetzgeber ist aber keinesfalls gehindert, die Alternative „Abgeltungssteuer“ für Einkünfte aus Kapitalvermögen und aus privaten Veräußerungsgeschäften zu wählen, um in pauschalierter Form die Besteuerung zu vereinfachen, mehr steuerliche Gleichbehandlung zu verwirklichen, ein strukturelles Erhebungsdefizit auszuschließen und den beim Bürger unpopulären Abruf von Konteninformationen (§ 93b AO) entbehrlich zu machen⁸⁷. Dass das sonstige Einkommen weiter progressiv besteuert wird, steht einer derartigen Abgeltungssteuer nicht im Wege. Die im ökonomischen Schrifttum vertretene These, dass sich das Konzept einer Abgeltungssteuer grundsätzlich nur mit einer synthetischen Einkommensteuer mit einer „flat tax“ oder einer „Dualen Einkommensteuer“ mit einem einheitlichen Steuersatz für Kapitaleinkommen „vereinbaren“ lasse⁸⁸, mag man ökonomisch so sehen können. (Verfassungs-)Rechtlich trifft dies nicht zu. Außerdem wird diese Ansicht z. B. durch die in Österreich seit 1993 praktizierte „Endbesteuerung“ auch tatsächlich widerlegt.

Für die in erster Linie geübte Kritik an der Höhe des vorgesehenen Abgeltungssteuersatzes von anfangs 30 und später 25 v. H.⁸⁹ mag einiges sprechen. Eine stärkere Orientierung an den bis zum Jahre 2010 in Stufen steigenden Quellensteuersätzen der europäischen Zinsrichtlinie würde vielleicht – jedenfalls in grenznahen Bereichen zu Belgien, Luxemburg und Österreich –

85 BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 (113 f.).

86 BFH v. 7.9.2005 – VIII R 90/04, BFH/NV 2006, 173.

87 Vgl. auch Lang, BB-Forum: Unternehmenssteuerreform im Staatenwettbewerb, BB 2006, 1769 (1773).

88 So Spengel, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. G 74, These 10.

89 Lang, BB-Forum: Unternehmenssteuerreform im Staatenwettbewerb, BB 2006, 1769 (1773): „internationale wettbewerbsunfähig“.

für mehr Akzeptanz sorgen. Eine Abgeltungssteuer i. H. v. 25. v. H. wird allerdings in Österreich bereits seit 1993 bei inländischen Kapitalerträgen praktiziert (sog. Endbesteuerung, § 93 i. V. mit § 97 Österr. EStG), und zwar offensichtlich „mit Erfolg“.

Die Höhe des vorgesehenen Abgeltungssteuersatzes muss im Übrigen – anders als in ersten Pressestellungen behauptet wird – (verfassungs-)rechtlich keine „Schwachstelle des Konzepts“ der Abgeltungssteuer sein⁹⁰, weil dem vermutlich unterdurchschnittlichen Steuersatz der *Kleinsparer* nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹¹ durch Freibeträge Rechnung getragen werden könnte, so dass zur Vermeidung einer steuerlichen Schlechterstellung keine Veranlagungsoption vorgesehen werden müsste und die erhoffte Vereinfachung der Steuererhebung erreichbar wäre⁹².

3. Duale Einkommensteuer (Vorschlag des Sachverständigenrats, des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht sowie des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH)

Die vorgeschlagene Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch eine Duale Einkommensteuer wird im Wesentlichen durch folgende Elemente bestimmt⁹³: Sämtliche Kapitaleinkommen unterliegen im Grundsatz einer proportionalen Belastung von 25 v. H. Zu dem Kapitaleinkommen gehören neben Zinsen auch diejenigen Gewinnanteile aus gewerblicher, selbständiger Tätigkeit sowie aus Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft und aus Vermietung und Verpachtung, die einer kalkulatorischen Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals entsprechen. Darüber hinausgehende Gewinnanteile unterliegen ebenso wie andere Einkünfte dem geltenden progressiven Einkommensteuertarif. Die Duale Einkommensteuer erfordert also eine Gewinnspaltung.

Zur ökonomischen Beurteilung des Konzepts ist der Jurist nicht berufen, wohl aber zur verfassungsrechtlichen Prüfung. Dazu hier nur Folgendes⁹⁴: Grundsätzlich muss sich die vorgeschlagene Duale Einkommensteuer der Frage stellen, ob das Prinzip der steuerlichen Belastungsgleichheit gewahrt

90 Vgl. aber SZ v. 13.7.2006, S. 19 („Lob und Tadel für Abgeltungssteuer“).

91 BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (283).

92 Die „Eckpunkte der Abgeltungssteuer“ sehen allerdings eine Veranlagungsoption vor: Steuerpflichtige sollen – zu ihrem Vorteil – zur Veranlagung der Einkünfte aus Kapitalvermögen optieren können.

93 Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer, 2006, S. 8.

94 Vgl. umfassend *Englisch*, Die Duale Einkommensteuer – Reformmodell für Deutschland?, Institut „Finanzen und Steuern“, IFSt-Schrift Nr. 432, 2005, S. 93 ff. m. w. N.

ist oder – wenn das nicht der Fall sein sollte – eine Durchbrechung durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann. Es führt deshalb nicht weiter, wenn die Verfasser im Kapitel über „Die Duale Einkommensteuer und die verfassungsrechtliche Frage nach der steuerlichen Belastungsgleichheit“ die „(Er-)Mahnung“ vorausschicken, dass vermieden werden solle, „die sachliche Auseinandersetzung um die Tragfähigkeit von Reformkonzepten mit dem Instrument verfassungsrechtlicher Drohkulissen zu führen“⁹⁵. Darum geht es nicht und jedes Reformkonzept muss sich zunächst am geltenden Verfassungsrecht messen lassen. Ein verfassungswidriges Reformkonzept ist von vornherein untauglich.

Die duale Einkommensteuer wäre verfassungsrechtlich leicht(er) zu rechtfertigen, wenn es bei dem Konzept um eine sog. „steuerpolitische Grundentscheidung“ ginge; denn bei der „Auswahl des Steuergegenstandes, der Bestimmung des Steuersatzes und der Erschließung von Steuerquellen“ ist der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weitgehend frei⁹⁶. Die Spaltung der Einkunftsquellen in erwerbs- und kapitalorientierte Tatbestände und die einseitige Absenkung des Steuertarifs für Kapitaleinkommen ist indes nicht nur dem Namen nach – Duale „Einkommensteuer“ –, sondern auch inhaltlich bewusst und gewollt eine *Reform innerhalb der überkommenen synthetischen Einkommensteuer* („Änderung der Binnenstruktur der Einkommensteuer“)⁹⁷, die auf eine belastungsmäßige Differenzierung zwischen Arbeit- und Kapitaleinkommen angelegt ist. Die darin liegende Ungleichbehandlung der Einkunftsarten muss deshalb durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt sein, wenn ein Verfassungsverstoß vermieden werden soll. Denn rechtlich führt die pauschale Tarifbelastung des Kapitaleinkommens i. H. v. nur 25 v. H. zu einer Benachteiligung der progressiv (bis 45 v. H.) besteuerten Arbeitseinkommen.

Die Verfasser des Konzepts führen ausschließliche „sachliche Gründe wirtschaftspolitischer und finanzpolitischer Art“⁹⁸, insbesondere den internationalen Steuerwettbewerb⁹⁹ als Rechtfertigungsgründe an. Ob das ökonomisch zutreffend ist, soll und kann offen bleiben. Für den ökonomischen

95 Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer, 2006, S. 18.

96 BVerfG v. 5.2.2002 – 2 BvR 305, 348/93, BVerfGE 105, 17 (46).

97 Die Verfasser des Konzepts der Dualen Einkommensteuer sind zwar der Ansicht, dass einiges für das Vorliegen einer politisch weitgehend „freien“ Belastungsentscheidung des Gesetzgebers spreche, räumen jedoch letztendlich ein, dass es um eine Reform der synthetischen Einkommensteuer geht (Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer, 2006, S. 18 f.). Dieser Standpunkt hat nicht nur gute Gründe für sich, hierfür spricht alles.

98 Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer, 2006, S. 20 ff.

99 *Spengel*, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. G 62.

Laien ist es allerdings beispielsweise wenig einsichtig, warum Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung begünstigt werden sollen, wenn nach Zeitungsberichten in den letzten Monaten das internationale Kapital in großem Stil in deutsche Immobilien investiert.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist entscheidend, *ob rein wirtschaftspolitische u. ä. Gründe* die Duale Einkommensteuer *verfassungsrechtlich* rechtfertigen können. Das ist jedenfalls ungeklärt. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar im Jahr 2006 in seiner Entscheidung zu § 32c EStG a.F. die auf die Sicherung des Standorts Deutschland gerichteten „wirtschaftspolitischen Förderungs- und Lenkungsziele“ (einerseits) als Rechtfertigungsgrund für eine nachteilige Ungleichbehandlung nicht gewerblicher Einkünfte „anerkannt“, aber nur als einen „zum entscheidenden Rechtfertigungsgrund einer Kompensation der Gewerbesteuerbelastung“ *ergänzend hinzutretenden Rechtfertigungsgrund*. Weiter heißt es: Die von der gesetzgeberischen Entscheidung umfassten wirtschaftspolitischen Förderungs- und Lenkungsziele „erweiterten“ den Typisierungsspielraum des Gesetzgebers bei der Verwirklichung des Ziels, die Zusatzbelastung durch die Gewerbesteuer zu berücksichtigen, und „verstärkten“ die Rechtfertigungsbasis für eine Begünstigung der gewerblichen Einkünfte gegenüber den übrigen Einkünften vor Art. 3 Abs. 1 GG. Ob derartige „wirtschaftspolitischen Förderungs- und Lenkungsziele“ auch *für sich genommen allein hinreichende legitimierende Kraft* entfalten können, hat das Bundesverfassungsgericht hingegen *ausdrücklich offen gelassen*¹⁰⁰. Das kann man sicherlich so oder so interpretieren. Aber selbst wenn sich die „Spaltung“ der steuerlichen Belastungsregeln zwischen Kapitaleinkommen und anderen Einkommensarten praktikabel, gleichheitsgerecht und insbesondere „manipulationsresistent“ verwirklichen ließe – was bereits mehr als fraglich erscheint –, spricht einiges dafür, dass die mit diesem Konzept bezweckte gezielte, gleichheitswidrige Begünstigung von Kapitaleinkommen und die damit verbundene gezielte Benachteiligung der nicht begünstigten Erwerbseinkommensarten nicht allein mit wirtschaftspolitischen u. ä. Gründen „vor Art. 3 Abs. 1 GG“ gerechtfertigt werden kann¹⁰¹.

VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Der aus dem preußischen Einkommensteuerrecht übernommene „Dualismus der Einkunftsarten“ verstößt gegen den verfassungsrechtlichen

100 BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766 (771).

101 So auch *Mellinghoff*, These 18 zum Referat „Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen“, 2006; anders wohl *Seer*, These 10 zum Referat „Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen“, Thesen der Gutachter und Referenten zum 66. Deutschen Juristentag, 2006.

Grundsatz der steuerlichen Belastungsgleichheit und müsste deshalb durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt sein, wenn er vor Art. 3 Abs. 1 GG bestehen will. Eine solche Rechtfertigung fehlt indes.

2. Für eine gleichmäßige, leistungsfähigkeitskonforme Besteuerung muss der geltende Dualismus der Einkunftsarten soweit wie möglich überwunden werden. Ein entscheidender Schritt hierfür wäre die allgemeine Besteuerung von Veräußerungsgeschäften, die private Vermögensgegenstände betreffen, die zur Erzielung von Einkünften eingesetzt werden (sog. Erwerbsvermögen). Verfassungsrechtlich ist eine solche Reform zulässig und geboten.
3. Eine noch weitergehende Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften wäre von Verfassungs wegen möglich, wirft allerdings erhebliche Umsetzungsprobleme auf. Gegenstände des täglichen Ge- und Verbrauchs sollten aus Praktikabilitätsgründen jedenfalls nicht erfasst werden.
4. Obwohl die besseren Gründe für eine Beibehaltung einer synthetischen Einkommensteuer sprechen, dürften dualistische Regelungen in Zukunft eher zunehmen.
5. Die sog. Reichensteuer führt einen „Dualismus der Spitzensteuersätze“ ein. Der darin liegende Verstoß gegen die steuerliche Belastungsgleichheit lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. Die Regelung ist deshalb verfassungswidrig.
6. Die geplante Einführung einer Abgeltungssteuer für Einkünfte aus Kapitalvermögen und aus privaten Veräußerungsgeschäften ist verfassungsrechtlich zulässig; sie würde die Besteuerung von Kapitaleinkommen vereinfachen, mehr Gleichbehandlung bei diesen Einkünften verwirklichen, ein strukturelles Erhebungsdefizit ausschließen und insbesondere die „unbeliebte“ Kontenabfrage entbehrlich machen. Die Höhe des geplanten Abgeltungssteuersatzes mag man kritisch sehen, sie ist aber (verfassungs-)rechtlich schon deshalb nicht zwangsläufig eine „Schwachstelle“ des Konzepts, weil dem vermutlich unterdurchschnittlichen Steuersatz der *Kleinsparer* durch Freibeträge Rechnung getragen werden könnte.
7. Das Konzept der „Dualen Einkommensteuer“ müsste einmal die „Spaltung“ der steuerlichen Belastungsregeln zwischen Kapitaleinkommen und anderen Einkommensarten praktikabel, gleichheitsgerecht und „manipulationsrestistent“ verwirklichen (können). Das erscheint mehr als fraglich. Zudem ist zweifelhaft, ob der Verstoß gegen den Grundsatz der steuerlichen Belastungsgleichheit *allein* mit wirtschaftspolitischen Gründen gerechtfertigt werden kann.

Die Vollziehbarkeit der Besteuerung von Einkommen aus Kapital

Aspekte der Verifikation vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesfinanzhofs und der Finanzgerichte

Ministerialdirektor *Florian Scheurle*
Bundesministerium der Finanzen, Berlin¹

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. EinleitungII. Die Besteuerung von Zinsen und anderen Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG<ul style="list-style-type: none">1. Das Zinsurteil des BVerfG vom 27. Juni 19912. Fortbestehende Zweifel an der Verfassungskonformität der Zinsbesteuerung3. Das Urteil des BFH vom 7. September 2005<ul style="list-style-type: none">a) Kontrollverfahren nach § 45d EStG für Freistellungsaufträgeb) Jahresbescheinigung nach § 24c EStGc) Kontenabrufverfahren nach §§ 93, 93b AOIII. Die Besteuerung von Dividenden und anderen Gewinnausschüttungen | <ul style="list-style-type: none">IV. Die Besteuerung von Veräußerungsgeschäften mit Wertpapieren<ul style="list-style-type: none">1. Das <i>Tipke</i>-Urteil des BVerfG vom 9. März 20042. BFH-Urteil vom 29. November 2005V. Verifikationsmöglichkeiten bei Auslandsachverhalten<ul style="list-style-type: none">1. Informationsaustausch nach den DBA und OECD-Initiative zur Eindämmung des schädlichen Steuerwettbewerbs2. Amtshilferichtlinie3. Zinsrichtlinie4. Protokoll vom 16. Oktober 2001 zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen UnionVI. Schlussbemerkung |
|---|---|

I. Einleitung

„Die Ehrlichen sollten nicht die Dummen sein!“

Mit diesem Satz begründete *Klaus Tipke* seine Klage gegen die Besteuerung seiner Spekulationsgewinne, die er erfolgreich vor dem Bundesfinanzhof² führte und die schließlich in die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³ vom 9. März 2004 mündete. Das Bundesverfassungsgericht stellte

¹ Mit herzlichem Dank an Herrn Oberregierungsrat *Thomas Redert* (Bundesministerium der Finanzen, Berlin) für seine tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.

² BFH 9. Senat, Vorlagebeschluss vom 16. Juli 2002, Az: IX R 62/99, BStBl II 2003, 74.

wegen eines strukturellen Verifikationsdefizites die Unvereinbarkeit des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b EStG in der für die Veranlagungszeiträume 1997 und 1998 geltenden Fassung mit Artikel 3 Abs. 1 des Grundgesetzes fest und erklärte die Vorschrift insoweit für nichtig.

Nicht erst seit diesem sog. *Tipke*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts steht bei der Frage nach der Vollziehbarkeit der Besteuerung von Einkommen aus Kapital die Belastungsgleichheit und damit der Aspekt der Verifikation im Vordergrund der Diskussion.

Nachfolgend sollen – vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesfinanzhofes sowie der Finanzgerichte – die Möglichkeiten der Finanzverwaltung zur Verifikation von Kapitaleinkünften und Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften mit Wertpapieren und damit die Frage nach einem strukturellen Verifikationsdefizit näher beleuchtet werden.

II. Die Besteuerung von Zinsen und anderen Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG

1. Das Zinsurteil des BVerfG vom 27. Juni 1991

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem sog. Zinsurteil⁴ aus dem Jahr 1991 festgestellt, dass die Besteuerung privater Kapitalerträge wegen struktureller Vollzugshindernisse gleichheitswidrig und damit verfassungswidrig sei. Der Gleichheitssatz verlange für das Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Werde die Gleichheit im Belastungserfolg durch die rechtliche Gestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt, so könne dies die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlagen nach sich ziehen und die Steuerpflichtigen in ihrem Grundrecht auf Besteuerungsgleichheit verletzen.⁵

Ein wesentliches Vollzugshindernis haben die Richter in dem Bankenerlass aus dem Jahr 1979 gesehen, der 1990 mit identischem Wortlaut als § 30a AO gesetzlich normiert wurde. Nach dieser Vorschrift haben die Finanzbehörden bei ihren Ermittlungen auf das Vertrauensverhältnis zwischen Kreditinstitut und deren Kunden besonders Rücksicht zu nehmen, wobei insbesondere die Fertigung und Auswertung von Kontrollmitteilungen anlässlich einer Außenprüfung bei Kreditinstituten stark eingeschränkt wird (§ 30a Abs. 3 Satz 2 AO).⁶

3 BVerfG 2. Senat, Urteil vom 9. März 2004, Az: 2 BvL 17/02, BStBl II 2005, 56.

4 BVerfG vom 27. Juni 1991, Az: 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239.

5 BVerfG vom 27. Juni 1991, a. a. O.

6 Der 8. Senat des BFH (Urteil vom 18. Februar 1997, Az: VIII R 33/95, BStBl II 1999, 499) legt § 30a AO dahin aus, dass Abs. 3 der Vorschrift nicht die Fertigung und Auswertung von Kontrollmitteilungen anlässlich einer Außenprüfung bei Kredit-

Als Lösungswege zur Beseitigung des strukturellen Vollzugsdefizits hatte das Bundesverfassungsgericht 1991 die Einrichtung eines Kontrollmitteilungsverfahrens oder die Einführung einer Quellenbesteuerung aufgezeigt. Der Gesetzgeber hat sich für die Einführung eines Steuerabzugs entschieden, allerdings nicht für die vom Bundesverfassungsgericht angedeutete definitive Quellensteuer, sondern für einen Steuerabzug mit Vorauszahlungscharakter und anschließender Anrechnung in der Veranlagung. Er hat somit die Beibehaltung der synthetischen Einkommensteuer einer Schedulessteuer mit einem niedrigeren besonderen Abgeltungssteuersatz für Kapitaleinkünfte vorgezogen.

Zum 1. Januar 1993 trat der Zinsabschlag in Kraft und ergänzt seitdem die schon seit einigen Jahrzehnten existierende Kapitalertragsteuer auf Dividenden und andere Gewinnausschüttungen. Seitdem haben auszahlende inländische Zahlstellen von Zinsen und anderen Kapitalerträgen i. S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG einen Steuerabzug in Höhe von 30 % (bei Tafelgeschäften von 35 %) vorzunehmen und abzuführen (vgl. § 43 Abs. 1 Nr. 7 i. V. m. § 43a Abs. 1 Nr. 3 EStG).

2. Fortbestehende Zweifel an der Verfassungskonformität der Zinsbesteuerung

Entgegen mehrfacher höchstfinanzrichterlicher⁷ Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit der Zinsbesteuerung seit Einführung des Zinsabschlags hält ein Teil der Literatur⁸ und zuletzt das FG Köln⁹ ein fortbestehendes strukturelles Vollzugsdefizit in zwei Fällen für denkbar:

- (1) **Auslandssachverhalte:** Steuerpflichtige verlagern inländisches Kapitalvermögen ins Ausland, ohne die im Ausland zufließenden Erträge zu erklären.

instituten hindere, wenn hierfür ein hinreichender Grund bestehe. Dagegen hat der 7. Senat des BFH in seinem Beschluss vom 28. Oktober 1997 (Az: VII B 40/97, BFH/NV 1998, 424) Bedenken geäußert und festgestellt, dass ein Kernbereich des Bankgeheimnisses bewahrt bleiben müsse.

⁷ BFH 8. Senat: Urteile vom 7. September 2005, a. a. O.; vom 18. Februar 1997, Az: VIII R 33/95, BStBl II 1997, 499; vom 24. Juni 1997, Az: VIII R 25/97, vom 15. Dezember 1998, Az: VIII R 6/98, BStBl II 1999, 138, Beschlüsse vom 19. Februar 1999, Az: VIII B 3/98, BFH/NV 1999, 1079, und vom 22. Februar 1999, Az: VIII B 29/98, BFH/NV 1999, 931.

⁸ *Seer*, „Kriminalisierung des Steuerbürgers“, Stbg 2006, 7 (14); *Harenberg*, „Besteuerung der Spekulationsgewinne nach 1999 verfassungsgemäß“, NWB Fach 3, S. 13819 (13822); *Klein*, „Zur Verfassungsmäßigkeit der Zinsbesteuerung nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG“, DStR 2005, 1833; *Hey*, „Vollzugsdefizite bei Kapitaleinkommen: Rechtsschutzkonsequenzen und Reformoption“, DB 2004, 724 (728)

⁹ FG Köln 10. Senat, Vorlagebeschluss vom 22. September 2005, Az: 10 K 1880/05, EFG 2005, 1878.

An dieser Stelle sei nur so viel angemerkt: Der Gesetzgeber stößt bei Auslandssachverhalten schon aufgrund des Territorialprinzips an die Grenzen des ihm rechtlich und tatsächlich Möglichen (so kann er zum Beispiel ausländische Zahlstellen nicht zur Vornahme eines Steuerabzugs verpflichten). Ein mögliches Vollzugsdefizit kann ihm daher nicht zugerechnet¹⁰ werden, so dass sich daraus keine Verfassungswidrigkeit ergibt. Zudem hat die Verwaltung erhebliche Anstrengungen unternommen, um die Verifikationsmöglichkeiten bei Auslandssachverhalten zu verbessern (ausführlicher hierzu unter V.). Ein mögliches Vollzugsdefizit bei im Ausland zufließenden Zinsen wird nach ständiger Rechtsprechung¹¹ daher verfassungsrechtlich nicht beanstandet.

- (2) Inlandssachverhalte: Steuerpflichtige nehmen den Zinsabschlag hin, ohne die Zinseinkünfte anschließend in ihrer Einkommensteuererklärung anzugeben und mit ihrem höheren persönlichen Steuersatz zu versteuern.

Bei Inlandssachverhalten besteht nach Ansicht von Teilen der Literatur weiterhin die Vermutung eines tatsächlichen Erhebungsdefizits, solange nicht nachgewiesen sei, dass trotz § 30a AO die Erhebung des Differenzbetrages zwischen dem Zinsabschlag und der sich unter Anwendung eines höheren Einkommensteuersatzes ergebenden Steuerschuld sichergestellt werde.¹² Für die Gleichheitswidrigkeit der Norm mache es keinen Unterschied, ob ein Erhebungsdefizit hinsichtlich des gesamten Besteuerungstatbestandes vorliege oder ob dies nur für einen Teil der Einkünfte der Fall sei.¹³

3. Das Urteil des BFH vom 7. September 2005

Anderer Ansicht als die Kritiker ist der BFH. Dieser hat in seinem Urteil vom 7. September 2005¹⁴ die Verfassungskonformität der Zinsbesteuerung für die Veranlagungszeiträume seit 1994 ausdrücklich bestätigt.

Zunächst hat das Gericht darauf hingewiesen, dass es durch den Zinsabschlag bereits zu einer weitgehenden Besteuerung kommt: Bei einem Steuerabzug in Höhe von 30 % (35 % bei Tafelgeschäften) wird – auch nach der Halbierung des Sparer-Freibetrages ab dem Veranlagungszeitraum 2000 – deutlich mehr als die Hälfte der Steuerschuld auch bei steuerpflichtigen Einkommen im

10 Zum subjektiven Element eines strukturellen Vollzugsdefizits: *Ratschow*, „Verfassungswidrigkeit der Zinsbesteuerung?“, DStR 2005, 2006 (2009).

11 BVerfG 2. Senat, Urteil vom 9. März 2004, Az: 2 BvL 17/02, BStBl II 2005, 56; BFH 8. Senat, Urteil vom 7. September 2005, Az: VIII R 90/04, BStBl II 2006, 61; FG Köln 10. Senat, Vorlagebeschluss vom 22. September 2005, Az: 10 K 1880/05.

12 *Hey*, DB 2004, 724.

13 FG Köln, a. a. O., IV.2.a.cc)aaa).

14 BFH 8. Senat, Urteil vom 7. September 2005 a. a. O., B.I.3.b)aa).

höchsten Progressionssatz sichergestellt. Zu berücksichtigen ist hier, dass Werbungskosten oberhalb des Pauschbetrages nach § 9a Satz 1 Nr. 2 EStG nicht bereits beim Steuerabzug, sondern erst im Veranlagungsverfahren berücksichtigt werden. Zudem hat sich eine mögliche Besteuerungslücke durch die Senkung des Spitzensteuersatzes von 53 % auf 42 % beträchtlich verringert. Ob ein strukturelles Vollzugsdefizit schon deshalb ausscheidet, weil der Besteuerungsanspruch durch den Zinsabschlag bereits weitgehend realisiert wird, hat der 8. Senat des BFH allerdings letztlich offen gelassen.

Entscheidend für die Verfassungsmäßigkeit der Zinsbesteuerung ist nach seiner Ansicht vielmehr, dass der Gesetzgeber nach Einführung des Zinsabschlages ab dem Jahr 1993 zumindest für die Veranlagungszeiträume bis einschließlich 1997 auf einen effektiven Besteuerungsvollzug durch den Zinsabschlag vertrauen durfte. Die Verzehnfachung des Sparer-Freibetrags habe die Zahl der zu veranlagenden Steuerpflichtigen erheblich reduziert. Nach Schätzungen des Bundesministeriums der Finanzen entfiel die Erklärungsverpflichtung für rund 80 % der Steuerpflichtigen. Zumindest für eine angemessene Übergangszeit konnte der Gesetzgeber erwarten, dass die Finanzämter die im regulären Veranlagungsverfahren tatsächlich und rechtlich mögliche Überprüfung der Steuererklärungen erfolgreich intensivieren würden.¹⁵ Dabei konnte der Gesetzgeber auch berücksichtigen, dass Steuerpflichtige mit höheren Grenzsteuersätzen nicht selten über weitere, insbesondere gewerbliche oder freiberufliche Einkünfte verfügen, die einer voraussetzungslosen Außenprüfung unterliegen.¹⁶

Für die Veranlagungszeiträume nach 1998 hat der 8. Senat des BFH ein strukturelles Vollzugsdefizit wegen verbesserter Ermittlungsmöglichkeiten der Finanzverwaltung ausgeschlossen.¹⁷ Der Gesetzgeber habe seitdem das im Regelfall der Besteuerung zur Anwendung kommende Ermittlungsinstrumentarium der Finanzämter kontinuierlich erweitert und so im Ergebnis nahezu lückenlose Kontrollmöglichkeiten geschaffen. Das Gericht nennt hier insbesondere

- das Kontrollverfahren nach § 45d EStG,
- die Jahresbescheinigung nach § 24c EStG und
- die Kontenabrufmöglichkeit nach §§ 93, 93b AO.

a) Kontrollverfahren nach § 45d EStG für Freistellungsanträge

In der öffentlichen Diskussion über die Erhebung der Kapitaleinkünfte wird oft vergessen, dass Anhaltspunkte für Konten und Depots nicht allein durch einen Kontenabruf nach § 93 Abs. 7 AO, sondern auch durch das Kontroll-

15 BFH 8. Senat, Urteil vom 7. September 2005 a. a. O. B.I.3.b)bb).

16 BFH 8. Senat, Urteil vom 7. September 2005 a. a. O. B.I.3.b)bb).

17 BFH 8. Senat, Urteil vom 7. September 2005 a. a. O. B.I.4.

verfahren nach § 45d EStG gewonnen werden können. Nach dieser Regelung sind dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) u. a. die Kapitalerträge, bei denen aufgrund eines Freistellungsauftrages vom Einbehalt eines Zinsabschlags abgesehen worden ist, sowie Namen und Anschrift des Auftraggebers und des Empfängers der Freistellungsaufträge mitzuteilen.

Die bis 1998 geltende Beschränkung des Kontrollverfahrens nach § 45d EStG auf die Überprüfung der zutreffenden Inanspruchnahme des Sparer-Freibetrags und des Werbungskostenpauschbetrags gilt seit dem Jahr 1999 nicht mehr. Wesentlicher Zweck des Kontrollverfahrens nach § 45d EStG ist seitdem die umfassende steuerliche Nutzung der Daten der Freistellungsaufträge zur Kontrolle der Einkünfte.

Zwar dient das Kontrollverfahren nach § 45d EStG insbesondere der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen. Angesichts der Zahl der Abfragen ist aber davon auszugehen, dass die Finanzämter in vielen Fällen das Kontrollverfahren nach § 45d EStG auch zur Ermittlung der Einkünfte aus Wertpapierveräußerungsgeschäften einsetzen

Bei dem Kontrollverfahren nach § 45d EStG sind zwei Möglichkeiten zur Verifikation zu unterscheiden. Einerseits ergibt sich ein Anlass für eine Überprüfung der Angaben des Steuerpflichtigen durch eine Kontrollmitteilung des BZSt auf Grund der Tatsache, dass tatsächlich höhere Beträge als der dem Steuerpflichtigen zustehende Sparer-Freibetrag und der Werbungskostenpauschbetrag vom Steuerabzug freigestellt wurden. Andererseits kann der zuständige Bearbeiter des Finanzamts – unabhängig vom Vorliegen einer Kontrollmitteilung des BZSt – eine Onlineabfrage an das BZSt hinsichtlich der dort vorliegenden Daten der Freistellungsaufträge richten, wenn er dazu Anlass sieht.

Beide Möglichkeiten werden in der Praxis genutzt. So können Anhaltspunkte für weitere Ermittlungen bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften sein, dass die vom BZSt versandten Kontrollmitteilungen durch Bezug von Dividendenerträgen auf ein vom Steuerpflichtigen geführtes Aktiendepot (insbesondere bei einer Direktbank) hindeuten. In geeigneten derartigen Fällen werden in der Praxis Auskunftsersuchen an die Steuerpflichtigen gerichtet. Für den Fall, dass der Steuerpflichtige trotz Erinnerung auf das Anschreiben nicht reagiert, wird durch Anfrage beim BZSt festgestellt, ob und ggf. in welcher Höhe und bei welchen Kreditinstituten der betreffende Steuerpflichtige Kapitalerträge vom Steuerabzug hat freistellen lassen. Die beim BZSt verfügbaren Daten zu den Freistellungsaufträgen können durch die Finanzämter – im Gegensatz zum Kontenabruf nach § 93 Abs. 7 AO – ohne Verwendung eines Vordruckes direkt (online) abgefragt werden. Stellt sich hierbei heraus, dass Freistellungsaufträge erteilt worden sind, kann bei den auf Grund der BZSt-Daten ermittelten Kreditinstituten gemäß § 93 AO erfragt werden, ob Depots unterhalten und ggf. Veräußerungsgewinne erzielt werden sowie, ob und zu welchen Preisen Ver-

käufe getätigt worden sind. Die so gewonnenen Erkenntnisse können dann bei der Steuerveranlagung zugrunde gelegt werden.

Die Bedeutung der Onlineabfrage – auch unabhängig vom Vorliegen einer Kontrollmitteilung des BZSt – wird durch die statistischen Zahlen des Bundeszentralamts belegt. Wurden in den Monaten April bis September 2000 lediglich 1.782 Abfragen gestellt, stieg deren Zahl in den Monaten November und Dezember 2000 auf 11.950 sowie 11.909 Abfragen. Im Februar 2001 waren bereits 33.632 Abfragen zu verzeichnen. Im März 2000 erfolgte ein weiterer Anstieg auf 50.979 Abfragen. Auch in der heutigen Zeit wird von der Online-Abfrage durch die Finanzverwaltung rege Gebrauch gemacht. Im Juli 2006 führten die Finanzämter insgesamt 112.881 Online-Abfragen durch. Davon bezogen sich 19.060 Abfragen auf die Veranlagungszeiträume 2000 bis 2002.

b) Jahresbescheinigung nach § 24c EStG

Erstmals für den Veranlagungszeitraum 2004 sind die Kreditinstitute verpflichtet, ihren Kunden Jahresbescheinigungen nach § 24c EStG über die Höhe der erzielten Kapitaleinkünfte und Veräußerungsgewinne auszustellen.¹⁸ Die Bescheinigung ist zwar (ausschließlich) als Hilfestellung für die Steuerpflichtigen beim Ausfüllen der Steuererklärungsformulare gedacht und vom Gesetzgeber nicht als Verifikationsinstrument vorgesehen worden. Er hat daher davon abgesehen, die Vorlage der Jahresbescheinigung in der Einkommensteuererklärung oder zumindest ihre Aufbewahrung anzuordnen. Gleichwohl kann das Finanzamt den Steuerpflichtigen auffordern, seine Einkünfte aus Kapitalvermögen und seine Einkünfte aus Veräußerungsgeschäften durch ihm zur Verfügung stehende Dokumente zu belegen. Das können Kontoauszüge, Ertragnisaufstellungen und auch die Jahresbescheinigung sein.

Es kann dahin stehen, ob die Finanzbehörden nach § 97 AO die Herausgabe von nicht aufbewahrungspflichtigen Unterlagen verlangen können.¹⁹ Die Nichtvorlage der Jahresbescheinigung auf berechtigtes Anfordern durch das Finanzamt kann zumindest einen hinreichenden Anlass für weitere Ermittlungen darstellen.²⁰ Als geeignetes Mittel für weitere Ermittlungen steht nunmehr die Kontenabrufmöglichkeit zur Verfügung. In der Praxis legen viele Steuerpflichtige bereits von sich aus die Jahresbescheinigung vor. Dies erleichtert sowohl die Steuererklärung als auch die anschließende Veranlagung.

18 Einführung des § 24c EStG durch Steueränderungsgesetz 2003 vom 19. Dezember 2003 (BGBl I S. 2645).

19 Vgl. zum Streit *Tipke* in Tipke/Kruse, § 97 AO, Rn. 5 m. w. N. und § 200 AO Rn. 10.

20 Vgl. BFH 8. Senat, Urteil vom 7. September 2005 a. a. O., B.I.4.c) mit Hinweis auf a. A.

Im Jahressteuergesetz 2007 ist ein Prüfungsrecht der Finanzbehörden für die Jahresbescheinigung in § 50b EStG aufgenommen worden. Dies wurde fälschlicherweise in der Presse als erneuter „Kontrollangriff“ der Finanzverwaltung gedeutet.²¹ Es geht hier aber nur darum, die Richtigkeit der Jahresbescheinigungen bei den Kreditinstituten zu überprüfen. Schließlich ist nicht ausgeschlossen, dass die Kreditinstitute die Bescheinigung fehlerhaft – teils zu Lasten und teils zu Gunsten des Steuerpflichtigen – ausstellen.²²

c) *Kontenabrufverfahren nach §§ 93, 93b AO*

Grundlegendes Verifikationsinstrument ist bei den Einkünften aus Kapitalanlagen inzwischen die bereits angesprochene Kontenabrufmöglichkeit. Die Finanzämter können seit April 2005 nach § 93 Abs. 7 AO bei den Kreditinstituten über das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) einzelne Daten aus den nach § 93b Abs. 1 AO i. V. m. § 24c des Kreditwesengesetzes (KWG) zu führenden Dateien abrufen, wenn

- dies zur Festsetzung oder Erhebung von Steuern erforderlich ist und
- ein Auskunftersuchen an den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele geführt hat oder keinen Erfolg verspricht.

Die nach § 24c KWG abrufbaren Daten sind:

- Nummern von Konten und Depots
- Tag der Errichtung und Auflösung
- Name von Kontoinhaber und Verfügungsberechtigten
- Geburtsdatum bei natürlichen Personen
- Name und Anschrift eines abweichenden wirtschaftlichen Berechtigten.

Diese Informationen verschaffen – unabhängig vom Vorliegen eines Freistellungsauftrages – zunächst nur die Kenntnis über das Bestehen von Konten oder Depots, ermöglichen aber weitere Ermittlungen, um steuerrelevante Tatsachen feststellen zu können.

Bis zur Einführung der Kontenabrufmöglichkeit konnten die Finanzbehörden die Existenz von inländischen Konten und Depots nur durch eigene Angaben des Steuerpflichtigen oder ausnahmsweise durch Zufallsfunde bei Bankenprüfungen oder Mitteilungen nach § 45d EStG über freigestellte Kapitalerträge erfahren. Die Erfahrungen hatten aber gezeigt, dass dies nicht ausreicht, sondern gesetzliche Verbesserungen notwendig waren.

²¹ Vgl. Focus Money vom 23. August 2006 „Fiskus kontrolliert noch schärfer“.

²² Vgl. *Schwerdtfeger* in Handelsblatt vom 22. Mai 2006 „Banken rechnen Erträge oft falsch ab“.

Die Finanzbehörden konnten zwar nach § 93 Abs. 1 AO Dritte um Auskunft ersuchen, wenn die Sachverhaltsaufklärung durch die Beteiligten nicht zum Ziel führt oder keinen Erfolg verspricht. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit dieser Befugnis der Finanzbehörden wiederholt bestätigt.²³ Auch war ein derartiges Auskunftsersuchen schon vor Einführung der Kontenabrufmöglichkeit auch gegenüber Kreditinstituten zulässig.

Entscheidend war und ist aber, dass die Finanzbehörde überhaupt weiß, dass der Steuerpflichtige, um dessen Besteuerung es geht, ein Konto oder Depot bei dem Kreditinstitut hat, das die Finanzbehörde um Auskunft bittet. Hier stießen die bisherigen Ermittlungsmöglichkeiten rechtlich und faktisch an ihre Grenzen. Auskunftersuchen an Kreditinstitute zur Feststellung eines Kontos oder Depots eines Steuerpflichtigen waren nämlich nach früherer Rechtslage als Ermittlungen „ins Blaue hinein“ unzulässig und angesichts einer Zahl von über 2.400 Kreditinstituten auch praktisch nicht durchführbar.

Zugespitzt bedeutete das: Die Finanzbehörden durften zwar Kreditinstitute um Auskunft ersuchen – diese mussten dann auch antworten; die Finanzbehörden wussten bislang aber nicht, welche Kreditinstitute sie fragen können.

Genau an diesem Punkt mussten daher Maßnahmen einsetzen, um eine verbesserte Verifikationsmöglichkeit zu gewährleisten.

Aufgrund der Kontenabrufmöglichkeit kann die Finanzverwaltung nunmehr das Auskunftsrecht nach § 93 Abs. 1 AO in jedem Fall ausüben. Dies führt zu einer vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich bestätigten Effektivierung bestehender Ermittlungsmöglichkeiten.²⁴

Ein Kontenabruf erfolgt – anders als regelmäßige Kontrollmitteilungen – nur anlassbezogen und zielgerichtet. Er erfolgt erst dann, wenn er im Einzelfall erforderlich ist. Die Erforderlichkeit setzt keinen begründeten Verdacht dafür voraus, dass steuerrechtliche Unregelmäßigkeiten vorliegen. Es genügt, wenn aufgrund konkreter Momente oder aufgrund allgemeiner Erfahrungen ein Kontenabruf angezeigt ist.²⁵ Die Erforderlichkeit eines Kontenabrufs ist von der zuständigen Finanzbehörde im Wege der vorweggenommenen Beweiswürdigung zu beurteilen.

Hat sich durch eine Kontenabfrage herausgestellt, dass Konten und Depots vorhanden sind, die der Steuerpflichtige nicht angegeben hat, wird er mit dieser Tatsache konfrontiert und um Aufklärung gebeten. Erst wenn diese

23 Vgl. Beschluss vom 5. Dezember 1995, Az: 1 BvR 1463/89, HFR 1996, 153, und Nichtannahmebeschluss vom 15. November 2000, Az: 1 BvR 1213/00, BStBl II 2002, 142.

24 BVerfG 1. Senat, Einstweilige Anordnung vom 22. März 2005, Az: 1 BvR 2357/04, 1 BvQ 2/05, BVerfGE 112, 284, B.II.1.c).

25 Vgl. BFH, Urteil vom 17. März 1992, Az: VII R 122/91, BFH/NV 1992, 791 zu Auskunftsersuchen an Dritte.

Aufklärung unterbleibt, kann das Finanzamt sich an die betreffenden Kreditinstitute wenden und Auskünfte zu Kontenständen und Kontenbewegungen verlangen.²⁶

Die Anzahl der seit dem 1. April 2005 durchgeführten Kontenabrufe nach § 93 Abs. 7 und 8 AO sieht wie folgt aus:

vom 1. April – 31. Dezember 2005	8.689 Kontenabrufe
vom 1. Januar – 31. Juli 2006	13.962 Kontenabrufe ²⁷

Die Zahl der tatsächlich durchführbaren Kontenabrufe nach § 93 AO ist zur Zeit technisch begrenzt, was die im Vergleich zur Zahl der Kontenabrufe der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin – geringe Anzahl der steuerlichen Kontenabrufe erklären dürfte.²⁸

Um das Verfahren – sowohl bei der BaFin als auch beim BZSt – künftig effektiver zu gestalten und den Anforderungen des BFH an eine ausreichende Verifikationsmöglichkeit zu entsprechen, soll die Zahl der je Arbeitstag technisch möglichen Abrufe auf eine vierstellige Höhe ausgebaut werden. Die Festlegung der Höchstzahl der technisch möglichen Kontenabrufe (Mengengerüst) ist erforderlich, damit sich die Kreditwirtschaft hinsichtlich der zu treffenden personellen und technischen Vorkehrungen daran orientieren kann. Die Vorgaben des BMF hierzu wurden von der Kreditwirtschaft mittlerweile akzeptiert. Der Verfahrensausbau soll im Laufe des kommenden Jahres erfolgen.

Angesichts der Möglichkeit, sämtliche Kontenverbindungen und Depots eines Steuerpflichtigen auch für mehrere Jahre rückwirkend ermitteln zu können, kann insbesondere durch die Einführung der Kontenabrufmöglichkeit von einem hinreichend sicher gestellten Vollzug ausgegangen werden.²⁹

Auch das Bundesverfassungsgericht geht wohl von einem hinreichenden Steuervollzug bei den Kapitaleinkünften aus, schließlich stellt es 2004 im „Tipke-Urteil“³⁰ den Erhebungsdefiziten bei den Spekulationseinkünften

26 Vgl. zu den Voraussetzungen eines Auskunftersuchens und der Kontenabrufmöglichkeit den geänderten Anwendungserlass zu §§ 92 und 93 AO, BStBl I 2005, 422.

27 Im Jahr 2006 wurden insgesamt 25.569 Kontenabrufe nach § 93 Abs. 7 und 8 AO durchgeführt.

28 Insgesamt hat die BaFin im Jahr 2005 rund 62.000 Anfragen bearbeitet und dabei Informationen zu etwa 485.000 Konten erteilt (Quelle: Jahresbericht 2005 der BaFin). Die meisten Anfragen stammten von den verschiedenen Strafverfolgungsbehörden: den Staatsanwaltschaften, den Steuerfahndungsstellen der Finanzämter, den Zollfahndungsstellen und den Polizeibehörden. Die Ermittlungsbehörden nutzen das Kontenabrufverfahren überwiegend, um schwere bis schwerste Kriminalität zu bekämpfen.

29 So auch einige jüngst veröffentlichte Literaturmeinungen: Heuermann, StBp 2006, 31; Ratschow, HFR 2006, 163; ders., DStR 2005, 2006.

30 BVerfG 2. Senat, Urteil vom 9. März 2004, a. a. O., C.III.3.c)dd).

als Gegenbeispiel die Besteuerung von Kapitaleinkünften durch eine Quellensteuer sowie der Kontrollmöglichkeit nach § 45d EStG gegenüber.

III. Die Besteuerung von Dividenden und anderen Gewinnausschüttungen

Hier gilt das zur weitgehenden Sicherstellung des Steueranspruchs durch den Steuerabzug Gesagte entsprechend. Im früheren Anrechnungsverfahren erreichte die Gesamtbelastung in Höhe von 52 % aus Kapitalertragsteuer bei Dividenden und anrechenbarer Körperschaftsteuer nahezu den damaligen Spitzensteuersatz. Eine etwaige Besteuerungslücke war damit nahezu ausgeschlossen.

Auch nach dem Wechsel zum Halbeinkünfteverfahren, das grundsätzlich für Ausschüttungen ab dem Veranlagungszeitraum 2002 gilt, ist ein gleichmäßiger Vollzug sichergestellt. Die 20 %ige Kapitalertragsteuer auf den Bruttoertrag bewirkt eine effektive 40 %ige Belastung auf den zu versteuernden hälftigen Ertrag und bewegt sich damit nur knapp unter dem aktuellen (= VZ 2006) Spitzensteuersatz von 42 % (ab VZ 2007 = 45 %). Ein Vollzugsdefizit bei der Besteuerung von Dividenden und anderen Gewinnausschüttungen ist daher ausgeschlossen.

IV. Die Besteuerung von Veräußerungsgeschäften mit Wertpapieren

1. Das *Tipke*-Urteil des BVerfG vom 9. März 2004

Das Bundesverfassungsgericht hat im sog. *Tipke*-Urteil³¹ die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von privaten Spekulationsgeschäften bei Wertpapieren für die Veranlagungszeiträume 1997 und 1998 festgestellt. Verfassungsrechtlich verboten sei der Widerspruch zwischen dem normativen Befehl der materiell pflichtbegründenden Steuernorm und der nicht auf Durchsetzung angelegten Erhebungsregel. Zur Gleichheitswidrigkeit führe nicht ohne weiteres die empirische Ineffizienz von Rechtsnormen, wohl aber das normative Defizit des widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts. Im Rahmen einer Gesamtschau ist das Gericht davon ausgegangen, dass ein Zusammenspiel einerseits ermittlungsbeschränkender und andererseits fehlender ermittlungsfördernder Normen im Bereich der Besteuerung von Spekulationsgewinnen zu gravierenden tatsächlichen Erhebungsmängeln führe.³²

31 BVerfG 2. Senat, Urteil vom 9. März 2004, Az: 2 BvL 17/02, BStBl II 2005, 56.

32 BVerfG, Urteil vom 9. März 2004 a. a. O., C.III.3.

Das Bundesverfassungsgericht weist insbesondere auf das Fehlen

- von Aufzeichnungs-, Aufbewahrungs- oder Beschaffungspflichten des Steuerpflichtigen bei privaten Wertpapiergeschäften,
- einer voraussetzungslosen Außenprüfung beim Steuerpflichtigen und
- sonstiger Umstände, die losgelöst von den Angaben des Steuerpflichtigen Anhaltspunkte für mögliche Spekulationsgewinne liefern könnten,

hin.

Nicht zuletzt sieht das Gericht weiterhin ein Vollzugshindernis in § 30a Abs. 3 Satz 2 AO. Die unterschiedlichen Auffassungen des 7. und des 8. Senats des BFH zur Reichweite des Verbots von Kontrollmitteilungen im Rahmen der Außenprüfung bei Kreditinstituten³³ lässt das Bundesverfassungsgericht dahingestellt. Fest stehe jedenfalls, dass im Rahmen von Bankenprüfungen Kontrollmitteilungen über Spekulationsgewinne nicht stichprobenartig – d. h. ohne begründeten Anlass – erhoben werden dürften.³⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat nicht die (bloße) Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz festgestellt, sondern die Besteuerung von Spekulationsgeschäften mit Wertpapieren für die Veranlagungszeiträume 1997 und 1998 für nichtig erklärt.³⁵ Es begründete dies mit seiner Überzeugung, dass eine nachträgliche Beseitigung der Verfassungswidrigkeit für die beiden Veranlagungszeiträume nicht möglich sei.³⁶

Obwohl das Bundesverfassungsgericht die entsprechenden rechtlichen Möglichkeiten besitzt, hat es im „*Tipke*-Urteil“ die Nichtigklärung ausdrücklich nicht auf die für die Veranlagungszeiträume ab 1999 maßgebenden Rechtsnormen erstreckt. Das Gericht hat darauf hingewiesen, dass sich die Relation zwischen Norm und Vollzugsrealität im Laufe der Zeit entscheidungserheblich ändern könne. Würden bei privaten Wertpapiergeschäften erzielte steuerbare Veräußerungsgewinne durch die Verrechnung mit Veräußerungsverlusten in zunehmendem Maße neutralisiert und sei von der entsprechenden Steuerquellen auch sonst auf Grund der Marktentwicklung kein wesentlicher Ertrag mehr zu erwarten, würden sich selbst fortbestehende normative Defizite möglicherweise nicht mehr in verfassungsrecht-

33 Vgl. Fn. 6.

34 BVerfG, Urteil vom 9. März 2004 a. a. O., C.III.3.a.dd.(2)(a).

35 Hierzu *Streck*, NJW 2004, 1580; *Paus*, (DStZ 2006, 264: „Zur Frage der rückwirkenden Bereinigung eines verfassungswidrigen Zustands“) weist auf Ungerechtigkeiten einer Nichtigklärung der Spekulationsgewinnbesteuerung im Vergleich zu den Beziehern anderer Einkünfte hin.

36 *Mack* fragt in DStR 2006, 394 (396) [„Aktuelles zum Kontenabruf und neue Chancen der Streitführung angesichts wachsender Verfassungsprobleme im Steuerrecht“], ob man sich als Berater überhaupt noch die Bestandskraft eines Bescheides leisten könne.

lich relevanter Weise auswirken. Der von der materiellen Steuernorm erteilte Vollzugsbefehl liefe ungeachtet defizitärer Erhebungsregeln leer.

2. BFH-Urteil vom 29. November 2005

Inzwischen hat der 9. Senat des BFH³⁷ die Verfassungskonformität der Besteuerung von Gewinnen aus privaten Wertpapierveräußerungsgeschäften für Veranlagungszeiträume ab 1999 bestätigt. Das Gericht stellte fest, dass die mit Wirkung ab 1. April 2005 eingeführte Kontenabrufmöglichkeit die Ermittlungsmöglichkeiten der Finanzämter auch für weiter zurückliegende Jahre entscheidend verbessert und ein normatives Defizit bei den Erhebungsregeln jedenfalls nach Einführung der Kontenabrufmöglichkeit nicht mehr bestehe.³⁸

Gegen dieses Urteil werden in der Literatur im Wesentlichen drei Argumente eingewandt:

- Ein Vollzugsdefizit des Jahres 1999 lasse sich rechtlich und tatsächlich nicht hinreichend rückwirkend durch die Kontenabrufmöglichkeit beseitigen.³⁹
- Der BFH habe unzureichend die Zweifel an der verfassungsrechtlichen „Haltbarkeit“ der Kontenabrufmöglichkeit gewürdigt.⁴⁰
- Erst durch flächendeckende Kontrollmitteilungen der Banken an die zuständigen Finanzämter sei eine gleichmäßige Besteuerung (hinreichend) sichergestellt.⁴¹

Der BFH hat in seinem Urteil vom 29. November 2005 zur Frage der Rückwirkung der Verifikation ausdrücklich Stellung genommen und diese bejaht. Er hat angeführt, dass das Vollzugsdefizit im Jahr 1999 nunmehr unter Berücksichtigung der Kontenabrufmöglichkeit geprüft werden müsse. Weil ein normatives Vollzugsdefizit nicht (mehr) gegeben sei, bestünden keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift. Wenn das Bundesverfassungsgericht in seinem *Tipke*-Urteil „Nachbesserungen“ der Bundes- und Landesfinanzverwaltungen beim Vollzug für möglich halte, gelte dies erst Recht für gesetzliche Nachbesserungen wie sie mit dem automatisierten Kontenabruf vorgenommen wurden. Ausdrücklich führte der BFH an, dass es offen gelassen werden könne, ob und inwieweit § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

37 BFH 9. Senat, Urteil vom 29. November 2005, Az: IX R 49/04, BStBl II 2006, 178.

38 A.A.: *Pezzler*, FR 2006, 384.

39 *Harenberg*, NWB Fach 3, Seite 13819; *Paus*, DStZ 2006, 265; *Mack*, DStR 2006, 394 (398).

40 *Schmidt*, StB 2006, Nr. 2, I; *Mack*, DStR 2006, 394 (397).

41 *Harenberg*, a. a. O. Seite 13824; ebenso *Hey*, DB 2004, 724; *Mack*, a. a. O. (Punkt 2), die annimmt, dass eine tatsächliche Kontrolle der Regelfall im Veranlagungsverfahren sein müsse.

EStG vor der Einführung der Kontenabrufmöglichkeit verfassungsrechtlich problematisch war, Denn es handele sich – allenfalls – um eine bloß temporäre Unvereinbarkeit, die die Norm solange unanwendbar macht, als die Vollzugsmängel bestehen.

Die Kritik, der BFH habe nur unzureichend die Zweifel an der verfassungsrechtlichen „Haltbarkeit“ der Kontenabrufmöglichkeit gewürdigt, stützt sich möglicherweise darauf, dass der 9. Senat lediglich sehr knapp zu dieser Frage Stellung genommen hat. Dies lässt nach meiner Auffassung allerdings eher den Schluss zu, dass der Senat von der Verfassungsmäßigkeit der Kontenabrufmöglichkeit dermaßen überzeugt ist, dass er keinen Anlass zu weiteren Ausführungen sah. In der mündlichen Verhandlung jedenfalls ist die Frage der Verfassungsmäßigkeit umfassend erörtert worden.

Ich möchte die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Kontenabrufmöglichkeit an dieser Stelle nicht weiter vertiefen.⁴² Hingewiesen sei an dieser Stelle nur auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. März 2005⁴³ zu den Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Einführung der Kontenabrufmöglichkeit, in dem das Gericht hervorgehoben hat, dass die Kontenabrufmöglichkeit ein wirksames Instrument für einen gleichmäßigen Vollzug von Abgaben- und Sozialleistungsgesetzen sei.

Den von verschiedenen Seiten geäußerten Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der Norm und der Information des Betroffenen sowie seiner Rechtsschutzmöglichkeiten wurde durch die Regelungen des Anwendungserlasses zu § 93 AO und die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens umfassend Rechnung getragen. Ein Kontenabruf erfolgt weder willkürlich noch heimlich. Der Betroffene wird in jedem Fall über einen durchgeführten Kontenabruf informiert, auch wenn sich durch den Abruf keine Abweichungen zu seinen Angaben herausgestellt haben. Die Möglichkeit der Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Kontenabrufs durch Gerichte ist gewährleistet.

Zu der Forderung nach Kontrollmitteilungen ist zunächst festzuhalten: Das Bundesverfassungsgericht hat nie eine lückenlose Überwachung bei der Besteuerung von Kapitaleinkünften oder Veräußerungsgeschäften gefordert, sondern lediglich Strukturen für unzulässig erachtet, die eine wirkungsvolle Verifikation der Steuererklärungen im Regelfall praktisch ausschließen. Eine Verifikation des Erklärungsverhaltens war jedoch seinerzeit nur deshalb eingeschränkt, weil die Möglichkeit fehlte, Kenntnis von vorhandenen Konten oder Depots zu erlangen. Diese Erkenntnislücke hat die Kontenabrufmöglichkeit geschlossen.

42 Hierzu Seer in Festschrift für Arndt Raupach, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006.

43 BVerfG vom 22. März 2005, Az: 1 BvR 2357/04 und 1 BvQ 2/05.

Darüber hinaus hat der BFH zu Recht noch einmal darauf hingewiesen, dass dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen ein Einschätzungs- und Prognosezeitraum zuzubilligen ist. Dem entspricht ein angemessener Beobachtungszeitraum, innerhalb dessen die tatsächlichen Annahmen des Gesetzgebers nur eingeschränkter verfassungsrechtlicher Kontrolle unterliegen.⁴⁴ Mit anderen Worten: Dem Gesetzgeber muss das Recht zugestanden werden, die Wirksamkeit der Einführung der Kontenabrufmöglichkeit in der Praxis für einen angemessenen Zeitraum beobachten zu können. Erst wenn danach strukturelle Vollzugsdefizite zu Tage treten, müsste über weitere Schritte nachgedacht werden. Der 9. Senat hat in seiner Entscheidung ausdrücklich offen gelassen, ab wann erneut von einem strukturellen Vollzugsdefizit auszugehen sein könnte, wenn z. B. das Kontenabrufverfahren aus wirtschaftspolitischen oder aus anderen politischen Gründen nicht vollzogen wird oder die in der Anlaufphase erkennbaren Umsetzungsprobleme nicht gelöst werden.⁴⁵ Eine Literaturmeinung⁴⁶ spricht daher auch von einem Urteil „auf Bewährung“. Die Finanzverwaltung ist sich der Verpflichtung bewusst, die Kontenabrufmöglichkeit in effizienter Art und Weise zur Verifikation zu nutzen. In einer am 1. März 2006 veröffentlichten Umfrage der Zeitschrift *Capital* stellten 69 % der befragten Steuerberater verstärkte Überprüfungen der Steuererklärungen fest.⁴⁷ Als Schwerpunkte für die Aktivitäten der Finanzämter werden vor allem die Zinseinnahmen, Spekulations- bzw. Veräußerungsgewinne und Auslandskonten wahrgenommen.

Des Weiteren stellt sich bei Kontrollmitteilungen die Frage der Administrierbarkeit in einem Massenverfahren: Angesichts von rund 500 Millionen Konten und Depots in Deutschland besteht die Gefahr einer nicht mehr von den Finanzämtern auswertbaren Masse von Daten, sodass die tatsächlich prüfungsrelevanten Fälle in einer Flut von Kontrollmitteilungen unterzugehen drohen. Ohne eine bundesweite informationstechnische Verarbeitung von Kontrollmitteilungen ist ein derartiges System jedenfalls abzulehnen.

V. Verifikationsmöglichkeiten bei Auslandssachverhalten

Unbestritten kam es mit Einführung des Zinsabschlags zu einer Steuerflucht ins benachbarte Ausland. Belegt ist dies nicht zuletzt durch die erfolgreiche Aufarbeitung der sog. Bankenfälle durch die Steuerfahndungsbehörden. Dies demonstriert die hohe Mobilität des Kapitals, die den Steuervollzug vor kaum lösbare Probleme stellt. Das tatsächliche Ausmaß der Kapitalanla-

44 *Ratschow*, DStR, 2005, 2006 (2007).

45 Vgl. *Pezzner*, FR 2006, 384 (385).

46 Vgl. *Bäumel*, Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung privater Wertpapierveräußerungsgeschäfte ab 1999: ein Urteil des Bundesfinanzhofs „auf Bewährung“, DStZ 2006, 109.

47 Vgl. Handelsblatt-Artikel „Finanzämter kontrollieren strenger“ vom 1. März 2006.

gen deutscher Steuerpflichtiger im Ausland lässt sich mangels zuverlässiger Grundlagen allerdings nicht seriös schätzen. Dementsprechend kann der Umfang der hinterzogenen im Ausland erzielten Kapitalerträge auch nicht quantifiziert werden. Dass ein Erhebungsdefizit bei Auslandserträgen besteht, ist gleichwohl anzunehmen. Es handelt sich jedoch um kein dem Gesetzgeber anzulastendes Erhebungsdefizit, sondern vielmehr um eine Folge territorial begrenzter Steuer- und Vollzugshoheit, die die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers an den Landesgrenzen enden lässt.⁴⁸ Mit dem im Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) geregelten Informationsaustausch oder den Auskunftsverfahren nach der Amtshilferichtlinie bestehen schon seit einiger Zeit Instrumente, mit denen versucht wird, Verifikationslücken zu verringern. Im Bereich von Bankinformationen stoßen diese Möglichkeiten jedoch schnell an Grenzen. Die Zinsrichtlinie und das Rechtshilfeprotokoll vom 16. Oktober 2001 stellen weitere Möglichkeiten der internationalen Kooperation dar.

1. Informationsaustausch nach den Doppelbesteuerungsabkommen (Art. 26 OECD-MA) und OECD-Initiative zur Eindämmung des schädlichen Steuerwettbewerbs

Die Doppelbesteuerungsabkommen, die Deutschland abgeschlossen hat, enthalten regelmäßig dem Art. 26 des OECD-Musterabkommens entsprechende Vorschriften über den Austausch von Informationen, die für eine zutreffende Besteuerung erforderlich sind.

Die Schwäche der Vorschrift bestand bisher darin, dass kein Staat Informationen erteilen musste, die nach seinen Gesetzen nicht beschafft werden können. Das bedeutet, dass Staaten, die den eigenen Steuerbehörden keinen Zugang zu Bankinformationen gewähren oder dies nur in Fällen von Steuerbetrug oder Steuerhinterziehung tun, ihren Vertragspartnern insoweit keine Auskünfte erteilen können. Nunmehr stellt Art. 26 des OECD Musterabkommens 2005 in seinem neuen Absatz 5 klar, dass ein angefragter Staat eine Anfrage nicht deshalb unbeantwortet lassen kann, weil es sich um Bankinformationen handelt. Ein Durchbruch ist damit allerdings noch nicht gelungen: Vier (der 30) OECD-Mitgliedsstaaten (Schweiz, Österreich, Luxemburg und Belgien) als auch einige Staaten und Gebiete außerhalb der OECD behalten sich nämlich vor, Absatz 5 nicht in ihre DBAs aufzunehmen.

In diesem Zusammenhang kommt der OECD-Initiative zur Eindämmung des schädlichen Steuerwettbewerbs besondere Bedeutung zu. Zentrale Forderung dieser Initiative ist, dass kein Staat – innerhalb und außerhalb der Mitgliedschaft der OECD – ein Umfeld schaffen oder beibehalten sollte, das es Bürgern anderer Staaten ermöglicht, Steuern ohne größeres Risiko zu

48 FG Köln 10. Senat, Vorlagebeschluss vom 22. September 2005, a. a. O., IV.2.a.cc.aaa.

umgehen oder zu hinterziehen. Ein solches Umfeld besteht immer dann, wenn ein Staat auf Einkünfte aus mobilen Aktivitäten keine Steuern oder nur sehr niedrige Steuern erhebt und kein oder nur ein begrenzter Zugang der Behörden zu relevanten Informationen, z. B. zu Bankinformationen oder zu Eigentümerinformationen an Gesellschaften und anderen Rechtsträgern, besteht, so dass solche Informationen ausländischen Steuerbehörden nicht zur Verfügung gestellt werden können. Staaten und Gebiete, die ein solches Umfeld bieten, handeln unfair. Dabei gilt nicht die Nichtbesteuerung als solche als unfair; unfair ist vielmehr die Weigerung, relevante Informationen auf Ersuchen zur Verfügung zu stellen. Die OECD hat vor diesem Hintergrund in einem besonderen Musterabkommen für den Auskunftsaustausch, das sie im Jahr 2003 veröffentlicht hat, allgemeine Standards für Transparenz und effektiven Auskunftsaustausch für Besteuerungszwecke erarbeitet. Diese Standards waren auch Grundlage für die Neufassung des Art. 26 des Musterabkommens.

Das Grundproblem besteht nach wie vor darin, die Standards der OECD global durchzusetzen. Zwar hat sich eine ganze Reihe von Finanzzentren bereit erklärt, mit der OECD zu kooperieren und die Standards anzuerkennen; ein grundlegender Durchbruch ist aber bisher nicht gelungen. Das liegt daran, dass vor allem die weltweit führenden Finanzzentren nicht bereit sind, die OECD-Standards zu akzeptieren. Wir werden auf internationaler Ebene, vor allem im Rahmen der OECD-Arbeiten, weiterhin darauf drängen, dass die Standards der OECD globale Anerkennung finden. Es muss sichergestellt werden, dass Staaten und Gebiete, die von der Internationalisierung der Kapitalmärkte in erheblichem Umfang profitieren, auch die sich daraus ergebenden Pflichten übernehmen.

2. Amtshilferichtlinie

Auch die Amtshilferichtlinie⁴⁹, die neben den Doppelbesteuerungsabkommen als Grundlage für den steuerlichen Informationsaustausch zwischen EU-Staaten dient, schränkt das binnenstaatliche Recht der Vertragsstaaten nicht ein. Nach Art. 8 Abs. 1 der Amtshilferichtlinie müssen Auskünfte nur soweit erteilt werden, als sie für die nationale Besteuerung erhoben werden können. Ein nationales Bankgeheimnis steht daher auch nach der Amtshilferichtlinie einem Auskunftersuchen entgegen.

⁴⁹ Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19. Dezember 1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern, bestimmter Verbrauchsteuern und der Steuern auf Versicherungsprämien, ABl. L 336 vom 27. Dezember 1977, S. 15, geändert durch Richtlinie 2003/93/EG des Rates vom 7. Oktober 2003, ABl. L 264 vom 15. Oktober 2003, S. 23.

3. Zinsrichtlinie

Zum 1. Juli 2005 sind die Zinsrichtlinie⁵⁰ (ZinsRL) und deren Umsetzung in nationales deutsches Recht, die Zinsinformationsverordnung⁵¹ (ZIV), in Kraft getreten. Die Zinsrichtlinie soll den Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine effektive Besteuerung der Zinseinkünfte ihrer Bürger ermöglichen oder zumindest eine Mindestbesteuerung sicherstellen. Zu diesem Zweck tauschen 22 Mitgliedstaaten automatisch Informationen über Zinszahlungen aus. Mitteilungspflichtig sind Zinszahlungen durch eine inländische Zahlstelle an einen im EU-Ausland ansässigen wirtschaftlichen Eigentümer.

Für eine „Übergangszeit“ ist es Österreich, Belgien und Luxemburg gestattet, anstatt der Übermittlung von Informationen, einen Quellensteuerabzug vorzunehmen. Umgekehrt erhalten diese drei EU-Staaten Informationen aus den anderen Mitgliedstaaten. Die Übergangszeit endet, wenn sich die USA, die Schweiz, Liechtenstein, San Marino, Monaco und Andorra zur Auskunftserteilung auf Anfrage⁵² hinsichtlich von Zinserträgen verpflichten (Art. 10 Abs. 2 ZinsRL).

In den Quellensteuerstaaten haben die Zahlstellen bei Zinszahlungen an einen wirtschaftlichen Eigentümer, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, ein Steuerabzug von zunächst 15 % vorzunehmen. Zum 1. Juli 2008 steigt der Satz auf 20 % und zum 1. Juli 2011 auf 35 %. Von dem Quellensteueraufkommen verbleibt ein Viertel im Quellensteuerstaat (als eine Art Verwaltungsgebühr), drei Viertel sind an den Ansässigkeitsmitgliedstaat abzuführen.

Aufgrund völkerrechtlicher Verträge der EU mit der Schweiz, Liechtenstein, San Marino, Monaco und Andorra haben sich diese Staaten ebenfalls zu einem Einbehalt von Quellensteuern verpflichtet. Auf Informationen aus der EU haben diese Drittstaaten jedoch verzichtet. Auch der Quellensteuerabzug weist einige Besonderheiten auf. So sind in der Schweiz alle Zinszahlungen von Schweizer Schuldern vom Anwendungsbereich ausgenommen. EU-Quellensteuer wird dort nur für Zinszahlungen aus nicht-schweizerischen Quellen erhoben, beispielsweise wenn in einem Schweizer Depot eine französische Staatsanleihe gehalten wird. Eine Mindestbesteuerung ist jedoch auch bei Zinszahlungen von Schweizer Schuldern sicher gestellt, denn es wird in diesen Fällen generell die 35 %ige Verrechnungssteuer erhoben. Ausländische Gläubiger können sich die Verrechnungssteuer nur gegen Vorlage einer Ansässigkeitsbescheinigung des Heimatlandes erstatten lassen.

50 Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 3. Juni 2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, ABl. L 157 vom 26. Juni 2003, S. 38.

51 BGBl I 2004, 128; geändert durch Verordnung vom 21. Juni 2005, BGBl I 2005, 1692.

52 Im Sinne des OECD-Musterabkommens zum Informationsaustausch in Steuer-sachen vom 18. April 2002.

Dadurch ist eine Kenntnis der Finanzbehörden des Wohnsitzstaates von dieser Einkunftsquelle gewährleistet.

Ebenfalls aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen wenden zehn assoziierte oder abhängige Gebiete die Regelungen der Zinsrichtlinie an. Dies sind die Kanalinseln, die Insel Man sowie die britischen⁵³ und die niederländischen⁵⁴ Karibikgebiete. Vier Gebiete übermitteln Informationen⁵⁵, sechs Andere erheben Quellensteuer.

Die Quellensteuerstaaten oder -gebiete müssen eines der beiden folgenden Verfahren oder beide Verfahren zur Befreiung des wirtschaftlichen Eigentümers vom Steuerabzug vorsehen:

– Freiwilliger Informationsaustausch

Die Zahlstelle wird zur Weitergabe von Daten über Zinszahlungen durch den wirtschaftlichen Eigentümer ermächtigt. In diesen Fällen erhält der Ansässigkeitsstaat auch Informationen aus „Quellensteuer-Staaten“.

– Bescheinigungsverfahren

Der wirtschaftliche Eigentümer muss der zuständigen (Finanz-)Behörde seines Wohnsitzstaates Daten zu seinem ausländischem Konto bzw. Depot mitteilen und erhält eine entsprechende Bescheinigung, die er der ausländischen Zahlstelle vorlegen kann.

Die während eines Kalenderjahres angefallenen Daten zu Zinszahlungen und das einbehaltene Quellensteueraufkommen sind bis zum 30. Juni des Folgejahres zu übermitteln bzw. zu überweisen. Erstmals erfolgten der Austausch und die Quellensteuerüberweisung zum 30. Juni 2006. Aus Luxemburg wurden 13 Mio. Euro Quellensteuern überwiesen, aus der Schweiz 15 Mio. Euro, aus Österreich ca. 7 Mio. Euro.

Die bereits schon vor ihrem Inkrafttreten geäußerte Kritik an der „Löchrigkeit“⁵⁶ der Zinsrichtlinie hat sich nach Bekanntwerden der ersten Zahlen zum Quellensteueraufkommen fortgesetzt. Geschrieben wurde von einem „Taschengeld für Steinbrück“⁵⁷ oder getitelt: „Zinsabschlag in Steueroasen erweist sich als Flop“.⁵⁸ In ihrer Oberflächlichkeit verkennt diese Kritik den wesentlichen Fortschritt, den die Zinsrichtlinie gerade im Hinblick auf die Kooperation von Steueroasen darstellt. Es darf nicht übersehen werden, dass

53 Anguilla, Kaiman-Inseln, Britische Jungferninseln, Montserrat, Turks- und Caicosinseln.

54 Aruba, Niederländische Antillen.

55 Anguilla, Aruba, Kaimaninseln, Montserrat.

56 *Herbermann* im Handelsblatt vom 6. April 2005 „Löchrig wie ein Schweizer Käse“.

57 *Schrinner* im Handelsblatt vom 6. Juli 2006, S. 3.

58 *Simonian* und *Parker* in der Financial Times Deutschland vom 6. Juli 2006, S. 12.

die jetzt erreichten Regelungen das Ergebnis eines langjährigen politischen Ringens der Mitgliedstaaten und der beteiligten Drittstaaten und Gebiete um eine einvernehmliche Lösung sind. Sie sind ein wichtiger Fortschritt, auf dem aufgebaut werden kann.

Bei den bisher bekannt gewordenen Zahlen ist außerdem zu berücksichtigen, dass sie nur Zinszahlungen des zweiten Halbjahres 2005 enthalten, die in den Quellensteuerstaaten auch noch pro rata temporis abgegrenzt wurden. Erfolgte beispielsweise eine jährliche Zinszahlung am 2. Juli 2005, wurde nur der auf zwei Tage entfallende Zinsanteil der Quellensteuer unterworfen.

Weiterhin hat man Anleihen, die vor dem 1. März 2001 emittiert wurden, bewusst vom Anwendungsbereich der Zinsrichtlinie ausgenommen,⁵⁹ um Verzerrungen am Kapitalmarkt zu vermeiden. Eine Schätzung von Mitte des Jahres 2005 ging von über 850 Mrd. Euro an solchen sog. „Grandfathered Bonds“ im Euroraum aus.⁶⁰ Dies bietet den Anlegern zunächst noch sehr weit reichende Möglichkeiten durch Umschichtungen im Depot einen Quellensteuereinbehalt oder Informationsaustausch zu vermeiden. Diese Ausnahmeregelung läuft jedoch zum 31. Dezember 2010 aus.⁶¹ Erst danach kann die Wirksamkeit der Zinsrichtlinie adäquat beurteilt werden.

Bei der Behauptung, die Zinsrichtlinie ließe sich leicht durch die Anlage in andere Finanzprodukte wie beispielsweise Aktien oder Derivate umgehen, wird außer Acht gelassen, dass Finanzprodukte nicht beliebig austauschbar sind. Bei der Anlage in Rentenwerte werden in der Regel andere Präferenzen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Risiko und Ertragsaussichten gesetzt. Probleme bereiten vielmehr strukturierte Finanzprodukte, die durch die Kombination von Derivaten eine verzinsliche Position künstlich nachbilden. Im Zuge der Einführung der Zinsrichtlinie ist beispielsweise ein Fonds aufgelegt worden, der durch den gleichzeitigen Kauf von DAX-Zertifikaten und Verkauf von DAX-Futures⁶² eine Geldmarktposition synthetisch herstellt. Möglicherweise wird man diesen Umgehungsbestrebungen durch eine weite Auslegung des Zinsbegriffs begegnen. Die Kommission hat bereits erkennen lassen, dass aus Ihrer Sicht bei der Auslegung des Zinsbegriffs in Art. 6 Abs. 1 ZinsRL der Grundsatz „Substance over form“ anzuwenden sei.

59 Art. 15 Abs. 1 ZinsRL.

60 Vgl. Welt vom 18. Juni 2005, „Bund schließt durch Bond-Aufstockung Steuer-Schlupfloch“ mit Bezugnahme auf eine Schätzung der Hypo-Vereinsbank.

61 Abgesehen von Schuldverschreibungen mit Bruttozinsklauseln oder mit Klauseln über die vorzeitige Ablösung.

62 Der Preis eines Future-Kontraktes richtet sich nach Angebot und Nachfrage, wobei die Marktteilnehmer ihre Erwartungen über den abgezinnten Indexstand zum Verfallstermin antizipieren. Der DAX-Future notiert daher höher als der DAX-Index. Die Differenz ist normalerweise umso größer, je weiter der Verfallstermin in der Zukunft liegt.

Bei anderen Vermeidungsstrategien wie der Zwischenschaltung von Trustkonstruktionen oder sonstigen Anlagevehikeln wird zu klären sein, inwieweit man dem durch eine weite Auslegung des Begriffs der sonstigen Einrichtung (Art. 4 Abs. 2 ZinsRL) begegnen kann. Eine weitere zu lösende Frage ist, wie nicht harmonisierte Zielfonds zu behandeln sind. Aus deutscher Sicht ist es nicht mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie vereinbar, wenn der Anteil von zinstragenden Produkten in einem nicht harmonisierten Zielfonds auf Ebene des Dachfonds unberücksichtigt bleibt.

Alle diese sehr schwierigen Auslegungsfragen bedürfen eines beharrlichen Abstimmungsprozesses auf europäischer Ebene und darüber hinaus mit den beteiligten Drittstaaten und Gebieten. Soweit sich eine effektive Umsetzung der Zinsrichtlinie nicht durch entsprechende Auslegung sicherstellen lässt, wird Deutschland für erforderliche Korrekturen am Richtlinienentwurf eintreten. Ebenso wird sich Deutschland für eine Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereichs auf bedeutende Finanzzentren wie Singapur und Hongkong einsetzen.

4. Protokoll vom 16. Oktober 2001 zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Nach dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen von 1959⁶³ können die Vertragsparteien die Rechtshilfe in rein fiskalischen Angelegenheiten verweigern (sog. allgemeiner Fiskalvorbehalt) oder von Bedingungen wie dem Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit abhängig machen. Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit macht beispielsweise im Verhältnis zwischen Deutschland und Luxemburg Rechtshilfeersuchen in fiskalischen Angelegenheiten in der Regel aussichtslos, da in Luxemburg nur der „Steuer-schwindel“, und nicht die einfache Steuerhinterziehung strafbewehrt ist.⁶⁴

Diese Situation wurde durch das Protokoll vom 16. Oktober 2001 zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union verbessert. Deutschland ist dem Protokoll mit Zustimmungsgesetz vom 2. Februar 2006⁶⁵ als 15. EU-Staat⁶⁶ beigetreten.

Das Protokoll regelt die Zusammenarbeit beim Austausch von Bankinformationen. Es können insbesondere:

63 Europäisches Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (EuRhÜbk), BGBl II 1964, 1369.

64 Vgl. *Kutzner*, DStR 2006, 639, Fn. 7.

65 BGBl II 2005, 661.

66 Beitritt zum 5. Oktober 2005: Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Lettland, Litauen, Niederlande, Österreich, Schweden, Slowenien, Spanien; zum 26. Oktober 2005: Polen; zum 23. November 2005: Ungarn; zum 1. Februar 2006: Zypern.

- Kontoverbindungen gesucht (Art. 1),
- getätigte Bankgeschäfte überprüft (Art. 2) und
- eine laufende Überwachung von Bankgeschäften (Art. 3) veranlasst werden.

Ein etwaiges Bankgeheimnis darf nicht vom ersuchten Mitgliedstaat als Begründung für die Ablehnung jeglicher Zusammenarbeit herangezogen werden (Art. 7). Abgesehen von bestimmten Straftaten, die generell die Auskunftspflicht auslösen, wird das Recht auf Auskunft durch den Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit eingeschränkt (Art. 1 Abs. 3). Vorausgesetzt wird eine Straftat, die im ersuchenden Staat mit einer Höchststrafe von mindestens vier, im ersuchten Staat mit einer Höchststrafe von mindestens zwei Jahren bewehrt ist.

Da das österreichische Finanzstrafgesetz⁶⁷ für Abgabenhinterziehung eine Höchststrafe von zwei Jahren vorsieht, kann im Verhältnis zu Österreich auch bei einfacher Steuerhinterziehung ein Rechtshilfanspruch geltend gemacht werden. Es können somit trotz des österreichischen Bankgeheimnisses Konteninformationen erlangt werden.

VI. Schlussbemerkung

Der Gesetzgeber hat bei im Inland zufließenden Kapitaleinkünften und Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften aus Kapitalanlagen durch wirkungsvolle Verifikationsinstrumente, insbesondere durch die Kontenabrufmöglichkeit, einen verfassungskonformen steuerlichen Vollzug sichergestellt. Dieses Ziel wurde erreicht, ohne zum „Schnüffelstaat“ zu werden oder den „gläsernen Bürger“ zu schaffen, denn zu allererst wird weiterhin auf die Deklaration und die Kooperation der Steuerpflichtigen gesetzt. Erst wenn diese unzureichend oder fragwürdig erscheint, werden Kontrollinstrumente eingesetzt.

Bei Auslandssachverhalten werden weiterhin erhebliche Anstrengungen unternommen, um die Verifikationsmöglichkeiten zu verbessern. Letztlich sind der Verifikation in diesem Bereich durch das Territorialprinzip Grenzen gesetzt.

67 § 33 Abs. 5 Satz 2 FinStrG.

Die Reform der Kapitaleinkommensbesteuerung im Rahmen des Verfassungs- und Europarechts

Prof. Dr. *Moris Lechner*
Ludwig-Maximilians-Universität, München

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. EinführungII. Der verfassungsrechtliche Rahmen<ul style="list-style-type: none">1. Finanzverfassungsrechtliche Leitlinien2. Gleichheitsrechtliche Vorgaben für eine synthetische Einkommensteuer3. Lenkungsziele4. Kapitaleinkommen und Arbeits-einkommen im sozialen SteuerstaatIII. Der Rahmen des Europarechts und des Internationalen Steuerrechts<ul style="list-style-type: none">1. Vorgaben der Grundfreiheiten2. Wirkungen der abkommensrechtlichen Freistellungsmethode3. Die überkommene Rechtfertigung der Freistellungsmethode | <ul style="list-style-type: none">IV. Die territoriale Radizierung von Leistungsfähigkeit als Direktive für ein umfassendes Konzept von Steuergerechtigkeit<ul style="list-style-type: none">1. Steuergerechtigkeit im Licht der Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit2. Territorial-äquivalenztheoretische Rechtfertigung der Besteuerung3. Territorialität im Binnenmarkt4. Differenzierung von Belastungsentscheidungen nach territorial unterschiedlichen Bedingungen der EinkommenserzielungV. Folgerungen<ul style="list-style-type: none">1. Senkung des inländischen Steuerebeneaus als Fernziel2. Begünstigung von Kapitaleinkommen gegenüber Arbeitseinkommen |
|---|---|

I. Einführung

Die Frage nach den Vorgaben des Verfassungs- und des Europarechts für die Reform der Kapitaleinkommensbesteuerung findet im Vorschlag einer *Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer*¹ einen sehr speziellen und zugleich einen sehr grundsätzlichen Bezug. Der Entwurf will die Standortattraktivität Deutschlands durch eine im Vergleich zur Besteuerung von Arbeitseinkommen niedrigere

¹ *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer, Expertise im Auftrag der Bundesminister der Finanzen und für Wirtschaft und Arbeit vom 23.2.2005, Wiesbaden, April 2006 (nachfolgend: SVR).*

Besteuerung von Kapitaleinkommen verbessern². Zu dem mit dem proportionalen Vorzugsteuersatz i. H. v. 25 % zu belastenden Kapitaleinkommen sollen neben Zinsen auch diejenigen Gewinnanteile aus gewerblicher und selbständiger Tätigkeit sowie Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft und Vermietung und Verpachtung gehören, die einer kalkulatorischen Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals entsprechen³. Für Gewinnanteile, die über diese kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung hinausgehen und für andere Einkünfte, insbesondere für solche aus nichtselbständiger Arbeit, soll es bei dem geltenden progressiven Einkommensteuertarif bleiben⁴. Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften werden in die Besteuerung des Kapitaleinkommens einbezogen⁵.

Zwar zielt auch der von der *Kommission Steuergesetzbuch* vorgelegte Entwurf der Stiftung Marktwirtschaft⁶ auf eine Reduzierung der Unternehmenssteuerbelastung. Er sieht jedoch für den Fall der Ausschüttung, anders als der Entwurf des Sachverständigenrats⁷, eine am Gedanken der synthetischen Einkommensteuer ausgerichtete Nachbelastung der auf Unternehmensebene niedrig besteuerten Gewinne vor⁸. Auch der *Karlsruher Entwurf*⁹ und der *Kölner Entwurf*¹⁰ bleiben dem Konzept der synthetischen Einkommensteuer verpflichtet.

Nachdem der Sachverständigenrat die von ihm vorgeschlagene Steuersattdifferenzierung mit der wichtigen Zielsetzung einer Verbesserung der Standortattraktivität für Investitionen im Inland begründet¹¹, wirft der Entwurf neben verfassungsrechtlichen Problemen der Steuergerechtigkeit auch Fragen zu den grenzüberschreitenden Aspekten des Steuersatzunterschieds auf. Dies sind nicht nur europarechtliche, sondern auch abkommensrechtliche

2 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 5 f.; 40; 48 ff.

3 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 25, 57 ff.

4 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 18, 48, 54 f.

5 Gewinne von Kapitalgesellschaften, die einer proportionalen Steuer i. H. v. 25 % unterliegen, bleiben deshalb bei der Ausschüttung steuerfrei, so weit sie diese kalkulatorische (typisierte) Eigenkapitalverzinsung nicht übersteigen. Ein darüber hinausgehender Gewinn (Übergewinn) unterliegt einer proportionalen Zusatzbelastung in Höhe eines Einkommensteuersatzes, der 25 % nicht übersteigen soll. Zusammen mit der Vorbelastung durch die Körperschaftsteuer soll sich die Gesamtbelastung des ausgeschütteten Gewinns auf maximal 43,75 % belaufen (SVR, a. a. O. [Fn. 1], Rz. 127).

6 *Stiftung Marktwirtschaft, Frankfurter Institut*, Einfacher, gerechter, sozialer: Eine umfassende Ertragsteuerreform für mehr Wachstum und Beschäftigung, Kommission Steuergesetzbuch, Stand 30.1.2006.

7 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 52.

8 *Stiftung Marktwirtschaft*, a. a. O. (Fn. 6), C I 1. (3) c).

9 *Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes*, IV. Begründung (Allgemeiner Teil); V. Begründung (Besonderer Teil) zu § 2.

10 *Lang u. a.*, *Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes*, 2005, Rz. 9, 49, 121 ff.

11 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 5 f., 40, 48 ff.

Fragen. Die zunächst begrenzt erscheinende Problematik einer *Dualen Einkommensteuer* weitet sich somit zu einer sehr grundlegenden Fragestellung aus. Es ist dies die Frage, wie das bislang durch eine Binnensicht auf die innerstaatliche Verfassung geprägte Verständnis von Steuergerechtigkeit auf grenzüberschreitende Konstellationen erweitert werden kann¹². Vor allem die Einbeziehung des Internationalen Steuerrechts, d. h. des Rechts der Doppelbesteuerungsabkommen, ist dringend erforderlich, weil die Vermeidung der Doppelbesteuerung nach der Freistellungsmethode erhebliche Steuervorteile für diejenigen Inländer zur Folge hat, die nicht im Inland, sondern im niedriger besteuerten Ausland investieren¹³. Dieses Problem ist vor dem Hintergrund der europarechtlich begründeten Zweifel an Vorschriften des deutschen Außensteuergesetzes¹⁴ besonders gravierend.

II. Der verfassungsrechtliche Rahmen

Auszugehen ist von den Vorgaben der Verfassung, weil auch ein europarechtlich und abkommensrechtlich erweitertes Konzept von Steuergerechtigkeit verfassungskonform sein muss.

1. Finanzverfassungsrechtliche Leitlinien

Die Frage nach der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer *Dualen Einkommensteuer*¹⁵ wirft keine unlösbaren Probleme auf, weil die rechtsstaatliche *Ordnungsfunktion* der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenz- und Ertragsverteilungsvorschriften durch die vorgeschlagene Umgestaltung der Einkommensteuer nicht nachhaltig beeinträchtigt wird¹⁶.

12 Dazu u. IV.

13 Dazu u. III.2.

14 Vgl. *EuGH* v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), HFR 2006, 1164; *Wassermeyer*, DB 2006, 2050; *ders.*, IStR 2006, 667; *Köhler/Eicker*, DStR 2006, 1871; *Hahn*, IStR 2006, 667; *Körner*, IStR 2006, 675; *Kraft*, IStR 2006, 614; *Schönfeld*, StuW 2005, 158.

15 Vgl. dazu *Schön*, in FS Solms, S. 263, 264 f.

16 Vgl. zu den Anforderungen und Grenzen der finanzverfassungsrechtlichen Bindung *Hiddien*, in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 106 GG, Rz. 1336, 1338 ff.; *Vogel/Waldhoff*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, Rz. 577 ff.; *P. Kirchhof*, in Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV², § 88, Rz. 68: „Grundlegende Änderungen der Belastungsgründe sind nur durch Verfassungsänderungen möglich.“

2. Gleichheitsrechtliche Vorgaben für eine synthetische Einkommensteuer

Aus der Perspektive der Grundrechte trifft der Entwurf einer *Dualen Einkommensteuer* den Gleichheitssatz, die zentrale verfassungsrechtliche Vorgabe für Steuergerechtigkeit im Sinne von gleicher Lastenverteilung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, in seiner Kernaussage. Eine Höherbelastung von Arbeitseinkommen im Vergleich zu Einkommen aus Kapital wäre nach der gleichheitsrechtlichen Grundvorgabe für die Ausgestaltung der Belastungsentscheidung durch die Fiskalzwecknorm¹⁷ nur unter der Bedingung zulässig, dass Arbeitseinkommen eine höhere Leistungsfähigkeit begründet als Kapitaleinkommen gleicher Höhe. Anhaltspunkte dafür sind jedoch nicht erkennbar und werden von den Verfassern des Entwurfs auch nicht angenommen. Aber auch die gegenteilige, früher unter der Überschrift der Besteuerung *fundierten* Einkommens vertretene Auffassung, wonach Kapitaleinkommen sogar höher zu belasten sei als Arbeitseinkommen, konnte sich zu Recht nicht durchsetzen¹⁸. Ebenso wenig zielt der im geltenden Recht verankerte, in seinen Ausprägungen aber mittlerweile stark abgeschwächte Dualismus der Einkunftsarten¹⁹, auf die Ermittlung von qualitativ unterschiedlicher Leistungsfähigkeit. Das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist ein homogenes Prinzip. Diese Homogenität kommt in den Ausprägungen des Nettoprinzips²⁰ und in den Anforderungen an die hinreichende Folgerichtigkeit der Grundentscheidungen des Gesetzgebers²¹ zum Ausdruck. Sie wirkt als grundlegende Vorgabe für eine synthetische Einkommensteuer. *Monika Jachmann* spricht in Bezug auf das geltende Einkommensteuerrecht trotz „diverser schedularisierender Elemente“ ausdrücklich von einer „Grundentscheidung für ein syntheti-

17 Grundlegend zur Unterscheidung zwischen Fiskalzwecknormen und Lenkungsnormen *Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, S. 123 ff.

18 Vgl. dazu *Eichhorn*, Die Höherbelastung fundierter Einkünfte durch direkte Staatsteuern (1910); *Scheel*, Berner Einkommensteuergesetz, Jahrbuch für Nationalökonomie 1874, S. 283 ff.; *P. Kirchhof*, *StuW* 2006, 3, 10; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II², S. 922 ff.; *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht¹⁸, § 4 Rz. 106.; vgl. aber BVerfGE 43, 1, 7 v. 12.10.1976: „höhere Steuerkraft“ des Vermögens.

19 Zu dieser Abschwächung *Schön*, *BTR* 2005, 620, 623 ff.; *Rädler*, in *FS Raupach*, S. 97, 101 f.; grundlegend zum Dualismus: *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. II², S. 668 ff.; *J. Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, S. 56 ff., 216 ff., 273 ff., 315 ff.

20 Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des objektiven Nettoprinzips *Lehner*, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verlustberücksichtigung, in *Lehner* (Hrsg.), Verluste im nationalen und im Internationalen Steuerrecht, S. 1, 5 ff.

21 BVerfGE 107, 27, 48; *P. Kirchhof*, zuletzt *StuW* 2006, 3, 14 ff.; speziell im vorliegenden Zusammenhang *Jachmann*, Zur Vereinbarkeit einer Abgeltungssteuer mit dem deutschen Verfassungsrecht, in *Schick* (Hrsg.), Veranlagung-Abgeltung-Steuerfreiheit, Besteuerung von Kapitalerträgen im Rechtsstaat, Publ. der Stiftung Marktwirtschaft, Frankfurter Institut, S. 15, 16.

sches Einkommensteuerkonzept²². Die immer wieder bekräftigte Forderung nach einer synthetischen Einkommensteuer²³ ist eine notwendige Konsequenz des Gebots der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit²⁴. Sowohl der *Karlsruher Entwurf*²⁵ als auch der *Kölner Entwurf*²⁶ eines Einkommensteuergesetzes halten an dieser Vorgabe fest. Andererseits stellt *Spengel*²⁷ in seinem Gutachten zum diesjährigen Juristentag fest, dass eine *Duale Einkommensteuer* kein Gegenpol zu einer synthetischen Einkommensteuer mit einer *flat tax*²⁸ wäre.

Von einer insgesamt proportionalen Steuer grundlegend zu unterscheiden ist aber eine nach der Art von Einkünften differenzierende Tarifbelastung. Das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Entscheidung zur Tarifbegrenzung gewerblicher Einkünfte nach § 32c EStG a. F.²⁹ mit ausdrücklichem Bezug auf eine Schedulenbesteuerung fest, dass allein die systematische Unterscheidung zwischen verschiedenen Einkunftsarten für eine Rechtfertigung von Steuersatzunterschieden nicht ausreicht³⁰. Für Sondertarife, so das Bundesverfassungsgericht mit Bezug auf ältere Rechtsprechung, gelten keine geringeren Rechtfertigungsanforderungen durch besondere sachliche Gründe als für Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips³¹. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu der aus dem Gebot der Belastungsgleichheit abgeleiteten Gleichbehandlung der Einkunftsarten wird von den Verfassern des Entwurfs einer *Dualen Einkommensteuer* weitgehend zustimmend zitiert³². Ihre Hauptargumente konzentrieren sich deshalb auf die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Differenzierungen unter Lenkungs Gesichtspunkten³³.

22 *Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern, S. 117; *dies.*, Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und wirtschaftlicher Freiheit, S. 23 ff., 26 ff.

23 *P. Kirchhof*, zuletzt *StuW* 2006, 3, 9 f.; *Karlsruher Entwurf*, Begründung zu § 2 EStG; *J. Lang*, *StuW* 2006, 22, 28; *ders.*, *NJW* 2006, 2209, 2210; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. II², S. 668 ff.; *Birke*, *StuW* 2000, 328, 331; *Seiler*, Gutachten F für den 66. DJT 2006, F 24 ff.; zur Belastungsgleichheit einer synthetischen Einkommensteuer mit einer *flat tax*: *Spengel*, Gutachten G für den 66. DJT 2006, G 24; vgl. zur Problematik auch *Hey*, *JZ* 2006, 851, 852.

24 *J. Lang*, *NJW* 2006, 2209, 2210

25 *Karlsruher Entwurf*, a. a. O. (Fn. 9).

26 *Lang u. a.*, *Kölner Entwurf*, a. a. O. (Fn. 10).

27 *Spengel*, Gutachten G für den 66. DJT 2006, G 5, G 60 f.

28 Zum Konzept der *flat tax* *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Finanzen*, Flat Tax oder Duale Einkommensteuer?, 2004.

29 *BVerfG* v. 21.6.2006, 2 BvL 2/99, *DStR* 2006, 1316, 1317.

30 Vgl. bereits *BVerfGE* 105, 73, 126 v. 6.3.2002 m. w. N.

31 *BVerfG* a. a. O. (Fn. 29); *BVerfG* v. 18.1.2006, *DStR* 2006, 555.

32 *SVR*, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 44 ff.

33 *SVR*, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 47 ff.; dazu und zum Folgenden *Schön*, a. a. O. (Fn. 15), S. 263, 286 f.

3. Lenkungsziele

Im Vordergrund der Zielsetzungen des Entwurfs einer *Dualen Einkommensteuer* steht die Verbesserung der Standortattraktivität für Investitionen im Inland³⁴. Dies ist eine primär wirtschaftspolitische Zielsetzung, deren Verwirklichung von den Möglichkeiten einer optimalen Kapitalallokation und damit von einer optimalen Renditeentscheidung unter Gesichtspunkten der steuerlichen Belastung des Kapitaleinkommens abhängt. Die Verfasser des Entwurfs verweisen auf den für Deutschland als „*Hochsteuerland für Unternehmen*“ bestätigten Befund, wonach eine Besteuerung von Kapitaleinkommen die Nettoerträge des Kapitals verringere und die Inhaber von Kapital zu Ausweichmaßnahmen in Gestalt eines Verzichts auf Investitionen im Inland veranlasse³⁵. Zu Recht berufen sie sich auf mehrere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts³⁶, die es dem Gesetzgeber im Rahmen eines weiten Gestaltungsspielraums erlauben, internationale ökonomische Effekte der Steuerordnung im Sinne der Zielsetzungen des Entwurfs zu berücksichtigen³⁷. Dabei dürfe der Gesetzgeber auch beachten, dass die Belastungsgleichheit des Steuerpflichtigen bei knappem Kapitalangebot auch durch die Weitergabe von Steuerbelastungen auf Konsumenten oder Arbeitnehmer gefährdet sei³⁸. Das Bundesverfassungsgericht³⁹ erlaubt Abweichungen vom Gebot des gleichheitsrechtlich verankerten Gebots der Folgerichtigkeit, wenn dies durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Das Gleichheitsgebot ist umso offener für gesetzgeberische Gestaltungen, je mehr allgemeine, für solche Gestaltungen offene Lebensverhältnisse geregelt werden⁴⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur ungleichmäßigen Besteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen⁴¹ festgestellt, dass der Gesetzgeber im Rahmen des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums bleibe, wenn er „die ihrer Natur nach nicht einer bestimmten Person zugeordnete und geographisch nicht gebundene Erwerbsgrundlage ‚Finanzkapital‘ dadurch erfasste, dass er alle Kapitaleinkünfte ... an der Quelle besteuert und mit einer Definitivsteuer belastet.“ Das Gericht skizziert diese Definitivsteuer jedoch als Belastung, die in einem „linearen Satz den absetzbaren Aufwand und den Progressionssatz in Durchschnitts-

34 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 5 f., 40, 48 ff.

35 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 2, 49.

36 BVerfGE 93, 121, 147; 48, 210, 226; 110, 274, 292; vgl. auch BVerfGE 84, 239 ff., 271 v. 27.6.1991; 93, 165 ff., 177.

37 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 50.

38 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 49.

39 Grundlegend zuletzt BVerfGE 107, 27, 47 v. 4.12.2002 m. w. N.; vgl. dazu *Birk*, a. a. O. (Fn. 17), S. 194 ff.; *Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern, S. 51 ff.; 79 ff.

40 BVerfGE 96, 1, 6 v. 10.4.1997; dazu *P. Kirchhof*, DStJG 24 (2001), S. 9, 17; *ders.* StW 2006, 3, 12 ff.

41 BVerfGE 84, 239, 282 f. v. 27.6.1991.

werten typisiert⁴². Daraus folgt m. E. lediglich die Zulässigkeit einer typisierenden Definitivbelastung, die an die durchschnittliche Tarifbelastung der anderen Einkunftsarten, insbesondere auch an die Belastung des Arbeitseinkommens angeglichen ist, nicht aber eine tarifliche Bevorzugung von Kapitaleinkommen gegenüber Arbeitseinkommen⁴³. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Tarifbegrenzung gewerblicher Einkünfte nach § 32c EStG a. F. vom 21. Juni dieses Jahres⁴⁴ erhalten wirtschaftspolitische Lenkungsziele des Gesetzgebers ein besonderes Gewicht für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit tariflicher Differenzierungen. Soweit die Tarifbegrenzung nach § 32c EStG a. F. nur für gewerbliche Einkünfte gewährt wurde, die der Gewerbesteuer unterlagen, hat das Bundesverfassungsgericht die Ungleichbehandlung primär mit dem Anliegen des Gesetzgebers gerechtfertigt, die Zusatzbelastung durch die Gewerbesteuer zu kompensieren⁴⁵. „Wirtschaftspolitische Förderungs- und Lenkungsziele“ ergänzen das Kompensationsargument⁴⁶, wobei Ziele der Standortsicherung geeignet sind, den Typisierungsspielraum des Gesetzgebers zu erweitern⁴⁷. Übereinstimmend mit dem BFH stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass einzelne außerfiskalische Zielsetzungen, etwa die Förderung der Investitionsbereitschaft und die Schaffung von Arbeitsplätzen, je für sich genommen nicht ausreichen, um die Besserstellung der mit Gewerbesteuer belasteten Einkommensbezieher im Vergleich zu den nicht mit Gewerbesteuer belasteten Einkommensbezieher zu rechtfertigen. Erst die Betrachtung des Gesamtkomplexes der gesetzgeberischen Zielsetzungen des Standortsicherungsgesetzes, die zur Verbesserung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im internationalen Wettbewerb beitragen sollen, verstärkt und ergänzt die Rechtfertigungsbasis für eine Begünstigung der gewerblichen Einkünfte gegenüber den übrigen Einkünften⁴⁸. Besonderes Gewicht für diesen Rechtfertigungsgrund hat die in der Gesetzesbegründung betonte Zunahme des Wettbewerbs um grenzüberschreitende Investitionen im Binnenmarkt und die Beobachtung, dass die Direktinvestitionen deutscher Unternehmen im Ausland stärker angestiegen waren als die Direktinvestitionen ausländischer Unternehmen im Inland. Die vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Rechtfertigungsgründe konvergieren deutlich mit der Zielsetzung der *Dualen Einkommensteuer*, den Wirtschaftsstandort der Bundesrepublik Deutschland zu sichern⁴⁹. Doch geht es bei der *Dualen Einkommensteuer* nicht um die Kompensation einer Zusatzbelastung. Dies lenkt den Blick auf

42 BVerfGE a. a. O. (Fn. 41)

43 So wohl auch *Englisch*, Die Duale Einkommensteuer – Reformmodell für Deutschland, IFST-Schrift Nr. 432, S. 125.

44 BVerfG v. 21.6.2006, 2 BvL2/99, DStR 2006, 1316, 1317.

45 BVerfG a. a. O. (Fn. 44), 1318.

46 BVerfG a. a. O. (Fn. 44).

47 BVerfG a. a. O. (Fn. 44), 1320.

48 BVerfG a. a. O. (Fn. 44).

49 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 1.

die Benachteiligung der Bezieher gewerblicher Einkünfte unterhalb der Kappungsgrenze des § 32c EStG a. F. Insoweit gibt die Entscheidung den allein heranzuziehenden Förderungs- und Lenkungszielen, die „Position des Wirtschaftsstandorts Deutschland im internationalen Wettbewerb zu verbessern“⁵⁰, den Rang eines Rechtfertigungsgrundes von hinreichendem Gewicht für die Ungleichbehandlung⁵¹. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass der Gesetzgeber, seiner deutlich erkennbaren Zielsetzung entsprechend, das „zeitnah Nötige und Mögliche zur Standortsicherung leisten“ wollte und dass § 32c EStG a. F. dem entsprechend als Übergangsregelung zu einer weitergehenden Unternehmens- und insbesondere Gewerbesteuerreform geplant war⁵². Mit diesem Vorbehalt erlaubt das Bundesverfassungsgericht eine Ungleichbehandlung von Beziehern gewerblicher Einkünfte unter- und oberhalb der Kappungsgrenze jedoch nur als „vorläufige“, d. h. zeitlich begrenzte Ausnahmeregelung⁵³. Demgegenüber ist die *Duale Einkommensteuer* zwar als Systemwechsel auf Dauer geplant, sie wäre aber auch als Regelung auf Zeit denkbar und sinnvoll, falls ihr „Ertrag“ dazu führt, dass auch die Steuerbelastung von Arbeitseinkommen abgesenkt werden kann⁵⁴. Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass sich die Vorzugsbesteuerung von Kapitaleinkommen i. S. d. Entwurfs der *Dualen Einkommensteuer*⁵⁵ auf eine kalkulatorische Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals beschränken soll⁵⁶.

Insgesamt führt die Würdigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts deshalb trotz erheblicher gleichheitsrechtlicher Bedenken zu der vorläufigen Folgerung, dass Wettbewerbsnachteile im europarechtlichen und im internationalen Bereich, so sie für die deutsche Wirtschaft existenzgefährdend sind, eine eng begrenzte Vorzugsbesteuerung von Kapitaleinkommen gegenüber Arbeitseinkommen rechtfertigen *könnten*⁵⁷.

Die gleichheitsrechtliche Problematik wird für Arbeitseinkommen und Kapitaleinkommen durch sozialstaatliche Vorgaben ergänzt und überlagert.

4. Kapitaleinkommen und Arbeitseinkommen im sozialen Steuerstaat

Arbeitseinkommen und Kapitaleinkommen stehen in einer Beziehung wechselseitiger Abhängigkeit zueinander, die für den sozialen Steuerstaat⁵⁸ prägend und konstitutiv ist. Der freiheitsverpflichtete und aus diesem Grund

50 *BVerfG* a. a. O. (Fn. 44), 1322.

51 *BVerfG* a. a. O. (Fn. 44).

52 *BVerfG* a. a. O. (Fn. 44), 1322.

53 *BVerfG* a. a. O. (Fn. 44).

54 Dazu noch u. V.

55 Dazu o. I. bei Fn. 3 ff.

56 *SVR*, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 25, 57 ff.

57 Dazu noch u. V.1.

58 Vgl. zum Begriff *Lehner*, Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht, S. 360 ff.

auf die freiwillige Erwerbstätigkeit seiner Bürger angewiesene soziale Steuerstaat muss die gleichheitsrechtlichen und die freiheitsrechtlichen Voraussetzungen dieser wechselseitigen Abhängigkeit schützen⁵⁹. Keinesfalls darf er Arbeitseinkommen durch eine allzu weitgehende Tarifspreizung gegenüber Kapitaleinkommen in einem Ausmaß benachteiligen, das diese Funktionsvoraussetzungen stört. Bedeutsam ist insoweit auch, dass der im Inland ansässige Arbeitnehmer grundsätzlich nur dann in den Genuss eines niedrigeren ausländischen Steuersatzes kommt, wenn er im Ausland tätig wird. Dagegen kommt der Unternehmer schon dann in den Genuss eines niedrigeren ausländischen Steuersatzes, wenn er im Ausland eine Betriebsstätte unterhält oder wenn er im Ausland eine Kapitalgesellschaft gründet, die gewissen Substanzanforderungen genügt⁶⁰. Werden diese Zusammenhänge nicht berücksichtigt, so besteht die Gefahr, dass der Anreiz zur Erzielung von Arbeitseinkommen sinkt und dass Arbeitseinkommen durch Sozialeinkommen substituiert werden muss. Auf der anderen Seite kann nicht bezweifelt werden, dass die Unternehmensbesteuerung auch im Interesse der Erhaltung von Arbeitsplätzen und damit im Interesse der gesamten Volkswirtschaft darauf ausgerichtet sein muss, die Leistungsfähigkeit der Unternehmen zu konsolidieren und zu stärken⁶¹. Diese Zielsetzungen stehen im stetig zunehmenden Kontext des Europarechts und des Internationalen Steuerrechts.

III. Der Rahmen des Europarechts und des Internationalen Steuerrechts

Für die im Rahmen der *Dualen Einkommensteuer* vorgeschlagenen Steuersatzunterschiede stellen sich die Fragen nach der Relevanz der europarechtlichen Grundfreiheiten⁶² und nach Parallelen zu der abkommensrechtlichen Freistellungsmethode⁶³.

1. Vorgaben der Grundfreiheiten

Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des EuGH wirken die Grundfreiheiten als Gebote der Inländergleichbehandlung, d. h. als Diskriminierungsverbote und als Beschränkungsverbote⁶⁴; die Kapitalverkehrsfreiheit ist bereits im Wortlaut des EG-Vertrages als Beschränkungsverbot

59 Vgl. P. Kirchhof, DStJG 24 (2001), S. 9, 12; ders. StuW 2006, 3, 10.

60 Vgl. BFH I R 94/97 v. 19.1.2000, BStBl. 2001 II, 222 m. w. Nachw.; zu diesen Folgen der abkommensrechtlichen Freistellung noch u. III.2.

61 Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht⁹, S. 5.

62 Dazu u. 1.

63 Dazu u. 2.

64 Grundlegend zu dieser Unterscheidung Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, insb. S. 104 ff.; Reimer, Die Auswirkungen der Grundfreiheiten auf das Ertragsteuerrecht der Bundesrepublik Deutschland, in Lehner (Hrsg.), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, S. 39 ff.; 55 ff.

normiert. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote richten sich gegen Nachteile für Inlandsinvestitionen von Ausländern im Quellenstaat (Diskriminierungsverbote) und gegen Nachteile für Auslandsinvestitionen von Inländern im Sitz- bzw. Wohnsitzstaat (Beschränkungsverbote). Steuersatzunterschiede, wie sie im Verhältnis der einzelnen Mitgliedstaaten zueinander bestehen⁶⁵, beeinflussen das Investitionsverhalten zwar nachhaltig, sie sind jedoch im Hinblick auf die Grundfreiheiten unproblematisch. Sie bleiben mangels Harmonisierung der direkten Steuern in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Dies hat der EuGH in der *Gilly*-Entscheidung⁶⁶ ausdrücklich bestätigt. Steuersatzunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten fallen in den Bereich der sog. *Disparitäten*, d. h. in den Bereich von Unterschieden zwischen nationalen Regelungen, die je für sich nicht auf Ungleichbehandlung angelegt sind und auch keinen spezifischen Bezug zu einem grenzüberschreitenden Sachverhalt haben. Dazu gehören, so der EuGH in *Peralta*⁶⁷, u. a. national unterschiedliche technische Vorschriften, unterschiedliche Sozialabgaben und grundsätzlich auch unterschiedliche Steuersysteme. *Disparitäten* bilden nur dann gemeinschaftswidrige Beschränkungen, wenn sie durch ihr Zusammenwirken, etwa durch die Kumulation unterschiedlicher Produktanforderungen zweier Staaten, in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt zu einer Erschwerung des Marktzugangs führen⁶⁸. Ein steuerrechtlich bedeutsames Beispiel für Beschränkungen, die durch das kumulative Zusammenwirken einzelstaatlicher Regelungen entstehen können, bildet die Anerkennung des Verlustvortrags einer Betriebsstätte unter der Bedingung, dass das bereits in seinem Sitzstaat einer Buchführungspflicht unterliegende Unternehmen zusätzlich einer Buchführungspflicht im Betriebsstättenstaat genügen muss. In dieser Doppelbelastung hatte der EuGH im Fall *Futura Participations*⁶⁹ eine gemeinschaftswidrige Beschränkung gesehen. Aber auch Unterschiede in den Steuersystemen zweier Staaten, die je für sich keine spezifische Beschränkung bewirken, können in grenzüberschreitenden Konstellationen zu Doppelbelastungen führen. Die internationale Doppelbesteuerung ist das wichtigste Beispiel für Beschränkungen, die erst aus der Kumulation von je für sich nicht beschränkenden und nicht dis-

65 Vgl. zur Unternehmensbesteuerung *Hey*, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa (1997); zu den Einkommens- und Körperschaftsteuersystemen der einzelnen Länder s. *Kesti* (Hrsg.), *European Tax Handbook* 2005; *Memmel/Förster* (Hrsg.), *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Losebl. Stand Juli 2006; *BMF*, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, 2004, S. 4; *BDI*, Die Steuerbelastung der Unternehmen in Deutschland, 2004, S. 12 ff.

66 *EuGH* v. 12.5.1998 – Rs. 336/96 (*Gilly*), Slg. 1998, I-2793, Tz. 34.

67 *EuGH* v. 14.7.1974 – Rs. C-379/92 (*Peralta*), Slg. 1994, I-3453, 3499, Tz. 34.; dazu *Cordewener*, a. a. O. (Fn. 64), S. 299.

68 *Cordewener*, a. a. O. (Fn. 64), S. 254 ff.; 298 ff.

69 *EuGH* v. 15.5.1997 – Rs. C-250/95 (*Futura Participations*) Slg. 1997 I-2471, Tz. 23 ff., 43.

kriminierenden Ursachen entstehen⁷⁰. Doppelbesteuerung ist nach Maßgabe des Art. 293 EG im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander zu vermeiden bzw. zu beseitigen⁷¹. Doppelbesteuerung ist aber kein spezifisches Steuersatzproblem.

Nach alledem kann der im Ausland investierende Inländer von seinem Wohnsitzstaat im Zuge des Anspruchs auf Vermeidung bzw. Beseitigung einer Doppelbesteuerung ebenso wenig verlangen, nach dem Besteuerungsniveau des ausländischen Staates besteuert zu werden, wie der beschränkt Steuerpflichtige vom Quellenstaat verlangen kann, nach dem Steuerniveau seines Herkunftsstaates besteuert zu werden⁷². *Disparitäten* bleiben im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten unschädlich, solange damit keine benachteiligenden Differenzierungen zwischen Inlandsinvestitionen von Ausländern im Quellenstaat bzw. von Auslandsinvestitionen durch Inländer im Wohnsitzstaat verbunden sind⁷³.

Für Steuersatzunterschiede innerhalb einer Rechtsordnung kann letztlich nichts anderes gelten als für Steuersatzunterschiede im Verhältnis der Staaten zueinander. Voraussetzung für die Nichtanwendbarkeit der Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote ist aber auch für Steuersatzunterschiede innerhalb einer Rechtsordnung, dass sie sich nicht zum Nachteil für beschränkt Steuerpflichtige im Vergleich zu unbeschränkt Steuerpflichtigen auswirken und dass sie unabhängig davon bestehen, ob der Inländer im Inland oder im Ausland investiert. Nach geltendem deutschen Recht ist diese Voraussetzung nicht durchgehend erfüllt, wie der Fall *Gerritse*⁷⁴ zeigt. Schließlich kann auch aus dem Verhältnis zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Kapitalverkehrsfreiheit keine Aussage für oder gegen die Zulässigkeit einer *Dualen Einkommensteuer* abgeleitet werden. Zwar fällt Kapitaleinkommen i. S. d. Entwurfs des Sachverständigenrats⁷⁵ *cum grano salis* ebenso in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit⁷⁶ wie die Besteuerung des Arbeitseinkommens von der Arbeitnehmerfreizügigkeit

70 Dazu *Lehner*, Tax consequences resulting from the application of the non-restriction principle in areas other than taxation: distinction between discriminatory and non-discriminatory restrictions, in Vanistendael (Hrsg.), EU Freedoms and Taxation, S. 47, 51.

71 Vgl. dazu *Lehner*, in Vogel/Lehner, Doppelbesteuerungsabkommen⁴, Einleitung Rz. 264.

72 Vgl. auch *EuGH* v. 12.5.1998 – Rs. 336/96 (*Gilly*), Slg. 1998, I-2793, Tz. 34, 46.

73 Vgl. *Schön*, IStR 2004, 289, 293 u. a. zur *Gerritse*-Entscheidung des *EuGH* (v. 12.6.2003 – Rs. C-243/01, Slg. 2003, 5933).

74 *EuGH* a. a. O. (Fn. 73).

75 Dazu o. I. bei Fn. 3 ff.

76 Vgl. zum Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der direkten Steuern die Beiträge in *Lechner/Staringer/Tumpel*, Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht; *Schön*, in FS Wassermeyer, S. 489; *Rohde*, StuB 2005, 222; *Schwenke*, IStR 2006, 748; *Hahn*, DStZ 2005, 433; *Schießl*, StuW 2005, 211 und die Nachw. in Fn. 14.

erfasst wird⁷⁷, doch besteht zwischen beiden Grundfreiheiten kein Verhältnis des Vor- oder Nachrangs, zumal beide, die Kapitalverkehrsfreiheit bereits wegen ihres Wortlauts, die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach der Auslegung durch den *EuGH*⁷⁸, gleichermaßen als Beschränkungsverbote wirken.

Aus alledem folgt, dass Steuersatzunterschiede innerhalb Europas nicht mit Hilfe der Diskriminierungsverbote beseitigt werden können. Lösbar ist das Problem der Steuersatzunterschiede im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander nur über eine Harmonisierung der Steuersätze, die aber gegenwärtig keine Aussicht auf Erfolg hat⁷⁹.

2. Wirkungen der abkommensrechtlichen Freistellungsmethode

Die Vermeidung der Doppelbesteuerung nach der Freistellungsmethode, die der deutschen Abkommenspraxis als traditionelle Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung zugrunde liegt⁸⁰, führt bereits *de lege lata* zu gravierenden Belastungsunterschieden zwischen Einkommen, das von Inländern aus einem Staat mit geringerer als der inländischen Steuerbelastung erzielt wird und inländischem Einkommen.

Die Doppelbesteuerung für Kapitaleinkommen i. S. d. Begriffsbestimmung des Sachverständigenrats⁸¹ wird, wenn die Einkünfte mittels einer ausländischen Betriebsstätte oder festen Einrichtung erzielt werden, grundsätzlich durch Freistellung im Sitz- bzw. Wohnsitzstaat beseitigt⁸². Für Kapitaleinkünfte in Gestalt von Zinsen und Dividenden, die keiner ausländischen Betriebsstätte zuzurechnen sind, hat der Wohnsitzstaat eine primäre Besteuerungszuständigkeit, während der Staat, aus dem die Einkünfte stammen, eine reduzierte Quellensteuer erheben darf, die dann im Sitz- bzw. Wohnsitzstaat angerechnet wird⁸³. Arbeitseinkommen wird ausschließlich im Tätigkeitsstaat, d. h. im Quellenstaat besteuert, wenn die Arbeit dort ausgeübt wird und wenn sich der Arbeitnehmer mehr als 183 Tage während des Kalenderjahres im Tätigkeitsstaat aufhält oder wenn die Arbeit auf Kosten eines im

77 *EuGH v. 8.5.1990* – Rs. C-175/88 (*Biehl*), Slg. 1990, 1779, Tz. 19 (ständige Rspr.); dazu *Cordeuener*, a. a. O. (Fn. 64), S. 422 ff.

78 Grundlegend *EuGH v. 15.12.1995* – Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995 I-4921.

79 Vgl. dazu *Lehner*, Entwicklungslinien europäischer Steuerpolitik und Steuerrechtsprechung, in FS Scholz (erscheint demnächst).

80 Vgl. *K. Vogel*, Wesen und Wirkung der Freistellung, in *Vogel/Wassermeyer u. a.* (Hrsg.) *Freistellung im Internationalen Steuerrecht*, S. 1.

81 Dazu o. I. bei Fn. 3 ff.

82 Vgl. Art. 7 Abs. 1 und 2 OECD-MA; zur deutschen Vertragspraxis *Hemmelrath*, in *Vogel/Lehner*, a. a. O. (Fn. 71), Art. 7 Rz. 48 ff., 96 ff.; für Einkünfte aus selbständiger Arbeit Art. 14 Abs. 1 OECD-MA bis zum Jahre 2000 (danach Art. 7 OECD-MA); zur deutschen Vertragspraxis *Prokisch*, in *Vogel/Lehner*, a. a. O. (Fn. 71), Art. 14 Rz. 37 ff.

83 Art. 23 A Abs. 2 OECD-MA; vgl. dazu *K. Vogel*, in *Vogel/Lehner*, a. a. O. (Fn. 71), Art. 23 Rz. 120 ff.; zur deutschen Vertragspraxis Rz. 171 ff.

Tätigkeitsstaat ansässigen Arbeitgebers oder einer dort belegenen Betriebsstätte ausgeübt wird⁸⁴. Danach können Steuersatzdifferenzen zwischen inländischen und ausländischen Einkünften als Folge der Freistellungsmethode nicht nur für Unternehmensgewinne entstehen, sondern auch für Arbeitseinkommen, je nachdem ob es unter den genannten Voraussetzungen von Inländern im Inland oder aber im Ausland erzielt wird. Ist das Steuersatzniveau im Quellenstaat insgesamt niedriger als im Sitz- bzw. Wohnsitzstaat, so besteht der Steuersatzunterschied auch zwischen Arbeitseinkommen, das von Inländern im höher besteuerten Wohnsitzstaat erzielt wird und Kapitaleinkommen (im Sinne des Sachverständigenrates⁸⁵), das von Inländern mittels einer Betriebsstätte im niedriger besteuerten Quellenstaat erzielt wird. Die gleichheitsrechtlich problematische Entlastung bei niedrigeren Steuersätzen im Quellenstaat wird zwar durch den Progressionsvorbehalt⁸⁶ abgemildert, aber nicht vollständig vermieden. Erzielt die im Inland ansässige Person jedoch ausschließlich ausländische Einkünfte, so wirkt der Progressionsvorbehalt überhaupt nicht⁸⁷. Er wirkt auch nicht im Bereich der nach proportionalem Satz erhobenen Körperschaftsteuer.

Die Anrechnungsmethode vermeidet diesen, auf den ersten Blick gleichheitswidrigen Effekt. Ein Wechsel der deutschen Abkommenspolitik zur Anrechnungsmethode wäre jedoch aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit des Standortes Deutschland unerwünscht, weil sie Auslandsinvestitionen bei höherem inländischem Steuersatz im Ergebnis mit diesem höheren Satz belasten würde⁸⁸.

3. Die überkommene Rechtfertigung der Freistellungsmethode

Für den Versuch, Steuersatzunterschiede zwischen *inländischem* Kapitaleinkommen und *inländischem* Arbeitseinkommen vor dem Hintergrund der Freistellungsmethode zu rechtfertigen, erweist sich die Rechtfertigung der Freistellungsmethode als Vorfrage. Zunächst muss sich die Freistellung gegen die Grundentscheidung des Einkommen- und Körperschaftsteuergesetzes für die unbeschränkte Steuerpflicht mit dem Welteinkommen behaupten. Die Steuerpflicht mit dem Welteinkommen unter Anrechnung der im Quellenstaat erhobenen Steuer erfüllt die überkommenen Vorstellungen von Steuergerechtigkeit in der Ausprägung eines vom Leistungsfähigkeitsprinzip

84 Vgl. zu den Voraussetzungen *Prokisch*, in Vogel/Lehner, a. a. O. (Fn. 71), Art. 15 Rz. 13 ff.; zur deutschen Abkommenspraxis Rz. 69 ff.

85 Vgl. dazu o. I. 1.

86 Vgl. zur Wirkung des Progressionsvorbehalts *K. Vogel*, in Vogel/Lehner, a. a. O. (Fn. 71), Art. 23 Rz. 208 ff.

87 Vgl. zu dieser Wirkung des Progressionsvorbehalts *Frenz*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 32b Rz. A 237 ff.

88 *Frenz*, a. a. O. (Fn. 87), Rz. A 72.

vorausgesetzten Universalitätsprinzips⁸⁹, weil sie darauf angelegt ist, Bezahler von Auslandseinkünften und von Inlandseinkünften im Inland gleich zu belasten. Die Auffassung, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip die Besteuerung des Welteinkommens gebietet, ist jedoch von *Klaus Vogel* bereits vor längerer Zeit nachhaltig bestritten worden⁹⁰. *Vogel* hat überzeugend ausgeführt, dass eine Beschränkung der Besteuerung auf inländische Einkünfte auch bei im Inland Ansässigen als Konkretisierung des Leistungsfähigkeitsprinzips ebenso denkbar ist, wie die dem geltenden Einkommensteuergesetz zugrunde liegende Besteuerung des Welteinkommens⁹¹. Ganz unabhängig von dieser Kritik an der Besteuerung des Welteinkommens wird der Besteuerungsvorrang des Quellenstaats, und damit die Freistellungsmethode, mit unterschiedlichen Argumenten der Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Staaten, vor allem aber aus äquivalenztheoretischen Gründen gerechtfertigt⁹². Danach gebührt dem Staat eine primäre Besteuerungszuständigkeit, dessen Rechts- und Wirtschaftsstruktur eine wesentliche Voraussetzung für die Erzielung der Einkünfte bietet; dies ist grundsätzlich der Quellenstaat⁹³. Zwar verbleibt dem Quellenstaat auch im Fall der Beseitigung der Doppelbesteuerung nach der Anrechnungsmethode eine primäre Besteuerungszuständigkeit, doch wirkt der äquivalenztheoretisch begründete Vorrang des Quellenstaats im Fall der Anrechnungsmethode nicht zugunsten des Steuerpflichtigen, weil dieser in jedem Fall nach dem höheren Steuerniveau belastet wird⁹⁴.

An diese äquivalenztheoretischen Vorüberlegungen knüpft der nachfolgende Versuch einer territorialen Radizierung von Leistungsfähigkeit als Grundlage für ein umfassendes Konzept von Steuergerechtigkeit, das auch im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Steuersatzunterschieden zwi-

89 *Lang*, in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*¹⁸, § 4 Rz. 78; § 9 Rz. 1; vgl. auch *H. Schaumburg*, in *FS Tipke*, S. 125, 127 ff.; *ders.*, *Internationales Steuerrecht*², Rz. 5, 62 ff.

90 *K. Vogel*, in *FS Franz Klein*, S. 361 ff.; *ders.*, *DStJG* 8 (1985), S. 3, 26; vgl. auch u. IV.2. und die Nachw. in Fn. 123-127.

91 *K. Vogel*, a. a. O. (Fn. 90), S. 370 ff.

92 Vgl. *Graetz/Grindberg*, *Taxing International Portfolio Income*, *Tax Law Review* No. 56 (2003), S. 537 ff. 558 m. w. N.; *Graetz/O'Hear*, *The „Original Intent“ of U.S. International Taxation*, 46. *Duke Law Journal*, S. 1021, 1037 ff.; *Musgrave*, *Taxation of Foreign Investment Income, An Economic Analysis*, 1969, S. 121 ff., 130 ff.; *Ross*, *Tax Notes International* 2006, 719 ff.; *K. Vogel*, a. a. O. (Fn. 90), S. 374.

93 Für eine primäre Besteuerungszuständigkeit des Quellenstaats insb. *K. Vogel*, „Source“ and „Jurisdiction“ im Steuerrecht der Vereinigten Staaten und im deutschen Recht, in *FS Walter*, S. 101; *ders.*, *Intertax* 1988, 216; 310; 393; *Reimer*, *Der Ort des Unterlassens*, S. 299 ff., 307; (der – allerdings beschränkt auf handlungsbezogene Verteilungsnormen und das OECD-MA – eine Systemscheidung zugunsten einer vorrangigen Besteuerung im Quellenstaat nachweist); vgl. dazu insgesamt auch die Beiträge in *Engelschalk/Flick* u. a. (Hrsg.), *Steuern auf ausländische Einkünfte*, München 1985.

94 Vgl. zu dieser Wirkung der Anrechnungsmethode *Schaumburg*, *Internationales Steuerrecht*², Rz. 14.28.

schen inländischem Kapitaleinkommen und inländischem Arbeitseinkommen Bedeutung erlangt.

IV. Die territoriale Radizierung von Leistungsfähigkeit als Direktive für ein umfassendes Konzept von Steuergerechtigkeit

Das überkommene Konzept der Steuergerechtigkeit ist weitgehend inlandsbezogen, weil grenzüberschreitende Sachverhalte, die sich auf die Leistungsfähigkeit auswirken, grundsätzlich nur nach dem Maßstab der Lasten-gleichheit im Wohnsitzstaat berücksichtigt werden. Die im Fall eines niedrigeren Steuerniveaus im Quellenstaat gleichheitswidrigen Wirkungen der Freistellungsmethode können auf diese Weise nicht gerechtfertigt werden. Demgegenüber orientiert sich das Modell einer territorialen Radizierung steuerlicher Leistungsfähigkeit an den territorialen Bedingungen der Einkommenserzielung.

1. Steuergerechtigkeit im Licht der Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit

Bereits im Jahre 1964 hat *Klaus Vogel*⁹⁵ seine grundlegenden Gedanken über die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit i.S. einer „offenen Staatlichkeit“⁹⁶ vorgestellt. Die Bindung der Mitgliedstaaten an das Europarecht belegt die Notwendigkeit, Steuergerechtigkeit ebenfalls im Licht der Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit zu entfalten. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine derartige Öffnung sind gegeben: *Dieter Birk*⁹⁷ hat deutlich gemacht, dass der Maßstab für die Gleichbehandlung innerhalb einer Rechtsordnung zu suchen ist. Er hat dafür den Begriff der „Kästchengleichheit“ geprägt. Davon zu unterscheiden ist der sachliche Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes und anderer innerstaatlicher Normen auf Sachverhalte mit Auslandsberührung. Voraussetzung für die Berücksichtigung von Auslandssachverhalten nach innerstaatlichem Recht ist eine „echte Verknüpfung“, ein „*genuine link*“⁹⁸ zwischen dem Auslandssachverhalt und der territorialen und personalen Hoheitssphäre eines Staates. Für die innerstaatlichen Regelungen über die beschränkte und die unbeschränkte Steuerpflicht ist diese Voraussetzung in Gestalt des inländischen Wohnsitzes bzw. der im Inland belegen Einkunftsquelle der nicht ansässigen Person erfüllt. Die

95 *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen 1964, auch in *P. Kirchhof* (Hrsg.), Der offene Finanz- und Steuerstaat, S. 3 ff.

96 *K. Vogel*, a. a. O. (Fn. 95), S. 35, 29.

97 *Dieter Birk*, DStJG 19 (1996), S. 63 ff., 65; vgl. auch *Lehner/Waldhoff*, in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, § 2 Rz. A 200 ff.

98 Vgl. *StIGH*, PCIJ Ser. A, No. 10, 1927, 18 f.; dazu *K. Ipsen*, Völkerrecht⁴, S. 284 f.

Erstreckung innerstaatlichen Rechts auf Auslandssachverhalte muss freilich auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Insoweit gebietet, zumindest rechtfertigt, der Gleichheitssatz zwar nach überkommener Auffassung die Erstreckung der unbeschränkten Steuerpflicht auf das Welteinkommen⁹⁹, mit der Folge, dass dem Gebot leistungsfähigkeitgerechter Besteuerung durch Anrechnung der ausländischen Steuer Rechnung getragen werden muss¹⁰⁰. Dadurch wird gewährleistet, dass die Steuerbelastung des im Ausland investierenden Inländers nicht geringer ist als die des im Inland investierenden Inländers (Kapitalexportneutralität¹⁰¹). Bei der Freistellung der ausländischen Einkünfte wird das Ziel einer leistungsfähigkeitgerechten Besteuerung nach inländischen Maßstäben jedoch verfehlt, wenn die ausländische Besteuerung niedriger ist und wenn der Progressionsvorbehalt mangels inländischer Einkünfte nicht oder wegen geringer inländischer Einkünfte nur eingeschränkt wirkt. Aus diesem Grund muss das Leistungsfähigkeitsprinzip unter Berücksichtigung der im Auslandssachverhalt erfassbaren Bedingungen der Erzielung von Auslandseinkünften konkretisiert werden.

2. Territorial-äquivalenztheoretische Rechtfertigung der Besteuerung

Bereits *Karl Neumeyer*¹⁰² hat festgestellt, dass jede Steuer der „Abgrenzung im Raum“ bedarf. *Georg von Schanz*¹⁰³ hat eine Aufteilung der Besteuerungszuständigkeit zwischen den Staaten nach dem Prinzip der *wirtschaftlichen Zugehörigkeit* vorgeschlagen. Die territorial-äquivalenztheoretische Rechtfertigung der Steuerpflicht¹⁰⁴ beruht auf einer inlandsbezogenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Voraussetzungen, die für die Erzielung von Einkünften im Gebiet eines Staates bedeutsam sind (Wirtschaftskraft, Stabilität, soziale und innere Sicherheit, Frieden, Flexibilität, ausgewogene Mitbestimmung, ausgewogener Kündigungsschutz, Fremdenfreundlichkeit etc.); sie wird durch die Markteinkommenstheorie¹⁰⁵ gestützt. Die normati-

99 Vgl. dazu bereits o. III.3.

100 Vgl. *Lehner/Waldhoff*, a. a. O. (Fn. 97), Rz. A 503 f.

101 Vgl. dazu und zur Unterscheidung vom Konzept der Kapitalimportneutralität *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung⁵, S. 19 ff.; u. die Nachw. in Fn. 93.

102 *Karl Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. 4 Allgemeiner Teil, Zürich u. a. 1936, S. 61.

103 *Georg von Schanz*, FA 1892, 365, 368; dazu *Lehner/Waldhoff*, a. a. O. (Fn. 97), Rz. A 166; B 70.

104 Vgl. dazu *Lehner*, in FS Wassermeyer, S. 241 ff.; *ders.*, DStJG 23 (2000), S. 263, 276 ff.; *Lehner/Waldhoff*, a. a. O. (Fn. 97), Rz. A 160 ff. m. w. Nachw.; vgl. auch BVerfGE 63, 343, 369.

105 Zur Markteinkommenstheorie *P. Kirchhof*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 123 f., 145 f., 303 ff.; 363 ff.; *ders.*, DStJG 24 (2001), S. 9, 16; *Wittmann*, Das Markteinkommen, S. 5; *Ruppe*, DStJG 1 (1978), S. 7, 16; offen *Hey*, JZ 2006,

ven Grundlagen dieser äquivalenztheoretischen Steuerrechtfertigung finden sich in den Tatbestandsmerkmalen des inländischen Wohnsitzes, des Sitzes bzw. des Ortes der Geschäftsleitung als Voraussetzung der unbeschränkten Steuerpflicht und in den Anknüpfungsmerkmalen der beschränkten Steuerpflicht nach dem Quellenprinzip. Aus äquivalenztheoretischer Sicht hat das Wohnsitzprinzip für die Besteuerung ausländischer Einkünfte (des Welteinkommens) jedoch geringere Legitimationskraft als das territorial-äquivalenztheoretisch begründete Quellenprinzip. Das europarechtlich begründete Binnenmarkprinzip steht dem nicht entgegen.

3. Territorialität im Binnenmarkt

Territorial radizierte Herrschaftsmacht des Staates ist ein wesentliches und unverzichtbares Element staatlicher Souveränität¹⁰⁶. Ebenso wenig wie es einen Staat ohne eigenes Gebiet gibt¹⁰⁷, gibt es einen Staat ohne eigene Besteuerungszuständigkeit. Diese Vorgaben müssen nach Maßgabe der nach Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfesten Staatsfundamentalnorm des Art. 20 Abs. 1 GG beachtet werden. Auch in einem europäischen Staatenverbund ist die souveräne Staatlichkeit der Mitgliedstaaten nicht aufzugeben¹⁰⁸. Art. 23 Abs. 1 GG bringt dies für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in dem von ihm eröffneten und zugleich begrenzten Rahmen der Hoheitsrechtsübertragung auf die Europäischen Union unmissverständlich zum Ausdruck¹⁰⁹. Dagegen beruht die europäische Gemeinschaft nicht auf territorial begründeter Souveränität. Sie hat kein eigenes Hoheitsgebiet, sondern nur einen von den Mitgliedstaaten vermittelten und von ihnen abgeleiteten Hoheitsbereich¹¹⁰. Dem entspricht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen nach Art. 5 Abs. 1 EG. Dieses Prinzip und das in Art. 5 Abs. 2 enthaltene Subsidiaritätsprinzip¹¹¹ sollen nach dem Entwurf der EU-Verfassung weiter gelten¹¹². Auch aus dem Binnenmarktkon-

851; für einen Überblick über das Spektrum der Auffassungen *Dorenkamp*, Nachgelagerte Besteuerung von Einkommen, 2004, S. 35 ff.

106 Grundlegend *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre³, Berlin 1920, S. 396; aus moderner Sicht *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre¹⁴, S. 93 ff.; *Randelzhofer*, Staatsgewalt und Souveränität, in Hdb. des Staatsrechts Bd. I § 15 Rz. 28; *Badura*, Territorialprinzip und Grundrechtsschutz, in FS Leisner, S. 403; *Blumenwitz*, Der deutsche Inlandsbegriff im Lichte des Staats- und Völkerrechts, in FS Schlochauer, S. 25.

107 *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/1², S. 316; vgl. auch *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, S. 2.

108 BVerfGE 89, 155, 181 ff., 190; BVerfGE 97, 350, 372 ff.; *Streinz*, in Sachs, Grundgesetz³, Art. 23 Rz. 23 m. w. Nachw.

109 Vgl. dazu *Scholz*, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Losebl. Stand Oktober 1996, Art. 23 Rz. 54, 87.

110 *Kokott*, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV Anm. 1 zu Art. 299 EG.

111 Vgl. dazu *Streinz*, a. a. O. (Fn. 110), Anm. 30 ff. zu Art. 5 EG.

112 Vgl. Art. I-11 Abs. 2; Art. I-11 Abs. 3 EVV.

zept¹¹³ folgt keine andere Beurteilung. Der Binnenmarkt ist noch kein *einheitlicher* Wirtschaftsraum. Andernfalls gäbe es kein Steuergefälle und kein Interesse an wirtschaftlicher Betätigung außerhalb des Sitz- bzw. Wohnsitzstaats. Es gäbe auch keinen Wettbewerb der Steuersysteme¹¹⁴. Als einheitlicher *Rechtsraum* auf der Basis von *Rechtsvereinheitlichung* ist der Binnenmarkt nicht konzipiert¹¹⁵.

Solange also die Mitgliedstaaten der EG souveräne Steuergläubiger auf der Grundlage territorial begründeter Staatlichkeit sind, d. h. solange sie auch nach der Rechtsprechung des EuGH für die direkten Steuern zuständig bleiben¹¹⁶, beansprucht das Territorialitätsprinzip auch innergemeinschaftliche Geltung. Dem steht die Entwicklung anderer Besteuerungsregeln für den Binnenmarkt nicht entgegen. Viel versprechende Ansätze bilden die Vorschläge der EG-Kommission *Unternehmensbesteuerung im Binnenmarkt*¹¹⁷ über eine Besteuerung multinationaler Konzerne nach Maßgabe der Bemessungsgrundlage eines einzigen Staates, des Sitzstaates (*Home State Taxation*)¹¹⁸, die Besteuerung nach einer einheitlichen (koordinierten) Bemessungsgrundlage (*Common consolidated tax base*)¹¹⁹ oder gar die ebenfalls vorgeschlagene Erhebung einer europäischen Körperschaftsteuer (*European Union company income tax*)¹²⁰. Abgesehen davon, dass sich diese Vorschläge nur auf den Bereich der Körperschaftsteuer beziehen, setzen auch sie Regelungen über die Aufteilung der Besteuerungszuständigkeit voraus. Dies gilt auch für die Vorschläge über die Einführung eines einheitlichen europäischen Doppelbesteuerungsabkommens¹²¹.

4. Differenzierung von Belastungsentscheidungen nach territorial unterschiedlichen Bedingungen der Einkommenserzielung

Eine Differenzierung der Belastungsentscheidung nach territorial unterschiedlichen Bedingungen der Einkommenserzielung eignet sich als Grundlage für ein Konzept von Steuergerechtigkeit, das die Einwirkungen des

113 Vgl. allgemein zum Konzept des Binnenmarktes *Streinz*, a. a. O. (Fn. 110), Anm. 12 ff. zu Art. 3 EG; *Leible*, a. a. O. (Fn. 110), Anm. 9 ff. zu Art. 14 GG; speziell zum vorliegenden Zusammenhang *Lehner*, in FS Wassermeyer, S. 241, 249 ff.

114 *Schön*, (Hrsg.), Tax Competition in Europe; *Hey*, JZ 2006, 851, 853; *Lehner*, StuW 1998, 159 ff.; *BVerfG* v. 21.6.2006, 2 BvL 2/99, DStR 2006, 1316, 1322.

115 Vgl. die Nachw. in Fn. 113.

116 *EuGH* v. 14.2.1995 – Rs. C-279/93 (*Schumacker*), HFR 1995, 282, Tz. 21 (ständige Rspr.).

117 *EG-Kommission*, Unternehmensbesteuerung im Binnenmarkt, Arbeitsdokument der Dienststellen der Kommission KOM (2001) 582 endg.

118 *EG-Kommission*, a. a. O., 13.1.

119 *EG-Kommission*, a. a. O., 13.2.

120 *EG-Kommission*, a. a. O., 13.3.

121 Vgl. die Nachw. bei *Lehner*, in Vogel/Lehner, a. a. O. (Fn. 71), Einleitung Rz. 255 a. E.

Europarechts und des Internationalen Steuerrechts auf das innerstaatliche Steuerrecht systemgerecht aufnehmen kann. Grundlage eines territorial radizierten Verständnisses von Leistungsfähigkeit ist, wie bereits ausgeführt¹²², dass der steuerliche Zugriff des Quellenstaates, d. h. des Staates, aus dessen Territorium die Einkünfte stammen, einen äquivalenztheoretisch begründeten Vorrang vor der Besteuerung dieser Einkünfte durch den Wohnsitzstaat hat. Für eine Unterscheidung zwischen inländischer und ausländischer Leistungsfähigkeit haben sich auch *Klaus Vogel*¹²³ und, ihm folgend, *Harald Schaumburg*¹²⁴ ausgesprochen, wobei *H. Schaumburg*¹²⁵ den nutzentheoretischen Ansatz mit einem Vorbehalt für das im Ausland erzielte Einkommen als mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip unvereinbar ablehnt. Nachhaltige Vorbehalte gegen die überkommene territoriale Abgrenzung werden allerdings von *Mössner*¹²⁶ im Hinblick auf die Anforderungen einer globalen Wirtschaft geäußert. Ihm ist zwar zuzugestehen, dass der territorial-äquivalenztheoretische Ansatz nicht alle Probleme der zwischenstaatlichen Einkünfteabgrenzung lösen kann, doch ist dieser Ansatz nicht zuletzt deshalb unverzichtbar, weil die Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung durch Freistellung der im Quellenstaat erzielten Einkünfte letztlich nur territorial-äquivalenztheoretisch gerechtfertigt werden kann¹²⁷. Die Freistellungsmethode fügt sich nahtlos in ein Verständnis steuerlicher Lastengleichheit ein, dem die territorialen Bedingungen der Einkünfterzielung und des Steuerzugriffs als Rechtfertigungs- und Differenzierungsgrund zugrunde liegen. Die Nutzung der Infrastruktur eines Staates rechtfertigt den steuerlichen Zugriff und prägt die Determinanten der Belastungsentscheidung einschließlich des Steuersatzes. Dem entspricht die Abkommenspraxis der Bundesrepublik Deutschland zumindest im Grundsatz¹²⁸.

V. Folgerungen

Die territorial-äquivalenztheoretisch begründete Vorrangbesteuerung im Quellenstaat reicht über die Rechtfertigung der Freistellung bei niedrigerem Steuersatz im Quellenstaat hinaus. Unter dem Gesichtspunkt einer zwar

122 Dazu o. 2.

123 *K. Vogel*, DStJG 8 (1985), S. 3, 26 ff., 29; *ders.*, FS Klein, S. 361, 368.

124 *H. Schaumburg*, in FS Tipke, S. 125, 127 ff.; *ders.*, Internationales Steuerrecht², Rz. 5,62 ff.

125 *H. Schaumburg*, in FS Tipke, S. 125, 130.

126 *Mössner*, Anforderungen an ein modernes –internationales– Steuerrecht angesichts der Globalisierung aus Sicht der Rechtswissenschaft, in Frotzcher (Hrsg.), Anforderungen an ein modernes Steuersystem angesichts der Globalisierung, Veröffentlichungen des Instituts für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen der Universität Hamburg, 2006, S. 47, 51: „Steuersouveränität ist ein Fossil der nationalstaatlichen Ära“.

127 Dazu bereits o. 2.

128 Vgl. die Übersicht bei *K. Vogel*, in Vogel/Lehner, a. a. O. (Fn. 71), Art. 23 Rz. 16.

nicht zwingenden, aber doch verfassungsrechtlich zulässigen Konsequenz aus der die deutsche Abkommenspraxis bestimmenden Freistellungsmethode¹²⁹, kann eine Vorzugsbesteuerung von inländischem Kapitaleinkommen unter eng begrenzten Voraussetzungen gerechtfertigt werden.

1. Senkung des inländischen Steuerniveaus als Fernziel

Stammen Arbeits- und Kapitaleinkommen aus inländischer Quelle, so läge es als Konsequenz aus der hier vertretenen territorial – äquivalenztheoretischen Begründung der Steuerpflicht nahe, die tatsächliche inländische Steuerbelastung als eine auf die Rechts- und Infrastrukturbedingungen des Wirtschaftsstandorts Deutschland abgestimmte Belastung zu rechtfertigen. Die Realität zeigt jedoch mit dramatischen Konsequenzen für den Wirtschaftsstandort Deutschland, dass für große Teile der Wirtschaft kein Äquivalent zwischen dem Niveau der steuerlichen Belastung in Deutschland und der Attraktivität (Attraktionskraft) der inländischen Rechts- und Wirtschaftsordnung besteht. Deshalb ist nicht die in der Freistellungsmethode reflektierte Begründung eines territorial – äquivalenztheoretischen Belastungsmaßstabs unzutreffend; unzutreffend bzw. *unzureichend* sind vielmehr die diesem Ansatz zugrunde liegenden Rechts- und Infrastrukturbedingungen des Wirtschaftsstandorts Deutschland. Schon aus diesem Grund sollte die Freistellungsmethode nicht zugunsten der Anrechnungsmethode aufgegeben werden. Als Fernziel ist deshalb eine Reduzierung des Gesamtsteuerniveaus in der Bundesrepublik Deutschland dringend geboten. Insoweit ist es die Aufgabe supranationaler Rechtsordnungen, einem „*race to the bottom*“ internationaler Standortkonkurrenz vorzubeugen¹³⁰.

2. Begünstigung von Kapitaleinkommen gegenüber Arbeitseinkommen

Sehr viel schwieriger als die Forderung nach einer Absenkung des Steuerniveaus sind die Folgerungen für die Zulässigkeit von Belastungsunterschieden zwischen *inländischem* Kapitaleinkommen und *inländischem* Arbeitseinkommen zu begründen. Auch der Grenzgänger profitiert von der Freistellung, wenn er sein Arbeitseinkommen in einem Nachbarstaat mit niedrigerem Steuerniveau erzielt. Der Arbeitnehmer ist aber nicht nur rein tatsächlich, sondern auch wegen seiner sozial- und arbeitsrechtlichen Einbindung in das innerstaatliche Recht, sehr viel weniger mobil als die Quelle von Kapitaleinkommen¹³¹. Maßnahmen gegen die Migration von Arbeitnehmern sind deshalb in sehr viel geringerem Umfang erforderlich als Maßnahmen gegen die Verlagerung von Kapitaleinkommen in niedriger besteuerte Staaten, zumal Schutzmaßnahmen nach dem Muster der Hin-

129 Vgl. den Nachw. in Fn. 128.

130 Schön, *StuW* 2004, 82, 75.

131 *SVR*, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 19.

zurechnungsbesteuerung aus europarechtlichen Gründen ohnehin weitgehend unzulässig sind¹³².

Gleichheitsrechtlich bleibt es dennoch schwierig, eine tarifliche Begünstigung von *inländischem* Kapitaleinkommen gegenüber *inländischem* Arbeitseinkommen zu rechtfertigen. Die territorial-äquivalenztheoretischen Gründe für die Rechtfertigung der abkommensrechtlichen Freistellung¹³³ tragen aber auch eine Niedrigbesteuerung von inländischem Kapitaleinkommen, soweit es nur auf diese Weise möglich ist, eine Verlagerung dieses Einkommens in das Ausland mit der sich daran anschließenden Freistellung von der inländischen Besteuerung zu verhindern. Die dadurch mögliche Gleichbelastung von Kapitaleinkommen, das im Inland erzielt wird, mit Kapitaleinkommen, das im Ausland erzielt wird, verlangt zwar nach den überkommenen inländischen Maßstäben der Steuergerechtigkeit eine dem entsprechende Gleichstellung von Arbeitseinkommen, doch rechtfertigt die im Vergleich zu Kapitaleinkommen geringere Verlagerungsgefahr von Arbeitseinkommen eine Abweichung von diesem Gleichbehandlungsgebot, soweit dies unabdingbar ist, um den Wirtschaftsstandort Deutschland zu sichern¹³⁴. Eine niedrigere Besteuerung von Kapitaleinkommen, das im Inland verbleibt, ist unter dieser Voraussetzung jedenfalls sachgerechter als eine Freistellung von abgewandertem Kapitaleinkommen. Dies gilt vor allem dann, wenn das im Inland verbleibende Kapitaleinkommen zur Schaffung und Sicherung von Arbeitsplätzen beiträgt¹³⁵. Nur wenn eine an die niedrigere Belastung von Kapitaleinkommen angeglichene Besteuerung von Arbeitseinkommen mittelfristig unrealistisch ist, muss die Bundesrepublik Deutschland von der Beseitigung der Doppelbesteuerung nach der Freistellungsmethode zur Anrechnungsmethode übergehen.

Die gleichheitsrechtliche Betrachtung erfährt eine Ergänzung durch die von der Verfassung in Art. 109 Abs. 2 GG geforderte Verantwortung des Bundes und der Länder für das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht. Damit ist vor allem eine sachgerechte Konjunktur- und Stabilitätspolitik angesprochen¹³⁶. Das Bundesverfassungsgericht¹³⁷ hat diese Verantwortung bereits in seiner Entscheidung über die ungleichmäßige Besteuerung von Kapitaleinkünften betont. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Auffassung des Sachverständigenrats¹³⁸ hinzuweisen, wonach die Inhaber von Kapitaleinkommen eine höhere Steuerlast ohnehin auf Arbeitnehmer und Konsumenten überwälzen können. Darüber hinaus, so der Sachverständigenrat, käme eine Ent-

132 Vgl. den Nachw. in Fn. 14.

133 Vgl. o. III.2.

134 SVR, a. a. O. (Fn. 2).

135 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 49.

136 Vgl. Rodi, in Bonner Kommentar, Stand Dezember 2004, Rz. 142 f.

137 BVerfGE 84, 239 ff., 282 v. 27.6.1991.

138 SVR, a. a. O. (Fn. 1), Rz. 49; mit Nachdruck Schön, a. a. O. (Fn. 130), 62, 73.

lastung von Kapitaleinkommen den Arbeitnehmern über das Moment der Arbeitsplatzsicherung ebenfalls zugute.

Vor dem Hintergrund der Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit¹³⁹ und vor dem Hintergrund der Staatszielbestimmung des Art. 23 Abs. 1 GG muss das Staatsziel des *gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts* auch im Lichte des *Gemeinwohlanliegens Europa* gesehen werden¹⁴⁰. Insoweit verpflichtet Art. 98 EG die Mitgliedstaaten ausdrücklich auf ein Handeln „im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“. Dem entspricht die Beseitigung der Doppelbesteuerung nach der Freistellungsmethode¹⁴¹. Zugleich muss aber auch im Bereich der Steuerpolitik jede Anstrengung unternommen werden, um der weiteren Schädigung des Standortes Deutschland durch wettbewerbsbehindernde Steuersatzunterschiede entgegenzuwirken. Nachdem die Anrechnungsmethode unter Wettbewerbsgesichtspunkten keine sachgerechte Alternative zur Freistellung bildet, müssen andere Lösungen gefunden werden. Kommt eine nachhaltige Absenkung des Gesamtsteuerniveaus gegenwärtig nicht in Betracht, so muss vornehmlich in den Bereichen angesetzt werden, in denen sich diese Steuersatzunterschiede im europäischen und internationalen Wettbewerb nachhaltig zum Schaden des Standorts Deutschland auswirken. Das aber ist der Bereich des Kapitaleinkommens und nicht der Bereich des Arbeitseinkommens. Das wirtschaftspolitische Argument des Standortschutzes erhält somit nicht zuletzt durch Art. 109 Abs. 2 GG den Rang eines verfassungsrechtlichen Arguments für das vom Sachverständigenrat vorgeschlagene Reform-Modell. Das Bundesverfassungsgericht¹⁴² hat in seiner Entscheidung zu § 32c EStG a. F. deutlich auf die den Belastungsunterschied legitimierende Zielsetzung des Gesetzgebers hingewiesen, ein „national und international leicht erkennbares Signal zu setzen, die für notwendig gehaltene Entlastung also so vorzunehmen, dass sie leicht verständlich zu machen (sei) und damit lenkungswirksam sein würde.“¹⁴³

139 Dazu o. IV.1.

140 Vgl. zu den europarechtlichen Bezügen des Art. 109 GG umfassend: *Rodi*, a. a. O. (Fn. 136), Rz. 527 ff., 577 ff.

141 Dazu o. III.2.

142 *BVerfG*, a. a. O. (Fn. 29).

143 *BVerfG*, a. a. O. (Fn. 29), 1321.

Diskussion

zu den Referaten von Prof. Dr. *Paul Kirchhof*,
Prof. Dr. *Hartmut Söhn*, Ministerialdirektor *Florian Scheurle*
und Prof. Dr. *Moris Lehner*

Leitung
Prof. Dr. *Wolfgang Schön*

Prof. Dr. Mössner

Am Anfang einer Diskussion sind es Fragen und unmittelbare Bemerkungen, die sich einem aufdrängen. So geht es mir mit den Schilderungen von Herrn *Scheurle*. Für mich stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vollzugsdefizit eigentlich strukturell ist. Als Beispiel möchte ich die Ermittlung des Gemeindeanteils an der Einkommensteuer erwähnen. Dieser ist in Ausfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 106 Abs. 5 GG durch das Gemeindefinanzreformgesetz generell auf 15 % des Aufkommens an Einkommensteuer festgelegt. Vom Zinsabschlag erhalten die Kommunen jedoch nur 12 %. In den Gesetzesberatungen wurde hierfür als Begründung genannt, dass der Zinsabschlag, soweit im Rahmen der Erklärung Zinsen angegeben werden, das Einkommensteueraufkommen verringert. Da man davon ausgehe, dass dies nur in 20 % der Zinserträge der Fall sei, nämlich bei denen, deren persönlicher Einkommensteuersatz unterhalb von 30 % liegt, hat man auch nur entsprechend eine Kürzung des Anteils am Zinsabschlag vorgesehen. Die Logik der Berechnung ist dann sehr pauschal etwa so, dass 20 % von 15 einen Satz von 3 ergeben und um diese Prozentpunkte der Anteil der Kommunen gekürzt wird, so dass es zu den 12 % kommt. Dies heißt doch im Grunde genommen nichts anderes, als dass der Gesetzgeber selbst eine „Hinterziehungsquote“ – dies wäre doch ein strukturelles Defizit von 20 % – einbezogen hat. Ist das jetzt schon strukturell im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder noch nicht? Diese Frage wollte ich gerne stellen, aber leider ist Herr *Scheurle* nicht mehr da.

Prof. Dr. Seer

Ich hätte gleich 3 Fragen und Anmerkungen, die sich auf das jeweilige Referat beziehen. Eine Frage an Sie, Herr *Söhn*. Sie haben ja die duale Einkommensteuer als verfassungswidrig eingeordnet. Meine Frage ist: Wie sehen Sie eine Spreizung zwischen der Körperschaftsteuer und der Einkommensteuer, wenn diese Spreizung ohne eine entsprechende hinreichende Nachbelastung ein deutliches Maß annimmt? Ist es für Sie verfassungsrechtlich ein ähnliches Problem, wie Sie es bei der dualen Einkommensteuer gesehen haben? Das wäre eine Frage an Sie. Ja, Herr *Scheurle* kann ich jetzt ja kaum ansprechen, sondern stelle meine Frage hier in den Raum, an diejenigen Verwaltungs-

angehörigen des BMF, die sich angesprochen fühlen. Was ich nie so richtig verstanden habe, ist, warum man eine Jahresbescheinigungspflicht in das Einkommensteuergesetz aufnimmt, als Hilfestellung, wie Herr *Scheurle* es vorhin formuliert hat, ohne damit direkt einen elektronischen Abgleich für die Finanzverwaltung vorzunehmen. Dann bräuchte man den Kontenabruf nicht, dann bräuchte man viele andere Dinge nicht. Meine Frage: Ist das schlichtweg Rücksichtnahme gegenüber dem Bürger, oder sind sogar freiheitsgrundrechtliche Überlegungen beim Bundesfinanzministerium angestellt worden, oder was ist sonst der Hintergrund? Herr *Lehner*, mir sind jetzt Zweifel für mein eigenes Referat für den Deutschen Juristentag gekommen, weil ich immer noch Vertreter der Anrechnungsmethode bin, weil ich meine, dass das dem Gleichheitspostulat am besten entspricht. Sie haben mit Recht die Kapitalimportneutralität angesprochen, der Anrechnungsvertreter wird dann die Kapitalexportneutralität entgegenstellen. Wenn wir wirklich erodierende Steuersätze um uns herum haben, und das vielleicht soweit geht, dass wir bis zu Null-Steuersätzen kommen, ist es nicht doch auch ein äquivalenztheoretisch vertretbarer Ansatz zu sagen, ich bleibe beim Welteinkommen, weil diejenigen, die im Ausland investieren, ihre Leistungsfähigkeit ja nicht nur aus dem Ausland schöpfen, sondern ihre Investition ja gleichzeitig auch Ausdruck einer hier geschaffenen Leistungsfähigkeit ist. Ist es dann nicht fairer, dass über die Anrechnung der Quellenstaat durch den Wohnsitzstaat respektiert wird, der aber seinerseits an dieser Leistungsfähigkeit ebenfalls partizipiert. Wenn die Spreizung zu groß wird und die Wettbewerbsfähigkeit des Standortes davon abhängt, dass man etwas tut, dann muss man eben mit dem Steuerniveau im Inland an der Stelle nachziehen und dieses absenken. Darüber sind wir uns, glaube ich, fast einig geworden. Nur wäre das mit dem Wohnsitzanrechnungsprinzip genauso umsetzbar und es erscheint mir immer noch das systematisch und strukturell bessere zu sein. Das Problem, das ich bei der Freistellungsmethode sehe, ist dass sie voraussetzt, dass international auch konsentrierte Kriterien für die Ertragsverteilung vorhanden sind und es immer noch eine Frage des Denkens des jeweiligen Nationalstaates ist, was er besteuert, so dass es dann Überlappungen, aber auch Nichtbesteuerung gibt. Habe ich Sie jetzt so richtig verstanden, dass Sie der Meinung sind, dass gemeinschaftsrechtlich die Anrechnungsmethode als Beschränkungsvorgang fragwürdig bis gemeinschaftswidrig ist? Wenn also jetzt die Bundesrepublik Deutschland auf die Idee käme, Doppelbesteuerungsabkommen großflächig nachzuverhandeln, um statt Freistellungsregeln Anrechnungsregeln umzusetzen, oder dieses bei den DBAs, die das fakultativ sogar zulassen, unilateral tut, würden Sie darin ggf. eine Verletzung von Grundfreiheiten sehen?

Prof. Dr. Hey

Wir haben heute Morgen im Wesentlichen um eine Rechtfertigung dafür gerungen, dass immer stärker nach Mobilität statt nach Leistungsfähigkeit

besteuert wird, und haben im Grunde genommen drei verschiedene Rechtfertigungslinien gehört. Einmal ein strukturelles Erhebungsdefizit, das für die Abgeltungssteuer angeführt wird, dann Vereinfachung, mit vielen, vielen Fragezeichen, und schließlich die Standortsicherung. All diese unterschiedlichen Rechtfertigungslinien führen zu unterschiedlichen dualen Einkommensteuern. Das kann man zum Beispiel daran erkennen, dass es, wenn man nur das Erhebungsdefizit als Rechtfertigung heranzieht, in erster Linie um die Abgeltungssteuer geht und nicht um die Unternehmensbesteuerung. Die Ruhe nach Herrn *Lebners* Referat ist aus meiner Sicht auch darauf zurückzuführen, dass hier ein Argument angeboten worden ist, über das man in der Tat erst einmal intensiv nachdenken muss. Herr *Söhn* hat gemeint, die reine Standortsicherung reiche als Rechtfertigung, um Arbeitnehmereinkünfte höher zu belasten, nicht aus. Und ich glaube, hier liegt das eigentliche Problem: Reicht das Argument der Standortsicherung aus, um eine Tarifspreizung zu begründen, die zu einer Benachteiligung von Arbeitnehmern führt. Nun zu meiner Frage, die ich an Herrn *Lebner* habe: Worin besteht der Unterschied Ihrer Argumentation zur bloßen Standortsicherung? Hinzu kommt, das haben Sie selbst ja auch gleich kritisch angemerkt, dass wenn wir das internationale Steuerrecht mit der Freistellungsmethode als Rechtfertigung der Niedrigbesteuerung einzelner Einkunftsarten heranziehen, in einem solchen Konzept alle Unabgestimmtheiten des internationalen Steuerrechts verarbeitet werden müssten. Zweitens stellt sich auch hier die Frage, ob der Hinweis auf die Freistellungsmethode im Bereich der Unternehmensbesteuerung ausreicht, um die Benachteiligung des Arbeitnehmers zu rechtfertigen. Deshalb haben Sie, glaube ich, nachgeschoben, dass wir auch dafür sorgen müssen, den Arbeitnehmer zu entlasten, d. h. wir müssen insgesamt mit dem Steuerniveau heruntergehen, auch in der Einkommensteuer. Eigentlich wäre nämlich die Flat Tax das Optimum, die erreichen wir nur leider nicht auf einem für Kapitaleinkommen international wettbewerbsfähigen Niveau. So dass die Frage aufgeworfen ist, ob die Steuern auf Kapital- und Unternehmenseinkünfte zunächst einseitig abgesenkt werden können, um dann bei den Arbeitseinkünften nachzuziehen, wobei ich etwas Bedenken habe, wie vorübergehend die Höherbelastung tatsächlich sein wird. Reicht es dann aber wirklich aus, die Benachteiligung des Arbeitnehmers auf das internationale Steuerrecht zu stützen, das wir in der Tat sehr schlecht nur ändern können? Denn das ist, wenn ich Sie richtig verstanden habe, Ihre Ausgangsprämisse: International sind wir durch die Doppelbesteuerungsabkommen gebunden, die wir jedenfalls nicht schnell ändern können, und deshalb lässt sich auch die Spreizung rechtfertigen. Damit schlage ich den Bogen zu dem Zitat von Herrn *Schön*, das Sie gebracht haben, wir müssten uns eben europarechtlich darum bemühen, das Gesamtkonzept, also auch das internationale Steuerrecht, zu reformieren. Ich möchte meine Frage aber auch an die anderen Referenten stellen, also Herrn *Söhn* und Herrn *Scheurle* in Vertretung, nämlich: Was für eine Begünstigung von Kapitaleinkommen und welche Abgrenzungsfragen resultieren aus den jeweiligen Argumenta-

tionslinien, die Sie aufgezeigt haben, d. h. welche Einkünfte können bzw. müssen in eine aus standortpolitischen oder erhebungstechnischen Gründen eingeführte Begünstigung einbezogen werden? Das sind die Fragen, die der Gesetzgeber ganz konkret in den nächsten Monaten und Jahren wird beantworten müssen.

Prof. Dr. Kirchhof

Ich glaube, Frau *Hey* hat die zentrale Frage, die uns bewegt, die uns geradezu umtreiben muss, formuliert. Wollen wir statt nach der Leistungsfähigkeit nach einer Idee der Mobilität besteuern? So prägnant muss man die Frage stellen, an dieser Wegscheide stehen wir und deswegen bedingt unser Thema so große Nachdenklichkeit. Aus der Erfahrung eines Richters, der sich bei der Zinsbesteuerung sehr deutlich mit dieser Frage auseinandersetzen musste, bitte ich noch einmal zu erwägen, welche Maßstäbe wir in Deutschland und welche Maßstäbe wir in den USA haben. Die USA haben einen sehr präzisen Souveränitätsbegriff, viel ausgeprägter als der unsere, und die USA wissen dieses Souveränitätsverständnis auch in Steuermaximen auszudrücken. Wenn wir in dem eindrucksvollen Referat von Herrn *Lehner* gesehen haben, dass die Freistellungsmethode zu Verwerfungen führt, die wir als gleichheitserheblich erkennen, dann müssen wir sehr zögern, diesen Maßstab als das tertium comparationis unseres Gleichheitssatzes heranzuziehen. Sonst kommen wir auf eine gefährliche schiefe Ebene, nämlich die Angleichung auf das niedrigste Niveau in der Welt oder in Europa. Jeder Gleichheitssatz fordert einen Vergleichsmaßstab, der aus sich heraus trägt, der nicht nur Verschiedenheit nivelliert. Nehmen wir einmal an, wir hätten einen Vergleichsfall, bei dem ein Steuersatz von 80 % erhoben wird, dann würden wir niemals sagen, die Angleichung kann bis auf 80 % geschehen, sondern wir entwickeln einen Vergleichsmaßstab, der nicht nur angleicht, sondern als rechtfertigender Maßstab trägt.

Wenn wir dabei auch Artikel 109 Abs. 2 GG erwägen, das war Ihr Gedanke, dann wird auch dort bewusst, an welcher Weichenstellung wir stehen. Artikel 109 Abs. 2 sagt: Bund und Länder müssen bei ihrer Haushaltswirtschaft das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht berücksichtigen. Wir haben immer betont, Art. 109 ist ein Maßstab für die Haushaltswirtschaft, also für die Verwendung von Geldern. Die Ertragshoheit und das Steuerrecht sind in Artikel 105 und 106 geregelt. Wir haben innerhalb der Finanzverfassung eine klare Trennung von steuerlichem Nehmen und haushaltsrechtlichem Geben, und wir wollen diese Entscheidungskompetenzen wegen der Unbefangtheit des Haushaltsgesetzgebers nicht verschränken. Wenn wir diesen Schritt täten, käme das einer Uminterpretation der Verfassung gleich, die aus meiner Sicht, Herr *Lehner*, in die Nähe der Verfassungsänderung gerückt werden müsste. Im übrigen hat sich dieses gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht, das magische Viereck, auch im Stabilitätsgesetz nicht bewährt, weil Magie im Recht noch nie gut war. Wir hätten gerne prägnante, handhabbare, vollzieh-

bare, rationale Tatbestände. Auch hier stehen wir also vor einer großen Weichenstellung.

Prof. Dr. Schön

Vielen Dank, Herr *Kirchhof*. Ich gebe jetzt die Fragen an die Referenten weiter. Herr *Söhn*, vielleicht darf ich die Frage von Herrn *Seer* nach der Besteuerung der Kapitalgesellschaft im Verhältnis zur Einkommensbesteuerung noch etwas erweitern. Wir haben bisher vor allem über die duale Einkommensteuer in dem Vorschlag des Sachverständigenrates gesprochen, die eine sehr klare Abgrenzung zwischen Kapitaleinkommen und Arbeitseinkommen versucht. Frau *Hey* hat schon darauf hingewiesen: es gibt eigentlich viele Arten der Dualisierung. Die Abgeltungssteuer ist eine, die Rechtsformunterschiedlichkeit ist eine, aber auch etwa das, was der Politik vor allem vorschwebt, nämlich dass das unternehmerische Einkommen, was immer das wieder sein soll, im Verhältnis zum nichtunternehmerischen begünstigt werden soll und dass in der Erbschaftsteuer das betriebliche Vermögen im Verhältnis zum nichtbetrieblichen begünstigt werden soll. Das sind ja alles Parallelfragen und vielleicht könnten Sie einen Blick von der konkreten dualen Einkommensteuer über die Frage von Herrn *Seer* auch auf andere Fragen einer neuen Dualisierung werfen.

Prof. Dr. Söhn

Zur ersten Frage von Herrn *Seer*: Das Problem einer dualen Einkommensteuer sehe ich in der rein ökonomischen Begründung, denn darin liegt ein „Einfallstor“, das dem Gesetzgeber zu freie Hand lässt; auf eine rechtliche Begründung lege ich deshalb größten Wert. Zur zweiten Frage: Eine Spreizung der Spitzensteuersätze bei Einkommensteuer und Körperschaftsteuer, für die ökonomisch vieles sprechen mag, möchte ich mit einem wörtlichen Zitat aus der schon mehrfach erwähnten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 32c EStG a. F. rechtfertigen. Es heißt dort: „Einen solchen Grund liefert die Abschirmung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern. Diese Abschirmung bewirkt, dass in der abgeschirmten Vermögenssphäre eine eigenständige und objektive Leistungsfähigkeit entsteht, die von der individuellen und subjektiven Leistungsfähigkeit der hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Person getrennt und unabhängig von ihr besteuert werden darf.“ Das ist m.E. auch die Rechtfertigung für eine Spreizung der Spitzensteuersätze. Nun zur Frage von Herrn *Söhn*: Jede Dualisierung innerhalb der Einkommensteuer ist ein Verstoß gegen die Gleichbehandlung aller Einkunftsarten und muss deshalb sachlich gerechtfertigt werden. Dass ich hier pro Abgeltungssteuer gesprochen habe, hat einen sehr trivialen Hintergrund. Wenn man im grenznahen Bereich zu Österreich wohnt, konnte man in den letzten Jahren beobachten, dass deutsche Banken und Bankverbände entlang der Grenze mit Nachdruck eine Abgeltungssteuer fordern, weil die Bankkunden eine Kontenabfrage vermei-

den wollen. Das mag irrational sein, spielt aber rein psychologisch eine nicht zu unterschätzende Rolle. Dass eine Kontenabfrage zulässig ist, wie Herr *Scheurle* vorgetragen hat, stellt das nicht in Frage. Ob eine Abgeltungsteuer die bessere Lösung ist, mag man bezweifeln und im Kölner Entwurf wird – das räume ich Frau *Hey* ein – eine andere Auffassung vertreten. Ich meine aber, dass eine Abgeltungsteuer zulässig ist und auf mehr Akzeptanz stoßen würde. Ich wundere mich immer, wenn behauptet wird, dass die österreichischen Banken der Einführung einer deutschen Abgeltungsteuer gelassen entgegen sehen; ich entnehme jedenfalls aus Presseberichten eher das Gegenteil. Aber die österreichischen Kollegen werden das besser wissen. Jedenfalls denke ich, dass die dortige Dualisierung in Form der sog. Endbesteuerung bei Erfolglosigkeit längst wieder abgeschafft wäre. Dass die Regelung schon seit 1993 in Kraft ist, spricht wohl dafür, dass sie nicht so schlecht ist. Die Abgrenzungsproblematik lässt sich selbstverständlich nicht leugnen. Insofern hat Österreich in meiner Erinnerung in den ersten Jahren einige Probleme mit Ausweitungsmöglichkeiten gehabt. All das ist aber aus meiner Sicht praktikabel machbar. Ob darin eine optimale Lösung liegt, ist eine ganz andere Sache.

Prof. Dr. Lehner

Vielen Dank, Herr *Schön*. Ich erlaube mir, in der Reihenfolge der Wortmeldungen zu antworten. Herr *Seer*, natürlich lässt sich auch das Anrechnungsverfahren äquivalenztheoretisch rechtfertigen. Der inländische Unternehmer ist selbstverständlich auch auf die inländische Infrastruktur angewiesen, um seine ausländische Betriebsstätte vom Inland aus zu führen. In höherem Maße ist er aber auf die Infrastruktur in dem Staat angewiesen, in dem er durch seine Betriebsstätte Einkünfte erzielt. Das ist der Quellenstaat. Ich habe mich auch nicht für eine ausschließliche Besteuerungszuständigkeit des Quellenstaats ausgesprochen, sondern für eine primäre. Dabei möchte ich auch bleiben, wenn und soweit Einkünfte primär mit Hilfe der ausländischen Rechts- und Wirtschaftsordnung erzielt werden. Die Anrechnungsmethode verwirklicht im Idealfall nur Kapitalexportneutralität, d. h. steuerliche Gleichbehandlung von Auslandsinvestitionen mit Inlandsinvestitionen. Als Methode zur Beseitigung der Doppelbesteuerung hat die Anrechnungsmethode aber einen protektionistischen Effekt, ähnlich der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Außensteuergesetz. Herr *Kirchhof* hat von dem nachdrücklichen Steuersouveränitätsverständnis der Vereinigten Staaten von Amerika gesprochen. Dass die Vereinigten Staaten an der Anrechnungsmethode festhalten, ist ein ganz wichtiges Beispiel für das, was Herr *Kirchhof* gesagt hat. Die Anrechnungsmethode hat eben protektionistische Effekte. Sie liegt deshalb nicht auf der Linie der europarechtlichen Beschränkungsverbote bzw. eines den Beschränkungsverboten zu Grunde liegenden Prinzips, das eher dafür spricht, die Unternehmen, frei von Steuer-

belastungen im Sitzstaat, den steuerlichen Wettbewerbsbedingungen im Quellenstaat auszusetzen.

Damit komme ich zu der Frage von Frau *Hey*. Ich bin ganz bestimmt kein Freund einer allzu weit gehenden Tarifspreizung, vielmehr sehe ich eine Tarifspreizung nur als Notlösung für eine Übergangszeit. Ich denke deshalb, dass wir grundsätzlich an der synthetischen Einkommensteuer festhalten müssen. Wir können dies aber nicht um den Preis einer Widersprüchlichkeit tun, wie sie als Folge der Freistellungsmethode zwingend entsteht. Die Freistellungsmethode ist nicht vom Himmel gefallen, vielmehr gilt sie nach Maßgabe völkervertraglicher Vereinbarung mit den meisten unserer Abkommenspartner. Wir sind deshalb an die Freistellungsmethode gebunden und wir müssen die dadurch bedingten Widersprüchlichkeiten zu den Belastungsentscheidungen des originär innerstaatlichen Rechts auflösen. Das bedeutet, dass wir entweder konsequent sind und Kapitaleinkommen auch im Inland niedriger besteuern, oder aber wir gehen von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode über, was aber wegen der bestehenden völkervertraglichen Bindungen nicht ohne weiteres möglich ist. Das ist eben das Dilemma, in dem wir uns befinden. Mir gefällt es auch nicht, dass die freigestellten Auslandeinkünfte steuerfrei in das Inland transferiert werden können, den Progressionsvorbehalt einmal nicht mitgedacht. Die Umsatzsteuer bildet insoweit nur eine schwache Kompensation. Also müsste man vielleicht auch noch ein „Entgelt“ für die Nutzung der inländischen Rechts- und Wirtschaftsordnung als „Preis“ für die Verwendung der ertragsteuerfreien Auslandseinkünfte im Inland einführen.

Prof. Dr. Hey

Aus meiner Sicht ist die Freistellungsmethode zunächst einmal nur die Begründung für die Existenz des Steuer- und Standortwettbewerbs, weil sie es ermöglicht, dass die Gewinne nicht nachbelastet werden. Die entscheidende Frage ist doch aber, ob der status quo des Doppelbesteuerungsrechts ein zusätzliches Rechtfertigungsargument für die Ausgestaltung des nationalen Steuerrechts liefert. Jetzt komme ich zum Verfassungsrecht: reicht dieses Argument aus, um die Ungleichbehandlung am Maßstab von Artikel 3 zu rechtfertigen? Herr *Kirchhof* hat diese Frage soeben auch schon gestellt: können wir mit der gegebenen internationalen Rechtsordnung wirklich auch gleichheitsrechtliche Probleme lösen, gerade wenn man, darauf haben Sie hingewiesen, bedenkt, dass diese internationale Rechtsordnung keineswegs sehr systematisch gewachsen ist?

Prof. Dr. Lehner

Mit dem Hinweis auf die Ausführungen von Herrn *Kirchhof* geben Sie mir eine gute Möglichkeit, Ihre Frage zu beantworten. Herr *Kirchhof* hat mit guten Gründen kritisch von einer Besteuerung nach der Mobilität gespro-

chen. Das ist genau das, was auch ich nicht möchte. Ich möchte strikt an der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit festhalten. Wie aber bestimmt sich steuerliche Leistungsfähigkeit im grenzüberschreitenden Kontext? Bestimmt sie sich nach den Maßstäben des Sitzstaats oder bestimmt sie sich nach den Maßstäben des Quellenstaats? Soweit die Einkünfte im Quellenstaat erzielt werden, sollten auch die Belastungsmaßstäbe des Quellenstaats zur Anwendung kommen. Die Bestimmung der Leistungsfähigkeit sollte deshalb in diesem Fall primär nach den Maßstäben des Quellenstaats erfolgen. Nur so kommen wir zu einem überzeugenden Konzept von Steuerungerechtigkeit, das auch europarechtliche und abkommensrechtliche Vorgaben berücksichtigt. Verstehen wir Leistungsfähigkeit auf diese Weise territorial, so folgt daraus die Freistellung der aus dem Quellenstaat erzielten Einkünfte im Wohnsitz- bzw. Sitzstaat. Die Freistellung ist die Standardmethode zur Beseitigung der Doppelbesteuerung in unserer abkommensrechtlichen Praxis. Wenn wir an der Freistellung festhalten wollen, und einseitig können wir uns nicht davon lösen, dann müssen wir die notwendigen Konsequenzen für die Besteuerung von Inlandssachverhalten ziehen. Tun wir das nicht, behalten wir also die hohen Steuersätze für inländische Einkünfte von Inländern bei, dann geben wir auf diese Weise in Kombination mit der Freistellung einen nachhaltigen Anreiz zur Verlagerung inländischer Einkünfte in Staaten mit niedrigerem Steuerniveau. Genau dem entspricht der gegenwärtige Befund. Eine zweite Seite der Medaille, die ich in meinem Vortrag gar nicht angesprochen habe, bildet die beschränkte Steuerpflicht. Wir besteuern nicht nur Inländer, die im Ausland investieren, günstiger als Inländer, die im Inland investieren; wir besteuern darüber hinaus Ausländer, die im Inland investieren, teilweise ebenfalls günstiger als Inländer, die im Inland investieren. Das darf nicht sein. Ich stimme Ihnen zu, Herr *Kirchhof*, wenn Sie sagen, dass wir die Dinge zunächst hierzulande in Ordnung bringen müssen. Aus diesem Grund bin ich davon überzeugt, dass wir Leistungsfähigkeit äquivalenztheoretisch bestimmen müssen. Die Folge davon ist nicht nur der Vorrang der Besteuerung im Quellenstaat, sondern auch die Bemessung der Steuerlast nach dem Niveau des Quellenstaats. Entscheidend für die rechtliche und für die wirtschaftliche Ordnung im Inland ist aber auch, dass wir keinen Anreiz für die Verlagerung der im Inland hoch besteuerten Inlandseinkünfte in das Ausland geben. Das stützt ein Mobilitätsargument, führt aber nicht zu einer Besteuerung nach der Mobilität. Zu Artikel 109 Abs. 2 GG lasse ich mich sehr gerne von Ihnen belehren. Vielleicht noch ein letztes Wort zu Herrn *Söbn*. Sie kritisieren die ökonomische Begründung. Ich sehe die von mir aus der Freistellungsmethode abgeleiteten Konsequenzen als rechtlich begründete Konsequenzen, die allerdings ökonomisch unterlegt sind. Vielen Dank.

Prof. Dr. Schön

Vielen Dank, Herr *Lehner*. Es wäre noch die Frage anzufügen, ob eine ökonomische Begründung im Sinne des Verfassungsgerichts eine unsachliche wäre. Ich würde das bestreiten wollen. Jetzt habe ich Herrn Dr. *Roland* und eine Wortmeldung dort drüben.

Dr. Roland

Es sind Fragen gestellt worden an Herrn *Scheurle*, der nicht mehr anwesend ist. Es sind auch Kollegen da, die können mich dann ergänzen. Ich ergreife das Wort, weil Fragen gestellt worden sind zu Regelungen aus Zeiten, in denen ich die Steuergesetzgebung in der Steuerabteilung des BMF koordiniert habe. Zunächst die erste Frage, von Herrn *Mössner*, zu Zinsabschlag in Höhe von 12 %. Ich glaube nicht, dass ein pauschaler Abschlag von 20 % wegen geschätzter nicht angegebener Einkünfte gemacht worden ist, so wie Sie das gesagt haben, sondern die 12 % stellen eine reine Verteilungsregelung dar, die sich auf die effektiven Gemeinde-, also Zinsabschlagseinnahmen bezieht, die eingehen. Entscheidend waren die veränderten fiskalischen Verhältnisse zwischen Bund, Ländern, Gemeinden. Ich glaube, das sind Gründe gewesen, die beim Austarieren im politischen Deal bestimmt haben, was für die Gemeinden herauskommt. Die zweite Frage bezüglich der Jahressteuerbescheinigung: In der Tat hat Herr *Söhn* da schon einen richtigen Ansatzpunkt genannt. Es hätte ja sonst der § 30a AO wohl aufgehoben werden müssen, wenn man diese Jahressteuerbescheinigung sozusagen zwangsweise jedem Steuerpflichtigen zugeordnet hätte, mit der Pflicht, sie auch vorzulegen, oder automatische Mitteilungen über diese Jahressteuerbescheinigung von den Banken den Finanzämtern zugeleitet würden. Und da gibt es in der Tat diesen irrationalen Vorbehalt. In Deutschland besteht bei den Politikern der Eindruck, dass die Bürger dem Bankgeheimnis sehr große Aufmerksamkeit und sehr großen Wert beilegen und deswegen meine ich auch, dass es noch eine andere Rechtfertigung für die Begünstigung von Kapital gibt. Sie hatten ja gesagt, Herr Prof. *Söhn*, der Vereinfachungsgesichtspunkt könnte schon eine Rechtfertigung für eine Abgeltungssteuer sein und dann kamen der Gesichtspunkt Mobilität und Wirtschaftsförderung oder Wettbewerb für den Standort Deutschland zur Sprache. Ich will es noch einmal auf einen anderen Nenner bringen, und zwar gebietet der Gleichheitsgrundsatz zwar einerseits innerhalb des Binnensystems, alle Einkünfte gleich zu behandeln. Aber die steuerliche Gleichbehandlung im faktischen Ergebnis ist der Punkt: Der Gesetzgeber ist der Auffassung, der Steuerpflichtige würde auch bei einem moderaten Steuersatz mit einer Abgeltungssteuer zurückkommen oder auch bereit sein, 25 % zu zahlen, eben weil das Bankgeheimnis gleichwohl erhalten bliebe. Dieser psychologische Effekt, den Sie genannt haben, der spielt in der Politik offensichtlich eine sehr große Rolle. Deswegen befürchtet man auch nicht einen Wettbewerb nach unten, dass man praktisch ganz unten landet, bei einem Niedrigsteuerland, sondern bei 25 %, so die

Annahme der Politiker, wären die Leute dabei. Man kann das mit dem Gesetzgebungsvorschlag belegen, der die Steueramnestie bei den Kapitaleinkünften mit der Abgeltungssteuer verbunden hat, weil man hoffte, mit 25 %, also einer moderaten Besteuerung und der Amnestie gleichzeitig das Geld aus dem Ausland zurückzuholen. Das war damals die Begründung. Sie wissen, aus politischen Gründen ist das dann auseinander gefallen. Man hat die Amnestie gemacht und die Abgeltungssteuer ist damals nicht gekommen, weil man noch Nachbesserungsbedarf gesehen hat. Das Paket wurde aufgelöst, das Konzept ist nicht durchgeführt worden. Das soll jetzt nachgeholt werden. Ich glaube, damit sind die Fragen an Herrn *Scheurle* weitgehend beantwortet, aber ich überlasse gerne noch Herrn *Redert* oder Herrn *Hensel* das Wort, wenn einer von beiden dazu etwas sagen will.

Herr Hensel

Ich möchte bei Herrn *Roland* noch hinsichtlich der Jahresbescheinigungen etwas anfügen. Durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz war ja die Aufhebung des Bankgeheimnisses verbunden mit der Einführung von Kontrollmitteilungen und zusätzlich noch der Einstellung von Jahresbescheinigungen beabsichtigt. Wie bekannt, ist das Steuervergünstigungsabbaugesetz insofern abgeschmolzen worden. Im Nachhinein hat man sich aber seitens der Bundesregierung noch überlegt, dass die Jahresbescheinigung weiterhin als Hilfsmittel aufrechterhalten bleiben soll. Dementsprechend wurde die gesetzliche Regelung zur Jahresbescheinigung durch das Steueränderungsgesetz 2003 eingeführt, ausdrücklich mit dem Hinweis, es handelte sich insoweit um ein Hilfsmittel. Dementsprechend, Herr *Seer*, hat man das nicht mit einer Übermittlung an die Finanzbehörden gekoppelt.

Prof. Dr. Kirchmayr

Weil wir auch direkt angesprochen worden sind, möchte ich aus österreichischer Sicht anmerken: Wir haben die Abgeltungssteuer in Österreich seit 1993, und Prof. *Söbn* hat gesagt, wir haben sie sehr erfolgreich. Da habe ich mich gefragt, was ist denn eine erfolgreiche Abgeltungsbesteuerung? Der Umstand, dass wir sie 13 Jahre haben, der Umstand vielleicht, dass sie durchaus Akzeptanz findet, der Umstand, dass das Aufkommen nachweislich gestiegen ist? Ein weiterer Punkt, den man überprüfen könnte und der heute ein zentraler Diskussionspunkt ist, ist die Frage der Rechtssicherheit, der Verfassungsmäßigkeit. Den letzten, sehr sensiblen Punkt haben wir in Österreich einfach dadurch gelöst, dass wir die Abgeltungssteuer mit einem speziellen verfassungsrechtlichen „Deckel“, dem Endbesteuerungsgesetz, haben. Da müssen wir uns die allgemeine Frage nach dem Gleichheitsgrundsatz nicht stellen, weil wir einfach dieses ganze Thema Abgeltungssteuer der Kognitionsbefugnis des VfGH entzogen haben. Wir haben dies sozusagen praktisch gelöst. Durch diesen speziellen verfassungsrechtlichen Deckel ist es zwar so, dass der Verfassungsgerichtshof nicht mehr die grundsätzlichen gleichheits-

rechtlichen Probleme lösen muss, aber er ist gezwungen, sehr viele einzelfallbezogene Regelungen auszulegen. Z. B. der Begriff des Forderungswertpapiers betrifft jetzt nicht nur den einfachen Gesetzgeber, sondern auch den Verfassungsgerichtshof, weil der Begriff des Forderungswertpapiers verfassungsrechtlich vorgegeben ist. Noch ein Beispiel: Die Ungleichbehandlung von in- und ausländischen Investmentfonds, die auch der Verfassungsgerichtshof gelöst hat, ist letztendlich als Verletzung des Endbesteuerungsgesetzes aufgegriffen worden, und nicht gleichheitsrechtlich und auch nicht primär europarechtlich. Es stellt sich aber weiterhin die Frage nach der Gerechtigkeit: die kann man sich jedenfalls stellen. Sie wird von Umständen außerhalb des gesetzlichen Rahmens beeinflusst, und da ist man bei uns vor der folgenden realpolitischen Lage gestanden. Österreich war aufgrund von Bankgeheimnis und Anonymität der Sparkonten ein klassisches Land der Steuerhinterzieher, das kann man auch in den Gesetzesmaterialien nachlesen. Das Aufkommen aus der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen war sehr niedrig, d. h. wir hatten zwar ein theoretisch gerechtes System der progressiven Besteuerung, es hat aber nicht funktioniert. Heute haben wir es ausgetauscht gegen eines, das zweifelsohne mehr Aufkommen bringt, daher effektiver ist – letztendlich bezahlt der Einzelne mehr – aber im Vergleich zu Arbeitseinkommen mit einer Steuerbelastung zwischen 25 und bis zu 50 % ist der Belastungsunterschied natürlich frappant.

Prof. Dr. Doralt

Dazu möchte ich noch etwas ergänzen, und zwar zur Erbschaftsteuer. Wir haben in Österreich in der Erbschaftsteuer zufälligerweise gerade jetzt eine Beschwerde anhängig. Der Verfassungsgerichtshof hat ein Gesetzesprüfungsverfahren eingeleitet. Es geht darum: Eine Witwe hat Geld als Pflichtteil geerbt und die Erben haben Grundvermögen geerbt. Die Erben haben keine Erbschaftsteuer bezahlt, weil das Grundvermögen mit dem dreifachen Einheitswert bewertet wird, wovon jedoch der Pflichtteil abzuziehen war; dagegen hat die Witwe 10 % Erbschaftsteuer bezahlt. Der Verfassungsgerichtshof hat wegen dieser Ungleichbehandlung von Grundvermögen einerseits und Geldvermögen andererseits ein Gesetzesprüfungsverfahren eingeleitet. Er hat sich allerdings im Einleitungsbeschluss nicht damit auseinandergesetzt, dass wir auch eine Befreiung für Dividendenwerte haben, obwohl diese Befreiung in der Beschwerde angesprochen worden ist. Wenn ich den Verfassungsgerichtshof richtig verstehe, hält er es für unbedenklich, dass wir zwar Geld besteuern, nicht aber Dividendenwerte. Dieser in meinen Augen verfassungswidrige Umstand bleibt also bei uns bestehen. (Nachträgliche Anmerkung: Der Verfassungsgerichtshof hat inzwischen das Gesetzesprüfungsverfahren auf den Grundtatbestand der Erbschaftsteuer ausgedehnt.)

Prof. Dr. Schön

Herzlichen Dank, Herr Kollege *Doralt*. Ich glaube, es sind doch zwei Dinge deutlich geworden. Das Eine ist: verfassungsändernde Steuergesetze waren – glaube ich – in Österreich ein Produkt der großen Koalition, das sollte uns in Deutschland nachdenklich stimmen. Das Zweite ist, Herr Kollege *Doralt*, die Dualisierung im österreichischen Steuerrecht, die Sie beschreiben, droht uns auch in Deutschland in verstärktem Maße und das zeigt, dass wir hier weiß Gott nicht nur über eine einkommensteuerrechtliche Frage und auch nicht nur über ein konkretes Reformmodell sprechen, sondern über eine Grundfrage der Steuerrechtsordnung allgemein. Vielen Dank dafür und jetzt noch eine ergänzende Wortmeldung.

Herr Redert

Ich bin Referent im BMF, in dem Referat, das für die Besteuerung von privaten Kapitaleinkünften zuständig ist. Ich wollte noch einen kleinen Aspekt zum Kontrollverfahren ergänzen: Nach Angaben der Banken gibt es rund 500 Millionen Konten und Depots in Deutschland. Wenn man tatsächlich vorhätte, für alle Konten und Depots eine Weiterleitung der Jahresbescheinigung an die Finanzverwaltung einzuführen, dann könnte man damit die Finanzverwaltung lahm legen. Der Verfahrensaufwand, der dadurch entstehen würde, wäre sicher kaum zu bewältigen. Die Kapitaleinkünfte konzentrieren sich weitgehend auf relativ wenige Steuerpflichtige, d. h. für die Finanzverwaltung gibt es eigentlich nur eine sehr begrenzte Anzahl von Steuerfällen, die wirklich prüfungswürdig sind. Bei dieser Ausgangslage ist das Kontenabrufverfahren das ideale Mittel, um diese Fälle hinreichend prüfen zu können. Bei Weiterleitung aller Jahresbescheinigungen würde die Finanzverwaltung mit einer Masse von unsinnigen, unnötigen Kontrollmitteilungen zugeschüttet, was die Gefahr birgt, dass die wesentlichen prüfungsrelevanten Fälle in dieser Masse untergehen. Von daher ist der Kontenabruf das ideale Verfahren, um die Verifikation zielgerichtet in hinreichendem Maße sicherzustellen.

Herr Horlemann

Ich bin sehr dankbar, Herr Prof. *Lehner*, dass Sie noch einmal betont haben, an der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit festhalten zu wollen. Ich habe Ihnen sehr konsequent begründeten Vortrag auch nicht anders verstanden. In der summarischen Betrachtung dieses Vortrages haben Sie nämlich, glaube ich, die Begründung von Belastungsunterschieden als Standortfaktor letztlich verneint, weil Sie ja Ihre Vorbehalte ausdrücklich angebracht haben. Falls allerdings die ökonomischen Begründungen zuträfen, dann würden Sie Belastungsunterschiede für gerechtfertigt halten. Letztendlich sind Sie damit im Ergebnis, glaube ich, nicht sehr weit von Herrn Prof. *Söhn* weg, was auch meiner Auffassung entspricht, dass man rein ökonomische Begründungen in

diesem Kontext sicherlich nicht akzeptieren wird können, insbesondere deshalb, weil ich glaube, dass auch der Sachverständigenrat in den letzten Monaten sich sehr stark auf die Steuer als Standortfaktor konzentriert hat. Es sind aber eine Vielzahl verschiedener Standortfaktoren zu berücksichtigen und ich kann natürlich, nach Lage der Dinge, den einen oder anderen Faktor etwas überbetonen und damit alles begründen, was ich brauche, um eine Abweichung vom Leistungsfähigkeitsprinzip und vom Gleichheitssatz zu begründen. Daran schließt sich dann auch die Frage an: Wenn ich diese Belastungsunterschiede als eine Art Übergangsrecht bis zur allgemeinen Senkung von Steuersätzen akzeptiere, dann frage ich mich ganz politikpragmatisch, wie lange wird denn diese Übergangsphase bei den Politikern dauern? So wie ich sie einschätze, wird nicht wieder abgeschafft, was einmal eingeführt ist.

Prof. Dr. Hey

Ich habe noch eine Nachfrage. Ich verstehe nicht ganz, was mit ökonomischen Argumenten gemeint ist und damit, ökonomische Argumente würden nicht überzeugen. Und wie unterscheiden sie sich von wirtschaftspolitischen Argumenten? Mir ist ein wenig schleierhaft, warum wir die Ökonomie so abqualifizieren. Wirtschaftspolitische Argumente können nur überzeugen, wenn sie ökonomisch rational sind. Aber bisher haben wir uns überhaupt nicht mit der ökonomischen Theorie beschäftigt, sondern ausschließlich mit wirtschaftspolitischen Argumenten.

Prof. Dr. Söhn

Gemeint sind wirtschaftspolitische, standortpolitische usw., nicht aber rechtliche Gründe. Da sehe ich den entscheidenden Unterschied.

Prof. Dr. Lehner

Wenn wir ökonomische Gesichtspunkte im Steuerrecht vernachlässigen, dann kommen wir, ich sage das bewusst sehr überspitzt, letztlich zu einer Kopfsteuer. Der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist ein ökonomisch geprägter Grundsatz, und ich verwahre mich dagegen zu sagen, dass ökonomische Argumente in diesem Zusammenhang zur Begründung von allem und jedem herangezogen werden können. Ich möchte aber noch einmal betonen, dass ich trotz der Schwierigkeiten, die ich vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes sehe, an dem, was ich in meinem Vortrag und in dieser Diskussion gesagt habe, festhalten möchte. Für mich ist die Freistellungsmethode ein Ergebnis ökonomischer und wirtschaftlicher Überlegungen, die den Wettbewerb deutscher Unternehmen im Ausland stützt und schützt und die sich mittlerweile in Gestalt eines Gebots der Folgerichtigkeit in der deutschen Abkommenspraxis entfaltet hat. Darüber hinaus entspricht die Freistellungsmethode den Grund-

sätzen der europarechtlichen Beschränkungsverbote; die Anrechnungsmethode dagegen nicht. Wenn ich von einer Übergangslösung gesprochen habe, einem Übergangszeitraum, innerhalb dessen oder an dessen Ende ich mir eine Angleichung der Besteuerung von Kapitaleinkommen und Arbeits-einkommen vorstelle, dann sollte das meine durchaus erheblichen gleichheitsrechtlichen Bedenken noch einmal unterstreichen, aber an meiner Überzeugung hinsichtlich der Richtigkeit dieser Lösung während eines Übergangszeitraumes nichts ändern.

Die Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung

– Eine steuerverfassungsrechtliche Analyse –

Priv.-Doz. Dr. *Michael Elicker*
Saarbrücken

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">I. Besonderheiten der Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und VermögensverwaltungII. Gravierende Rechtsfolgenunterschiede diesseits und jenseits der „Grenze“III. Die Grenzziehung als Ergebnis einer historischen Entwicklung<ul style="list-style-type: none">1. Begründung zum Reichseinkommensteuergesetz 19252. Einkommensteuergesetz 1934: Traditionalismus und Prinzipienferne werden zum ProgrammIV. Die sachliche Tragfähigkeit der Grenzziehung im heutigen verfassungsrechtlichen Umfeld<ul style="list-style-type: none">1. Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | <ul style="list-style-type: none">2. Prüfung möglicher sachlicher Gründe für Grenzziehung und Ungleichbehandlung<ul style="list-style-type: none">a) „Schwächere Marktnutzung“ wegen geringerer Handlungsintensität?b) Ermittlungstechnikc) Undurchführbarkeit, Unverhältnismäßigkeit, Ungerechtigkeit einer allgemeinen Besteuerung von Veräußerungseinkünften aus „Privatvermögen“?d) Berücksichtigung unterschiedlicher steuerlicher Vorbelastung?V. Ergebnis |
|---|--|

I. Besonderheiten der Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung

Wenn man sich mit der Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung befasst, fällt auf, dass sich jede Seite zunächst einmal „vorsorglich für unzuständig erklärt“. Die §§ 20, 21 und 23 des Einkommensteuergesetzes enthalten Subsidiaritätsklauseln für den Fall, dass die Einkünfte anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind, während auf der anderen Seite gewerbliche Einkünfte nur vorliegen sollen, wenn das sog. negative Tatbestandsmerkmal „keine private Vermögensverwaltung“ erfüllt ist.¹ Für die Grenzziehung im Einzelnen geben diese Klauseln aber ebenso wenig her wie die gesetzlichen Beschreibungen der Besteuerungstatbestände, die sich überschneiden. So enthält, um nur ein Beispiel zu nennen, § 21 EStG auch nicht

¹ Vgl. z. B. BFHE 141, 405 (427 f.); BFH GrS BStBl. II 2002, 291.

ansatzweise einen Hinweis darauf, inwiefern etwa die Dauer der Mietverhältnisse für die Einschlägigkeit der Vorschrift von Bedeutung sein sollte.²

Es wird zu Recht festgestellt, dass die Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung nicht von der Tatbestandsseite her³, nicht definitorisch⁴, sondern nur typologisch erfolgen kann.⁵ Schon das bloße Konzept einer typologischen Abgrenzung wirft jedoch verfassungsrechtliche Probleme auf. Man wird sich nämlich fragen müssen, ob die Grenzziehung in ausreichendem Maße gesetzeseleitet ist⁶, ob der rechtsstaatlichen Forderung nach Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung Rechnung getragen ist. Wir haben es eben nicht mit einem mehr oder weniger „einheitlichen steuerbaren Raum“⁷ zu tun, innerhalb dessen sich die Grenzziehung abspielte. Die Grenzziehung hat – im Gegenteil – ganz gravierende Auswirkungen auf der Rechtsfolgesseite.⁸ Diese ergeben sich letztlich in erster Linie aus dem Theoriegegensatz zwischen den gegensätzlichen Einkommensbegriffen von Reinvermögenszugangstheorie⁹ und Quellentheorie¹⁰. So gehören Erträge aus der Veräußerung von Stammvermögen grundsätzlich nicht zum Einkommen im Sinne der Quellentheorie, denn nach dieser werden Vermögensveränderungen „im Zustande einer Quelle, welche nicht in ihrer bestimmungsmäßigen Verwendung zur Ertragserzielung ihren Ursprung haben“¹¹, nicht als Einkommen eingestuft.¹²

2 *Christoph Trzaskalik*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, 2006, § 21D 9.

3 *Trzaskalik*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 21D 9.

4 *Franz Wassermeyer*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 20Q 18.

5 *Brigitte Knobbe-Keuk*, Sind aller guten Dinge drei?, in FS *Ludwig Schmidt*, 1993, S. 741 (743); *Wassermeyer*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 20Q 18.

6 *Christoph Trzaskalik*, Vom Einkommen bis zu den Einkunftsarten, in FS *Tipke*, 1995, S. 321 (328, 333).

7 *Trzaskalik*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 21D 10.

8 *Trzaskalik*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 21D 9 f.

9 *Georg von Schanz*, Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, FinArch 13. Jg. (1896), S. 1 ff.; dazu *Joachim Lang*, Gewinnrealisierung – Rechtsgrundlagen, Grundtatbestände und Prinzipien im Rahmen des Betriebsvermögensvergleichs nach § 4 Abs. 1 EStG, in Hans Georg Ruppe (Hrsg.), Gewinnrealisierung im Steuerrecht, 1981, S. 45, S. 52 ff.

10 *F. Guth*, Die Lehre vom Einkommen in dessen Gesamtzweigen, Prag 1869, 2. Aufl. 1878, S. 62; *Friedrich Julius Neumann*, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre, 1889, S. 227 ff.; vollendet durch *Bernhard Fuisting*, Die Preußischen direkten Steuern, Bd. 4, Grundzüge der Steuerlehre, 1902, S. 110 ff.

11 *Fuisting*, Die Preußischen direkten Steuern, 4. Bd., S. 147.

12 *Fuisting*, Die Preußischen direkten Steuern, 4. Bd., S. 147.

Kaum erstaunlich ist es, wenn man angesichts dessen zu der Schlussfolgerung gelangt, dass jedenfalls dann keine private Vermögensverwaltung vorliegen kann, wenn jemand seine wesentlichen Erträge gerade durch solche Veräußerungen im Bereich des Stammvermögens erzielt. Entsprechend ist nach der Rechtsprechung die private Vermögensverwaltung durch das Dominieren des Merkmals der Fruchtziehung gekennzeichnet im Gegensatz zu einer im Vordergrund stehenden Umschichtung der Substanz.¹³ Bei der Abgrenzung soll auf ein von der Verkehrsanschauung geprägtes Gesamtbild der Verhältnisse abzustellen sein.¹⁴

Mit der Fruchtziehungsthese reagiert die Rechtsprechung auf den vorgefundenen Theoriegegensatz und die damit zusammenhängenden Rechtsfolgendifferenzen. Sie versucht auf diesem Wege, im Rahmen der durch das Gesetz gesteckten Möglichkeiten – so gut es geht – der Sache der Belastungsgleichheit zu dienen. Die insofern sachgerechte Unterscheidung zwischen Fruchtziehung aus Vermögen und Vermögensumschichtung bleibt dann aber, wie bereits angedeutet, nicht für sich stehen, sondern es werden die „Verkehrsanschauung“ und das „Gesamtbild der Verhältnisse“ ins Spiel gebracht.¹⁵ Es versteht sich von selbst, dass die Verkehrsanschauung nur dann ein Kriterium mit Unterscheidungskraft (über die Frage der Sachgerechtigkeit als Differenzierungskriterium soll damit noch gar nichts gesagt werden) sein kann, wenn eine hinreichend einheitliche Anschauung in der Realität vorzufinden ist. Ist das nicht der Fall, so müssen sich im Hinblick auf die großen Unterschiede in den Rechtsfolgen die Bedenken hinsichtlich des Grundsatzes der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung vertiefen, die schon angesichts der bloßen Tatsache der typologischen Abgrenzung geäußert wurden. Insofern muss die hier vom Großen Senat formulierte Position des Bundesfinanzhofes zu denken geben:

„Bei der Auslegung der in § 15 Abs. 2 EStG genannten Merkmale ist allerdings das ‚Bild des Gewerbetreibenden‘ heranzuziehen ... Dem stimmt der Große Senat zu. Insbesondere handelt es sich – wie im Urteil in BFHE 191, 45, BStBl. II 2000, 404 zutreffend ausgeführt – nicht um eine Tautologie. Ohne die vom Gesetzgeber offenbar als bekannt vorausgesetzte ‚Verkehrsanschauung‘ vom typischen Bild des Gewerbetreibenden kann der Rechtsanwender nicht bestimmen, ob eine gewerbliche Tätigkeit gegeben ist.“¹⁶

Nicht von ungefähr hat der Gesetzgeber aber unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg mit einer langjährigen Tradition gebrochen und eine entsprechende Formulierung aus dem Gesetzestext entfernt. In § 10 EStG 1920, in § 6 Abs. 2 EStG 1925 und in § 2 Abs. 3 EStG 1934 hatte es jeweils noch Klauseln gegeben, nach denen es sich in Zweifelsfällen nach der Verkehrsauffassung

13 Ständige Rechtsprechung, z. B.: BFH GrS BStBl. II 1995, 617; BFH GrS BStBl. II 2002, 291.

14 Z. B.: BFHE 135, 316; 164, 53; 93, 281; *Wolfram Reiß*, in P. Kirchhof (Hrsg.), EStG Kompaktkommentar, 6. Aufl. 2006, § 15 Rz. 114.

15 Z. B.: BFH GrS BStBl. II 1995, 617; BFH GrS BStBl. II 2002, 291.

16 BFH GrS BStBl. II 2002, 291 Rz. 26.

bestimmte, welche Einkünfte der einzelnen Einkunftsart zuzurechnen sind.¹⁷ Vor diesem Hintergrund ist es bedenklich, wenn sich die Rechtsprechung heute im Bereich der Abgrenzung von Gewerblichkeit und Vermögensverwaltung noch immer stark auf *die vom Gesetzgeber offenbar als bekannt vorausgesetzte Verkehrsanschauung* beruft.

Neben der hiermit einhergehenden Loslösung von einer ausschließlich sachlich-argumentativen Ableitung der Abgrenzungsmerkmale drängen sich Zweifel daran auf, ob die auf diesem Wege gewonnenen Ergebnisse tatsächlich eine mehr oder weniger einheitliche „Verkehrsanschauung“ widerspiegeln können: Soweit es etwa um Grundstücksverkäufe geht, wird die Praxis bekanntlich dominiert von der sog. Drei-Objekt-Grenze und der Kasuistik, die sich um diese herum entwickelt hat.¹⁸ Viele Sachverhalte, die in diesem Rahmen schon zur Annahme der Gewerblichkeit führen können, haben wenig mit dem „typischen Bild“ zu tun, das man sich nach landläufiger Verkehrsanschauung von einem Gewerbebetrieb macht.¹⁹ Im anderen Extrem soll es hingegen einer geradezu banktypischen Betätigung²⁰ bzw. eines eingerichteten Wertpapierhandelsunternehmens nach dem Leitbild des Kreditwesengesetzes²¹ bedürfen, damit von einer gewerblichen Betätigung auszugehen ist.²² Wenn auf diese Weise unter Berufung auf das „Gesamtbild der Verhältnisse“ und die „Verkehrsanschauung“²³ selbst der häufige Wertpapierumschlag noch als private Vermögensverwaltung gewertet wird, wird im Verhältnis zum Grundstücksverkäufer²⁴ das Bemühen um Gerechtigkeit

17 Siehe auch *Trzaskalik*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 21D 1.

18 Aus der neueren Literatur *Joachim Moritz*, Aktuelle Entwicklungen beim gewerblichen Grundstückshandel, DStR 2005, 2010; *Michael Kempermann*, Gewerblicher Grundstückshandel: Nachhaltigkeit in „Ein-Objekt-Fällen“ – Zugleich Besprechung des BFH-Urteils vom 1.12.2005, DStR 2006, 265; *Marcus Hornig*, Aktuelle Entwicklungen in der BFH-Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel – Anmerkungen zu den BFH-Urteilen vom 15.3.2005 – X R 39/03 und 28.4.2005 – IV R 17/04. Die von der Finanzverwaltung im BMF-Schreiben v. 26.3.2004 geäußerten Rechtsauffassungen beinhalten über die Entwicklung der Rechtsprechung hinausgehende Verschärfungen, s. *Matthias Söffing*, Gewerblicher Grundstückshandel – Anmerkungen zum BMF-Schreiben v. 26.3.2004, DStR 2004, 739.

19 Vgl. auch *Georg Crezelius*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23A 26.

20 Z. B. BFH BStBl. II 2005, 26 m. w. N.; BFH BStBl. II 1999, 448.

21 BFH BStBl. II 2004, 419; BStBl. II 2004, 995.

22 *Clemens Wangler* stellte schon 1999 die Frage nach möglichen Konsequenzen damals aktueller Entwicklungen der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel für den Bereich des Wertpapierhandels: Gewerblicher Grundstückshandel – Wohin führen die Kriterien der Rechtsprechung?, DStR 1999, 184.

23 BFH BStBl. II 2004, 419.

24 Auch unter den mit Grundstücken Wirtschaftenden kommt es zu Wertungswidersprüchen: Auch eine Vermietung im großen Stil mit großem Verwaltungs- und

im Rahmen des Möglichen wieder verschüttet, das in der Abgrenzung anhand der Merkmale „Fruchtziehung“ vs. „Substanzumschichtung“ ursprünglich erkennbar war.

II. Gravierende Rechtsfolgenunterschiede diesseits und jenseits der „Grenze“

Die Gerechtigkeit im Rahmen der vom Gesetz offen gelassenen Möglichkeiten, um die sich die Rechtsprechung *de lege lata* bemühen muss, kann nicht der Endpunkt einer verfassungsrechtlichen Analyse des Themas der Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung sein. Man muss vielmehr weitergehend fragen, ob das bestehende Gesetz überhaupt in einer dem Leistungsfähigkeitsgrundsatz genügenden Weise angewandt werden kann und ob die Unterschiedlichkeiten in der Rechtsfolge diesseits und jenseits der Grenzziehung überhaupt vor dem Gleichheitssatz gerechtfertigt werden können.

Die Unterschiedlichkeiten in der Rechtsfolge, im steuerlichen Belastungserfolg sind gravierend.²⁵ Die Grenzziehung führt, abgesehen von der Gewerbesteuer, zu unterschiedlichen Belastungen durch die unterschiedlichen einkunftsartspezifischen Regelungen, die diesseits und jenseits der „Grenze“ zur Anwendung kommen, insb. durch die unterschiedlichen Einkünfteermittlungsarten. Die Ermittlung der Einkünfte einmal in Form des Betriebsvermögensvergleichs und einmal in Form einer Überschussrechnung bringt schon durch den abweichenden zeitlichen Ansatz positiver und negativer Einkommensteile durch Progressions-²⁶ und Zinseffekte wesentliche Ungleichbelastungen mit sich.²⁷ Wichtigste Konsequenz der dualisti-

Fremdmittleinsatz wird als Vermögensverwaltung eingestuft, solange nicht eine unternehmerische Organisation in den Vordergrund tritt, BFH BStBl. II 1991, 126 (128); hierzu auch *Trzaskalik*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 21D 6.

25 *Thomas Wala/Leonhard Knoll*, Einkommen vs. Konsum: Betriebswirtschaftliche Überlegungen zum ertragsteuerlichen Leistungsfähigkeitsindikator, ÖStZ 2001, 139 (144).

26 Zur Frage der Berechtigung des progressiven Tarifs der heutigen Einkommensteuer *Michael Elicker*, Kritik der direkt progressiven Einkommensbesteuerung, Plädoyer für die „flache Steuer“ – aus rechtswissenschaftlicher Sicht, StuW 2000, 3; für Österreich *ders.*, Die Ungerechtigkeit der direkten Steuerprogression, ÖStZ 2001, 166.

27 *P. Kirchhof*, in P. Kirchhof (Hrsg.), EStG Kompaktcommentar, § 2 Rz. 79; *Franz W. Wagner*, Korrektur des Einkünfte dualismus durch Tarifdualismus – Zum Konstruktionsprinzip der Dual Income Taxation, StuW 2000, 431 (433 f.). Die Beachtung des „Prinzips der Gesamtgewinnlichkeit“ kann daher dem Dualismus der Gewinnermittlung das Verdikt des Verstoßes gegen den Gleichheitssatz nicht ersparen, vgl. *Jürgen Costede*, Mitunternehmerschaft und Betriebsaufspaltung bei der GmbH & Still, StuW 1977, 208 (222).

schen Einkünfteermittlung ist aber die Besteuerung bzw. Nichtbesteuerung von realisierten Wertsteigerungen des eingesetzten Vermögens.²⁸ So werden bei den Gewinneinkunftsarten Wertveränderungen des Erwerbsvermögens berücksichtigt, also Veräußerungsgewinne geschlossen erfasst, bei den Überschusseinkunftsarten hingegen nur im Rahmen einzelner Spezialtatbestände.²⁹ Hierdurch wurde eine Tendenz ausgelöst, durch Finanzinnovationen laufende Einkünfte in steuerfreie Veräußerungseinkünfte umzuwandeln.³⁰ Eine Veräußerung während der früher sog. „Spekulationsfrist“ lässt sich häufig vermeiden, so dass § 23 EStG zum Teil faktisch leerläuft.³¹ Gerade in der Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung zeigt sich somit ein Grundproblem des geltenden Einkommensteuergesetzes auf besonders deutliche Weise: Hier kommen auf engstem Raum zwei unterschiedliche Einkünfteermittlungsarten, die letztlich auf den gegensätzlichen Einkommensbegriffen von Reinvermögenszugangstheorie³² und Quellenstufenlehre³³ beruhen³⁴, nebeneinander zur Anwendung.

-
- 28 So auch *Crezelius*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23A 20. Die steuerrechtliche Abteilung des 57. Deutschen Juristentags forderte: „Gewinne und Verluste aus der Veräußerung von vermieteten und verpachteten Grundstücken sowie von Kapitalvermögen sind unter Einführung großzügiger Freigrenzen einkommensteuerlich zu berücksichtigen. Die Regelung über Spekulationsgewinne entfällt. Persönlich genutzte Wirtschaftsgüter bleiben von der Besteuerung ausgenommen.“, Sitzungsbericht, N 212.
- 29 *P. Kirchhof*, in *P. Kirchhof* (Hrsg.), EStG Kompaktcommentar, § 2 Rz. 79. Durch § 17, § 23, einzelne Tatbestände des § 20 EStG und durch § 21 UmwStG werden im Rahmen unvollkommener Angleichungsversuche ausnahmsweise Nicht-Quelleneinkünfte zu Überschusseinkünften umqualifiziert, vgl. auch *Crezelius*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23A 1.
- 30 Vgl. auch die gesetzgeberischen Reaktionen durch § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Nr. 2, 4 EStG; *Crezelius*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23A 27.
- 31 Vgl. *Crezelius*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23A 25.
- 32 Grundlegend von *Schanz*, FinArch 13. Jg. (1896), S. 1 ff.
- 33 *Guth*, Die Lehre vom Einkommen in dessen Gesamtzweigen, S. 62; *Neumann*, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre, S. 227 ff.; *Fuisting*, Die Preußischen direkten Steuern, Bd. 4, Grundzüge der Steuerlehre, S. 110 ff.
- 34 *Joachim Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988, S. 36, 43, 273; *P. Kirchhof*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 2 Rz. A 420 ff.; *Klaus Tipke*, Die dualistische Einkünfteermittlung nach dem EStG, Entstehung, Motivation und Berechtigung, in Heinrich-Wilhelm Kruse (Hrsg.), FS für Heinz Paulick zum 65. Geburtstag, 1973, S. 391 (394); *Kuno Barth*, Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts, Bd. 2, Teilband 1, 1955, S. 198, 182 ff., 236; vgl. auch die amtlichen Begründungen zum EStG 1920, Verfassunggebende Deutsche Nationalversammlung 1919, Drucksachen Nr. 1624, S. 17 ff., sowie die amtliche Begründung zum EStG 1925, Reichstag, III. Wahlperiode (1924/25), Nr. 795, S. 21 ff.

Man muss daher grundsätzlich in Zweifel ziehen, ob die Grenzziehung zwischen den so unterschiedlich besteuerten Bereichen „Gewerbebetrieb“ und „Vermögensverwaltung“ überhaupt verfassungsrechtlich Bestand haben kann. Das Bundesverfassungsgericht hat formuliert:

„Der Gleichheitssatz verlangt ..., dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleichmäßig belastet werden. Das danach – unbeschadet verfassungsrechtlich zulässiger Differenzierungen – gebotene Gleichmaß verwirklicht sich in dem Belastungserfolg, den die *Anwendung der Steuergesetze beim Einzelnen Steuerpflichtigen erreicht*.“³⁵

Da definitiv keine Gleichheit im Belastungserfolg diesseits und jenseits der Grenze verwirklicht ist, stellt sich die Frage nach verfassungsrechtlich zulässigen Differenzierungsanlässen für eine unterschiedliche Besteuerung der Erscheinungsformen des Wirtschaftens mit Grundstücken oder Wertpapieren, die man als gewerblich begriff und derjenigen Aktivitäten, die man als vermögensverwaltend ansieht.

III. Die Grenzziehung als Ergebnis einer historischen Entwicklung

Wenn man nun unvoreingenommen an diese Frage herangehen will, ist es fair, zunächst einmal von den Motiven des Gesetzgebers auszugehen. Der Gesetzgeber müsste sich ja etwas dabei gedacht haben, als er die Einkünfte aus Kapitalvermögen und Vermietung einer anderen Einkünfteermittlungsart unterstellte als die Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Hätte er sich nichts dabei gedacht, oder nichts was wir aus heutiger Sicht als sachgerecht ansehen können, müsste man jede nachträgliche Unterlegung der Grenzziehung mit Differenzierungsgründen mit noch kritischeren Augen betrachten. Man muss sich also primär aus der Gesetzesbegründung eine erste Antwort erhoffen, deren Tragfähigkeit und ggf. „Ausbaufähigkeit“ aus heutiger Sicht man dann zu prüfen hätte.

Schaut man nun in die Begründung zum Einkommensteuergesetz 1934³⁶, so kann man nur feststellen, dass diese zur Frage der Abgrenzung von gewerblichen Einkünften und Vermögensverwaltung ganz schweigt. Das Einkommensteuergesetz 1934 übernahm die Unterscheidung insoweit praktisch unverändert aus dem Reichseinkommensteuergesetz von 1925 und berief sich insofern auf die Vorgängerregelung und deren Begründung.³⁷

35 BVerfGE 93, 121 (134) unter Hinweis auf BVerfGE 84, 239 (268), Hervorhebungen hinzugefügt.

36 Begründung zum Einkommensteuergesetz vom 16.10.1934 (RGBl I, S. 1005), RStBl 1935, S. 33.

37 Begründung zum Einkommensteuergesetz vom 16.10.1934, RStBl 1935, S. 34 f.

1. Begründung zum Reichseinkommensteuergesetz 1925

In der Begründung zum Reichseinkommensteuergesetz 1925³⁸ wurde versucht, die Unterscheidung zwischen den damals weitestgehend in der heutigen Form geschaffenen beiden Hauptgruppen sachlich zu begründen. Grundsätzlich heißt es zum Theoriegegensatz zwischen Quellen- und Reinvermögenszugangstheorie, die Frage werde sich bei Ausgestaltung eines Gesetzes niemals mit Ausschließlichkeit in dem einen oder anderen Sinne entscheiden lassen.³⁹ Für die konkrete theoretische Zuordnung mittels der beiden Hauptgruppen stellt die Begründung ab auf die wesentliche Gemeinsamkeit der ersten Hauptgruppe.⁴⁰ Die zweite Hauptgruppe kommt also – sehr bemerkenswert – schon von der Konzeption her lediglich durch eine Negativabgrenzung zustande. Die Gemeinsamkeit der ersten Hauptgruppe, auf die die Begründung abstellt, besteht im Einsatz eines der Erwerbstätigkeit gewidmeten Vermögens.⁴¹ Wegen der insoweit ähnlichen, durch Kapitaleinsatz geprägten Art des Einkommensbezugs müsse für diese Hauptgruppe als Einkommen auch der an der Kapitalbetrachtung orientierte Gewinnbegriff gelten, für den eben der Unterschied des der Tätigkeit gewidmeten Vermögens am Anfang und am Schluss des damals sog. Steuerabschnitts maßgeblich ist.⁴²

Bei den Einkunftsarten, die in die andere Hauptgruppe fallen, komme dieser Vergleich des Vermögens dagegen nicht in Frage; hier gelte daher als Einkommen der Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben.⁴³ Hinsichtlich der Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit wird diese Feststellung damit begründet, dass der zugrundeliegenden Tätigkeit regelmäßig keine Vermögensgegenstände gewidmet seien.⁴⁴ Auf diese im gegebenen Zusammenhang recht plausibel klingende Begründung folgt dann der die Vermögensverwaltung betreffende Teil. Hierzu sagt die Begründung wörtlich: Bei Erträgen,

„die ohne Arbeit oder nur aufgrund einer begrenzten Verwaltungstätigkeit aus Vermögen bezogen werden, wie bei Kapitalerträgen, Einkünften aus Vermietung und Verpachtung,

38 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802.

39 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, S. 21.

40 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, S. 41.

41 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, S. 41.

42 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, S. 41.

43 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, S. 41.

44 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, S. 41.

wiederkehrenden Bezügen, kommt es nicht auf die Veränderung der Vermögensgegenstände an, sondern lediglich auf die Erträge, die sie abwerfen.“⁴⁵

Das ist alles was hierzu gesagt wird; die gesuchte Begründung des Gesetzgebers für die Abgrenzung von Einkünften aus Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung erschöpft sich also in einer bloßen Behauptung, deren Berechtigung in der Sache sich aus dem Voranstehenden ganz und gar nicht erschließt. Man wird alleingelassen mit der Frage, wie es denn sein kann, dass der Faktor Kapitaleinsatz bei gleichzeitigem erheblichem Arbeitseinsatz zur Definition und Erfassung des Einkommens als Vermögenszugang führt, während dies bei einem Kapitaleinsatz mit geringerer „Beimischung“ von Arbeit nicht der Fall sein soll. Müsste nicht dieser reinere Kapitaleinsatz erst Recht in die erste Hauptgruppe fallen? In diesem der Idee nach nahezu reinen Kapitaleinsatz der Vermögensverwaltung liegt doch geradezu der Gegenpol zur nicht selbständigen Arbeit, die ganz überwiegend durch den Einsatz des Faktors „Arbeit“ geprägt ist. Wie kann es also sein, dass sich die reinste Form der Einkommenserzielung durch Kapitaleinsatz und die reinste Form der Einkommenserzielung durch Arbeitseinsatz schon seit 1925 in derselben Hauptgruppe befinden?⁴⁶

Da keine den Theorien entsprechende Begründung gegeben wird, drängt es sich auf, dass es in Wahrheit pragmatische Gründe waren, die den Gesetzgeber vor mehr als 80 Jahren zu dieser Einordnung veranlasst haben. Die Anwendung unterschiedlicher Einkünftermittlungsarten zur Ermittlung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb auf der einen Seite und von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und aus Kapitalvermögen auf der anderen Seite war schon lange vor dem Einkommensteuergesetz 1925 aus pragmatischen Erwägungen zustande gekommen. Schon in den quellentheoretisch konzipierten Einkommensteuergesetzen der Einzelstaaten im 19. Jahrhundert hatte man vier Hauptquellen des Einkommens unterschieden, und zwar Grundbesitz, Gewerbebetrieb, Kapitalvermögen und Arbeit.⁴⁷ Für alle diese Quellen – auch für das „Einkommen aus Handel und Gewerbe“ – war nach den ursprünglichen Entwürfen zum preussischen Einkommensteuergesetz von 1891 die Überschussrechnung vorgesehen; auf Drängen der Unterneh-

45 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, S. 41.

46 Zu Recht wird auch darauf hingewiesen, dass der Grundbesitz für Hoteliers und Vermieter gleichermaßen hohe Bedeutung hat (*Trzaskalik*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 21D 9; *Werner Hartmann/Jutta Tavenrath*, Teilentgeltliche Nutzungsüberlassung einer Wohnung, Zur Problematik des neuen § 21 Abs. 2 Satz 2 EStG, FR 1987, 409 [412 f.]) und es nicht einleuchtet, Gewerbesteuerpflicht und die Erfassung von Veräußerungsgewinnen vom ständigen und schnellen Wechsel der Mieter abhängig zu machen, s. *Trzaskalik*, a. a. O.

47 *Trzaskalik*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 21 Rz. A 27; *Kirchhof*, § 2 Rz. A 399 ff.

mer wurde das Einkommen aus „Handel und Gewerbe“ dann aber in § 14 dieses Gesetzes mit dem Ergebnis der handelsrechtlichen Buchführung gleichgesetzt. Es war dies eine Erleichterung für die Unternehmer bei Erfüllung ihrer steuerlichen Pflichten, eine Reduzierung der „*compliance costs*“, die angesichts von aus heutiger Sicht unvorstellbar niedrigen Steuersätzen von maximal vier Prozent schwerer wog als Nachteile im Bereich der Bemessungsgrundlage.⁴⁸ *Georg von Schanz*⁴⁹ hat dann wenig später unter Rückgriff⁵⁰ auf Arbeiten *Gustav von Schmollers*⁵¹ und *Friedrich Benedict Wilhelm Hermanns*⁵² mit seiner Reinvermögenszugangstheorie einen theoretischen Unterbau zur steuerlichen Gewinnermittlung durch Bilanzierung geliefert. Der Gesetzgeber des Reichseinkommensteuergesetzes 1920 hat sich dann zwar verbal zu dieser neuen Theorie bekannt⁵³, ohne dieser aber im vollen Umfang zu folgen.⁵⁴ Wiederum aus Praktikabilitätsgründen beließ man es in der tatsächlichen Ausgestaltung bei der Zweiteilung der Ermittlungsmethoden, bei den Einkünften aus Kapitalvermögen und Vermietung blieb es beim quellentheoretischen Grundsatz des preußischen Einkommensteuergesetzes 1891.⁵⁵

Darauf, dass auch für den Initiator des Reichseinkommensteuergesetzes 1925 in Wahrheit Tradition und Pragmatismus für die Ungleichbehandlung von Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung maßgeblich waren, deuten auch Aussagen aus der Gesetzesbegründung hin, etwa wenn es zum Theoriegensatz zwischen Quellen- und Reinvermögenszugangstheorie heißt,

48 *Michael Elicker*, Darf der Steuerzugriff ein Unternehmen zahlungsunfähig machen?, *StuW* 2002, 217 (229); *Joachim Lang*, in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 18. Aufl. 2005, § 9 Rz. 184.

49 *von Schanz*, *FinArch*, 13. Jg. (1896), 1 ff.

50 Vgl. *Fritz Neumark*, Probleme der allgemeinen Einkommenstheorie, in *Wirtschafts- und Finanzprobleme des Interventionsstaates*, 1961, S. 23 (25); *Dieter Schneider*, Realisationsprinzip und Einkommensbegriff, in *FS Ulrich Leffson*, 1976, S. 101 (105).

51 *Gustav von Schmoller*, Die Lehre vom Einkommen in ihrem Zusammenhang mit den Grundprincipien der Steuerlehre, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 19. Bd. (1863), 52.

52 *Friedrich Benedict Wilhelm Hermann*, *Staatwirtschaftliche Untersuchungen*, 1. Aufl. 1832, 2. Aufl. 1870.

53 Begründung zum REStG-Entwurf vom 29.11.1919, *Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung*, RT-Drucks. Bd. 340 Nr. 1264, S. 593 mit ausdrücklichem Hinweis auf *von Schanz*, *Finanzarchiv* 1869, S. 1 ff.; vgl. auch *Trzaskalik*, in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, *Einkommensteuergesetz*, Kommentar, § 21A 28.

54 *P. Kirchhof*, in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, *Einkommensteuergesetz*, Kommentar, § 2A 423 f.

55 *Wassermeyer*, in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, *Einkommensteuergesetz*, Kommentar, § 20A 58; es kam zwar zur verstärkten Erfassung von Veräußerungsgewinnen, aber bei Grundstücken nur in bestimmten Spekulationsfällen, vgl. *Trzaskalik*, in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, *Einkommensteuergesetz*, Kommentar, § 21A 28.

die Frage werde sich bei Ausgestaltung eines Gesetzes niemals mit Ausschließlichkeit in dem einen oder anderen Sinne entscheiden lassen.⁵⁶ Oder wenn es allgemein zu den Einkunftsarten heißt, der Gesetzgeber habe „unter Wiederaufnahme allgemein geläufiger Begriffe dem Steuerpflichtigen die Abgabe der Steuererklärung und den Behörden die Veranlagung erleichtern“⁵⁷ wollen.

2. Einkommensteuergesetz 1934:

Traditionalismus und Prinzipienferne werden zum Programm

Die traditionalistischen und „pragmatischen“ Motive, die – entgegen den unzureichenden Versuchen einer theoretisch orientierten sachlichen Begründung – der Unterscheidung im Reichseinkommensteuergesetz 1925 zugrundelagen, werden in der Begründung zu § 2 des Einkommensteuergesetzes 1934 ganz offiziell zum Prinzip erhoben. Dort heißt es ausdrücklich, dass sich auch das neue Gesetz *keiner* der Lehrmeinungen zum Einkommensbegriff angeschlossen habe, sondern der Begriff des Einkommens werde „ausschließlich in einer für die Zwecke der Besteuerung möglichst geeigneten Weise umgrenzt, und zwar im Anschluss an das bisherige Gesetz und seine Auslegung durch Verwaltung und Rechtsprechung“.⁵⁸ Damit bekannte sich der Gesetzgeber nicht zu einem durchgehenden Besteuerungsprinzip, sondern umgekehrt ausdrücklich zur Prinzipienferne und zum Festhalten am Althergebrachten. Mit diesen eher zweifelhaften Intentionen beherrscht er bis auf den heutigen Tag unser Einkommensteuerrecht.

IV. Die sachliche Tragfähigkeit der Grenzziehung im heutigen verfassungsrechtlichen Umfeld

Das Umfeld, in dem sich die Einkommensbesteuerung heute abzuspielen hat, hat sich seit 1934 grundlegend gewandelt. Das gilt nicht nur in tatsächlicher Hinsicht durch die weite Verbreitung von Anlageprodukten mit starken Substanzwertveränderungen; vielmehr hat sich insb. auch das verfassungsrechtliche Umfeld geändert: Für das Steuerrecht entnimmt das Bundesverfassungsgericht dem aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gleichbehandlungsgrundsatz den Grundsatz der Steuergerechtigkeit.⁵⁹ *Josef Isensee* formuliert:

56 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, S. 21.

57 Begründung des Entwurfs eines Einkommensteuergesetzes vom 23.4.1925, RT-Drucks. 1924/25 Nr. 794/802, Zu § 6.

58 Begründung zum Einkommensteuergesetz vom 16.10.1934 (RGrBl I, S. 1005), RStBl 1935, S. 34.

59 BVerfGE 6, 70; 9, 9; 146, 244; 12, 338; 13, 202; 13, 298; 21, 27; 23, 253; 26, 310; 35, 335; 36, 330; 43, 118, 120; 47, 29; 49, 360; 50, 391; 65, 354; 66, 223; 84, 268.

„Mit der Gleichheit steht und fällt die Steuer. Da sie sich nun einmal nicht aus individuellem Interesse des Betroffenen rechtfertigen lässt, sondern allein aus dem Interesse der Allgemeinheit, akzeptiert sie der Bürger nur, wenn die Last alle nach gleichen Bedingungen trifft. Die allgemeine Lastengleichheit aber wird nur gewährleistet, wenn die jeweilige Steuer nach einsehbar, konsistenten Prinzipien gesetzlich ausgestaltet ist.“⁶⁰

1. Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben sich nach heutiger Verfassungsrechtsprechung ganz konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung eines Steuergesetzes. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Urteil vom 27.6.1991 folgenden Leitsatz formuliert:

„Der Gleichheitssatz verlangt für das Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden.“⁶¹

Im Bereich der Einkommensteuer hat das Gericht dem Gesetzgeber bei der Bestimmung des Einkommens als Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer zwar traditionell einen weiten Spielraum zugemessen⁶², geht aber immer mehr dazu über, die zur Verfassungswidrigkeit führenden Grenzüberschreitungen des Gesetzgebers zu betonen.⁶³ In seiner neuesten Rechtsprechung stehen die für den Gesetzgeber geltenden Schranken deutlich im Vordergrund:

„Die Freiheit des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte tatbestandlich zu bestimmen, an die das Gesetz dieselben Rechtsfolgen knüpft und die es so als rechtlich gleich qualifiziert (vgl. BVerfGE 75, 108 [157]), wird für den Bereich des Steuerrechts und insb. für den des Einkommensteuerrechts vor allem durch zwei eng miteinander verbundene Leitlinien begrenzt: durch das Gebot der Ausrichtung der Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit und durch das Gebot der Folgerichtigkeit.“⁶⁴

60 *Josef Isensee*, Vom Beruf unserer Zeit für Steuervereinfachung, *StuW* 1994, 3 (7).

61 BVerfGE 84, 239.

62 BVerfGE 26, 1; 84, 239 (271).

63 BVerfGE 6, 55 (67); 9, 237 (243); 13, 290 (297); 14, 34 (41); 27, 58 (64); 32, 333 (339); 36, 66 (72); 43, 108 (120); 47, 1 (29); 61, 319 (343 f.); 66, 214 (223); 67, 290 (297); 68, 143 (152 f.); 82, 60; 82, 198.

64 BVerfGE 105, 73, Absatz-Nr. 214; die enge Verbundenheit dieser Leitlinien zeigt sich darin, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip als Rechtsprinzip vor allem bei der privilegienfreien Formulierung von Bemessungsgrundlagen entfaltet werden kann, vgl. auch *Joachim Lang*, Besteuerung des Konsums aus gesetzgebungspolitischer Sicht, in *Manfred Rose* (Hrsg.), *Konsumorientierte Neuordnung des Steuersystems*, 1991, S. 291 (310 f.). Das Bundesverfassungsgericht erkannte weiter, der Gesetzgeber müsse „unter dem Gebot möglichst gleichmäßiger Belastung aller Steuerpflichtigen bei der Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umsetzen“, BVerfGE 105, 73, Absatz-Nr. 215 unter Hinweis auf BVerfGE 84, 239 (271); 93, 121 (136); 99, 88 (95); 99, 280 (290); 101, 132 (138); 101, 151 (155). Ausnahmen von einer solchen folgerichtigen Umsetzung bedürfen besonderer sachlicher Gründe (BVerfGE 99, 88 [95]; 99, 280 [290]), welche insb. in Fällen von wertungsmäßig atypisch liegenden Tatbeständen in Betracht kommen.

Die Bedeutung des Leistungsfähigkeitsprinzips für eine gleichmäßige und gerechte Besteuerung ist offenkundig.⁶⁵ Das Gebot der Folgerichtigkeit hat zum Inhalt, dass der Gesetzgeber das sachgerechte Prinzip, für das er sich entschieden hat, konsequent umsetzen und die einmal getroffene Wertentscheidung konsequent durchhalten muss.⁶⁶ Folgerichtigkeit gewährleistet Gleichheit in der vorgefundenen Ordnung und verlangt logische Konsequenz bei der Einführung eines Rechtssatzes in das jeweilige Teilrechtsgebiet und in die Gesamtrechtsordnung.⁶⁷ Ein gerechtes Einkommensteuergesetz muss somit auf einer allgemeingültigen, generell gefassten Regel beruhen, nach der alle Einkünfte gleichmäßig ermittelt werden können.⁶⁸ Anders ausgedrückt: Das Grundgesetz akzeptiert nicht mehr die willkürliche Distanzierung des Steuergesetzgebers von jeder Festlegung auf einheitliche Besteuerungsprinzipien, da erst eine solche Festlegung zu Gleichheit im Belastungserfolg führen kann.

Speziell zum Verhältnis unterschiedlicher Einkunftsarten zueinander hatte das Gericht vor etwas mehr als 35 Jahren in drei Entscheidungen den Ein-

Schon zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen Systemwidrigkeit als Indiz für einen Gleichheitssatzverstoß angesehen und geprüft, ob die zu prüfende Norm die „vom Gesetz selbst statuierte Sachgesetzmäßigkeit“ verletze, s. BVerfGE 13, 331 (340); 18, 334 (372); 36, 336 (394), ferner BVerfGE 7, 153; 9, 28; 9, 243; 11, 293; 13, 38; 15, 318; 20, 377; 34, 115; 45, 375; 55, 88; 59, 49. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bindet sich der Gesetzgeber selbst, wenn er sich bei der Regelung einer Materie für ein „Ordnungsprinzip“ entscheidet. Diese Selbstbindung führt zu einem Rechtfertigungszwang für Durchbrechungen des einmal gewählten Ordnungsprinzips, vgl. BVerfGE 59, 36 (49); BVerfG BStBl. II 1984, 608 (612); *Gerhard Leibholz/Justus Rinck/Dieter Hesselberger*, Grundgesetz, Kommentar, Art. 3 Rz. 11. Die steuerrechtliche Abteilung des 57. Deutschen Juristentages hat einstimmig beschlossen: „Innere Systemkonsequenz des Einkommensteuerrechtes ist die erste Voraussetzung für Lastengleichheit, Transparenz und Einfachheit.“, Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Mainz 1988, Bd. 2, N 211. Zur Systemgerechtigkeit s. *P. Kirchhof*, Steuergleichheit, *StuW* 1984, 297 (301 ff.); *Hans Jürgen Papier*, Ertragsteuerliche Erfassung von „windfall profits“, *StuW* 1984, 315 (318 ff.); *Hans Peter Schneider*, Möglichkeiten und Grenzen von Steuerreformen aus verfassungsrechtlicher Sicht, in *Karl-Heinrich Hansmeyer* (Hrsg.), Staatsfinanzierung im Wandel, 1983, S. 113 (129 ff.); *Ulrich Battis*, Systemgerechtigkeit, in FS Hans Peter Ipsen, 1977, S. 11; *Christoph Degenhardt*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Klaus Tipke*, Steuerrechtswissenschaft und Steuersystem, in FS G. Wacke, 1972, S. 211; *ders.*, Steuerrecht – Chaos, Konglomerat oder System?, *StuW* 1971, 2.

65 *Elicker*, *StuW* 2000, 3 (11) m. w. N.

66 *Klaus Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, S. 354 ff.

67 *P. Kirchhof*, Der allgemeine Gleichheitssatz, in Josef Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 5, 1992, § 124, S. 837, 937 ff.

68 *Franz W. Wagner*, Neutralität und Gleichmäßigkeit als ökonomische und rechtliche Kriterien steuerlicher Normkritik, *StuW* 1992, 2 (4); *Thomas Wala/Leonhard Knoll*, Einkommen vs. Konsum: Betriebswirtschaftliche Überlegungen zum ertragsteuerlichen Leistungsfähigkeitsindikator, *ÖStZ* 2001, 139 (144).

künftedualismus ausdrücklich gebilligt.⁶⁹ In seiner neueren Rechtsprechung hat es aber betont, dass jedenfalls die systematische Unterscheidung der Einkunftsarten durch den Gesetzgeber eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann⁷⁰:

„Nicht schon die unterschiedliche einkommensteuerliche Systematik für sich genommen – hier: die unterschiedliche Einkünftequalifikation der Bezüge – reicht zur Rechtfertigung unterschiedlicher steuerlicher Belastung aus. Hinzukommen muss immer ein die unterschiedliche Belastung tragender besonderer sachlicher Grund.“⁷¹

2. Prüfung möglicher sachlicher Gründe für Grenzziehung und Ungleichbehandlung

Unausweichlich muss nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts heute die Frage beantwortet werden, worin dieser besondere sachliche Grund bestehen soll, der die wesentlichen Belastungsunterschiede tragen könnte, die nun einmal aus der Überschreitung der von Gesetz und Rechtsprechung gezogenen „Grenze“ zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbetrieb erwachsen.⁷² Es ist natürlich schon ein schlechtes Vorzeichen für die Suche nach einem solchen sachlichen Grund, wenn die Gesetzesmaterialien – wie gezeigt wurde – insofern keine sachlich nachvollziehbare Begründung liefern, sondern bloß eine unvermittelte Behauptung. Es fragt sich, ob man vielleicht trotzdem einen dem Leistungsfähigkeitsprinzip entsprechenden Grund findet, den man der traditionellen Grenzziehung aus heutiger Sicht unterlegen kann.

a) „Schwächere Marktnutzung“ wegen geringerer Handlungsintensität?

Es wird die Meinung vertreten, es sei ein vor dem Hintergrund der Markteinkommenstheorie⁷³ durchaus relevanter qualitativer Unterschied zwischen gewerblicher Tätigkeit und privater Vermögensverwaltung auszuma-

69 BVerfGE 26, 302; 27, 111; 28, 227.

70 BVerfGE 105, 73, Absatz-Nr. 216; BVerfGE 84, 348 (363 f.); 96, 1 (6); 99, 88 (95).

71 BVerfGE 105, 73, Absatz-Nr. 220 unter Hinweis darauf, dass beide Senate des Bundesverfassungsgerichts dies in ihrer neueren Rechtsprechung betont haben; vgl. auch P. Kirchhof, in P. Kirchhof (Hrsg.), EStG Kompaktkommentar, § 2 Rz. 79.

72 Vgl. P. Kirchhof, in P. Kirchhof (Hrsg.), EStG Kompaktkommentar, § 2 Rz. 79.

73 Hans Georg Ruppe, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften, DStJG Bd. 1 (1979), S. 16.; ders., in Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuergesetz, Körperschaftssteuergesetz, Kommentar, Einführung EStG, Rz. 17; s. hierzu auch Rudolf Wendt, Empfiehlt es sich, das Einkommensteuerrecht zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen und zur Vereinfachung neu zu ordnen?, DÖV 1988, 710 (714) m. w. N.; P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 2A 365 ff.; ders., Gutachten F zum 57. Deutschen Juristentag in Mainz, S. 20 ff.; Klaus Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, 1. Aufl. 1993, S. 566 f. m. w. N.; Wolfgang Jakob, Einkommensteuer, 1991, S. 2 f.; Lang, Die Bemessungsgrundlage der

chen.⁷⁴ Die Teilnahme am Markt bzw. die Inanspruchnahme der vom Staat institutionalisierten Eigentumsordnung sei bei der Umschichtung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens schwächer als bei einer Umschichtung im Bereich des Betriebsvermögens.⁷⁵

Diese Sichtweise korrespondiert insofern mit der Begründung zum Reichseinkommensteuergesetz 1925, als dort mit unterschiedlichen Handlungsintensitäten argumentiert wird. Man ist sich aber heute weitestgehend darüber einig, dass die Steuer Einkommen erfassen muss, ohne zu unterscheiden, ob es unter großer Anstrengung erarbeitet oder von leichter Hand mitgenommen ist⁷⁶, ohne etwa zu differenzieren nach Schwierigkeit, Gefährlichkeit und Dauer der Erwerbsvorgänge⁷⁷ oder nach Anstrengung, Begabung, Willenskraft, Gestaltungskraft oder Risikobereitschaft des Wirtschaftenden.⁷⁸ In Deutschland zieht man traditionell gerade aus Gründen der Lastengleichheit die Einheitseinkommensteuer einer Schedulenbesteuerung vor.⁷⁹ Es gilt das Prinzip der Gleichwertigkeit der Einkünfte.⁸⁰ Selbst wenn man insofern eine wertende Unterscheidung machen wollte, würde es wohl kaum einleuchten,

Einkommensteuer, S. 18 f.; *ders.*, StuW 1981, 223 ff.; *Enno Biergans/Roland Stockinger*, Zum Einkommensbegriff und zur persönlichen Zurechnung von Einkünften im Steuerrecht, FR 1982, 1 ff., 5 f.; vgl. auch *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rz. 52: Die Markteinkommenstheorie sei die Theorie, die das Wesen des Einkommensteuerobjekts am besten charakterisiere.

74 *Jakob*, Einkommensteuer, § 2 Rz. 15; *Crezelius*, in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23A 22.

75 *Jakob*, Einkommensteuer, § 2 Rz. 15.

76 *P. Kirchhof*, in *P. Kirchhof* (Hrsg.), EStG Kompaktkommentar, Einleitung Rz. 42.

77 Vgl. *Heinz Haller*, Die Steuern, Grundlinien eines rationalen Systems öffentlicher Abgaben, 3. Aufl. 1981, S. 45 ff.; *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 4 Rz. 100.

78 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, 1. Aufl. 1993, S. 574 ff.; *Elicker*, StuW 2000, 3 (15).

79 Vgl. *Rudolf Wendt*, Steuerreform durch Tariffbegrenzung für gewerbliche Einkünfte als Rechtsproblem; Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland durch Senkung des Spitzensteuersatzes ausschließlich für gewerbliche Einkünfte?, FR 1993, 1 (5); s. ferner *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rz. 1. In Großbritannien war früher das sog. „unearned income“ einem höheren Steuersatz unterworfen; diese Regelung hielt sich jedoch nur bis 1984, vgl. *Walter E. Weisflog*, Steuergerechtigkeit in Großbritannien, in *FS Klaus Tipke zum 70. Geburtstag*, 1995, S. 537 (547); vgl. auch die Reaktionen auf den schon durch das StSenkG vom 23.10.2000 (BGBl. I, 1433) wieder aufgehobenen besonderen Steuersatz nach § 32c EStG, etwa *Peter Glanegger*, in *L. Schmidt* (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 21. Aufl. 2002, § 32c EStG Rz. 2 f.; *Hans-Joachim Kanzler*, Steuerreform: Von der synthetischen Einkommensteuer zur Schedulenbesteuerung? oder: Die Schedule ist tot! Es lebe die Schedule!, FR 1999, 363. Der Bundesrat hatte die Auffassung geäußert, es solle eine Spreizung der Einkommensteuertarife „unter keinen Umständen hingenommen“ werden. In den unterschiedlichen Belastungen der Einkunftsarten liege ein Verstoß gegen die steuerliche Gleichbehandlung. 'Es darf keine ‚guten‘ oder schlechten ‚Einkünfte‘ geben.' (BT-Drucks. 12/4487, 51 f.).

80 Vgl. *Wendt*, FR 1993, 1 (5).

wenn man ausgerechnet das unter größerer Mühe, der Idee nach unter erheblichem Arbeitseinsatz Erworbene schärfer besteuern wollte als das ohne Anstrengung aus Einsatz von Vermögen Erworbene. Im Gegensatz hierzu müsste mit der Differenzierung ja ein Regelungsziel „Herstellung materieller Lohngerechtigkeit“ zumindest gefördert werden können⁸¹ und es kann nicht erstaunen, dass das Thema von denjenigen, die derartiges als reale Möglichkeit in Betracht ziehen, genau im entgegengesetzten Sinne diskutiert wird.⁸²

Außerdem sind ja die Handlungsschwellen, die bei den verschiedenen Sparten des Einkommens aus Kapital die Überschreitung der Grenze zum Gewerbebetrieb auslösen, sehr unterschiedlich – erinnert sei hier an den exorbitanten Spannungsbogen zwischen der geringen Handlungsintensität, die bereits zum gewerblichen Grundstückshandel führen kann bis hin zur „banktypischen“ Betätigung im Bereich des Wertpapierhandels.⁸³ Eine an der Leistungsfähigkeit orientierte Grenzziehung im geltenden Recht lässt sich aus dieser Perspektive heraus nicht erkennen.

Grundsätzlich ist zum Ausgangspunkt dieser Überlegungen zu sagen, dass die Markteinkommenstheorie nicht dahingehend fehlgedeutet werden darf, sie fordere eine Steuerbemessung nach Äquivalenzgesichtspunkten. Die Markteinkommenstheorie arbeitet zwar mit dem Äquivalenzgedanken, aber auf der Ebene der Steuerrechtfertigung.⁸⁴ Für die Ebene der Steuerbemessung ist die durch den Erfolg der Marktbetätigung vermittelte Leistungsfähigkeit maßgeblich und nicht etwa die Intensität der Handlungskomponente der Marktbetätigung. Der ertragsteuerliche Einkommensbegriff hat dem Leistungsfähigkeitsprinzip zu folgen; es könnte sich – selbst wenn man

81 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rz. 318 ff.; *Karl-Jürgen Bieback*, Inhalt und Funktion des Sozialstaatsprinzips, Jura 1987, 229 (233); *Friedrich Schnapp*, Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, JuS 1983, 850 ff.

82 Vgl. Etwa folgende Ausführungen des Staff of the Joint Committee on Taxation der Vereinigten Staaten aus einem Bericht von 1985: '...it can be argued that income may be misleading as a single index of ability to pay taxes, because no account is taken of the time and effort expended on earning that income. Many would agree, for example, that someone who works 20 hours per week to earn a given amount of income should pay more tax than someone who works 40 hours per week to earn the same amount. This is because the former taxpayer has greater leisure time to enjoy the available goods and services and because one's leisure is itself valuable. Similarly, it may be argued that someone who works at a less pleasant job should pay less than someone with the same income who works in a more pleasant environment. Yet, under a tax system in which the tax liability is based solely on income, no account is taken of these differences, and it would be extremely difficult to design a tax system that took these and similar problems into account.', Standard Federal Tax Reports Vol. 72 Part II, Nr. 13 vom 6.3.1985, CCH Special, S. 4.

83 Vgl. oben I.

84 Vgl. etwa *Michael Elicker*, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, 2004, S. 58 ff.; *ders.*, Die Zukunft des deutschen internationalen Steuerrechts, IFSt-Schrift Nr. 438, 2006, S. 41 ff. m. w. N.

die Markteinkommenstheorie anders ausdeuten wollte – nicht etwa umgekehrt die steuerliche Leistungsfähigkeit nach einer bestimmten Einkommenstheorie definieren.⁸⁵

b) Ermittlungstechnik

Es fragt sich, ob es vielleicht aus Gründen der Ermittlungstechnik notwendig ist, den Gewerbebetrieb nach der einen Theorie bzw. Ermittlungsmethode zu besteuern und die Vermögensverwaltung nach der anderen. Das könnte der Fall sein, wenn sich die Reinvermögenszugangstheorie, die letztlich der Methode der Besteuerung des Gewerbes zugrundeliegt, nicht für die Erfassung der Einkünfte aus Vermögensverwaltung eignete. Offensichtlich ist die Reinvermögenszugangstheorie in der Praxis nicht durchgehend anwendbar; sie eignet sich in der Tat praktisch nicht dazu, Einkünfte aus dem Einsatz der menschlichen Arbeitskraft adäquat zu erfassen.⁸⁶ Dies zeigt sich in der Besteuerung der Arbeitseinkommen im heutigen Einkommensteuergesetz und weltweit⁸⁷ nach dem Leitbild der Quellentheorie. Insbesondere in der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre ist dies auch theoretisch begründet worden⁸⁸: Wollte man alle Steuerpflichtigen nach Maßgabe der Reinvermögenszugangstheorie steuerlich gleich behandeln, auch in zeitlicher Hinsicht, so müsste man alle nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise relevanten Vermögensbestandteile, also auch das sog. Humankapital⁸⁹, mit ihrem Barwert, d. h. dem abgezinnten Wert der später aus ihnen fließenden Nutzungen, in den Vermögensvergleich einbeziehen.⁹⁰ Das Humankapital wird aber in keinem Land der Welt auf diese Weise in den Vermögensvergleich einbezogen. Daher entstehen überperiodische Belastungsunterschiede zwischen Einkünften aus Humankapital einerseits und aus Sach-/Finanzkapital andererseits.⁹¹ Der

85 *Elicker*, *StuW* 2002, 217 (224).

86 Vgl. die Amtl. Begr. EStG 1925, RT-Drucks. III, 795, S. 22; *P. Kirchhof*, Gutachten F zum 57. Deutschen Juristentag, F 20 ff.

87 *Ulrich Schreiber*, Gewinnermittlung und Besteuerung der Einkommen, *StuW* 2002, 105 (110).

88 *Franz W. Wagner*, Korrektur des Einkünftedualismus durch Tarifdualismus – Zum Konstruktionsprinzip der Dual Income Taxation, *StuW* 2000, 431 (434).

89 Grundlegend *Gary Stanley Becker*, *Human Capital: a Theoretical and Empirical Analysis, With Special Reference to Education*, Chicago 1993; vgl. hierzu auch *Elicker*, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 91 ff., 105 ff. m. w. N.

90 *Wolfram F. Richter*, Neutrale Ertragsanteilbesteuerung von Renten, *Deutsche Rentenversicherung* 1987, 662 (665); *Joachim Mitschke*, Über die Eignung von Einkommen, Konsum und Vermögen als Bemessungsgrundlagen der direkten Besteuerung, S. 92; *Elicker*, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 91 ff., 105 ff. m. w. N.; *Schreiber*, *StuW* 2002, 105 (109 f.); s. auch *Wagner*, *StuW* 2000, 431 (434).

91 Vgl. *Joachim Lang*, Die Einkommensteuer aus juristischer Sicht, in *P. Kirchhof/Manfred Neumann* (Hrsg.), *Freiheit, Gleichheit, Effizienz*, Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik, 2001, S. 37; *ders.*, Systeme und Prinzipien der

Barwert der Einkünfte nach Steuern ist bei Besteuerung des Zahlungsüberschusses höher als bei Besteuerung des Gewinns im Sinne des Vermögenszuwachses, da der Barwert der Steuermindernng aufgrund des sofortigen Abzugs von Aufwendungen größer ist als der Barwert der Steuermindernng aufgrund eines späteren Abzugs in gleicher Höhe.⁹² Beim Sachkapital wird die zur Ermittlung des Barwerts notwendige Prognose durch den Marktwert eines Wirtschaftsgutes ersetzt, in dem sich der abgezinste – durchschnittliche – Nutzungswert widerspiegelt. Beim Humankapital wäre diese Prognose sehr viel schwieriger und ungewisser. Das Humankapital zählt zu den Vermögengtiteln, denen marktmäßige Fungibilität fehlt.⁹³ Es besteht kein Markt und kein Marktpreis für den Humankapitalstock.⁹⁴

Die Probleme der aus Gleichbehandlungsgründen bei der Ermittlung des Einkommens nach dem Reinvermögenszugang gebotenen Einbeziehung des Humankapitals liegen aber nicht nur im Bereich der Bewertbarkeit, sondern vor allem im Bereich der Liquidität bzw. Fungibilität eines Wertzuwachses als einer Voraussetzung des Steuerzugriffs auf den Wertzuwachs. Zum Zeitpunkt der Erhöhung des Humankapitals (vor allem in Phasen der Ausbildung) ist der hieraus resultierende Vermögenszugang typischerweise von einem fungiblen Zustand weit entfernt; auch sonstige Liquidität ist beim Steuerpflichtigen in dieser Lebensphase meist kaum vorhanden. Die zu erwartenden Zahlungsflüsse, die aus der Sicht der Gegenwart eine Steigerung des Humankapitals in Höhe ihres abgezinsten Wertes bedeuten, liegen

Besteuerung von Einkommen, in Iris Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen, DStJG Bd. 24, 2001, S. 65; Franz W. Wagner, „Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes“ – Anmerkungen aus der Perspektive ökonomischer Vernunft, *StuW* 2001, 354 (359).

92 *Schreiber*, *StuW* 2002, 105 (110). Die in der Literatur diskutierte Möglichkeit schlichter Tarifsenkungen für die benachteiligten „Kapitaleinkünfte“ (vgl. *Wagner*, *StuW* 2000, 431, 434 ff.) kann die hierdurch hervorgerufene Gleichbehandlungsproblematik nicht lösen. Die für eine Gleichstellung erforderliche Differenzierung hängt von so vielgestaltigen und veränderlichen Merkmalen wie Höhe und Zeitpunkt von Zahlungen, von Zinssätzen und von den steuerlichen Regeln der Zahlungsperiodisierung ab. Abgesehen hiervon ist der Staat in vielen Fällen gar nicht in der Lage, zu beobachten, in welcher Höhe eine Person Arbeitseinkommen oder Kapitaleinkommen bezieht, da diese Einkommen bei personenbezogenen Unternehmen gemeinsam anfallen, wenn die Entlohnung des Unternehmers nicht als Aufwand verrechnet wird. Bestehen schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Unternehmer und Unternehmen, so müsste eine steuerrechtliche Kontrolle der Angemessenheit erfolgen, vgl. *Schreiber*, *StuW* 2002, 105 (111); *Peter Birch Sørensen*, From the Global Income Tax to the Dual Income Tax: Recent Tax Reforms in the Nordic Countries, *International Tax and Public Finance* 1994, 57 (73 ff.).

93 *Wolfram F. Richter*, Neutrale Ertragsanteilbesteuerung von Renten, *Deutsche Rentenversicherung* 1987, 662 (666).

94 Man mag dem Sportlertransfer eine Tendenz hin zum „Markt für Humankapital“ unterstellen; die Transaktionen sind aber gleichwohl sehr individuell geprägt, betreffen nur einen sehr begrenzten Zeitabschnitt und sind hochspekulativ.

zum größten Teil noch weit in der Zukunft. Ein Steuerzugriff – in der Form eines Liquiditätsentzugs – auf die Steigerung des Humankapitals bedeutete daher durchgehend einen Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip in seiner vertikalen Schutzrichtung, die aus dem Eigentumsgrundrecht und dem Übermaßverbot abzuleiten ist.⁹⁵ Der Zugriff auf die Steigerung des Humankapitals des Steuerpflichtigen in frühen Lebensphasen wäre mangels liquider oder zumindest fungibler Werte darüber hinaus in den meisten Fällen unpraktizierbar.⁹⁶

Die Vermögensverwaltung ist aber, wie gesehen, die reinste Form der Einkommenserzielung aus Sach-/Finanzkapital, während bei Gewerblichkeit eine stärkere Beimischung des Faktors Humankapital angenommen wird. Das bedeutet, dass die Reinvermögenszugangstheorie zur Identifizierung des steuerlichen Einkommens aus Vermögensverwaltung jedenfalls besser geeignet ist als zur Ermittlung des Einkommens aus Gewerbebetrieb, da der nicht adäquat erfassbare Faktor Arbeit dort stärker ausgeprägt ist. *Georg von Schanz* selbst hatte sich noch ausdrücklich dagegen gewandt, Wertzuwächse und Wertverluste im Vermögen nur im Bereich der kaufmännischen Buchführung als Einkommen zu erfassen; die Steuerpflichtigen müssten vielmehr gleichgestellt werden.⁹⁷ Dies habe zu geschehen, indem man generell die sich ergebenden Wertmehrungen und Wertminderungen im Einkommen berücksichtige.⁹⁸ Diese Anforderung der Reinvermögenszugangstheorie ist, wie dargelegt, steuerungspraktisch am ehesten im Bereich der „Vermögensverwaltung“ durchführbar. Es gibt daher keinen Grund, den Gewerbebetrieb nach dem Grundprinzip der Reinvermögenszugangstheorie zu besteuern, die Vermögensverwaltung aber nach anderen Prinzipien.

Umgekehrt wäre die Überschussrechnung für den Gewerbebetrieb ebensogut einsetzbar wie für die Vermögensverwaltung, etwa wenn man sie konsequent in Form der nachgelagerten Besteuerung⁹⁹, einer Art von „Cashflow“-Steuer, ausgestaltete, die ganz automatisch auch Rückflüsse aus allen Veräußerungen von Erwerbsvermögen steuerlich erfasse.¹⁰⁰ Die

95 *Rudolf Wendt*, Familienbesteuerung und Grundgesetz, in FS Tipke, 1995, S. 47 (50 f.); *ders.*, Empfiehlt es sich, das Einkommensteuerrecht zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen und zur Vereinfachung neu zu ordnen?, DÖV 1988, 710 (714, 719); *Elicker*, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 72 f. m. w. N.;

96 *Elicker*, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 105 ff.

97 *von Schanz*, Finanzarchiv, 13. Jg. (1896), S. 44.

98 *von Schanz*, Finanzarchiv, 13. Jg. (1896), S. 44.

99 Siehe hierzu *Christoph Gröpl*, Intertemporale Korrespondenz und konsumorientierte Betrachtungsweise im System des geltenden Einkommensteuerrechts, FR 2001, 568 (569 f.).

100 Damit werden Abgrenzungsschwierigkeiten selbst in heute kaum lösbaren Extremfällen von vornherein vermieden, hierzu *Michael Elicker/Sascha W. Neumann*, Staatliche Teilhabe an Scheinrenditen?, FR 2003, 221 (228 f.).

Ermittlungstechnik fordert also keine Unterscheidung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung.

c) *Undurchführbarkeit, Unverhältnismäßigkeit, Ungerechtigkeit einer allgemeinen Besteuerung von Veräußerungseinkünften aus „Privatvermögen“?*

Die ungleichmäßige Besteuerung betrieblicher und privater Veräußerungsgewinne versucht man auch damit zu rechtfertigen, dass sich eine gleichmäßige Besteuerung der Veräußerungseinkünfte in der privaten Sphäre praktisch nicht verwirklichen lasse, weil dem Staat die Kontrollmöglichkeiten fehlten.¹⁰¹ Wenn der Staat für eine gleichmäßige Erfassung einschließlich der nötigen Kontrollen sorgen wollte, müsse dies notwendigerweise zu unverhältnismäßig schweren Eingriffen in die Privatsphäre der Steuerpflichtigen führen.¹⁰²

Es trifft zu, dass die Beachtung des Verbots einer Übermaßbesteuerung¹⁰³, des Verbots übermäßiger Eingriffe in den Privatbereich des Steuerbürgers sowie des Gebots gleichmäßiger Besteuerung dem Steuergesetzgeber bei einer steuerlichen Erfassung des „Privatvermögens“ grundsätzliche Schwierigkeiten bereiten können. Die meisten aktuellen Reformvorschläge stellen sich daher auf den Standpunkt, Wertsteigerungen im konsumtiv genutzten Privatvermögen könnten von der Besteuerung freigelassen werden.¹⁰⁴ Die Diskussion um diese Problematik hat in Deutschland eine lange Tradition. Nach § 12 Nr. 12 EStG 1920 waren Gewinne aus der Veräußerung von Möbeln, Hausrat und anderen Mobilien einkommensteuerbar, wenn sie in der Absicht der Wiederveräußerung erworben worden waren. Der Gesetzesinitiator erkannte zwar an, dass die Versteuerung des Gewinns aus der Veräußerung privaten Konsumvermögens „erstens schwierig durchführbar sei und dass zweitens für den einzelnen große Belästigungen damit verbunden seien. Früher würden diese Erwägungen ohne Weiteres dazu geführt

101 *Crezelius*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23A 23.

102 *Crezelius*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 23A 23.

103 Vgl. *Michael Elicker*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Besteuerung, DVBl. 2006, 480 ff.

104 *P. Kirchhof*, Einkommensteuergesetzbuch, Ein Vorschlag zur Reform der Einkommen- und Körperschaftsteuer, 2003, S. 40 f. (§ 2 Rz. 21 f.); *Hermann Otto Solms* (Hrsg.), Die neue Einkommensteuer, Berliner Entwurf der FDP, 2003, § 8 (S. 4) mit Begründung (S. 39); *Friedrich Merz*, Ein modernes Einkommensteuergesetz für Deutschland, November 2003, Leitsatz 8; vgl. hierzu auch *Rolf Borell/Lothar Schemmel/Volker Stern*, Vergleichende Untersuchung aktueller Eckwerte zur „großen Reform“ der Einkommensteuer, Karl-Bräuer-Institut, Sonderinformation 45, 2004, S. 50; vgl. auch *Elicker*, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 208 (210).

haben, solche Gewinne steuerfrei zu lassen“.¹⁰⁵ In der inflationären Zeit nach dem 1. Weltkrieg sei aber hochwertiges und wertstabiles Privatvermögen wie etwa Schmuck, Edelsteine oder wertvolle Sammlungen in so großem Umfang erworben worden, dass der Gesetzgeber „an der Steuerpflicht nicht ganz vorübergehen konnte“.¹⁰⁶

Bei dem vom Begriff der „Vermögensverwaltung“ umfassten Vermögen i. S. d. §§ 20 und 21 EStG haben wir es aber gerade nicht mit Privatvermögen im Sinne einer Zugehörigkeit zur privaten Konsumsphäre zu tun. Es ist vielmehr durch die Entscheidung des Steuerpflichtigen wieder zu Erwerbsvermögen geworden. Und für die steuerliche Erfassung von Veräußerungsgewinnen aus diesem Erwerbsvermögen lassen sich durchaus geeignete und verhältnismäßige Mittel finden. *Klaus Tipke* schreibt hierzu sehr zu Recht:

„Der Begriff ‚Privatvermögen‘ ist überhaupt irreführend. Auch das Betriebsvermögen des Unternehmers ist privates Vermögen. Wer sog. Privatvermögen vermietet oder sonst rentabel anlegt, macht es zum (privaten) Erwerbsvermögen; wer es veräußert, veräußert Erwerbsvermögen. Die einkommensteuerliche Erfassung von (privatem) Erwerbsvermögen verletzt weder Intimsphäre noch Menschenrechte“.¹⁰⁷

d) Berücksichtigung unterschiedlicher steuerlicher Vorbelastung?

Man könnte sich aber immer noch auf den Standpunkt stellen, dass die geschlossene Erfassung der Veräußerungseinkünfte im Bereich der Vermögensverwaltung „ungerecht“ und unangemessen wäre, weil das zugrundeliegende Kapital bereits steuerlich als privates Einkommen gewürdigt worden ist. Es hat der Idee nach das „Kassenhäuschen des Einkommensteuerrechts“ (*P. Kirchhof*)¹⁰⁸ in einer Weise passiert, die es als privaten Konsumfonds ausweist. Es handelt sich daher um Vermögensbestandteile, die grundsätzlich nicht steuerverstrickt sind und bei einem Sofortkonsum jedenfalls würde keine weitere ertragsteuerliche Teilhabe des Staates erfolgen. Klar ist auch, dass eine gegebene steuerliche Vorbelastung in der Alternative einer werblichen Verwendung von vornherein den mit dieser verminderten Erwerbsgrundlage zu erzielenden Ertrag verkürzt. Es wäre daher bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung grundsätzlich richtig, Einkünfte aus einem durch den Steuerzugriff verminderten Kapitalstock anders zu behandeln als Einkünfte aus einem Kapitalstock, der ertragsteuerlich unbelastet

105 Amtl. Begr. des EStG 1920, Verfassungsgebende Deutsche Nationalversammlung, Drucks. 1624, S. 22.

106 Amtl. Begr. des EStG 1920, Verfassungsgebende Deutsche Nationalversammlung, Drucks. 1624, S. 23; s. *Joachim Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988; S. 40.

107 *Klaus Tipke*, in *Tipke/Kruse*, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 2006, § 88 AO Rz. 13.

108 *P. Kirchhof*, Die Bedeutung der Eigentumsgarantie für die politische und wirtschaftliche Kultur der Gegenwart, Rede beim Tag des Eigentums am 25.4.2002 in Berlin, IV d).

oder geringer belastet ist. Bereits Mitte des 19. Jahrhunderts erkannte *John Stuart Mill*, dass die Besteuerung der Einkünfte aus Vermögen, das aus versteuertem Einkommen gebildet worden ist, eine „double tax on savings“ darstellt.¹⁰⁹ Die Vermeidung dieser Mehrfachbelastung ist eines der Hauptargumente in der neueren internationalen Diskussion zur konsumorientierten Neuordnung der Besteuerung.¹¹⁰

Selbst insofern, als die Prämisse der unterschiedlichen Vorbelastung bei einem Vergleich zwischen „privatem Erwerbsvermögen“ auf der einen Seite und Betriebsvermögen auf der anderen Seite tatsächlich vorliegt, was in Wahrheit nur in einer sehr „durchwachsenen“ Form gegeben ist¹¹¹, könnte man mit dieser Überlegung noch lange nicht die heute konkret bestehenden Unterschiedlichkeiten in den Rechtsfolgen diesseits und jenseits der Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung begründen. Das „private Erwerbsvermögen“ ist mit der Vollversteuerung der Zinsen und Mietzinsen und nach Maßgabe der Einhaltung bestimmter Besitzzeiten mit der Vollversteuerung der Veräußerungserlöse konfrontiert. Dass durch diesen Besteuerungsmodus die Prämisse einer stärkeren steuerlichen Vorbelastung nicht sachgerecht berücksichtigt werden kann, bedarf keiner Erläuterung.

Für eine entsprechende wirtschaftliche Gleichstellung von Einkünften aus einem stärker vorbelasteten Kapitalstock käme im Gegensatz hierzu etwa die Technik der Zinsbereinigung (Einkünfte werden nur insoweit besteuert, als sie eine „marktübliche“ Verzinsung des Kapitals überschreiten) in Frage.¹¹²

109 Zit. n. *Lang*, in *M. Rose* (Hrsg.), *Konsumorientierte Neuordnung des Steuersystems*, S. 291 (303).

110 Vgl. *Gröpl*, FR 2001, 568 (568 ff.); *Robert E. Hall*, Response to *Arme*y, *Eisner*, and *Stein*, in *Hall/Rabushka/Arme*y/*Eisner/Stein*, *Fairness and Efficiency in the Flat Tax*, S. 111 f.; *Manfred Rose*, Eine konsumorientierte Neuordnung des Steuersystems für mehr Entscheidungsneutralität, Fairness und Transparenz, in FS *Dietrich Meyding*, 1994, S. 233 ff.; *Joachim Lang*, Der Einbau umweltpolitischer Belange in das Steuerrecht, in *Umweltschutz durch Abgaben und Steuern*, 7. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht, September 1991, 1992, S. 55 (77 ff.); *ders.*, Entwurf eines Steuergesetzbuchs, Rz. 21; *ders.*, in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, § 4, Rz. 119; s. auch die Berechnungsbeispiele bei *Manfred Rose*, Mehr Arbeitsplätze durch marktorientierte Einkommensteuern, BB 1998, Beil. 7, S. 14.

111 Vgl. hierzu *Elicker*, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 75 ff.

112 Hierzu *Otto H. Jakobs*, Ist die zinskorrigierte Besteuerung ein Ansatz zur Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa?, in FS *Debatin*, 1997, S. 207; *Ekkehard Wenger*, Traditionelle vs. zinsbereinigte Einkommens- und Gewinnbesteuerung, in *M. Rose* (Hrsg.), *Standpunkte zur aktuellen Steuerreform*, 1997, S. 115; *ders.*, Gleichmäßigkeit der Besteuerung von Arbeits- und Vermögenseinkünften, *Finanzarchiv N.F.* Bd. 41 (1983), 207; ferner *Dirk Kiesewetter*, Zinsbereinigte Einkommen- und Körperschaftsteuer, 1999; *Kronberger Kreis*, Steuerreform für Arbeitsplätze und Umwelt, 1996; *Lothar Lammer*sen, Die zinsbereinigte Einkommen- und Gewinnsteuer, *Ökonomische Analyse eines aktuellen Reformvorschlages*, 1999.

Sauberer¹¹³ wäre es, wenn man die Konsequenzen aus der Tatsache zöge, dass die Bestandteile des Privatvermögens, die wiederum zur Einkommenserzielung eingesetzt werden, durch diese Nutzungsentscheidung der Sache nach Erwerbsvermögen darstellen. Dieses Vermögen kann und sollte daher auch mit aller Konsequenz steuerlich als Erwerbsvermögen gewürdigt werden.¹¹⁴ Auf welcher theoretischen Basis man eine einheitliche Behandlung des gesamten Erwerbsvermögens herbeiführt, ist eine andere Frage, hinsichtlich derer dem Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Gestaltungsspielraum zukommt.¹¹⁵ Was das Grundgesetz aber *unbedingt* verlangt, ist Systemkonsequenz und Folgerichtigkeit¹¹⁶ – anders ausgedrückt akzeptiert es nicht mehr die willkürliche Distanzierung des Gesetzgebers von jeder Festlegung auf einheitliche Besteuerungsprinzipien, auf der unsere heutige Gesetzeslage ja immer noch beruht.¹¹⁷

V. Ergebnis

Die unerträgliche Verwerfung zwischen zwei nicht miteinander versöhnlichen Systemen der Einkommensbesteuerung¹¹⁸, die im Grenzbereich zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung auf engstem Raume koexistieren, muss gerade hier bizarre Blüten treiben. Die auf die Fälle diesseits und jenseits der Abgrenzung anzuwendenden, aus verschiedenen Einkommensbegriffen resultierenden unterschiedlichen Ermittlungstechniken führen in vielen Fällen zu erheblichen Belastungsunterschieden bei Sachver-

113 In der Theorie bewirkt die Zinsbereinigung zwar dasselbe Ergebnis intertemporaler Neutralität wie die nachgelagerte Besteuerung, vgl. *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 4 Rz. 118. Das gilt aber nur für den in der Realität nie gegebenen Fall eines idealen Marktes, vgl. *Richter*, Deutsche Rentenversicherung 1987, 662 (669). Risikoreiche Investitionen, aus denen man sich bei glücklichem Verlauf eine besondere Risikoprämie versprechen muss (der Idee nach auch um Verluste aus anderen riskanten Investitionen ausgleichen zu können), werden benachteiligt; die „Schutzzins“-Methode behandelt solche Risikoprämien sachwidrig als nicht mehr zu schützende Überrenditen.

114 Vgl. hierzu auch *Michael Elicker*, Fortentwicklung der Theorie vom Einkommen, DStZ 2005, 564 ff. m. w. N. (gleichheitssatzkonforme Würdigung der Einkünfte aus verschiedenen Quellen sowie positiver und negativer Einkommensteile).

115 Vgl. oben IV. 1.

116 Vgl. oben IV. 1.

117 Vgl. oben III. 2.

118 *Jürgen Costede*, Mitunternehmerschaft und Betriebsaufspaltung bei der GmbH & Still, StuW 1977, 208 (222); vgl. auch *Tipke*, in FS Paulick, S. 391; *Michael Elicker*, Darf der Steuerzugriff ein Unternehmen zahlungsunfähig machen?, StuW 2002, 217 (229 f.); die steuerrechtliche Abteilung des 57. Deutschen Juristentages hat 1988 in Mainz mit 50:4:3 Stimmen beschlossen: „Die unterschiedliche Form der Einkunftsermittlung nach Einkunftsarten darf nicht die Belastungsgleichheit der Steuerpflichtigen gefährden.“, Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Mainz 1988, Bd. 2, N 212.

halten, die bei einer wertenden Betrachtung nach Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten nicht unterscheidbar sind.¹¹⁹ Die Vereinheitlichung des Einkommensbegriffs und der Methoden der Ermittlung des Einkommens ist eine unabdingbare Voraussetzung dafür, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verschiedener Steuerpflichtiger überhaupt zueinander ins Verhältnis setzen zu können.¹²⁰ Das Grundgesetz fordert somit auch die Entscheidung für ein Konzept des Steuergegenstandes „Einkommen“ und in der Folge für die getreuliche Umsetzung dieses Konzeptes für alle betroffenen Einkommensbezieher. Man wird daher heute auch unter unmittelbarem Rückgriff auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dem Schluss kommen müssen, dass die unterschiedliche Behandlung diesseits und jenseits der Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung den Gleichheitssatz verletzt.¹²¹

„Ein Haus, das in sich selbst entzweit ist, kann keinen Bestand haben“ – so heißt es schon in der Bibel (Mt 12, 25). Nach mehr als 80 Jahren des Dualismus in der heutigen Form ist es auch für den deutschen Gesetzgeber an der Zeit, sich des Themas anzunehmen. Der Gesetzgeber hat das dualistische System bewusst und gewollt eingeführt; nur er kann es überwinden¹²² und damit die unauflösbaren Widersprüche der heutigen Gesetzeslage beseitigen. Stellt er sich dieser Aufgabe nicht, so bleibt jede unter dem Gesetz vorgenommene Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung letztlich Sophisterei und die ganz große Ungerechtigkeit bleibt bestehen.¹²³

119 Vgl. auch *Elicker*, *StuW* 2002, 217 (229 f.) m. w. N.

120 Vgl. *Franz W. Wagner*, Kann die Reform von Rechnungslegung und Steuersystem leisten, was die Finanzmärkte fordern, in *Manfred Becker/Josef Kloock/Reinhart Schmidt/Gerhard Wäscher* (Hrsg.), *Unternehmen im Wandel und Umbruch*, 1998, S. 66.

121 *Joachim Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, in *Tipke/Bozza* (Hrsg.), *Besteuerung von Einkommen*, 2000, S. 123 ff.; *ders.*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, S. 273; *Costede*, *StuW* 1977, 208 (222).

122 *Crezelius*, in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, *Einkommensteuergesetz*, Kommentar, § 23A 21.

123 Vgl. *Franz W. Wagner*, Kann es eine Beseitigung aller steuerlichen Ausnahmen geben, wenn es gar keine Regel gibt?, in *M. Rose* (Hrsg.), *Standpunkte zur aktuellen Steuerreform*, Vorträge des Zweiten Heidelberger Steuerkongresses, 1997, S. 37 (43).

Die Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung (im Rahmen der §§ 21, 23 EStG, § 14 AO) am Beispiel des gewerblichen Grundstückshandels

Dr. Bernd Heuermann
Richter am Bundesfinanzhof, München

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">I. EinleitungII. Der normative BefundIII. Die Differenzierungsfunktion des Tatbestandsmerkmals der privaten Vermögensverwaltung<ul style="list-style-type: none">1. Typologische Interpretation der den Gewerbebetrieb konstituierenden Merkmale2. Vermögensverwaltung als gesetzlicher Typusbegriff3. Fruchtziehung vs. gewerblicher Grundstückshandel und Abgrenzung zu § 23 EStG4. Die Konkretisierungselemente nach der Rechtsprechung<ul style="list-style-type: none">a) Die Veräußerungsabsicht als Abgrenzungsmerkmalb) Die Drei-Objekt-Grenzec) Der zeitliche Zusammenhang5. Systematisierung und Kritik<ul style="list-style-type: none">a) Subjektivismen vs. Objektivismenb) Die Problematik des subjektiven Ansatzes<ul style="list-style-type: none">aa) Veräußerungsabsicht kein Tatbestandsmerkmalbb) Das Paradoxon der bedingten Veräußerungsabsicht | <ul style="list-style-type: none">cc) Die Unergiebigkeit der Drei-Objekt-Grenze für die Veräußerungsabsichtdd) Die Bedeutung der Veräußerungsabsicht als Indiz6. Die Merkmale der Rechtsprechung als Indizien auf der Basis einer Interpretation des Gesetzes sowie der Fruchtziehungsformel<ul style="list-style-type: none">a) Funktion und Begründung der Indizienb) Systematisierung der Fallgruppen<ul style="list-style-type: none">aa) Steuerpflichtiger handelt in unbedingter Veräußerungsabsicht und verhält sich tatsächlich sobb) Qualitätssprung zur Gewerblichkeit aufgrund objektiver Anzeichen7. Die Frage nach dem Objekt<ul style="list-style-type: none">a) Erster Widerstreit: Objekt als wirtschaftliche Einheit?b) Zweiter Widerstreit: Abschirmwirkung einer Beteiligung? |
|---|--|

IV. Fazit

I. Einleitung

Wer möchte nicht an die *Heisenberg'sche* Unschärferelation denken, wenn es um Abgrenzungsfragen im Steuerrecht geht: Je differenzierter die Begriffsbildung im Einzelnen wird, desto unbestimmter erscheinen die Gesamtzusammenhänge und umgekehrt. Woran liegt es also, dass man häu-

fig den Wald vor lauter Bäumen nicht mehr sieht? Gerade an der Grenze zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung treffen Begriffe unterschiedlicher Art aufeinander: Der klassifikatorische Begriff des Gewerbebetriebs mit seinen konstitutiven Merkmalen in § 15 Abs. 2 EStG trifft auf einen gesetzlichen Typusbegriff der Vermögensverwaltung. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung eine Fülle von Kriterien entwickelt, um die Grenze in praxi ziehen zu können. Nicht stets klar ist allerdings, ob es sich um Momente der Rechtsanwendung oder um Tatsachenfeststellung handelt. Machen wir uns *Bertrand Russell's* Petitum zu eigen: Logische und empirisch-anschauliche Grundlagen eines Arguments sind etwas durchaus Verschiedenes und begrenzen sich gegenseitig in ihren Ansprüchen¹. Soll das aber bedeuten, dass – mit den Worten *Carl Schmitt's*² – Normativität und Faktizität „ganz verschiedene Ebenen“ sind und das Sollen vom Sein unberührt bleibt? Ein derartiger Antagonismus kann uns nicht genügen. Aber wir müssen schon aus prozessrechtlichen Erwägungen unterscheiden, ob wir es mit Tatsachenfeststellung zu tun haben oder mit Rechtsanwendung.

Das Abgrenzungsbemühen wird besonders deutlich bei dem gewerblichen Grundstückshandel und deshalb soll uns dieser Gegenstand hier besonders interessieren. Denn daran wird paradigmatisch die Abschichtungsfunktion³ des Merkmals der privaten Vermögensverwaltung klar. Außerdem prallen an dieser Stelle unterschiedliche Grundanschauungen, angefangen bei methodischen Fragen bis hin zu den Prinzipien der Einkommensbesteuerung aufeinander. Es wird spannend. Denn auch in der Rechtsprechung hat sich bislang trotz mehrerer Entscheidungen des Großen Senats des BFH keine einheitliche Linie gebildet. Bei dem gewerblichen Grundstückshandel scheinen sich die Grenzen zwischen den hergebrachten Instituten juristischer Methodik aufzulösen; klassische Handwerkszeuge wie die teleologische Auslegung werden beiseite geschoben zugunsten einer „Ikonizität“⁴. Man beschreibt Typen des Gewerbebetriebs, die nicht ohne Leidenschaft eng oder weit, offen oder geschlossen verstanden, scharf von abstrakten Klassenbegriffen abgegrenzt oder gänzlich verworfen werden. Auch der Unterschied zwischen gesetzlichem Tatbestand und Tatsachenfeststellung hebt sich auf. Man argumentiert mit Bildern, Beweiszeichen, Indizien und Absichten, ohne dass immer klar wird, ob man sich auf der normativen Ebene oder schon auf der tatsächlichen befindet⁵. Was davon gehört in den

1 Vgl. dazu *M. Otte*, Einleitung zu *Bertrand Russell*, Einführung in die mathematische Philosophie, S. IX.

2 *C. Schmitt*, Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 19.

3 *S. Schneider*, Der Tatbestand der privaten Vermögensverwaltung im Einkommensteuerrecht, 1995, S. 73.

4 Siehe dazu *U. Eco*, Kant und das Schnabeltier, 2003, S. 119 ff.

5 Vgl. dazu auch die Problembeschreibung bei *H.M. Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, Anwendungsgrundsätze am Beispiel

Bildersaal deutscher Geschichte? Ich wage nicht zu hoffen, darauf eine Antwort gegeben zu können.

II. Der normative Befund

Beginnen wir also damit, uns zunächst ganz schlicht um begriffliche Klarheit zu bemühen. Das Gesetz definiert den Tatbestand des Gewerbebetriebs in § 15 Abs. 2 EStG als selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Diese gesetzliche Definition existiert seit dem Steuerentlastungsgesetz 1984⁶. Hinzu kommt aber noch ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, mit dem die Rechtsprechung seit jeher⁷ die Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 2 EStG ergänzt: Das negative Tatbestandsmerkmal, dass die Betätigung keine gewerbliche Tätigkeit ist, wenn sie den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung nicht überschreitet⁸. So gesehen ist der Tatbestand des Gewerbebetriebs gem. § 15 Abs. 2 EStG ein Unterbegriff des Oberbegriffs „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ i. S. v. § 14 Satz 1 AO; denn er enthält alle Merkmale dieses Begriffs (genus proximum) und darüber hinaus die Bedingung der Gewinnerzielungsabsicht, die für einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht erforderlich ist, § 14 Satz 2 AO (differentia specifica). Dies hat auch der Große Senat des BFH für das Verhältnis der Vorgängervorschrift des § 15 Abs. 2 EStG (§ 1 Abs. 1 GewStDV) zu § 14 AO erkannt; deshalb gelte das für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs aufgestellte Erfordernis des Hinausgehens über den Rahmen einer Vermögensverwaltung auch für den Gewerbebetrieb⁹. Es gilt dann auch die Definition der Vermögensverwaltung in § 14 Satz 3 AO im Rahmen des § 15 Abs. 2 EStG¹⁰. Danach liegt eine Vermögensverwaltung in der Regel vor, wenn Vermögen genutzt, z. B. Kapitalvermögen verzinslich angelegt oder unbewegliches Vermögen vermietet oder verpachtet wird.

der Rechtsprechung des BFH zu Liebhaberei und gewerblichem Grundstückshandel (im Folgenden zitiert: Anscheinsbeweis), 2006, S. 295 f. m. w. N.

6 Zur Genealogie der Begriffs vgl. BFH, Beschl. v. 25.6.1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl. II 1984, 751, unter C. III. 3. b) aa) der Gründe.

7 Zur Rechtsentwicklung eingehend S. *Schneider*, a. a. O., S. 61 ff.

8 Ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. BFH, Urt. v. 6.4.1990 III R 28/87, BFHE 160, 494, BStBl. II 1990, 1057 und v. 31.7.1990 I R 173/83, BFHE 162, 236, BStBl. II 1991, 66 jeweils m. w. N.

9 BFH, Beschl. v. 8.11.1971 GrS 2/71, BFHE 103, 440, BStBl. II 1972, 63 unter V. 2; BFH, Urt. v. 27.7.1988 I R 113/84, BFHE 146, 500, BStBl. II 1989, 134.

10 Ähnlich W. *Spindler*, Der gewerbliche Grundstückshandel in der Rechtsprechung des BFH, DStZ 1997, 10; J. *Lang*, Abgrenzung betrieblicher Einkunftsarten von der privaten Vermögensverwaltung, StKongrRep.1988, 49, 52.

III. Die Differenzierungsfunktion des Tatbestandsmerkmals der privaten Vermögensverwaltung

Wo die Grenze zwischen einem Gewerbebetrieb und der Vermögensverwaltung verläuft, lässt sich aufgrund der positiven Merkmale des Gewerbebetriebs nicht ableiten. Denn auch das Erzielen von Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG) und Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) hat mit den gewerblichen Einkünften gemeinsam, dass der Steuerpflichtige eine selbständige und nachhaltige Tätigkeit betreibt, die auf die Erwirtschaftung positiver Einkünfte gerichtet ist. Der wesentliche Unterschied besteht in der Art der Einkünfte, die erzielt werden sollen: Während bei der Vermögensverwaltung der Steuerpflichtige einen im Wesentlichen gleich bleibenden Vermögensstamm unterhält und deshalb die Erträge als „Früchte“ vereinnahmt, ist bei der gewerblichen Verwertung von Kapital- oder Immobilienvermögen die Absicht des Steuerpflichtigen darauf gerichtet, Einkünfte durch laufende Umschichtung der vorhandenen Vermögenswerte und Realisierung von Veräußerungsgewinnen zu erzielen¹¹. Ob man in der Intensität der Vermögensnutzung oder der Marktteilnahme und damit in der Erheblichkeit für die Einkommensteuer die maßgebende Grenze sehen kann¹², ist immerhin zweifelhaft. Selbst eine umfangreiche Vermietertätigkeit am Markt bleibt Vermögensnutzung und bildet deshalb keine gewerbliche Betätigung¹³. Erst dann, wenn besondere Umstände – z. B. im Sinne eines Beherbergungsunternehmens – hinzutreten, wird aus einer Vermietung eine gewerbliche Vermietung¹⁴, oder dann, wenn aufgrund einer Betriebsaufspaltung eine sachliche und personelle Verflechtung mit einem Betriebsunternehmen gegeben ist¹⁵. In beiden Fällen ist es aber nicht die Fruchtziehung, die zur Gewerblichkeit führt, sondern die darüber hinaus gehende besondere Betätigung im Beherbergungsgewerbe oder die Tätigkeit der Betriebs-

11 So zutr. *W. Schön*, Zum Merkmal der „Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr“ i. S. v. § 15 Abs. 2 EStG, in *P. Kirchhof/M. Lehner/A. Raupach/M. Rodi*, Staaten und Steuern, FS für K. Vogel (2000), S. 661, 675.

12 So *P. Kirchhof* in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, § 2 Rz. 89; *S. Schneider*, a. a. O., S. 37, beide aufgrund der von ihnen befürworteten Markteinkommenstheorie.

13 So z. B. *RFH*, Bescheid und Urt. vom 28.11.1928/6.2.1929 VI A 1523, *StuW* 1929, Sp. 634: „Auch die geschickte Verwaltung eines großen Vermögens stellt keinen Gewerbebetrieb dar“.

14 So die ständige Rechtsprechung, vgl. schon *PrOVG* v. 21.12.1928, *RuPrVerwBl.*, Bd. 50, 276; *BFH*, Urt. v. 28.6.1984 IV R 150/82, *BFHE* 141, 330, *BStBl.* II 1985, 211; v. 18.5.1999 III R 65/97, *BFHE* 188, 490, *BStBl.* II 1999, 619; v. 14.7.2004 IX R 69/02, *BFH/NV* 2004, 1640; v. 14.1.2004 X R 7/02, *BFH/NV* 2004, 945.

15 Vgl. zu Betriebsaufspaltung statt aller *R. Wacker* in *Schmidt*, *EStG*²⁵ § 15 Rz. 800 ff.; zur Rechtfertigung als bewegliches System im Sinne *Wilburg's* siehe auch *J. Petersen*, Unternehmenssteuerrecht und bewegliches System, Betriebsaufspaltung, Mitunternehmerschaft, verdeckte Gewinnausschüttung, 1999, S. und dazu *K.-D. Drüen*, Über den Nutzen beweglicher Systeme im Steuerrecht, *StuW* 2000, 289 ff.

gesellschaft. Ebenso wenig (allein) geeignet, die Abgrenzung zu steuern, ist der Wertschöpfungsgedanke, wie er mitunter in Rechtsprechung als Argument verwandt wird¹⁶. Er kommt im Wortlaut des § 15 Abs. 2 EStG bereits insoweit zum Ausdruck, als der Gewerbetreibende in der Absicht handeln muss, Gewinn zu erzielen. Er muss also bestrebt sein, den Unterschiedsbetrag seines Betriebsvermögens am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres zu erhöhen (§ 4 Abs. 1 EStG) und damit „Wert zu schöpfen“. Überdies mag auch der Vermögensverwalter nachhaltig den Nutzungswert eines Gegenstandes realisieren. Deshalb stellt die Rechtsprechung seit jeher auf das *Gesamtbild* der Verhältnisse und auf die Verkehrsanschauung ab. „In Zweifelsfällen“ heißt es beim Großen Senat in ständiger Rechtsprechung, „ist die gerichtsbekannte und nicht beweisbedürftige Auffassung darüber maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist“¹⁷.

1. Typologische Interpretation der den Gewerbebetrieb konstituierenden Merkmale

Wie geht die Rechtsprechung methodisch vor? Während sie früher auf den Gewerbebegriff als sog. Typusbegriff abstellte¹⁸, argumentiert sie heute vorsichtiger. Nicht ohne Grund. Denn der Gesetzgeber hat den Begriff des Gewerbebetriebs durch eine bestimmte Anzahl von Tatbestandsmerkmalen klassifikatorisch ausgestaltet. Der Begriff des Gewerbebetriebs ist damit kein Typusbegriff. Indessen stellt die Rechtsprechung auch jetzt auf das typische Bild des Gewerbebetriebs ab, und zwar bei der Auslegung der in § 15 Abs. 2 EStG genannten Merkmale. So heißt es in einer Entscheidung des I. Senats des BFH¹⁹, es sei sachgerecht, den Inhalt der einzelnen Merkmale durch eine wertende Betrachtung zu bestimmen, die sich zuvörderst an der Verkehrsauffassung und dem dort bestehenden Bild des Gewerbebetriebs orientieren müsse. Dem stimmt der Große Senat des BFH zu. „Ohne die vom Gesetzgeber offenbar als bekannt vorausgesetzte ‚Verkehrs-

16 Vgl. z. B. BFH, Urt. v. 15.3.2005 X R 39/02, BFHE 209, 320, BStBl. II 2005, 817; allgemein zum Wertschöpfungsgedanken R. Schnorr, Die steuerrechtliche Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung, NJW 2004, 3214, 3218 ff. m. w. N.

17 BFH, Beschl. v. 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291; vom 3.7.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, 617 unter C. I. jeweils m. w. N.

18 Vgl. dazu einerseits P. Fischer, Steuerrechtlicher Typus und rechtstaatliche Bestimmtheit des Steuergesetzes, DStZ 2000, 885 ff.; andererseits H. Weber-Grellet, Der Typus des Typus, in FS Beisse, 1997, S. 551, 566 m. w. N.

19 BFH, Urt. v. 15.12.1999 I R 16/99, BFHE 191, 45, BStBl. II 2000, 404, FR 2000, 716 mit Anm. von P. Fischer.

anschauung⁶ vom typischen Bild des Gewerbebetriebs“, heißt es dort²⁰, „kann der Rechtsanwender nicht bestimmen, ob eine gewerbliche Tätigkeit gegeben ist“, und dies selbst unter dem Beifall derjenigen, die überdies dem sog. Typusbegriff eher ablehnend gegenüber stehen²¹, um nicht – wie dies *J. Lang* prononciert formulierte – in einen Subsumtionsleerlauf zu geraten²². Schaut man richtig hin, legt die Rechtsprechung § 15 Abs. 2 EStG entsprechend historisch und teleologisch aus; denn sie leitet ihre Berechtigung, auf die aktuelle gesellschaftliche Anschauung (Verkehrsanschauung) zurückzugreifen, davon ab, dass das Gesetz selbst dieses typische Bild eines Gewerbebetriebs vorausgesetzt hat²³. Man gerät deshalb auch nicht in eine Tautologie²⁴, wenn man die einzelnen gesetzlichen Tatbestandsmerkmale vor dem Hintergrund der Verkehrsanschauung interpretiert und dadurch anreichert. Vielmehr lässt sich die Vagheit eines Begriffes wie bei disjunktiven Definitionen (ein Beispiel für eine disjunktive Definition ist § 44 Abs. 1 Satz 1 AO – Gesamtschuldner –) durch Einführung weiterer vager Merkmale reduzieren, wenn die vagen Merkmale nicht durch Konjunktion miteinander verknüpft werden. Man kann deshalb in Anlehnung an strafrechtliche Untersuchungen folgendes *komparatives Gesetz* aufstellen: In je höherem Grade ein abstufbares Begriffsmerkmal erfüllt ist, in desto geringerem Grade braucht ein anderes erfüllt zu werden oder desto weniger von den nicht notwendigen Merkmalen müssen erfüllt sein²⁵.

Machen wir uns dieses Vorgehen an der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der *Nachhaltigkeit* in § 15 Abs. 2 EStG klar. Nachhaltig handelt nach tradiertem Begriffsverständnis derjenige, dessen Veräußerungstätigkeit auf Wiederholung angelegt ist²⁶. „Nachhaltig“ ist ohne Zweifel ein vager, komparativer und abstufbarer Begriff. Sein möglicher Wortsinn gebietet nicht, eine Tätigkeit *nur* dann als nachhaltig zu qualifizieren, wenn der Steuerpflichtige wei-

20 BFH, Beschl. v. 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291 unter C. I.

21 *H. Weber-Grellet* in Schmidt²⁵, § 15 Rz. 46.

22 *J. Lang* StKongrRep 1988, 53.

23 So die Gesetzesbegründung, wonach die gesetzliche Definition lediglich die bisher durch die Rechtsprechung geprägte Begrifflichkeit klarstellen sollte, vgl. BR-Drucks. 165/85, S. 7 f.

24 So die kritischen Bemerkungen von *J.M. Mössner*, Typusbegriffe im Steuerrecht, in *W. Dreseck*, *R. Seer*, FS für *H.W. Kruse*, 2001, S. 161, 179; Tautologisch würde die Rechtsanwendung, wenn wir die normativen Begriffe auf empirische reduzieren würden, also letztlich den Obersatz ausschließlich am tatsächlich vorliegenden Sachverhalt orientierten. Soweit geht die hier propagierte Anreicherung durch Einführung vager Begriffe aber nicht.

25 So für die strafrechtliche Forschung *I. Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 15 ff. 30 f. m. w. N.

26 Ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urt. v. 13.12.1995 XI R 43–45/89, BFHE 179, 353, BStBl. II 1996, 232; vom 7.3.1996 IV R 2/92, BFHE 180, 121, BStBl. II 1996, 369; vom 9.12.2002 VIII R 40/01, BFHE 204, 180, BStBl. II 2003, 294; vom 7.10.2004 IV R 27/03, BFHE 208, 147, BStBl. II 2005, 164.

tere Geschäfte plant. Auch kann der Vorschrift nicht entnommen werden, wie viele es denn sein sollen. Wir werden darauf zurückkommen. Könnte man nicht auch darauf abstellen, wie umfangreich die Tätigkeit des Steuerpflichtigen ist? Der BFH ist bei seiner Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Nachhaltigkeit in § 15 Abs. 2 EStG implizit von unserem Gesetz ausgegangen, indem er trotz der Veräußerung nur eines Objekts – ohne auf Wiederholung angelegt zu sein – das Tatbestandsmerkmal als erfüllt ansah, weil der Steuerpflichtige über einen längeren Zeitraum Aktivitäten entwickelte, die nach ihrem Umfang und Gewicht hinter denen nicht zurückblieb, die zum Bau mehrerer Gebäude notwendig sind²⁷. Es ging im Streitfall um eine GbR, die ein zuvor erworbenes Grundstück mit einer von ihr zu errichtenden Einkaufspassage veräußert, dazu eine Bauplanung für das Grundstück erstellen ließ und bei Gesamtbaukosten von einigen Millionen Euro mehrere Bauunternehmer beauftragt und die Gewährleistung übernommen hat. Hier kompensiert der hohe Grad der Intensität, mit der Steuerpflichtige das dem Bild eines Gewerbetreibenden entlehnte (abstufbare) Merkmal der Tätigkeit wie ein Bauunternehmer erfüllt, das fehlende Merkmal der auf Wiederholung ausgerichteten Tätigkeit. Der Fall hat im Schrifttum im Beispiel von der Raumfahrt ein Echo gefunden: Bei einem einzigen Mondflug kann sich die Nachhaltigkeit auf die „Betätigung auf dem Gebiet der *Raumfahrt*“ beziehen, die – wie beim Handeln wie ein Bauunternehmer – eine Vielzahl von unterschiedlichen Einzeltätigkeiten erfordert²⁸. Die Frage, in welcher Intensität Aktivitäten auf der „Input-Seite“ Defizite bei den Aktivitäten auf der „Output-Seite“ kompensiert, ist wohl noch nicht endgültig geklärt²⁹. Ein weiterer Anwendungsfall ist die Rechtsprechung zum Begriff des Mitunternehmers mit seinen abstufbaren Merkmalen des Mitunternehmerrisikos und der Mitunternehmerinitiative³⁰. Die weitere Entwicklung könnte in die Richtung gehen, von der typologischen bedingten Auslegung der Merkmale des Gewerbebetriebsbegriffs zu disjunktiven Definitionen überzugehen – durchaus mit einem Gewinn an Rechtssicherheit.

2. Vermögensverwaltung als gesetzlicher Typusbegriff

Bei der Vermögensverwaltung im Sinnes des § 14 Satz 3 AO handelt es sich um einen gesetzlichen Typusbegriff³¹. Das Gesetz gibt Regelbeispiele vor.

27 BFH, Urt. v. 1.12.2005 IV R 65/04, BFHE 212, 106, BStBl. II 2006, 259.

28 So *M. Kempermann*, Gewerblicher Grundstückshandel: Nachhaltigkeit in „Ein-Objekt-Fällen“, DStR 2006, 265, 267; a. A. *G. Söffing*, Aktuelle Probleme beim gewerblichen Grundstückshandel, FR 2006, 485, 487.

29 Vgl. dazu *J. Moritz*, Aktuelle Entwicklungen beim gewerblichen Grundstückshandel, DStR 2005, 2010 ff., 2011.

30 Ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. BFH, Urt. v. 25.4.2006 VIII R 74/03, BFHE 213, 358, BFH/NV 2006, 1564.

31 So zutr. *K. Tipke* in *Tipke/Kruse*, § 14 AO Rz. 11; *S. Schneider*, Der Tatbestand der privaten Vermögensverwaltung im Einkommensteuerrecht, 1995, S. 40 Fn. 10.

Vermögensverwaltung liegt danach in der Regel vor, wenn Vermögen genutzt, z. B. Kapitalvermögen verzinslich angelegt oder unbewegliches Vermögen vermietet oder verpachtet wird. Unabhängig davon, ob man methodologisch einen Typusbegriff für geboten hält oder nicht, gibt das Gesetz hier einen solchen vor. Das ist nicht ungewöhnlich. Auch in anderen Rechtsgebieten hat der Gesetzgeber Typusbegriffe eingeführt. So z. B. in § 7 Abs. 1 SGB IV, wonach Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit ist, „insb. in einem Arbeitsverhältnis“. Diese Norm ist ähnlich strukturiert wie § 14 Satz 3 AO. Nach Auffassung des BVerfG bedient sich das Gesetz in § 7 Abs. 1 SGB IV nicht des tatbestandlich scharf kontrollierten Begriffs, „der auf einfache Subsumtion hoffen ließe, sondern der Rechtsfigur des Typus“³². Das Gesetz definiert nicht, sondern beschreibt den Normalfall in der Form eines Typus, dessen Kenntnis das Gesetz stillschweigend voraussetzt und zwar so, wie er in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch, d. h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorgefunden wird. So kennzeichnet das BVerfG den Typusbegriff und es stimmt damit überein mit dessen Schöpfern. Der Typusbegriff wurde entwickelt von *Carl G. Hempel* und *Paul Oppenheim*³³, hatte z. B. in der Sprachphilosophie selbst kaum Karriere gemacht, wurde aber mit umso größerem Erfolg von *G. Radbruch* erstmals in das juristische Denken eingeführt³⁴. Man wählt bei Typusbegriffen, heißt es bei *Radbruch*, „innerhalb der Reihe gewisse besonders ausgeprägte, reife, klassische Erscheinungen, seien es nun Extremformen oder umgekehrt Durchschnittsformen, um an ihnen die anderen Erscheinungen zu messen“³⁵. Die Nähe zum konkreten Ordnungsdenken im Stile von *C. Schmitt* liegt auf der Hand. Der Unterschied liegt wohl darin, dass *C. Schmitt* Normen – auch wenn sie klassifizieren – generell auf die „normale Situation und normale Typen“ reduzieren möchte³⁶. Einen Beleg für das von ihm propagierte Ordnungsdenken findet er interessanterweise im Steuerrecht, nämlich in § 4 der Reichsabgabenordnung, wonach bei der Auslegung u. a. die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen ist. Dadurch würde die Steuerrechtswissenschaft vor dem Absinken in eine bloße Steuerumgehungslehre bewahrt³⁷. Wie wahr, denn je offener der Tatbestand ist, desto schwieriger wird es für den Rechtsanwender, sich darauf planend einzulassen und dementsprechend auch, ihn zu umgehen; doch die Kehrseite liegt selbstredend im unbestimm-

32 BVerfG, Beschl. vom 20.5.1996 (2. Kammer des Ersten Senats) 1 BVR 21/96, NJW 1996, 2644.

33 *C. G. Hempel/P. Oppenheim*, Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik, Leiden 1936.

34 *G. Radbruch*, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1938, S. 46 ff.

35 *G. Radbruch*, a. a. O., S. 47.

36 *C. Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 28 f.

37 *C. Schmitt*, a. a. O., S. 62.

ten Steuerzugriff. Der Tatbestandsmäßigkeit des staatlichen Steueranspruchs im Sinne von *A. Hensel*³⁸ entsprechen klassische – eindimensionale – Definitionen nach dem Aristotelischen Ideal sicherlich in größerem Maße. Indes ist es eine Illusion zu glauben, wir könnten uns durch ein konkretes Ordnungsdenken von der Notwendigkeit von Abstraktionen befreien und den Gegensatz zwischen Begriff und Gegenstand aufheben. Nur der inhaltlich verkürzte Begriff – nicht die Gesamtheit seiner Wirklichkeit – eignet sich, um eine Aussage über den Gegenstand in der Kommunikation verfügbar zu machen³⁹. Typusbegriffe sollen uns (lediglich) in die Lage versetzen, fließende Übergänge besser gerecht zu werden.

Und mit diesen Übergängen haben wir es gerade an der Schnittstelle zwischen der Vermögensverwaltung und dem Gewerbebetrieb zu tun. Das Gesetz nennt als Regelfall für eine Vermögensverwaltung, dass Vermögen genutzt und deshalb z. B. Grundvermögen vermietet wird. Es ist der idealtypische Fall, wenn jemand sein Grundstück langfristig vermietet. Gegenbegriff ist sicherlich, wenn jemand ein Grundstück erwirbt und es sogleich wieder veräußert. Hier soll Vermögen nicht genutzt, sondern umgeschlagen werden. Es gehört schon nach der Grundsatzentscheidung des RFH zum gewerblichen Grundstückshandel zum Wesen einer ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung, „nicht bloß die zu erwartenden Erträge, sondern auch die Wiederverkaufsmöglichkeit zu beachten“. Deshalb soll es dem Begriff der Vermögensverwaltung nicht widersprechen, wenn bereits beim Erwerb der Gegenstände die spätere Möglichkeit günstiger Wiederveräußerung berücksichtigt wird⁴⁰. Diese Entscheidung kennzeichnet bereits die volle Problematik, mit der wir uns auch gegenwärtig beim gewerblichen Grundstückshandel beschäftigen müssen.

3. Fruchtziehung vs. gewerblicher Grundstückshandel und Abgrenzung zu § 23 EStG

Die Rechtsprechung hat abstrakte Formeln oder Definitionen entwickelt, die sie seitdem nutzt, um das Abgrenzungsproblem zu lösen. Eine private Vermögensverwaltung ist nach der Definition 1 anzunehmen, wenn sich die Tätigkeit noch als Nutzung von Grundbesitz durch Fruchtziehung aus zu erhaltender Substanz (z. B. durch Selbstnutzung oder Vermietung) darstellt und nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der

38 *A. Hensel*, Steuerrecht, 3. Aufl. 1933.

39 So *D. Krimphove*, Sprache und Recht, in *Rechtstheorie* 36 (2005), 371; so schon *W. v. Humboldt*, Ueber die Verschiedenheiten des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die günstige Entwicklung des Menschengeschlechts, Werke, Bd. 3 (g), Berlin 1960, S. 434, 458.

40 RFH, Beschl. und Urt. vom 28.11.1928/6.2.1929 VI A 1523, *StuW* 1929, Sp. 634 f. (Nr. 347).

Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung nicht entscheidend in den Vordergrund tritt⁴¹.

Nach der Rechtsprechung sollen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb überdies komplementäre Typen sein. Maßgebend ist nach der Definition 2, ob „die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist“⁴². Diese Definition enthält indes keine Aussage zur Vermögensverwaltung; denn es gehört schon zum Begriff des Gewerbebetriebs, über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinauszugehen. Die Definition der Rechtsprechung ist dementsprechend kein analytisches Urteil, sie klärt lediglich den Sprachgebrauch⁴³. Aber immerhin. Und wir können in der hermeneutischen Tradition unseres kontinental-europäischen Denkens⁴⁴ noch mehr daraus machen. Wir haben sogar gelernt, *Zirkel*, *Paradoxa* und *Tautologien* – entgegen *Mössner*⁴⁵ – mit *Luhmann*⁴⁶ oder *Derrida*⁴⁷ aufzulösen durch Unterscheidungsbildung, Differenz, praktische Konkordanzen⁴⁸ oder Schaukeltheorien⁴⁹.

Auch die Definition 1, die sog. *Fruchtziehungsformel* genügt allein nicht. Sie beruht auf der das Einkommensteuerrecht prägenden Unterscheidung zwischen der *Fuisting'schen* Quellentheorie einerseits und *von Schanz'schen* Reinvermögenstheorie anderseits⁵⁰. Die Formel ist – obschon bedeutungsschwer – ziemlich inhaltsarm, umgekehrt proportional zu ihrem sehr weiten Begriffsumfang. Sie lässt sich nicht unmittelbar auf einen konkreten Sachver-

41 So, mit z. T. unterschiedlichen Formulierungen BFH, Urt. v. 17.1.1973 I R 191/72, BFHE 108, 190, BStBl. II 1973, 260; vom 16.4.1991 VIII R 74/87, BFHE 164, 347, BStBl. II 1991, 844; vom 26.2.1992 I R 149/90, BFHE 167, 147, BStBl. II 1992, 693; Beschluss des Großen Senats vom 3.7.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, 617; vgl. auch die Rechtsprechungsnachweise bei *P. Fischer* in Hübschmann/Happ/Spitaler, § 14 AO Rz. 88 und bei *S. Schneider*, a. a. O., S. 74 ff.

42 BFH, Beschl. des Großen Senats vom 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291, unter C. II.;

43 Klassisch dazu *A. J. Ayer*, Sprache, Wahrheit und Logik (Originaltitel: Language, Truth and Logic), 2. Aufl. (deutsche Übersetzung), Kapitel IV, insb. S. 104.

44 Vgl. *K. Lorenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 469; bezogen auf den Grundstückshandel *A. Schmidt-Liebig*, Indiz und Rechtsanwendung im Steuerrecht bei „verdeckter Gewinnausschüttung“ und „Gewerbebetrieb“ in der neueren BFH-Rechtsprechung, FR 2003, 273, 277.

45 *M. Mössner*, Typusbegriffe im Steuerrecht, in *W. Dreseck*, *R. Seer*, FS für H.W. Kruse, 2001, S. 161 ff.

46 *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 308 ff.

47 Vgl. z. B. *J. Derrida*, Gesetzeskraft, deutsche Ausgabe von 1996.

48 Klassisch *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 2 III und passim.

49 Vgl. dazu *R. Scholz*, Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz – Gesetzgeberische oder verfassungsgerichtliche Verantwortung?, in Archiv für Presserecht (AfP) 1996, 323 ff.

50 Vgl. dazu *S. Schneider*, a. a. O., S. 6 ff.

halt anwenden. Dafür ist sie zu abstrakt. Sie enthält überdies einen komparativen Begriff („im Vordergrund“), ohne allerdings Merkmale zu dessen Qualifizierung zu nennen. Damit werden wir uns noch zu beschäftigen haben. Die Formel kann uns aber bei der Abgrenzung als *regulatives Prinzip*⁵¹ dienen.

Beginnen wir mit § 14 Satz 3 AO, so können wir bereits einige klare Aussagen gewinnen. Nach § 14 Satz 3 AO verwaltet sein Grundvermögen, wer es vermietet. Damit nimmt das Gesetz auf § 21 EStG Bezug. Vermieten ist das entgeltliche Überlassen zur Nutzung. Es kommt allerdings nicht darauf an, dass der Steuerpflichtige sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 21 Abs. 1 EStG erfüllt. Auch wenn eine Nutzungsüberlassung bei der verbilligten Vermietung in einen unentgeltlichen und in einen entgeltlichen Teil aufgeteilt wird (§ 21 Abs. 2 EStG), liegt Vermögensverwaltung vor. Denn das Gesetz nennt die Vermietung nur als Regelbeispiel. Wer sein Grundstück einem anderen unentgeltlich überlässt, nutzt es schon gar nicht. Er will keinen Nutzungswert realisieren und verhält sich dementsprechend von vornherein außerhalb der steuerrechtlich bedeutsamen Sphäre. Andererseits erfüllt derjenige die Voraussetzungen des § 14 Satz 3 AO nicht, der ein Grundstück anschafft und es wieder veräußert. Er nutzt diesen Gegenstand von vornherein nicht und zieht keine Früchte daraus. Er verwaltet sein Vermögen nicht. Ob er dann auch die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 EStG erfüllt, richtet sich danach, ob er nachhaltig handelt. Er handelt nicht nachhaltig, wenn er nur gelegentlich veräußert. Dieser Begriff wird in der Rechtsprechung als Gegenbegriff zu „nachhaltig“ verstanden⁵². Genau hier verläuft die Grenze zu § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG. In diesen Kontext ist auch § 23 Abs. 1 Nr. 3 EStG einzuordnen, wonach Veräußerungsgeschäfte steuerbar sind, bei denen die Veräußerung der Wirtschaftsgüter früher erfolgt als der Erwerb.

Gegenbegriff der Vermögensnutzung ist die Veräußerung. Aber aus der Veräußerung allein kann nicht geschlossen werden, dass die Umschichtung des Vermögens im Vordergrund steht. So mag die Veräußerung eines Grundstücks das Ende der Vermietungstätigkeit markieren. Oder der Steuerpflichtigen ist dazu gezwungen, sein Grundstück zu veräußern, weil sich die Vermietung als nicht rentabel erweist⁵³. Dann hängt die Veräußerung mit der Nutzung des Grundstücks zusammen. Sie ist nach dem einkommensteuerrechtlichen Grundprinzip nicht steuerbar. Die Frage ist, wann die Umschichtung der Vermögenssubstanz „entscheidend in den Vordergrund tritt“.

51 I. Kant, Kritik der reinen Vernunft, Theorie-Ausgabe, herausgegeben von W. Weischedel, 1968, S. A 509.

52 BFH, Urt. v. 1.12.2005 IV R 65/04, BFHE nn, BStBl. II 2006, 259 unter II. 2.a) der Gründe.

53 So dazu bereits Stutz, Kommentar zum EStG 1925 (1929), § 42 EStG, Anm. 3.

4. Die Konkretisierungselemente nach der Rechtsprechung

Zur Konkretisierung und zur Begründung des Qualitätssprungs hin zu einer Vermögensumschichtung hat die Rechtsprechung vor allen Dingen folgende weitere Elemente entwickelt:

- Veräußerungsabsicht
- Drei-Objekt-Grenze
- Zeitlicher Zusammenhang

Diese Elemente haben sowohl in ihrer Begründung wie auch in ihrer Funktion in Kombination mit den anderen Elementen eine bemerkenswerte Entwicklung erlebt, die wohl noch nicht abgeschlossen ist. Deshalb sollen die Kriterien zunächst dargelegt und sodann systematisiert und kritisiert werden.

a) Die Veräußerungsabsicht als Abgrenzungsmerkmal

Die anfängliche Veräußerungsabsicht ist nach einigen Senaten des BFH in der neueren Rechtsprechung das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zwischen der Vermögensverwaltung und dem gewerblichen Grundstückshandel. Nicht ohne Grund, will es scheinen. Denn wer ein erworbenes Grundstück veräußern will, will es nicht nutzen, um daraus Früchte zu ziehen. Er will die Substanz verwerten. Auf die Veräußerungsabsicht kommt es in Durchhandels- wie auch in Errichtungsfällen an. Die Rechtsprechung unterscheidet beide Fallgruppen voneinander. Der Steuerpflichtige „handelt durch“, wenn er das Grundstück ohne wertverändernde Maßnahmen nur kauft und wieder verkauft. Aber auch dann, wenn der Steuerpflichtige – wie ein Bauunternehmer – ein Gebäude selbst baut und dann veräußert, kommt es auf seine Absicht bei der Errichtung an. Will er nämlich das errichtete Bauwerk lediglich vermieten, so geht seine Tätigkeit, unbeschadet ihrer Ähnlichkeit mit der eines Produzenten, nicht über die Vermögensverwaltung hinaus. Die Fallgruppen unterscheiden sich hinsichtlich des *Zeitpunkts*, in dem die Veräußerungsabsicht gegeben sein muss. Ist es bei den Durchhandelsfällen der Erwerb, so ist es in den Errichtungsfällen die Herstellung. Aber die Veräußerungsabsicht kann wie die Veräußerung selbst noch der Vermögensverwaltung angehören. Derjenige, der langfristig vermietet hat, möchte sich von seiner Immobilie trennen und veräußert sie. Hier lässt die Veräußerungsabsicht keine Schlüsse darauf zu, was im Vordergrund steht. Deshalb hat die Rechtsprechung eine weitere Unterscheidung eingeführt, die Differenz zwischen der unbedingten und der bedingten Veräußerungsabsicht. Wer Grundbesitz mit der unbedingten Absicht erwirbt oder bebaut, ihn innerhalb kurzer Zeit zu verkaufen, überschreitet die Grenzen der privaten Vermögensverwaltung⁵⁴. Anders liegen die Dinge bei der bedingten

⁵⁴ So die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung, BFH, Urt. v. 1.12.2005 IV R 65/04, BFHE 212, 106, BStBl. II 2006, 259; v. 18.9.2002 X R 183/96, BFHE 200, 293,

Veräußerungsabsicht. Hier kommt es dem Steuerpflichtigen nicht in erster Linie auf die Veräußerung an. Er schließt sie aber auch nicht aus. Nach der Rechtsprechung reicht aus, wenn er den Verkauf nur erwägt, selbst wenn die eigentliche Absicht auf eine anderweitige Nutzung als durch Verkauf gerichtet ist⁵⁵. Hier müssen noch Merkmale hinzukommen, damit die Tätigkeit die Grenze zur Vermögensverwaltung überschreitet und es müssen die entscheidenden Merkmale sein, denn eine bloß bedingte Veräußerungsabsicht hat üblicherweise auch derjenige, der aus dem Grundstück Früchte ziehen möchte. Der XI. Senat des BFH stellt in einigen Entscheidungen indes nicht auf die Veräußerungsabsicht ab. Er zieht die Grenze rein objektiv aus der Fruchtziehungsformel anhand des Gesamtbildes der Verhältnisse⁵⁶.

Aber dennoch wird man *resümierend* feststellen müssen, dass mehrheitlich in der Rechtsprechung in der Veräußerungsabsicht das entscheidende Element gesehen wird, um die gewerbliche Tätigkeit von der Vermögensverwaltung abzugrenzen. Auf die Feststellung dieser Veräußerungsabsicht, die stets vorliegen muss, werden die objektiven Indizien und Beweisanzeichen bezogen.

b) Die Drei-Objekt-Grenze

Auf leisen Sohlen kam sie daher, die Drei-Objekt-Grenze, doch was ist aus ihr geworden! Der VIII. Senat schloss sich einem gar unveröffentlichten Urteil des I. Senats an und sah eine zahlenmäßige Begrenzung auf drei Wohneinheiten als der gebotenen *Vereinfachung* Rechnung tragend⁵⁷. Die Grenze wurde sodann verwandt, um die *Fruchtziehungsformel* für einen Teilbereich klassenbegrifflich abstrakt-generell zu konkretisieren, als normativ begründete Freigrenze⁵⁸. Bei einer Veräußerung von weniger als vier Objekten war stets eine private Vermögensverwaltung anzunehmen⁵⁹. Später kam die *Veräußerungsabsicht* ins Spiel, und zwar zunächst als Teilaspekt der Einkünfterzielungsabsicht⁶⁰. In der ersten Entscheidung des Großen Senats des BFH frönt das Gericht einer typologischen Betrachtungsweise zur Abgrenzung des Grundstückshandels. Die Zahl der Objekte hat danach eine indizielle Bedeutung und zwar für die Zuordnung „zum Bild des Gewerbetriebs – der Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Um-

BStBl. II 2003, 238; und v. 9.12.2002 VIII R 40/01, BFHE 201, 180, BStBl. II 2003, 294.

55 Ständige Rechtsprechung, z. B. BFH, Urt. v. 23.10.1987 III R 275/83, BFHE 151, 399, BStBl. II 1988, 293 und vom 6.4.1990 III R 28/87, BFHE 160, 494, BStBl. II 1990, 1057.

56 BFH, Urt. v. 17.12.2003 XI R 22/02, BFH/NV 2004, 1629; BFH, Beschl. v. 20.6.2003 XI S 21/02, BFH/NV 2003, 1555.

57 BFH, Urt. v. 9.12.1986 VIII R 317/82, BFHE 148, 480, BStBl. II 1988, 244.

58 M. Kempermann DStR 2002, 785, 787.

59 BFH, Urt. v. 3.6.1987 III R 209/83, BFHE 150, 418, BStBl. II 1988, 277 und vom 23.10.1987 III R 275/83, BFHE 151, 399, BStBl. II 1988, 293.

60 BFH, Urt. v. 18.9.1991 XI R 23/90, BFHE 165, 521, BStBl. II 1992, 135.

schlag erheblicher Sachwerte sowie die Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung⁶¹. Das ist methodisch einwandfrei. Zwar verwendet der BFH die Begriffe des Beweisanzeichens und des Indizes regelmäßig als Hilfstatsachen zur Sachverhaltsfeststellung⁶². Aber darauf ist der Begriff „Indiz“ nicht beschränkt. Er hat noch eine weiteren Anwendungsbereich als Zuordnungselement. Das BVerfG hat in der Entscheidung zum Typusbegriff⁶³, von der wir oben schon gehört haben, einen weitere Bedeutung eingeführt, das Indiz als das den Typus kennzeichnende Merkmal. „Diese Indizien können in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein; je für sich haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend sind jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Entscheidend ist das Gesamtbild“.

Wir können also methodisch zusammenfassend die zwei folgenden Arten von Indizien unterscheiden:

- Indiz als Beweisanzeichen (= Hilfstatsache) zur Tatsachenfeststellung
- Indiz als Zuordnungsmoment zu einem Typus.

Jedenfalls bei der Ergiebigkeits- oder Schlüssigkeitsprüfung handelt es sich in beiden Fällen um Rechtsanwendung; in beiden Fällen kommt es auch auf das Gesamtbild an – nur ist dieses Bild bei der den Typus kennzeichnenden Indizien normativ, ansonsten eher tatsächlich.

Mit dem zweiten Beschluss des Großen Senats zum gewerblichen Grundstückshandel wird auch die Drei-Objekt-Grenze wieder umgepolt, aber noch nicht so deutlich, eher verhalten. Außerdem betritt die Veräußerungsabsicht wieder die Bühne des Geschehens. Es soll sich bei der Überschreitung der Drei-Objekt-Grenze um äußere Umstände handeln, die den Schluss zuließen, dass es dem Steuerpflichtigen auf die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung ankommt. Und jetzt: „Diese äußerlich erkennbaren Merkmale sind als Beweisanzeichen gerechtfertigt, weil die innere Tatsache der von Anfang an bestehenden Veräußerungsabsicht oft nicht zweifelsfrei feststellbar ist“⁶⁴. Die diesem Beschluss folgenden Entscheidungen fassen die Drei-Objekt-Grenze mehrheitlich als Erfahrungsregel für eine von Anfang an bestehende bedingte Veräußerungsabsicht auf⁶⁵. Allerdings gibt es auch Entscheidungen – vornehmlich solche des

61 BFH, Beschl. v. 3.7.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 861, BStBl. II 1995, 617.

62 Vgl. dazu die Untersuchung von W. Spindler, Zur Bedeutung von Indizien in der Rechtsprechung des BFH, StbJb 2002/2003.

63 BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 20.5.1996 1 BvR 21/96, NJW 1996, 2644.

64 BFH, Beschl. v. 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291.

65 Vgl. BFH, Urt. v. 15.4.2004 III R 25/02, BFHE 205, 470, BStBl. II 2004, 787; vom 1.12.2005 IV R 65/04, BStBl. II 2006, 259; v. 28.4.2005 IV R 17/04, BFHE 209, 372,

VIII. Senats – die es vermeiden, die Drei-Objekt-Grenze als Hilfstatsache zur Feststellung der anfänglichen, bedingten Veräußerungsabsicht zu bewerten⁶⁶. Resümierend können wir drei Funktionen der Drei-Objekt-Grenze ausmachen, die z. T. kumulierend, z. T. aber auch getrennt aufgeführt werden: Vereinfachungs-, Konkretisierungs- und Hinweisfunktion.

c) *Der zeitliche Zusammenhang*

Die Drei-Objekt-Grenze allein ist nach der Rechtsprechung unergiebig. Sie tritt stets zusammen mit einem weiteren Moment auf, das in der Rechtsprechung entwickelt wurde: der zeitliche Zusammenhang von Erwerb/Errichtung und Veräußerung⁶⁷. Der enge zeitliche Zusammenhang kommt nach der Entscheidung des Großen Senats vom 10.12.2001 bei der Beurteilung der ursprünglichen Veräußerungsabsicht allein nur indizielle Bedeutung zu⁶⁸. Dieses Kriterium kann nur im Rahmen einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts herangezogen werden. Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen Erwerb oder Errichtung und Veräußerung kann darauf hindeuten, dass bereits bei Erwerb oder Errichtung die Absicht der alsbaldigen Veräußerung bestand. Es gelte die Erfahrungsregel: Wenn zwischen Anschaffung oder Bebauung des Grundstücks und seiner Veräußerung nicht mehr als fünf Jahre liegen, könne von einer Betätigung in Verkaufsabsicht ausgegangen werden⁶⁹. Eine kurzfristige Investition im Grundstücksmarkt ist regelmäßig wirtschaftlich unsinnig, wenn sie nur auf die Erzielung laufender Erträge durch Nutzung abzielt. Die nicht unerheblichen Übertragungskosten (Maklergebühren, Kreditkosten, Notargebühren, Grunderwerbsteuer) werden sich erst bei einer langfristigen Anlage rechnen. Deshalb spricht es für den BFH auch bei der Auslegung des § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG gegen die Einkünfteerzielungsabsicht, wenn der Steuerpflichtige sein vermietetes Grundstück innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs – von in der Regel bis zu fünf Jahren – wieder veräußert. Je kürzer der Abstand zwischen der Anschaffung oder Errichtung des Objekts und der nachfolgenden Veräußerung ist, umso mehr spricht dies gegen eine auf Dauer angelegte Vermietungs-

BStBl. II 2005, 606; v. 15.4.2004 IV R 54/02, BFHE 206, 90, BStBl. II 2004, 868; v. 14.1.2004 IX R 88/00, BFH/NV 2004, 1089; v. 11.3.2003 IX R 77/99, BFH/NV 2003, 911; v. 20.7.2005 X R 74/01, BFH/NV 2003, 2195; BFH, Beschl. v. 28.7.2005 X B 21/05, BFH/NV 2005, 1806; BFH, Urt. v. 15.3.2005 X R 39/03, BStBl. II 2005, 817.

66 BFH v. 13.8.2002 VIII R 14/99, BFHE 199, 551, BStBl. II 2002, 811; verhaltener BFH, Urt. v. 9.12.2004 VIII R 40/01, BFHE 201, 180, BStBl. II 2003, 294.

67 Vgl. BFH, Urt. v. 28.6.1984 IV R 156/81, BFHE 141, 513, BStBl. II 1984, 798; v. 23.10.1987 III R 275/83, BFHE 151, 399, BStBl. II 1988, 293; v. 23.10.1987 III R 275/83, BFHE 151, 399, BStBl. II 1988, 293; vgl. dazu auch A. *Schmidt-Liebig*, Grundstücksgeschäfte, 4. Aufl. 2002, S. 130.

68 BFH, Beschl. v. 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291.

69 BFH, Urt. v. 18.9.1991 XI R 23/90, BFHE 165, 521, BStBl. II 1992, 135; BFH, Beschl. v. 4.4.2005 IV B 104/03, BFH/NV 2005, 1541.

tätigkeit und für eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht⁷⁰. Mit dieser Wertung stimmt es überein, wenn der BFH den Prognosezeitraum für die Prüfung der Überschusserzielung auf dreißig Jahre festgelegt hat. Denn über einen derartigen Zeitraum werden bei einer Finanzierung zu Standardkonditionen die Kredite getilgt, so dass Steuerpflichtige regelmäßig über einen solchen Zeitraum auch ihre Investition planen⁷¹. Umgekehrt hat eine kurzfristige Fremdfinanzierung im Rahmen einer Gesamtwürdigung Aussagekraft für ein auch nur kurzfristiges Engagement⁷².

5. Systematisierung und Kritik

a) Subjektivisten vs. Objektivisten

Versucht man die Argumentation zu ordnen, kann man Subjektivisten und Objektivisten gegeneinander auftreten lassen. Dabei sind die Subjektivisten diejenigen, die mit der mehrheitlichen Auffassung in der Rechtsprechung die (anfängliche) Veräußerungsabsicht als das entscheidende Abgrenzungsmerkmal herausheben⁷³, auf das es stets ankommt. Demgegenüber versuchen die „Objektivisten“, anhand objektiver Kriterien den gewerblichen Grundstückshandel von der privaten Vermögensverwaltung abzugrenzen. Protagonist dieser Auffassung ist *H. Weber-Grellet*⁷⁴. Auch auf dieser Ebene gibt es unterschiedliche Grundansätze, die man als die Differenz zwischen Typologen und Teleologen beschreiben kann. So fehlt es im neueren Schrifttum nicht an Versuchen, einen typologischen Ähnlichkeitsvergleich auf der Basis einer Gesamtbetrachtung objektiver Merkmale anzustellen⁷⁵. Beispielfähig können hier die Ansätze genannt werden, die in der Intensität der Marktorientierung den entscheidenden Anknüpfungspunkt sehen⁷⁶. Schließ-

70 Ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urt. v. 9.7.2002 IX R 47/99, BFHE 199, 417, BStBl. II 2003, 580 und v. 18.1.2006 IX R 18/04, BFH/NV 2006, 1078; dazu *B. Heuermann*, Vermieten auf bestimmte Zeit, DB 2002, 2011.

71 BFH, Urt. v. 6.11.2001 IX R 97/00, BFHE 197, 151, BStBl. II 2002, 726; dazu *B. Thürmer*, Einkünfteermittlung beim Vermieten von Ferienwohnungen, DB 2002, 444.

72 Vgl. dazu z. B. *P. Schubert*, „Private“ Bauträger und gewerblicher Grundstückshandel, DStR 2003, 573, 576; *H. Vogelgesang*, Aktuelle Entwicklungen bei der Besteuerung des gewerblichen Grundstückshandels, DB 2003, 844, 847.

73 So etwa *R. Buge* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 15 EStG, Anm. 1110; *P. Fischer*, FR 2002, 599; *J. Lang*, StKongrRep 1988, 55. *S. Schneider*, Private Vermögensverwaltung, S. 113.

74 Besonders prononciert *H. Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 25. Aufl., § 15 Rz. 53 a.E.

75 *K.D. Drüen/M. Krumm*, Pflicht und Kür: Über Buchführung, Bilanzierung und Gewinnermittlung bei gewerblichem Grundstückshandel, FR 2004, 685, 687 f.

76 Siehe dazu *J. Bloehs*, Die Abgrenzung privater Vermögensverwaltung von gewerblichen Grundstücks- und Wertpapiergeschäften, 2001, S. 118, 187; *M. Jung*, Einkommensteuerliche Abgrenzung des gewerblichen Grundstückshandels, 1998, S. 142.

lich wird auf der objektiven Ebene ein eher teleologischer Ansatz verfolgt, in dem – deduktiv – aus der Fruchtziehungsformel und dem Leistungsfähigkeitsprinzip Kriterien für eine Abgrenzung entwickelt werden⁷⁷.

b) Die Problematik des subjektiven Ansatzes

aa) Veräußerungsabsicht kein Tatbestandsmerkmal

Zunächst muss man feststellen, dass es sich bei der (anfänglichen) Veräußerungsabsicht nicht um ein Tatbestandsmerkmal handelt⁷⁸. Das Gesetz enthält weder in § 15 Abs. 2 EStG noch in § 14 AO ein derartiges Merkmal. Dabei ist die Veräußerungsabsicht nicht zu verwechseln mit der Einkünfteerzielungsabsicht. Diese ergibt sich aus § 15 Abs. 2 EStG als Absicht, Gewinn zu erzielen und bildet das subjektive Tatbestandsmerkmal der Besteuerung, was die Tätigkeit des Steuerpflichtigen auf einen Totalgewinn ausrichtet⁷⁹. Die Veräußerungsabsicht nimmt nach der Rechtsprechung demgegenüber lediglich die Funktion ein, gewerbliche Einkünfte von der Vermögensverwaltung abzugrenzen. Sie ist bedeutsam bei der Prüfung, ob und wenn ja, welchen Einkünfteerzielungsstatbestand der Steuerpflichtige erfüllt hat – wenn überhaupt – Element zur Feststellung des objektiven Tatbestandes. Erst dann, wenn klar ist, welche Einkunftsart der Steuerpflichtige erfüllt, kann man prüfen, ob er auch die Absicht hat, solcherart Einkünfte zu erzielen. Denn die Einkünfteerzielungsabsicht nimmt die Unterschiede im objektiven Tatbestand der Besteuerung in sich auf⁸⁰. Das bedeutet: Wir kommen zum Tatbestandsmerkmal der Einkünfteerzielungsabsicht erst dann, wenn der Steuerpflichtige den objektiven Tatbestand erfüllt hat – und dies wiederum setzt voraus, dass seine Tätigkeit über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht (§ 14 Satz 1 AO). Auch diejenigen, die typologisch argumentieren und die den Inhalt der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 2 EStG am Bild des Gewerbebetriebs messen, können in der Veräußerungsabsicht allenfalls ein Anzeichen sehen, das diesen Typus kennzeichnet⁸¹.

77 So etwa *H. Weber-Grellet*, Urteilsanmerkung, in FR 2003, 301; *ders.* in Schmidt, EStG, 25. Aufl., § 15 Rz. 50.

78 Unklar *H.M. Anzinger*, Anscheinsbeweis (2006), S. 320, der die bedingte Veräußerungsabsicht als subjektives Tatsachenmerkmal (also nicht als Tatbestandsmerkmal) bezeichnet, auf das dann Beweiszeichen wie – in Ausnahmefällen – der Anscheinsbeweis hindeuten sollen.

79 Grundlegend BFH, Beschl. v. 25.6.1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl. II 1984, 751.

80 Vgl. dazu *H.J. Pezzer*, Vermietung und Verpachtung – eine strukturell defizitäre Einkunftsart, in *K. Tipke/H. Söhn* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für C. Trzaskalik, 2005, S. 239, 242 ff.; *B. Heuermann*, Einkünfteerzielungsabsicht bei Vermietung und Verpachtung, *StuW* 2003, 101 ff.

81 Im Sinne von BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats) Beschl. v. 20.5.1996 1 BvR 2/96, *NJW* 1996, 2644.

bb) Das Paradoxon der bedingten Veräußerungsabsicht

Ist die Veräußerungsabsicht kein Tatbestandsmerkmal der Steuernorm, so kann sie als **Anzeichen** fungieren, bei dessen Vorliegen von einer gewerblichen Tätigkeit auszugehen ist. Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Erwerb/Errichtung und Verkauf (z. B. fünf Jahre) spricht dafür, dass das Grundstück bereits in der Absicht der Veräußerung erworben wurde⁸². Und – so müsste man ergänzen – handelt der Steuerpflichtige in Veräußerungsabsicht, kommt es ihm auf die Ausnutzung seines Vermögenswerts durch Umschichtung an. Die Veräußerungsabsicht ist sozusagen ein **vermittelndes Indiz** und zugleich eine innere Tatsache, auf dessen Vorliegen selbst nur durch objektive Merkmale geschlossen werden kann. Der Steuerpflichtige müsste diese Veräußerungsabsicht widerlegen können, indem er unter Beweis stellt, dass er gar nicht verkaufen, sondern sein Grundstück bloß nutzen wollte.

Gelingt es, dadurch die Indizwirkung der Veräußerungsabsicht zu erschüttern? Es wird dem Steuerpflichtigen nach der Rechtsprechung kaum gelingen; denn sie nimmt die Indizfunktion ihres Haupt-Abgrenzungsmerkmals nicht ernst – ja, sie konterkariert die Funktion der Veräußerungsabsicht sogar, und zwar durch die Erfindung der sog. *bedingten* Veräußerungsabsicht. Welche Funktion dieser Absicht zukommt, ist (noch) nicht klar, insb. nicht, welche Bedingungen denn bedeutsam sein sollen. Handelt es sich möglicherweise nur um einen Trick, die Bedeutung der Veräußerungsabsicht zu relativieren, dann könnten wir die Rechtsanwendung auf ein paradoxes Phänomen reduzieren: **Die Veräußerungsabsicht ist entscheidend, aber zugleich unerheblich.** Folgen wir doch zunächst der Rechtsprechung: Danach sind konkrete Veräußerungsmotive als Gegenstand eines „Gegenbeweises“ für die aus der Drei-Objekt-Grenze gefolgerte anfängliche Veräußerungsabsicht prinzipiell unerheblich. Sie sollen nämlich im Allgemeinen nichts darüber aussagen, ob der Steuerpflichtige nicht aus anderen Gründen zum Verkauf bereit gewesen „wäre“ und insoweit von Anfang an eine zumindest bedingte Veräußerungsabsicht bestanden hat⁸³. Es soll deshalb z. B. nicht darauf ankommen, dass der Verkauf auf Finanzierungsschwierigkeiten, Strafverfolgung wegen überhöhter Mietforderungen, unvorhergesehenen Finanzierungsbedarf, schlechte Vermietbarkeit der Wohnung, negative Entwicklungen der Vermietungssituation auf dem Wohnungsmarkt, die nachträgliche Entdeckung von Baumängeln zurückzuführen

82 Ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urt. v. 16.4.1991 VIII R 74/87, BFHE 164, 347, BStBl. II 1991, 844.

83 Einhellige Rechtsprechung, s. BFH, Urt. v. 5.6.2003 III R 10/02, BFHE 202, 331, BStBl. II 2003, 714; v. 5.5.2004 XI R 25/03, BFH/NV 2004, 1399; v. 27.4.2004 X R 28/02, BFH/NV 2004, 1287 und (erstmalig eingeführt) im Urteil v. 23.10.1987 III R 275/83, BFHE 151, 399, BStBl. II 1988, 293.

war⁸⁴. So gesehen ist die bedingte Veräußerungsabsicht keine Tatsache, sondern – wie sich aus der Definition nach der ständigen Rechtsprechung im Konjunktiv ergibt – eine Fiktion und damit die Bewertung eines nur möglichen Sachverhalts. Was möglich ist, ist auch anders möglich. Damit hebt die Rechtsprechung die Bedeutung des Abgrenzungsmerkmals selbst wieder auf. So gerinnt die Drei-Objekt-Grenze faktisch doch zu einer abstrakt-generellen Regel.

Aber nicht genug damit: Der Große Senat hat in seinem Beschluss vom 10.12.2001⁸⁵ der bedingten Veräußerungsabsicht als Differenzierungskriterium den Todesstoß versetzt; denn wenn der BFH dort ausführt, eine bedingte Veräußerungsabsicht bestünde „im Grunde stets“⁸⁶, so ist dieses Merkmal zur Abgrenzung zwischen Handel und Vermögensverwaltung schlechthin ungeeignet. Es ist deshalb eine richtige Kennzeichnung der Situation, wenn *H. Weber-Grellet* konstatiert, das Merkmal des Erwerbs in bedingter Veräußerungsabsicht sei obsolet⁸⁷. In der Tat haben neben Gewerbetreibenden häufig auch private Vermögensverwalter bereits zum Erwerbszeitpunkt eine zumindest bedingte Absicht zur alsbaldigen Veräußerung⁸⁸. Schon nach Auffassung des RFH widerspricht es dem Begriff der Vermögensverwaltung nicht, „wenn bereits beim Erwerbe der Gegenstände die spätere Möglichkeit günstiger Wiederveräußerung berücksichtigt wird“⁸⁹.

*cc) Die Unergiebigkeit der Drei-Objekt-Grenze
für die Veräußerungsabsicht*

Auch dann, wenn wir von der anfänglich (bedingten) Veräußerungsabsicht als Abgrenzungsmerkmal ausgehen, ist fraglich, ob man in der Tat aus der Anzahl der veräußerten Objekte auf ihr Vorliegen schließen könnte. Der zeitliche Zusammenhang soll ja zusammen mit der Zahl der Objekte als äußerlich erkennbare Merkmale Beweisanzeichen für eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sein⁹⁰. Doch fragen wir uns ganz schlicht:

84 Vgl. dazu die Beispiele, die zusammenfassend im BFH, Urt. v. 16.10.2002 X R 74/99, BFHE 200, 380, BStBl. II 2003, 245 unter II. 1. d) der Gründe aufgezählt werden.

85 BFH, Beschl. v. 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291.

86 So der Große Senat in BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291, unter C. III. 5. seiner Gründe.

87 *H. Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 25. Aufl. 2006, § 15 Rz. 53; ihm folgend *D. Gosch*, Neues zum gewerblichen Grundstückshandel, StBp 2003, 123, 125; *J. Bloeks*, Die Abgrenzung privater Vermögensverwaltung von gewerblichen Grundstücksgeschäften, BB 2002, 1068, 1069.

88 So *J. Bloeks*, Die Abgrenzung privater Vermögensverwaltung von gewerblichen Grundstücksgeschäften, BB 2002, 1068, 1069.

89 RFH, Bescheid und Urt. v. 28.11.1928/6.2.1929 VI A 1523, StuW 1929, Spalte 634 (Entscheidung Nr. 347).

90 BFH-Beschluss, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291 unter C. III. 5. der Gründe; BFH-Beschluss v. 8.11.2006 X B 183/05, BFH/NV 2007, 232.

Wie soll das vor sich gehen? Welche Aussage kann der Verkauf eines Objekts zu der subjektiven Befindlichkeit beim Erwerb der vorherigen Objekte enthalten? *Nehmen* wir einen ganz normalen Fall aus dem Bereich der sog. Durchhandelsfälle: A verkauft im zeitlichen Zusammenhang mit dem Erwerb seine vierte vermietete Eigentumswohnung. Hier kann man sicherlich auf die schon beim Erwerb bestehende Veräußerungsabsicht bezüglich dieses verkauften Objekts schließen, aber auch bei den anderen drei Objekten? Diese Frage wird man wohl nur bejahen können, wenn man einen alle Objekte umfassenden „*Gesamtplan*“ annimmt. Etwas vorsichtiger und das Problem erkennend arbeiten einige BFH-Urteile mit einem einheitlichen Betätigungswillen⁹¹; denn die Gesamtplanrechtsprechung passt hier nicht. Auch wenn man die Grundsätze vom Gesamtplan nicht auf missbräuchliche Gestaltungen im Sinne von gegenläufige Rechtsakte reduziert, setzen sie doch voraus, dass der Steuerpflichtige ein Gesamtziel verfolgt, die Zielrichtung aber nicht in einem Schritt, sondern allein aus steuerlichen Gründen in Teilschritten zu erreichen sucht⁹². Diese Situation liegt beim Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze nicht vor. Abgesehen davon, dass die Verkäufe keine Teilschritte hin zu einem übergeordneten Gesamtziel bilden, wäre bereits bei dem Verkauf des ersten Objekts der Umschlag aller weiteren geplant. Bei einer so gegebenen unbedingten Veräußerungsabsicht ist nach der Rechtsprechung die Drei-Objekt-Grenze ohnehin nicht einschlägig.

Auch die Anzahl der Objekte *an sich* sagt über die Absicht des Steuerpflichtigen bei der Anschaffung des Grundstücks oder Herstellung des Gebäudes nichts aus. Es gibt deshalb keinen Grund, an dem Erfordernis einer *bedingten* Veräußerungsabsicht festzuhalten. Was können wir also tun? Wir dekonstruieren die bedingte Veräußerungsabsicht.

dd) Die Bedeutung der Veräußerungsabsicht als Indiz

Die Eliminierung des Merkmals der bedingten Veräußerungsabsicht hat drei denkbare Folgen: Entweder stellt man

- nur noch auf die (unbedingte) anfängliche Veräußerungsabsicht ab oder
- man geht zu einer Abgrenzung ohne Zwischenschaltung der Veräußerungsabsicht über oder
- man stuft die Veräußerungsabsicht zu einem Indiz unter anderen herunter.

Fordert man in allen Fällen die unbedingte und anfängliche Veräußerungsabsicht, könnte allenfalls der zeitliche Zusammenhang noch als Anzeichen

⁹¹ Vgl. BFH, Urt. v. 25.6.1985 VIII R 14/84, BFH/NV 1985, 73.

⁹² Vgl. dazu BFH, Urt. v. 27.10.2005 IX R 76/03, BFHE 212, 360, BStBl. II 2006, 359; Förster/Schmidtmann, Die Gesamtplanrechtsprechung im Steuerrecht, StuW 2003, 114 ff.; W. Spindler, Der Gesamtplan in der Rechtsprechung des BFH, DStR 2005, 1 ff.

gewertet werden, nicht aber die Drei-Objekt-Grenze. Überdies geriete die Veräußerungsabsicht in die Nähe eines subjektiven Tatbestandsmerkmals, das sie aber nicht ist⁹³. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG kommt es bei einer Indizienprüfung aber auf alle Umstände an; entscheidend ist eben das Gesamtbild⁹⁴. Deshalb dürfte der dritte Ansatz vorzugswürdig sein, der objektiv und subjektiv kennzeichnende Momente miteinander verbindet. Denn für die Abgrenzung hat die Veräußerungsabsicht nach wie vor – als Indiz – Bedeutung: Die spezifischen Zwecke des Steuerpflichtigen, die den Sachverhalt prägen, können oft erst zusammen mit anderen objektiven Kriterien deutlich werden. So sagt z. B. die Errichtung eines Gebäudekomplexes allein nichts darüber aus, ob dieser z. B. durch Vermietung genutzt werden, oder nach Fertigstellung veräußert werden soll. Wird hier die Veräußerungsabsicht schon bei Errichtung klar dokumentiert, fällt die Tätigkeit aus der Vermögensverwaltung heraus und der Steuerpflichtige kann schon während der Errichtung die Schuldzinsen geltend machen. Ganz allgemein bestimmt der Erwerber bei der Anschaffung den Zweck des Wirtschaftsguts, d. h. in welcher Weise es genutzt werden soll (vgl. „um ... zu“ in § 255 Abs. 1 HGB) und damit auch, dass das Wirtschaftsgut zur Erzielung von Einkünften im Rahmen einer bestimmten Einkunftsart genutzt wird⁹⁵. Wird dieser Zweck aber nicht bereits bei der Anschaffung oder Herstellung⁹⁶ bestimmt, sondern erst später, kann er u. U. nur aufgrund von objektiven Beweisanzeichen bestimmt werden. Jedenfalls ist das subjektive Tatbestandsmerkmal in § 255 Abs. 1 HGB, die Zweckbestimmung, im Rahmen des § 15 Abs. 2 EStG und des § 14 Satz 3 AO bloß ein Indiz unter mehreren. Wenn die Veräußerungsabsicht aber nur ein Indiz ist, sind wir nicht mehr gezwungen, die objektiven Indizien auf ihre Ergiebigkeit im Hinblick auf eine bestehende anfängliche Veräußerungsabsicht hin zu prüfen. So müssen wir aus dem Umstand, dass ein Steuerpflichtiger im zeitlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen Erwerb vier Objekte veräußert, nicht folgern, er habe dies auch anfänglich tun wollen. Vielmehr benötigen wir bei ergiebigen objektiven Anzeichen den Rekurs auf das subjektive Indiz nicht, sondern können direkt auf das gesetzliche Tatbestandsmerkmal, das Überschreiten des Rahmens der Vermögensverwaltung schließen.

93 In diese Gefahr gerät auch der Gedanke *H.M. Anzingers's* (in Anscheinsbeweis, 2006, S. 312 ff. und passim), die gesamte Abgrenzungsproblematik auf die Prüfung der anfänglichen bedingten Veräußerungsabsicht zu reduzieren.

94 Siehe BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), Beschl. v. 20.5.1996 1 BvR 21/96, NJW 1996, 2644, und BVerfG (1. Kammer des 2. Senats) v. 7.11.1995 2 BvR 802/90, BStBl. II 1996, 34 („Oderkonto-Entscheidung“).

95 BFH, Urt. v. 12.9.2001 IX R 52/00, BFHE 198, 85, BStBl. II 2003, 574 und v. 12.2.1985 IX R 114/83, BFHE 143, 431, BStBl. II 1985, 690.

96 Auch für Herstellungskosten ist – wie bei Anschaffungskosten – die Zweckbestimmung des Steuerpflichtigen entscheidend, vgl. BFH, Urt. v. 25.1.2006 I R 58/04, BFHE 213, 291, BStBl. II 2006, 707.

6. Die Merkmale der Rechtsprechung als Indizien auf der Basis einer Interpretation des Gesetzes sowie der Fruchtziehungsformel

a) Funktion und Begründung der Indizien

Versuchen wir also, die Abgrenzung ohne ausschließlichen Bezug auf die Veräußerungsabsicht vorzunehmen. Die von der Rechtsprechung entwickelten Momente, insb. die Drei-Objekt-Grenze und der zeitliche Zusammenhang, sind – wie der Große Senat des BFH – formuliert –⁹⁷ als Beweisanzeichen dafür geeignet, dass „die Tätigkeit die Grenze zur Gewerblichkeit überschritten hat“. Diese Merkmale können dem Gesetz selbst nicht entnommen werden. Eine teleologische Auslegung der Tatbestände der § 15 Abs. 2 EStG und § 14 Satz 3 AO ergibt allerdings, dass die gewerbliche Tätigkeit als nachhaltige sich grundsätzlich auf Wiederholung ausrichtet. Dieses Gesetzesverständnis kommt in der Fruchtziehungsformel zum Ausdruck, indem dort darauf abgestellt wird, ob die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung in den Vordergrund tritt. Damit verwendet diese Formel einen komparativen Begriff, der einen Übergang kennzeichnet und der nicht unmittelbar angewandt werden kann. Denn wir stehen nicht vor der Frage, ob der Steuerpflichtige mehr oder weniger vermögensverwaltend tätig ist, sondern vor der, ob er vermögensverwaltend oder gewerblich tätig ist. Deshalb sind wir genötigt, wie es *G. Radbruch* ausdrückte, in die fließenden Übergänge des Lebens scharfe Schnitte zu legen⁹⁸. Wir müssen aus komparativen Begriffen wieder qualitative ableiten.

Eine Konstante einzuziehen gelingt uns mit der Drei-Objekt-Grenze. Wir beziehen sie aus dem Sachverhalt, wonach davon auszugehen ist, dass derjenige, der im zeitlichen Zusammenhang mehrere Objekte kauft und verkauft, seine Tätigkeit auf Warenumsatz gerichtet ist. Dies ist kein Dezisionismus. Vielmehr hat die Drei-Objekt-Grenze die Funktion eines Grenzwertes, eines Mindestgrades für die Erfüllung des (komparativen) Begriffs, den wir uns sozusagen induktiv erschließen. Der Verkauf von vier Objekten überschreitet diesen Grenzwert und lässt den Schluss auf eine Umschichtungstätigkeit zu.

Keine andere Funktion hat die anfängliche Veräußerungsabsicht. Auch sie wirkt sich – wie wir gesehen haben – nur indiziell aus. Bestimmt der Steuerpflichtige – nach außen hin eindeutig objektiv dokumentiert – schon bei der Anschaffung (§ 255 Abs. 1 Satz 1 HGB) oder bei der Errichtung eines Bauwerks den Zweck der Veräußerung und **stimmt das Verhalten damit über-**

97 BFH, Beschl. v. 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291 unter C. III. 4.; vgl. zur Abgrenzung BFH-Urteil v. 26.7.2006 X R 41/04, BFH/NV 2007, 21: Keine Bedeutung der Drei-Objekt-Grenze für die Bestimmung des Umfangs des Betriebsvermögens eines gewerblichen Grundstückshändlers.

98 *G. Radbruch*, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1938, S. 46 ff., S. 49 f.

ein⁹⁹, so geht er bereits in diesem Zeitpunkt über den Rahmen der Vermögensverwaltung hinaus. Denn eine Nutzung des Grundstücks i. S. v. § 14 Satz 3 AO ist nicht bezweckt. Diese Indizwirkung ist so stark, dass sie es allein rechtfertigt, auf eine umschichtende Tätigkeit des Steuerpflichtigen zu schließen.

Wir kommen auf diese Weise zu ähnlichen Ergebnissen wie die Rechtsprechung, was nicht weiter verwunderlich ist, weil sie zwar regelmäßig eine Veräußerungsabsicht für erforderlich hält, diese aber andererseits als alleiniges Abgrenzungsmerkmal nicht ernst nimmt.

b) Systematisierung der Fallgruppen

Wenn wir die Fallgruppen aufgrund der Entscheidung des Großen Senats vom 10.12.2001 GrS 1/98 (BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291) systematisieren, so können wir die Fälle, in denen der Steuerpflichtige von vornherein mit unbedingter Veräußerungsabsicht handelt und sich tatsächlich so verhält von denen unterscheiden, wo dies nicht der Fall ist. Nur in der zweiten Fallgruppe kommt es auf die objektiven Beweisanzeichen und insb. auf die Drei-Objekt-Grenze an. Diese Systematisierung folgt genau dem komparativen Gesetz, von dem wir bereits gehört haben¹⁰⁰; denn auch die Anzeichen, die für oder gegen einen Grenzübertritt hin zur Gewerblichkeit sprechen, sind abstufbare Merkmale.

aa) Steuerpflichtiger handelt in unbedingter Veräußerungsabsicht und verhält sich tatsächlich so

In diesen Fällen bedarf es der Drei-Objekt-Grenze und weiterer objektiver Anzeichen nicht¹⁰¹. Hier steht fest, dass der Steuerpflichtige das erworbene oder errichtete Gebäude nicht i. S. v. § 14 Satz 3 AO nutzen will. Auch wenn diese unbedingte Absicht beim Erwerb des Grundstücks noch nicht vorhanden war, der Steuerpflichtige etwa zunächst erworben hatte, den Grundbesitz im Wege der Vermietung oder Verpachtung zu nutzen, so überschreitet er die Grenze zwischen privater Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb, wenn er das verkaufte Grundstück für den Erwerber bebaut und damit einen Vermögensgegenstand anderer Marktgängigkeit schafft. Dadurch wird das

⁹⁹ Dies ist wohl das entscheidende Moment, vgl. BFH, Urt. v. 14.12.2004 IX R 1/04, BFHE 208, 235, BStBl. II 2005, 211, denn das Gesetz besteuert keine Absichten, sondern gewerbliche Veräußerungen. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, zu untersuchen, welche Handlungen als Veräußerungen anzusehen sind, vgl. dazu *H. Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 25. Aufl., § 15 Rz. 56 ff. m. w. N.

¹⁰⁰ Vgl. dazu oben unter III. 1.

¹⁰¹ BFH, Urt. v. 18.9.2002 X R 183/96, BFHE 200, 293, BStBl. II 2003, 238; v. 9.12.2002 VIII R 40/01, BFHE 201, 180, BStBl. II 2003, 294 und v. 1.12.2005 IV R 65/04, BFHE 212, 106, BStBl. II 2006, 259.

Grundstück zum gewerblichen Umlaufvermögen¹⁰². So hatte dies auch schon der Große Senat gesehen und eine Ausnahme von der Drei-Objekt-Grenze erwogen, wenn die Veräußerung bereits vor der Bebauung vollzogen wurde. Dies zwingt zu der logischen Folgerung, dass bei der Bebauung die Absicht der alsbaldigen Veräußerung bestanden hat. Zwar behandelt auch § 23 Abs. 1 Nr. 3 EStG diesen Fall als privates Veräußerungsgeschäft. Indes kann man daraus nicht folgern, es handele sich um private Vermögensverwaltung. Die Fälle des § 23 Abs. 1 Nr. 3 EStG gehen allesamt über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinaus. Ob sie allerdings als gewerblich zu qualifizieren und deshalb der vorrangigen Einkunftsart (vgl. § 23 Abs. 2 EStG) gem. §§ 15, 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG zuzuordnen sind, richtet sich nach dem Tatbestandsmerkmal der Nachhaltigkeit¹⁰³.

Auf die schon bei Errichtung bestehende Absicht der alsbaldigen Veräußerung kann auch geschlossen werden, wenn der Steuerpflichtige auf Rechnung oder nach den Wünschen des späteren Erwerbers baut. Hier sprechen objektive Indizien (Bebauung nach Plänen des Erwerbers) für das subjektive Indiz (Veräußerungsabsicht). Konkret nimmt die Rechtsprechung eine unbedingte Veräußerungsabsicht regelmäßig an, wenn der Erwerber die Grundstücke jeweils unmittelbar nach Ankauf bebaut und sodann veräußert¹⁰⁴. Dafür spricht auch, wenn der Steuerpflichtige das Bauvorhaben nur kurzfristig finanziert, bereits während der Bauzeit eine Maklerfirma mit dem Verkauf des Objekts beauftragt oder selbst Veräußerungsannoncen schaltet, vor Fertigstellung des Objekts einen Vorvertrag mit dem künftigen Erwerber schließt oder Gewährleistungspflichten über das bei Privatverkäufen übliche Maß hinaus übernimmt¹⁰⁵. Umso mehr gilt dies natürlich dann, wenn der Steuerpflichtige die unbedingte Veräußerungsabsicht zweifelsfrei bekundet oder in sonstiger Weise dokumentiert¹⁰⁶.

bb) Qualitätssprung zur Gewerblichkeit aufgrund objektiver Anzeichen

Ist bei Anschaffung oder Herstellung des Objekts keine unbedingte Veräußerungsabsicht als Indiz heranzuziehen oder ist diese Absicht als Anzeichen nicht – allein – ergiebig, weil das tatsächliche Verhalten des Steuerpflichtigen dem nicht ohne Weiteres entspricht, kommt es entscheidend auf objektive Anhaltspunkte an. Hier steht die Drei-Objekt-Grenze in vorderster Linie und viele Probleme der Rechtsprechung kreisen um die Fragen, was ein Objekt ist und wem es – insb. bei Beteiligungen – zugerechnet wer-

102 BFH, Urt. v. 1.12.2005 IV R 65/04, BFHE 212, 106, BStBl. II 2006, 259; Beschluss v. 6.3.2007 IV B 118/06, juris.

103 So zutreffend *M. Kempermann*, Urteilsanmerkung, FR 2003, 247.

104 BFH, Urt. v. 18.9.2002 X R 5/00, BFHE 200, 512, BStBl. II 2003, 286.

105 Vgl. auch die Aufzählung einzelner Indizien im BMF, Schr. v. 26.3.2004 IV A 6 – S 2240–46/04, BStBl. I 2004, 434, Rz. 28.

106 BFH, Urt. v. 18.9.2002 X R 183/96, BFHE 200, 293, BStBl. II 2003, 238.

den muss (vgl. dazu 7). Weil auch die Anzahl der veräußerten Objekte lediglich indiziell wirkt, ist die Drei-Objekt-Grenze keine Freigrenze. Zu Recht öffnet der Beschluss des Großen Senats vom 10.12.2001 GrS 1/98 (BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291) deshalb das Fenster zu einer bloßen Vermögensverwaltung auch dann, wenn mehr als drei Objekte veräußert werden. Dazu müssen aber die Umstände des Einzelfalls „gewichtig“ sein. Eine Zuordnung zur privaten Vermögensverwaltung kommt in Betracht, wenn der Erwerb eindeutig privat veranlasst ist und aufgrund der vorliegenden objektiven Tatsachen klar von den betrieblich veranlassten Immobiliengeschäften zu unterscheiden ist, wie z. B. bei einer Nutzung der Immobilie zu *eigenen Wohnzwecken* oder deren *langfristiger Vermietung*¹⁰⁷. Welche Motive im konkreten Fall für die Veräußerung maßgeblich waren, ist mit der ständigen Rechtsprechung unerheblich und dann, wenn man – wie hier – nicht auf eine bedingte Veräußerungsabsicht abstellt, erst Recht. Auf Anlass oder Beweggrund eines Kaufs kommt es schon deshalb nicht an, weil es auch nicht auf die konkrete (anfängliche) Veräußerungsabsicht ankommt. Ist diese kein Tatbestandsmerkmal, kann sie nur als Indiz gewürdigt werden. Sind aber bereits objektive Anzeichen vorhanden, die den Schluss auf eine gewerbliche Tätigkeit rechtfertigen, bedarf es eines Rekurses auf die Veräußerungsabsicht nicht. Im Gegenteil: Erst das Fehlen konkreter Veräußerungsmotive bei Erwerb oder Errichtung des Objekts ermöglichte ja ein Abstellen auf objektive Merkmale. Sie können deshalb nicht durch subjektive Aspekte wieder in Frage gestellt werden. Die Drei-Objekt-Grenze wirkt sich *in der Zeit* aus. Ihr überschreiten impliziert eine abweichende Würdigung der bisherigen Veräußerung¹⁰⁸. Hält man die Veräußerungsabsicht nicht für maßgebend, kommt man auch *verfahrensrechtlich zu einem rückwirkenden Ereignis* i. S. des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO¹⁰⁹.

7. Die Frage nach dem Objekt

Nach den indiziellen Wirkungen der subjektiven und objektiven Merkmale richtet sich auch, welches Grundstück als Objekt zählt. Objekte sind prinzipiell Grundstücke jeglicher Art. Auf die Größe, den Wert oder die Nutzungsart kommt es nicht an¹¹⁰. Nicht mit einzubeziehen sind z. B. zu eigenen Wohnzwecken genutzte Grundstücke. Zwei Probleme sollen in diesem

107 BFH, Urt. v. 12.12.2002 III R 20/01, BFHE 200, 388, BStBl. II 2003, 297; vgl. zusammenfassend auch BMF, Schr. v. 26.3.2004 IV A 6 – S 2240–46/04, BStBl. I 2004, 434, Rz. 30.

108 BFH-Urteil v. 20.4.2006 III R 1/05, BFHE 214, 31, BFH/NV 2007, 138.

109 B. Heuermann, StBp 2007, 31; a. A. B. Paus, DStZ 2007, 220.

110 Vgl. zur Frage des Objekts eingehend H. Weber-Grellet in Schmidt, EStG, 25. Aufl., § 15 Rz. 55 m.w.N., aus der Rechtsprechung: BMF, Schr. v. 26.3.2004 IV A 6 – S 2240–46/04, BStBl. I 2004, 434, Rz. 8 ff.; kritisch dazu K. Tiedtke/E. Wälzholz, Gewerblicher Grundstückshandel bei Mehrfamilienhäusern und bei Erwerb durch Erbfall, ZEV 2000, 428.

Zusammenhang dargestellt werden, und zwar, ob das Objekt mit einer wirtschaftlichen Einheit identisch ist und auf welcher Ebene bei Gesellschaftsbeteiligungen über die Frage nach dem Objekt entschieden wird.

a) Erster Widerstreit: Objekt als wirtschaftliche Einheit?

Eine Divergenz zwischen zwei BFH-Senaten besteht darüber, ob bei der Bestimmung eines Objekts auf eine wirtschaftliche Einheit i. S. v. § 2 BewG abgestellt werden kann. In dem Fall, welcher der Entscheidung des X. Senats¹¹¹ zugrunde lag, ging es – soweit ich ihn richtig verstehe – um den (Zähl-)Objektcharakter aneinander grenzender Mehrfamilienhäuser, die grundbuchmäßig auf einem Grundbuchblatt stehen. Hierbei handele es sich um gesonderte wirtschaftliche Einheiten, die damit *nicht* zu einem einzigen Objekt werden können. Diese Entscheidung ist nun der Gipfelpunkt der typologischen Argumentation, führt sie doch auch auf der Ebene der Indizien typologische Betrachtungen ein, indem sie auf den Typusbegriff der wirtschaftlichen Einheiten abhebt. Machen wir uns klar: Die Anzahl der Objekte soll ein Anzeichen dafür sein, ob das Handeln des Steuerpflichtigen den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung verlassen hat. Nach Auffassung des X. Senats wird nun auch die Frage des Objekts typologisch beantwortet. Der Typus als Anzeichen für den Typus. Kommt es aber überhaupt auf wirtschaftliche Einheiten an?

Die wirtschaftliche Einheit i. S. v. § 2 BewG wird gebildet aus mehreren Wirtschaftsgütern (vgl. besonders § 2 Abs. 1 Satz 4 BewG, wonach die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der einzelnen Wirtschaftsgüter zu berücksichtigen ist). Aber auf Wirtschaftsgüter kann im gewerblichen Grundstückshandel nicht abgestellt werden. Denn ein Wirtschaftsgut kann, muss aber nicht als solches übertragen werden können. So kann ein bebautes Grundstück je nach Nutzungsart aus mehreren Wirtschaftsgütern bestehen, wenn Gebäudeteile ggü. dem Restgebäude in einem gesonderten Nutzungs- und Funktionszusammenhang stehen (eigen- oder fremdbetrieblichen Zwecken sowie eigenen oder fremden Wohnzwecken dienende Gebäudeteile)¹¹². Das ändert aber nichts daran, dass der Gegenstand einer Veräußerung nicht die einzelnen Wirtschaftsgüter sind, sondern ausschließlich das Grundstück ist. Deshalb kann auch nicht auf § 2 BewG abgestellt werden; denn auf die Wertung, ob und unter welchen Voraussetzungen mehrere Wirtschaftsgüter zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefasst werden können, ist für die hier allein entscheidende Frage der Veräußerbarkeit unerheblich¹¹³. So ist demnach dem IX. Senat des BFH zu folgen, wonach auf zivilrechtliche

111 BFH, Urt. v. 3.8.2004 X R 40/03, BFHE 207, 213, BStBl. II 2005, 35.

112 BFH, Beschl. v. 26.11.1973 GrS 5/71, BFHE 111, 242, BStBl. II 1974, 132; vgl. auch BFH, Urt. v. 9.6.2005 IX R 30/04, BFH/NV 2005, 1795.

113 So auch G. Söffing, Gewerblicher Grundstückshandel – Häuserzeilen und Straßenzüge, DStR 2005, 1930.

Voraussetzungen abgestellt werden muss, damit selbständig veräußerbare Wirtschaftsgüter entstehen¹¹⁴. In dem Fall ging es um zwei jeweils als Mehrfamilienhäuser genutzte Doppelhaushälften auf einem Grundstück, die das FA je für sich als wirtschaftliche Einheiten i. S. v. § 2 BewG bewertet hat. Dies hält der IX. Senat entgegen dem X. Senats für unerheblich; denn maßgeblich ist nur die Veräußerbarkeit. Vor der Teilung des Grundstücks sind keine selbständig nach § 873 BGB veräußerbare Grundstücke entstanden.

b) Zweiter Widerstreit: Abschirmwirkung einer Beteiligung?

Beteiligt sich ein Steuerpflichtiger an einer Grundstückspersonengesellschaft, so werden ihm deren Aktivitäten zugerechnet und zwar unabhängig davon, ob die Personengesellschaft gewerblich oder lediglich vermögensverwaltend tätig ist. Betreibt die Personengesellschaft selbst einen gewerblichen Grundstückshandel, sind deren Grundstücksveräußerungen bei der Prüfung, ob auch der Gesellschafter einen solchen betreibt, als Objekte mitzuzählen¹¹⁵. Zwar gilt hier nicht § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO, der durch § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG verdrängt wird¹¹⁶. Der Große Senat beruft sich in seinem Beschluss vom 3.7.1995 GrS 1/93 (BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, 617) indes auf den Gedanken der „Vielheit der Gesellschaft“. Weil auch bei einer Personengesellschaft unbeschadet ihrer sog. partiellen Steuerrechtsfähigkeit allein der Gesellschafter als natürliche Person i. S. v. § 1 EStG einkommensteuerpflichtig ist, muss der Grundsatz der Einheit der Personengesellschaft ggü. dem Gedanken der Vielheit der Gesellschaft zurücktreten, wenn anders eine sachlich zutreffende Besteuerung des Gesellschafters nicht möglich wäre und sie wäre nicht möglich, wenn auf der Ebene der Gesellschaft/Gemeinschaft der Ausschnitt der Gesamtaktivität, der die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes erfüllt, steuerrechtlich nicht von Bedeutung ist. Im Prinzip ist das nichts anderes als die Intention des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO; denn diese Vorschrift mit ihrer anteiligen Zurechnung gilt ja nur, „soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist“. Genau besehen nimmt der Große Senat auf diese Weise den Vorrang des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG insoweit zurück, was ja folgerichtig ist; denn die Verdrängung der allgemeinen Zuordnungsvorschrift durch § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG ist Ausdruck des Einheitsgedankens. Wo aber das Prinzip der Vielheit gilt, gilt auch § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO. Auf diesem Gedanken beruht letztlich auch, die Veräußerung des Geschäftsanteils nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO als anteilige Übertragung so vieler Objekte zu werten, wie sich im Gesamthandseigentum der Personengesellschaft befindet¹¹⁷. Ebenso nach der sog. Bruchteilsbetrachtung des § 39

114 BFH, Urt. v. 14.10.2003 IX R 56/99, BFHE 204, 93, BStBl. II 2004, 227.

115 BFH, Beschl. v. 3.7.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, 617; vgl. zur Abgrenzung (Eigengeschäfte des Gesellschafters) auch BFH-Beschluss v. 12.10.2006 X B 165/05, BFH/NV 2007, 42.

116 BFH, Beschl. v. 25.2.1991 GrS 7/89, BFHE 163, 1, BStBl. II 1991, 691.

117 BFH, Urt. v. 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl. II 2003, 250.

Abs. 2 Nr. 2 AO¹¹⁸ werden die Aktivitäten einer vermögensverwaltenden Gesellschaft den Gesellschaftern anteilig zugerechnet¹¹⁹.

Herrscht über diese Grundsätze bei der Personengesellschaft im Ergebnis Einigkeit, wird umso kontroverser die Frage des Durchgriffs diskutiert, wenn sich der Steuerpflichtige an einer Kapitalgesellschaft beteiligt. Auch hier sind die Auffassungen innerhalb der Senate des BFH geteilt. Während der III. Senat des BFH einen unmittelbaren Durchgriff durch die Kapitalgesellschaft nur unter den Voraussetzungen des § 42 AO für zulässig hält¹²⁰, geht namentlich der X. Senat des BFH weiter und erwägt eine Verflechtung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten wie bei der Konzernbesteuerung¹²¹ oder einen Durchgriff unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Tatherrschaft¹²². Auch im Schrifttum sind die Auffassungen geteilt¹²³. Bei der Drei-Objekt-Grenze geht es darum, aus der Zahl der vom Steuerpflichtigen durchgeführten Grundstücksgeschäfte auf einen Qualitätssprung hin zu einer gewerblichen Tätigkeit zu schließen¹²⁴. Ob der Steuerpflichtige den Rahmen einer Vermögensverwaltung verlassen hat, kann sich nur aus einer Beurteilung seiner Tätigkeiten ergeben. Ob eine Kapitalgesellschaft, an der er beherrschend beteiligt ist, Grundstücksgeschäfte unternimmt, ist unmaßgeblich. Denn sie ist eigenständiges Steuerrechtssubjekt (§ 1 KStG) mit einer eigenen steuerrechtlichen Leistungsfähigkeit. Eine einen „Durchgriff“ gestattende Zurechnungsvorschrift wie § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO besteht nicht. Deshalb ist dem III. Senat des BFH zu folgen: Wo § 42 AO keine abweichende Zurechnung gestattet, fehlt für einen Durchgriff die Rechtsgrundlage. Die „Tatherrschaft“ eines beherrschenden Gesellschafters kann ebenso wenig wie eine „Gesamtbildbetrachtung“ den fehlenden Rechtsgrund erset-

118 Vgl. dazu eingehend *R. Wacker*, Vermögensverwaltende Gesamthand und Bruchteilsbetrachtung – eine Zwischenbilanz, DStR 2005, 2014 ff.

119 Vgl. BMF, Schr. v. 26.3.2004 IV A 6 – S 2240–46/04, BStBl. I 2004, 434, Tz. 15 und 17.

120 BFH, Urt. v. 18.3.2004 III R 25/02, BFHE 205, 470, BStBl. II 2004, 787.

121 BFH, Urt. v. 3.8.2004 X R 40/03, BFHE 207, 213, BStBl. II 2005, 35 unter II. 6; vgl. zur Abgrenzung BFH-Urteil v. 26.9.2006 X R 27/03, BFH/NV 2007, 412; Keine Zurechnung bei Anteil von 25 v. H.

122 BFH, Urt. v. 15.3.2005 X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl. II 2005, 817.

123 Für einen Durchgriff haben sich z. B. ausgesprochen *D. Gosch*, Neues zum gewerblichen Grundstückshandel, StBp 2003, 123, 125; *H. Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 25. Aufl., § 15 Rz. 75 m. w. N.; gegen einen Durchgriff sind *J. Moritz*, Aktuelle Entwicklungen beim gewerblichen Grundstückshandel, DStR 2005, 2010, 2012; *M. Kempermann*, Check-Liste zum gewerblichen Grundstückshandel, DStR 1996, 1156, 1159; *M. Söffing*, Gewerblicher Grundstückshandel, DStR 2004, 793, 795; kritisch auch *M. Hornig*, Aktuelle Entwicklungen in der BFH-Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel, DStR 2005, 1719, 1721.

124 Es geht also um die Zurechnung von Tätigkeiten und Wirtschaftsgütern und nicht um eine Zurechnung von Einkünften, für die § 39 Abs. 2 AO jedenfalls keine unmittelbare Bedeutung hat, vgl. dazu *P. Fischer* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, § 39 AO Rz. 9 ff.

zen. Vielmehr gilt: Wo das Gesetz – wie in den §§ 39 bis 42 AO – keine abweichende Zurechnung anordnet, bleibt es bei der Vermögenszuordnung des § 39 Abs. 1 AO. In seiner Entscheidung zur Tarifbegrenzung für gewerbliche Einkünfte nach § 32c EStG a. F. hat das BVerfG in dieser sog. Abschirmwirkung der Kapitalgesellschaft zu Recht einen im System des Unternehmensteuerrechts tragenden Grundsatz gesehen¹²⁵. Auch die neuere Zivilrechtsprechung folgt dieser Trennung der Vermögen von Gesellschaft und Gesellschafter und gewährt lediglich dann einen mit dem Durchgriff vergleichbaren Anspruch gegen den Gesellschafter, wenn er die Rechtsform der Gesellschaft missbraucht¹²⁶.

Hülfe es denn, auf die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft selbst abzustellen und diese – wenn sie gewerblich ausgestaltet ist – zum Anlass zu nehmen, von der Kapitalgesellschaft veräußerte Objekte mit in die Bewertung der Tätigkeit einzubeziehen? *Nehmen* wir den Fall, über den das FG Münster zu entscheiden hatte: Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH bringt ein ungeteiltes Mehrfamilienhaus im Wege der Sacheinlage in die GmbH ein¹²⁷. Sind ihm dann die nach Teilung entstandenen und veräußerten Eigentumswohnungen durch die GmbH als Zählobjekte zuzurechnen, auch wenn die Zwischenschaltung der GmbH nicht als Gestaltungsmissbrauch anzusehen ist? Zwar hat der EuGH auch das Halten einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft als über die Vermögensverwaltung hinausgehende wirtschaftliche Tätigkeit angesehen, wenn der Anteilseigner seine Kontrolle durch eine unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung ausübt¹²⁸, wie das beim Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH wohl stets der Fall ist. Indes können diese zum europäischen Beihilferecht (Art. 87 EG) entwickelten Grundsätze nicht auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im Ertragsteuerrecht übertragen werden. Außerdem änderte die Umqualifizierung der Beteiligungseinkünfte in gewerbliche Einkünfte nichts daran, dass die Grundstücksgeschäfte (hier die Veräußerung der Eigentumswohnungen) nicht dem Gesellschafter-Geschäftsführer, sondern allein der GmbH zugerechnet werden könnte. Das Gesetz enthält in den §§ 39 ff. AO eben keine abweichende Zurechnungsnorm.

125 BVerfG-Beschl. v. 21.6.2006 2 BvL 2/99, DStR 2006, 1316, Rz. 118.

126 Vgl. BGH, Urteil v. 24.2.2002 II ZR 300/00, BGHZ 151, 181, NJW 2002, 3024 m. w. N. aus der Rechtsprechung des BGH und dazu *P. Fischer*, Überlegungen zum sog. Durchgriff im Zivil- und Steuerrecht, in FS A. *Raupach*, 2006, S. 339 ff., 343 ff. m. w. N.

127 FG Münster, Urt. v. 16.3.2005 10 K 1121/05 E, EFG 2005, 953.

128 EuGH, Urt. v. 10.1.2006 Rs. C-222/04, Slg. 2006, S. I-00289; ähnlich vom Ansatz her die Rechtslage im Umsatzsteuerrecht mit seinem Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ in Art. 4 der sechsten Richtlinie 77/388/EWG; vgl. dazu auch *P. Fischer*, jurisPR-SteuerR 11/2006.

IV. Fazit

Die Differenz zwischen Normativität und Faktizität, die wir zu Anfang als Frage aufgegriffen haben, ist durch die Rechtsprechung bei der Abgrenzung der Vermögensverwaltung von der gewerblichen Tätigkeit noch nicht befriedigend gelöst worden. Trotz einiger Korrekturen, die wir hier versucht haben, gelingt es noch nicht, hinreichend klar zwischen Rechtsanwendung und Tatsachenfeststellung zu unterscheiden. Das beginnt schon damit, dass die Rechtsprechung mit unterschiedlichen Bedeutungen des „Indizes“ arbeitet, einerseits als Beweisanzzeichen, andererseits als Moment der Zuordnung hin zu einem Typus. So gehen die beiden Beschlüsse des Großen Senats des BFH zu unserem Themenbereich offenbar von je verschiedenen Bedeutungen dieses Moments aus. Auch wenn die Rechtsprechung auf die Verkehrsanschauung oder auf das Bild des Gewerbetreibenden abhebt, wird nicht immer klar, was gemeint ist: Umschreibt sie damit einen Typusbegriff oder beruft sie sich auf das Gesamtbild, das die objektiven Verhältnisse dieses zu entscheidenden Falles bilden? Das ist genuin auch die Crux des typologischen Denkens. Gleichviel, ob dieses Denken in Gestalt eines Typusbegriffs oder in typologischer Auslegung von Tatbestandsmerkmalen auftritt, nutzt es offene Tatbestände und Zuordnungsentscheidungen. Diese „Kuckuckseier“ im Rechtssystem schaffen die Möglichkeit, „der konkreten Wirklichkeit eines Lebensverhältnisses unmittelbar gerecht zu werden, um einen wirtschaftlichen Vorgang in gerechter Weise steuerlich zu erfassen“¹²⁹. Das ist aber nur die eine Seite. Je mehr wir auf die konkrete Wirklichkeit eines Lebensverhältnisses Bezug nehmen, umso eher verfehlen wir eine weitere wichtige Funktion von Recht überhaupt, die Stabilisierung normativer Erwartungen¹³⁰. Aber wir können diese Fahrt zwischen Scylla und Charybdis nicht einfach abbrechen. Wie wir gesehen haben, ist auch der Rechtswissenschaft nichts wirklich Erhellendes eingefallen, um Wege aus dem Abgrenzungs-Dilemma zu weisen. Es hilft nun nichts, auf den Gesetzgeber zu warten. Er löst das Problem gewiss nicht. Denn auch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 23 EStG bei gegenwärtiger Struktur ist kein Ausweg, schon allein wegen der Verlustabzugsbeschränkungen. Und ob und mit welcher Bemessungsgrundlage die privaten Veräußerungsgewinne je Bestandteil einer kommunalen Unternehmenssteuer werden, ist höchst ungewiss. So gilt zum Abschluss das Wort *Peter Fischers*, dass all diese Fragen daran zu messen seien, ob ein Rechtsanwender angesichts denkbarer Alternativen die Verantwortung für die Entscheidung eines konkreten Falles übernehmen könne und wolle¹³¹. Wir können uns als Richter dieser Verant-

129 So C. *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 62.

130 Vgl. dazu nur N. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 138 ff.

131 P. *Fischer*, Steuerrechtlicher Typus und rechtsstaatliche Bestimmtheit des Steuergesetzes, DStZ 2000, 885, 886.

wortung nicht entziehen. Wir können indes eine Beruhigung des Problems bei der Abgrenzung des gewerblichen Grundstückshandels erreichen, wenn sich der BFH von diesem „Schauplatz“¹³² der konkreten Wirklichkeit der Lebensverhältnisse ein Stück weit zurückzieht und sich in folgerichtiger Umsetzung der hier dargelegten Grundsätze im Rahmen des § 118 Abs. 2 FGO darauf beschränkt, die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls durch die Tatsacheninstanz auf ihre Schlüssigkeit hin zu überprüfen¹³³. Was möglich ist, ist auch anders möglich.

132 So die auch im Ergebnis zutreffende Kennzeichnung bei *H.M. Anzinger*, *Anscheinsbeweis*, (2006) S. 339.

133 Vgl. dazu eingehend *H.F. Lange* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 118 FGO Rz. 120 ff. m. w. N.

Kapitalerträge aus Finanzinnovationen

Zur begrenzten Steuerbarkeit von Wertveränderungen im Rahmen von § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG

Prof. Dr. *Monika Jachmann*
Richterin am Bundesfinanzhof, München

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. ProblemstellungII. Zum System der Einkünfte aus Kapitalvermögen<ul style="list-style-type: none">1. Traditionelle Einordnung2. Einbeziehung von Veräußerungsvorgängen in § 20 Abs. 2 EStG (StÄndG 2001)<ul style="list-style-type: none">a) Zur weiten Gesetzesfassung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStGb) Zur Gesetzesstruktur des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 und 2 EStGIII. Tatbestandseingrenzung von steuerbaren Wertveränderungen bzw. Kapitalerträgen aus Veräußerungsvorgängen<ul style="list-style-type: none">1. Systematische und gleichheitsrechtliche Vorgaben<ul style="list-style-type: none">a) Abstrakte Maßstäbeb) Kapitalertrag vs. Wertentwicklung des Papiers – Realisierung eines Spekulationsrisikos | <ul style="list-style-type: none">2. Tatbestand steuerbarer Kapitalerträge aus Veräußerungsvorgängen<ul style="list-style-type: none">a) Tatbestandseingrenzung<ul style="list-style-type: none">aa) Zur Einbeziehung der Wertentwicklung der jeweiligen Anlagebb) Zur Relevanz der Kapitalrückzahlungb) Systematik von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStGIV. Typische Anlageformen<ul style="list-style-type: none">1. Papiere mit Emissionsrendite<ul style="list-style-type: none">a) Grundsätzliche Einordnung und Beispieleb) Für die Einordnung maßgeblicher Zeitpunktc) Nachweis der Emissionsrendite2. Papiere ohne Emissionsrendite<ul style="list-style-type: none">a) Index-Zertifikateb) SonstigeV. Fazit |
|--|---|

I. Problemstellung¹

Kapitalerträge aus sog. Finanzinnovationen erscheinen v. a. insoweit diskussionswürdig, als sie – wenn auch im begrenzten Maße – Wertveränderungen der Kapitalanlage umfassen. Ich werde mich deshalb im Folgenden auf Kapitalerträge aus Veräußerungsvorgängen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG konzentrieren. Nicht behandeln werde ich die subsidiäre (§ 23 Abs. 2 Satz 1 EStG) Regelung in § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG.²

¹ Der Vortragsstil wurde im Folgenden beibehalten.

Dabei sollen als Finanzinnovationen nur solche Kapitalforderungen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG verstanden werden, die zusätzlich ein in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a bis d EStG genanntes Ausstattungsmerkmal aufweisen.³

Die grundsätzliche Problematik der steuerlichen Abschöpfung von Kapitalerträgen aus Finanzinnovationen korrespondiert mit der wirtschaftlichen Zielsetzung der Kapitalanleger, mit einer Wertpapieranlage einen möglichst großen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Dieser wird auch durch seine steuerliche Behandlung bestimmt. Steuerliche Aspekte werden umfassend in die Anlageentscheidung einbezogen. Für den Anleger zählt letztlich die erzielte Vermögensmehrung nach Steuern.⁴

Im Fokus meiner folgenden Ausführungen steht dabei die natürliche Person, die in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig ist und mit der Wertpapieranlage den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschreitet.⁵ Es geht um Ansatzpunkte einer steueroptimierten Wertpapieranlage auf der Einnahmenseite, insbesondere um die sog. „Wahl zwischen Markt- und Emissionsrendite“ sowie die Erzielung nicht steuerbarer Wertsteigerungen.⁶

2 Mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402 – BStBl. I 1999, 304) wurde in § 23 EStG – mit Wirkung für Veräußerungsgeschäfte nach dem 31.12.1999 – der Begriff „Spekulationsgeschäfte“ durch „private Veräußerungsgeschäfte“ ersetzt und gem. § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG auf Termingeschäfte erstreckt, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil nicht mehr als ein Jahr beträgt. Zertifikate, die Aktien vertreten, oder Optionsscheine gelten als Termingeschäfte i. S. d. Satzes 1. Dies soll neben Waren- und Devisentermingeschäfte mit Differenzausgleich einschließlich Swaps, Index-Optionsgeschäfte bzw. Futures auch Indexzertifikate und Optionsscheine zu den Termingeschäften i. S. d. § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG erfassen, d. h. allgemein Geschäfte, die ein Recht auf Zahlung eines Geldbetrages oder auf einen sonstigen Vorteil (z. B. Lieferung von Wertpapieren) einräumen, der sich nach anderen Bezugsgrößen (z. B. Wertentwicklung von Wertpapieren, Indices, Futures, Zinssätzen) bestimmt (BT-Drucks. 14/443, 28 f.). Dazu näher Fn. 133.

3 *Haisch/Danz*, DStR 2005, S. 2108, 2109 – Der Begriff der Finanzinnovationen ist nicht gesetzlich geregelt, insb. nicht in § 20 Abs. 2 EStG. Er wird allgemein verwendet als Sammelbegriff für Wertpapiere, die von den herkömmlichen Ausstattungsmerkmalen festverzinslicher Schuldverschreibungen abweichen. Sie zielen häufig darauf, steuerpflichtige Einnahmen in nicht steuerbare Kursgewinne umzuwandeln. Die Bezeichnung Finanzinnovation wird üblicherweise verwendet, wenn es um Wertpapiere geht, deren Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i. V. m. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG der Steuerpflicht unterliegen (so zutreffend *Busch*, BB 2005, S. 1765, 1767 Fn. 27). Z. T. wird auch der Begriff „Kursdifferenzpapier“ verwendet.

4 *Busch*, BB 2005, S. 1765.

5 Vgl. demgegenüber zur Abgrenzung zum gewerblichen Wertpapierhandel BFH, Urteil vom 30.7.2003 X R 7/99, BFHE 204, S. 419, BStBl. II 2004, 408 sowie Urteil vom 7.9.2004 IX R 73/00, BFH/NV 2005, S. 51.

6 Vgl. zur Abgrenzung *Busch*, BB 2005, S. 1765, 1766.

Im Zentrum steht die sog. Transformation von steuerpflichtigen Erträgen in nicht steuerbare Veräußerungsgewinne,⁷ beruhend auf der dualistischen Einkünfteermittlung nach dem EStG.⁸

Durch das Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs und zur Bereinigung des Steuerrechts vom 21.12.1993 (StMBG 1994)⁹ wurde mit Wirkung ab Veranlagungszeitraum 1993 der Begriff der Zinsen in § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG durch den der Erträge ersetzt. Parallel wurden gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG Einnahmen aus der Veräußerung bestimmter sonstiger Kapitalforderungen steuerbar, deren Erträge ein Unsicherheitsmoment aufweisen (vgl. Buchst. c und d). Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c EStG i.d.F. des StMBG 1994 zäh-

7 Nicht Thema meiner Ausführungen ist die zeitliche Verlagerung von Kapitalerträgen. – Im Rahmen privater Vermögensverwaltung unterliegen Entgelte aus der Überlassung von Kapital bei Zufluss der Besteuerung (§ 11 Abs. 1 EStG). Durch ab- oder aufgezinste Wertpapiere ohne laufende Zinszahlung (Zero-Bonds oder Nullkuponanleihen) kann erreicht werden, dass erst im Zeitpunkt der Kapitalrückzahlung (ebenso bei vorherigem Verkauf oder Abtretung) in Höhe des enthaltenen Zinsanteils Steuer anfällt (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG bzw. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a EStG). Dies gilt etwa auch für Commercial-Papers und Bundesschatzbriefe vom Typ B. Auch durch Stückzinsgestaltungen können steuerpflichtige Einnahmen in die Zukunft verlagert werden (vgl. *Busch*, BB 2005, S. 1765, 1767). Mit dem Erwerb von Anleihen mit hohen Stückzinsen kurz vor Jahresende können die steuerpflichtigen Einkünfte eines Jahres reduziert werden (Reverse Convertibles [Aktienanleihen] auf Einzelzeitel weisen z. T. Stückzinsen bis zu 15 v.H. des Nominalwerts auf, denen jedoch das Risiko eines Aktienbasierten Investments gegenübersteht [*Busch*, BB 2005, S. 1765, 1767 Fn. 23]). Denn der Anleger einer Schuldverschreibung mit Zinsschein hat dem Veräußerer die seit dem letzten Kupon-Termin aufgelaufenen Zinsen zu bezahlen, was beim Erwerb im Jahr des Erwerbs zu negativen Einnahmen aus Kapitalvermögen führt (vgl. H 154 EStH 2003 Stichwort Stückzinsen). Entsprechendes gilt ab 1.1.2005 hinsichtlich des Zwischengewinns beim Erwerb von Investmentfondsanteilen (§ 1 Abs. 4 und § 18 Abs. 3 Investmentsteuergesetz i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Steuerrecht und zur Änderung weiterer Vorschriften [EURLUMsG] vom 9.12.2004 [BGBl. I 2004, 3310 – BStBl. I 2004, 1158]). Die juristische Problematik ist dabei nicht der § 20 EStG, sondern besteht in den Grenzen des steuerlichen Gestaltungsmissbrauchs (vgl. BFH, Urteil vom 27.7.1999 VIII R 36/98, BFHE 189, S. 408; BStBl. II 1999, 769; H 154 EStH 2003 Stichwort: Stückzinsen). Rechtsmissbrauch ist insb. anzunehmen, wenn im Zeitpunkt des gegen Jahresende erfolgten Erwerbs feststeht, dass bis zur Fälligkeit (Veräußerung) am Beginn des Folgejahres unter Einbeziehung etwaiger nicht steuerbarer Änderungen auf der Vermögensebene ein Verlust vor Steuern eintritt und sich lediglich aufgrund von Steuereffekten, insb. einer Freibetragsausschöpfung, ein Überschuss ergibt.

8 Nach der grundlegenden Systematik des EStG bestimmen sich steuerbare Einkünfte aus Überschusseinkunftsarten nach Maßgabe der sog. Quellentheorie, von Gewinneinkunftsarten nach Maßgabe der sog. Reinvermögenszugangstheorie (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 bzw. 1 EStG). Dies bedeutet, dass im Rahmen von Überschusseinkunftsarten Veräußerungsgewinne jenseits der §§ 17, 23 EStG bzw. § 21 UmwStG nicht steuerbar sind.

9 BGBl. I 1993, 2310 – BStBl. I 1994, 50.

len die Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung von Wertpapieren und Kapitalforderungen mit der Höhe nach ungewissen Erträgen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen,¹⁰ soweit sie der rechnerisch auf die Besitzzeit entfallenden Emissionsrendite entsprechen. Diese Regelung wurde in § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG i.d.F. des StMBG 1994 lediglich dahingehend ergänzt, dass dann, wenn der Steuerpflichtige die Emissionsrendite nicht nachweist, der Unterschied zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Veräußerung, Abtretung oder Einlösung der Wertpapiere und Kapitalforderungen als Kapitalertrag gilt.¹¹

10 Etwa Indexanleihen; BT-Drucks. 12/6078, 123.

11 Zur Gesetzeshistorie: Gemäß § 37 Abs. 1 EStG 1925 vom 10.8.1925 (RGBl I 1925, S. 189) zählten zu den Einkünften aus Kapitalvermögen insb. Zinsen aus Kapitalforderungen jeder Art einschließlich der Zinsen aus Einlagen und Guthaben bei Sparkassen, Banken und anderen Kreditinstituten (Nr. 4). Gemäß Abs. 2 galten als Einkünfte aus Kapitalvermögen neben besonderen Entgelten oder Vorteilen, die neben Kapitalerträgen der in Abs. 1 genannten Art oder an deren Stelle gewährt werden (Nr. 1), Einkünfte aus Veräußerung von Dividenden und Zinsscheinen sowie sonstigen Ansprüchen, sofern die dazugehörigen Aktien, Schuldverschreibungen und sonstigen Anteile im Eigentum des Steuerpflichtigen bleiben (Nr. 2). Die Regelung der Kapitalerträge in § 20 EStG 1934 vom 16.10.1934 (RGBl I 1934, S. 1005 – RStBl 1934, S. 1261) entspricht im Aufbau weitgehend der geltenden. Nach dem Steuerreformgesetz 1990 vom 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093 – BStBl. I 1988, 224) gehören gem. § 20 Abs. 2 EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch:

„1. Besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den in Abs. 1 bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden;

2. Einnahmen aus der Veräußerung

a) von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen durch den Anteilseigner,

b) von Zinsscheinen durch den Inhaber der Schuldverschreibungen, wenn die dazugehörigen Aktien, sonstigen Anleihen oder Schuldverschreibungen nicht mitveräußert werden. ...

3. Einnahmen aus der Veräußerung von Zinsscheinen, wenn die dazugehörigen Schuldverschreibungen nicht mitveräußert werden und das Entgelt für die auf den Zeitraum bis zur Veräußerung der Schuldverschreibungen entfallenden Zinsen des laufenden Zinszahlungszeitraums (Stückzinsen) besonders in Rechnung gestellt ist. Die bei der Einlösung oder Weiterveräußerung der Zinsscheine vom Erwerber der Zinsscheine vereinnahmten Zinsen sind um das Entgelt für den Erwerb der Zinsscheine zu kürzen;

4. Kapitalerträge aus der Veräußerung oder Abtretung von abgezinsten oder aufgezinsten Stückverschreibungen, Schuldbuchforderungen und Kapitalforderungen, die eine ähnliche Zweckbestimmung wie Schuldverschreibungen haben und häufiger als dreimal abgetreten werden dürfen, soweit die Kapitalerträge rechnerisch auf die Zeit der Inhabung der Wertpapiere oder Forderungen entfallen.“

Damit wurden die Erträge aus der Veräußerung oder Abtretung von Nullkuponanleihen/Zero-Bonds erstmals steuerbar, was der Gesetzgeber lediglich als Klarstellung verstanden wissen wollte (BR-Drucks. 100/88, S. 20, 271).

Durch das StMBG 1994 vom 21.12.1993 (BGBl. I 1993, 2310 – BStBl. I 1994, 50) erhielt § 20 Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG folgende Fassung:

Abs. 1 Nr. 7: „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören

Der VIII. Senat des BFH hat im Oktober 2000¹² § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG i.d.F. des StMBG 1994 dahingehend ausgelegt, dass die Besteue-

7. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist, auch wenn die Höhe des Entgeltes von einem ungewissen Ereignis abhängt. Dies gilt unabhängig von der Bezeichnung und der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Kapitalanlage.“

Abs. 2 Satz 1 Nr. 4: „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch ...

4. Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung von

a) abgezinsten oder aufgezinsten Schuldverschreibungen, Schuldbuchforderungen und sonstigen Kapitalforderungen durch den ersten und jeden weiteren Erwerber,

b) Schuldverschreibungen, Schuldbuchforderungen und sonstigen Kapitalforderungen ohne Zinsscheine und Zinsforderungen oder von Zinsscheinen und Zinsforderungen ohne Schuldverschreibungen, Schuldbuchforderungen und sonstige Kapitalforderungen durch den zweiten und jeden weiteren Erwerber zu einem abgezinsten oder aufgezinsten Preis,

c) Schuldverschreibungen, Schuldbuchforderungen und sonstigen Kapitalforderungen mit Zinsscheinen oder Zinsforderungen, wenn Stückzinsen nicht besonders in Rechnung gestellt werden, oder bei denen die Höhe der Erträge von einem ungewissen Ereignis abhängt,

d) Schuldverschreibungen, Schuldbuchforderungen und sonstigen Kapitalforderungen mit Zinsscheinen oder Zinsforderungen, bei denen Kapitalerträge in unterschiedlicher Höhe oder für unterschiedlich lange Zeiträume gezahlt werden, soweit sie der rechnerisch auf die Besitzzeit entfallenden Emissionsrendite entsprechen. Weist der Steuerpflichtige die Emissionsrendite nicht nach, gilt der Unterschied zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Veräußerung, Abtretung oder Einlösung der Wertpapiere und Kapitalforderungen als Kapitalertrag. Die Besteuerung der Zinsen und Stückzinsen nach Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 Nr. 3 bleibt ungerührt; die danach der Einkommensteuer unterliegenden dem Veräußerer bereits zugeflossenen Kapitalerträge aus den Wertpapieren und Kapitalforderungen sind bei der Besteuerung nach der Emissionsrendite abzuziehen. Die Sätze 1 bis 3 gelten für die Einlösung der Wertpapiere und Kapitalforderungen bei deren Endfälligkeit durch den zweiten und jeden weiteren Erwerber entsprechend. Die Sätze 1 bis 4 sind nicht auf Zinsen aus Gewinnobligationen und Genussrechten i. S. d. § 40 Abs. 1 Nr. 2 anzuwenden.“

Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG sicherstellen, dass „Vorteile, die unabhängig von ihrer Bezeichnung und ihrer zivilrechtlichen Gestaltung bei wirtschaftlicher Betrachtung für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung erzielt werden, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören“ (s. BT-Drucks. 12/5630, 59). Er verstand das StMBG 1994 als Erweiterung des Begriffs der steuerpflichtigen Kapitalerträge (BT-Drucks. 12/6078, 116 f.; so auch im Bezug auf das StMBG 1994 BT-Drucks. 14/7341, 11) und wollte insoweit auf die Unterscheidung zwischen Vermögens- und Ertragsebene verzichten, um auch Erträge zu erfassen, die sonst in die Vermögensebene verlagert wurden, nicht aber bei Wertpapieren rein spekulativen Charakters, bei denen sowohl die Rückzahlung des Kapitals als auch der Ertrag ungewiss sind (BT-Drucks. 12/6078, 122).

§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b EStG erfasst erstmals auch die Veräußerung eines von der Schuldverschreibung getrennten Zinsscheins durch den früheren Inhaber der Schuldverschreibung.

12 Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97.

nach der sog. Markttrendite eine von vornherein berechenbare Emissionsrendite voraussetzt. Bei Wertpapieren ohne eine solche – im entschiedenen Fall Floater – sei die Besteuerung nach der sog. Markttrendite also nicht zulässig.¹³ Das Gesetz zur Änderung steuerlicher Vorschriften vom 20.12.2001 (StÄndG 2001)¹⁴ hat § 20 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 EStG als Reaktion auf diese Auslegung wie folgt erweitert:

„Haben die Wertpapiere und Kapitalforderungen keine Emissionsrendite oder weist der Steuerpflichtige sie nicht nach, gilt der Unterschied zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Veräußerung, Abtretung und Einlösung als Kapitalertrag; bei Wertpapieren und Kapitalforderungen in einer ausländischen Währung ist der Unterschied in dieser Währung zu ermitteln.“¹⁵

Mit der Ergänzung des Satzes 2 in Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 des § 20 EStG wollte der Gesetzgeber zum einen „klarstellen“, dass die Differenzmethode auch dann anwendbar ist, wenn Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren ohne Emissionsrendite erzielt werden,¹⁶ zum anderen wollte er den Bedenken der Rechtsprechung¹⁷ insbesondere auch gegen die Einbeziehung von Wechselkursgewinnen und -verlusten in die Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen begegnen.¹⁸ Gemäß § 52 Abs. 37b EStG gilt dies für alle noch offenen Veranlagungszeiträume.

13 BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97: Variabel verzinsliche Wertpapiere, die keine von vornherein bezifferbare Emissionsrendite haben, werden nicht vom Tatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. c oder d EStG erfasst. Ebenso zu Reverse Floater: BFH, Urteil vom 10.7.2001 VIII R 22/99, BFH/NV 2001, S. 1555: Ein Reverse Floater mit vorgeschalteter Festzinsphase verfügt nicht über eine von vornherein berechenbare Emissionsrendite, da die Rendite für die Zeit nach dem Ablauf der Festzinsphase im Zeitpunkt der Emission des einheitlichen Wertpapiers nicht berechenbar ist. Damit ist der Tatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 EStG nicht erfüllt und der Gewinn aus der Veräußerung darf nicht gem. Satz 2 nach der Markttrendite berechnet werden.

14 BGBl. I 2001, 3794 – BStBl. I 2002, 4.

15 In Satz 4 wurden die Worte „durch den zweiten und jeden weiteren Erwerber“ gestrichen. Die Änderung des Satzes 4 sollte klarstellen, dass die Markttrendite nicht nur bei Veräußerung der in § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG geregelten Finanzinnovationen durch den zweiten oder jeden weiteren Erwerber anwendbar sei, sondern auch im Fall des sog. Durchhalters (d. h. Einlösung bei Endfälligkeit durch den Ersterwerber).

16 BT-Drucks. 14/6877, 25.

17 Vgl. Fn. 13.

18 Nach der Neuregelung werden das Entgelt für den Erwerb und die Einnahmen aus der Veräußerung oder Einlösung in der ausländischen Währung, d. h. auch der Unterschied zwischen beiden Größen in der ausländischen Währung ermittelt. Indem erst der Unterschiedsbetrag (Markttrendite in der ausländischen Währung) in Euro umgerechnet wird, werden betreffende Wechselkursschwankungen nicht als Einkünfte aus Kapitalvermögen erfasst, sondern allenfalls nach § 23 EStG (BT-Drucks. 14/7341, 11).

Die so gesetzlich vorgezeichnete Steuerbarkeit von Wertveränderungen einer Kapitalanlage mit und ohne Emissionsrendite im Rahmen von § 20 EStG möchte ich im Folgenden konkretisieren. Es gilt typische Anlageformen in dem sich ergebenden System zu verorten und ihre Besteuerung entsprechend gleichheitsgerecht einzugrenzen.

II. Zum System der Einkünfte aus Kapitalvermögen

1. Traditionelle Einordnung

Nach traditioneller Einordnung ist Kapitalertrag Nutzungsentgelt.¹⁹ Ertrags- und Vermögensebene sind zu trennen. Kein Kapitalertrag ist die Kapitalrückzahlung.²⁰

Wie schon der RFH²¹ nahm der BFH in ständiger Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des StMBG 1994 steuerpflichtige Kapitalerträge nur an, wenn

19 Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sind Veräußerungsgewinne aus Wertpapieren im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nach Ablauf der Halteperiode von mehr als einem Jahr grundsätzlich nicht steuerbar. Maßgeblich ist dabei der Abschluss des obligatorischen Rechtsgeschäfts, bei börsennotierten Wertpapieren also der Schlußtag (vgl. BMF vom 25.10.2004 IV C 3 – S 2256–238/04, BStBl. I 2004, 1034 Rz. 1). Demgegenüber sind Zinsen und andere Kapitalüberlassungsentgelte grundsätzlich im Rahmen von § 20 EStG steuerbar. Währungsgewinne oder Währungsverluste können nur nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG berücksichtigt werden (Wagner, DStZ 2005, S. 623, 625). Nach § 23 Abs. 2 Satz 1 EStG geht die Besteuerung nach § 20 EStG vor. Die Veräußerung von Wertpapieren, die unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG fallen, kann gleichzeitig nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG steuerpflichtig sein, wenn die Jahresfrist unterschritten ist. Beide Tatbestände sind gesondert zu prüfen (Steinlein, DStR 2005, S. 456, 461).

20 Vgl. BFH, Urteil vom 7.12.2004 VIII R 70/02, BFHE 208, S. 56, BStBl. II 2005, 468: Kapitalertrag sind alle Zuwendungen in Geld- oder Geldeswert durch eine Kapitalgesellschaft an den Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses, soweit diese nicht als Kapitalrückzahlung zu werten sind; dazu gehören auch Bonusaktien.

21 Der RFH differenzierte zwischen den Wertveränderungen der Kapitalanlage und den Einkünften aus Kapitalvermögen und verstand als solche nur das, was dem Eigentümer einer Kapitalanlage als Entgelt für die Nutzungsüberlassung („Frucht“ des Kapitals – RFH, Urteil vom 17.6.1931 VI A 1208/31, Stuw 1932, Nr. 464 und Urteil vom 16.5.1934 VI A 1898/32, Stuw 1934, Nr. 437) zufließt. Auch § 37 Abs. 2 Satz 1 EStG 1925 (entspricht § 20 Abs. 2 Satz 1 EStG a. F.) gestatte es nicht, diesen Begriff der Kapitaleinkünfte zu erweitern; diese Vorschrift solle nur klarstellen, dass es auf die Bezeichnung der Erträge nicht entscheidend ankomme und dass auch in verschleierte Form eingekleidete Erträge steuerpflichtig seien (RFH, Urteil vom 14.12.1920 I D 4/20, RFHE 4, S. 222). Ob Kapitalertrag vorliege, sei aus der Sicht des Anteilseigners, nicht der des Leistenden, zu beurteilen (RFH, Urteil vom 13.1.1928 I A 122/27, Stuw 1928, Nr. 326; ebenso Urteil vom 15.12.1922 I A 20/22, 21/22, 199/21, RFHE 11, S. 157, 175). Kursänderungen von Aktien oder Kursverluste bei ausländischen Kapitalanlagen im Privatvermögen minderten das Einkom-

Kapitalvermögen gegen Zahlung eines Entgelts zur Nutzung auf Zeit überlassen wird.²² Einnahmen aus Kapitalvermögen sind alle Vermögensmehrungen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung aus der Sicht des Anlegers²³ Entgelt für die Kapitalnutzung darstellen.²⁴

- men nicht (RFH, Urteil vom 27.6.1928 VI A 532/27, StuW 1928, Nr. 554 und Urteil vom 16.5.1924 VI A 1898/32, StuW 1934, Nr. 437). Auch Liquidationsraten einer GmbH i.L. seien bei den Gesellschaftern keine Einkünfte aus Kapitalvermögen (keine Zerlegung der Liquidationsrate in Rückzahlung des Kapitals und Gewinnanteils; vgl. RFH, Urteil vom 14.7.1936 I A 252/35, StuW 1936, Nr. 464 sowie Urteil vom 19.6.1935 VI A 18/34, StuW 1935, Nr. 479). Als nicht steuerbare Rückzahlung von Kapital verstand der RFH auch die Ausschüttung von Dividenden eines Versicherungsunternehmens an die Versicherten (vgl. RFH, Urteil vom 20.12.1933 VI A 353/33, RStBl 1934, S. 429). Gewinne aus Verkauf von Hypotheken unter Nennwert und Einziehung des Nennwerts bei Fälligkeit, seien kein Einkommen aus Kapitalvermögen (RFH, Urteil vom 14.3.1934 VI A 1125/32, StuW 1934, Nr. 288). Einnahmen aus Kapitalvermögen i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 1 EStG 1925 seien alle Bezüge (Zuwendungen der Kapitalgesellschaft), die keine Kapitalrückzahlung darstellten und die der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft als Gewinn ausgezahlt bekomme (vgl. auch RFH, Urteil vom 14.3.1934 VI A 899/33, StuW 1935, Nr. 334; Urteil vom 9.10.1929 VI A 800/29, StuW 1929, Nr. 938; Urteil vom 13.5.1931 VI A 925/31, StuW 1931, Nr. 797; Urteil vom 15.8.1931 VI A 726/31, StuW 1931, Nr. 877 und Urteil vom 20.2.1934 I A 49/33, StuW 1934, Nr. 401; vgl. auch die Begründung zum Kapitalverkehrssteuergesetz in RStBl 1934, S. 1460). Ein Damnum sei Kapitalertrag i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 4 EStG 1925, wenn bei Begründung einer Darlehensschuld vereinbart werde, dass der Schuldner einen höheren Kapitalbetrag zurückzahlen müsse als er erhalten habe (RFH, Urteil vom 25.4.1934 VI A 1609/32, StuW 1934, Nr. 364).
- 22 Vgl. insb. BFH, Urteil vom 8.10.1991 VIII R 48/88, BFHE 166, S. 64, BStBl. II 1992, 174.
- 23 BFH, Urteil vom 6.4.1993 VIII R 68/90, BFHE 172, S. 25, BStBl. II 1993, 825; Urteil vom 14.12.2004 VIII R 5/02, BFHE 209, S. 423, BStBl. II 2005, 739 m. w. N. und Urteil vom 14.12.2004 VIII R 81/03, BFHE 209, S. 438, BStBl. II 2005, 746). – § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG enthält keinen selbständigen Besteuerungstatbestand, sondern dient lediglich der Klarstellung des Umfangs der von Abs. 1 erfassten Einnahmen (vgl. z. B. BFH, Urteil vom 7.12.2004 VIII R 70/02, BFHE 208, S. 546, BStBl. II 2005, 468; Urteil vom 11.2.1981 I R 98/76, BFHE 133, S. 35, BStBl. II 1981, 465).
- 24 Vgl. etwa BFH, Urteil vom 14.12.2004 VIII R 81/03, BFHE 209, S. 423, BStBl. II 2005, 739; Urteil vom 2.3.1993 VIII R 13/91, BFHE 171, 48, BStBl. II 1993, 602 und Urteil vom 13.10.1987 VIII R 156/84, BFHE 151, S. 512, BStBl. II 1988, 252, betreffend Disagio bei Schuldverschreibung; aktuell BFH, Urteil vom 19.4.2005 VIII R 80/02, n.v.: Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gehören alle Vermögensmehrungen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung Entgelt für die Kapitalnutzung darstellen. Deshalb gehören auch Erträge zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, die dem Steuerpflichtigen aufgrund der Zinsgarantie eines Dritten zufließen, zumindest dann, wenn die Zahlung des Dritten auf einem Rechtsgeschäft beruht, das eine wirtschaftliche Einheit mit einem Rechtsverhältnis zwischen Kapitalgeber und Kapitalnehmer bildet. Zu entscheiden war über ein sog. Zwei-Banken-Modell, im Rahmen dessen der Kunde einen bestimmten Mindestbetrag bei einer Bank X als Festgeld in einer ausländischen

Steuerbar sind danach etwa ein garantierter Gewinn aus einer Kapitalüberlassung,²⁵ die Differenz zwischen Ausgabepreis eines abgezinsten Wertpapiers und Einlösungsbetrag zum höheren Nennbetrag²⁶ oder der Mehrbetrag, den ein Darlehensgeber als Abfindung für den Verzicht auf sein Recht erhält, statt Rückzahlung seines Darlehens in Geld eine bestimmte Menge Waren (Ziegel) zu verlangen.²⁷

Um nicht von § 20 EStG erfasste Wertänderungen eines Kapitals handelt es sich demgegenüber z. B. bei der Rückzahlung von Nennkapital,²⁸ Kursdifferenzen aus Devisen- und Warentermingeschäften²⁹ oder Gewinnen aus der Veräußerung typischer stiller Beteiligungen.³⁰

Währung anlegt, bei der ein gegenüber inländischen Geldanlagen steuerlich niedrigeres Zinsniveau besteht. Die festgelegte Laufzeit beträgt einige Tage länger als die Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 EStG. Mit der Kapitalanlage wird der anbietenden Sparkasse eine umfassende Kontovollmacht über das Festgeldkonto bei der zweiten Bank erteilt und ein unwiderruflicher Rückkauf der Fremdwährungsanlage am Laufzeitende durch die anbietende Bank zu einem von vorne herein festgelegten Kurs vereinbart (sog. Devisentermingeschäft). Dieser Kurs richtet sich ausschließlich nach dem beim Abschluss maßgebenden Zinsniveau im Inland und errechnet sich aus dem Kassakurs im Zeitpunkt der Geldanlage zzgl. der in Kursstellen ausgedrückten Zinsdifferenz zwischen dem ausländischen und dem inländischen Zins. Die Höhe dieser Differenz wird bei jeder Kapitalanlage entsprechend den jeweiligen Kursverhältnissen neu festgelegt.

25 BFH, Urteil vom 14.12.2004 VIII R 81/03, BFHE 209, S. 438, BStBl. II 2005, 746; zu Einnahmen des Aktionärs aufgrund der Dividendengarantie eines Dritten vgl. BFH, Urteil vom 2.3.1983 VIII R 13/91, BFHE 171, S. 48, BStBl. II 1993, 602.

26 BFH, Urteil vom 1.7.2003 VIII R 9/02, BFHE 203, S. 58, BStBl. II 2003, 883: minderverzinsliche Optionsschuldverschreibung.

27 BFH, Urteil vom 25.6.1974 VIII R 109/69, BFHE 113, S. 207, BStBl. II 1974, 735: Abfindung (Gutschrift) = bei Hingabe des Darlehensbetrags gestiegener Großhandelspreis für die vertraglich genannten Ziegel. Nutzungsentgelt seien auch Zahlungen, die als Ausgleich für die Verminderung des realen Werts eines Gelddarlehens aufgrund einer Wertsicherungsklausel gezahlt würde (BFH, Urteil vom 4.8.1961 VI 208/60 U, BFHE 73, S. 558, BStBl. III 1961, S. 468 und Urteil vom 27.7.1967 IV 300/64 U, BFHE 89, S. 422, BStBl. III 1967, S. 690). Der Gläubiger eines Darlehens erhält bereits mit der Rückgabe des Nennbetrags den nach § 488 BGB geschuldeten Betrag.

28 BFH, Urteil vom 29.6.1995 VIII R 69/93, BFHE 178, S. 166, BStBl. II 1995, 725 und Urteil vom 20.4.1999 VIII R 4/96, BFHE 188, S. 352, BStBl. II 1999, 698: Ausschüttungen unter Verwendung von EK 04.

29 BFH, Urteil vom 8.12.1981 VIII R 125/79, BFHE 135, S. 426, BStBl. II 1982, 618; Urteil vom 25.8.1987 IX R 65/86, BFHE 151, S. 132, BStBl. II 1988, 248; Urteil vom 6.12.1983 VIII R 172/83, BFHE 140, S. 82, BStBl. II 1984, 132; Urteil vom 14.12.2004 VIII R 5/02, BFHE 209, S. 423, BStBl. II 2005, 739 betreffend treasury bills.

30 BFH, Urteil vom 11.2.1981 I R 98/76, BFHE 133, S. 35, BStBl. II 1981, 465. Nach dem BFH (Urteil vom 4.8.1961 VI 208/60 U, BFHE 73, S. 558, BStBl. II 1961, 468) handelt es sich aber bei dem Mehrbetrag, den der stille Gesellschafter bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses aufgrund einer Geldwertklausel über den Nennbetrag seiner Einlage hinaus erhält, um einen Vorteil i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 1

Die Rechtsprechung des BFH ist bislang immer davon ausgegangen, dass die Besteuerung von Kapitalvermögen von dem Grundsatz beherrscht wird, dass zwischen dem Kapitalvermögen als solchem und dem Ertrag als Frucht des Kapitals zu unterscheiden ist; Wertveränderungen der Kapitalanlage als solcher unterliegen daher nicht der Ertragsbesteuerung im Rahmen des § 20 EStG. Ausnahmsweise hat der BFH Wertsteigerungen als Kapitalerträge i. S. d. § 20 EStG erfasst, soweit in ihnen bei wirtschaftlicher Betrachtung Nutzungsentgelte enthalten sind, so bei einem abgezinsten Sparkassenbrief³¹ oder beim Disagio (Aufgeld) einer Schuldverschreibung, das bei der Rückgabe der Schuldverschreibung gezahlt wird.³² Auch das Nutzungsentgelt aus Zero-Bonds zählt zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen, weil der

EStG. Auch fielen Gewinne aus Treasury-Bond-Optionen (BFH, Urteil vom 14.12.2004 VIII R 81/03, BFHE 209, S. 438, BStBl. II 2005, 746) nicht unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG a. F., ebenso wenig Abwertungsverluste von verzinslichen Forderungen in ausländischer Währung (BFH, Urteil vom 9.10.1979 VIII R 67/77, BFHE 129, S. 132, BStBl. II 1980, 116) sowie Wechselkursgewinne aus ausländischen Kapitalanlagen (BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97).

31 BFH, Urteil vom 9.3.1982 VIII R 160/81, BFHE 136, S. 72, BStBl. II 1982, 540.

32 BFH, Urteil vom 13.10.1987 VIII R 156/84, BFHE 151, S. 512, BStBl. II 1988, 252 (Kommunalobligationen); Urteil vom 8.10.1991 VIII R 48/88, BFHE 166, S. 64, BStBl. II 1992, 174: Veräußerungserlös eines Dritten könne jedoch nicht dem Entgelt für die Nutzungsüberlassung gleichgesetzt werden. Das Nutzungsentgelt aus Zero-Bonds zählt zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 8 EStG 1982, Nr. 7 EStG 1990). Der Erlös aus der Veräußerung von Zero-Bonds kann für die Zeit vor Einfügung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG nicht mit dem Entgelt für die Nutzungsüberlassung gleichgesetzt werden. Zero-Bonds sind Anleihen, die abgezinst oder aufgezinst ausgegeben und bei Fälligkeit zum Rücknahmebetrag getilgt werden. Der Anleger zahlt beim Ankauf einen Preis, der weit unter dem Rücknahmebetrag liegt. Der Unterschiedsbetrag zwischen Ausgabe- und Rücknahmebetrag ist der Ausgleich für den entgehenden laufenden Zins und Zinseszins. Es gelten die gleichen Grundsätze, die den BFH veranlasst haben, den Wertzuwachs bei einem abgezinsten Sparkassenbrief (BFH, Urteil vom 9.3.1982 VIII R 160/81, BFHE 136, S. 72, BStBl. II 1982, 540) und bei einem Ausgabeabgeld (BFH, Urteil vom 13.10.1987 VIII R 156/84, BFHE 151, S. 512, BStBl. II 1988, 252) zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen zu rechnen. Der Heranziehung der Ergänzungsvorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG bedarf es nicht. Der Erlös aus der Veräußerung von Zero-Bonds kann nicht dem Entgelt für die Nutzungsüberlassung gleichgesetzt werden. Das Entgelt, das anlässlich der Veräußerung einer Kapitalanlage gezahlt wird, führten unter den Voraussetzungen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 3 und 4 EStG beim Empfänger zu Einkünften aus Kapitalvermögen. Durch das StRG 1990 ist in § 20 Abs. 2 EStG eine neue Nr. 4 eingefügt worden. Diese Neuregelung ist nicht lediglich eine Klarstellung, sie tritt neben die Sonderregelungen in § 20 Abs. 2 und § 36 Abs. 2 EStG, die der Gesetzgeber für den Fall der Veräußerung von Kapitalanlagen schon früher geschaffen hat, und zwar für die Veräußerung losgelöster Dividenden- und Zinsscheine und für die Behandlung von Stückzinsen anlässlich der Veräußerung von Schuldverschreibungen (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 EStG).

Unterschiedsbetrag zwischen Ausgabe- und Rücknahmebetrag Ausgleich für den entgehenden laufenden Zins und Zinsenzins ist.

Über dem Nennwert liegende Aufwendungen für den Erwerb eines festverzinslichen Wertpapiers sind Anschaffungskosten, die umlaufbedingten Unterschiedsbeträge zwischen Marktpreis und Nennwert betreffen die Vermögensebene.³³ Demgegenüber erzielt der Erwerber einer niedrig verzinslichen Optionsanleihe (Abzinsungspapier), der diese als Ersterwerber angeschafft und bis zur Endfälligkeit behalten hat (Durchhalter), seit jeher, auch vor Einführung des § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG durch das Steuerreformgesetz 1990 vom 25.7.1988³⁴, Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 8 EStG 1981 bzw. Nr. 7 EStG 1990. Auch vor der Einführung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG durch das Steuerreformgesetz 1990 und dessen Änderung durch das StÄndG 2001 hatte der das Abzinsungspapier am Ende der Laufzeit einlösende Zweit- oder weitere Erwerber die auf seine Besitzzeit entfallende Emissions- oder Markttrendite (nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG) zu versteuern. Problematisch war aber, ob nicht der einlösende Zweit- oder weitere Erwerber zusätzlich die auf die Besitzzeiten seiner Rechtsvorgänger entfallenden Renditen zu versteuern hatte.³⁵

Traditionell gilt dabei der Grundsatz, dass steuerbare Kapitalerträge nur dem Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, nicht jedoch zwischen mehreren aufeinander folgenden Fruchtziehungsberechtigten entspringen können.³⁶ So hat der BFH³⁷ entschieden, dass derjenige, der einen im Privatvermögen gehaltenen Zero-Bond vor Fälligkeit an einen Dritten veräußert, keine Einnahmen aus Kapitalvermögen erzielt. Diese enge Anknüpfung an das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger entspricht jedoch nur typischerweise der von § 20 EStG beabsichtigten Abschöpfung des Entgelts für die Kapitalüberlassung auf Zeit. Denn danach fällt immer dann, wenn sich dieses Entgelt juristisch als Veräußerungsgewinn zeigt, die Steuerbarkeit aus. Ratio von § 20 EStG ist jedoch in seiner insoweit parallelen Struktur zu § 21 EStG³⁸ primär nicht die Besteuerung des Rechtsverhältnisses zwischen Schuldner und Gläubiger, sondern die einer Vermögensüberlassung zur Nutzung des Kapitals als Quelle.

Vor dem Hintergrund (auch) dieser Zwecksetzung wird insbesondere § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c und d, Satz 2 EStG dann zur Systemabweichung, wenn es um die Erfassung einer Markttrendite geht, die als konstitutiver Besteuerungstatbestand für eine steuerliche Abschöpfung von Wertstei-

33 BFH, Beschluss vom 30.7.2002 VIII B 23/02, BFH/NV 2002, S. 1574; so auch BMF vom 24.11.1986 IV B 4 – S 2252–180/86, BStBl. I 1986, 539.

34 BGBl. I 1988, 1093 – BStBl. I 1988 S. 224.

35 BFH, Beschluss vom 5.11.2001 VIII B 50/01, n.v.

36 Hamacher, in Korn, EStG, § 20 Rz. 175.

37 Urteil vom 8.10.1991 VIII R 48/88, BFHE 166, S. 64, BStBl. II 1988, 252.

38 Vgl. stv. auch v. Beckerath, in Kirchhof, EStG, § 20 Rz. 21.

gerungen der Quelle in bestimmten Konstellationen fungiert. Aber durchaus nicht bei allen als Finanzinnovationen gehandelten Papieren tritt das Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung in den Raum der an sich nicht steuerbaren Wertsteigerungen. Dies gilt es im Folgenden zu konkretisieren.

2. Einbeziehung von Veräußerungsvorgängen in § 20 Abs. 2 EStG (StÄndG 2001)

a) Zur weiten Gesetzesfassung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG

Das traditionelle Verständnis der Einkünfte des Kapitalvermögens spiegelt sich in einem ersten Schritt in den genannten Floater-Rechtsprechung des VIII. Senats des BFH³⁹ wieder, wenn er deutlich macht, dass die Ermittlung des Kapitalertrags nach der sog. Marktrendite einen Systembruch bei Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen darstellt. Bei einem solchen Eingriff in ein bestehendes Besteuerungssystem seien die tatbestandlichen Voraussetzungen, unter denen die systemwidrigen Rechtsfolgen eintreten sollen, eindeutig und unmissverständlich festzulegen. Die bei Besteuerung nach der Marktrendite zu erfassenden Wertveränderungen jedweder Art bei Kapitalanlagen i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG einerseits und die Nichterfassung vergleichbarer Wertveränderungen bei den übrigen Kapitalanlagen andererseits stelle eine Ungleichbehandlung dar, die im Hinblick auf eine Beurteilung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG einer hinreichenden sachlichen Begründung bedürfe.

Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG durch das StMBG 1994⁴⁰ solche Kapitalanlagen so umfassend wie möglich einbeziehen, bei denen an sich steuerpflichtige Zinserträge als steuerfreier Wertzuwachs konstruiert werden⁴¹ und die sich den Umstand zunutze machen, dass nach bis dahin gültigem Recht im Privatvermögen zwischen steuerpflichtigen Kapitalerträgen (insbesondere Zinsen) und steuerfreien Vermögensmehrungen (insbesondere Kursgewinne) unterschieden worden war.⁴² Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen „Quelle“ (Ver-

39 BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97; Urteil vom 10.7.2001 VIII R 22/99, BFH/NV 2001, S. 1555, vgl. Fn. 13.

40 Vgl. Fn. 11.

41 Vgl. BT-Drucks. 12/5630, 59.

42 BT-Drucks. 12/6078, 116. – Der Gesetzgeber wollte sicherstellen, „dass Vorteile, die unabhängig von ihrer Bezeichnung und ihrer zivilrechtlichen Gestaltung bei wirtschaftlicher Betrachtung für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung erzielt werden, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören“ (BT-Drucks. 12/5630, 59). Es sollte die Grundlage dafür geschaffen werden, „dass im Fall der Veräußerung von Wertpapieren die im Kurs der Papiere und damit im Veräußerungspreis enthaltenen Erträge auch im Privatbereich der Einkommensteuer und dem Zinsabschlag unterliegen“ (BT-Drucks. 12/6078, 117). Dieser Zweck sollte insb. durch die Erstreckung der Besteuerung von Kapitalerträgen gem. § 20

mögensebene) und „Frucht“ (Ertragsebene) sollte aber nicht aufgegeben werden. Inwieweit jedoch eine partielle Grenzverschiebung gewollt war, wurde jedenfalls gesetzlich nicht klar festgelegt. Diese Fassung von § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG durch das StMBG 1994 brachte den gesetzgeberischen Willen insoweit nicht eindeutig zum Ausdruck, als die Maßgeblichkeit der Markttrendite an den fehlenden Nachweis der Emissionsrendite geknüpft war.⁴³

Auch die – durch das StÄndG 2001 korrigierte – geltende weite Gesetzesfassung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG kann nun aber nicht als Aufgabe der Unterscheidung zwischen Vermögens- und Ertragsebene verstanden werden, wenngleich manche Passage der Gesetzesbegründung hierzu⁴⁴ dies nahe zu legen scheint. Vielmehr ist diese gerade vor dem Hintergrund der *ratio legis* zu sehen.⁴⁵ Das StÄndG 2001 soll darauf reagieren, dass die Auslegung durch den BFH nicht im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers des StMBG 1994 gestanden habe, der auch die im Kurs der Papiere enthaltenen Erträge besteuern wollte. Das StÄndG 2001 soll den gesetzgeberischen Willen noch deutlicher zum Ausdruck bringen.⁴⁶

b) Zur Gesetzesstruktur des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 und 2 EStG

Betrachtet man § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG aufbautechnisch, so ist Grundvoraussetzung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG das Vorliegen einer Kapitalforderung i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.⁴⁷

§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG soll Bestrebungen begegnen, die Besteuerung des Nutzungsentgelts für die Kapitalüberlassung durch dessen Umqualifizierung in Wertsteigerungen zu unterlaufen. Parallel erfasst § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG als Auffangtatbestand alle Kapitalnutzungserträge aus der Veräußerung, Abtretung oder Einlösung verbrieft und nichtverbrieft

Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c bzw. d EStG auf sog. Kursdifferenzpapiere ohne eine von vornherein bezifferbare Emissionsrendite erreicht werden.

43 Dies konnte zum einen so auszulegen sein, dass eine Emissionsrendite zwar vorhanden sein muss, aber im Einzelfall nicht festgestellt werden konnte, wofür den Steuerpflichtigen die Feststellungslast trafe, zum anderen so, dass die Markttrendite immer dann maßgeblich sein soll, wenn keine Emissionsrendite festgestellt ist, sei es, dass eine solche von vornherein nicht besteht, sei es, dass sie zwar besteht, aber nicht festgestellt werden konnte. Der VIII. Senat des BFH hat im Urteil vom 24.10.2000 (VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter II. 2. b)) eine bloße Beweislastregelung angenommen mit der Folge, dass im Ergebnis Veräußerungsgewinne aus Wertpapieren und Kapitalforderungen mit der Höhe nach ungewissen Erträgen und damit ohne Emissionsrendite unsteuerbar blieben, obwohl sie in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c EStG ausdrücklich genannt werden.

44 BT-Drucks. 14/7341.

45 Vgl. BT-Drucks. 14/6877, 25 f.

46 Vgl. BT-Drucks. 14/6877, 26.

47 *Haisch*, DStZ 2005, S. 102 mit umfassenden Nachweisen zum Schrifttum.

Kapitalforderungen und von Zinsforderungen, deren Besteuerung sonst nicht gesichert wäre, soweit sie der rechnerisch auf die Besitzzeit entfallenden Emissionsrendite entsprechen.⁴⁸

In § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a bis d EStG werden die Bedingungen geregelt, unter welchen Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung bestimmter Wertpapiere und Kapitalforderungen im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern sind. Die Sätze 2 bis 4 enthalten Regelungen zur Ermittlung des steuerpflichtigen Kapitalertrags.⁴⁹ Insgesamt betrifft § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 EStG Kapitalerträge aus der Veräußerung oder Abtretung von Wertpapieren und Kapitalforderungen, die hinsichtlich ihrer Einlösung schon unter Abs. 1 Nr. 7 fallen.⁵⁰ Für die Erfassung der Veräußerungsgewinne bedarf es des Rückgriffs auf § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG, da Veräußerungsgewinne keine Erträge i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 EStG darstellen.⁵¹ Abs. 2 ergänzt Abs. 1, setzt andererseits jedoch die Tatbestände des Abs. 1 voraus.⁵² Denn Abs. 1 regelt abschließend die Quellen der steuerpflichtigen Kapitalerträge, nicht aber auch die Kapitalerträge selbst. Von Abs. 1 nicht erfasst werden aber Einnahmen aus Veräußerungsvorgängen, die von Dritten vereinnahmt werden. Für alle Veräußerungs- und Abtretungsfälle nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. a bis d

48 Erfasst ist auch die Einlösung bei Endfälligkeit durch den Erwerber.

49 § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a EStG betrifft insb. Zero-Bonds, Disagio-Anleihen außerhalb der Disgiostaffel sowie entsprechende nicht verbriefte, auf- oder abgezinst Kapitalforderungen. Buchst. b regelt die Einnahmen eines Zweit- oder weiteren Erwerbers aus der Veräußerung von Wertpapieren ohne Zinsscheine und von Zinsscheinen ohne Wertpapier, wenn der Veräußerer die Kapitalforderung zu einem ab- oder aufgezinsten Preis erworben hat. Dies gilt etwa beim Bond Striping, wobei Schuldverschreibungen oder sonstige Kapitalforderungen von den Zinsansprüchen getrennt und diese separat von einander veräußert werden. Buchst. c regelt die Veräußerung von Wertpapieren (herkömmliche Kapitalanlagen, Schuldverschreibungen wie Schuldbuchforderungen), bei denen Stückzinsen nicht besonders in Rechnung gestellt werden oder die Höhe der Erträge von einem ungewissen Ereignis abhängt. Betroffen sind flat gehandelte Wertpapiere und Indexanleihen. Hier werden die bis zum Veräußerungszeitpunkt aufgelaufenen Zinserträge vom Erwerber über einen höheren Verkaufskurs mit bezahlt, da aufgelaufene Zinserträge im Kurs enthalten sind. Unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c Alt. 2 EStG fallen insb. Index-Zertifikate mit Kapitalgarantie, und variabel verzinsliche Anleihen mit Zu- und Abschlägen sowie Umtausch- und Aktienanleihen (*Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 104 m. w. N. zum Streitstand). Zu Buchst. d: Bei Gleitzins- und Kombizinsanleihen wird der Durchhalter, der eine solche Anleihe vom Emittenten erwirbt und bis zum Laufzeitende durchhält, nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG besteuert, während derjenige, der das Papier während seiner Laufzeit erwirbt und/oder veräußert, laufzeitabhängig nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG erfasst wird (dazu *Hamacher*, in Korn, EStG, § 20 Rz. 194.4).

50 *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 1080.

51 Veräußerungsgewinne sind nicht nach Abs. 1 Nr. 7 steuerbar (*Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 1002).

52 *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 1002.

EStG sowie für alle Fälle der Einlösung durch den zweiten oder weiteren Erwerber (Nr. 4 Satz 4) ist nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 2. Halbsatz der Kapitalertrag, der rechnerisch der auf die Besitzzeit des Veräußerers entfallenden Emissionsrendite entspricht, sog. Steuerkurs, steuerpflichtig.

Die wirtschaftliche Besonderheit gerade der in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. c bzw. d EStG geregelten Papiere resultiert dabei daraus, dass sich bei diesen im Unterschied zu klassischen festverzinslichen Schuldverschreibungen das Veräußerungsentgelt nicht nur nach dem Nennwert des Stammrechts und den bis zum Veräußerungszeitpunkt entstandenen Stückzinsen bemisst, sondern vielmehr abhängig ist von der individuellen Ausgestaltung des jeweiligen Papiers unter Einbeziehung von die Vermögensebene betreffenden Risikomomenten.⁵³

Dadurch werden zunächst sog. verdeckte Zinserträge erfasst, die bei sog. Kombizinsanleihen (unterschiedliche Zinszahlungszeiträume) bzw. Gleitzinsanleihen (jährlich fallende oder steigende Verzinsung) in Kurssteigerungen enthalten sind.⁵⁴ Die Anwendung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. d EStG auf Papiere, bei denen es zu einer wirtschaftlichen Akkumulation von Zinserträgen kommt,⁵⁵ verlässt nicht den Bereich der Ausnützung des Kapitals als Quelle. Dies entspricht auch § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 2. Halbsatz EStG („soweit sie der rechnerisch auf die Besitzzeit entfallenden Emissionsrendite entsprechen“). Denn Emissionsrendite ist die Rendite, die ein Anleger beim Durchhalten über die gesamte Laufzeit jährlich erhalten würde. Wird ein Papier vor Fälligkeit veräußert, so realisiert der Veräußerer dem Grunde nach sichere Einnahmen durch einen Veräußerungsgewinn, in dem der Kapitalmarkt die künftigen Zahlungen durch Abzinsung im Kurs antizipiert.⁵⁶ Die Emissionsrendite ermöglicht es, den Anteil des Veräußerers an dem Gesamtertrag des Papiers zu berechnen. In der Emissionsrendite sind bereits zugeflossene Zinsen und Stückzinsen enthalten, die der Veräußerer vom Erwerber erhalten hat. Sie unterliegen schon nach § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 1. Halbsatz EStG der Besteuerung.⁵⁷ Bei der Emissionsrendite handelt es sich um die Rendite eines Wertpapiers oder einer Kapitalforderung, die bei Ausgabe des Papiers oder Begründung der Forde-

53 Vgl. Skizze 1.

54 Der Kurs einer Kombizinsanleihe steigt umso mehr, je weiter die zinslose Zeit fortgeschritten ist. Wird eine solche Anleihe kurz vor Einsetzen der Verzinsung veräußert, so war nach altem Recht der erzielte Kursgewinn, der sich wirtschaftlich als Zinsansammlung für die zinslose Laufzeit darstellt, nicht steuerbar. Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. d EStG ist demgegenüber dieser Kursgewinn steuerpflichtig.

55 Vgl. auch *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 1111.

56 *Wagner*, DStZ 2005, S. 623, 624.

57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 3 vermeidet eine doppelte Erfassung (vgl. *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 1124).

rung vom Emittenten oder Schuldner von vornherein zugesagt wird.⁵⁸ Auf dieser Grundlage kann die Differenz zwischen den Zinsen bis zur Veräußerung bzw. Einlösung und den bis zum Erwerb anfallenden Zinsen ermittelt werden. Nur dieser besitzanteilige Zinsertrag bildet dann die steuerpflichtigen Einnahmen aus Kapitalvermögen, während marktbedingte Kursschwankungen während der Laufzeit bei Zwischenveräußerungen bzw. Abtretungen die als Kapitalertrag zu versteuernde besitzanteilige Emissionsrendite, den sog. Steuerkurs, nicht beeinflussen. Die Veräußerung oder Abtretung zu einem über dem Steuerkurs liegenden Kurs führt so in Höhe des übersteigenden Betrags nicht zu einer steuerbaren Vermögenmehrung.

Diesen Weg verlässt § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG mit der Maßgeblichkeit der Markttrendite. Denn dabei handelt es sich um den Unterschied zwischen Anschaffungskosten (Kurswert einschl. Anschaffungsnebenkosten) und den Einnahmen aus Veräußerung oder Einlösung. Diese Differenz wird maßgeblich von den Kurswerten der Papiere im Anschaffungs- und Veräußerungszeitpunkt bestimmt, so dass marktbedingte Kursschwankungen während der Laufzeit enthalten sind.

Systematisch fügt sich die Maßgeblichkeit der Markttrendite in das traditionelle Bild des § 20 EStG – Besteuerung des Kapitalnutzungsentgelts⁵⁹ – nur insoweit ein, als eine tatsächlich bestehende Emissionsrendite lediglich nicht nachgewiesen wird und § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG als bloße Beweislastregelung dient.

Maßgebliche praktische Bedeutung erlangt die Vorschrift jedoch – gerade mit Blick in die Zukunft – dann, wenn die Ermittlung einer Emissionsrendite von vornherein nicht möglich ist. Denn die Markttrendite wird maßgeblich durch Kursschwankungen bestimmt, die mit einem akkumulierten Zinsertrag nichts mehr zu tun haben, in denen sich vielmehr gerade eine partielle Risikostruktur eines Papiers widerspiegelt. Dabei ist die Markttrendite nicht nur bei einer zwischenzeitlichen Veräußerung oder Abtretung der Anleihe Besteuerungsmaßstab, sondern auch dann, wenn der Ersterwerber das Papier bei Endfälligkeit einlöst.⁶⁰

Anleihekurse steigen bei fallenden Kapitalmarktzinsen und umgekehrt. Der Kurs eines Wertpapiers sinkt im Übrigen auch unabhängig vom Zinsniveau, wenn die Bonität des Schuldners abnimmt und die Gefahr besteht, dass es zu

58 Emissionsrendite ist die vom Emittenten bei der Begebung einer Anlage, d. h. von vornherein zugesagte Rendite, die bis zur Einlösung des Papiers bzw. Endfälligkeit einer Kapitalforderung mit Sicherheit, d. h. mindestens, erzielt werden kann. Maßgeblich ist, dass von vornherein eine bezifferbare Rendite versprochen wird, die mit Sicherheit erzielt werden kann (vgl. BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97, 98 unter II. 3. a) m. w. N.).

59 S.o. unter II. 1.

60 Vgl. *Haisch*, DStR 2002, S. 247.

Ausfällen bei der Zinszahlung bzw. Kapitalrückzahlung kommt.⁶¹ Die Erfassung solcher Wertentwicklungen entspricht nicht dem traditionellen Bild eines Kapitalnutzungsentgelts.

Indem die Markttrendite aber auch kapitalmarktbedingte Kursveränderungen umfasst, kann die Ermittlung der Erträge nach der Emissions- oder nach der Markttrendite nur dann zum selben Ergebnis führen, wenn sich das Zinsniveau nicht ändert.

Vor diesem Hintergrund wird gefordert, entweder § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG verfassungskonform so auszulegen, dass alle eindeutig marktbedingten Kursschwankungen (Zinsänderungen, Bonitätsveränderungen, Zahlungseinstellungen, Zahlungswiederaufnahmen, Zinsnachzahlungen, Umschuldungen usw.) steuerlich nicht erfasst werden oder die Verfassungswidrigkeit der Norm nach Maßgabe von Art. 100 GG zur Geltung zu bringen.

Unterliegt die Realisierung von Vermögensmehrungen, deren Ursache nicht verdeckter Zins, sondern Kursveränderungen sind, der Besteuerung, stellt sich angesichts der dargelegten Systematik von § 20 EStG die Frage der System- bzw. Gleichheitswidrigkeit. Dem ist – was sogleich zu zeigen sein wird – im Wege einer Tatbestandsbegrenzung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG Rechnung zu tragen.

III. Tatbestandseingrenzung von steuerbaren Wertveränderungen bzw. Kapitalerträgen aus Veräußerungsvorgängen

1. Systematische und gleichheitsrechtliche Vorgaben

a) Abstrakte Maßstäbe

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG besteht die maßgebliche Begrenzung der Gestaltungsfreiheit des Steuergesetzgebers durch Art. 3 Abs. 1 GG im Gebot der Ausrichtung der Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit und dem Gebot der Folgerichtigkeit als zwei eng miteinander verbundenen Linien.⁶² Unter dem Aspekt der gesetzlichen Folgerichtigkeit verlangt das BVerfG für den Sachbereich des Steuerrechts Gestaltungsgleichheit. Der Gesetzgeber habe zwar bei der Auswahl des Steuergegenstandes und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen weitreichenden Entscheidungsspielraum. Nach Regelung dieses Ausgangstatbestandes habe er aber die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerich-

61 Diese Ereignisse sind in den Anleihekursen enthalten und dürfen lt. BMF nicht im Rahmen von § 20 EStG berücksichtigt werden (vgl. BMF vom 14.7.2004 IV C 1 – S 2252–171/04, BStBl. I 2004, 611)

62 Beschluss des 2. Senats vom 4.12.2002 2 BvR 400/98, 1735/00, BVerfGE 107, S. 27 m. w. N.

tig umzusetzen.⁶³ Ziel einer solchen systemkonsequent an der individuellen Leistungsfähigkeit orientierten Steuergesetzgebung ist ein gleicher Belastungserfolg.⁶⁴ Die Abweichung von einer vom Gesetzgeber sonst anerkannten Sachgesetzlichkeit indiziert einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot. Eine Systemabweichung kann jedoch als Ausnahmeregelung sachlich zu rechtfertigen sein.⁶⁵

Damit wird die gesetzliche Systemkonsequenz zum verfassungsrechtlichen Maßstab. Zu fragen ist, welchen in der Besteuerung der Kapitalerträge gem. § 20 EStG angelegten Systemvorgaben die Einbeziehung von Wertentwicklungen der Kapitalanlage als solcher zu genügen hat.

*b) Kapitalertrag vs. Wertentwicklung des Papiers –
Realisierung eines Spekulationsrisikos*

Nach der im EStG angelegten grundsätzlichen Systematik soll § 20 EStG – wie oben⁶⁶ – das Entgelt für die Überlassung von Kapital zur Fremdnutzung erfassen. Diese Nutzung des Kapitals als sog. Quelle ist abzugrenzen von der Nutzung der Werthaltigkeit der Quelle selbst, welche nur über §§ 17, 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG der Besteuerung unterliegt.⁶⁷ Es ist zwischen dem Kapitalvermögen als solchem und dem Ertrag als Frucht des Kapitals zu differenzieren. Wertveränderungen der Kapitalanlage als solche wirken sich auf die Besteuerung der erzielten Erträge im Rahmen des § 20 EStG nicht aus.⁶⁸ Aus Wertsteigerungen können sich jedoch dann Kapitalerträge i.S.v. § 20 EStG ergeben, wenn in ihnen Nutzungen enthalten sind.⁶⁹

Nicht in die Systematik der Besteuerung des Kapitalertrags i.S.v. § 20 EStG als Nutzungsentgelt einzubinden sind Spekulationserträge. Es gilt zu klären, inwieweit spekulative Elemente der jeweiligen Modellgestaltung ein Papier zum rein spekulativen Instrument machen, das § 20 EStG nicht unterfällt. Insoweit deckt sich die Frage, wann die Markttrendite der Besteuerung unterliegen kann, mit der Frage, wann § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG („Rückzah-

63 BVerfG, Beschluss vom 4.12.2002 2 BvR 400/98, 1735/00, BVerfGE 107, S. 27, 47 m. w. N.

64 BVerfG, Beschluss vom 22.6.1995 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, S. 121, 134.

65 Dabei ist der Gleichheitssatz umso strikter, je mehr er den Einzelnen als Person betrifft und umso mehr für gesetzgeberische Gestaltungen offen, als allgemeine, für rechtliche Gestaltungen zugängliche Lebensverhältnisse geregelt werden (BVerfG, Beschluss vom 30.9.1998 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, S. 88). Alleine eine systematische Unterscheidung durch den Gesetzgeber kann eine Ungleichbehandlung in den Rechtsfolgen nicht rechtfertigen.

66 S.o. unter II. 1.

67 Vgl. Fn. 8, 19.

68 BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter II. 3. a) m. w. N.

69 Vgl. BFH, Urteil vom 2.3.1993 VIII R 13/91, BFHE 171, S. 48, BStBl. II 1993, 602 m. w. N.

lung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung zur Nutzung, auch wenn die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt“) nicht anzuwenden ist, weil es um Vermögenszuwächse aus Instrumenten rein spekulativen Charakters geht.⁷⁰ Denn der Wortlaut von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG erfasst auch Fälle, in denen die Rückzahlung des überlassenen Kapitals nicht zugesagt ist und auch das zugesagte Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung von einem ungewissen Ereignis abhängt. Der Wortlaut von § 20 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 EStG bezieht dabei gerade auch Fälle der Ungewissheit der Kapitalrückzahlung bei gleichzeitiger Gewährung eines Entgelts in Abhängigkeit von einem ungewissen Ereignis in die Steuerbarkeit ein. Erfasst sind Schuldverschreibungen mit indexbezogener Kapitalrückzahlung, bei denen also die Rückzahlung des überlassenen Kapitals an einen bestimmten Index gebunden ist. Hier besteht auch die Möglichkeit, dass der Steuerpflichtige in Abhängigkeit vom Indexstand eine höhere Kapitalsumme zurück erhält, als er überlassen hat. Dieser Mehrertrag soll wie die laufenden Zinsen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerpflichtig sein.⁷¹ Zu fragen ist, inwieweit die Steuerbarkeit positiver wie negativer Veräußerungserträge die Garantie einer bestimmten Mindestrückzahlung verlangt.⁷²

Ob das Kapital – der hingegebene Geldbetrag – vollständig zurückgezahlt werden muss, um die Steuerbarkeit zu begründen, ist gesetzlich nicht eindeutig bestimmt.⁷³ Die Finanzverwaltung möchte bei § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG eine teilweise Kapitalrückzahlung ausreichen lassen.⁷⁴ Verluste am Kapitalstamm könnten u. U. als negatives Emissionsdisagio zu behandeln sein, das parallel zur Behandlung des positiven zu negativen Einkünften führte.⁷⁵ Dann müsste aber zumindest ein Entgelt auch zugesagt sein, um den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 1 EStG zu erfüllen.⁷⁶

Jedenfalls dann, wenn die Rückzahlung nicht unbedingt versprochen und auch die Höhe des Entgelts ungewiss, d. h. ggf. Null ist, ist von einem rein spekulativen Instrument auszugehen.⁷⁷ Besteht die Möglichkeit eines Totalverlusts, scheidet § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG aus.⁷⁸ Jedenfalls nicht als steuerbare Finanzinnovation einzustufen sind Zertifikate, die sich auf Bezugsgrößen beziehen, nach denen zum Zeitpunkt der Emission das Risiko eines Total-

70 Vgl. BT-Drucks. 12/6078, 122 und 12/6856, S. 25.

71 *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 822.

72 Dazu sogleich sub III. 2. a) bb).

73 So *Haisch/Danz*, DStR 2005, S. 2108 – Bezug nehmend auf FG München, Urteil vom 4.5.2004 2 K 2385/03, EFG 2005, S. 1868.

74 Vgl. BMF vom 16.3.1999 IV C 1 – S 2252–87/99, BStBl. I 1999, 433; OFD Kiel vom 7.3.2003 S 2252 A – St 231, StEK EStG § 20 Nr. 308.

75 *Hamacher*, in Korn, EStG, § 20 Rz. 165.

76 Vgl. dazu sub III. 2. a) bb).

77 Zur Ausgrenzung rein spekulativer Kapitalforderungen aus dem Tatbestand von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG stv. *Haisch/Danz*, DStR 2005, S. 2108, 2109 m. w. N.

78 Zutreffend und eingehend *Haisch/Danz*, DStR 2005, S. 2108, 2111 m. w. N.

verlustes besteht.⁷⁹ Kein Kapitalertrag i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG liegt vor, wenn sowohl die Rückzahlung des Kapitalvermögens als auch der Kapitalertrag unsicher sind. Dies gilt insbesondere für Full-Index-Link-Anleihen, bei denen sowohl der Ertrag als auch die Rückzahlung des Kapitals an einen bestimmten Index gekoppelt ist,⁸⁰ für Discount-Zertifikate⁸¹ auf Einzelaktien oder Aktienbaskets, Aktienindexzertifikate⁸² und bestimmte Hedgefonds-Zertifikate ohne Kapitalgarantie.⁸³ Erfasst werden demgegenüber Indexanleihen, denen die Rückzahlung des Kapitalvermögens versprochen aber die Höhe des Entgelts ungewiss ist.⁸⁴

2. Tatbestand steuerbarer Kapitalerträge aus Veräußerungsvorgängen

a) Tatbestandseingrenzung

Zu klären gilt es, inwieweit aus gleichheitsrechtlichen wie systematischen Gründen die Steuerbarkeit der Marktrendite wegen der Einbeziehung der Wertentwicklung der jeweiligen Anlage tatbestandlich einzugrenzen ist und inwieweit die Steuerbarkeit eines Papiers unter Zugrundelegung der Marktrendite eine garantierte Kapitalrückzahlung verlangt.

⁷⁹ Stv. *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 823.

⁸⁰ *Harenberg*, NWB Fach 3, S. 9825, 9840; *ders.*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 850.

⁸¹ Ein Discount-Zertifikat bedeutet ein Kassageschäft (Kauf der zugrunde liegenden Aktie) verbunden mit dem Abschluss eines Termingeschäfts (Verkauf einer Verkaufsoption). Parallel strukturiert sind Aktienanleihen, jedoch mit dem Unterschied, dass aus der Optionsprämie ein fester Zinskupon finanziert wird. Das Discount-Zertifikat unterliegt außerhalb der Jahresfrist nicht der Besteuerung (vgl. Busch, BB 2005, S. 1765, 1769). Bei einem isolierten Stillhaltergeschäft ist die vereinnahmte Optionsprämie steuerpflichtig (§ 22 Nr. 3 EStG; BFH, Urteil vom 28.11.1990 X R 197/87, BFHE 163, S. 175, BStBl. II 1991, 300). Auch die verzinsliche Aktienanleihe unterliegt der vollen Steuerpflicht (OFD Kiel vom 3.7.2003 S 2252 A – St 231, EStK § 20 EStG, Karte 3.0 Stichwort Aktienanleihen). Dieser grundsätzlichen Einordnung folgt die Finanzverwaltung für Discount- und Index-Zertifikate (BMF vom 27.11.2001 IV C 3 – S 2256–265/01, BStBl. I 2001, 986, Rz. 45–50). Zertifikate, die vollständig oder teilweise die Kursentwicklung von Rentenpapieren einschließlich Zinsen abbilden, werden demgegenüber nicht einheitlich gesehen (für Steuerpflicht *Lohr/Kanzler*, DB 1998, S. 2341; a.A. OFD Düsseldorf vom 28.10.2004 S 2210 A – St 212, S 2210–10 – St 222 – K, DB 2004, S. 2450; OFD Münster vom 28.10.2004 S 2128–30 – St 22–33, DB 2004, S. 2450).

⁸² Bei Aktienindexzertifikaten, die auf einen Performanceindex abstellen, erhöhen Dividendenzahlungen den Referenzindexwert, sodass Dividenden in nicht steuerbare Wertsteigerungen transformiert werden.

⁸³ Bei Hedgefonds-Zertifikaten ist stets zu fragen, ob das Investmentsteuergesetz Anwendung findet (dazu BMF vom 2.6.2005 IV C 1 – S1980–1 – 87/05, BStBl. I 2005, 728 Rz. 3–9).

⁸⁴ *Hamacher*, in Korn, EStG, § 20 Rz. 165.

aa) Zur Einbeziehung der Wertentwicklung der jeweiligen Anlage

Die Erfassung des Unterschieds zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Einlösung, Veräußerung bzw. Abtretung als Kapitalertrag ist – um mein Ergebnis vorweg zu stellen – für solche Wertpapiere und Kapitalforderungen ohne Emissionsrendite, bei denen ein vereinbartes Kapitalnutzungsentgelt rechnerisch vernünftigerweise nicht von einer realisierten Wertentwicklung des Papiers abgrenzbar ist, als Abweichung vom Binnensystem des § 20 EStG sachlich gerechtfertigt.⁸⁵

Diese Rechtfertigung gelingt mit Blick darauf, dass § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG i.d.F. des StÄndG 2001 darauf gerichtet ist, wirtschaftliche Lebenssachverhalte in Gestalt der Anlage in sog. Finanzinnovationen zu erfassen, bei denen es typischerweise darum geht, die wirtschaftliche Nutzung des Kapitalvermögens durch entgeltliche Überlassung an einen Dritten mit der Abschöpfung von Kursdifferenzen zu verbinden und dabei auch etwaige Kursgewinne der Besteuerung zuzuführen. Dies stellt eine Anpassung der Einkunftsart des § 20 EStG an neue wirtschaftliche Gestaltungen dar. Die systematische Differenzierung zwischen Kapitalnutzung und Kapitalverwertung bzw. Ertrags- und Vermögenssphäre stößt auf strukturelle Grenzen, soweit wirtschaftliche Lebenssachverhalte der Besteuerung unterworfen werden sollen, bei denen das jeweilige Papier nach seiner typischen Gestaltung und zugrunde liegenden wirtschaftlichen Intention gerade auf eine Kombination von Kapitalnutzung durch entgeltliche Überlassung und

85 Vgl. auch BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter 3. a) – Die Annahme einer Systemabweichung setzt voraus, dass die jeweiligen Papiere mit einem Ertrag besteuert werden, dem der Charakter eines Nutzungsentgelts gerade nicht zukommt. Hiergegen spricht zwar, dass im Rahmen dieser Zertifikate der Steuerpflichtige in Gestalt des Entgelts für den Erwerb bei wirtschaftlicher Betrachtung mit der Intention Kapital hingibt, diese Hingabe möglichst hoch im Zeitpunkt von Einlösung oder Endfälligkeit vergütet zu bekommen. Wirtschaftliches Streben nach einem möglichst hohen Entgelt rechtfertigt aus der Anlegerperspektive die Eingehung des Risikos von Kursschwankungen, die sich auf die gewollte Rendite positiv wie negativ auswirken können. Ausgehend von dieser wirtschaftlichen Intention der steuergesetzlich zu erfassenden Lebenssachverhalte spricht vieles dafür, die Kursdifferenz als Bestandteil des systemgerecht zu erfassenden Nutzungsentgelts im Rahmen von § 20 EStG zu begreifen; denn § 20 EStG soll gerade das für die wirtschaftliche Hingabe von Kapital angestrebte Nutzungsentgelt steuerlich abschöpfen. Hierfür spricht auch der systematische Vergleich mit § 20 Abs. 1 Nr. 2 und 4 EStG, welche durchaus ungewisse Erträge in Gestalt erfolgsabhängiger Vergütungen als Kapitalerträge erfassen. Dies kann jedoch dahinstehen. Jedenfalls mit Blick darauf, dass § 20 EStG systematisch von einer objektiven Unmaßgeblichkeit jeglicher Wertveränderungen der Kapitalanlage ausgeht, ist eine steuerliche Abschöpfung von Kursdifferenzen im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 und 4 EStG jedenfalls als Abweichung von diesem Binnensystem des § 20 EStG zu rechtfertigen.

Ausschöpfung der Werthaltigkeit des Kapitals gerichtet sind.⁸⁶ Die systematisch gebotene umfassende steuerliche Abschöpfung (nur) des Kapitalnutzungsentgelts kann dabei nicht gewährleistet werden, da dieses nicht im traditionellen Sinne von der Wertentwicklung abgrenzbar ist. Gerade dies kennzeichnet die gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 Alt. 2 EStG mit der Marktrendite zu erfassenden Finanzinnovationen.

Die systemerweiternd geregelten Papiere, insbesondere Index-Zertifikate,⁸⁷ stellen eine Anlageform dar, über die für eine Überlassung von Kapital auf Zeit ein möglichst hohes Entgelt im wirtschaftlichen Sinne erzielt werden soll. Der Anleger stellt dabei dem Emittenten in Gestalt des Entgelts für den Erwerb Kapital zur Verfügung und erhält dieses Kapital jedenfalls bei Endfälligkeit zurück, wobei das wirtschaftliche Entgelt für die Nutzungsüberlassung – ggf. in unterschiedlichem Ausmaß – von einem ungewissen Ereignis, etwa dem DAX-Wert abhängt. Konstruktiver Bestandteil einer solchen Finanzinnovation ist die Einbindung von Kursgewinnen in das Entgelt für die Kapitalüberlassung. Der Kursgewinn ist im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung der Parteien untrennbar mit einem Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung verwoben. Insoweit unterscheiden sich die Kursgewinne aus derartigen Index-Zertifikaten von der allgemeinen § 20 EStG zugrunde liegenden Nichtsteuerbarkeit von Wertveränderungen der Kapitalanlage als solcher, die typischerweise in einem Veräußerungsgeschäft für eine etwaige Besteuerung manifest wird. Derartige Finanzinnovationen sind so beschaffen, dass eine Trennung zwischen Ertrags- und Vermögensebene nicht in praktikabler Weise nachvollziehbar ist, vielmehr beide Ebenen rechnerisch nicht abgrenzbar, nicht eindeutig bestimmbar sind. Es ist nicht bezifferbar, in welcher Höhe von einem Vermögensgewinn auszugehen wäre. Vielmehr bleibt rechnerisch unklar, was als Kurssteigerung und was als davon zu trennendes Nutzungsentgelt zu begreifen ist. Die wirtschaftliche Ausgestaltung etwa von DAX-Zertifikaten steht gerade einer rechnerischen Differenzierung zwischen Nutzungsentgelt und bloßem Kursgewinn entgegen. Wollte man eine solche Differenzierung gleichwohl durchführen, würde es für eine Schätzung an vernünftigen Schätzungsgrundlagen fehlen. Jedenfalls entstünde ein unverhältnismäßiger Verwaltungsaufwand, bedenkt man, dass das Spektrum möglicher Finanzinnovationen eine ganz erhebliche Fülle unterschiedlich enger Verkoppelungen von ausgrenzbarem Nutzungsentgelt und Kursgewinn birgt.

Im Hinblick darauf liegt es im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit hinsichtlich solcher wirtschaftlicher Fallgestaltungen, bei denen eine Differenzierung zwischen Nutzungsentgelt und Kursgewinn im Ergebnis

⁸⁶ Vgl. *Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 104 mit dem Hinweis, dass es im flat-price von Festzinsanleihen zu einer nicht mehr entwirrbaren Vermengung von Zinssurrogaten und Veränderungen auf der Vermögensebene komme.

⁸⁷ Vgl. dazu im Einzelnen unter IV. 2. a).

kaum möglich ist, weil die jeweilige Finanzinnovation nach der Art ihrer Gestaltung den Kursgewinn als Nutzungsentgelt einbezieht, auch den Kursgewinn als Nutzungsentgelt zu erfassen. Denn die Regelung trägt zum einen der wirtschaftlichen Intention der zu erfassenden Finanzinnovationen Rechnung, zum anderen genügt sie unter möglichster Wahrung der systematischen Abgrenzung von Kapitalnutzung und Ausnutzung der Wertveränderung des Kapitals bzw. § 20 EStG und §§ 17, 23 EStG den Anforderungen einer möglichst umfassenden steuerlichen Abschöpfung des Kapitalnutzungsentgelts. Insoweit kann der Kursgewinn bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Zinsertrag⁸⁸ jedenfalls gleichgestellt werden.

Dabei ist entsprechend der grundsätzlichen Rechtfertigung der mit § 20 Abs. 2 Satz 1 EStG verbundenen Systemabweichung eine tatbestandsmäßige Eingrenzung der von § 20 Abs. 2 Satz 1 EStG erfassten Finanzinnovationen geboten. Der Tatbestand der sonstigen Kapitalforderungen, bei denen die Höhe der Erträge von einem ungewissen Ereignis abhängt (fehlende Emissionsrendite, § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c bzw. d EStG), ist als sachgerechte Erfassung gerade solcher Anlagen einzuordnen, bei denen ihrer Ausgestaltung nach Nutzungsentgelt und Kursgewinn ineinander verwoben und rechnerisch nicht abgrenzbar sind.

Im Vergleich zu solchen Papieren entsteht auch keine unverhältnismäßige Benachteiligung von Kapitalanlagen, bei denen vereinbartes Kapitalnutzungsentgelt bzw. Ertragsebene und realisierte Wertentwicklung des Papiers bzw. Vermögensebene nicht stattfindet.⁸⁹ Vielmehr gilt es, Finanzinnovationen der genannten Art in das gesetzliche System der Trennung von Nutzungsentgelt und Ausnutzung des Kapitalwerts einzubinden. Einer entsprechenden Einbindung bedarf es etwa bei Kursänderungen von festverzinslichen Wertpapieren oder Aktien nicht, da insoweit eine Vermengung von Kapitalnutzungsentgelt und Wertentwicklung des Papiers nicht in gleicher Weise stattfindet.

Werden die erfassten sonstigen Kapitalforderungen ohne von vornherein bestimmte Emissionsrendite typisierend auf Finanzinnovationen begrenzt, bei denen Nutzungsertrag und Kursgewinn nicht eindeutig bestimmbar bzw. rechnerisch abgrenzbar, sondern in einer Weise miteinander verwoben sind, dass beide nicht praktikabel getrennt werden können, so sind gleichheitsrechtliche Bedenken gegen die Ermittlung des Kapitalertrags nach der vorgenannten Marktrendite, die sich darauf beziehen, dass der auf Kursänderungen des Wertpapiers beruhende Gewinn als Kapitalertrag qualifiziert wird, während dies bei Veräußerungsgewinnen, die beispielsweise auf

88 Vgl. BFH, Urteil vom 10.7.2001 VIII R 22/99, BFH/NV 2001, 1555 unter II. 1. b) bb).

89 Vgl. BFH, Urteil vom 5.11.2002 IX R 48/01, BFHE 201, S. 46, BStBl. II 2003, 646 unter II. 1. a) m. w. N.

Kursänderungen von festverzinslichen Wertpapieren oder Aktien beruhen, nicht der Fall ist,⁹⁰ nicht durchschlagend.

Der dargelegte Gesetzeszweck, der es rechtfertigt, auch Anlagen mit fehlender Emissionsrendite mit der Marktrendite den Einkünften aus Kapitalvermögen zu unterwerfen, zwingt andererseits aber dazu, Überschüsse nicht als Kapitalertrag zu behandeln, bei denen entsprechend der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung aufgrund der Art ihrer Berechnung eindeutig feststeht, dass es sich auch bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht um ein Entgelt für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung handeln kann. Hiervon ist etwa auszugehen, wenn der Überschuss zwischen Kaufpreis und Einlöschungsbetrag bzw. Veräußerungsentgelt eines Papiers allein auf einer Veränderung des Wechselkurses und nicht einem Kursgewinn des Papiers beruht.⁹¹ Hierauf hat der Gesetzgeber in der Weise reagiert, dass in § 20 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz EStG bei Wertpapieren und Kapitalforderungen in einer ausländischen Währung der Unterschied in dieser Währung zu ermitteln ist. Auch jenseits dessen sind solche positiven oder negativen Erträge aus einer Wertentwicklung des hingegebenen Kapitals nicht als Marktrendite zu besteuern, die sich eindeutig von einem im Einzelfall im Rahmen einer sog. Finanzinnovation vereinbarten Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung unterscheiden lassen. Hierauf wird im Kontext typischer Anlageformen noch näher einzugehen sein.⁹²

bb) Zur Relevanz der Kapitalrückzahlung

Ausgehend von den dargelegten Rechtfertigungsgrundsätzen ist auch die streitige Frage zu beantworten, ob das Kapital – der hingegebene Geldbetrag – vollständig zurückgezahlt werden muss.⁹³

Bei Kapitalforderungen ohne Emissionsrendite kann – je nach der Art ihrer Gestaltung – eine rechnerische Differenzierung zwischen vereinbartem Kapitalnutzungsentgelt und realisierter Wertentwicklung des Papiers als solchem in doppelter Hinsicht vernünftigerweise nicht in Betracht kommen:

90 Vgl. BFH, Urteil vom 10.7.2001 VIII R 22/99, BFH/NV 2001, 1555 unter II. 1. b) aa).

91 Vgl. BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter II. 3. b).

92 S. unten IV. 1. a) und 2. b).

93 So etwa *Haisch/Danz*, DStR 2005, S. 2108; *Geurts*, in *Bordewin/Brandt*, § 20 EStG Rz. 344; v. *Beckerath*, in *Kirchhof*, EStG, § 20 Rz. 302; *Delp*, Inf. 1998, S. 577; a. A. – teilweise Kapitalrückzahlung ausreichend – BMF vom 16.3.1999 IV C 1 – S 2252–87/99, BStBl. I 1999, 433 und vom 21.8.2000 IV C 1 – S 2252–205/00; OFD Kiel vom 7.3.2003 S 2252 A – St 231, StEK EStG § 20 Nr. 308; OFD München vom 23.7.2002 S 2252–82 St 41, ESt-Kartei OFD München/Nürnberg, § 20 Karte 15.1; *Bödecker/Geitzenauer*, FR 2003, 1209, 1212; *Hamacher*, in *Korn*, EStG, § 20 Rz. 165, zur Behandlung von Verlusten am Kapitalstamm als negatives Emissionsdisagio, das parallel zur Behandlung der positiven zu negativen Einkünften führte.

zum einen, weil – wie dargelegt – kein rechnerisch abgrenzbares Kapitalnutzungsentgelt vereinbart ist, zum anderen, weil lediglich eine geringe Kapitalrückzahlung garantiert ist. Insoweit ergibt sich die Vermengung von Ertrags- und Vermögensebene jenseits der dargelegten Problematik des nicht abgrenzbaren Nutzungsentgelts⁹⁴ auch daraus, dass angesichts der geringen Mindestrückzahlung nicht abgrenzbar ist, welcher positive/negative Betrag als Bestandteil des Veräußerungsentgelts Kapitalrückzahlung bzw. Verlust auf der Vermögensebene darstellt.⁹⁵

Die Frage, ob der Tatbestand von § 20 Abs. 1 Nr. 7 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c bzw. d EStG eine volle Kapitalrückzahlung verlangt, und wenn nein, ob eine Geringfügigkeitsgrenze eingeführt werden sollte, obwohl der Gesetzestatbestand ohne eine Bezifferung arbeitet, ist jedoch zu verneinen.

Unzweifelhaft betrifft eine negative Differenz zwischen Kapitalhingabe und (garantierter) Kapitalrückzahlung die grundsätzlich im Rahmen von § 20 EStG nicht steuerbare Vermögensebene. In Gestalt einer solchen Differenz realisiert sich das mit dem Papier der Art seiner Ausgestaltung nach verbundene Risiko eines Kapitalausfalls. Es geht insoweit zweifelsohne nicht um ein negatives Kapitalnutzungsentgelt. Auch hierauf ist die dargelegte – systematisch wie gleichheitsrechtlich gebotene – Tatbestandseingrenzung zu erstrecken.

Ein solcher Veräußerungserlös ist aber nicht etwa insgesamt nicht steuerbar. Vielmehr ist lediglich das eindeutig bezifferbare Risiko eines Kapitalausfalls dem im Rahmen von § 20 EStG nicht steuerbaren Bereich zuzuordnen. In der Konsequenz ist ein etwaiger positiver Veräußerungserlös zwar in Höhe der Differenz von vollem Kapital und Mindestrückzahlung nicht steuerbar, jenseits dessen aber schon.

Auch damit wird der weite Gesetzeswortlaut von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c und d, Satz 2 EStG – Marktrendite – lediglich insoweit eingegrenzt, als dies angesichts einer in der Art der Gestaltung der jeweiligen Zertifikate angelegten Vermengung von Nutzungsentgelt und realisierter Wertentwicklung geboten ist. Lediglich der von vornherein sicher abgrenzbare Bereich des Risikos eines Vermögensverlustes wird von der Steuerbarkeit ausgenommen.

Für die Bestimmung dieses nichtsteuerbaren Risikobereichs nach Maßgabe einer Geringfügigkeitsgrenze – etwa i. H. v. 10 v.H. – bietet weder der Gesetzeswortlaut einen Anhaltspunkt noch besteht ein Bedürfnis oder ein sachlicher Grund dafür, da es sich um einen klar und eindeutig bestimmbar Betrag handelt.

94 S.o. aa).

95 Vgl. Skizze 1.

b) Systematik von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG

Die dargelegte Rechtfertigung einer – begrenzten – Erstreckung der Einkünfte aus Kapitalvermögen auf eine realisierte Wertentwicklung des Papiers führt zu einer systematischen Zweispurigkeit von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG hinsichtlich der Berechnung des steuerpflichtigen Kapitalertrags nach der Marktrendite: Es handelt sich einerseits um die typisierende Erfassung einer vorhandenen Emissionsrendite als Beweislastregel, andererseits um die originäre Abschöpfung auch von Wertsteigerungen bei Papieren mit fehlender Emissionsrendite und fehlender Abgrenzbarkeit des Kapitalnutzungsentgelts.⁹⁶

Diese Binnensystematik von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ist konsequent auch bei der Bestimmung der Marktrendite im Einzelnen zu verfolgen. Relevant wird dies etwa bei Wertveränderungen der Kapitalanlagen, die sich aus einer Zahlungseinstellung eines Emittenten oder der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ergeben können sowie für die Berücksichtigung von Anschaffungs- oder Veräußerungskosten.

Soweit die Finanzverwaltung ertragsbeeinflussende Faktoren, die außerhalb des Kapitalmarktes wirken, bei der Renditeberechnung (Marktrendite) unberücksichtigt lassen will,⁹⁷ erscheint dies nur insoweit schlüssig, als die Marktrendite eine typisierende Erfassung der Emissionsrendite sein soll, d. h. im Rahmen des Modells einer Beweislastregel, nicht aber, soweit es darum geht, Wertsteigerungen der Besteuerung zuzuführen. Denn insofern hat derselbe Maßstab zu gelten wie im Rahmen von § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG. Soweit aber Bonitätsveränderungen auf Schuldnerseite zu eindeutig von einem Kapitalnutzungsentgelt abgrenzbaren Wertveränderungen auf der Vermögensebene führen, sind diese nicht steuerbar.⁹⁸

Auch die Berücksichtigung von Anschaffungsnebenkosten ist an der systematischen Zweispurigkeit des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG zu orientieren:⁹⁹ Soweit originär Wertveränderungen des Vermögensbereichs zu erfassen sind – dies betrifft die Fälle der Verknüpfung von Kapitalnutzungsentgelt und etwaige Wertsteigerung –, sind entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung¹⁰⁰ bei Berechnung des Kapitalertrags nach der Marktren-

⁹⁶ Vgl. Skizze 3.

⁹⁷ OFD Frankfurt/M. vom 23.10.2003 S 2252 A – 42 – St II 3.04, DStZ 2004, S. 97; zum alten Recht stv. BMF vom 7.2.1995 IV B 4 – S 2252–6/95; w.N. bei *Haisch*, DStR 2002, S. 247, 248.

⁹⁸ Vgl. dazu auch unten IV. 1. a) und 2. b).

⁹⁹ Gegen einen Ansatz von Bankprovisionen und Spesen als Veräußerungskosten im Rahmen der Marktrendite *Schalburg*, StW 2005, S. 123, 125; a. A. *Harenberg/Irmer*, Die Besteuerung Privater Kapitaleinkünfte, 3. Aufl. 2003, Rz. 960; zur Problemstellung *Hamacher*, in Korn, EStG, § 20 Rz. 195.3.

¹⁰⁰ BMF vom 30.1.1995 IV B 4 – S 2252–592/94; OFD Berlin vom 28.5.1998 St 449 – S – 2252–2/95, StEK EStG § 20 Nr. 236; OFD Frankfurt/M. vom 18.1.2001 S 2252

dite Anschaffungs- und Nebenkosten als Werbungskosten abzuziehen.¹⁰¹ Demgegenüber dürfen Aufwendungen, die die Emissionsrendite nicht beeinflussen, auch nicht berücksichtigt werden, wenn mittels der Marktrendite lediglich die Emissionsrendite im Rahmen einer Beweislastregel typisierend erfasst werden soll.

IV. Typische Anlageformen

Ausgehend von der dargelegten systematischen Struktur von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c und d, Satz 2 EStG sind für die steuerliche Behandlung im ersten Schritt Papiere mit und ohne Emissionsrendite zu unterscheiden.¹⁰²

Im zweiten Schritt ist nach der rechnerischen Abgrenzbarkeit von Kapitalnutzungsentgelt und realisierter Wertentwicklung nach der Art der Gestaltung des jeweiligen Papiers zu fragen.¹⁰³ Die sich hieraus erschließende Bestimmung des steuerbaren Kapitalertrags möchte ich im Folgenden anhand typischer Anlageformen näher erläutern.¹⁰⁴

1. Papiere mit Emissionsrendite

a) Grundsätzliche Einordnung und Beispiele

Papiere mit Emissionsrendite sind beispielsweise festverzinsliche Wertpapiere, Kombi- oder Gleitzinsanleihen, Step-up- oder Step-down-Anleihen und Stufen-Zins-Anleihen.

Bei festverzinslichen Wertpapieren zählt der Einlösungs- oder Veräußerungsgewinn aus einem Emissionsdisagio¹⁰⁵ beim Ersterwerber grundsätzlich zu den steuerpflichtigen Einnahmen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG.¹⁰⁶ Zu unterscheiden vom Emissionsdisagio sind

A 42 – St II 32, § 20 Fach 3 Karte 21, EStK: Die mit Erwerb oder Veräußerung im Zusammenhang stehenden Nebenkosten wie z. B. Bankprovisionen und Spesen werden nicht in die Berechnung der Bemessungsgrundlage nach der Marktrendite einbezogen.

101 *Haisch*, DStR 2002, S. 247, 248 m. w. N.; zur Problemstellung *Hamacher*, in Korn, EStG, § 20 Rz. 195.3.

102 Vgl. Skizze 2.

103 Vgl. Skizze 1 und 2.

104 Vgl. Skizze 4.

105 Vgl. dazu *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 810 Stichwort: Disagio-Anleihen.

106 Zufluss tritt mit der Rückzahlung der Anleihe ein. Bei Veräußerung vor Fälligkeit ist das Emissionsdisagio besitzanteilig zu versteuern. – Die Finanzverwaltung sieht aus Vereinfachungsgründen von der steuerlichen Abschöpfung des Emissionsdisagio ab, wenn dieses einem bestimmten Prozentsatz des Anleihennomi-

Abschläge auf den Anleihennennwert, die durch gestiegene Kapitalmarktzinsen nach Emission verursacht werden. Der Zweiterwerber einer Anleihe, der diese zu einem Kurs unter dem Rückzahlungskurs bei Fälligkeit kauft, kann den Unterschiedsbetrag zum Rückzahlungsbetrag bei Einlösung steuerfrei realisieren.¹⁰⁷

Bei flat (ohne gesonderte Berechnung von Stückzinsen)¹⁰⁸ gehandelten festverzinslichen Wertpapieren (insbesondere Fremdwährungsanleihen und Genussscheine) sind die Laufzeitzinsen im Kurs enthalten und werden über den Kurs mit dem Veräußerungsentgelt an den Veräußerer gezahlt.¹⁰⁹ Der zeitanteilig angewachsene Zinsanspruch spiegelt sich in einem höheren Kurswert wieder. Erwirbt der Anleger einen solchen Genussschein unmittelbar nach Ausschüttung, hält er das Papier länger als ein Jahr und veräußert er es unmittelbar vor dem darauf folgenden Ausschüttungstermin außerhalb der Spekulationsfrist wieder, so kann er die Ausschüttung aus den Genussscheinen (alle zwei Jahre) steuerfrei vereinnahmen.¹¹⁰

Ein Kapitalverlust aus einer vorzeitigen Einlösung von Gleitzins-Schuldverschreibungen kann nicht im Rahmen der Bestimmungen der Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG nach der Markrendite (Differenzmethode) steuermindernd berücksichtigt werden. Dies erschließt sich zunächst problemlos, wenn die Emissionsrendite der Schuldverschreibungen nachgewiesen ist,¹¹¹ so dass die Kapitalerträge gem. § 20

nalbetrags nicht überschreitet je nach Laufzeit 1 v.H. bis maximal 6 v.H.; vgl. BMF vom 24.11.1986 IV B 4 – S 2252–180/86, BStBl. I 1986, 539.

107 Vgl. BFH, Beschluss vom 5.8.2005 VIII B 133/04, BFH/NV 2005, S. 2187: Ein den Nennwert übersteigender Erlös aus der Veräußerung eines festverzinslichen Wertpapiers fließt dem bisherigen Gläubiger des Kapitalvermögens nicht vom Schuldner, sondern vom Erwerber der Forderung zu. Es handelt sich dabei, anders als bei einem Preisnachlass anlässlich der Ausgabe des Papiers (Emissionsdisagio), nicht um eine Frucht des Geldkapitals oder um ein Entgelt für die Kapitalnutzung.

108 Bei Verkauf einer Anleihe rechnerisch auf den laufenden Zinszahlungszeitraum entfallene Zinsen, die – so börsenüblich in der BRD – bei Veräußerung der Anleihe mit den dazugehörigen Zinsscheinen gesondert in Rechnung gestellt und vom Erwerber tatsächlich gezahlt werden. Vgl. dazu *Schumacher*, StbJb 2002/2003, S. 441, 444, *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 850 Stichwort: Stückzinsen, Rz. 1067.

109 *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 1067.

110 Indem die Ausschüttung aber i.d.R. jährlich erfolgt, der Anleger das Papier wegen § 23 EStG länger als ein Jahr hält, vereinnahmt er die Ausschüttung des Erstjahres als steuerpflichtigen Kapitalertrag. Seit 1.1.2005 ist der Zwischengewinn bei Investmentfonds aber grundsätzlich zu versteuern (§§ 2 Abs. 1, 18, Abs. 3 InvStG).

111 Vgl. BFH, VIII R 67/04; Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 15.7.2004 13 K 6946/01, EFG 2004, S. 1598. In diesem Fall führt die Zusatzvereinbarung der vorzeitigen Einlösung, wonach für den Fall der Beendigung eines Devisenhandelsgeschäfts (Swap-Vertrag) der Emittenten mit einem Dritten aus näher bestimmten

Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. d Satz 2 EStG nach ihrer Emissionsrendite zu bestimmen sind. Indem bei Gleitzins-Schuldverschreibungen die Kapitalerträge lediglich in unterschiedlicher Höhe für unterschiedlich lange Zeiträume zu zahlen sind (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. d EStG), ist ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt bzw. gewährt, dessen Höhe nicht von einem ungewissen Ereignis abhängt. Eine Emissionsrendite ist auch von vornherein bestimmbar, wenn eine Anleihe mit einer nach genau definierten Zeitabschnitten auf – oder absteigenden gestaffelten Verzinsung ausgestattet ist.¹¹² Weisen Anleihen einen variablen Zinssatz auf, erfüllen sie zwar dem Gesetzeswortlaut nach den Tatbestand von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. d EStG, da Kapitalerträge in unterschiedlicher Höhe gezahlt werden sollen. Jedoch bedeutet dies nicht schon die Erfassung eines Veräußerungsverlusts als negative Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz EStG. Es handelt sich um einen – abgesehen von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 EStG – nicht steuerbaren typischen Verlust auf der Vermögensebene.

Unabhängig davon aber, ob die Emissionsrendite nachgewiesen ist, ist bei festverzinslichen Papieren wie Gleitzins-Schuldverschreibungen der Unterschied zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus einer Veräußerung grundsätzlich nicht gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz EStG als – negativer – Kapitalertrag anzusetzen. Denn es fehlt bei derartigen Anleihen nach der Art ihrer Gestaltung an einer typischen Verbindung von Kapitalnutzung und Ausschöpfung der Werthaltigkeit des Kapitals; vielmehr sind Kapitalnutzungsentgelt und Wertentwicklung des Kapitals rechnerisch eindeutig abgrenzbar und bestimmbar. Das steht nach der dargelegten Rechtfertigung und entsprechenden Tatbestandseingrenzungen der Anwendung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 1. Halbsatz EStG (Markrendite) entgegen. Es fehlt bei den angesprochenen Anleihen – hierzu zählen etwa auch die viel diskutierten Argentinien-Anleihen¹¹³ –, entsprechend ihrer konstruktiven Typik, weder an einer Emissionsrendite noch geht es darum, eine in der wirtschaftlichen Intention der Kapitalanlage fußende und entsprechend ausgestaltete Verbindung von Nutzungsentgelt und Kursgewinn in die Besteuerung der Kapitalnutzung gem. § 20 EStG einzubinden.

Bei einem Veräußerungsverlust aus solchen Anleihen geht es vielmehr um einen negativen Erlös, bei dem aufgrund der eindeutigen Art seines Entstehens offensichtlich und zweifelsfrei feststeht, dass es sich bei wirtschaftlicher

Gründen die vorzeitige Einlösung der Schuldverschreibungen zu einem von dem Wert der hierfür bestellte Sicherheiten abhängigen Kurs erfolgen sollte, nicht dazu, dass es sich um ein reines im Rahmen von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nicht steuerbares Risikogeschäft handelte. Das Emissionsprospekt ist nicht dahingehend auszulegen, dass der Anleger das Risiko eines vollständigen Verlustes seines Kapitalvermögens zu tragen hatte.

112 Vgl. *Dötsch*, in K/S/M, EStG, § 20 Rn. O 98.

113 Dazu sogleich näher unter b).

Betrachtung nicht um ein negatives Entgelt für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung handeln kann. Derselbe Gesetzeszweck aber, der es rechtfertigt, auch Anlagen mit fehlender Emissionsrendite mit der Markttrendite den Einkünften aus Kapitalvermögen zu unterwerfen,¹¹⁴ zwingt dazu, Überschüsse nicht als Kapitalertrag zu behandeln, bei denen die Veranlassung durch die Kapitalüberlassung zur Nutzung von vornherein ausscheidet.

Für den Ansatz der Markttrendite als Ersatz für die Emissionsrendite im Rahmen einer Beweisregel fehlt es an der erforderlichen Rechtfertigung. Dabei kann offen bleiben, ob die Emissionsrendite nachgewiesen ist. Ist eine Emissionsrendite zwar vorhanden, aber nicht festgestellt, trifft dafür den Steuerpflichtigen die Feststellungslast; § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG greift als Beweislastregelung ein.¹¹⁵ Unabhängig davon fehlt es jedoch für die Heranziehung der widerleglichen Typisierung der Emissionsrendite in der Markttrendite an einem sachlichen Grund, wenn auch ohne Nachweis feststeht, dass ein negativer Differenzbetrag ohne Einbeziehung eines Ertrags aus der Kapitalüberlassung zur Nutzung zustande gekommen ist und so einen reinen Vermögensverlust darstellt – so z. B. bei den angesprochenen Argentinien-Anleihen.¹¹⁶

Insoweit ist ein Veräußerungsverlust einem – negativen – Überschuss zwischen Kaufpreis und Einlösungsbetrag einer Anleihe vergleichbar, der allein auf einer Veränderung des Wechselkurses beruht.¹¹⁷ Hierauf hat der Gesetzgeber in der Weise reagiert, dass in § 20 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz EStG bei Wertpapieren und Kapitalforderungen in einer ausländischen Währung der Unterschied in dieser Währung zu ermitteln ist. Die Thematik staatlicher Insolvenz, die bei den Argentinien-Anleihen relevant ist, konnte der Gesetzgeber zwar nicht vergleichbar berücksichtigen. Gleichwohl kommt eine Erfassung im Rahmen der Markttrendite entsprechend der Intention der gesetzlichen Regelung nicht in Betracht. Sie widerspräche der geltenden Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen zugrunde liegenden Nichtsteuerbarkeit der privaten Vermögenssphäre. An einer in der Typik der Finanzinnovation liegende Rechtfertigung einer Einbeziehung von im Zusammenhang mit der Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen stehenden Veräußerungsverlusten fehlt es insoweit.

Auf die Frage, ob die Schuldnerinsolvenz in Fällen einer modellhaften Verknüpfung von Kapitalnutzungsentgelt und Wertentwicklung des jeweiligen

114 S.o. unter III. 2. a) aa).

115 Vgl. BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter II. 2. b).

116 Vgl. BFH, VIII R 62/04 – Gerichtsbescheid, wirkt noch nicht als Urteil; Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 16.6.2004 10 K 2963/03 E, EFG 2004, S. 1688.

117 Vgl. BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter II. 3. d).

Papiers auf der Vermögensebene bei Ansatz der Markttrendite zu berücksichtigen wäre,¹¹⁸ kommt es nicht an, wenn die fraglichen Anleihen eine Emissionsrendite haben.¹¹⁹

Aus der grundsätzlichen Einordnung von Papieren mit Emissionsrendite folgt die für die Praxis zentrale Frage nach der Höhe einer abstrakt vorhandenen Emissionsrendite im Einzelfall. Dies betrifft den für die Einordnung eines Papiers maßgeblichen Zeitpunkt sowie den Nachweis der Emissionsrendite.

b) Für die Einordnung maßgeblicher Zeitpunkt

Der für die Einordnung eines Papiers maßgebliche Zeitpunkt wird insbesondere im Kontext der Verluste aus Argentinien-Anleihen diskutiert.¹²⁰

Die Beurteilung der Voraussetzungen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 und 2 EStG bestimmt sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der erstmaligen Ausgabe, d. h. der Emission.¹²¹ Dies ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der tatbestandlichen Beschreibung der steuerbaren Finanzinnovationen in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c bzw. d EStG mit der Regelung der fraglichen Einkünfte ihrer Höhe nach gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 sowie Satz 2 2. Halbsatz EStG nach Maßgabe der Emissionsrendite oder des Unterschieds zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Veräußerung der Anlage. Beide Merkmale, die Typenbeschreibung wie auch die Vorgaben für die Berechnung der steuerbaren Einkünfte, bilden zusammen den maßgeblichen Steuertatbestand. Die gesetzliche Ausrichtung der Besteuerung an der Emissionsrendite bezieht diesen Steuertatbestand auf den Zeitpunkt der Emission. Folglich ist auch die Typenbestimmung nach der Ausgestaltung der fraglichen Wertpapiere bzw. Kapitalforderungen im Zeitpunkt der Emission zu beziehen.¹²² Dies deshalb, weil insbesondere

118 Vgl. *Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 107 f.

119 So z. B. die Argentinien-Anleihen, vgl. unter 1. b).

120 Vgl. BFH, VIII R 62/04 vgl. Fn. 116. Die argentinischen Staatsanleihen befanden sich bei der Emission, z. T. auch beim Erwerb durch den Steuerpflichtigen, vielfach noch nicht im sog. Flat-Handel. Sie hatten bei ihrer Emission i. d. R. einen 11,75 %igen bis 15 %igen Zinskupon, so dass Stückzinsen besonders in Rechnung gestellt wurden. Erst mit Zahlungseinstellung Ende 2001 und der sog. Umschlüsselung durch die Deutsche Börse stellten die Banken keine Stückzinsen mehr besonders in Rechnung, so dass erst ab diesem Zeitpunkt der Anspruch auf Zinszahlungen nicht mehr erfüllt wurde. Dies ändert indes nicht – rückwirkend – den Charakter der argentinischen Anleihen als festverzinsliche Wertpapiere (so auch BMF vom 14.7.2004 IV C 1 – S 2252–171/04, BStBl. I 2004, 611; *Engelsberger*, FR 2002, 1280; *Harenberg*, FR 2002, 819; a. A. *Schmitt/Krause*, DStR 2004, S. 2042; *Haisch*, DB 2002, S. 1736; *Wellmann*, DStZ 2002, S. 179).

121 *Wagner*, DStZ 2005, S. 623, 625.

122 Vgl. auch BMF vom 14.7.2004 IV C 1 – S 2252–171/04, BStBl. I 2004, 611; *Harenberg*, NWB Fach 3, S. 13151, 13154; a. A. *Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 105; *Schmitt/*

das Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein einer Emissionsrendite entscheidenden Einfluss auf die tatbestandliche Einordnung nimmt. Hierauf kommt es nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Steuererhebung (Art. 20 Abs. 3 GG) maßgeblich an.¹²³

c) Nachweis der Emissionsrendite

Hat ein Papier eine Emissionsrendite und ist diese auch nachgewiesen, greift die Beweislastregel in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG¹²⁴ nicht ein, ein Ansatz der Markttrendite scheidet aus.¹²⁵

§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG eröffnet für den Steuerpflichtigen jedoch kein Wahlrecht im juristischen Sinne. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass der Steuerpflichtige in bestimmten Fallgestaltungen diese Beweislastregelung u. U. dazu nutzen kann, den Ansatz der Markttrendite herbeizuführen. Wenn diese Möglichkeit zum Teil als Wahlrecht des Steuerpflichtigen verstanden wird, gleichsam statt der Besteuerung nach der Emissionsrendite zur Besteuerung nach der Differenzmethode zu optieren, indem er den Nachweis der Emissionsrendite nicht erbringt,¹²⁶ liegt rechtssystematisch keine Option im juristischen Sinne, sondern allenfalls eine rein faktische Option vor.

Bei Wertpapieren und Kapitalforderungen, die eine Emissionsrendite haben, bleibt die Finanzbehörde ungeachtet der Beweislastregelung nach dem generell in § 88 Abs. 1 Satz 1 AO bestimmten Untersuchungsgrundsatz verpflich-

Krause, DStR 2003, S. 2042, 2044: Zeitpunkt der Veräußerung; zum Streitstand vgl. *Schalburg*, StW 2005, S. 123, 127).

- 123 Dazu mit umfassenden Nachweisen *Haisch/Danz*, DStR 2005, S. 2108, 2110 f. – Diese Maßgeblichkeit des Emissionszeitpunkts gilt auch für die Fälle des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c Alt. 1 EStG (anders *Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 105 m. w. N.). Hiergegen ist nicht einzuwenden, dass die Abrechnungsmodalität, d. h. der Übergang zum Flat-Handel – relevant für klassische Argentinien-Bonds – nicht das Verhältnis Emittent-Anleger, sondern das Verhältnis Veräußerer-Erwerber betrifft. Gerade in der Flat-Regelung zeigt sich, dass der Gesetzeszweck von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c EStG sich nicht allein auf die Erfassung verdeckter Zinserträge beschränkt. Vielmehr kommt es im Flat-Preis von Festzinsanleihen zu einer „nicht mehr entwirrbaren Vermengung von Zinssurrogaten und Wertveränderungen auf der Vermögensebene“ (*Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 106). Die Besteuerung erfasst auch Wertänderungen, da andernfalls bei Festzinsanleihen im Fall des Flat-Handels auch Zinserträge der Besteuerung beim Veräußerer entgingen (*Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 106).
- 124 BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter II. 2. b).
- 125 Dazu BFH, Urteil vom 11.7.2006 VIII R 67/04; Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 15.7.2004 13 K 6946/01, EFG 2004, 1598.
- 126 Vgl. etwa *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 1122; *Geurts*, in *Bordewin/Brandt*, § 20 EStG Rz. 721; *Korn*, DStR 2001, S. 1507, 1509; OFD Frankfurt/M. vom 23.10.2003 S 2252 A – 42 – St II 3.04, DStZ 2004, S. 97.

tet, einen möglichen Ertrag zu ermitteln. Denn Besteuerungsgleichheit verlangt nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Belastungsgleichheit.¹²⁷ Auch bei der Durchsetzung der normativ festgelegten Steuerpflicht im Besteuerungsverfahren ist Belastungsgleichheit zu gewährleisten. Demgemäß haben die Finanzbehörden die Steuern nach Maßgabe der Gesetze gleichmäßig festzusetzen und zu erheben (§ 85 AO). Dem korrespondiert der Untersuchungsgrundsatz (§ 88 Abs. 1 Satz 1 AO). Danach hat die Finanzbehörde die für die Steuerpflicht und Steuerbemessung wesentlichen tatsächlichen Verhältnisse (Sachverhalte) von Amts wegen zu ermitteln. Die Verantwortung für die Sachaufklärung und die Verfahrensherrschaft liegt bei der Finanzbehörde und nicht bei den Beteiligten.¹²⁸ Um eine möglichst vollständige und zutreffende Sachaufklärung als Voraussetzung für eine gesetzmäßige und gleichmäßige Besteuerung erreichen zu können, sind die Finanzbehörden jedoch auf die Mitwirkung der Beteiligten angewiesen. Die Beteiligten verwirklichen den Steuertatbestand und kennen i.d.R. die steuererheblichen Tatsachen; sie stehen dem Beweis hierüber am nächsten. Dies gilt insbesondere in den vorliegend streitigen Fallgestaltungen von Kapitalanlagen in sog. Finanzinnovationen. Nach der sog. Kooperationsmaxime¹²⁹ trifft den Steuerpflichtigen eine Mitwirkungspflicht im Rahmen der Feststellung der renditebegründenden Tatsachen. Haben Wertpapiere bzw. Kapitalforderungen eine Emissionsrendite, so ist nach dem klaren Wortlaut des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG die Marktrendite nur anzusetzen, wenn es ohne diese Beweislastregel zu einem „non liquet“ käme.

Grundsätzlich trägt die Finanzbehörde die Feststellungslast (objektive Beweislast) für die steuerbegründenden und steuererhöhenden Tatsachen, der Steuerpflichtige für die steuerentlastenden und steuermindernden Tatsachen.¹³⁰ Abweichend von dieser sog. Beweislastgrundregel erlegt § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG den Nachweis der Emissionsrendite dem Steuerpflichtigen auf und bewirkt so eine Umkehr der Feststellungslast – dies in sachgerechter Weise: die renditebegründenden Tatsachen sind der Sphäre des Steuerpflichtigen zuzuordnen und typischerweise der Finanzbehörde nur schwer zugänglich.

Der Finanzverwaltung sind damit andererseits nicht etwa eigene Ermittlungen versagt. Indes hat der Steuerpflichtige (abweichend von § 88 Abs. 1 Satz 1 AO) die maßgeblichen Tatsachen für den Ansatz der Emissionsrendite beizubringen. Die Finanzbehörde ist somit lediglich nicht zur Ermittlung verpflichtet, etwa durch Einholung einer Auskunft des Emitten-

127 BVerfG, Urteil vom 21.6.1991 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, S. 239.

128 Vgl. z. B. *Söhm*, in H/H/Sp, § 90 AO Rz. 7.

129 Vgl. *Birk*, Steuerrecht, 8. Aufl. 2005, Rz. 66 ff. m. w. N.

130 Vgl. aus der st. Rspr. etwa BFH, Beschluss vom 4.10.2005 XI 111/04, BFH/NV 2006, S. 320 m. w. N.; Urteil vom 24.6.1976 IV R 101/75, BFHE 119, S. 164, BStBl. II 1976, 562.

ten.¹³¹ Erbringt der Steuerpflichtige den Nachweis nicht, so ist die Finanzbehörde befugt, den steuerpflichtigen Ertrag nach Maßgabe der Differenzmethode zu ermitteln. Jedoch gilt dies dann nicht, wenn der Finanzbehörde alle für die Ermittlung der Emissionsrendite erforderlichen Daten vorliegen.

Es besteht kein irgendwie geartetes Vorrecht des Steuerpflichtigen zur Berechnung der Emissionsrendite aus den renditebegründenden Tatsachen. Wenn § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG den Nachweis einer vorhandenen Emissionsrendite dem Steuerpflichtigen auferlegt, so betrifft dies zum einen nach allgemeinen Grundsätzen der Sachverhaltsermittlung im Besteuerungsverfahren (vgl. § 88 AO) die für die Ermittlung der Emissionsrendite erforderlichen Tatsachen, nicht aber die Errechnung der Emissionsrendite aus diesen Tatsachen.

Will der Steuerpflichtige einen Verlust nach Maßgabe der Marktrendite geltend machen, so trifft ihn hierfür bereits nach der Beweislastgrundregel die Feststellungslast, also der Nachteil aus der Nichterweislichkeit einer Tatsache (hier: Vorliegen einer von Anfang an bestimmten Emissionsrendite). Bei Papieren, die eine Emissionsrendite haben, kommt der Ansatz der Marktrendite aber nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG nur in Betracht, wenn die Emissionsrendite nicht nachgewiesen ist. Da § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG jedoch eine Beweiserleichterung zugunsten der Finanzbehörde darstellt, kann der Steuerpflichtige nicht durch die Verweigerung seiner Mitwirkung bei der Ermittlung der renditebegründenden Tatsachen, im Einzelfall abweichend vom Grundsatz der Maßgeblichkeit der Emissionsrendite den Ansatz eines der Vermögensebene zuzurechnenden Verlustes erreichen. Eine andere Auslegung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG wäre auch nicht mit den Anforderungen eines gleichmäßigen Gesetzesvollzugs bzw. steuerlicher Belastungsgleichheit zu vereinbaren. Im Übrigen wäre für eine derart weitreichende Abweichung von den allgemeinen Regeln der Feststellungslast eine eindeutige gesetzliche Regelung erforderlich. Auch daran fehlt es.

2. Papiere ohne Emissionsrendite

a) Index-Zertifikate

Papiere ohne Emissionsrendite sind zunächst sog. Index-Zertifikate, d. h. etwa Dax-Zertifikate oder Euro-Zertifikate mit – ggf. partieller – Rückzahlungsgarantie.¹³² Gemeint sind sog. Garantiezertifikat, d. h. die Höhe des

¹³¹ Weitergehend *Schlöter*, in L/B/P, § 20 EStG Rz. 1125; *Geurts*, in Bordewin/Brandt, § 20 EStG Rz. 721; OFD Frankfurt/M. vom 23.10.2003 S 2252 A – 42 – St II 3.04, DStZ 2004, S. 97.

¹³² Vgl. statt vieler *Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 104, aus der Aktuellen Rspr. BFH, VIII R 79/03; Vorinstanz FG Münster, Urteil vom 21.7.2003 4 K 1599/00 E, EFG 2003,

Ertrages ist abhängig vom jeweiligen Stand des Indexes zum Zeitpunkt der Veräußerung, der Emittent garantiert aber einen Mindestbetrag im Zeitpunkt der Einlösung. Werden derartige Zertifikate zu einem niedrigeren Preis erworben als eingelöst, so sind die aus der Rückzahlung der Zertifikate erlangten Beträge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c Alt. 2, Satz 2 und 4 EStG steuerpflichtig.

Index-Zertifikate mit Kapitalrückzahlungsgarantie erfüllen die Voraussetzung von sonstigen Kapitalforderungen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c EStG.¹³³ Der Tatbestand von § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 EStG verlangt hierfür lediglich, dass die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder

S. 1696: Im entschiedenen Fall erwarb der Kläger Mitte 1992 DAX-Zertifikate (Emission Anfang 1992, anfänglicher Verkaufspreis 1775 DM je Zertifikat) zum Kaufpreis von je 1500 DM (insgesamt 19 500 DM) zzgl. Provision, Courtage und Abwicklungsgebühr. Nach der Verkaufsmittelung war die Emittentin verpflichtet, dem Inhaber eines Zertifikats bei Endfälligkeit den Betrag zu zahlen, der dem in DM ausgedrückten DAX-Schlusskurs am 14.3.1997 entspricht, mindestens jedoch den Betrag von 1775 DM je Zertifikat. Der Kläger erhielt bei Endfälligkeit die Rückzahlung i.H.v. brutto 3359,29 DM je Zertifikat (insgesamt 43 670,77 DM, Kapitalerträge i. H. v. 24 170,77 DM).

- 133 Prüfungsmaßstab ist wiederum § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG. Anzuwenden ist insb. nicht § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG, der von „Zertifikate, die Aktien vertreten“ spricht. Jedenfalls die vorliegend zu beurteilenden Garantiezertifikate sind nicht als Zertifikate i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG zu behandeln. In der Literatur wird hinsichtlich des genannten Begriffs letztlich Unklarheit festgestellt (überzeugend *Harenberg*, in H/H/R, § 23 EStG Rz. 201). Die Finanzverwaltung ist im BMF, Schr. v. 27.11.2001 „Termingeschäft im Bereich der privaten Vermögensverwaltung“ (IV C 3 – S 2256–265/01, BStBl. I 2001, 986) davon ausgegangen, dass Zertifikate, die Aktien vertreten, als Termingeschäfte i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG gelten. Sie weist darauf hin, dass die Zertifikate „das Recht auf Zahlung eines Geldbetrages verbriefen, dessen Höhe z. B. vom Stand eines Indexes, vom Wert einer oder mehrerer Aktien am Fälligkeitstag abhängig ist und dass zu diesen Zertifikaten z. B. Partizipationscheine und Discountzertifikate gehören, wobei Zertifikate im Einzelfall auch die Lieferung eines oder mehrerer Basiswerte (z. B. Aktien) vorsehen können“. Der Gesetzesbegründung zum Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 (BT-Drucks. 14/443, 29) ist zu entnehmen, dass neben Waren- und Devisentermingeschäften mit Differenzausgleich, Swaps, Index-Optionsgeschäften oder Futures auch Indexzertifikate erfasst werden sollen. Der Besteuerung unterliegen sollen allgemein Geschäfte, die ein Recht auf Zahlung eines Geldbetrags oder auf einen sonstigen Vorteil (z. B. Lieferung von Wertpapieren) einräumen, der sich nach anderen Bezugsgrößen (z. B. Wertentwicklung von Wertpapieren, Indices, Futures, Zinssätzen) bestimmt. Dieser weite Gesetzeszweck ist jedoch vor dem Hintergrund der Spezialität von § 20 EStG zu sehen (§ 23 Abs. 2 EStG). In diesem Sinne wird jedenfalls bei Garantiezertifikaten in der Literatur (*Harenberg*, in H/H/R, § 23 EStG Rz. 201) im Einklang mit der Verwaltung (BMF vom 16.3.1999 IV C 1 – S 2252–87/99, BStBl. I 1999, 433) § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 EStG bejaht. Da ein Mindestrückzahlungsbetrag zugesagt ist, handelt es sich um eine Kapitalforderung i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 EStG, so dass sich die Besteuerung der am Ende der Laufzeit vereinnahmten Werte nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG richtet. Die Veräußerung oder Ein-

ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist, auch wenn die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt¹³⁴. Der Erwerber etwa eines Zertifikats der genannten Art erwirbt eine auf Geldleistung gerichtete Forderung gegen die Emittentin, nämlich zum vereinbarten Rückzahlungstermin einen Betrag ausbezahlt zu bekommen, der dem jeweiligen Index zu einem bestimmten Termin entspricht, mindestens jedoch den garantierten Rückzahlungsbetrag. Damit ist jedenfalls die Rückzahlung des Kapitalvermögens zugesagt.¹³⁵ Da die Emittentin nur für den Fall eines ggü. dem garantierten Rückzahlungsbetrag höheren Index-Kurses verpflichtet ist, einen höheren Betrag zu zahlen, hängt es von der künftigen Entwicklung des Kurses als ungewissem Ereignis ab, ob und ggf. in welcher Höhe ein über dem garantierten Rückzahlungsbetrag hinausgehendes Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zu gewähren ist. Dass etwa ein Steuerpflichtiger, der nicht Ersterwerber ist, zu einem anderen Preis erworben hat, und dass der Indexkurs am Tag des Erwerbs unter dem Emissionskurs lag, ist unerheblich. Hieraus folgt zwar, dass der Steuerpflichtige in Gestalt der Differenz zwischen dem Kurs im Zeitpunkt des Erwerbs und dem sicheren Rückzahlungskurs eine sichere individuelle Rendite zu erwarten hatte. Der Kurs am Tag dieses Erwerbs bestimmt das individuell zu leistende Entgelt für den Erwerb und ist insoweit maßgeblich für die Marktrendite i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz EStG. Die Regelung des § 20 Abs. 2 EStG differenziert jedoch gerade zwischen Emissions- und Marktrendite.

Die Maßgeblichkeit der Marktrendite (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG) stellt bei indexgebundenen Garantiezertifikaten auch keine ungerechtfertigte Abweichung von der im EStG angelegten Systematik der Besteuerung von Kapitalerträgen dar (Art. 3 Abs. 1 GG). Das Gebot der Folgerichtigkeit ist nicht verletzt.¹³⁶ Denn es handelt sich um Kapitalforderungen ohne Emissionsrendite, bei denen nach der Art ihrer Gestaltung vernünftigerweise eine rechnerische Differenzierung zwischen vereinbartem Kapitalnutzungsentgelt und realisierter Wertentwicklung des Papiers als solchem nicht in Betracht kommt, weil kein rechnerisch abgrenzbares Kapitalnutzungsentgelt vereinbart ist.¹³⁷

Ist lediglich eine Teilrückzahlung garantiert, ist, wie dargelegt,¹³⁸ die Differenz zwischen hingegebenem Kapital und Garantiebetrags¹³⁹ nicht steuerbar;

lösung durch einen Zwischenerwerber erfolgt nach dem Wortlaut des Gesetzes nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG.

134 S.o. unter III. 1. b) und 2. a) bb).

135 Die Tatbestände von § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 6, Nr. 8 bis 10 EStG sind nicht erfüllt.

136 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.12.2002 2 BvR 400/98, 1735/00, BVerfGE 107, S. 27 m. w. N.

137 S.o. unter III. 2. a) aa).

138 S.o. unter III. 2. a) bb).

139 Vgl. Skizze 1a.

im Übrigen bestehen kein Unterschied zur Garantie eines Rückzahlungsbetrags, der das hingegebene Kapital ganz umfasst oder übersteigt.

b) Sonstige

Mit den indexgebundenen Garantiezertifikaten haben Floater, Reverse Floater¹⁴⁰ oder Down-Rating-Anleihen,¹⁴¹ die fehlende Emissionsrendite gemeinsam.¹⁴² Sie unterscheiden sich von diesen jedoch darin, dass das Entgelt für die Kapitalüberlassung und die Wertsteigerung (ein etwaiger Vermögenszuwachs) bzw. eine Wertminderung nach der Art der Gestaltung der Papiere rechnerisch jeweils eindeutig bestimmbar sind.

Floater sind variabel verzinsliche Schuldverschreibungen, bei denen der Zinssatz viertel- oder halbjährlich im Voraus, unter Bezug auf einen Referenzzinssatz des Geldmarktes, z. B. LIBOR,¹⁴³ ggf. zzgl. eines Aufschlags oder abzgl. eines Abschlags auf den Referenzzinssatz, festgelegt wird.¹⁴⁴ Floater erfüllen nach allgemeiner Meinung den Tatbestand des § 20 Abs. 2

140 Dazu BFH, VIII R 97/02; Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28.10.2002 1 K 1807/99, EFG 2003, S. 314: Im entschiedenen Fall erwarben die Kläger am 18.2.1993 sowie am 27.6.1996 Inhaber-Teilschuldverschreibungen einer Anleihe einer E-Bank im Gesamtnennwert von nominal 30 000 DM bzw. 90 000 DM zu einem Kurs von 100,4 % bzw. 104 %. Die Laufzeit der Anleihe erstreckte sich von 1993 bis 2003; der Erstausgabekurs betrug 100 %, die Rückzahlung sollte zum Nennwert erfolgen. In der Zeit von Februar 1993 bis Februar 1994 betrug die Verzinsung der Anleihe 9 % p. a., danach erfolgte eine variable Verzinsung i. H. v. 13 % abzgl. des „Sechs-Monats-DM-LIBOR“ (vgl. Fn. 143) zum festgelegten Stichtag, wobei in keinem Fall ein höherer LIBOR-Satz als 13 % in Abzug zu bringen war. Die variablen Zinsen waren halbjährlich nachträglich am 10.2. bzw. 10.8. eines jeden Jahres fällig. Ferner erwarb der Kläger im Oktober 1993 Inhaber-Teilschuldverschreibungen einer Anleihe der L-Bank zum Nennwert von nominal 40 000 DM zu einem Kurs von 103,25 % mit einer Laufzeit vom März 1993 bis März 2003. Die Rückzahlung sollte zum Nennwert erfolgen, die Verzinsung betrug in den ersten zwei Jahren der Laufzeit 7,5 % p. a. Ab März 1995 erfolgte eine variable Verzinsung i. H. v. 12,5 % abzgl. des in den Anleihebedingungen näher bezeichneten „LIBOR-Satzes“ zum festgelegten Stichtag, wobei in keinem Fall ein höherer LIBOR-Satz als 12,5 % p. a. in Abzug zu bringen war. Die Verzinsung erfolgte halbjährlich nachträglich jeweils am 19.3. bzw. 19.9. eines jeden Jahres. Die Kläger veräußerten die Anleihen vor Endfälligkeit 1999 und erzielten dabei Kursgewinne i. H. v. insgesamt 17 440 DM.

141 FG Hannover, Urteil vom 25.11.2004 11 K 259/04, EFG 2005, S. 698.

142 Vgl. Skizze 2 und 4.

143 LIBOR (London Interbank Offered Rate) ist der Geldmarktsatz, zu dem Banken in London bereit sind, Gelder bei anderen Banken kurzfristig anzulegen (vgl. *Dötsch*, in K/S/M, EStG, § 20 Rn. O 117 Stichwort: Floater; BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 und Urteil vom 10.7.2001 VIII R 22/99, BFH/NV 2001, S. 1555).

144 Vgl. *Dötsch*, in K/S/M, EStG, § 20 Rn. O 117 Stichwort: Floater; Gabler Bank-Lexikon, *Grill/Gramlich/Eller* (Hrsg.), 11. Aufl. 1995, Stichwort: Floating Rate Notes.

Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. c und d EStG, da die Höhe der Erträge von einem ungewissen Ereignis, nämlich der Höhe des Referenzzinssatzes im Zeitpunkt der jeweiligen Zinssatzanpassung, abhängt (Buchst. c Alt. 2) und – daraus resultierend – Kapitalerträge in unterschiedlicher Höhe (Buchst. d Alt. 1) gezahlt werden.¹⁴⁵ Gleiches gilt für sog. Reverse Floater (variabel verzinsliche Schuldverschreibungen, bei denen die Zinsanpassung nicht unmittelbar an einen Referenzzinssatz wie LIBOR oder FIBOR geknüpft ist, sondern durch Abzug des Referenzzinssatzes von einem festen Nominalzins erfolgt).¹⁴⁶

Kursgewinne aus der Veräußerung eines Reverse Floaters sind jedoch keine steuerpflichtigen Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. c und d EStG i.d.F. des StÄndG 2001. Da Reverse Floater keine – auch keine vom Steuerpflichtigen nachweisbare – Emissionsrendite haben,¹⁴⁷ wäre nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG i.d.F. des StÄndG 2001 ein Veräußerungserlös als Unterschied zwischen dem Entgelt für den Erwerb der Reverse Floater und den Einnahmen aus der Veräußerung der Papiere (Kursgewinn) zu erfassen. Dies wäre jedoch mit Rechtfertigung und ratio legis des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG nicht vereinbar. Das gilt sowohl für die Fassung der Norm vor ihrer Neugestaltung durch das StÄndG 2001¹⁴⁸ als auch für die Neuregelung für

145 Vgl. etwa *Dötsch*, in K/S/M, EStG, § 20 Rn. O 79.

146 Vgl. *Harenberg/Irmer*, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, 3. Aufl. 2003, S. 469 – Beim Floater hängt die Verzinsung ausschließlich vom jeweiligen Libor/Fibor ab. Beim Reverse Floater ist dabei der Zinssatz nicht mit dem jeweiligen Libor/Fibor identisch, sondern es wird ein fester Zinssatz zugesagt, von dem dann der jeweilige Libor/Fibor abgezogen wird. Da aber auch beim Reverse Floater die Höhe der Verzinsung letztlich vom jeweiligen Libor/Fibor abhängt, ist diese Form des Floaters nicht anders zu besteuern als der „einfache Floater“. Indem der einfache Floater jeweils mit dem Libor/Fibor identisch ist, können sich keine Kursveränderungen ergeben. Beim Reverse Floater ist dies anders, was eine Parallele zu festverzinslichen Papieren bedeutet, die stets Kursschwankungen unterliegen. Hierauf kommt es jedoch für die Gleichbehandlung mit dem einfachen Floater nicht an. – Dass festverzinsliche Papiere, z. B. Bundesanleihen, Laufzeit x Jahre, fester Zinssatz x % p. a., je nach Kapitalmarktentwicklung Kursschwankungen unterliegen – steigt der Zins, fällt der Kurs der Anleihe, ermäßigt sich der Kapitalmarktzins, steigt der Kurs der Anleihe – und diese Kursveränderungen bei einer Zwischenveräußerung unstrittig nicht nach § 20 EStG erfasst werden, sondern allenfalls im Rahmen des § 23 EStG berücksichtigt werden, bedeutet nicht, dass schon der Tatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. d EStG nicht einschlägig wäre. Im Ergebnis greift jedoch die Marktrendite nicht.

147 Vgl. BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 und Urteil vom 10.7.2001 VIII R 22/99, BFH/NV 2001, S. 1555.

148 Vgl. dazu die Auslegungsgrundsätze in den BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 und Urteil vom 10.7.2001 VIII R 22/99, BFH/NV 2001, S. 1555: Insoweit hat der BFH klargestellt, dass die in Satz 1 der Nr. 4 des § 20 Abs. 2 Satz 1 EStG getroffene Regelung, wonach Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung zu den Einkünften aus Kapitalver-

Kapitalforderungen ohne Emissionsrendite durch das StÄndG 2001. Bei Floatern wie Reverse Floatern ist der Zinsertrag offen bestimmt und ohne jede Schwierigkeit zu ermitteln. Das Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung kann bei Reverse Floatern konkret und ohne Schwierigkeit und ohne größeren Aufwand ermittelt werden. Der jeweilige Festzinssatz als Grundlage des Zinsertrages ergibt sich ohne Weiteres aus den jeweiligen Anleihebedingungen. Auch den Referenzzins, der zur Ermittlung des tatsächlich erzielten Zinsertrages vom vereinbarten Festzinssatz gem. Anleihebedingungen abzuziehen ist, kann die Finanzverwaltung leicht und eindeutig ermitteln. Wie bei festverzinslichen Papieren hängt bei einem Reverse Floater die Kursentwicklung vom jeweiligen Kapitalmarktniveau ab. Steigt der Referenzzinssatz, ermäßigt sich der Zinsertrag mit der Folge, dass der Kurs des Papiers sinkt. Fällt der Referenzzinssatz, steigt der Zinsertrag und damit auch der Kurs, wobei die laufenden Zinsen stets nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerpflichtig sind. Bei einer Zwischenveräußerung Kursgewinne/-verluste nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG – anders als bei festverzinslichen Papieren – zu berücksichtigen, bedeutete eine sachlich nicht zu rechtfertigende System- und Gleichheitswidrigkeit. Beruht doch die Rechtfertigung für die Anwendung der Marktrendite im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG gerade auf der fehlenden Differenzierbarkeit zwischen Kapitalnutzungsentgelt und Wertentwicklung des jeweiligen Papiers nach dessen jeweiliger Ausgestaltung.¹⁴⁹ Da sich Wortlaut und ratio von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG nicht decken, soweit nach dem Gesetzeswortlaut auch bei fehlender Vermengung von Ertrags- und Vermögensebene eine Steuerpflicht von Kursgewinnen in Betracht kommt, ist die Norm im Wege verfassungskonformer Auslegung bzw. teleologischer Reduktion so zu verstehen, dass sie auf Wertpapiere wie Reverse Floater keine Anwendung findet, bei denen nach der Art der Gestaltung der Papiere eine Vermengung zwischen Ertrags- und Vermögensebene nicht besteht und bei denen eine Unterscheidung zwischen Nutzungsentgelt und Kursgewinn für die Verwaltung ohne größeren Aufwand möglich ist.

Dieselben Grundsätze gelten z. B. für Down-Rating-Anleihen.¹⁵⁰ Zwar fallen auch derartige Schuldverschreibungen unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4

mögen gehören, soweit sie der „rechnerisch auf die Besitzzeit entfallenden Emissionsrendite“ entsprechen, dahin zu verstehen ist, dass Wertpapiere ohne eine von vornherein bezifferbare Emissionsrendite, damit auch Reverse Floater, nicht unter den gesetzlichen Tatbestand fallen. Denn die Ermittlung der rechnerisch auf die Besitzzeit entfallenden Emissionsrendite setzt das Vorliegen einer Emissionsrendite im gesetzlichen Sinne voraus. Fehlt sie, ist ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands nicht erfüllt. Kursgewinne sind danach nicht steuerpflichtig.

149 S.o. sub III. 2. a) aa).

150 FG Hannover, Urteil vom 25.11.2004 11 K 259/04, EFG 2005, S. 698. In diesem Fall erwarb die Klägerin in der Zeit vom 4.1.2002 bis zum 3.12.2002 über die Börse verzinsliche Schuldverschreibungen eines ausländischen Unternehmens im Nennwert von 75 000 Euro. Die Anschaffungskurse lagen zwischen 98,7 und

Buchst. c EStG; die Höhe der Erträge hängt von dem ungewissen Ereignis der Einstufung des Emittenten durch eine Rating-Agentur ab. Die Anleihen weisen keine von vornherein endgültig bezifferbare Emissionsrendite auf. Da indes das Entgelt für die Kapitalüberlassung und ein eindeutig der Vermögensebene angehörender Vermögenszuwachs ex ante rechnerisch eindeutig abgrenzbar und bestimmbar sind, ist dieser Erlös nicht im Rahmen der Markttrendite steuerbar. Entsprechend der systematisch wie gleichheitsrechtlich (Art. 3 Abs. 1 GG) gebotenen tatbestandsmäßigen Eingrenzung von § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c Satz 2 EStG sind solche Wertentwicklungen sog. Finanzinnovationen nicht gem. § 20 EStG steuerbar, welche eindeutig der Vermögensebene zugeordnet werden können und rechnerisch zweifelsfrei von einem Kapitalnutzungsentgelt abgrenzbar sind.

Down-Rating-Anleihen zeichnen sich nach der Art ihrer Ausgestaltung gerade nicht durch eine Einbindung von Kursgewinnen in das Entgelt für die Kapitalüberlassung aus. Der Kursgewinn ist nicht im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung der Parteien untrennbar mit einem Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung verwoben. Insoweit unterscheiden sich die Kursgewinne aus den vorliegend zu beurteilenden Schuldverschreibungen grundsätzlich nicht von der allgemeinen § 20 EStG zugrunde liegenden Nichtsteuerbarkeit von Wertveränderungen der Kapitalanlage als solcher, die typischerweise in einem Veräußerungsgeschäft für eine etwaige Besteuerung manifest wird. Die Schuldverschreibungen sind nicht so beschaffen, dass eine Trennung zwischen Ertrags- und Vermögensebene nicht in praktikabler Weise nachvollziehbar wäre.

V. Fazit

(1) Die Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen wird von dem Grundsatz beherrscht, dass zwischen dem Kapitalvermögen als solchem und dem Ertrag als Frucht des Kapitals zu differenzieren ist; grundsätzlich wirken sich Wertveränderungen der Kapitalanlage als solche auf die Besteuerung der erzielten Erträge im Rahmen des § 20 EStG nicht aus.¹⁵¹ Nur ausnahmsweise können sich aus Wertsteigerungen Kapitalerträge i.S.v. § 20

99,1 %. Die Anschaffungskosten betragen insgesamt 71 772 Euro. Am 5.12.2003 veräußerte die Klägerin die Anleihen zu einem Kurs von 106,45 % und erzielte daraus eine Veräußerungserlös von insgesamt 76 644 Euro. Die Schuldverschreibungen wurden ursprünglich mit 6,0 % verzinst, wobei sich der Zinssatz erhöhte, sollte der Emittent von zwei Rating-Agenturen herabgestuft werden. Da diese Bedingung während der Laufzeit eintrat, stieg der Zinssatz an. Er lag im Veräußerungszeitpunkt bei 6,75 %.

151 BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter II. 3. a) m. w. N.

EStG ergeben, nach traditioneller Sicht wenn und soweit in ihnen Nutzungen enthalten sind.¹⁵²

(2) Der Ansatz der Markttrendite gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG bedeutet eine Abweichung von dieser Systematik der Besteuerung von Kapitalerträgen (Art. 3 Abs. 1 GG). Dem ist im Rahmen einer systematischen wie teleologischen Auslegung der Norm Rechnung zu tragen, welche zugleich dem vom BVerfG als Ausprägung der Besteuerungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) entfaltete Gebot der Folgerichtigkeit¹⁵³ genügt.

Entsprechend der grundsätzlichen Rechtfertigung der mit § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c Satz 1 und 2 EStG verbundenen Systemabweichung ist eine tatbestandsmäßige Eingrenzung der von § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c bzw. d EStG erfassten Finanzinnovationen geboten. Der Tatbestand der sonstigen Kapitalforderungen, bei denen die Höhe der Erträge von einem ungewissen Ereignis abhängt (fehlende Emissionsrendite, § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c bzw. d EStG), ist als sachgerechte gesetzliche Typisierung nur solcher Anlagen einzuordnen, bei denen ihrer Ausgestaltung nach Nutzungsentgelt und Kursgewinn ineinander verwoben und rechnerisch nicht abgrenzbar sind.

Die Maßgeblichkeit der Markttrendite gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG i.d.F. des StÄndG 2001 stellt nur dann eine sachlich gerechtfertigte Anpassung des Binnensystems des § 20 EStG an geänderte wirtschaftliche Lebenssachverhalte dar, die der grundsätzlichen im Gesamtsystem des EStG hinsichtlich der Überschusseinkünfte (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 7 EStG) angelegten Differenzierung zwischen sog. Quellenausnutzung und Quellenverwertung sowie deren unterschiedlicher – wenngleich z. T. angenäherter (vgl. §§ 17, 23 EStG) – Erfassung Rechnung trägt, wenn die systematische Differenzierung zwischen Kapitalnutzung und Kapitalverwertung bzw. Ertrags- und Vermögenssphäre auf systematische bzw. strukturelle Grenzen stößt. Hiervon ist auszugehen, soweit wirtschaftliche Lebenssachverhalte der Besteuerung unterworfen werden sollen, bei denen das jeweilige Papier nach seiner typischen Gestaltung und die dieser zugrunde liegenden wirtschaftlichen Intention gerade auf eine Kombination von Kapitalnutzung durch entgeltliche Überlassung und Ausschöpfung der Werthaltigkeit des Kapitals gerichtet sind. Die an sich systematisch gebotene Abschöpfung nur des Kapitalnutzungsentgelts kann in derartigen Fällen nicht gewährleistet werden, weil dieses nicht im traditionellen Sinne von der Wertentwicklung rechnerisch abgrenzbar ist. Der Gesetzestatbestand ist entsprechend system- und verfassungskonform einzugrenzen.

152 Vgl. BFH, Urteil vom 2.3.1993 VIII R 13/91, BFHE 171, S. 48, BStBl. II 1993, 602 m. w. N.

153 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.12.2002 2 BvR 400/98, 1735/00, BVerfGE 107, S. 27 m. w. N.

Gleichheitsrechtliche Bedenken gegen die Ermittlung des Kapitalertrags nach der Marktrendite, die sich darauf beziehen, dass der auf Kursänderungen des Wertpapiers beruhende Gewinn als Kapitalertrag qualifiziert wird, während dies bei Veräußerungsgewinnen, die beispielsweise auf Kursänderungen von festverzinslichen Wertpapieren oder Aktien beruhen, nicht der Fall ist,¹⁵⁴ sind nur dann nicht durchschlagend, wenn die erfassten sonstigen Kapitalforderungen ohne von vornherein bestimmte Emissionsrendite typisierend auf Finanzinnovationen begrenzt werden, bei denen Nutzungsertrag und Kursgewinn nicht eindeutig bestimmbar bzw. rechnerisch abgrenzbar, sondern in einer Weise miteinander verwoben sind, dass beide nicht praktikabel getrennt werden können.

(3) Der Gesetzeszweck, der es rechtfertigt, auch Anlagen mit fehlender Emissionsrendite mit der Marktrendite den Einkünften aus Kapitalvermögen zu unterwerfen, zwingt dazu, Überschüsse nicht als Kapitalertrag zu behandeln, bei denen entsprechend der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung aufgrund der Art ihrer Berechnung eindeutig feststeht, dass es sich auch bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht um ein Entgelt für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung handeln kann.

Hiervon ist nicht nur auszugehen, wenn der Überschuss zwischen Kaufpreis und Einlösungsbetrag allein auf einer Veränderung des Wechselkurses und nicht einem Kursgewinn des Papiers beruht.¹⁵⁵ Hierauf hat der Gesetzgeber in der Weise reagiert, dass in § 20 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz EStG bei Wertpapieren und Kapitalforderungen in einer ausländischen Währung der Unterschied in dieser Währung zu ermitteln ist. Auch andere Erträge aus einer Wertsteigerung des hingegebenen Kapitals sind nicht als Marktrendite zu besteuern, die sich eindeutig von einem im Einzelfall im Rahmen einer sog. Finanzinnovation vereinbarten Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung unterscheiden lassen.

Wertveränderungen im Vermögensbereich sind auch im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG nicht steuerbar, wenn sie eindeutig vom Kapitalnutzungsentgelt abgrenzbar sind, sei es bei vorhandener Emissionsrendite oder bei fehlender Emissionsrendite. Im ersteren Fall besteht kein Bedürfnis und damit auch keine Rechtfertigung für die Anwendung der Marktrendite im Rahmen einer Beweislastregel, im zweitgenannten Fall muss es sich um eindeutig nicht der Kapitalnutzung zuzuordnende Wertveränderungen handeln (z. B. Wechselkurs).

(4) Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 und 2 EStG – insbesondere auch das Vorliegen/Nichtvorliegen einer Emissions-

154 Vgl. BFH, Urteil vom 10.7.2001 VIII R 22/99, BFH/NV 2001, S. 1555 unter II. 1. b) aa).

155 Vgl. BFH, Urteil vom 24.10.2000 VIII R 28/99, BFHE 193, S. 374, BStBl. II 2001, 97 unter II. 3. b).

rendite – sind grundsätzlich auf den Emissionszeitpunkt bezogen. Für die Einordnung eines Papiers im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c und d EStG¹⁵⁶ ist grundsätzlich der Emissionszeitpunkt maßgeblich.

(5) Für die Beantwortung der Frage, ob die Steuerbarkeit nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG die volle Kapitalrückzahlung verlangt, ist die Differenz zwischen Kapitalhingabe und Mindestrückzahlung des Kapitals der nicht steuerbaren Vermögensebene zuzuordnen. Eine etwaige positive Differenz betrifft die Problematik der strukturellen Vermengung von Nutzungsentgelt und Wertsteigerung.

(6) Nicht unter § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG zu fassen sind Zertifikate, die sich auf Bezugsgrößen beziehen, nach denen zum Zeitpunkt der Emission das Risiko eines Totalverlustes besteht.

(7) Angesichts der doppelten strukturellen Anknüpfung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ist bei der Anwendung der Norm danach zu differenzieren, ob im Einzelfall eine Emissionsrendite objektiv besteht oder nicht. Mit dem Begriff der Emissionsrendite werden die Wertzuwächse am Stammrecht von der Besteuerung ausgeklammert. Sie treten hinzu, sobald die Marktrendite maßgeblich ist. Fungiert § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG lediglich im Sinne der zur Rechtslage nach dem StMBG 1994 ergangenen Floater-Rechtsprechung des BFH¹⁵⁷ als Beweislastregel, so ist hierauf abzustellen. Insoweit ist die bisherige Rechtsprechung weiterhin maßgeblich.

Hiervon zu trennen sind Papiere ohne von vornherein bezifferbare Emissionsrendite. Dabei geht es jedoch nicht um ein Wahlrecht zwischen Emissions- und Marktrendite¹⁵⁸.

Insbesondere Index-Garantie-Zertifikate weisen nach der Art ihrer Gestaltung die Besonderheit auf, dass Kapitalnutzungsentgelt und realisierte Wertentwicklung des jeweiligen Papiers rechnerisch nicht abgrenzbar bzw. jeweils nicht eindeutig bestimmbar sind. Dies rechtfertigt die Anwendung der Marktrendite gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG – dies nicht als typisierende Erfassung der (ohnehin fehlenden) Emissionsrendite, sondern als originärer Besteuerungsmaßstab.

Demgegenüber sind bei solchen Papieren ohne Emissionsrendite, bei denen das Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung unschwer von einer realisierten Wertentwicklung unterschieden werden kann, etwaige Kursgewinne aus der Veräußerung nicht gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG steuerpflichtig – so etwa bei Floatern oder Down-Rating-Anleihen.

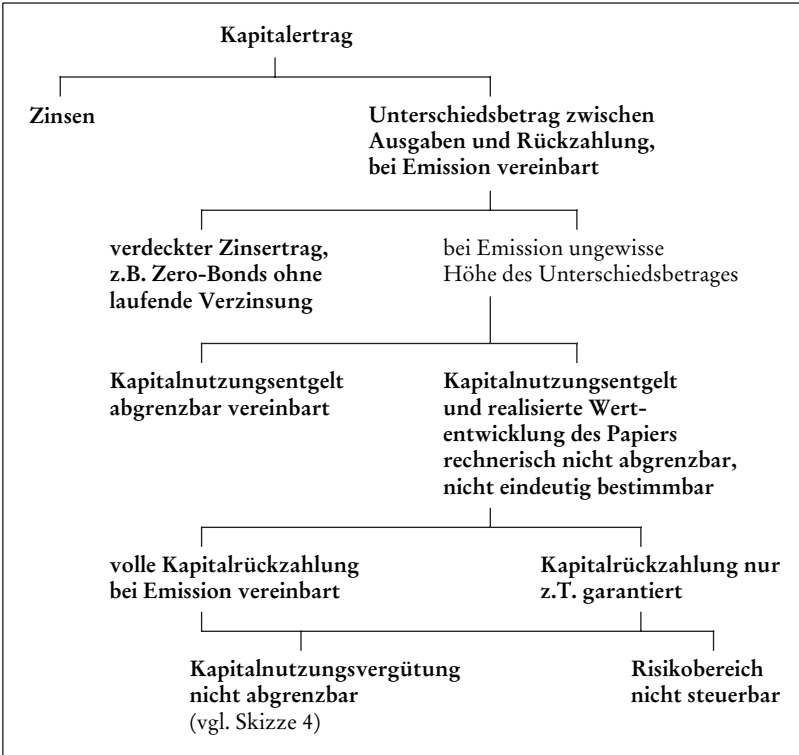
156 Anders für Buchst. b: *Haisch*, DStZ 2005, S. 102, 104.

157 Fn. 13.

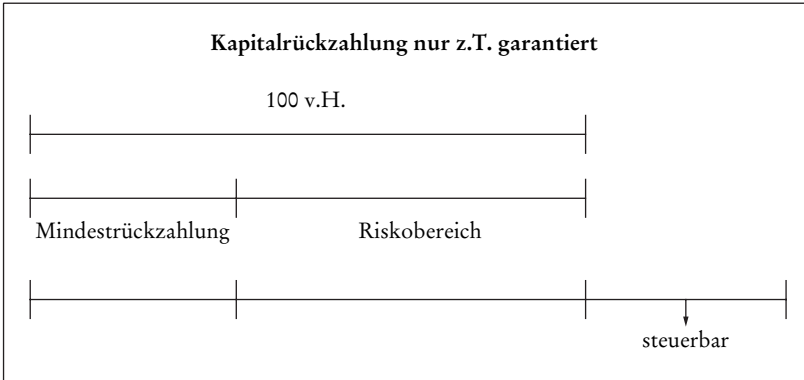
158 Dazu im Einzelnen *Harenberg*, in H/H/R, § 20 EStG Rz. 1122.

Skizzenanhang

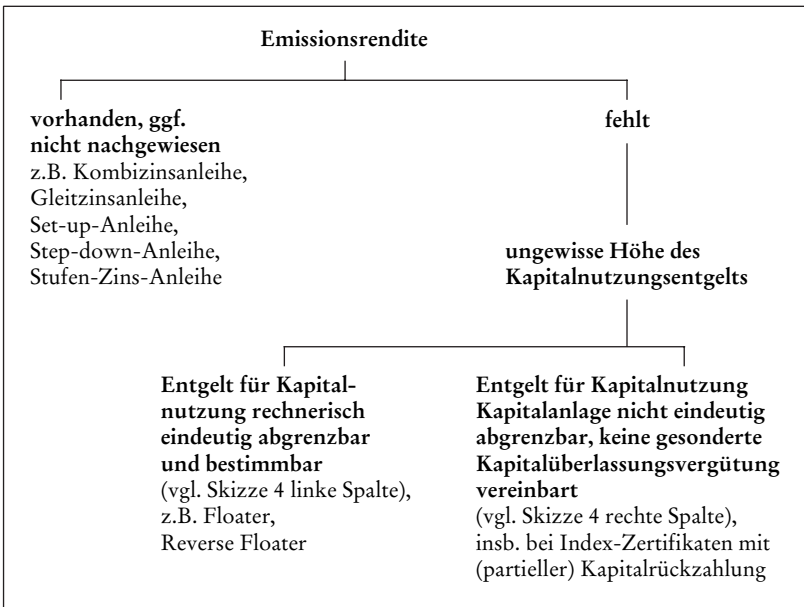
Skizze 1



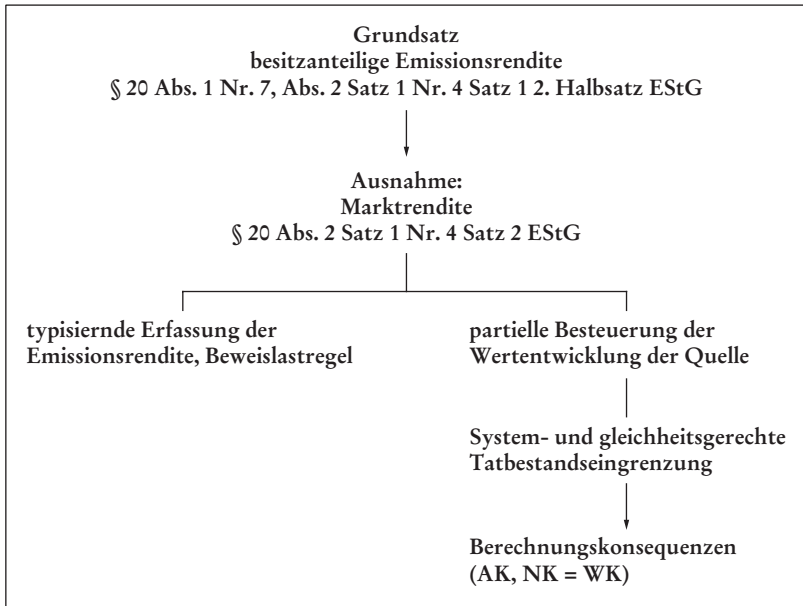
Skizze 1a



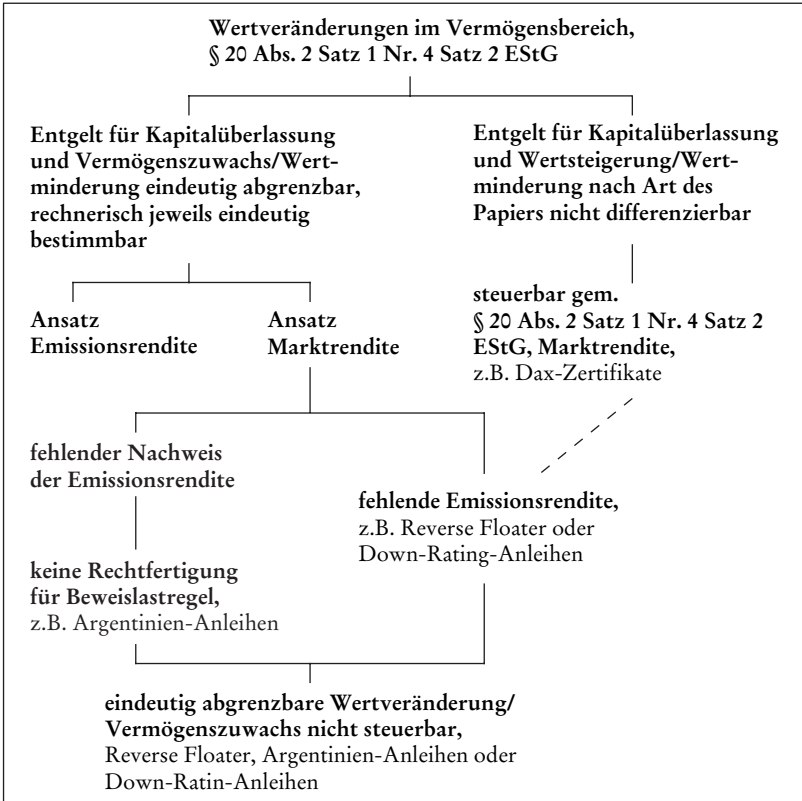
Skizze 2



Skizze 3



Skizze 4



Diskussion

zu den Referaten von Dr. *Michael Elicker*, Dr. *Bernd Heuermann*
und Prof. Dr. *Monika Jachmann*

Leitung
Prof. Dr. *Wolfgang Schön*

Dr. Spindler

Ich habe eine Frage an Kollegen *Heuermann*. Sie schlagen ja vor, auf die bedingte Veräußerungsabsicht als Abgrenzungskriterium zu verzichten. Ich bin da bei Ihnen. Zum einen weisen Sie zu Recht darauf hin, dass nahezu jeder beim Erwerb eine – wenn auch nur bedingte – Veräußerungsabsicht hat; und zum anderen, ich glaube, das ist auch ein wichtiger Punkt, ist ja die Rechtsprechung bisher mit diesem Abgrenzungskriterium selbst nicht konsequent umgegangen. Sie hat die Kriterien der Drei-Objekt-Theorie indiziell zur Feststellung dieser Absicht herangezogen, ist aber dann insofern nicht konsequent gewesen, als sie spätere Umstände für die Veräußerung von Immobilien nicht berücksichtigt hat. Das verträgt sich nach meinem Verständnis nicht mit dem Kriterium oder Hilfsmittel des Indizes. Da müsste ich dann auch Gegenindizien zulassen. Ich also würde da gerne mit Ihnen gehen, ich sehe nur ein zusätzliches Problem dabei. Die bisherige Annahme der bedingten Veräußerungsabsicht hat uns auch die Frage nach dem Beginn eines Gewerbebetriebes beantwortet. Wir konnten auf den Erwerb oder die Herstellung des ersten Objektes zurückgreifen. Was machen wir nun, wenn wir die bedingte Veräußerungsabsicht als Abgrenzungskriterium weglassen, müssen wir dann etwa für den Beginn weitere zusätzliche Feststellungen haben? Müssen wir Hilfsmittel dazu heranziehen oder reicht vielleicht nach Ihrer Auffassung dann der zeitliche Zusammenhang, den Sie ja weiterhin gelten lassen wollen, aus? Denn das Problem ist, das müssen wir immer sehen, wenn wir zur Feststellung des Gewerbebetriebes kommen, dann geht es ja eigentlich in der Sache erst los: Wann hat er begonnen, mit welchen Werten und und und.... Das vernachlässigen wir, oder können wir in der Regel vernachlässigen, weil wir eigentlich nur die rechtliche Einordnung vornehmen; aber wir dürfen es nicht aus dem Auge verlieren. Deswegen ist die Frage nach dem Beginn problematisch und die könnte bei dem Verzicht auf dieses Abgrenzungskriterium möglicherweise ein zusätzliches Problem werden, das wir bisher in der Anwendung nicht hatten. Vielen Dank.

Prof. Dr. Fischer

Herr *Elicker*, ich als einer der Akteure der Rechtsprechung kann Ihnen natürlich nicht darin zustimmen, dass der BFH Sophisterei betreibt. Ich kann Ihnen aber darin zustimmen, dass wir ein Gerechtigkeitsproblem

haben. Ich möchte das an einem Fall festmachen, der vom BFH entschieden worden ist: Ein Ehepaar in seinen besten Jahren schafft sich ein Grundstück an, bebaut dieses mit einem Achtfamilienhaus. Nach 3 Jahren ist das Glück zu Ende, die Ehe wird geschieden. Die Eheleute müssen zur Bewältigung der finanziellen Scheidungsfolgen das Haus verkaufen, und aus wirtschaftlichen Gründen parzellieren sie es in 8 Eigentumswohnungen und verkaufen diese. Die Eheleute hängen nunmehr nach den Grundsätzen, wie sie der BFH definiert hat, unentzerrbar in der Gewerblichkeitsfalle. Die Frage ist: Was ist die Ursache dieses Gerechtigkeitsproblems? Ist es wirklich der Gesetzgeber, der uns dieses Ergebnis vorgibt, oder hat der Gesetzgeber nicht vielmehr doch etwas Besseres beabsichtigt, als Sie ihm unterstellen, Herr *Ellicker*? Wenn wir genau nachlesen in den Materialien zu den Einkommensteuergesetzen 1925/1934, dann meinte der Gesetzgeber: Wir können es dabei bewenden lassen zu sagen: Steuerbar ist der Gewerbebetrieb. Er hat dies wie folgt begründet: Nach der Verkehrsauffassung weiß man, was ein Gewerbebetrieb ist. Jedermann weiß, was ein Spediteur ist, jedermann weiß, was ein Hotelier ist oder ein Bankier, oder aber ein Gemüsehändler. Ich glaube, das EStG 1925 hatte noch die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vor Augen, das in etwa 8 Fällen gesagt hatte: Jemand, der mit Grundstücken handelt, kann Händler sein, wenn er diese Grundstücke als Ware behandelt. Was aber bedeutet „Behandeln als Ware“? Ist es nicht so, dass hierfür die unbedingte Veräußerungsabsicht zwingend vorausgesetzt werden muss? Ich meine, der Kardinalfehler der Rechtsprechung ist der, dass hier die bedingte Veräußerungsabsicht ins Spiel gekommen und deswegen der typologische Abgleich mit dem Händler gar nicht mehr möglich ist. Ich würde Ihrer Bewertung nicht folgen, dass wir eine Crux des typologischen Denkens haben, sondern die Crux liegt einfach darin, dass das typologische Denken nicht wirklich konsequent umgesetzt wird.

Wenn ich einmal einen weiteren Teilbereich der Rechtsprechung in den Blick nehme, beispielsweise den Fall, dass jemand eine Eigentumswohnung in eine Ferienanlage einbringt und dort irgendetwas Touristisches an Fun und Sonstigem organisiert wird, dann fragt die Rechtsprechung auch danach, ob die Eigentumswohnung in ein „beherbergungsunternehmensähnliches“ Gebilde eingebracht worden ist und ob dementsprechend ein typologischer Abgleich des Vermietens mit unternehmerischer Tätigkeit möglich ist. Ein solches Abgleichen wäre auch bei der Anschaffung und Veräußerung von Grundstücken der richtige Weg.

Unzweifelhaft weiß „die Verkehrsauffassung“ beispielsweise, was ein Bauträger ist. Nun hat der X. Senat den Großen Senat gefragt, ob es erlaubt sei, Tätigkeiten auf den Grundstückssektor typologisch mit dem Bild des Bauträgers abzugleichen. Sie wissen alle, dass dies dem X. Senat untersagt worden ist. Es geht aber wohl gar nicht anders, als dass man typologisch abgleicht.

Ich möchte darauf verweisen, dass auch der Europäische Gerichtshof dies tut. Herr *Elicker*, Sie haben das Problem des Wertpapierhandels angesprochen. Sie werden sich sicherlich entsinnen, dass der X. Senat in seinem jüngsten einschlägigen Urteil die Rechtsprechung des EuGH zur Frage, was vermögensverwaltender Beteiligungsbesitz ist, zitiert hat. Der EuGH hat ausgeführt, dass dies nach der Verkehrsauffassung zu entscheiden ist, weil die Verkehrsauffassung weiß, was die Tätigkeit eines „typischen“ Depotinhabers ist. Und für die Frage, ob eine umsatzsteuerrechtlich relevante Holding vorliegt, ist auf besondere unternehmerische Elemente einzugehen und diese wären dann abzuprüfen. Der EuGH geht mit seiner Rechtsprechung in den Rechtssachen *Wellcome Trust* und *Cibo Participations* nach diesem Muster vor. Er hat es natürlich auch einfach, weil er klassische typologische Figuren als Tatbestandsmerkmale anzuwenden hat. Nach Artikel 4 der 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie ist nämlich zu entscheiden, ob im Einzelfall ein Händler, ein Produzent oder ein Dienstleistender in dieser Eigenschaft unternehmerische Tätigkeit ausübt. Ich meine, auf dieser typologischen Grundlage lassen sich durchaus rechtsstaatlich vertretbare Ergebnisse finden.

Prof. Dr. Hüttemann

Herr *Heuermann*, ich habe eine Frage betreffend den § 14 AO. Sie haben diese Vorschrift zwar als Oberbegriff in die Diskussion mit eingeführt, sind aber nicht weiter der Frage nachgegangen, ob die Unterscheidung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung im Rahmen der unmittelbaren Anwendung des § 14 AO bei der Bestimmung der sachlichen Grenzen von Steuerbefreiungen die gleiche ist, wie die Abgrenzung der Einkunftsarten im Rahmen des Einkommensteuerrechts. Um dies an einem Beispiel zu verdeutlichen, auf das bereits Herr *Fischer* hingewiesen hat: Anfang dieses Jahres hat der EuGH im Zusammenhang mit dem Beihilfenverbot zu der Frage Stellung genommen, ob die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft eine unternehmerische Tätigkeit ist. Der Gerichtshof hat dabei festgestellt, dass derjenige, der an einer Kontrollbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft hält und seine Gesellschafterrechte zur laufenden Einflussnahme auf die Geschäftsführung nutzt, den Rahmen einer vermögensverwaltenden Tätigkeit überschreitet und unternehmerisch tätig wird. Dies deckt sich praktisch „eins zu eins“ mit der Rechtsprechung des I. Senats des BFH zur Auslegung des § 14 AO, würde aber zugleich bedeuten, dass die Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung bei § 14 AO im Einzelfall anders getroffen wird als zwischen § 15 und 20 EStG. Denn es ist wohl noch niemanden in den Sinn gekommen, die Zuordnung von Beteiligungseinkünften zu § 20 EStG deshalb in Frage zu stellen, weil man als Gesellschafter einer GmbH die Gesellschafterrechte in dieser Weise ausgeübt hat.

Prof. Dr. Reiner

Wir haben jetzt über eine Stunde lang interessante und hochkarätige Ausführungen zum Begriff des Gewerbebetriebs und seiner Abgrenzung zur Vermögensverwaltung gehört. Wenn ich richtig aufgepasst habe, ist aber bisher nicht über verwandte Begriffe in anderen Rechtsgebieten gesprochen worden. Ich denke z. B. an den Unternehmerbegriff des § 14 BGB, an die „wirtschaftliche Unternehmung“ nach § 1 Geräte- und Produktsicherheitsgesetz und natürlich an den „Gewerbebetrieb“ nach § 1 Abs. 2 HGB. Die Bezugnahme auf das HGB ist nicht absurd, ich erinnere an die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu § 8 KStG in Zusammenhang mit der Frage, ob die Kapitalgesellschaft eine Privatsphäre besitzt. Gemäß § 8 Abs. 2 KStG sind ja alle *Einkünfte* der Kapitalgesellschaft gewerblicher Natur. Für den dafür maßgeblichen Einkünftebegriff verweist der Bundesfinanzhof, neben anderen Argumenten, auf die Eigenschaft der Kapitalgesellschaft als Formkaufmann; danach ist ihr gesamtes Tun gewerblicher Natur. Da haben wir also eine Bezugnahme auf das Handelsgesetzbuch. Deshalb meine Frage an die beiden Referenten zur genannten Abgrenzung: Haben Sie auch schon einmal daran gedacht, die Erkenntnisse der *handelsrechtlichen* Diskussion zum Gewerbebegriff in diesem Zusammenhang heranzuziehen?

Dr. Elicker

Zunächst einmal muss ich sagen, dass ich eigentlich gar nicht die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs angreifen will, sondern mir ist völlig klar, dass die Rechtsprechung, gerade die höchstrichterliche Rechtsprechung, sich hier in einer No-Win-Situation befindet, solange wir diese gesetzlichen Vorgaben haben, wie wir sie heute haben. Selbst wenn wir einmal davon ausgingen, es gebe eine relativ einheitliche Verkehrsauffassung. Herr *Fischer*, Sie sagen ja, es gibt durchaus einen großen Kreis von Autoren, auch von Richtern, die meinen: Wir wissen nach der Verkehrsauffassung, was ein Gewerbebetrieb ist. Ich habe daran, wie ich geäußert habe, gewisse Zweifel, weil sich die „Bilder“ des Gewerbebetriebs oftmals nicht sehr ähneln, auch je nach dem, in welche Bereiche man geht. Aber selbst wenn wir jetzt einmal sagen würden, wir haben eine Verkehrsauffassung als ein selbständig mit Unterscheidungskraft ausgestattetes Kriterium, das tatsächlich zu einer tatbestandlichen Abgrenzung beitragen könnte, dann müssten wir ja im zweiten Schritt fragen: Ist diese Verkehrsauffassung, die angeblich den Gewerbebegriff oder den Gewerbebetrieb indiziert, auch tragfähig als Differenzierungsgrund hinsichtlich der unterschiedlichen Rechtsfolgen, die daran festgemacht werden. Und darin besteht dann die No-Win-Situation. Deswegen sagte ich: Das ist eben nur ein kleiner Versuch, der Gerechtigkeit innerhalb einer großen Ungerechtigkeit zu dienen – und dabei muss es meiner Meinung nach auch bleiben, solange wir den Dualismus haben.

Prof. Dr. Schön:

Sie wollen uns also mit *Adorno* sagen, es gibt auch im Steuerrecht kein richtiges Leben im Falschen.

Dr. Elicker

Das wäre wirklich adäquat. In dem heutigen Zusammenhang, das haben wir ja gesagt, geht es nicht anders als typologisch abzugrenzen. Aber diese typologische Abgrenzung kann man, wenn man schon genötigt ist, nach dem geltenden Gesetz zu verfahren, an den Rechtsfolgendifferenzen festmachen, was sich ja in der Abgrenzung zwischen Fruchtziehung und Umschichtung zeigt. Wenn dann aber gewisse Verkehrsanschauungen hinzukommen, die abweichen von diesen sachlichen Kriterien, die ja eine Reaktion sind auf die Zwickmühle, in der man sich hier befindet, wenn man also von den Sachkriterien weggeht aufgrund von vorgestellten „Gesamtbildern der Verhältnisse“, die einen Gewerbebetrieb identifizieren sollen, dann halte ich dies um so mehr für bedenklich. Ich meine, man sollte dann unter dem geltenden Gesetz lieber bei den sachlichen Kriterien wie „Fruchtziehung“ bleiben und deswegen auch den häufigen Wertpapierumschlag in der Konsequenz als Gewerbebetrieb einstufen, ohne dass man auf irgendwelche außersteuerlichen Verkehrsauffassungen Rücksicht nimmt, die besagen: „Das ist irgendwo noch normal für jemanden, der sein Vermögen verwalten will; in diesem Bereich wird eben öfter umgeschlagen.“ Das sind die Bedenken, die ich in dieser Hinsicht habe.

Dr. Heuermann

Zunächst einmal zu Ihrer Anregung, Herr *Spindler*. Wenn wir auf die bedingte Veräußerungsabsicht als Kriterium verzichten, rekurren wir nur auf objektive Merkmale und machen den Qualitätssprung am Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze und dem zeitlichen Zusammenhang fest. Wir tun das ja jetzt auch nur hypothetisch, weil wir auch die bedingte Veräußerungsabsicht nur hypothetisch erschließen, aufgrund dieser objektiven Merkmale. Das sind allerdings erste Ideen, man müsste das nun noch weiter diskutieren und auch an praktischen Fällen ausprobieren, aber ich denke, es geht. Man kann durchaus auf diese bedingte Veräußerungsabsicht verzichten. Man braucht sie nicht mehr als Argumentationshilfe, wenn man den zeitlichen Zusammenhang hat. Nehmen wir einmal an, jemand verkauft in zeitlichem Zusammenhang von 6–7 Jahren 8 Wohnungen, da wird man sagen können, mit dem Erwerb der ersten Wohnung und dem Bau weiterer oder dem Erwerb weiterer Objekte ist insgesamt ein zeitlicher Zusammenhang gegeben. Und dann liegt eben auch der Qualitätssprung vor, ohne dass man noch darauf abstellen müsste, ob der Steuerpflichtige die erste Wohnung schon verkaufen *wollte* – ganz abgesehen davon, dass dieses voluntative Element ohne die weiteren Veräußerungen steuerrechtlich völlig unbeachtlich wäre.

Das wäre ja auch bei der bedingten Veräußerungsabsicht eine reine Fiktion, eine bloße Bewertung der objektiven Tatsachen. Wir würdigen dann letztlich durch nachfolgende Akte die rechtliche Qualifizierung des ersten. Das tun wir ja auch jetzt, indem wir irgendwas erfinden, was so klingt wie Absicht, aber in Wirklichkeit keine ist. Also brauchen wir es nicht.

Zu Ihnen, Herr *Hüttemann*, § 14 Satz 1 AO ist – analytisch betrachtet – Oberbegriff. So hat auch schon der Große Senat des Bundesfinanzhofs in einer Entscheidung von 1973 zu den Vorgängervorschriften erkannt. Es besteht keine Notwendigkeit, die Vorschrift auf das Gemeinnützigkeitsrecht zu beschränken. Sie steht im Zusammenhang mit Vorschriften, die ganz allgemein Begriffe definieren. Dies ist dann natürlich später auf das Gemeinnützigkeitsrecht bezogen worden. Aber wir nehmen die Begriffe auch für andere Rechtsgebiete auf. Dass die Schnittlinie und Unterscheidungsbildung im Beihilferecht natürlich eine andere ist, ist klar. Der EuGH hat, ich glaube in einer Entscheidung zu Artikel 87 des EG-Vertrages, gesagt, dass unter Umständen die bloße Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft gewerblich sein kann. Diese Aussage wird man ertragsteuerrechtlich nicht nachvollziehen können. Dem Beihilferecht des Artikels 87 EG liegt eine andere Teleologie zugrunde, als die, die wir hier vorfinden. Aber zu § 14 AO meine ich, da der gewerbliche Geschäftsbetrieb des § 14 Satz 1 AO Oberbegriff im Verhältnis zu § 15 Absatz 2 EStG ist, können wir die Definition des § 14 Satz 3 AO im Rahmen der Auslegung des § 15 Absatz 2 EStG verwenden, indem wir einfach das, was das Gesetz da umschreibt, anwenden.

Dann war da noch eine Frage bezüglich der Anwendung des Handelsgesetzbuches, § 1 HGB. Das Handelsgesetzbuch beschreibt die Anwendung von Kaufmannsrecht, und wir haben es im Einkommensteuerrecht damit zu tun, ob wir die gewerbliche Tätigkeit besteuern und dies beantwortet die Abgrenzung zwischen gewerblicher Tätigkeit und Vermögensverwaltung. Das sind völlig verschiedene Dinge. Das Steuerrecht knüpft an das Handelsgesetzbuch an, wo eine Norm des Steuerrechts dies anordnet, z. B. im § 5 des EStG die Maßgeblichkeit oder bei § 255 des HGB, der auch im Steuerrecht rezipiert wird, nämlich mit seinen Tatbestandsmerkmalen „Anschaffung“ und „Herstellung“. Aber an sich hat das HGB eine völlig andere Teleologie. Insofern hat dies mit dieser Schnittstelle und mit dieser Unterscheidungsbildung eigentlich nichts zu tun.

Dr. Anzinger

Herr *Heuermann*, Sie haben an dem in der Rechtsprechung teilweise verwandten Merkmal der bedingten Veräußerungsabsicht Kritik geübt und auf seine fehlende Trennschärfe verwiesen. In der Literatur ist dieses Merkmal indessen bereits weiterentwickelt worden. Es wurde vorgeschlagen, statt auf eine bedingte Veräußerungsabsicht auf die anfängliche Absicht der *alsbaldigen* Veräußerung abzustellen. Wäre dieses weiterentwickelte Merkmal viel-

leicht besser geeignet, um etwa einen typologisch fundierten Begriff des Händlers einzugrenzen; beispielsweise den gewerblichen Kunsthändler vom privaten Kunstsammler zu unterscheiden? Der Kunsthändler kauft Kunst, um sie alsbald wieder zu verkaufen. Der Kunstsammler will sie erst einmal ins Regal stellen, auch wenn er sie irgendwann wieder verkauft. Ihm fehlt die anfängliche Absicht der alsbaldigen Veräußerung, auch wenn er vielleicht bereits bei Erwerb eine bedingte Veräußerungsabsicht hatte. Eine zweite Frage: Sie haben jetzt doch wieder für die Drei-Objekte-Regel plädiert, haben aber vorher gesagt, die Drei-Objekte-Regel sei eigentlich ungeeignet, um die Veräußerungsabsicht festzustellen. Reicht es tatsächlich aus, die Veräußerungsabsicht als Merkmal wegzulassen, um das Begründungsproblem der Drei-Objekte-Regel zu beseitigen, und woran macht man dann die Drei-Objekte-Regel fest, wenn man die Veräußerungsabsicht nicht mehr hat? Und eine dritte Frage ist noch: Wenn man doch dazu kommt, dass es darum geht, die Veräußerungsabsicht festzustellen – das lehnen Sie ja ab – wo müsste diese Feststellung getroffen werden? Wäre dies eine Frage, die überhaupt noch den BFH beschäftigt, oder sind es allein die Finanzgerichte, die diese Feststellung zu treffen haben? Vielen Dank.

Prof. Dr. Schön

Vielen Dank, Herr *Anzinger*. In der Tat, die Frage ist, Herr *Heuermann*, ob es gewissermaßen jetzt nur noch eine Art Intensitätsfrage ist, die Sie mit der Drei-Objekt-Grenze verbinden, oder auf welches andere Merkmal man dies beziehen kann. Jetzt aber Frau Prof. *Hey*.

Prof. Dr. Hey

Ich habe sowohl an Frau *Jachmann* als auch an Herrn *Heuermann* eine Frage, nämlich: was könnte denn der Gesetzgeber tun, um die Abgrenzungsprobleme zu lösen? Herr *Heuermann*, Sie haben von vornherein gesagt, auf den Gesetzgeber wollen wir nicht warten. Ich denke, das ist eine sehr realistische Einschätzung. Zumal, Herr *Elicker* hat es deutlich herausgearbeitet, die Lösung des Problems wohl immer unvollkommen sein wird. Und Frau *Jachmann*, Sie haben ja sehr genau gezeigt, wie schwierig die Abgrenzung zwischen laufenden Erträgen und Wertsteigerung ist. Ist es also überhaupt möglich, diese Abgrenzungsfragen los zu werden, und wie könnte diese Lösung aussehen? Nehmen Sie nur die Veräußerungsgewinnbesteuerung. Wir haben heute Morgen einmal kurz über eine Vollbesteuerung diskutiert, aber ich bin im Zweifel, ob wir da nicht Inflationsprobleme ausgeblendet haben, die dann doch wieder zu einer ungleichen Behandlung führen. Müssen wir uns also mit der Drei-Objekt-Rechtsprechung auch noch die nächsten 75 Jahre befassen, oder gibt es eine Lösung?

Prof. Dr. Lüdicke

Ich habe eine Frage oder Anmerkung zu Frau Prof. *Jachmann*. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, lassen Sie für die Erfüllung des Grundtatbestands des § 20 Absatz 1 Nr. 7 EStG auch eine teilweise Kapitalrückzahlung genügen. Ich meine, wenn man das tut, gibt man die Unterscheidung von Frucht und Stamm schon im Grundtatbestand auf. Wenn man die Entscheidung fällt, nicht mehr zwischen Stamm und Frucht zu unterscheiden, wäre es dann nicht auch angemessen, bei der Emissionsrendite oder Marktrendite dem Steuerpflichtigen ein Wahlrecht im Sinne eines Entweder – Oder zuzugestehen?

Dr. Pelka

Ich habe eine Bemerkung zu dem Vortrag von Frau Prof. *Jachmann*. Ihr Vortrag hat mir deutlich gemacht, dass die Regelungen des § 20 Abs. 2 EStG völlig unbefriedigend sind. Sie haben versucht, die unterschiedlichen steuerlichen Wirkungsweisen verschiedener Kapitalanlagekonzepte aufzuzeigen. Ich wage die Behauptung, dass nicht viele von uns Ihren Vortrag verstanden haben. Das mag auch daran liegen, dass die meisten von uns nicht genau wissen, was ein Reverse-Floater ist, was eine Argentinien-Anleihe auszeichnet und wie ein DAX-Zertifikat richtig funktioniert.

Gleichwohl ist aber durch ihren Vortrag deutlich geworden, dass der Versuch des Gesetzgebers, durch die Regelungen des § 20 Abs. 2 EStG die steuerpflichtigen Kapitaleinkünfte von den nicht steuerbaren Vermögenseinkünften abzugrenzen, nicht oder nicht befriedigend gelungen ist.

Die Finanzbranche hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten wiederholt neue Konzepte erarbeitet, durch die aus steuerpflichtigen Zins- und Dividendenenerträge steuerfreie Veräußerungsgewinne gemacht werden. Diese Modelle haben dann den Gesetzgeber auf den Plan gerufen, der versuchte, mit immer komplizierteren gesetzgeberischen Regelungen diese als missbräuchlich empfundenen Gestaltungen zu bekämpfen. Jedes neue Gesetz wurde dann durch entsprechend neue Modelle konterkariert. Manchen Überlegungen der Finanzverwaltung ist der Bundesfinanzhof nicht gefolgt, was wiederum zu neuen gesetzgeberischen Konstruktionen geführt hat.

Nunmehr haben wir mit der jetzigen Fassung des § 20 EStG ein Regelwerk, bei dem die systemtragenden Konturen total verschwommen sind. Es lässt sich heute auch für den Spezialisten nicht mehr verlässlich bestimmen, ob bestimmte Vermögenserträge als steuerpflichtige Kapitaleinkünfte oder als nicht steuerbare Kapitalerträge zu bewerten sind.

Ihr Vortrag hat mir gezeigt, dass dies nicht der richtige Weg ist und man eigentlich feststellen muss, dass der Versuch des Gesetzgebers zur Abgrenzung der Veräußerungsgewinne von den Kapitaleinkünften missglückt ist.

Ich denke, der Gesetzgeber muss sich zu einem klaren Konzept durchringen: Entweder das Gesetz bestimmt, dass alle Vermögenserträge steuerpflichtig sind, unabhängig davon, ob sie rechtlich und wirtschaftlich als laufende Einkünfte oder als Vermögenserträge zu qualifizieren sind oder wir kehren zu dem alten § 20 EStG zurück, wonach nur die klassischen Zinsen und Dividenden den steuerpflichtigen Einkünften zugeordnet werden. Wenn der Gesetzgeber aus ordnungspolitischen oder praktischen Gründen Veräußerungsgewinne außerhalb der Spekulationsfrist steuerfrei belassen möchte, dann sollte man darauf verzichten, durch ein kompliziertes Regelwerk echte oder vermeintliche Umgehungen zu verhindern. Auch im Rahmen der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung nehmen wir hin, dass bei der Veräußerung von Grundstücken erhebliche nicht steuerbare Einkünfte erzielt werden, soweit kein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt oder eine Veräußerung innerhalb der 10-Jahresfrist stattfindet. Wenn dies im Rahmen von Grundstücksgewinnen für den Gesetzgeber tolerierbar ist, ist nicht einzusehen, warum dies nicht auch bei den Kapitaleinkünften akzeptiert werden kann.

Prof. Dr. Jachmann

Frau *Hey* und Herr *Pelka* sprechen dasselbe Kernproblem an: Müsste der Gesetzgeber nicht entweder zur vollen Wertzuwachsbesteuerung kommen oder zum alten § 20 EStG zurückkehren? Ich meine, Frau *Hey*, in der Tat. Wenn wir Abgrenzungsprobleme vermeiden wollen, werden wir nicht umhinkönnen, dass wir gesetzgeberisch einen solchen Weg gehen. Schauen wir auf den realen Kapitalmarkt: Wenn es immer mehr dem alten § 20 EStG nicht einfach einzuordnende Papiere gibt, die aber schlicht wirtschaftsbezogen gestaltet werden, weil sich der Markt eben nicht nur in Deutschland entwickelt, dann hat der Gesetzgeber nur zwei Möglichkeiten: Er muss entweder den Weg der detaillierten Regelungen gehen, den ich hier versucht habe nachzuzeichnen, oder aber, um es einfacher zu machen – gerade vor dem Hintergrund des § 20 Abs. 2 läge mir das sehr nahe –, auch Wertzuwächse umfassend besteuern. Das würde jedenfalls eine extreme Vereinfachung bedeuten.

Herr *Pelka*, noch ein Satz zur These „der Versuch ist missglückt“. Das sagt sich relativ leicht, und als ich angefangen habe, mir diese Vorschrift anzuschauen, hätte ich auch am liebsten auf „verfassungswidrig“ plädiert. Nur muss man sich vorstellen, dass der Gesetzgeber ein ganz berechtigtes Interesse hat, eben auch Finanzinnovationen mit und ohne Emissionsrendite sachgerecht einzuordnen, und die Anleger nicht das einfache Papier wollen, bei dem man sagen kann, „hier Zinsen im klassischen Sinn und da Veräußerungsgewinne“. Die Anleger wollen ein bisschen Risiko haben, aber auch nicht zu viel. Und warum soll das Steuerrecht jetzt diese wirtschaftlichen Lebenssachverhalte, die einfach Realität sind, ausblenden? Ich meine, zum Ausblenden ist der Gesetzgeber jedenfalls nicht verpflichtet. Und er geht nun her und versucht diese Lebenssachverhalte, so gut er das mit Worten kann, einzufangen. Hierauf treffen unsere durchaus strengen, aber uns vor-

gegebenen Regularien des Verfassungsrechts, insbesondere die Tatbestandsmäßigkeit, die möglichst klar gefasste Vorschriften verlangt. Dann wird eben nachgebessert, und ich meine, dieses Anliegen kann man, so wie ich es machen würde, auch durchaus realistisch in diesem Gesetzeswortlaut handhaben. Mir scheint, es ist leichter zu sagen, das sei verunglückt, als es selbst „nicht verunglückt“ zu regeln.

Andererseits ist man auch schnell dabei, zu sagen: Wenn der Gesetzgeber schon bei der Kapitalrückzahlung nicht etwas Klares vorlegt, dann bitte auch ein Wahlrecht zwischen Markt- und Emissionsrendite. Nur da meine ich, dass wir uns auf verschiedenen Ebenen befinden. Ich habe aufgezeigt, dass der abgrenzbare Risikobereich eh nicht steuerbar ist und dass wir schon zwischen Frucht und Stamm bei der teilweisen Kapitalrückzahlung unterscheiden. Das ist keine so schwierige Rechnung. Das angedachte Wahlrecht, das bezieht sich auf was anderes. Da geht es um die Nachweisebene und die Beweislast, und es steht kein Wahlrecht im Gesetz. Vor dem Hintergrund der Systematik, die ich versucht habe darzulegen, glaube ich, kann man nicht dazu kommen – auch wenn es für den Anleger natürlich schön wäre – dass man sich aus der unpraktischen Emissionsrendite herausmogeln kann, wenn sie einem gerade nicht passt, und nach ihr verfahren kann, wenn sie einem besser gefällt. Ein solches Wahlrecht, dem Finanzamt den Sacherhalt offenzulegen oder nicht, wäre m. E. verfassungsrechtlich problematisch.

Dr. Heuermann

Noch einmal kurz zu der Drei-Objekt-Grenze: Ohne die bedingte Veräußerungsabsicht schließe ich von der Zahl der veräußerten Objekte direkt auf den Qualitätssprung. Ich lege die Bewertung offen, ich konstruiere nicht noch irgendeine Absicht, die ich nicht habe. Dann noch zur letzten Frage, zu der Frage der Feststellung. Man sollte es vielleicht in stärkerem Maße den Finanzgerichten überlassen, das Gesamtbild der Verhältnisse festzustellen. Würdigt das Finanzgericht die Tatsachen eingehend und kommt zu einem gut strukturierten Gesamtbild der Verhältnisse, so sollte das dem Revisionsgericht genügen. Da sollten wir uns vielleicht in Zukunft etwas mehr zurücknehmen, weil wir eben mehrere Indizien haben und diese Indizienwürdigung nun einmal Tatsachenwürdigung ist.

Dr. Elicker

Also an mich hat keiner eine letzte Frage gestellt, aber ich möchte dann vielleicht mit dem Wort des *Hl. Augustinus* schließen: „Was wären Reiche ohne Gerechtigkeit anderes als große Räuberbanden“.

Prof. Dr. Schön

Vielen Dank, Herr Dr. *Elicker*. Ich glaube, das ist ein Motto, das schon lange über der DStJG steht.

Beteiligungserträge

Prof. Dr. *Detlev J. Piltz*
Rechtsanwalt, Bonn

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. HistorieII. Thema und RechtsgrundlagenIII. Besteuerungsgegenstand (Steuerobjekt)<ul style="list-style-type: none">1. Einnahmen/Ertrag<ul style="list-style-type: none">a) Diskussionsstandb) Stellungnahme und These2. Anschaffungskosten/Werbungskosten/Ausgaben/Aufwand3. ZwischenergebnisIV. Geltendes System der Beteiligungserträge-Besteuerung<ul style="list-style-type: none">1. Empfänger ist natürliche Person<ul style="list-style-type: none">a) Dividenden<ul style="list-style-type: none">aa) Beteiligung ist Privatvermögenbb) Beteiligung ist Betriebsvermögenb) Veräußerungsgewinne<ul style="list-style-type: none">aa) Beteiligung ist Privatvermögenbb) Beteiligung ist Betriebsvermögen | <ul style="list-style-type: none">2. Empfänger ist Kapitalgesellschaft<ul style="list-style-type: none">a) Dividendenb) VeräußerungsgewinneV. Einzelfragen im Lichte der These<ul style="list-style-type: none">1. De lege lata<ul style="list-style-type: none">a) Zuordnung privater Schuldzinsenb) Private Schuldzinsen nach Veräußerung2. De lege ferenda<ul style="list-style-type: none">a) Schuldzinsen bei natürlichen Personenb) Anschaffungskosten bei natürlichen Personenc) Zeitpunkt des Abzugsd) Doppelbelastung bei Veräußerunge) Einheitliche Einkunftsart „Beteiligungserträge“VI. Ergebnisse und Folgerungen |
|---|---|

I. Historie

Aspekte des Themas „Beteiligungserträge“ sind auf Jahrestagungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft schon früher behandelt worden, z. B. auf der 20. Tagung 1996 – „Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter“¹ und auf der 26. Tagung 2001 – „Perspektiven der Unternehmensbesteuerung“². Es ging dort im Kern um die Verzahnung der Besteuerung der Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft mit der Besteuerung der Kapitalgesellschaft selbst, geprägt vom Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahren bzw. vom Halbeinkünfteverfahren. Dies soll hier nicht wiederholt werden. Die Existenz des Halbeinkünfteverfahrens wird zu Grunde gelegt und die

¹ *Heinicke*, Die Einkünfte des Gesellschafters einer GmbH, DStJG 20 S. 285.

² *Pezzer*, Die Besteuerung des Anteilseigners, DStJG 25 S. 37.

Besteuerung des Anteilseigners mit seinen Erträgen aus der Kapitalgesellschaft analysiert. Dass es dabei nicht ohne Seitenblicke auf die Besteuerung der Gesellschaft abgeht, versteht sich von selbst.

II. Thema und Rechtsgrundlagen

Da das Wort „Beteiligungserträge“ kein rechtstechnischer Terminus ist, insbesondere auch keine gesetzliche Definition erfahren hat, ist eine Abschiebung des Themas erforderlich. Es geht hier zunächst nicht um Erträge aus Beteiligungen an Personengesellschaften, obwohl der wirtschaftliche und juristische Sprachgebrauch auch solche als Erträge aus einer Beteiligung fasst (vgl. § 275 Abs. 2 Nr. 9 HGB). Es geht auch nicht um schuldrechtliche Erträge, etwa aus einer Beteiligung als typisch stiller Gesellschafter (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG). Vielmehr geht es um Erträge aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, insbesondere AG und GmbH, die – neben dem Anteilseigner – ein selbstständiges Steuersubjekt darstellen, und an denen der Anteilseigner die gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte hat, wie insbesondere die Rechte auf einen Gewinnanteil, einen Anteil am Liquidationserlös, das Stimmrecht. Deswegen sind hier auch nicht die Einkünfte aus Stiftungen zu behandeln, die den Gewinnausschüttungen vergleichbare Leistungen an andere Personen erbringen (§ 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG). Die hier themenrelevanten Anteilseigner sind sowohl natürliche Personen als Einkommensteuersubjekte als auch Körperschaften, insbesondere Kapitalgesellschaften, als Körperschaftsteuersubjekte. Auch soll das Thema nicht nur Dividenden als laufende Einkünfte, sondern ebenso einmalige Einkünfte aus Kapitalgesellschaften durch Veräußerung betreffen.

Demzufolge sind die themenrelevanten Vorschriften:

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG: Gewinnanteile (Dividenden) und sonstige Bezüge aus Aktien und GmbH-Anteilen, offen und verdeckt.

§ 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG: Bezüge auf Grund Liquidation oder Kapitalherabsetzung.

§ 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG: Besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden.

§ 20 Abs. 2 Nr. 2 lit. a EStG: Veräußerung von Dividendenscheinen ohne Mitveräußerung der Aktien- oder GmbH-Anteile.

§ 20 Abs. 3 EStG: Vorrang der Gewinn-Einkünfte.

§ 17 Abs. 1 EStG: Veräußerung von Beteiligungen.

§ 17 Abs. 4 EStG: Liquidation oder Kapitalherabsetzung.

§ 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG: Private Veräußerungsgeschäfte mit Aktien oder GmbH-Anteilen.

Zu diesen steuerbegründenden Vorschriften gibt es umfangreiche ergänzende Regelungen, insbesondere Befreiungen und Abzugsbeschränkungen, z. B.

§ 3 Nr. 40 EStG: Hälf­tige Steuerbefreiung von Beteiligungserträgen.

§ 8 b Abs. 1 KStG: Steuerbefreiung von Dividenden an Kapitalgesellschaften.

§ 8 b Abs. 2 KStG: Steuerbefreiung von Veräußerungsgewinnen, die Kapitalgesellschaften erzielen.

§ 3 c EStG: Allgemeine Abzugsverbote.

§ 8 b Abs. 3 und Abs. 5 KStG: Abzugsverbote bei Kapitalgesellschaften.

Vorstehende sind nicht alle themenrelevanten Vorschriften. Man könnte z. B. den steuerlichen Ertrag, der sich aus der gewinnrealisierenden Entnahme einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ergibt, ebenfalls als – steuerlichen – Beteiligungsertrag verstehen, was in gleicher Weise für andere Gewinnrealisierungsvorschriften gilt, z. B. solche des UmwStG. Sie sollen hier nicht behandelt werden.

III. Besteuerungsgegenstand (Steuerobjekt)

1. Einnahmen/Ertrag

a) *Diskussionsstand*

Es gibt eine umfangreiche Diskussion darüber, was der Besteuerungsgegenstand des § 20 EStG allgemein und der Vorschriften über die Beteiligungserträge im Besonderen ist.³ Im Vordergrund steht dort die Auffassung, dass Beteiligungserträge das Entgelt für die Überlassung von Kapital zur Nutzung an die Kapitalgesellschaft seien. Dieses Entgelt erhöhe die Leistungsfähigkeit, die die Einkommensbesteuerung rechtfertige. Dies ist gewiss richtig für den Prototyp der Kapitaleinkünfte, die nicht Beteiligungserträge sind, insbesondere Darlehenszinsen.

Für Beteiligungserträge passt diese Vorstellung allerdings nicht recht und zwar weder für die einer Kapitalgesellschaft überlassene Einlage mit der Gegenleistung Dividenden, noch für Entgelte für die Veräußerung der Beteiligung. Der BFH hat das erkannt und deshalb den Besteuerungsgrund für Dividenden in seinem bekannten *Hapimag*-Urteil⁴ neu formuliert, nachdem

³ Vgl. umfassend *Wassermeyer* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rz. B 11 ff.

⁴ BFH 16.12.1992, BStBl. II 1993 S. 399.

in der älteren Rechtsprechung ebenfalls Hinweise auf die Kapitalnutzungs-Theorie zu finden waren. *Hapimag* war eine schweizerische AG. Ein Steuerinländer hielt Aktien dieser AG und hatte ihr daneben ein unverzinsliches Darlehen gewährt. Als Gegenleistung erhielt er weder Bardividenden noch Barzinsen, sondern die Berechtigung, bestimmte Immobilien für einen bestimmten Zeitraum zu nutzen. Es ging um die Frage, ob diese Nutzungsmöglichkeit als Dividenden oder Zinsen zu besteuern seien. Der BFH erkennt:

„b) Entgegen der Auffassung des Klägers fehlt es im Streitfall an keiner Grundvoraussetzung für die Annahme von Einkünften aus Kapitalvermögen. Zwar hat der VIII. Senat des BFH in seinem Urteil vom 31. Oktober 1989 VIII R 210/83 (BFHE 160, 11, BStBl II 1990, 532) entschieden, dass Einnahmen aus Kapitalvermögen beziehe, wer Kapitalvermögen gegen Entgelt zur Nutzung überlasse. Die in der Entscheidung zitierten Urteile betreffen jedoch ausnahmslos den Besteuerungstatbestand S. des § 20 Abs. 1 Nr. 8 EStG 1981. Aus den Urteilen kann deshalb nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass alle Besteuerungstatbestände des § 20 Abs. 1 EStG 1981 eine entgeltliche Nutzungsüberlassung von Kapital auf Zeit voraussetzen. Dies gilt insbesondere nicht für die Regelstatbestände des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG 1981 (Ausnahme: Begründung eines Genussrechts). Der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, der in der Form einer Übernahmevereinbarung (§ 55 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG -) eine Bar- oder Sacheinlage zu leisten verspricht, überträgt bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit auf die Kapitalgesellschaft weder Kapital „zur Nutzung“ noch „gegen ein Nutzungsentgelt“. Der Vermögensübergang ist vielmehr zivilrechtlich und wirtschaftlich ein endgültiger, der sich auf die Vermögenssubstanz bezieht. Der Gesellschafter verliert alle Rechte an dem übertragenen Vermögen. Ihm verbleibt kein Rückgewähranspruch. Als Gegenleistung erhält er ein Mitgliedschaftsrecht an der Kapitalgesellschaft, das in der Regel frei übertragbar ist und das Vermögensrecht mitumfasst, an Gewinnausschüttungen und an der Verteilung des Liquidationsvermögens beteiligt zu werden. Erwirbt ein Gesellschafter den Anteil an der Kapitalgesellschaft von einem Dritten, so kann er Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG 1981 unabhängig davon erzielen, ob er in eigener Person den Tatbestand einer Kapitalüberlassung verwirklicht oder nicht. Das ist der Grund, weshalb der erkennende Senat in seinem Urteil vom 22. August 1990 I R 69/89 (BFHE 162, 263, BStBl II 1991, 38) von einem Rechtsverhältnis gesprochen hat, das als gemeinsames Merkmal allen Einkünften aus Kapitalvermögen zu Grunde liegt. Dieser Auffassung hat der VIII. Senat in seinem Urteil vom 30. April 1991 VIII R 38/87 (BFHE 164, 357, BStBl II 1991, 574) zugestimmt. Es ist deshalb, auf der Grundlage der übereinstimmenden Auffassung beider Senate auch für die Entscheidung über den Streitfall allein maßgeblich, dass der Kläger Gesellschafter (Aktionär) der H-AG war bzw. der H-AG ein Darlehen gewährt hatte und als Gegenleistung dafür den Anspruch auf Überlassung der Ferienwohnung in B erhielt.“

Der BFH sieht den Besteuerungsgrund also in dem mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnis zwischen dem Anteilseigner und „seiner“ Kapitalgesellschaft und den aus diesem Rechtsverhältnis fließenden Vorteilen.

An diesem Verständnis hat er in dem Urteil betreffend Bonus-Aktien-Urteil der Telekom AG vom 7.12.2004⁵ festgehalten mit der Maßgabe, dass die Vorteile durch das Mitgliedschaftsverhältnis „veranlasst“ sein müssen. Es

5 BStBl. II 2005 S. 468.

ging dort um die Frage, ob die Zuteilung von Bonusaktien an den Erwerber junger Aktien der Telekom AG als Dividendenbezug bzw. als sonstige Vorteile steuerpflichtig sei. Der BFH hat das bejaht.

„1. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen u. a. Gewinnanteile (Dividenden) und sonstige Bezüge aus Aktien sowie nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG besondere Entgelte und Vorteile, die neben den in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden.

a) Dabei stellt die Regelung in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG lediglich klar (dazu Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 2. März 1993 VIII R 13/91, BFHE 171, 48, BStBI II 1993, 602), dass unter die sonstigen – d. h. nicht als Gewinnanteil (Dividende) ausgekehrten – Bezüge i. S. von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG alle Zuwendungen in Geld oder Geldeswert (§ 8 Abs. 1 EStG) zu fassen sind, die dem Gesellschafter – entweder von der Kapitalgesellschaft selbst oder von einem Dritten – auf Grund seines Gesellschaftsverhältnisses (BFH-Urteil vom 14. Oktober 2002 VIII R 42/01, BFH/NV 2003, 307) zufließen, soweit die Vorteilszuwendungen nicht als – von der Steuerbarkeit ausgeschlossene – Kapitalrückzahlung zu werten sind (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG 1999: Ausschüttungen unter Verwendung von sog. EK 04; zur Rückzahlung von Nennkapital s. Senatsurteil vom 29. Juni 1995 VIII R 69/93, BFHE 178, 166, BStBI II 1995, 725). Unerheblich ist hiernach insbesondere, ob die Bezüge zu Lasten des Gewinns oder zu Lasten der Vermögenssubstanz der Gesellschaft geleistet werden (so bereits Entscheidungen des Reichsfinanzhofs – RFH – vom 16. April 1930 VI A 597/30, RStBI 1930, 364; vom 26. Februar 1936 VI A 851/35, RStBI 1936, 754; *Wassermeyer* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 20 Rz. C 28, m. w. N.); auch kommt es nicht darauf an, in welche zivilrechtliche Form die Vorteilsgewährung gekleidet ist (BFH-Urteil in BFHE 171, 48, BStBI II 1993, 602).

b) Maßgeblich ist mithin allein, ob die Vorteilszuwendung nach dem Veranlassungsprinzip, d. h. bei wertender Beurteilung des die Vorteilszuwendung auslösenden Moments, als dem Gesellschaftsverhältnis i. S. von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (sog. Erwerbssphäre) zugehörig anzusehen ist (Senatsurteil vom 10. März 1992 VIII R 66/89, BFHE 168, 517, BStBI II 1992, 1032). Hiervon ist allerdings nicht nur dann auszugehen, wenn der maßgebliche Bestimmungsgrund ausschließlich der Erwerbssphäre zuzurechnen ist; ausreichend ist vielmehr eine Mitveranlassung in dem Sinne, dass das auslösende Moment des erhaltenen Vorteils nach der an den Umständen des Einzelfalls auszurichtenden Wertung in signifikantem Ausmaß zumindest auch dem Gesellschaftsverhältnis zuzuordnen ist (vgl. *Wassermeyer* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a. a. O., § 20 Rz. A 36 zu Fn. 17, Rz. C 18).“

In diesen Ausführungen des BFH steckt zweierlei. Zum einen, dass dem Anteilseigner ein Vorteil zugekommen sein muss, zum zweiten, dass dieser Vorteil durch die Mitgliedschaft in der Gesellschaft veranlasst sein muss. Das Veranlassungsmoment wird vom BFH erklärt, der Vorteil ohne weitere Diskussion angenommen. Im Hapimag-Fall war das die Nutzungsmöglichkeit der Wohnung, im Telekom-Fall die Bonus-Aktie. Mir scheint, dass die Diskussion bezüglich des dem Anteilseigner zukommenden Vorteils noch vertieft werden muss, wozu ich folgende These entwickle, in deren Licht danach das geltende Recht gespiegelt wird.

b) Stellungnahme und These

Wirtschaftlich gesehen erfasst die Einkommensteuer das „Reicherwerden“ eines Steuersubjekts, rechtstechnischer ausgedrückt seine Leistungsfähigkeit. Dabei wird nur erfasst das entgeltliche, erwirtschaftete Reicherwerden, also das Reicherwerden durch eigene Leistungen, die typischerweise von einem anderen Steuersubjekt entgolten werden (Synallagma), z. B. die Hergebe von Arbeit gegen Entgelt, das Überlassen einer Immobilie oder von Kapital gegen Entgelt.⁶ Der Gegensatz ist das Reicherwerden ohne eigene Leistung, also durch Erbfall oder Schenkung, welches von der Erbschaftsteuer erfasst wird. Eine Besonderheit der Einkommensteuer ist, dass sie nur das Reicherwerden innerhalb der Einkunftsarten des EStG erfasst. Das Wichtige hieran ist das Reicherwerden. Wer nicht reicher wird, fällt nicht in den Zugriff der Einkommensteuer. Zwar kann auch das Ärmerwerden bekanntlich einkommensteuerrelevant sein in der Form von Verlusten, aber nur dann, wenn die betreffende Aktivität wenigstens mit dem Motiv des Reicherwerden-Wollens durchgeführt wird, andernfalls steuerirrelevante Liebhaberei vorliegt. Deswegen fällt jemand, der stets nur Verluste macht, aus der Einkommensteuer heraus.

Was ist nun wirtschaftlich das Reicherwerden bei Kapitalerträgen? Wenn man sich die beiden Grundfälle, nämlich das Vereinnahmen einer Dividende und des Veräußerungspreises für eine Beteiligung anschaut, könnte man meinen, dass die Ausschüttung und die Vereinnahmung des Kaufpreises das Reicherwerden begründen. Das ist indessen nicht so. Wer eine Dividende vereinnahmt, wird wirtschaftlich in der gleichen Sekunde um genau diesen Betrag ärmer, weil der Wert seiner Beteiligung an der Kapitalgesellschaft um diesen Betrag sinkt. Augenfällig wird das bei börsennotierten Aktien an dem so genannten Dividendenabschlag bei Auszahlung der Dividende. Auch der Verkauf einer Beteiligung erhöht nicht die Leistungsfähigkeit, weil der Verkäufer die dem Kaufpreis wertgleiche Beteiligung abgibt. In der Sprache des Bilanzrechts handelt es sich um einen einkommensneutralen Aktivtausch. Sowohl Dividende wie Veräußerungserlös bringen dem Steuerpflichtigen zwar Geld, machen ihn aber nicht reicher. Heißt das, dass das Einkommensteuerrecht in diesen Fällen etwas besteuert, was den Steuerpflichtigen überhaupt nicht reicher macht, was also keine Leistungsfähigkeit verkörpert? Keineswegs. Die Besteuerung der Dividende und des Veräußerungserlöses, wie sie im EStG geregelt ist, erfasst sehr wohl Reicherwerden und Leistungsfähigkeit, aber in einer besonderen Technik und zu einem besonderen Zeitpunkt.

Bezüglich Dividenden liegt das wirtschaftliche Reicherwerden des Anteilseigners in dem Vermögenszuwachs, den seine Gesellschaft dadurch erfährt,

⁶ So der Grundsatz, vgl. aber BFH 14.3.2006, BStBl. II 2006 S. 650 – Erbschaft als Betriebseinnahme.

dass sie Gewinn macht. Theoretisch könnte der Gesetzgeber bereits diesen Vermögenszuwachs zum Gegenstand der Einkommensteuer machen, was als Idee unter dem Stichwort „Teilhabersteuer“ diskutiert wird⁷, also ähnlich wie bei einer Personengesellschaft der Anstieg des Werts des Betriebsvermögens als Anknüpfung für die Einkommensbesteuerung genommen wird. Bei Kapitalgesellschaften hat sich der Gesetzgeber jedoch dafür entschieden, den Vermögenszuwachs der Kapitalgesellschaft noch nicht als Besteuerungsgegenstand bei dem Anteilseigner zu nehmen. Er verschiebt die Besteuerung auf später, nämlich auf den Zeitpunkt der Ausschüttung und dann auch nur in Höhe der Ausschüttung, lässt also den thesaurierten Vermögenszuwachs der Kapitalgesellschaft bei dem Anteilseigner unbesteuert. Auf der anderen Seite wird diese Besteuerung dann nachgeholt, wenn die Kapitalgesellschaft in dem betreffenden Jahr zwar keinen Gewinn erzielt, wohl aber ausschüttet, nämlich Gewinnvorträge oder Rücklagen. Die Dividendenbesteuerung ist also nichts anderes als die zeitlich verzögerte Besteuerung des Vermögenszuwachses der Kapitalgesellschaft bei dem Anteilseigner. Die Leistungsfähigkeit bzw. das Reicherwerden treten schon mit der Vermögensmehrung bei der Kapitalgesellschaft ein, werden aber einkommensteuerlich erst erfasst, wenn sie dem Anteilseigner durch Ausschüttung zivilrechtlich auch zur freien Verfügung stehen. Deswegen wäre es falsch, zu sagen, dass mit der Dividendenbesteuerung eine Nicht-Leistungsfähigkeit besteuert würde. Deswegen ist auch die Rechtsprechung des BFH richtig, wonach die laufende Gewinnausschüttung einer Kapitalgesellschaft, deren Beteiligung sich in einem Betriebsvermögen befindet, trotz des Wertverlustes der Beteiligung durch die Ausschüttung nicht zu einer (ausschüttungsbedingten) Teilwertabschreibung berechtigt.⁸ Im Hinblick auf spätere Wertungen sei schon hervorgehoben, dass dieses Reicherwerden – natürlich – durch die von der Gesellschaft gezahlte Körperschaftsteuer gemindert wird.

Bei Veräußerungsgewinnen liegt es wirtschaftlich gleichartig. Das Reicherwerden bzw. der Zuwachs an Leistungsfähigkeit tritt wirtschaftlich bereits ein, wenn der Wert der Beteiligung nach ihrer Anschaffung steigt. Worauf diese Wertsteigerung beruht, ob auf Gewinnerzielung durch die Kapitalgesellschaft oder nur darauf, dass andere Marktteilnehmer die Beteiligung für mehr wert halten als die Anschaffungskosten des Anteilseigners, spielt keine Rolle. Deutlich wird dieser Vorgang bei börsennotierten Aktien, die zum Kurse von 100 gekauft werden und deren Kurs sich auf Grund Gewinnerzielung der Gesellschaft oder unabhängig davon auf Grund Markteinschätzung auf 150 entwickelt. Wirtschaftlich ist es der Wertzuwachs von 100 auf 150, der den Steuerpflichtigen reicher macht und seine Leistungsfähigkeit erhöht, übrigens auch im subjektiven Verständnis des Steuerpflichtigen. Theoretisch

7 Vgl. *Schneider*, *StuW* 1975 S. 97.

8 BFH 22.12.1999, BFH/NV 2000 S. 711.

hätte das Einkommensteuerrecht diese Wertsteigerung als Reicherwerden durchaus erfassen können. Es tut das aber bekanntlich nicht, sondern erst im Zeitpunkt der Veräußerung der Beteiligung, also dem wirtschaftlichen Reicherwerden zeitlich nachgelagert, gewissermaßen bedingt auf den Zeitpunkt, da der Anteilseigner den Kaufpreis als Surrogat für die Beteiligung zur zivilrechtlichen Verfügung in seinem Vermögen hat. Für die Einkommensbesteuerung wartet das Gesetz also die Realisierung dieser Wertsteigerung durch Verkauf ab. Auch bei dieser Art des Beteiligungsertrages hat die von der Gesellschaft gezahlte Körperschaftsteuer bereicherungsmindernde Wirkung, wenn auch etwas versteckter als bei den Dividenden. Denn die Zahlung der Körperschaftssteuer mindert (auch) den Wert der Anteile an der Gesellschaft.

2. Anschaffungskosten/Werbungskosten/Ausgaben/Aufwand

Um das vorstehend geschilderte Reicherwerden zu erzielen, muss der Steuerpflichtige einen „Einsatz“ leisten. Der Einsatz, um die beiden Prototypen von Beteiligungserträgen, nämlich Dividenden und Veräußerungsgewinne, zu erzielen, sind die steuerpflichtigen Anschaffungskosten für die Beteiligung und sein sonstiger Aufwand hierauf. Ohne die Anschaffungskosten hätte er die Beteiligung gar nicht erwerben und folglich weder Dividenden noch Veräußerungsgewinne erzielen können. Weiterer Aufwand ist zwar fakultativ, hängt aber im Falle seiner Zielgerichtetheit auf Dividenden und Veräußerungsgewinne so mit den Einnahmen zusammen, dass er abgezogen werden muss. Von den sonstigen Aufwendungen sollen als Prototyp Schuldzinsen herangezogen werden, wenn die Anschaffungskosten für die Beteiligung mit einem Darlehen finanziert werden. Um zu einer Besteuerung nur des Saldos aus Reicherwerden und Einsatz zu kommen, müssen die beiden Einsatzfaktoren mindernd berücksichtigt werden. Dieser wirtschaftlicher Gedanke hat sich im EStG in dem so genannten objektiven Nettoprinzip niedergeschlagen, dessen gesetzliche Verkörperung in § 2 Abs. 2 EStG mit dessen Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 Satz 1 und § 9 EStG und der Definition der Einkünfte als „Gewinn“ und „Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten“ gesehen wird.⁹

Wirtschaftlich konsequent muss die Abzugsfähigkeit des Einsatzes allerdings begrenzt werden. Der Einsatz für Arten des Reicherwerdens, die überhaupt nicht steuerpflichtig sind, darf nicht abgezogen werden, weder bei der Einnahme, zu deren Erzielung er getätigt worden ist, noch bei anderen Einnahmen. Deswegen ist z. B. bekanntlich der Lottoeinsatz einkommensteuerlich irrelevant, weil der Spielgewinn keine Einkunftsart des EStG begründet.

Eine weitere hiermit zusammenhängende Begrenzung muss sich aus dem so genannten Dualismus der Einkunftsarten des EStG ergeben. Wenn Veräuße-

⁹ Vgl. *Schmidt/Seeger*, EStG, 25. Aufl., § 2 Rz. 10.

rungsgewinne nicht steuerpflichtig sind, darf der dafür geleistete Einsatz (Anschaffungskosten und sonstiger Aufwand, insbesondere Zinsen) nicht abzugsfähig sein. Ist der Veräußerungsgewinn steuerpflichtig, muss die Abzugsfähigkeit gegeben sein. Die laufenden steuerpflichtigen Einkünfte dürfen nur durch die sich auf ihre Erzielung gezielten Aufwendungen gemindert werden, nicht aber durch die Anschaffungskosten, weil Letztere der Ebene des Vermögens zugehören.

3. Zwischenergebnis

Der wirtschaftliche Besteuerungsgegenstand der Beteiligungserträge in Form von Dividenden und Veräußerungsgewinnen ist also der Vermögenszuwachs der Gesellschaft und die Wertsteigerung der Beteiligung (beide um die Körperschaftsteuer der Gesellschaft gemindert). Diese werden steuerlich allerdings erst (zeitlich nachgelagert) erfasst bei ihrer Realisierung durch Ausschüttung oder Veräußerung. Diese Beteiligungserträge sind um den zu ihrer Erzielung eingesetzten Aufwand zu mindern, bei steuerpflichtigen Veräußerungsgewinnen durch die Anschaffungskosten und laufenden Aufwand, bei laufenden Dividenden nur durch laufenden Aufwand, z. B. Schuldzinsen.

Vorstehenden wirtschaftlichen Überlegungen zur steuerlichen Leistungsfähigkeit des Anteilseigners einer Kapitalgesellschaft sind nunmehr vergleichend die geltenden Regeln für die Besteuerung solcher Beteiligungserträge gegenüberzustellen.

IV. Geltendes System der Beteiligungserträge-Besteuerung

Die gesetzlich vorgesehene Besteuerung von Beteiligungserträgen ist ausgesprochen differenziert, wie folgend übersichtsartig skizziert sei (ohne einbringungsgeborene Anteile i. S. d. § 21 UmwStG).

Das Hauptdifferenzierungskriterium ist dabei, ob der Beteiligungsertrag (Dividende oder Veräußerungsgewinn) von einer natürlichen Person (Einkommensteuersubjekt) oder einer Kapitalgesellschaft (Körperschaftsteuersubjekt) erzielt wird. Bei Einkommensteuersubjekten ist weiter danach zu differenzieren, ob sie die Beteiligung im Privat- oder Betriebsvermögen halten.

1. Empfänger ist natürliche Person

a) Dividenden

aa) Beteiligung ist Privatvermögen

Dividenden und besondere Entgelte und Vorteile an eine natürliche Person aus Beteiligungen im Privatvermögen sind einkommensteuerpflichtig (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 EStG). Das gilt für offene Gewinnausschüttungen ebenso wie für verdeckte Gewinnausschüttungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 und Abs. 2 Nr. 1 EStG). Aber: Die Hälfte der offenen und verdeckten Dividenden ist steuerfrei (§ 3 Nr. 40 Satz 1 lit. d EStG), sog. Halbeinkünfteverfahren. Der Grund für diese hälftige Befreiung ist bekanntlich eine Zusammenschau der Steuerbelastung von Kapitalgesellschaft und Anteilseigner. Sie hatte auch das Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahren vorgenommen mit der Konsequenz, dass die Besteuerung der beiden Steuersubjekte in ihrer Zusammenschau sich letztendlich nach den individuellen Steuerverhältnissen des Anteilseigners richten sollte. Im Halbeinkünfteverfahren wird diese Individualisierung vermieden und es wird in der Weise pauschaliert, dass die Gesamtsteuerbelastung von Gesellschaft und Anteilseigner zusammen der „normalen“ Einkommensteuerbelastung gleichkommen soll, wobei sich die individuelle Belastung etwa je zur Hälfte auf die Gesellschaft und den Anteilseigner verteilt.

Jedoch: Werbungskosten in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Dividenden dürfen bei der Ermittlung der steuerpflichtigen Dividendeneinkünfte nur zur Hälfte abgezogen werden (§ 3 c Abs. 2 Satz 1 EStG).

Vorstehendes gilt für Dividenden von einer inländischen (unbeschränkt steuerpflichtigen) Kapitalgesellschaft in gleicher Weise wie für Dividenden von einer ausländischen Kapitalgesellschaft.¹⁰ Dass das Halbeinkünfteverfahren auch für Dividenden von ausländischen Kapitalgesellschaften ohne Ansehung von deren Besteuerung in ihrem Sitzland gilt, ist nicht selbstverständlich, weil die Körperschaftsteuer dort niedriger sein kann als in Deutschland und deshalb der deutsche Anteilseigner bei einer Zusammenschau besser fährt als bei Beteiligung an einer deutschen Kapitalgesellschaft, oder auch höher sein kann, und deshalb der deutsche Anteilseigner in der Zusammenschau dann schlechter fährt als bei Beteiligung an einer deutschen Kapitalgesellschaft. Bei ausländischem Steuersatz unter 25 v. H. und passiven Einkünften kommt allerdings die Hinzurechnungsbesteuerung gem. § 7 ff AStG zum Tragen, und zwar ohne Halbeinkünfteverfahren (§ 10 Abs. 2 AStG). Nachfolgende Ausschüttungen sind dafür steuerfrei (§ 3 Nr. 41 EStG).

¹⁰ Vgl. zum Anrechnungsverfahren BFH 16.12.1992, BStBl. II 1993 S. 399.

Unterliegen ausländische Dividenden einer Quellensteuer (Kapitalertragsteuer), kann diese gem. § 34 c EStG auf die deutsche Einkommensteuer angerechnet werden und zwar zur Gänze, nicht nur auf die Hälfte begrenzt. Für Dividenden aus Ländern, mit denen Deutschland ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat (DBA-Länder) findet die Anrechnung nach dem DBA statt, welche grundsätzlich der nach § 34 c EStG entspricht.

bb) Beteiligung ist Betriebsvermögen

Dividenden auf Beteiligungen in einem einkommensteuerlichen Betriebsvermögen sind ebenso einkommensteuerpflichtig wie in einem Privatvermögen (§ 20 Abs. 3 EStG i. V. m. § 15 Abs. 1 EStG). Sie sind auch in gleicher Weise zur Hälfte steuerbefreit (§ 3 Nr. 40 Satz 2 EStG). Ebenso gilt für sie das hälftige Abzugsverbot für Betriebsausgaben im wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Dividenden.

Die Gewerbesteuer bei betrieblichen Dividenden läuft hierzu nicht synchron. Aus einer komplizierten Vorschriftenfolge (§§ 7, 8 Nr. 5, 9 Nr. 2 a, GewStG) ergibt sich¹¹: Bei einer Inlandsbeteiligung von mindestens 10 % werden die Dividenden aus dem Gewerbeertrag zur Gänze ausgenommen. Ob zusammenhängender Aufwand trotzdem (zur Hälfte) abzugsfähig bleibt, ist streitig.¹² Für Schuldzinsen ist verneinendenfalls § 8 Nr. 1 GewSt zu beachten. Bei einer Auslandsbeteiligung erfordert die Steuerbefreiung mindestens 10 % Quote und grundsätzlich aktive Tätigkeit i. S. d. § 8 AStG (§ 9 Nr. 7 GewStG). Bei einer Beteiligung unter 10 % (Streubesitz) oder einer Auslandsbeteiligung mit passiven Einkünften unterliegt die Dividende zur Gänze der GewSt (§ 8 Nr. 5 GewStG). Dafür sind nach § 3 c Abs. 2 EStG nicht abziehbare Betriebsausgaben hier gänzlich abzugsfähig.

Falls Gewerbesteuer anfällt, greift die Gewerbesteueranrechnung nach § 35 EStG ein.

b) Veräußerungsgewinne

aa) Beteiligung ist Privatvermögen

Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen im Privatvermögen sind grundsätzlich steuerfrei. Dieser Grundsatz wird rechtspraktisch allerdings für viele Sachverhalte durchbrochen. Denn unter den Voraussetzungen der §§ 17 Abs. 1 EStG bzw. 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG sind sie als Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (ex wesentliche Beteiligung) bzw. als private Veräußerungsgeschäfte (ex Spekulationsgeschäfte) steuerpflichtig. Aber: Die Hälfte des Veräußerungspreises ist steuerfrei (§ 3 Nr. 40 Satz 1

¹¹ Vgl. FinVerw in IdW-GewSt 2005 S. 349.

¹² Dagegen GewStR Abschn. 61 Abs. 1 S. 12, vgl. *Glanegger/Güroff*, GewStG, § 9 Nr. 2 a Rz. 8, dafür BFH v. 25.1.2006 IR 104/04, BFH/NV 2006, S. 1022, dagegen wiederum RegE JStG 2007.

lit. c und j EStG). Jedoch: Von dem Veräußerungspreis dürfen auch die Anschaffungskosten nur zur Hälfte abgezogen werden (§ 3 c Abs. 2 EStG).

Vorstehendes gilt auch bei Veräußerung der Anteile an einer ausländischen Kapitalgesellschaft. Die DBA ändern daran nichts.

bb) Beteiligung ist Betriebsvermögen

Wenn die Beteiligung in einem einkommensteuerlichen Betriebsvermögen gehalten wird, sind Gewinne aus ihrer Veräußerung unabhängig von den Bedingungen der §§ 17 und 23 EStG steuerpflichtig. Auch hier ist der Veräußerungspreis nur zur Hälfte steuerpflichtig und die Anschaffungskosten können nur zur Hälfte dagegen gesetzt werden (§§ 3 Nr. 40 Satz 1 lit. a, 3 c Abs. 2 EStG).

Bei der Gewerbesteuer werden Veräußerungsgewinne parallel zur Einkommensteuer behandelt (§ 7 GewStG) und zwar unabhängig von der Beteiligungsquote, sind also zur Hälfte steuerfrei. § 8 Nr. 5 GewStG gilt nicht für Veräußerungsgewinne.

Vorstehendes gilt auch für die Veräußerung der Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft, auch hier ohne DBA-Einfluss.

2. Empfänger ist Kapitalgesellschaft

a) Dividenden

Dividenden an eine Kapitalgesellschaft erhöhen grundsätzlich deren Einkommen (§ 7 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 und 2 KStG). Aber: Dividenden (offen und verdeckt) bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz (§ 8 b Abs. 1 KStG). Diese Regelung soll die wirtschaftliche Doppelbelastung des von der Kapitalgesellschaft bezogenen Gewinns vermeiden, weil dieser bereits bei der Körperschaft, die ihn erwirtschaftet hat, mit 25 % KSt belastet war. Die Durchleitung des originär bei einer Kapitalgesellschaft erwirtschafteten Gewinns über mehrere andere Kapitalgesellschaften würde sonst dazu führen, dass „am Ende“ nichts mehr ankäme, obwohl die ursprüngliche Erwirtschaftung, also das wirtschaftliche Reicherwerden, nur einmal stattgefunden hat. Anders als beim Dividendenempfang durch natürliche Personen ist der Aufwandsabzug im Zusammenhang mit der Beteiligung grundsätzlich nicht eingeschränkt. Nur § 8 b Abs. 5 KStG statuiert ein fiktives Abzugsverbot, in dem 5 % der steuerfreien Dividenden als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben gewertet werden, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich Aufwand angefallen ist. Im wirtschaftlichen Ergebnis bedeutet das, dass die Dividenden zu 95 % steuerfrei bleiben, aber sämtlicher Aufwand im Zusammenhang mit der Beteiligung zur Gänze abzugsfähig bleibt.

Die GewSt läuft hierzu nicht synchron (§§ 7, 8 Nr. 5, 9 Nr. 2 a GewStG). Dividenden aus Beteiligungen unter 10 % erhöhen den Gewerbeertrag, solche aus Beteiligungen ab 10 % unterliegen keiner GewSt.

Vorstehende Regelung gilt auch für Dividenden aus ausländischen Beteiligungen und zwar unabhängig davon, wie die ausschüttende Gesellschaft in ihrem Sitzland besteuert wird. Bei niedrigerer Besteuerung als in Deutschland folgt daraus ein Vorteil, bei höherer Besteuerung ein Nachteil gegenüber Beteiligungen an inländischen Gesellschaften. Bei niedriger Besteuerung (unter 25 %) greift allerdings die Hinzurechnungsbesteuerung gem. § 7 ff. AStG ein, wenn die ausländische Kapitalgesellschaft passive Einkünfte i. S. d. § 8 AStG erzielt, dann ohne Beteiligungsbefreiung (§ 10 Abs. 2 AStG). Nachfolgende Ausschüttungen sind steuerfrei (§ 3 Nr. 41 EStG).

Dividenden von ausländischen Gesellschaften sind nur gewerbesteuerfrei, wenn die Beteiligung mindestens 10 % beträgt und die ausländische Gesellschaft aktiv tätig ist, andernfalls gewerbesteuerpflichtig (§§ 7, 8 Nr. 5, 9 Nr. 7 GewStG).

b) Veräußerungsgewinne

Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen sind – parallel zu den Dividenden – im Ergebnis nur mit 95 % des Veräußerungsgewinns steuerpflichtig (§ 8 b Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 KStG). Jedoch: Gewinnminderungen im Zusammenhang mit dem im Falle seiner Veräußerung steuerfreien Anteils sind bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen (§ 8 b Abs. 3 S. 3 KStG). Damit scheiden insbesondere Wertabschreibungen und Veräußerungsverluste hinsichtlich solcher Beteiligungen vom Abzug aus.

Für die Beteiligung an ausländischen Kapitalgesellschaften gelten diese Grundsätze in gleicher Weise.

Bei der Gewerbesteuer sind die Veräußerungsgewinne ohne Rücksicht auf Beteiligungsquoten oder aktive Tätigkeit steuerfrei (§ 7 GewStG; R 40 Abs. 2 S. 8 GewStR), weil § 8 Nr. 5 GewStG keine Hinzurechnung vorsieht.

V. Einzelfragen im Lichte der These

1. De lege lata

a) Zuordnung privater Schuldzinsen

Wenn ein Steuerpflichtiger die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft fremdfinanziert kauft und er für das Darlehen Schuldzinsen zu zahlen hat, ist wirtschaftlich klar, dass diese Schuldzinsen sowohl der Einkunftsart „Kapitalvermögen“ (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) als auch der Einkunftsart „Ver-

äußerung von Anteilen“ (§ 17 Abs. 1 EStG) theoretisch zuzuordnen sein können. Wenn man die Zuordnung an der Motivation bzw. Veranlassung festmacht, kann diese darin liegen, nur Dividenden zu erzielen (wenn der Anteil nie oder nur ohne Gewinn verkauft werden soll) oder nur einen Veräußerungsgewinn zu erzielen (wenn die Gesellschaft nie Dividenden ausschüttet) oder sowohl als auch. Idealerweise müssten die Schuldzinsen auch steuerrechtlich diesen beiden Einkunftsarten zugeordnet werden. Bekanntlich geschieht das im geltenden Einkommensteuerrecht nicht. Der BFH ordnet die Schuldzinsen vielmehr in ständiger Rechtsprechung ausschließlich den Dividenden (als Werbungskosten) zu, mit den Einkünften aus § 17 EStG haben sie steuerlich nichts zu tun.¹³ Einzige Bedingung für den Abzug ist, dass aus den Dividendeneinkünften und einem Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG zusammen positive Einkünfte zu erwarten sind, andernfalls Liebhaberei vorliegt.¹⁴ Das gilt auch, wenn die Schuldzinsen höher sind als die Dividenden oder keine Dividenden fließen. Da die Schuldzinsen in dem Jahr abziehbar sind, in dem sie geleistet werden (§ 11 EStG, Abflussprinzip), kann das dazu führen, dass der Steuerpflichtige hinsichtlich der Dividenden jahrelang negative Einkünfte erklärt, wenn nur die Aussicht besteht, dass er später (mindestens) aus der Veräußerung der Beteiligung nach § 17 EStG einen Gewinn erzielt.¹⁵

Die vorstehende Rechtslage ist insofern unbefriedigend, als sie die Schuldzinsen nicht der wirtschaftlich richtigen Einkunftsart zuordnet, wenn die Darlehensaufnahme sowohl von der Dividendenerzielung als auch einer Veräußerungsgewinnerzielung motiviert war. Ob die systematische Begründung hierfür, dass Schuldzinsen bei der Berechnung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG nicht berücksichtigt werden könnten, weil sie weder Anschaffungskosten noch Veräußerungskosten seien¹⁶, trägt, ist zweifelhaft. Wirtschaftlich richtig ist aber das Gesamtergebnis dieser Rechtsprechung, dass nämlich die Schuldzinsen überhaupt, d. h. in (irgend-)einer Einkunftsart abziehbar sind.

b) Private Schuldzinsen nach Veräußerung

Allerdings hat die vorstehende Rechtslage eine „Delle“. Man stelle sich vor, dass der Steuerpflichtige eine Beteiligung fremdfinanziert kauft, die Schuldzinsen einige Jahre lang gegen die Dividenden rechnet, sogar plausibel einen späteren Veräußerungsgewinn erwarten kann, die Beteiligung dann aber zu

13 BFH 8.10.1985, BStBl. II 1986 S. 596; 21.1.2004, BStBl. II 2004 S. 551; FG Düsseldorf 20.10.2005, rkr., EFG 2006 S. 92 mit Anm. *Valentin*.

14 BFH 8.10.1985 a. a. O.; *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 25. Aufl., § 17 Rz. 17 und 152.

15 Anschaulich FG Düsseldorf 20.10.2005, a. a. O.

16 Allgemeine Meinung im Anschluss an die *Ispr.*, z. B. BFH 21.1.2004, BStBl. II 2004 S. 551, vgl. noch folgend.

einem Preis verkaufen muss, aus dem das Darlehen nicht ganz getilgt werden kann, so dass nach der Veräußerung auf das Darlehen noch Schuldzinsen zu zahlen sind. Können diese Schuldzinsen steuerlich geltend gemacht werden, entweder als Minderung des Veräußerungsgewinns oder als nachträgliche Werbungskosten bei Einkünften aus Kapitalvermögen? Der BFH verneint diese Frage in ständiger Rechtsprechung unter Zustimmung eines Teils des Schrifttums.¹⁷ Mehrere Finanzgerichte und die h. M. im Schrifttum bejahen sie.¹⁸

Unter der oben aufgestellten Prämisse, dass Schuldzinsen der „Einsatz“ des Steuerpflichtigen sind, um entweder steuerpflichtige Dividenden oder steuerpflichtige Veräußerungsgewinne zu erzielen, kann nur eine Auslegung richtig sein, wonach alle Schuldzinsen, die während der „einkommensteuerlich relevanten Aktivität“ anfallen, abzugsfähig sind, entweder bei den laufenden Bezügen oder (spätestens) bei dem Veräußerungserlös. Dies gilt insbesondere angesichts der Rechtslage, dass es ansonsten zum Abzug nicht erforderlich ist, dass der Steuerpflichtige positive Einkünfte tatsächlich erzielt, sondern dass es ausreicht, wenn er sie bei der Aufnahme des Darlehens hat erzielen wollen.¹⁹ Wenn sogar vergebliche Aufwendungen abziehbar sein können, bei denen es überhaupt nicht zum Zufluss von Einnahmen kommt²⁰, müssen doch Aufwendungen, die wenigstens eine Zeit lang zum Vereinnahmen steuerpflichtiger Einnahmen eingesetzt wurden (Dividenden und Veräußerungsgewinn), erst recht abzugsfähig sein, auch dann, wenn klar ist, dass wegen Veräußerung der Einkunftsquelle keine weiteren Einnahmen mehr erzielt werden.

In diese Richtung geht auch die Rechtsprechung des BFH zu Schuldzinsen nach Veräußerung einer Immobilie. Sie bleiben als nachträgliche Werbungskosten abzugsfähig, wenn sie es vorher wegen Veranlassungszusammenhangs mit den VuV-Einkünften waren.²¹ So sieht es jetzt auch die Finanzverwaltung.²² Das müsste für die Einkunftsarten der §§ 20, 17 EStG in gleicher Weise gelten.

17 Zuletzt BFH vom 21.4.2004, BStBl. II 2004 S. 551; ebenso *von Bornhaupt* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG § 9 Rz. C 60.

18 Z. B. FG München 26.1.2004 rev. DStRE 2004 S. 1133; *Kirchhof/Gosch*, EStG, 6. Aufl., § 17 Rz. 196 und die bei *von Bornhaupt* a. a. O. Rz. C 55 in Fn. 106 Genannten.

19 Vgl. *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 25. Aufl., Rz. 220; *Schmidt/Drenseck*, EStG, 25. Aufl., § 9 Rz. 7.

20 *Schmidt/Drenseck*, 25. Aufl., § 9 Rz. 44.

21 BFH 16.9.2001, BStBl. II 2001 S. 528; 12.10.2005, BStBl. II 2006 S. 407.

22 BMF 3.5.2006, BStBl. I 2006 S. 363.

2. De lege ferenda

a) Schuldzinsen bei natürlichen Personen

Einer der hauptsächlichen Diskussionspunkte zum Halbeinkünfteverfahren ist, ob die Begrenzung des Aufwandsabzugs auf die Hälfte sowohl bei laufendem Aufwand, z. B. Schuldzinsen, als auch beim Abzug der Anschaffungskosten (dazu folgend b) gerechtfertigt sei.²³ Die Begründung des Gesetzgebers hierfür ist, dass wegen der hälftigen Befreiung der Einnahmen bei der Einkommensteuer auch nur die Hälfte des Aufwands abgezogen werden dürfe, um einen Übervorteil zu vermeiden. Mit dieser Begründung ist die Begrenzung des Aufwands auf die Hälfte allerdings nicht zu rechtfertigen. Wie dargelegt, werden sowohl Dividenden als auch Veräußerungsgewinne des Anteilseigners (jedenfalls idealtypisch) durch die von der Gesellschaft entrichtete Körperschaftsteuer bereits gemindert. Wenn wirklich wirtschaftlich erreicht werden soll – wie es das Halbeinkünfteverfahren vorgibt –, dass die Steuerlast des Anteilseigners in einer Zusammenschau von Körperschaftsteuer und Einkommensteuer etwa auf die „normale“ Einkommensteuer des Anteilseigners herauslaufen soll, dann muss der Aufwand zur Gänze abzugsfähig sein. Andernfalls ist die Belastung des Anteilseigners in der Zusammenschau höher als nach dem gesetzgeberischen Ziel. Das ist zu Recht h. M. im Schrifttum.²⁴ Drei Beispiele veranschaulichen dieses auf der Basis des o.a. Verständnisses der Besteuerungsgrundlage.

Beispiel 1:

A kauft eine 100 v. H.-Beteiligung für 1.000 mit Eigenkapital. Die Gesellschaft verdient 100 und schüttet voll aus. GewSt effektiv 13 %, KSt-Satz 25 %, ESt-Satz zur Vereinfachung 50 %.

Gewinn	100
GewSt	13 ²⁵
KSt	25 ²⁵
ESt	15,5
Dividende	62
Hälfte	<u>31</u>
zu versteuern	31
Steuern gesamt	53,5
Reicherwerden/Leistungsfähigkeit	100
Belastung des Reicherwerdens	53,5 %

23 Zum Schuldzinsenabzug allgemein vgl. *Piltz*, Steuerlicher Zinsabzug – Chaos oder System? StbJb 2001/02 S. 73.

24 Vgl. etwa *Englisch*, Dividendenbesteuerung, 2005, S. 423 f.

25 Bei Hebesatz 400 % berücksichtigt die effektive Gewerbesteuer von 13 % die Abzugsfähigkeit der GewSt sowohl bei der GewSt selbst als auch bei der KSt, so dass hier die KSt mit 25 % vom Gewinn *vor* GewSt ermittelt werden kann.

Beispiel 2:

A kauft eine 100 %-Beteiligung für 1.000 mit 500 Eigenkapital und 500 Fremdkapital zu Zinssatz von 6 %. Sonst wie Beispiel 1.

Gewinn		100
GewSt		13 ²⁵
KSt		25 ²⁵
ESt		8
Dividende	62	
Hälfte	31	
Zins	30	
abzugsfähig	<u>15</u>	
zu versteuern	16	
Steuern gesamt		46
Reicherwerden/Leistungsfähigkeit		70
Gewinn	100	
./ Zins	<u>30</u>	
Belastung des Reicherwerdens		66 %

Beispiel 3:

A kauft eine 100 %-Beteiligung für 1000 nur mit Fremdkapital zum Zinssatz von 6 %. Sonst wie Beispiel 1.

Gewinn		100
GewSt		13 ²⁵
KSt		25 ²⁵
ESt		0,5
Dividenden	62	
Hälfte	31	
Zins	60	
abzugsfähig	<u>30</u>	
zu versteuern	1	
Steuer gesamt		38,5
Reicherwerden/Leistungsfähigkeit		40
Gewinn	100	
./ Zins	<u>60</u>	
Belastung des Reicherwerdens		96 %

Ob die Abzugsbeschränkung des Halbeinkünfteverfahrens verfassungswidrig ist, ist streitig.²⁶ Hinsichtlich des Aufwandsabzugs hat der Gesetzgeber im Ergebnis kein Halbeinkünfteverfahren geschaffen, sondern nur ein

²⁶ Dagegen FG Niedersachsen 8.11.2005, – 15 K 646/04, EFG 2006 S. 1404, Rev. BFH VIII R 69/05.

„Dreiviertelinkünfteverfahren“. Ist ihm das erlaubt? Er hätte die Vorbelastung durch die Körperschaftsteuer überhaupt nicht berücksichtigen müssen, wie es bekanntlich in klassischen Körperschaftsteuersystemen der Fall ist, vor dem Anrechnungsverfahren prinzipiell auch in Deutschland. Gegenüber einem klassischen Körperschaftverfahren hat der Gesetzgeber mit dem Halbeinkünfteverfahren Beteiligungserträge begünstigt, diese Begünstigung aber in Ansehung des Aufwands teilweise wieder zurückgenommen. Allerdings stellt sich jetzt die Frage der Folgerichtigkeit, die auch verfassungsrechtliche Relevanz haben kann.²⁷ Im Schrifttum (s. o.) ist wohl h. M., dass die Versagung des Vollabzugs nicht folgerichtig und verfassungswidrig sei. Die Revision auf das Urteil des FG Niedersachsen vom 8.11.2005 wird die Antwort geben.

Die vollständige „Austarierung“ des Halbeinkünfteverfahrens stößt bekanntlich auch an anderen Punkten an ihre Grenzen. Dividenden von ausländischen Kapitalgesellschaften werden ebenfalls nach dem Halbeinkünfteverfahren besteuert, obwohl Deutschland die Körperschaftsteuer insoweit nicht vereinnahmt hat. Man könnte sich deshalb vorstellen, die Begrenzung des Aufwandsabzugs auf Beteiligungserträge aus ausländischen Kapitalgesellschaften zu begrenzen (die Kapitalgesellschaften aus der EU möglicherweise ausgenommen). Wenn der Gesetzgeber das nicht getan hat, kann man dies als „großzügige“ Lösung ansehen, die sich aber noch innerhalb seines gesetzgeberischen Ermessensspielraums hält.

b) Anschaffungskosten bei natürlichen Personen

Werden Anteile i. S. d. § 17 EStG veräußert, ergibt sich der steuerpflichtige Veräußerungsgewinn grundsätzlich aus einer Gegenüberstellung des Veräußerungspreises zu den Anschaffungskosten (§ 17 Abs. 2 Satz 1 EStG). Im Halbeinkünfteverfahren tritt an die Stelle dieser beiden Faktoren jeweils deren Hälfte (§§ 3 Nr. 40 Satz 1 lit. c, 3c Abs. 2 Satz 1 EStG). Gelten hier die gleichen Überlegungen zu dem hälftigen Abzug wie bei laufenden Dividenden?

Der BFH hat jüngst²⁸ zur Berechnung eines Spekulationsgewinns i. S. d. § 23 EStG entschieden, dass es nicht gegen das Nettoprinzip verstößt, wenn dem halben Veräußerungspreis die Anschaffungskosten nur zur Hälfte gegenübergestellt werden. Der BFH begründet das wie folgt:

„Denn der nur hälftige Abzug der Anschaffungskosten ist vor dem Hintergrund des Halbeinkünfteverfahrens und auch des Nettoprinzips folgerichtig. § 23 EStG erfasst die seit der Anschaffung erzielten Wertsteigerungen des Privatvermögens (BFH 16.12.2003 BStBl. II 2004 S. 284). Wird der Veräußerungspreis nur zur Hälfte steuerrechtlich berücksichtigt, kann ihm auch nur die Hälfte der korrespondierenden Anschaffungskosten gegenübergestellt werden. Bei einem Abzug in vollem Umfang könnten realisierten Wert-

²⁷ Vgl. z. B. Tipke, Die Steuerrechtsordnung I, 2. Aufl., S. 327.

²⁸ BFH 27.10.2005, HFR 2006, 125.

steigerungen entgegen dem Normzweck nicht vollständig, sondern nur noch erfasst werden, soweit sie die Anschaffungskosten übersteigen.“

Man kann wohl annehmen, dass der BFH dies für die Veräußerung einer § 17 EStG-Beteiligung in gleicher Weise entscheiden würde.

Es stellt sich dann natürlich die Frage, ob diese Sicht des BFH aus dem obigen Verständnis der Besteuerungsgrundlage richtig ist oder ob zwar der Kaufpreis nur zur Hälfte, die Anschaffungskosten aber zur Gänze berücksichtigt werden müssen. Das sei wiederum an einem Beispiel erläutert.

Beispiel:

A kauft eine 100 %-Beteiligung für 1000. Die Gesellschaft verdient in einem Jahr 500 und führt hiervon KSt und GewSt in Höhe von zusammen 38 % = 190 ab und thesauriert 310. A verkauft nunmehr die Beteiligung für 1310. Das führt zu folgender Gesamtbelastung des A:

Gewinn		500
GewSt		65 ²⁹
KSt		125 ²⁹
ESt		77,5
Veräußerungspreis	1.310	
Hälfte	655	
Anschaffungskosten	1.000	
Hälfte	<u>500</u>	
zu versteuern	155	
Steuern gesamt		267,5
Reicherwerden/Leistungsfähigkeit		500
Belastung des Reicherwerdens		53,5 %

Das entspricht genau der Belastung, die A getragen hätte, wenn die Gesellschaft den Gewinn nach KSt ausgeschüttet hätte (s.o. Beispiel 1). Die gewollte Gleichstellung von Veräußerungsgewinnen und Dividenden ist – in diesem idealtypischen Fall – erreicht. Würde man die Anschaffungskosten gegenüber dem halben Veräußerungspreis voll zum Abzug zulassen, ergäbe sich keine Einkommensteuer auf den Veräußerungsgewinn mehr und eine Gesamtbelastung des Reicherwerdens von 500 nur noch mit GewSt und KSt von zusammen 190, mithin eine Belastung von insgesamt nur 38 %. Damit würde das gesetzgeberische Ziel einer Gleichstellung mit „normal besteuerten“ Einkünften verfehlt. Die Rechtsauffassung des BFH ist also wirtschaftlich richtig.

²⁹ Vgl. Fn. 25.

c) Zeitpunkt des Abzugs

Für Schuldzinsen zur Finanzierung privater Beteiligungen ist die geltende Rechtslage oben dargelegt worden. Eine Besonderheit ist, dass diese Schuldzinsen nur bei den Dividenden abgezogen werden dürfen, nicht bei der Berechnung eines Veräußerungsgewinns. Zeitlich werden sie in dem Jahr abgezogen, in dem sie gezahlt werden (§ 11 EStG), was für die betreffenden Jahre auch zu negativen Kapitaleinkünften führen kann. Gemessen an den obigen Erkenntnissen zum Besteuerungsgegenstand liegt mit dieser Rechtslage eine Diskrepanz vor. Oben wurde festgestellt, dass die Besteuerung der Beteiligungserträge rechtfertigende Reicherwerden nicht erst mit Zufluss der Dividende oder des Veräußerungspreises gegeben ist, sondern vorher in der Wertsteigerung im Vermögen der Kapitalgesellschaft bzw. des Anteils zu sehen ist, und dass die Besteuerung der Dividende bzw. des Veräußerungserlöses nur eine zeitlich nach hinten verschobene technische Realisierung darstellt. Es wäre m.E. de lege ferenda konsequent, wenn das Gesetz auch den Abzug der Schuldzinsen auf die Zeitpunkte verlegen würde, in denen es die Besteuerung vornimmt. Die Folgerung daraus könnte sein, dass Schuldzinsen nur in Höhe der Dividenden abgezogen werden können, wenn solche Dividenden fließen³⁰, und der aufgelaufene darüber hinausgehende Rest der Schuldzinsen beim Veräußerungsgewinn in einer Summe abgezogen wird. Damit wäre zum einen der gesamte „Einsatz“, den der Steuerpflichtige zum Erzielen seiner steuerpflichtigen Beteiligungserträge getätigt hat, bei der Bemessungsgrundlage für diese Beteiligungserträge abgezogen. Zum anderen wären die Schuldzinsen – wenn auch in einer gewissen Pauschalierung – der Einkunftsart zugerechnet, zu der sie wirtschaftlich gehören, nämlich einerseits Dividenden, andererseits Veräußerungsgewinnen.

d) Doppelbelastung bei Veräußerung

Wenn der wirtschaftliche Besteuerungsgegenstand der Wertzuwachs im Vermögen der Kapitalgesellschaft ist, darf dieser bei der Besteuerung des Anteilseigners nur einmal erfasst werden. Im geltenden Recht wird er durch die Aufteilung der Beteiligungserträge auf die Einkunftsarten „Veräußerungsgewinne“ und „Dividenden“ in bestimmten Fällen bei zwei Anteilseignern erfasst.

Beispiel:

A erwirbt durch Gründung eine § 17 EStG-Beteiligung für 100, wobei das Eigenkapital der Gesellschaft ebenfalls 100 beträgt. In den zehn Folgejahren verdient die Gesellschaft 600 und zahlt davon 200 KSt, so dass dann das Eigenkapital der Gesellschaft 500 beträgt. A verkauft die Beteiligung für 500 an B. Im ersten Jahr seines Besitzes schüttet die Kapitalgesellschaft an B einen Betrag von 400 aus.

30 Ähnlich der BFH früher schon de lege lata, z. B. BFH 26.11.1974, BStBl. II 1975 S. 331.

Der wirtschaftliche Besteuerungsgegenstand ist hier die Wertsteigerung im Vermögen der Kapitalgesellschaft von 600. Diese 600 haben bei der Kapitalgesellschaft der KSt unterlegen. Bei den Anteilseignern kann und soll der Rest von 400 – mit der zeitlichen Verschiebung auf den Zeitpunkt einer Ausschüttung oder Veräußerung – ebenfalls besteuert werden (Doppelbelastung mit KSt und ESt), aber nur einmal. Im geltenden Recht versteuert A seinen Veräußerungsgewinn von 400 gem. § 17 EStG, und B muss die Ausschüttung von 400 gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG „noch einmal“ als Dividende versteuern. Wirtschaftlich richtig dürfte B den ihm zufließenden Ertrag nicht „noch einmal“ versteuern. Er hat dafür schon den Kaufpreis bezahlt und wirtschaftlich handelt es sich nur um den Rückfluss des von ihm gezahlten Kaufpreises an ihn selbst. Das Gesetz müsste für solche Zuflüsse technisch eine Steuerbefreiung vorsehen, wobei es sich wirtschaftlich aus den o.a. Gründen gar nicht um eine Steuerbefreiung handeln würde, sondern um die Klarstellung einer Nicht-Steuerbarkeit.

Es wird nicht verkannt, dass A das wirtschaftlich richtige Ergebnis durch Verkauf oder Liquidation mit einem Verlust von 400 herstellen kann. Aber dieser Umweg ist nicht zumutbar und auch inkonsequent. Denn es fehlt schon an einer Leistungsfähigkeit des A trotz Ausschüttung.

e) Einheitliche Einkunftsart „Beteiligungserträge“

Wenn es richtig ist, dass der wirtschaftliche Besteuerungsgegenstand von Beteiligungserträgen der Wertzuwachs im Vermögen der Kapitalgesellschaft bzw. des Anteils ist und dieser nur technisch entweder als Dividenden (§ 20 Abs. 1 EStG) oder als Veräußerungsgewinn (§ 17 oder § 23 EStG) erfasst wird, wäre es folgerichtig, diese Erfassung in einer einzigen Einkunftsart „Beteiligungserträge“ zusammenzufassen. Der richtige Standort hierfür wäre im EStG § 20 Abs. 1 mit der Dividendenbesteuerung, wo die Veräußerungsgewinne als eine Art Ergänzungstatbestand hinzugefügt werden könnten. Das ist von der Denkweise des Gesetzgebers des Halbeinkünfteverfahrens keineswegs entfernt. Der Gesetzgeber ist der Auffassung, dass die Gewinne aus einer Veräußerung der Beteiligung einer Totalausschüttung wirtschaftlich gleichzusetzen und deshalb auch in gleicher Weise zu besteuern seien.³¹ Auch gibt es die Gleichsetzung von Dividendenzufluss und Veräußerungsgewinn bereits im geltenden Recht in § 20 Abs. 2 Nr. 2 a EStG. Bekanntlich werden Gewinne aus der Veräußerung von Dividendenscheinen usw. ebenso der Einkommensteuer unterworfen wie der Zufluss der Dividende selbst. Dann ist es konsequent, den Gewinn aus der Veräußerung des Stammrechts, wenn dieser einer Totalausschüttung gleichgewertet wird, ebenso als eine besondere Art von Dividende zu erfassen. Spätestens mit dem Absenken der Beteiligungsgrenze auf 1 % erscheint § 17 EStG depla-

³¹ Vgl. BFH 14.2.2006, BStBl. II 2006 S. 523.

ziert. Was hat der Verkauf von 1 % an einer Kapitalgesellschaft mit „Gewerbebetrieb“ zu tun?

Vorstehendes zu Grunde gelegt, wäre es konsequent, auch Gewinne aus der Veräußerung von Privatanteilen zu erfassen, wenn weder eine § 17 EStG-Beteiligung vorliegt noch die Voraussetzungen des § 23 EStG gegeben sind. Denn auch in solchem Falle greift der dargestellte Grundsatz, dass es sich um einen Beteiligungsertrag handelt, der wirtschaftlich einer ausgeschütteten Dividende gleichwertig ist, wiederum in der Form einer Totalausschüttung. Die geltende Rechtslage der Nichterfassung solcher Veräußerungsgewinne ließe sich gleichwohl mit den Argumenten halten, dass auf diese Erfassung aus Vereinfachungsgründen verzichtet wird oder um privaten Aktienkleinbesitz steuerlich zu fördern oder um den Kapitalmarkt insoweit attraktiv zu halten.

VI. Ergebnisse und Folgerungen

Die Einkommensteuer erfasst als Besteuerungsgegenstand (Steuerobjekt) grundsätzlich das entgeltlich erwirtschaftete Reicherwerden einer Person. Das unentgeltliche Reicherwerden durch Erbschaft oder Schenkung wird von der Erbschaftsteuer erfasst.

Das Reicherwerden aus der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft besteht wirtschaftlich in dem Vermögenszuwachs der Gesellschaft selbst und/oder in dem Wertanstieg in der Beteiligung an der Gesellschaft. Einkommensteuerlich erfasst werden diese beiden Varianten des Reicherwerdens aber erst zeitlich verzögert, bei Dividenden im Zeitpunkt ihrer Ausschüttung, bei Veräußerungsgewinn im Zeitpunkt der Veräußerung.

Eine konsequente Besteuerung nach dem Nettoprinzip verlangt, dass sämtlicher Aufwand, den der Steuerpflichtige tätigt, um das vorstehende Reicherwerden zu erzielen, abzugsfähig ist, entweder bei der Besteuerung der Dividenden oder bei der Besteuerung des Veräußerungsgewinns.

Der Gesetzgeber des Halbeinkünfteverfahrens ist der Auffassung, dass der Gewinn aus der Veräußerung einer Beteiligung wirtschaftlich als Totalausschüttung den laufenden Dividenden gleichzustellen sei und daher die gleiche Besteuerung erfahren müsste. Das stimmt mit dem vorstehend beschriebenen wirtschaftlichen Reicherwerden überein.

Für die Auslegung des geltenden Rechts sind daher solche Auslegungen zu bevorzugen, welche zu Ergebnissen führen, die im o.a. Sinne wirtschaftlich gegeben sind. Aufwand, insbesondere Schuldzinsen, muss unabhängig davon im Ergebnis abzugsfähig sein, ob er zur Erzielung nur von laufenden Dividenden oder von steuerpflichtigen Veräußerungsgewinnen oder von beidem eingesetzt worden ist.

De lege ferenda sind die derzeitigen Einkunftsarten Dividenden (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG), Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (§ 17 EStG) und private Veräußerungsgeschäfte (§ 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG) für Beteiligungen in einer Einkunftsart „Beteiligungserträge“ zusammenzufassen. Der richtige Standort im EStG hierfür wäre § 20 EStG. Die Ermittlung der Einkünfte hätte einheitlich nach den Regeln des § 20 EStG zu erfolgen. Eine Kleinbeteiligungsgrenze für Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen (wie derzeit unter 1 % in § 17 EStG) kann mit Gründen der Vereinfachung oder der Förderung des Aktienbesitzes oder der Kapitalmarkteffizienz beibehalten werden. Veräußerungsverluste müssen dann abzugsfähig sein, wenn Veräußerungsgewinne steuerpflichtig sind.

Besteuerung von kollektiven Vermögensanlagen

Prof. Dr. *Sabine Kirchmayr*
Universität Salzburg

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. ThemenstellungII. Grundstruktur von offenen Wertpapier- und Immobilieninvestmentfonds<ul style="list-style-type: none">1. Inländische Investmentfonds (formeller Investmentfondsbegriff)2. Grundstruktur von offenen inländischen Investmentfonds („Investmentviereck“)3. Ausländische Investmentfonds (materieller Investmentfondsbegriff)III. Besteuerung nach dem Grundsatz der Transparenz<ul style="list-style-type: none">1. Gesetzliche Rahmenbedingungen<ul style="list-style-type: none">a) Ebene des Investmentfondsb) Ebene der Anteilsinhaber2. Verhältnis Trennungsprinzip/ Transparenzprinzip3. Ausnahmen von der transparenten Besteuerung4. Besteuerung von Investmentfonds nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen | <ul style="list-style-type: none">a) Sondervermögen als Körperschaftsteuersubjekt?b) Zurechnung der Erträge<ul style="list-style-type: none">aa) Gesetzliche Verteilung der Dispositionsrechtebb) Chancen und Risikencc) Vergleich mit Personengesellschaftendd) ErgebnisIV. Ausschüttungen – ausgeschüttete Erträge – ausschüttungsgleiche Erträge<ul style="list-style-type: none">1. Allgemeine Überlegungen2. Begriffsdefinitionen3. Zeitliche Erfassung von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen ErträgenV. Pauschal- bzw. Strafbesteuerung<ul style="list-style-type: none">1. Vorgesehene Vergleichsrechnung2. Verfassungsrechtliche Bedenken<ul style="list-style-type: none">a) Ungleichbehandlung von ausschüttenden und thesaurierenden Fondsb) Pauschaler Ansatz der ausschüttungsgleichen Erträge – eine widerlegbare Vermutung |
|--|---|

I. Themenstellung

Bei kollektiven Vermögensanlagen geht es – allgemein gesprochen – um Veranlagungsgemeinschaften bzw. Fonds im weitesten Sinn. Kapitalmarkt und Fantasie kennen hier kaum Grenzen: Nach dem veranlagten Vermögensgegenstand können Wertpapierfonds, Immobilienfonds, Hedgefonds, Private Equity Fonds, Schiffsfonds, Filmfonds, Patentfonds usw. unterschieden werden. In rechtlicher Hinsicht sind die besonders geregelten Wertpapier- und Immobilieninvestmentfonds von anderen kollektiven Vermögensanlagen zu unterscheiden, die – in Bezug auf die rechtliche Ausgestaltung – in vielen Fällen keine vergleichbaren rechtlichen Besonderheiten kennen. Zu Letzteren zählen z. B. geschlossene Private Equity Fonds, Schiffsfonds, oder

geschlossene Immobilienfonds, deren rechtliche und steuerliche Struktur idR auf (transparenten) Personengesellschaften beruhen.

Im Rahmen dieses Beitrages werden steuerliche Grundsatzfragen der besonders geregelten Wertpapier- und Immobilieninvestmentfonds¹ behandelt.

II. Grundstruktur von offenen Wertpapier- und Immobilieninvestmentfonds

1. Inländische Investmentfonds (formeller Investmentfondsbegriff)

Die rechtlichen Rahmenbedingungen von offenen Wertpapier- und Immobilienfonds sind im Investmentgesetz (InvG)² geregelt, das durch Art. 1 des Investmentmodernisierungsgesetzes mit 1.4.2004 eingeführt wurde.³ Mit Art. 2 des Investmentmodernisierungsgesetzes wurde das InvStG in Geltung gesetzt.⁴ Im InvG wurden die organisations-, aufsichts- und vertriebsrechtlichen Vorschriften einheitlich geregelt, im InvStG wurden die steuerlichen Vorschriften zusammengeführt. Ziel des Investmentmodernisierungsgesetzes war die Umsetzung der Änderungsrichtlinien 2001/107/EG und 2001/108/EG des europäischen Parlamentes und des Rates zur OGAW-Richtlinie.⁵ Als weitere Ziele wurden die Stärkung des Investmentstandortes Deutschland, die Verbesserung des Anlegerschutzes und die steuerliche Gleichbehandlung von in- und ausländischen Investmentvermögen genannt.⁶

1 Für Deutschland: vgl. Investmentgesetz und Investmentsteuergesetz, beide eingeführt durch das Investmentmodernisierungsgesetz, BGBl I 2003, S. 2676 jeweils idGF; für Österreich: vgl. Investmentfondsgesetz, BGBl 1993/532 idGF und das Immobilieninvestmentfondsgesetz, BGBl I 2003/80 idGF.

2 Für Österreich vgl. das InvFG (BGBl 1993/532) und das ImmoInvFG (BGBl I 2003/80).

3 BGBl I 2003, S. 2676.

4 Das Investmentmodernisierungsgesetz hat das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften und das Auslandinvestmentgesetz abgelöst; in der rechtlichen Grundkonzeption stimmen jedoch Investmentgesetz und InvStG in weiten Teilen mit den „Vorläuferregelungen“ überein; vgl. z. B. *Steinmüller*, Ausländische Hedgefonds und Private Equity-Pools im Investmentsteuerrecht (Aachen 2005), S. 34 ff.; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds im Investmentsteuerrecht (Berlin 2007), S. 31 ff.; *Ramackers* in Littmann/Bitz/Pust (Hsg.), § 1 InvStG Rz. 1 ff.; *Focke*, Investmentbesteuerung im künftigen Recht, BB 2003, 1589 ff. (zum Entwurf); *Kayser/Bujotzek*, Die steuerliche Behandlung offener Immobilienfonds und ihrer Anleger, FR 2006, 49 f. mwH; *Sradj/Mertes*, Steuerliche Aspekte des Investmentmodernisierungsgesetzes, DStR 2003, 1681 ff. (zum Entwurf); *dies.*, Neuregelung bei der Besteuerung von Investmentvermögen, DStR 2004, 201 ff.

5 RL 2001/107/EG, ABl L 41 S. 20 und RL 2001/108/EG, ABl L 41 S. 35 zur Änderung der RL 85/611/EWG, ABl L 375 S. 3 (OGAW-RL).

6 Vgl. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 19.9.2003, BT-Drucks. 15/553, S. 1 f.; vgl. dazu *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 31 ff. mwH.

Nach § 1 S. 1 Nr. 1 ist das InvG auf

„inländische Investmentvermögen [anzuwenden], soweit diese in Form von Investmentfonds iSd. § 2 Abs. 1 oder Investmentaktiengesellschaften iSd. § 2 Abs. 5 gebildet werden“.

§ 1 Abs. 1 Nr. 1 des InvStG definiert den Anwendungsbereich ähnlich: Demnach kommen die Regelungen des Investmentsteuergesetzes auf

„inländisches Investmentvermögen [zum Tragen], soweit dieses in Form eines Investmentfonds iSd. § 2 Abs. 1 oder einer Investmentaktiengesellschaft iSd. § 2 Abs. 5 des Investmentgesetzes (inländische Investmentgesellschaft) gebildet wird, sowie auf Anteile an einem inländischen Investmentvermögen (inländische Investmentanteile)“.

Die formelle Anknüpfung sowohl in aufsichtsrechtlicher als auch in steuerlicher Hinsicht bedeutet, dass kollektive Vermögensanlagen, die nicht nach Maßgabe von § 2 Abs. 1 InvG oder § 2 Abs. 5 InvG gebildet werden, nicht unter die angeführten Bestimmungen fallen. Dazu zählen z. B. geschlossene Fonds in Form von (Publikums-)Personengesellschaften, wie sie typischerweise bei Schiffsfonds oder Filmfonds eingesetzt werden.⁷

2. Grundstruktur von offenen inländischen Investmentfonds („Investmentviereck“)

Das InvG sieht – neben den Investmentaktiengesellschaften mit starrem oder variablem Kapital, auf die ich nicht näher eingehen möchte – folgende rechtliche „Grundkonzeption“ von offenen Wertpapier- und Immobilienfonds vor. Dieses Grundkonzept umfasst vier Eckpunkte („Investmentviereck“):⁸

- Das Sondervermögen (Wertpapiere oder Immobilien): Das Sondervermögen repräsentiert rechtlich und wirtschaftlich den Investmentfonds.⁹ Es basiert auf den von den Anlegern eingezahlten Mitteln und besteht aus den davon erworbenen Vermögensgegenständen (Wertpapiere oder Immobilien). In Bezug auf die Eigentumsverhältnisse am Sondervermögen bestehen nach § 30 Abs. 1 S. 1 InvG zwei Gestaltungsmöglichkeiten: Die Vermögensgegenstände des Sondervermögens können im treuhänderischen Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft („Treuhänderlösung“) oder im Miteigentum der Anleger („Miteigentumslösung“) stehen. Für Immobiliensondervermögen ist nach § 75 InvG zwingend die Treuhänder-

⁷ Grundlegend z. B. BMF-Schreiben vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG (BMF IV C 1-S 1980-1-87/05), BStBl I 2005, 728, Rz. 1 ff.; *Ramackers* in Littmann/Bitz/Pust, § 1 InvStG Rz. 5 ff.; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 33 ff. mwH.

⁸ Vgl. dazu grundlegend z. B. *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 33 ff.; *Scholtz*, Beteiligungs-Sondervermögen, in Knobbe-Keuk/Klein/Moxter (Hsg.), Handelsrecht und Steuerrecht, FS Döllerer (Düsseldorf 1988), S. 557 f; *Ramackers* in Littmann/Bitz/Pust, § 1 InvStG Rz. 15 ff.; alle mwH.

⁹ Vgl. § 2 Abs. 1 und 2 InvG.

lösung vorgesehen. Das Sondervermögen ist Zweckvermögen, das die Kapitalanlagegesellschaft zum Schutz der Anleger vom eigenen Vermögen zu trennen hat (§ 30 Abs. 1 S. 2 InvG). Dieses Vermögen haftet nicht für Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft (§ 31 Abs. 2 S. 1 InvG).

- Die Kapitalanlagegesellschaft (der „Fondsmanager“): Die Aufgabe der Kapitalanlagegesellschaft ist die Verwaltung eines oder mehrerer Sondervermögen (§ 30 Abs. 3 S. 1 InvG). Unabhängig von den formellen Eigentumsverhältnissen (Treuhand- oder Miteigentumslösung), stehen die Verwaltungs- und Dispositionsrechte über das Sondervermögen ausschließlich der Kapitalanlagegesellschaft zu. Die Kapitalanlagegesellschaft übt diese Rechte im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Sondervermögens bzw. der Anleger aus.¹⁰
- Die Depotbank: Die Depotbank ist für die Portfolioverwahrung, die Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft und damit dem Anlegerschutz sowie sämtlichen Zahlungsvorgängen in Bezug auf die Anleger zuständig. Dementsprechend obliegt der Depotbank auch die Ausgabe und Rücknahme der Anteile (§ 23 InvG).
- Die Anleger.

Das „Open-End“ Prinzip ist ein wesentliches Charakteristikum des offenen Investment- oder Immobilienfonds. Das Open-End Prinzip bedeutet, dass die Anzahl der Anteilscheine und damit die Höhe des Kapitals von vorne herein nicht fixiert ist. Investmentfonds können laufend neue Anleger aufnehmen und neue Anteilscheine ausgeben. Umgekehrt kann der Anleger jederzeit verlangen, dass die Kapitalanlagegesellschaft den Investmentanteil zu Lasten des Sondervermögens zurücknimmt (§ 37 Abs. 1 InvG). Die derzeitige Rücknahme der Anteilscheine kann im Rahmen von § 37 Abs. 2 und 3 InvG und bei offenen Immobilienfonds darüber hinaus nach § 81 InvG eingeschränkt werden.

3. Ausländische Investmentfonds (materieller Investmentfondsbegriff)

Anteile an ausländischen Investmentfonds werden in § 2 Abs. 8 und 9 InvG definiert. Diese Definition gilt auch für steuerliche Zwecke.¹¹ Danach sind

„Investmentvermögen iSd. § 1 S. 2 [InvG], die dem Recht eines anderen Staates unterstehen,“

als ausländische Investmentvermögen zu qualifizieren.¹²

¹⁰ Das Rechtsverhältnis zwischen Kapitalanlagegesellschaft und Investor ist vertraglicher Natur; ausführlich *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 41 f. mwH.

¹¹ Vgl. die Verweise in § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG; anders die österreichische Rechtslage, die einen eigenständigen steuerlichen Begriff des ausländischen Investmentfonds kennt (vgl. § 42 InvFG und § 42 ImmoInvFG).

¹² Vgl. dazu *Steinmüller*, Hedgefonds und Private Equity-Pools, S. 99 ff.

Gem. § 2 Abs. 9 InvG sind ausländische Investmentanteile „Anteile an ausländischen Investmentvermögen, die von einem Unternehmen mit Sitz im Ausland ausgegeben werden (ausländische Investmentgesellschaft).“ Die In- oder Auslandseigenschaft vom Vermögen ergibt sich in erster Linie aus dem Sitz der Kapitalanlagegesellschaft oder dem „Sitz“ des Fondsvermögens selbst.

Die Anwendbarkeit des InvStG auf ausländische Rechtsgebilde und die daran beteiligten Personen (Anleger) hängt ebenso wie beim InvG davon ab, ob die materiellen Merkmale eines Investmentfonds iSd. § 1 S. 2 InvG erfüllt sind. Im Gegensatz zum inländischen Fonds, der formell, dh. nach Maßgabe der rechtlichen Organisation, definiert ist, kommt somit beim ausländischen Fonds ein materieller Fonds begriff zum Tragen. In diesem Fall spielt die rechtliche Organisation des Fonds grundsätzlich keine Rolle; entscheidend ist die Vergleichbarkeit der Kapitalanlage nach dem Grundsatz der Risikomischung oder Risikostreuung.¹³

Anzumerken ist, dass im Zuge der Einführung des InvStG auch die Einführung eines formellen ausländischen Fonds begriffes diskutiert wurde, der letztendlich (vorerst) nicht umgesetzt wurde.¹⁴ Ein formeller Fonds begriff kann in erster Linie an das ausländische Aufsichtsrecht und/oder an die Vergleichbarkeit mit inländischen Fonds konstruktionen anknüpfen. Beides ist im Hinblick auf die freien Gestaltungsmöglichkeiten der einzelnen Staaten (außerhalb des Anwendungsbereiches der OGAW-RL¹⁵) problematisch.¹⁶ Das erstgenannte Kriterium kann zu fraglichen Ergebnissen führen, wenn das Ausland aufsichtsrechtlich „Investmentfondsstrukturen“ für eine Vermögensveranlagung anbietet, die im Inland gar nicht möglich sind, z. B. bei Private Equity. Man müsste hier wieder aufgrund materieller Überlegungen den formellen (ausländischen) Investmentfonds begriff korrigieren. Beim zweitgenannten Kriterium wird man – darüber hinaus – mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten konfrontiert sein. Ein formeller Vergleich von in- und ausländischen Fondsstrukturen entspricht auch nicht dem Vergleich bzw. der

13 Vgl. BMF-Schreiben vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG, BStBl I 2005, 728 Rz. 3 ff.; *Steinmüller*, Hedgefonds und Private Equity-Pools, S. 100 ff.; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 35 ff.; *Kayser/Steinmüller*, Die Besteuerung von Investmentfonds ab 2004, FR 2004, 144 f.; *Sradj/Mertes*, DStR 2004, 201 ff.; *Ramackers* in Littmann/Bitz/Pust, § 1 InvStG Rz. 10 ff.; vgl. zur „alten“ Rechtslage auch *Strobl-Haarmann/Krause*, Die Besteuerung der direkten und indirekten Beteiligung an Auslandsfonds, in Hommelhoff/Zätzsch/Erle (Hsg.), Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung, Steuerrecht, FS W. Müller (München 2001), S. 366 ff. Ebenso nach der österreichischen Rechtslage: Vgl. dazu *Doralt/Kirchmayr*, EStG⁸, § 93 Anhang I Rz. 52 mwH; InvFR 2003, Rz. 264 ff.

14 *Steinmüller*, Hedgefonds und Private Equity-Pools, S. 101 f.; *Fock*, BB 2003, 1592 ff.; *Kayser/Steinmüller*, FR 2004, 144; *Sradj/Mertes*, DStR 2003, 1682 ff.; *dies.*, DStR 2004, 201 ff.

15 RL 85/611/EWG, ABl EG L 375 S. 3.

16 Vgl. auch die Kritik am formellen Investmentfonds begriff: *Fock*, BB 2003, 1592 ff.

Einordnung von ausländischen Personen- oder Kapitalgesellschaften. Denn bei ausländischen Personen- oder Kapitalgesellschaften hat eine Einordnung in eine gedankliche Typenreihe zu erfolgen, wobei – je nach Ausprägung einzelner Merkmale – entweder eine Personengesellschaft oder eine Kapitalgesellschaft anzunehmen ist. Bei Fonds steht man einer Vielzahl von unterschiedlichen rechtlichen Konstruktionen gegenüber: Zum Beispiel kennt das InvG offene Wertpapierpapierfonds als Miteigentums-, Treuhand- und Kapitalgesellschaftstypen. Bei Letzteren ist derzeit auch eine geschlossene Variante im InvG vorgesehen. Offene Immobilienfonds können nur als Treuhandtyp erreicht werden. Fraglich ist daher beispielsweise die Einordnung von ausländischen Aktiengesellschaften, die formell mit Fonds nach § 2 Abs. 5 InvG vergleichbar sind. Eine hier notwendige Einschränkung kann ebenfalls wiederum nur aufgrund von materiellen Kriterien erfolgen. Andererseits werden „klassische“ ausländische Fonds in Form von – auf angloamerikanischem Recht beruhenden – „Trust“ Konstruktionen idR nicht mit inländischen Fonds formell vergleichbar sein, weil hier ausländische Rechtsinstitute angesprochen werden, die es im Inland in dieser Form gar nicht gibt.

Ein – wie nach derzeitigem Recht vorgesehener – materieller Vergleich stellt nicht auf die rechtliche Organisation des Fonds, sondern auf den Zweck des Rechtsgebildes ab. Veranlagt das Rechtsgebilde nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenstände iSd. § 2 Abs. 4 InvG, liegt ein ausländischer Investmentfonds vor.¹⁷

Ein – weit verstandener – materieller ausländischer Investmentfonds begriff kann europarechtlich bedenklich sein, wenn dadurch dem ausländischen Investmentfonds jene Gestaltungsspielräume genommen werden, die inländische Fonds haben. Ein (inländischer) Immobilienfonds kann etwa als offener Immobilienfonds oder als Immobilienaktiengesellschaft organisiert werden. Die steuerlichen Konsequenzen richten sich nach der jeweiligen (formellen) Organisation des Immobilienfonds. Ein rein materieller ausländischer Investmentfonds begriff lässt eine vergleichbare Differenzierung nicht zu. Im Hinblick auf die daraus resultierende Diskriminierung ausländischer Fonds ist der materielle ausländische Fonds begriff aus europarechtlichen Gründen teilweise eingeschränkt zu sehen. In diesem Zusammenhang sind die angeführten formellen Überlegungen, insbesondere die rechtlichen Gestaltungsspielräume inländischer Fonds zu berücksichtigen.¹⁸ In diesem Sinne ist – in erster Linie – auch das Schreiben des dt.BMF vom 2.6.2005¹⁹

17 Vgl. z. B. *Kayser/Steinmüller*, FR 2004, 144 ff.; *Steinmüller*, Hedgefonds und Private Equity-Pools, S. 102 ff.; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 35 ff.

18 Vgl. *Kirchmayr*, Pauschalbesteuerung von „schwarzen“ ausländischen Investmentfonds widerspricht Gemeinschaftsrecht, GeS 2004, 110 ff.; vgl. auch VwGH 11.12.2003, 99/14/0081 ÖStZB 2004, 493.

19 Rz. 6 des BMF-Schreibens vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG, BStBl I 2005, 728.

zu sehen, wonach in folgenden Fällen keine ausländischen Investmentvermögen vorliegen:

- Vermögen von ausländischen Personengesellschaften (ausgenommen Single-Hedge-Fonds oder Dachhedgefonds).²⁰
- Gesellschaftsvermögen von anderen ausländischen Immobilienunternehmen als Personengesellschaften, deren Anteile an einer Börse zum amtlichen Markt zugelassen oder in einen anderen organisierten Markt einbezogen sind und die in ihrem Sitzstaat keiner Investimentaufsicht unterliegen.²¹
- Vermögen, die Collateralised-Debt-Obligations (CDOs) ausgeben.
- Zertifikate: Bei einem Wertpapier, das von einem Dritten ausgegeben wird und die Ergebnisse eines oder mehrerer ausländischer Investmentvermögens nachvollzieht, ist kein ausländischer Investmentanteil gegeben.²²

III. Besteuerung nach dem Grundsatz der Transparenz

1. Gesetzliche Rahmenbedingungen

Die Besteuerung von Investmentfonds basiert auf dem Grundsatz der steuerlichen Transparenz: Der Anleger soll Erträge aus einem Investmentfonds so versteuern, als ob er sie unmittelbar bezogen hätte. Es soll im Wesentlichen dieselbe steuerliche Belastung eintreten wie bei einer Direktanlage.

²⁰ Siehe dazu auch *Kayser/Steinmüller*, FR 2004, 144 f.; *Berger/Lübbühnen*, Nichtanwendbarkeit des Investmentsteuergesetzes auf ausländische Personengesellschaften, FR 2006, 126 ff.; zu Mezzaninefonds vgl. *Bärenz/Steinmüller*, Ausländische Mezzanine-Fonds im Investmentsteuerrecht, FR 2005, 919 ff. Anders als das dt.BMF vgl. dazu das öBMF (vgl. InvR 2003, Rz. 268 iVm. 274 ff.), wonach (z. B.) auch (ausländische) Private Equity Fonds als ausländische Investmentfonds qualifiziert werden können, obwohl inländische Private Equity Fonds idR nicht dem InvFG unterliegen. Die Auffassung des dt.BMF überzeugt im Hinblick auf europarechtliche Überlegungen (vgl. dazu auch *Kirchmayr*, GeS 2004, 110 ff.).

²¹ Anders das öBMF: vgl. InvFR 2003, Rz. 271 ff.; im Hinblick auf europarechtliche Überlegungen nicht überzeugend (vgl. *Kirchmayr*, GeS 2004, 110 ff.; *Polivanova-Rosenauer/Toifl*, Steuerliche Behandlung von ausländischen Immobilienfonds, Teil I, GeS 2004, 96 ff.).

²² Siehe dazu auch *Kayser/Steinmüller*, FR 2004, 145. Anders als das dt.BMF das öBMF (vgl. InvFR 2003, Rz. 277 f). Zertifikate inländischer Emittenten sind – aufgrund des formellen inländischen Fondsbegriffes – jedenfalls kein Investmentfonds. Auch hier führt der weit verstandene materielle ausländische Fondsbegriff, der auch Zertifikate mitumfasst, zu europarechtlich problematischen Ergebnissen und ist daher abzulehnen (vgl. *Kirchmayr*, Indexanleihen als ausländische Investmentfonds?, RdW 2004, 641).

Der Anleger, der seine Kapitalanlage im Privatvermögen hält, ist dabei das Leitbild.²³ Der BFH hat das Transparenzprinzip wie folgt formuliert:²⁴

„Der Anleger wird [...] grundsätzlich so besteuert, als habe er die im Rahmen des Fonds angefallenen Erträge unmittelbar selbst erzielt.“

Das Transparenzprinzip ist gesetzlich wie folgt verankert:

a) *Ebene des Investmentfonds*

§ 11 InvStG normiert für Treuhand- und Miteigentumsfonds die Ertragsteuersubjektivität des Sondervermögens als Zweckvermögen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG iVm. § 3 KStG. Die Regelung entspricht inhaltlich der Vorläuferregelung des § 38 Abs. 1 KAGG. § 11 Abs. 1 S. 2 InvStG beseitigt aber gleichzeitig wiederum die Wirkungen der Qualifikation als Ertragsteuersubjekt „Zweckvermögen“, in dem das Sondervermögen von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit wird.²⁵ Die Investmentaktiengesellschaft, die bereits aufgrund der Rechtsform ein Körperschaftsteuersubjekt ist, fällt nicht unter die Qualifikation Zweckvermögen, für sie gilt nur die Steuerbefreiung.²⁶

Durch die gesetzliche Fiktion als Zweckvermögen iSd. § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG „gelingt die notwendige Trennung des Sondervermögens von den Anteilsinhabern“²⁷ Dadurch werde die Notwendigkeit einer gesonderten Feststellung der Einkünfte vermieden; darüber hinaus würde die steuerliche

23 Scholtz in FS Döllerer, S. 560; Lübbchüsen in Brinkhaus/Scherer, KAGG, Vor §§ 37n ff. Rz. 11; *Sorgenfrei*, Steuerlicher Transparenzgrundsatz und DBA-Berechtigung deutscher offener Investmentfonds, IStR 1994, 457; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 66 ff.; *Steinmüller*, Hedgefonds und Private Equity-Pools, S. 50 f.; *Kayser/Steinmüller*, FR 2004, 138; *Fock*, DStR 2000, 855 f.; *ders.*, Investmentsteuerrecht und Einkommensteuerrecht am Beispiel von Garantiefonds, DStZ 2006, 503 ff.; uva.; ähnlich die österreichische Rechtslage, die bei der Besteuerung von Investmentfondserträgen ebenfalls von einer transparenten Besteuerung auf Ebene der Anteilsinhaber ausgeht (vgl. dazu z. B. *Doralt/Kirchmayr*, EStG⁸, § 93 Anhang I Rz. 11; InvFR 2003, Rz. 4; uva.).

24 BFH 11.10.2000, I R 99/96, BStBl II 2001, 22 zu ausländischen Investmentfonds; vgl. auch BFH 4.3.1980 VIII R 48/76, BStBl II 1980, 453 zu inländischen Investmentfonds.

25 Anders die österreichische Rechtslage (die im Ergebnis vergleichbar ist): Es gibt weder eine explizite Regelung über die Steuersubjektivität des Fonds noch eine damit korrelierende Ertragsteuerbefreiung. Der österreichische Gesetzgeber geht bei der Besteuerung der Anteilsinhaber eines Investmentfonds offenbar von einer Miteigentumsgemeinschaft aus (vgl. dazu auch *Mühlebner*, Zur steuerlichen Behandlung von Ausschüttungen aus Investmentfonds, ÖStZ 1993, 271 ff.; *Vock*, Die Besteuerung inländischer Investmentfonds [Wien 2005], 21).

26 Grundlegend z. B. *Ramackers* in Littmann/Bitz/Pust, § 11 InvStG Rz. 1 ff. mwH.; *Steinmüller*, Hedgefonds und Private Equity-Pools, S. 53.

27 *Baur*, Investmentgesetze 2. Teilband, 2. Auflage, § 38 Rz. 38.

Rechtsfähigkeit an sich bestehen bleiben. „Die gesetzliche Fiktion kann nicht als überflüssig angesehen werden.“²⁸

b) Ebene der Anteilsinhaber

Auf Ebene der Investoren ist – in Fortführung des Gedankens der Körperschaftsteuersubjektivität des Fonds – vorgesehen, dass die Erträge aus Investmentfonds zu den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (Anteilerträge) gehören, wenn sie nicht als Betriebseinnahmen oder als Leistungen iSd. § 22 Nr. 5 EStG zu qualifizieren sind. § 2 Abs. 1 2. Halbsatz InvStG schließt das Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. das Teilwertprivileg nach § 8b Abs. 1 KStG jedoch grundsätzlich aus.²⁹

Besondere gesetzliche Regelungen sollen das Transparenzprinzip in Bezug auf die Besteuerung des Anlegers zur Geltung bringen: Halbeinkünfteverfahren und Teilwertprivileg werden gemäß § 2 Abs. 2 InvStG auf entsprechende Beteiligungserträge des Fonds, die der Fonds einnahmenseitig erzielt, reduziert. Darüber hinaus wird das steuerliche Transparenzprinzip insbesondere durch § 4 InvStG umgesetzt, eine Bestimmung die ausländische Einkünfte betrifft. Danach werden ausländische Einkünfte grundsätzlich wie im Falle eines Direktbezuges unter Steuerfreistellung oder mit Anrechnung ausländischer Quellensteuern behandelt. Darüber hinaus sieht § 2 Abs. 3 InvStG besondere Regelungen für – auf Ebene des Investmentfonds (somit einnahmenseitig) – erzielte Substanz- und Veräußerungsgewinne vor.

2. Verhältnis Trennungsprinzip/Transparenzprinzip

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Besteuerung von Investmentfonds sind zweistufig zu betrachten: Es gibt einerseits die umfassende Fiktion, dass das Sondervermögen ein eigenes Körperschaftsteuersubjekt ist. Hier wird somit umfassend das Trennungsprinzip (wie bei Kapitalgesellschaften) normiert. Daran anknüpfend ist auch die grundsätzliche Qualifikation der Erträge aus Investmentfonds auf Ebene der Investoren als Beteiligungserträge zu sehen. Die gesetzliche Umsetzung des Transparenzprinzips erfolgt punktuell auf Ebene der Besteuerung der Investoren auf

²⁸ Baur, Investmentgesetze 2. Teilband, 2. Auflage, § 38 Rz. 6; vgl. auch Fock, DStZ 2006, 503, wonach das Transparenzprinzip das Trennungsprinzip voraussetzt; anders die im Ergebnis vergleichbare österreichische Rechtslage, die keine derartige Fiktion kennt.

²⁹ Anders die österreichische Rechtslage, wonach die transparente Besteuerung von Erträgen aus Investmentfonds in § 40 InvFG iVm. § 93 EStG gesetzlich festgeschrieben wird. Der Gesetzgeber geht dabei grundsätzlich von Einkünften aus Forderungswertpapieren aus (vgl. dazu Doralt/Kirchmayr, EStG⁸, § 93 Anhang I Rz. 11 iVm. 29 ff.; InvFR 2003, Rz. 4 ff.).

Basis von einzelnen gesetzlichen Vorschriften. Daraus folgt, dass das Trennungsprinzip als „umfassende Regelung und das Transparenzprinzip als Ausnahme davon aufzufassen ist.³⁰

In dem angeführten Sinn ist auch das Verhältnis InvStG und EStG zu sehen. Das InvStG schließt grundsätzlich das EStG in Bezug auf die laufende Besteuerung aus (wenn nicht ausdrückliche Verweise vorgesehen sind). Einkommensteuerliche Vorschriften iZm. der transparenten (laufenden) Besteuerung des Investmentfonds können nicht zum Tragen kommen, wenn kein ausdrücklicher Verweis im InvStG vorgesehen ist.³¹ Dies ergibt sich aus dem Ausnahme-/Regelverhältnis der gesetzlichen Rahmenbedingungen.³²

Im Ergebnis knüpft die Besteuerung von Investmentfonds in erster Linie an die Ausschüttung des (ertragsteuerbefreiten) Investmentfonds an (ausgabenseitige Betrachtung). Die Ausschüttung wird jedoch – anders als bei Kapitalgesellschaften – nicht als solche erfasst, sondern „in ihre Einzelteile zerlegt“. Dies erfordert eine gedankliche Verbindung zu den jeweiligen Einnahmen des Fonds (einnahmenseitige Betrachtung), auf die die Ausschüttung zurückzuführen ist.

Im Hinblick auf die angeführten überlappenden Besteuerungsprinzipien von Trennungs- und Transparenzprinzip ist verständlich, dass (öffentliche) Information und Nachweis über die Fondseinnahmen (vgl. § 6 InvStG) eine zentrale Rolle bei der Besteuerung von Investmentfonds spielen.³³

3. Ausnahmen von der transparenten Besteuerung

Die transparente Besteuerung von Investmentfonds bedeutet eine grundsätzliche Gleichbehandlung mit der Direktveranlagung. Es bestehen allerdings mehrere Ausnahmen von der transparenten Besteuerung der Erträge aus Investmentfonds. Als Rechtfertigung der Ausnahmen werden folgende Gründe genannt: Vereinfachungs- und Pauschalierungsüberlegungen, mangelnde Vergleichbarkeit von Investmentanleger und Direktanleger sowie die Förderung/Begünstigung des Investmentwesens.³⁴

30 ZB *Scholtz* in FS Döllerer, S. 562; *Fock*, DStZ 2006, 503 ff.; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 70; *Lübbehusen* in Brinkaus/Scherer, KAGG, Vor §§ 37n ff. Rz. 13; BFH 4.3.1980, VIII R 48/76, BStBl II 1980, 453; BFH 11.10.2000, I R 99/96, BStBl II 2001, 22.

31 So *Fock*, DStZ 2006, 504; vgl. auch BFH 4.3.1980, VIII R 48/76, BStBl II 1980, 453.

32 Vgl. aber *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 75 mwH, der (insbesondere) in Bezug auf die Rückgabe von Fondsanteilen auf die Regelungen des EStG und des KStG als *leges generales* zurückgreift.

33 Im Ergebnis ähnlich die österreichische Rechtslage: vgl. §§ 40 ff. InvFG und §§ 42 ff. ImmoInvFG.

34 Vgl. *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 70 ff. mwH.

Folgende Ausnahmen sind zu nennen:

- Die Qualifikation und die Ermittlung der Fondseinkünfte richtet sich nach § 3 InvStG immer nach dem Grundsatz der Ermittlung von Überschusseinkünften (außerbetriebliche Einkunftsarten).
- Auf Ebene des Anlegers liegen immer Einkünfte aus Kapitalvermögen vor (Anteilerträge); dies gilt auch für Erträge aus der Verwaltung von Liegenschaften (Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung) iZm Einkünften aus Immobilienfonds.
- Substanzgewinne: Auf Ebene des Investmentfonds erzielte Substanzgewinne werden beim Anleger im außerbetrieblichen Bereich nur eingeschränkt besteuert.

4. Besteuerung von Investmentfonds nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen

Die dogmatische Einordnung des Transparenzprinzips erfordert einen Vergleich mit der allgemeinen ertragsteuerlichen Behandlung von Investmentfonds und deren Anleger.

a) Sondervermögen als Körperschaftsteuersubjekt?

Es stellt sich die Frage, ob Treuhand- und Miteigentumsfonds nach Maßgabe allgemeiner steuerlicher Regelungen als Zweckvermögen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG zu qualifizieren sind. Anders ausgedrückt: Es geht um die Frage, ob die Regelung des § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG konstitutiv oder bloß deklaratorisch ist.

Als Zweckvermögen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG gelten selbständige, bestimmten Zwecken gewidmete Vermögensmassen, die aus dem Vermögen des Widmenden ausgeschieden sind und eigene Einkünfte beziehen.³⁵ Nicht rechtsfähige Zweckvermögen müssen wenigstens wirtschaftlich selbständig sein, wenn sie als selbständige Steuersubjekte behandelt werden sollen.

„Ein Zweckvermögen iSd. Steuerrechtes ist ein selbständiges, bestimmten Zwecken dienendes Vermögen, für dessen Substanz und Erträge ein anderer Steuerpflichtiger als das Vermögen nicht vorhanden ist. Es muss aus dem Vermögen des Widmenden wirtschaftlich ausgeschieden sein und eigene Einkünfte beziehen.“³⁶

Nach der herrschenden Auffassung erfüllt das Sondervermögen von Investmentfonds nicht die Voraussetzungen eines Zweckvermögens nach § 1

35 BFH 5.11.1992, I R 39/92 in BStBl II 1993, 388; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 64; *Altendorf* in Herrmann/Heuer/Raupach, KStG, § 1 Rz. 62; *Vock*, Inländische Investmentfonds, S. 40 ff.; uva.

36 *Baur*, Investmentgesetze 2. Teilband, 2. Auflage, § 38 Rz. 4.

Abs. 1 Nr. 5 KStG.³⁷ Als Begründung wird angeführt, dass das Sondervermögen nicht selbständig sei.³⁸

Im Ergebnis ist der Fiktion in § 11 Abs. 1 InvStG in Bezug auf Miteigentum- und Treuhandinvestmentfonds somit konstitutive Wirkung beizumessen. Die Fiktion, dass das Sondervermögen Zweckvermögen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG ist, bedingt die in § 11 Abs. 1 InvStG vorgesehene Steuerbefreiung. Nur so kann der Transparenzgrundsatz umgesetzt werden und eine Doppelbesteuerung von Anteilsscheininhaber und Sondervermögen vermieden werden.³⁹

b) Zurechnung der Erträge

Nach allgemeinen ertragsteuerlichen Grundsätzen kommt dem Sondervermögen keine Steuersubjektivität zu. Es stellt sich allerdings die Frage, wem die aus dem Sondervermögen stammenden Erträge nach allgemeinen ertragsteuerlichen Grundsätzen zuzurechnen sind.

Das rechtliche Konstrukt eines Investmentfonds basiert auf folgender Verteilung von Vermögens- und Verwaltungsrechten:⁴⁰ Im Falle einer Treuhandkonstruktion stehen die Kapitalanlagen des Sondervermögens im formellen Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft, im Falle eines Miteigentumsfonds im (formellen) Miteigentum der Investoren. In beiden Fällen kommen die Verwaltungsrechte an den betreffenden Kapitalanlagen ausschließlich der Kapitalanlagegesellschaft zu. Die Verwaltung des Sondervermögens hat im Interesse und auf Rechnung der Anleger zu erfolgen. Das wirtschaftliche Ergebnis kommt den Anlegern zugute.

Die steuerliche Zurechnung der Einkünfte ist grundsätzlich von der steuerlichen Zurechnung der einzelnen Vermögensgegenstände zu unterscheiden.⁴¹ Die Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Einkunftserzielung verwirklicht. Nach der herrschenden Auffassung richtet sich die Zurechnung nach der Dispositionsmöglichkeit über die Leistungserstellung. Zurechnungssubjekt von Einkünften ist derjenige, der die zu den Einkünften führende Leistung erbringt, wobei in Zweifelsfällen darauf ab-

37 *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 64; *Baur*, Investmentgesetze 2. Teilband, 2. Auflage § 38 Rz. 4; *Lübbehüsen* in Brinkhaus/Scherer, KAGG, § 38 Rz. 14; *Steinberg*, Die steuerrechtlichen Vorschriften des Gesetzes über die Kapitalanlagegesellschaften, DB 1957, 197; *Vock*, Inländische Investmentfonds, S. 45 ff.; *Mühlechner*, ÖStZ 1993, 271.

38 ZB *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 64, *Vock*, Inländische Investmentfonds, S. 46.

39 ZB *Lübbehüsen* in Brinkhaus-Scherer, KAGG, Vor § 38 Rz. 18.

40 Siehe dazu auch Pkt. II.2.

41 Vgl. *Ritz*, BAO³, § 24 Rz. 5; *Stoll*, BAO-Kommentar, 289; *Doralt/Renner*, EStG⁸, § 2 Rz. 110 ff.; *Tipke/Kruse*, AO, § 39 Rz. 18.

zustellen ist, wer die sich zu bietenden Marktchancen ausnützen, Leistungen erbringen oder verweigern kann.⁴²

Nach den rechtlichen Rahmenbedingungen von Investmentfonds stehen Dispositionsmöglichkeiten und Verwaltungsrechte über die Vermögensgegenstände des Fonds ausschließlich der Kapitalanlagegesellschaft zu. Die Kapitalanlagegesellschaft handelt aber im Interesse und auf Rechnung der Anleger. Die Anleger haben kein Weisungsrecht in Bezug auf die Vermögensverwaltung und keinen Herausgabeanspruch in Bezug auf das Vermögen.

Die steuerliche Zurechnung von Erträgen aus Investmentfonds entscheidet die Würdigung des rechtlichen Konstruktes von Investmentfonds. Folgende Teilaspekte sind dabei zu unterscheiden:

aa) Gesetzliche Verteilung der Dispositionsrechte

Die unbeschränkten Dispositionsmöglichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft sprechen für eine Zurechnung der Einkünfte an die Kapitalanlagegesellschaft (insbesondere der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung der Liegenschaften eines Immobilienfonds). Der Anleger kann nur über den Fondsanteil selbst disponieren.

*Vock*⁴³ hat sich mit diesem Argument der fehlenden Dispositionsmöglichkeit des Anlegers auseinandergesetzt. Er hat das umfassende gesetzliche Verwaltungsrecht der Kapitalanlagegesellschaft mit anderen Fällen der gesetzlichen Vertretung verglichen. Nach *Vock* sei die Zurechnungsproblematik mit der von Minderjährigen oder von Masseverwaltern durchaus vergleichbar, „weil in allen Fällen der Eigentümer für die Dauer der – gesetzlich oder vertraglich – eingeräumten Vermögensverwaltung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verliert.“ Ebenso wie in den angeführten Fällen der gesetzlichen Verwaltung und Vertretung bei Minderjährigen oder in Fällen der Insolvenz bleibe Zurechnungssubjekt der Vertretene, obwohl dem Vertretenen keine Dispositionsrechte zustehen.

Ob der Vergleich mit den gesetzlichen Vertretungsrechten Minderjähriger oder den Fällen der Insolvenz mit dem rechtlichen Konstrukt eines Investmentfonds überzeugen kann, ist fraglich, denn in beiden Fällen ist von einer eingeschränkten Handlungsunfähigkeit des Subjektes auszugehen. Diese Handlungsunfähigkeit ist überdies in der Regel bloß temporär. Von einer mit Minderjährigen oder mit Insolvenzfällen vergleichbaren Handlungsunfähigkeit ist bei einem Anleger eines Investmentfonds nicht auszuge-

⁴² Vgl. *Ruppe*, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften, in *Tipke* (Hsg.), Übertragung von Einkunftsquellen, DStJG Band 1 (Köln 1979), 7 (18); vgl. weiteres z. B. *Raupach/Schencking* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG, § 2 Rz. 130 ff. mwH.

⁴³ *Vock*, Inländische Investmentfonds, S. 59 ff.

hen. Er begibt sich „freiwillig“ seiner Dispositionsrechte über das zu veranlagende Vermögen.

bb) Chancen und Risiken

Der Umstand, dass die Kapitalanlagegesellschaft letztendlich nicht Erträge bzw. Verluste aus der Vermögensveranlagung trägt, ist grundsätzlich kein entscheidendes Zurechnungskriterium. Chancen und Risiken können durch eigenständige Geschäfte auf Dritte übertragen werden. So trägt beispielsweise der Anleger in eine Performance-Linked-Note⁴⁴ Chancen und Risiken aus der zugrunde liegenden Anlage (ähnlich wie bei einem Investmentfonds), das Instrument bleibt aber ein Fremdkapitalinstrument. Die emittierende Bank erzielt – im Fall einer Investition in das Underlying – die betreffenden Erträge, die „Weiterleitung“ ist jedoch aufgrund des Fremdkapitalcharakters des Veranlagungsinstrumentes steuerlich abzugsfähig, so dass die Bank letztendlich keine steuerpflichtigen Einkünfte bezieht. Im Hinblick auf das Kriterium der Risikotragung kommt es nicht automatisch zu einer Direktzurechnung der zugrunde liegenden Veranlagungserträge an den Anleger.⁴⁵

cc) Vergleich mit Personengesellschaften

Die Chancen- und Risikotragung der zugrunde liegenden Anlage spielt aber bei Personen- und Miteigentumsgemeinschaften sehr wohl eine große Rolle und zwar unabhängig von den Dispositionsrechten des einzelnen Anlegers. Zum Beispiel: Bei stillen Gesellschaften entscheidet die Gewinn- und Vermögensbeteiligung über die Qualifikation als Mitunternehmerschaft und damit über die Zurechnung von Einkünften. Und bei einer stillen Gesellschaft steht die Geschäftsführung idR ausschließlich dem Geschäftsherren

44 Bei einer Performance-linked-Note emittiert idR eine Bank eine Schuldverschreibung, deren Rendite von einem Referenzwert, wie z. B. eines Investmentfonds, abhängt. Der rechtliche Unterschied zwischen einer Performance-Linked-Note (auf einen bestimmten Investmentfonds) und einem Investmentfonds lässt sich wie folgt zusammenfassen: Bei einer Performance-Linked-Note trägt der Investor – neben dem Risiko des Underlying (wie bei einem Investmentfonds) – auch das Bonitätsrisiko des Emittenten. Eine Performance-Linked-Note beruht ausschließlich auf allgemeinen zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Grundlagen. In Abhängigkeit von den betreffenden Rechtsgrundlagen ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass bei einer Performance-Linked-Note der Anleger diese ohne Einhaltung von Kündigungsfristen und Auszahlungsfristen – ähnlich einem Anteil an einem offenen Investmentfonds – jederzeit zurückgeben und damit versilbern kann.

45 Anders offenbar *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 65, der unter Hinweis auf BFH 13.5.1980, VIII R 128/78, BStBl II 1981, 299, die Einkünfte demjenigen zurechnet, für dessen Rechnung sie erzielt werden. Dies sei bei Investmentfonds der Anleger.

zu. Hier könnte man eine Parallele zu den Anlegern von Investmentfonds ziehen.

Der angeführte Vergleich mit Investmentfonds ist allerdings fraglich, weil die typischen Miteigentumsrechte der Anleger ausgeschlossen sind. Z. B. kann nach § 38 Abs. 5 InvG:

„kein Anleger [...] die Aufhebung der in Ansehung des Sondervermögens bestehenden Gemeinschaft der Anleger verlangen“.

Gem. § 38 InvG ist eine Kündigung des Verwaltungsrechtes der Kapitalanlagegesellschaft durch den Anleger ausgeschlossen. Diese Regelung, die praktisch die Unkündbarkeit des Fondsmanagers festschreibt, lässt sich damit rechtfertigen, dass der Anleger den Fondsanteil idR jederzeit zurückgeben kann.

dd) Ergebnis

In Anwendung der allgemeinen ertragsteuerlichen Grundsätze spricht das formalrechtliche Konstrukt eines Investmentfonds als Miteigentums- oder Treuhandkonstrukt für eine „Direktzurechnungsvariante.“⁴⁶ Bei näherer Betrachtung ist aber auch ein Vergleich mit einer „Performance-Linked-Note“ denkbar, der – umgelegt auf Investmentfonds – nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen eine Zurechnung der Erträge bei der Kapitalanlagegesellschaft impliziert. Letztere Auffassung hat auch das österreichische BMF in Bezug auf die Besteuerung von offenen deutschen Immobilienfonds (vor Einführung des österreichischen ImmoInvG) vertreten und spiegelt sich auch im Verhandlungsprotokoll vom 6.10.1994 wieder:

„Betreibt eine deutsche Kapitalanlagegesellschaft einen offenen deutschen Immobilienfonds und erwirbt diese Kapitalgesellschaft zum Zweck der Ertrag bringenden Verwertung österreichische Grundstücke, so ist die Frage, wem die österreichischen Erträge steuerlich zuzurechnen sind, nach dem inländischen Recht der beiden Staaten zu unterscheiden. Wenn das Fondsvermögen zivilrechtlich im Eigentum der Kapitalgesellschaft steht und keine besonderen Gründe vorliegen, von dieser zivilrechtlichen Gestaltung für steuerliche Belange abzurücken, dann sind im Geltungsbereich der österreichischen Rechtsordnung die aus dem österreichischen Immobilienbesitz erzielten Einkünfte der Kapitalgesellschaft und nicht den Zertifikatsinhabern zuzurechnen [...]“⁴⁷

46 So auch die hM (*Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 64 ff.; *Vock*, Inländische Investmentfonds, S. 55 ff. mwH.; *Mühlechner*, ÖStZ 1993, 273) und BFH 11.10.2000, I R 99/96, BStBl II 2001, 22.

47 Vgl. Abschnitt 3 Ziffer 1 des Verhandlungsprotokolls vom 6.10.1994; vgl. auch öBMF vom 6.7.1994 (EAS 464), abgedruckt in *Loukota/Jirousek*, Steuerfragen International, Band 2 (Wien 1995), 91.

IV. Ausschüttungen – ausgeschüttete Erträge – ausschüttungsgleiche Erträge

1. Allgemeine Überlegungen

Die Besteuerung der Erträge aus Investmentfonds knüpft beim Anleger – ähnlich einer Kapitalgesellschaft – grundsätzlich an die Ausschüttung an. Wenn bzw. insoweit ein Fonds die Erträge thesauriert, ist als „zweiter“, alternativer steuerlicher Anknüpfungspunkt eine fingierte Ausschüttung vorgesehen („ausschüttungsgleiche Erträge“). Unabhängig davon, ob der Investmentfonds somit ausschüttet oder nicht, erfolgt die Besteuerung des Anlegers auf Basis von tatsächlichen und fingierten Ausschüttungen. Rechtfertigung für die Besteuerung auf Basis von fingierten Ausschüttungen ist die grundsätzliche Vergleichbarkeit einer Fondskonstruktion mit Personengemeinschaften (Miteigentumsgemeinschaften oder Veranlagungsgemeinschaften). In diesen Fällen erfolgt – nach allgemeinen steuerlichen Vorschriften – die Besteuerung unabhängig von der tatsächlichen Entnahmemöglichkeit.

2. Begriffsdefinitionen

§ 1 Abs. 3 InvStG differenziert begrifflich zwischen Ausschüttungen, ausgeschütteten Erträgen und ausschüttungsgleichen Erträgen.⁴⁸ Von den steuerbaren ausgeschütteten Erträgen sind gem. § 1 Abs. 3 InvStG die Ausschüttungen zu unterscheiden. Als Ausschüttung gilt der dem Anleger tatsächlich gezahlte oder gutgeschriebene Betrag einschließlich der einbehaltenen Kapitalertragsteuer. Die terminologische Unterscheidung zwischen Ausschüttung und ausgeschütteten Erträgen soll – nach den Gesetzesmaterialien – verdeutlichen, dass entsprechend der Systematik des EStG nur die Erträge der Besteuerung unterliegen, nicht jedoch beispielsweise Kapitalrückzahlungen oder Auszahlungen von schon beim Anleger besteuerten Erträgen.⁴⁹

Die steuerlich relevanten Einkünfte richten sich nach den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen. Für die Steuerpflicht des Anlegers ist maßgebend, inwieweit die Erträge des Sondervermögens als ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge definiert und damit als steuerbar qualifiziert werden. Jene Erträge des Sondervermögens, die von der Legaldefinition des § 1 Abs. 3 S. 2 und 3 InvStG nicht erfasst werden, sind bei den Anlegern nicht steuerbar. Das InvStG ist insoweit abschließend und ist gegenüber dem EStG und dem KStG *lex specialis*.⁵⁰

⁴⁸ Vgl. dazu grundlegend z.B. BMF-Schreiben vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG, BStBl I 2005, 728, Rz. 12 ff.; *Ramackers* in Littmann/Bitz/Putz, § 1 InvStG Rz. 55 ff.; *Kaysner/Steinmüller*, FR 2004, 139 ff.; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 78 ff.; uva.

⁴⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 19.9.2003, BT-Drucks. 15/1553, S. 123.

⁵⁰ Vgl. *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 80.

Als ausgeschüttete Erträge gelten gem. § 1 Abs. 3 InvStG „die von einem Investmentvermögen zur Ausschüttung verwendeten Zinsen, Dividenden, Erträge aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, sonstige Erträge und Gewinne aus Veräußerungsgeschäften. Ausschüttungsgleiche Erträge sind die von einem Investmentvermögen nach Abzug der abziehbaren Werbungskosten nicht zur Ausschüttung verwendeten Erträge aus Zinsen, Dividenden, Erträge aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, sonstige Erträge und Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 3, soweit es sich nicht um Wertpapierveräußerungsgeschäfte handelt, Abs. 2 und 3 des Einkommensteuergesetzes“.

Die angeführte Definition von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen knüpft an die vom Investmentfonds erzielten Erträge an. § 3 InvStG sieht eine eigene Vorschrift über die Ermittlung der Einkünfte vor; diese Vorschrift richtet sich grundsätzlich an den Fonds, hat aber auch Bedeutung für die Bemessung der betreffenden Einkünfte beim Anleger.⁵¹

Aufgrund der angeführten Definition von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen kommt es – in Umsetzung des Transparenzprinzips – auch zu einer „Verbindung“ von Eingangs- und Ausgangsseite des Fonds: Ausgeschüttete Erträge und ausschüttungsgleiche Erträge (Ausgangsseite des Fonds) sind die steuerlichen Anknüpfungspunkte beim Investor und zwar in sachlicher und zeitlicher Hinsicht. Die Besteuerung nach dem Grundsatz der Transparenz zwingt auch die Eingangsseite des Fonds (differenziert nach den jeweiligen Erträgen) zu berücksichtigen. Es unterscheiden sich aber ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge von den Erträgen der Eingangsseite eines Fonds, weil diese nicht vollständig, sondern nur nach Maßgabe von § 1 Abs. 3 S. 2 und S. 3 InvStG an die Anleger durchgeleitet werden.⁵²

Die „transparente“ Besteuerung von ausgeschütteten Erträgen und ausschüttungsgleichen Erträgen beruht auf einem steuerlich sehr komplexen Informationsbedürfnis und -erfordernis: Der Investor und der Fiskus müssen Kenntnis über die Zusammensetzung der vom Fonds erzielten und als ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge „durchgeleiteten“ Einkünfte haben. Diesem systemimmanenten Informationsbedürfnis wird in § 5 InvStG Rechnung getragen. Danach kommen die begünstigenden Vorschriften des InvStG nur insoweit zum Tragen, als die in § 5 InvStG vorgesehenen Informations-, Bekanntmachungs- und Nachweiserfordernisse erfüllt werden. Werden diese Pflichten nicht erfüllt, kommt es nach § 6 InvStG zum pauschalen Ansatz von ausschüttungsgleichen Erträgen. Die Pauschalbesteuerung wurde in der Vergangenheit auch immer wieder als „Strafbesteuerung“ bezeichnet.⁵³

51 ZB Zeller, Einkünfteermittlung bei Investmentfonds, DStR 2005, 899 ff.

52 Vgl. z. B. Bujotzek, Offene Immobilienfonds, S. 79.

53 Vgl. z. B. grundlegend Ramackers in Littmann/Bitz/Putz, § 5 InvStG Rz. 1 ff. und § 6 InvStG Rz. 1 ff.; BMF-Schreiben vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG, BStBl I 2005, 728, Rz. 84 ff.

§ 2 Abs. 1 S. 1 InvStG sieht die Steuerpflicht von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen vor. Ausschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge sollen grundsätzlich gleich behandelt werden. Dies gilt jedenfalls für die laufenden Erträge des Sondervermögens (Einkünfte aus Zinsen, Dividenden und Vermietung und Verpachtung).⁵⁴ Ausschüttungen und ausschüttungsgleiche Erträge unterscheiden sich jedoch insbesondere in Bezug auf – auf Ebene des Fonds realisierte – „Substanzgewinne“.⁵⁵

3. Zeitliche Erfassung von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen

In Bezug auf die zeitliche Erfassung der Erträge aus Investmentfonds ist zwischen Ausschüttung und ausschüttungsgleichen Erträgen zu differenzieren: Die zeitliche Erfassung von ausgeschütteten Erträgen richtet sich mangels eigenständiger Regelung im InvStG – beim privaten Anleger – nach § 11 Abs. 1 EStG. Die ausgeschütteten Erträge sind somit im Jahr des Zuflusses zu versteuern.⁵⁶

Der Zufluss der ausschüttungsgleichen Erträge wird gem. § 2 Abs. 1 S. 2 InvStG zum Ende des Geschäftsjahres des Investmentvermögens fingiert, in dem sie vereinnahmt worden sind.⁵⁷

Ausschüttungen und ausschüttungsgleiche Erträge werden zu unterschiedlichen Zeitpunkten steuerlich erfasst. Die ausschüttungsgleichen Erträge werden in der Regel vor den Ausschüttungen erfasst. Im Fall von Teilausschüttungen sieht § 2 Abs. 1 S. 3 und 4 InvStG vor, dass entweder sämtliche Erträge nach den Regeln für ausgeschüttete oder für ausschüttungsgleiche Erträge zu erfassen sind. So sind grundsätzlich auch die ausschüttungsgleichen Erträge dem Anleger erst im Zeitpunkt der Teilausschüttung zusammen mit den ausgeschütteten Erträgen zu erfassen (S. 3); die Zuflussfiktion für ausschüttungsgleiche Erträge nach § 2 Abs. 2 S. 2 InvStG gilt hier nicht. Nur wenn die Ausschüttung nicht ausreicht, um die Kapitalertragsteuer einschließlich des Solidaritätszuschlages einzubehalten, werden die ausgeschütteten Erträge wie ausschüttungsgleiche Erträge behandelt und bereits am Ende des Geschäftsjahres des Investmentvermögens den Anlegern zugerechnet. Dies wird mittels einer zweiten gesetzlichen Fiktion erreicht, wonach die Teilausschüttung als ausschüttungsgleicher Ertrag gilt. Die angeführten Regelungen gelten nur für den Zeitpunkt der Besteuerung; es kommt zu kei-

54 *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 82.

55 ZB BMF-Schreiben vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG, BStBl I 2005, 728 Rz. 12 ff.; *Kayser/Steinmüller*, FR 2004, 139 ff.; uva.

56 BMF-Schreiben vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG, BStBl I 2005, 728 Rz. 28; *Ramackers* in Littmann/Bitz/Putz, § 2 InvStG Rz. 40; *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 89.

57 ZB BMF-Schreiben vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG, BStBl I 2005, 728 Rz. 29; *Ramackers* in Littmann/Bitz/Putz, § 2 InvStG Rz. 41.

ner Umqualifikation von Ausschüttungen in ausschüttungsgleiche Erträge und vice versa.⁵⁸

V. Pauschal- bzw. Strafbesteuerung

1. Vorgesehene Vergleichsrechnung

§ 6 InvStG regelt den Fall der fehlenden Bekanntmachung. Die Regelung ist der Besteuerung der Erträge aus sog. „schwarzen Fonds“ nach § 18 Abs. 3 AuslInvFG⁵⁹ nachgebildet, wurde aber wesentlich abgemildert. Nach § 6 InvStG sind beim Anleger – wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 InvStG nicht erfüllt sind,

„die Ausschüttungen auf Investmentanteile [...] sowie 70 Prozent des Mehrbetrages anzusetzen, der sich zwischen dem Ersten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis und dem letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis eines Investmentanteiles ergibt; mindestens sind 6 Prozent des letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreises anzusetzen. Wird ein Rücknahmepreis nicht festgesetzt, so tritt an seine Stelle der Börsen- oder Marktpreis [...]“

Die Pauschalbesteuerung nach dem neu gefassten § 6 InvStG gilt nunmehr für in- und ausländisches Investmentvermögen.

Nach der angeführten Regelung ist eine Vergleichsrechnung durchzuführen: Es sind

- Ausschüttung plus 70 % des Unterschiedsbetrages zwischen dem ersten und dem letzten Rücknahmepreis
- mit der Mindestrendite von 6 % des letzten Rücknahmepreises (einschließlich der Ausschüttung) zu vergleichen.

Der höhere der beiden Beträge ist in der Folge als Bemessungsgrundlage anzusetzen. Durch Ansatz der „Mindestrendite“ bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage kommt es auch dann zum Ansatz ausschüttungsgleicher Erträge, wenn die betreffenden Fondsanteile an Wert verloren haben.

Beispiel:

Ein ausschüttender Investmentfonds kommt den Pflichten gemäß § 5 Abs. 1 InvStG nicht nach.

Rücknahmepreis am 1.1.2006:	200,00 Euro
Rücknahmepreis am 31.12.2006:	210,00 Euro
Ausschüttungen im Jahr 2006:	5,00 Euro

⁵⁸ ZB BMF-Schreiben vom 2.6.2005 zur Anwendung des InvStG, BStBl I 2005, 728 Rz. 30; vgl. auch *Ramackers* in Littmann/Bitz/Putz, § 2 InvStG Rz. 42 ff.; *Bujotzke*, Offene Immobilienfonds, S. 90 f.

⁵⁹ Vgl. dazu *Brinkhaus* in Brinkhaus/Scherer AuslInvestmG, § 18 Rz. 38 ff.

Ausschüttungsgleiche Erträge 1: 12,00 Euro = $5 + 70 \% \times (210 - 200)$

Ausschüttungsgleiche Erträge 2 (Mindestansatz): 12,60 Euro = $210 \times 6 \%$

Als ausschüttungsgleiche Erträge ist der höhere der angeführten Beträge, im Beispiel somit 12,6 anzusetzen.

Derselbe Investmentfonds thesauriert und kommt den Pflichten gemäß § 5 Abs. 1 InvStG nicht nach.

Der Rücknahmepreis am 1.1.2006: 200,00 Euro

Rücknahmepreis am 31.12.2006: 215,00 Euro

Ausschüttungsgleiche Erträge 1: 10,50 Euro = $70 \% \times (215 - 200)$

Ausschüttungsgleiche Erträge 2: 12,90 Euro = $215 \times 6 \%$

Die ausschüttungsgleichen Erträge betragen 12,9.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Nach dem Urteil des FG Köln⁶⁰ sei die Pauschalbesteuerung von „schwarzen“ Fondsanteilen sachlich gerechtfertigt und verfassungsrechtlich unbedenklich.⁶¹ Der österreichische Verfassungsgerichtshof⁶² hat hingegen – vergleichbare – Bestimmungen⁶³ als verfassungswidrig aufgehoben. Der VfGH hat dabei folgende Punkte aufgegriffen:

60 FG Köln v. 22.8.2001, 14 K 35/99, EFG 2002, 144. Kritisch zu dieser Entscheidung: *Schmitt*, Strafbesteuerung „schwarzer“ Fonds gemäß § 18 Abs. 3 AIG verfassungs- und europarechtswidrig?, DStR 2002, 2193 ff.; vgl. auch *Plewka/Watrin*, Besteuerung von Auslandsinvestmentfonds auf dem Prüfstand von Verfassungs- und Europarecht, DB 2001, 2264 ff.; *Wassermeyer*, Ausländische Investmentfonds im Internationalen Steuerrecht, IStR 2001, 193 ff.

61 Zu den europarechtlichen Überlegungen vgl. insbesondere *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, 240 ff. mwH, der zum Ergebnis kommt, dass die Pauschalbesteuerung nach § 5f. InvStG nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt; vgl. auch Urteil des FG Köln v. 22.8.2001, 14 K 35/99, EFG 2002, 144 und Urteil des FG Berlin v. 8.2.2005, 7 K 7396/02, IStR 2005, 342.

62 VfGH 15.10.2004, G 49/04 ua; vgl. dazu ua. *Pilz*, Pauschalbesteuerung „schwarzer“ ausländischer Investmentfonds aufgehoben, SWK 2005, S 18 ff.; *Puchinger/Exel*, Verfassungswidrige Besteuerung schwarzer Investmentfonds, FJ 2005, 29 ff.

63 Nach den präjudiziellen Bestimmungen über die Besteuerung von schwarzen Fonds wurden Ausschüttung plus entweder 90 % des Unterschiedsbetrags zwischen erstem und letztem Rücknahmepreis oder 10 % des letzten Unterschiedsbetrags als Bemessungsgrundlage angesetzt (§ 42 Abs. 2 InvFG, BGBl 532/1993 idF BGBl 41/1998). Die Nachweisführung, die die Pauschalbesteuerung „verhindert“ hätte, war in § 40 Abs. 2 Z 2 InvFG BGBl 532/1993 idF BGBl 41/1998 geregelt und war ausschließlich dem steuerlichen Vertreter des Fonds vorbehalten.

a) Ungleichbehandlung von ausschüttenden und thesaurierenden Fonds

Die österreichischen Regelungen führ(t)en ebenso wie die unter Pkt. V.1. angeführten deutschen Bestimmungen zu einer Ungleichbehandlung von ausschüttenden und thesaurierenden Fonds im Rahmen der Pauschalbesteuerung.⁶⁴ Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass Ausschüttungen bei der Berechnung des ersten Vergleichswertes (im Beispiel „ausschüttungsgleiche Erträge 1“) zur Gänze erfasst werden, während nicht ausgeschüttete Gewinne zwar den Rücknahmepreis erhöhen, im Rahmen des ersten Vergleichswertes jedoch nur – unter Berücksichtigung der sonstigen Wertentwicklungen des Fonds – zu 70 %. Bei der Berechnung des Mindestansatzes (im Beispiel „ausschüttungsgleiche Erträge 2“) wird die Ausschüttung als solche nicht besonders erfasst. Es kommt aber auch hier zu einer Ungleichbehandlung, weil nicht ausgeschüttete Erträge in den Rücknahmepreis miteingehen und somit zu 6 % erfasst werden.

Die angeführte Ungleichbehandlung von ausschüttenden und thesaurierenden Investmentfondsanteilen hat der VfGH als gleichheits- und verfassungswidrig qualifiziert.⁶⁵ Die Ansicht des VfGH überzeugt, weil das Konzept der Besteuerung von Investmentfonds auf der Gleichstellung von ausschüttenden und thesaurierenden Fondsanteilen beruht. Es ist daher nicht einzusehen, warum die Berechnungstechnik der ausschüttungsgleichen Erträge im Rahmen der Pauschalbesteuerung einen rechnerischen Unterschied zwischen ausschüttenden und thesaurierenden Investmentfondsanteilen machen kann. Mit diesem Argument hat sich das FG Köln nicht auseinandergesetzt.

b) Pauschaler Ansatz der ausschüttungsgleichen Erträge – eine widerlegbare Vermutung

Der VfGH⁶⁶ sieht im pauschalen Ansatz der ausschüttungsgleichen Erträge eine widerlegbare Vermutung. Daraus folgt, dass auch der Steuerpflichtige selbst einen – gegebenenfalls zu qualifizierenden – Nachweis über die ausschüttungsgleichen Erträge erbringen kann, der die Pauschalbesteuerung ausschließt. Eine andere Auffassung hat hier das FG Köln⁶⁷ vertreten, weil es die Exklusivität des steuerlichen Vertreters des Fonds als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft hat.⁶⁸

64 So auch schon *Kirchmayr*, GeS 2004, 109 ff.; vgl. auch *Reschny-Birox/Klaunzer*, Das Ende der „schwarzen“ ausländischen Fonds?, SWK 2004, S 702 ff.

65 VfGH 15.10.2004, G 49/04 ua.

66 VfGH 15.10.2004, G 49/04 ua.

67 FG Köln v. 22.8.2001, 14 K 35/99, EFG 2002, 144.

68 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Überlegungen zusammenfassend *Bujotzek*, Offene Immobilienfonds, S. 243 ff.

Die Zurechnung von Einkünften aus Kapital

Prof. Dr. *Franz Wassermeyer*

Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof a. D., Sankt Augustin

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	4. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG
II. Der maßgebende Einkünfteerzielungstatbestand	5. Verdeckte Gewinnausschüttungen
1. Einführung	6. Vorteilszuwendungen an ehemalige und künftige Gesellschafter
2. Die Bedeutung des Einnahmegriffs	7. Auskehrungen einer Stiftung
3. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG	8. Einheitlicher Lösungsansatz
	III. Zusammenfassung

I. Einleitung

Das mir vorgegebene Thema ist sehr breit angelegt. Ich möchte es etwas eingrenzen. Die Eingrenzung betrifft zum einen die „Einkünfte aus Kapital“. Insoweit möchte ich nur über die Zurechnung von Zinsen einerseits und von Beteiligungserträgen andererseits sprechen. Ich spare damit eine Antwort auf die Zurechnungsfrage bei hybriden Finanzierungen aus. Die Frage ist allerdings nicht für alle hybriden Finanzierungsmittel einheitlich zu beantworten. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob das einzelne Finanzierungsmittel mehr der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ähnelt oder mehr Darlehenscharakter hat. Zum anderen möchte ich der Überlegung nachgehen, welche Voraussetzungen eine Person erfüllen muss, um im steuerlichen Sinne Einkünfte aus Kapital zu erzielen bzw. zugerechnet zu erhalten. Wir werden sehen, dass letztlich beide Aspekte in einem engen Sachzusammenhang zueinander stehen.

II. Der maßgebende Einkünfteerzielungstatbestand

1. Einführung

Die Frage, ob eine Person, der Zinsen für das von ihr ausgegebene Darlehen bzw. der eine Dividende für die von ihr gehaltene Aktie (Geschäftsanteil) zufließen, auch im steuerlichen Sinne Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 7 EStG erzielt, ist so selbstverständlich zu bejahen, dass es sich kaum zu lohnen scheint, sich Gedanken über die dafür maßgebende Begründung zu machen. Es darf deshalb nicht verwundern, dass die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen eher nichtssagend dürftig sind. Durch das Standortsicherungsgesetz vom 13.9.1993 wurde zwar § 20 Abs. 2a

EStG eingefügt. Die Vorschrift gilt jedoch erst seit 1994. Sie sagt nur etwas über die Zurechnung von Beteiligungserträgen aus, die ein Anteilseigner auf der Grundlage eines Gewinnverteilungsbeschlusses erzielt. Schon die Frage, ob § 20 Abs. 2a EStG auch für verdeckte Gewinnausschüttungen gilt, ist sehr umstritten¹. Ich komme darauf zurück.

2. Die Bedeutung des Einnahmebegriffes

Man sollte die Bedeutung des allgemeinen Einnahmebegriffes für die hier zu behandelnde Zurechnungsfrage nicht unterschätzen. Sowohl Zinsen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG als auch Beteiligungserträge i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG sind Einnahmen i. S. d. § 8 Abs. 1 EStG. Sie müssen alle Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift erfüllen, d. h. es muss sich inhaltlich um einen geldwerten Vorteil handeln. Soweit Beteiligungserträge oder Zinsen in einem Betriebsvermögen erzielt werden, müssen sie bilanziell erfassbar sein. Handelsbilanz und Steuerbilanz sind insoweit deckungsgleich. Die Problematik zeigt sich bei verdeckten Gewinnausschüttungen an eine dem Gesellschafter nahestehende Person. In einem solchen Fall berührt der geldwerte Vorteil regelmäßig nicht das Vermögen des Gesellschafters, sondern er fließt unmittelbar der nahestehenden Person zu. Es wird gewissermaßen der Zufluss bei der nahestehenden Person steuerlich auch als ein Zufluss beim Gesellschafter gewertet. Sowohl die Rechtsprechung² als auch das Schrifttum³ haben ursprünglich gefordert, die Leistung der Körperschaft an die dem Gesellschafter nahestehende Person müsse zugleich ein Vermögensvorteil des Gesellschafters sein. Tatsächlich wurde allerdings in allen Fällen ein Vermögensvorteil auch des Gesellschafters bejaht. Er entsprach auch in der Höhe stets dem, was der nahestehenden Person zufluss. Dies hat den I.⁴ und den VIII. Senat des BFH⁵ bewogen, von dem Erfordernis eines Vermögensvorteils auch des Gesellschafters abzusehen. Nunmehr gilt, dass der Gesellschafter den Vermögensvorteil zu versteuern hat, der der nahestehenden Person zufließt. Entscheidend ist die Veranlassung des Zuflusses bei der nahestehenden Person durch die Beteiligung des Gesellschafters. Ich halte dies für vertretbar.

1 Vgl. *Wassermeyer* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rz. P 8.

2 Vgl. BFH-Urteile v. 29.9.1981 VIII R 8/7, BFHE 135, 31, BStBl. II 1982, 248; v. 1.12.1982 I R 69,70/80, BFHE 137, 62, BStBl. II 1983, 152; v. 4.7.1984 I R 195/81, BFHE 142, 38, BStBl. II 1984, 842.

3 *Fuchs/Lempenau*, BB 1982, 484; Brezing, StbJb 1983/84, 215 ff.; *Schulze*, BB 1985, 1324; *Blümich/Stuhrmann*, EStG/KStG/GewStG, § 20 EStG Rz. 84; *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, § 20 Rz. 75; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, Anhang zu § 8 Rz. 59 ff.

4 Vgl. BFH-Urteil v. 18.12.1996 I R 139/94, BFHE 182, 184, BStBl. II 1997, 301.

5 Vgl. BFH-Urteil v. 22.2.2005 VIII R 24/03, BFH/NV 2005, 1266.

Größte Bedenken habe ich jedoch gegen die Verwaltungsauffassung, wonach in den Fällen des § 8a KStG auch ein Beteiligungsertrag des Gesellschafters i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG anzunehmen sein soll⁶. Diese Auffassung wird man zwar noch begründen können, wenn die von der Kapitalgesellschaft zu zahlenden Zinsen tatsächlich dem Gesellschafter zufließen. Dann ist es möglich, die Zinsen in einen Beteiligungsertrag umzuqualifizieren. Fließen jedoch die Zinsen einem Dritten zu, der ein Rückgriffsrecht gegenüber dem Gesellschafter hat, so fließen dem Dritten eben nur Zinsen zu. Es fehlt in diesem Fall an einem geldwerten Vorteil, der i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG in eine Dividende des Gesellschafters umqualifiziert werden könnte. Das wird sehr deutlich, wenn man sich vorstellt, von welchem Betrag die Kapitalgesellschaft eigentlich Kapitalertragsteuer einbehalten und abführen soll. Der Zinsgläubiger wird auf der Bezahlung seiner vollen Zinsforderung bestehen. Von den Zinsen kann deshalb keine Kapitalertragsteuer einbehalten werden. Neben den Zinsen wird aber kein anderer geldwerter Vorteil geleistet.

Bauchschmerzen habe ich ebenso bei der Vorstellung, dass der Vermögensvorteil, den eine Enkelgesellschaft unmittelbar ihrer Muttergesellschaft zuwendet, als Beteiligungsertrag zunächst der zwischengeschalteten Tochtergesellschaft mit einer sich anschließenden Ausschüttung an die Muttergesellschaft gewertet wird. Mich stört vielleicht weniger die Annahme eines Zuflusses bei der Tochtergesellschaft. Jedoch ist die Annahme einer sich anschließenden Ausschüttung von der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft eine Unterstellung, für die sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht (Stichwort: Fiktion) jeder Ansatzpunkt fehlt. Vor allem muss der angenommene Beteiligungsertrag der Tochtergesellschaft in deren Handels- und Steuerbilanz ausgewiesen werden. Ich komme auf diese Problematik zurück.

3. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG

Betrachtet man zunächst den Wortlaut von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, so spricht die Vorschrift von Erträgen aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist. Schon die Frage, ob der Begriff „Kapitalforderung“ in einem zivilrechtlichen oder in einem steuerrechtlichen bzw. wirtschaftlichen Sinne zu verstehen ist, ist umstritten⁷. Der Gedanke der §§ 40, 41 AO spricht wohl

⁶ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004 IV A 2 – S 2742a – 20/04, BStBl. I 2004, 593 Tz. 4; *Wassermeyer*, DStR 2004, 749.

⁷ Zivilrechtlich: *Dötsch* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rz. I 4; *Hamacher* in Korn, EStG, § 20 Rz. 161; Steuerrechtlich: *Harenberg* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Rz. 808; *Stuhrmann* in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 20 EStG Rz. 293; *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, § 20 Rz. 160; *Geurts*

eher für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die sich deshalb von der bürgerlich-rechtlichen Betrachtungsweise nicht grundlegend unterscheiden muss, jedoch in gewissen Grenzbereichen eigenen Grundregeln folgt. Jedenfalls kommt es auf den Rechtsgrund der Kapitalforderung nicht an. Diese kann gesetzlicher oder vertraglicher, zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sein. Die Zahlungsweise (einmalig oder auf Raten), der Wille des Steuerpflichtigen und die Rechtswirksamkeit der Entstehung sind für den Bestand einer Kapitalforderung ohne Bedeutung. Allerdings muss die Kapitalforderung speziell im Bereich des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG auf eine Geldzahlung gerichtet sein. Sachforderungen wie z. B. das Wertpapierdarlehen, also die Übereignung von Wertpapieren auf Zeit mit der Verpflichtung, dass der Darlehensnehmer Papiere gleicher Art und Güte zurückzubereignen muss, fallen nicht unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, sondern unter § 22 Nr. 3 EStG⁸. Der Wortlaut der Vorschrift lässt also den Rückschluss zu, dass der Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG in der entgeltlichen Nutzungsüberlassung von Geld besteht. Die Einkünfte i. S. d. Vorschrift erzielt derjenige, der das Geld entgeltlich zur Nutzung überlässt. Es kommt dagegen nicht auf die zivilrechtliche Inhaberschaft der Zinsforderung an. Gewährt z. B. der A dem B für die Zeit ab dem 1.1.2005 ein Darlehen und tritt er die Darlehensforderung am 1.1.2006 an den C ab, dann erzielt der A Zinsen für die Nutzungsüberlassung während des Jahres 2005. Dies gilt auch dann, wenn die Zinsen für das Jahr 2005 erst im Jahr 2006 und möglicherweise sogar gemäß entsprechender vertraglicher Absprachen an den C gezahlt werden. Der C erzielt die Zinsen für die Nutzungsüberlassung erst ab dem 1.1.2006. Hätte der A dagegen nur seine Zinsforderung an den C abgetreten, so würde er die Zinsen auch für die Zeit ab dem 1.1.2006 erzielen. Die Zahlung an C wäre als Einkünfteverwendung zu behandeln, für die es im Zweifel einen eigenständigen wirtschaftlichen Grund gibt, der auch in einer Schenkung von A an C bestehen kann. Man kann für die Darlehenshingabe sagen, dass hier die Zurechnungsfrage entsprechend der entgeltlichen Nutzungsüberlassung von Kapital pro rata temporis zu beantworten ist. *Andreas Schumacher* versucht dagegen in seiner 1996 erschienenen Dissertation⁹, die Tatbestände des § 20 Abs. 1 EStG insgesamt als Einkünfte aus einem weit verstandenen Tätigkeitsbegriff zu interpretieren. Die Tätigkeit soll in der Duldung der Kapitalnutzung durch eine andere Person liegen. Ich halte von derartigen Konstruktionen wenig. Auch kann ich in der Beteiligung eines Gesellschafter an einer GmbH keine Duldung der Nutzung des eingelegten Kapitals durch die GmbH erkennen. Die GmbH wird Eigentümer des eingelegten Kapitals. Sie

in Bordewin/Brandt, EStG, § 20 Rz. 326; *Bordewinn* in Lademann, EStG, § 20 Rz. 513; unklar: *Seemann* in Frotscher, EStG, § 20 Rz. 137; *Schlotter* in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 20 EStG Rz. 597.

⁸ A. A. *Harenberg* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG, Anm. 308.

⁹ *Schumacher*, Erträge aus privaten Kapitalforderungen im Einkommensteuerrecht, Diss., Frankfurt/M. 1996.

nutzt insoweit Eigen- und kein Fremdkapital. *Raupach/Harenberg*¹⁰ sprechen davon, dass der Gesetzgeber die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft einerseits und die Darlehenshingabe andererseits in § 20 Abs. 1 EStG nebeneinander gleichgestellt habe. Sie suggerieren damit, dass das, was für die Zinsen gilt, auch für Dividenden gelten muss. Die Nebeneinanderstellung wird keiner bestreiten. Aus ihr folgt jedoch nicht, dass die nebeneinander gestellten Tatbestände inhaltlich gleich sein müssten und deshalb einheitlichen Zurechnungsregeln folgen. Die Unterschiede zeigen sich auch darin, dass die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft wohl nicht mehr als Geldvermögen bezeichnet werden kann, während man eine Darlehensforderung sehr viel eher dem Geldvermögen zuordnen kann.

4. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG

§ 20 Abs. 2a EStG belegt heute, dass die pro rata temporis Betrachtungsweise für Beteiligungserträge nicht gelten kann. Dies verdeutlicht das folgende Beispiel: Man stelle sich den Gesellschafter einer GmbH vor, der seinen Geschäftsanteil zum 2.1.2006 verkauft. Der Gesellschafter weiß, dass seine GmbH in 2005 einen Gewinn von 100 erzielt hat. Er vereinbart mit dem Erwerber des Geschäftsanteils, dass die GmbH 50 v. H. des Gewinns aus 2005 ausschütten wird und dass dieser Beteiligungsertrag noch ihm als dem Altgesellschafter zustehen soll. Die GmbH beschließt die Ausschüttung am 1.4.2006. Der Beteiligungsertrag wird am 10.4.2006 an den Altgesellschafter ausbezahlt. Nach § 20 Abs. 2a EStG wird dieser Beteiligungsertrag i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG heute dem Neugesellschafter als eine von ihm erzielte Dividende zugerechnet. Zugleich erhöht der Beteiligungsertrag den Veräußerungserlös beim Altgesellschafter. Er löst beim Neugesellschafter nachträgliche Anschaffungskosten auf seine Beteiligung aus. Die vom Gesetzgeber getroffene Regelung war allerdings für die Zeit vor ihrem Inkrafttreten ab dem Veranlagungszeitraum 1994 überaus streitig¹¹. Insbesondere wollte der VIII. Senat des BFH § 101 BGB angewendet wissen und die Beteiligungserträge noch dem Altgesellschafter steuerlich zurechnen. Er hat die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft als die Erwirtschaft-

¹⁰ *Raupach/Harenberg* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG, Anm. 40 ff.

¹¹ Vgl. BFH-Urteile v. 25.9.1968 I 52/64, BFHE 93, 444, BStBl. II 1969, 18; v. 14.2.1973 I R 77/71, BFHE 108, 536, BStBl. II 1973, 452; v. 14.12.1976 VIII R 146/73, BFHE 121, 53, BStBl. II 1977, 15; v. 9.3.1982 VIII R 160/81, BFHE 136, 72, BStBl. II 1982, 540; v. 21.5.1984 VIII R 316/83, BFHE 141, 255, BStBl. II 1984, 746; v. 21.5.1986 I R 190/81, BFHE 147, 27, BStBl. II 1986, 815; v. 24.4.1990 VIII R 170/83, BFHE 160, 256, BStBl. II 1990, 539; v. 22.8.1990 I R 69/89, BFHE 162, 263, BStBl. II 1991, 38; v. 30.4.1991 VIII R 38/87, BFHE 164, 357, BStBl. II 1991, 574; v. 16.12.1992 I R 32/92, BFHE 170, 354, BStBl. II 1993, 399; v. 14.12.1999 VIII R 49/98, BFHE 190, 428, BStBl. II 2000, 341; v. 14.12.1999 VIII R 24/99, BFH/NV 2000, 707.

tung von Erträgen durch Nutzung des Finanzkapitals am Kapitalmarkt bezeichnet. Ich habe den Meinungsstreit in der Kommentierung bei *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff* umfangreich dargestellt¹². Ich habe mich allerdings immer gegen die vom VIII. Senat und seinem damaligen Mitglied *Scholtz*¹³ vertretene Auffassung gewendet. Inzwischen hat auch der VIII. Senat anerkannt, dass jedenfalls ab dem 1.1.1994 eine neue Rechtslage gilt. Der Streit sollte sich zumindest für die sog. offenen Ausschüttungen durch Zeitablauf erledigt haben. Festzuhalten bleibt für die Rechtslage *de lege lata*, dass es bei einer normalen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft auf die Anteilseignerstellung im Zeitpunkt der Fassung des Gewinnverteilungsbeschlusses ankommt.

5. Verdeckte Gewinnausschüttungen

Gerade deshalb verbleiben Unklarheiten im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttung. Die Unklarheiten resultieren aus der Tatsache, dass § 20 Abs. 2a EStG von dem Anteilseignerbegriff im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses spricht. Verdeckten Gewinnausschüttungen liegt aber in der Regel kein Gewinnausschüttungsbeschluss zugrunde. Das Problem mag auch für diesen Bereich an einigen Beispielen verdeutlicht werden. Im 1. Beispiel gehe ich von dem beherrschenden Gesellschafter einer GmbH aus, dem die GmbH eine unangemessen hohe Pension mit Witwenklausel im Jahr 01 verspricht. Die Besonderheit des Falles soll darin bestehen, dass der Gesellschafter vor dem Erreichen des Pensionierungszeitpunktes unerwartet verstirbt. Die GmbH zahlt der Witwe die unangemessen hohe Pension. Die Witwe wurde aber nicht Erbin ihres Ehemannes. Erben sind vielmehr die Kinder A und B, die deshalb auch in die Gesellschafterstellung einrücken. Geht man von Witwenpensionszahlungen ab dem Jahr 05 aus, so stellt sich die Frage, wer die entsprechenden Beteiligungserträge i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielt. Alternativ kommen die Witwe als die Pensionsbezieherin oder ihre Kinder einerseits als Erben ihres Vaters oder andererseits als Inhaber der maßgebenden Gesellschaftsanteile in Betracht. Betrachtet man die Problematik aus der Sicht des § 20 Abs. 2a EStG, so fehlt es in dem Beispielfall zweifellos an einem Gewinnverteilungsbeschluss, weshalb darauf auch nicht abgestellt werden kann. Versteht man jedoch den Gewinnverteilungsbeschluss lediglich als die Grundlage einer offenen Ausschüttung, auf die für Zwecke der Einkünftezurechnung abzustellen ist, so ist in dem Beispielfall die Pensionszusage als die entsprechende Grundlage anzusehen. So gesehen kommt es darauf an, wer im Zeitpunkt der Pensionszusage Anteilseigner war, oder anders ausgedrückt, wessen Anteilseignerstellung die Pensionszusage veranlasst hat. In dem Beispielfall war das zweifellos die Gesellschafterstellung des Vaters. Der Vater lebt jedoch nicht mehr, weshalb er

12 Vgl. *Wassermeyer* in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, § 20 Rz. B 11 ff.

13 Vgl. *Scholtz*, DStZ A 1990, 523 ff., 547 ff.

nach seinem Tode auch keine Einkünfte mehr erzielen kann. Die Rechtsstellung des Vaters ist jedoch auf seine Erben übergegangen. Diese erzielen die Einkünfte aus Kapitalvermögen. Sollten die Erben heute nur im Ausland leben, so könnte Deutschland die Beteiligungserträge nur mit einer Kapitalertragsteuer belegen, die im Zweifel auf Grund eines DBA teilweise zu erstatten wäre, obwohl die Pensionsbezieherin möglicherweise im Inland lebt. An der Rechtslage würde sich im Übrigen nichts ändern, wenn schon der Erblasser seine GmbH-Anteile an einen fremden Dritten veräußert hätte, die GmbH jedoch ihrer Verpflichtung aus der Witwenpensionszusage nachkommt. Auf diesen Fall wird zurückzukommen sein.

Schwieriger ist die Rechtslage in meinem zweiten Beispielfall, dem folgender Sachverhalt zugrunde liegt. An einer GmbH sollen der Vater V zu 10 v. H. und seine Tochter T zu 90 v. H. beteiligt sein. Der Vater V ist zugleich der alleinige Geschäftsführer der GmbH. Der wirtschaftliche Erfolg der GmbH ist von der Tätigkeit des V völlig abhängig. V genehmigt sich ohne Mitwirkung der T am Ende des Jahres 01 einen Nachschlag auf sein Gehalt i. H. v. 100. Bei diesem Nachschlag soll es sich eindeutig um eine verdeckte Gewinnausschüttung i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG handeln. Die Frage geht dahin, welchem Gesellschafter (V bzw. T allein oder V und T anteilig) der Beteiligungsertrag i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG im Zeitpunkt des Zuflusses bei V zuzurechnen ist. Der VIII. Senat hatte über einen vergleichbaren Sachverhalt in seinem Urteil vom 29.9.1981¹⁴ zu entscheiden. Damals hat er den sonstigen Bezug allein dem V zugerechnet. In den Entscheidungsgründen heißt es, dass Einkünfte i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG nur von einem Gesellschafter erzielt werden könnten. Der BFH sieht durchaus die Möglichkeit, dass die Zuwendung an den V mittelbar eine Ausschüttung an T sein könnte. Dies setze jedoch voraus, dass die GmbH eine entsprechende mittelbare Zuwendung beabsichtigt habe. Daran fehlte es im Streitfall. Der BFH betont, dass entsprechend zu entscheiden sei, wenn die T der Vorteilszuwendung an V zugestimmt hätte. Die Problematik der Entscheidung wird deutlich, wenn man den Sachverhalt geringfügig abwandelt und unterstellt, dass nur die T Gesellschafterin war. Ich halte die Entscheidung im Ergebnis dennoch für richtig. Wie der BFH halte ich eine Gesellschafterstellung des Steuerpflichtigen für eine unverzichtbare Voraussetzung für die Annahme von Einkünfte i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Die noch zu behandelnde Frage geht allerdings dahin, ob nicht eine ehemalige oder zukünftige Gesellschafterstellung ausreicht. Ich habe im Übrigen Bedenken, auf die Zuwendungsabsicht der GmbH abzustellen. Meines Erachtens setzt die verdeckte Gewinnausschüttung keine entsprechende Zuwendungsabsicht voraus. Es kommt nur auf das objektive Kriterium der Zuwendung an. Auch ist nach allgemeinen Veranlassungsgesichtspunkten zu entscheiden, durch welche Beteiligung die Vorteilszuwendung veranlasst ist. Die entsprechende Beur-

14 BFH-Urteil v. 29.9.1981 VIII R 8/77, BFHE 135, 31, BStBl. II 1982, 248.

teilung ist in vieler Hinsicht tatsächlicher und in mancher Hinsicht rechtlicher Natur.

Ich möchte schließlich auf das Urteil des I. Senats vom 30.11.2005 zum Aufgeld bei einer Optionsanleihe eingehen¹⁵. Das Urteil betrifft eine Kapitalgesellschaft, die Schuldverschreibungen in der Form von Optionsanleihen ausgegeben hatte. Der Optionsschein berechnete zum Erwerb von Aktien der Kapitalgesellschaft innerhalb von 10 Jahren. Dafür waren die Anleihen mit einem Aufgeld ausgestattet, das die Kapitalgesellschaft in die Kapitalrücklage einstellte. Gestritten wurde darüber, ob das Aufgeld ab dem Augenblick, ab dem die Option nicht mehr ausgeübt werden konnte, weiterhin als Einlage oder aber als steuerpflichtige Vermögensmehrung zu behandeln sei. Der I. Senat des BFH hat erstere Auffassung vertreten. Damit hat er entschieden, dass – und hierin liegt die Relevanz zu meinem Thema – eine Einlage auch von einem Nichtgesellschafter geleistet werden könne. Ich habe gegen diese Auffassung große Bedenken. Meines Erachtens gilt wegen § 5 Abs. 6 EStG insoweit nicht das Maßgeblichkeitsprinzip, sondern allein das Steuerrecht. Das Steuerrecht stellt aber im Bereich sowohl des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG als auch der Einlagen auf die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis ab. Diese Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis setzt aber ein Gesellschaftsverhältnis voraus. Ob insoweit ein ehemaliges oder ein künftiges Gesellschaftsverhältnis ausreicht, soll sogleich besprochen werden. Ohne Gesellschaftsverhältnis ist meines Erachtens keine Einlage möglich. Zwar hätten die Altgesellschafter Bezugsrechte auf Aktien an die Personen verkaufen können, die die Optionen erwarben. Die Altgesellschafter hätten auch das Entgelt in die Gesellschaft einlegen können. Dann hätten sie aber auch einen Gewinn i. S. d. § 17 Abs. 1 EStG versteuern müssen. Nach der Auffassung des I. Senats des BFH gibt es offenbar Einlagen, die bei keinem Gesellschafter nachträgliche Anschaffungskosten auslösen. Für mich ist das schwer vorstellbar. Ich meine, dass das Aufgeld Gewinn der Kapitalgesellschaft darstellt.

6. Vorteilszuwendungen an ehemalige und künftige Gesellschafter

Damit komme ich zu der bereits angekündigten Frage, ob Einkünfte i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG auch der künftige oder der ehemalige Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft erzielen kann. Der VIII. Senat des BFH hat erstere Frage in seinem Urteil vom 24.1.1989¹⁶ bejaht, wenn die Leistung ihren Grund in dem künftigen Gesellschaftsverhältnis habe. Der VIII. Senat verlangt allerdings einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Leistung und der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses. Außerdem muss der Empfänger tatsächlich Gesellschafter werden. Im Streitfall veranlassten

15 BFH-Urteil v. 30.11.2005 I R 3/04, HFR 2006, 245.

16 BFH-Urteil v. 24.1.1989 VIII R 74/84, BFHE 156, 126, BStBl. II 1989, 419.

zwei künftige Aktionäre einer AG diese zur Zahlung von Einlageverpflichtungen der Aktionäre gegenüber einer GmbH, die die AG als unverzinsliche Darlehensforderungen verbuchte. Die Entscheidung geht sehr weit; sie sollte dennoch vertretbar sein. Das Gesetz verlangt nur einen Veranlassungszusammenhang zwischen einer Leistung der Gesellschaft und einem Gesellschaftsverhältnis. Dies muss auch ein künftiges oder ein ehemaliges sein können. Dazu verweise ich noch einmal auf meinen Witwenpensionsfall. Stellt man sich dort vor, dass die Kinder, die den Vater beerbt haben, ihre Beteiligung an der GmbH verkaufen, so hindert dies nicht die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG. Es ist aber eigentlich undenkbar, dass dieser Beteiligungsertrag dem Erwerber der GmbH-Anteile zufließt. Entscheidend ist, dass der Erwerber einen um die unangemessen hohe Pensionsverpflichtung geminderten Beteiligungswert erhält. Der Beteiligungsertrag kann auch in dieser Fallabwandlung nur den Kindern als den Erben des ehemaligen Gesellschafters zufließen. Es handelt sich um „nachträgliche Einkünfte aus Kapitalvermögen“, die bei der Veräußerung der Beteiligung wegen der bestehenden Pensionsverbindlichkeit nicht realisiert werden konnten. Entsprechendes gilt, wenn der Vater die Beteiligung noch vor seinem Tod verkauft haben sollte, jedoch die Pensionsverpflichtung fortbestehen bleibt. Der Fall belegt dann aber, dass ein Beteiligungsertrag auch dem ehemaligen Gesellschafter zugerechnet werden kann. Allerdings gilt, dass je größer der zeitliche Abstand zwischen Leistung der Kapitalgesellschaft und dem Bestand des künftigen oder ehemaligen Gesellschaftsverhältnisses ist, desto unwahrscheinlicher die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis ist. Bei der zeitlichen Prüfung ist auf den Zeitpunkt des schuldrechtlichen Versprechens der Leistung und nicht auf den der Leistungserfüllung abzustellen. Dennoch sollte es letztlich keinen Unterschied machen, ob das Leistungsversprechen noch während des Bestandes des Gesellschaftsverhältnisses oder kurz vorher bzw. nachher gegeben wird. Dies würde der Überlegung entsprechen, dass die Rechtsprechung verdeckte Gewinnausschüttungen auch bei einem Betrieb gewerblicher Art angenommen hat. Dem ist der Gesetzgeber in § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG gefolgt. Auch § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG bedeutet letztlich eine Ausweitung des Tatbestandes verdeckter Beteiligungserträge unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit. Damit öffnet sich zugleich die Tür für weitergehende Lösungsansätze, worauf zurückzukommen sein wird.

7. Auskehrungen einer Stiftung

Das BMF-Schreiben vom 27.6.2006¹⁷ ist Anlass, sich mit einer weitergehenden Frage auseinander zu setzen. In dem BMF-Schreiben wird die Auffassung vertreten, dass alle wiederkehrenden oder einmaligen Leistungen einer Stiftung, die von den beschlussfassenden Stiftungsgremien aus den Erträgen

17 BMF-Schreiben v. 27.6.2006 IV B 7 – S 2252–4/06, DSStR 2006, 1227.

der Stiftung an den Stifter, seine Angehörigen oder deren Abkömmlinge ausgekehrt werden, unter § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG zu subsumieren seien. Der Stifter, seine Angehörigen und deren Abkömmlingen erzielen also Einkünfte aus Kapitalvermögen. Andere Bezugsberechtigte erzielen dagegen allenfalls sonstige Einkünfte i. S. d. § 22 EStG. Der unterschiedlichen Behandlung kommt deshalb große Bedeutung zu, weil auf Einkünfte i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG das sog. Halbeinkünfteverfahren Anwendung findet. Die Verwaltungsauffassung kann daher für den Stifter, seine Angehörigen oder deren Abkömmlinge sehr günstig sein. Die Frage geht allerdings dahin, ob die Rechtsauffassung der Verwaltung zutreffend ist¹⁸.

Letztlich geht es um die Frage, ob der Stifter bzw. eine ihm nahestehende Person Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung der Stiftung sein kann. Diese Frage ist insoweit zu verneinen, als die Stiftung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG nicht erwähnt ist. Dort ist nur von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften die Rede, wenn man von den ebenfalls erwähnten bergbautreibenden Vereinigungen einmal absieht, die es heute nicht mehr gibt. Mit dem Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmensteuerrechts vom 20.12.2001¹⁹ wurde der bereits erwähnte § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2002 eingefügt. Die Vorschrift gilt allerdings nur für Leistungen von Personen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nrn. 3 bis 5 KStG, die nicht von der Körperschaftsteuer befreit sind. Das besagte BMF-Schreiben erweckt dagegen den Eindruck, als gelte es für Leistungen aller Stiftungen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Stiftungen, die von der Körperschaftsteuer befreit sind, fallen nicht unter die Vorschrift. Bei ihnen kann es auch keine Beteiligungserträge i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG geben. Immerhin kommt dem BMF-Schreiben jedoch für Leistungen ausländischer Stiftungen möglicherweise größte Bedeutung zu. Hier stellt sich die Frage, ob § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG auch für Leistungen von im Inland nicht steuerpflichtigen Personen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nrn. 3 bis 5 KStG gilt und bejahendenfalls, wann deren Leistungen mit Gewinnausschüttungen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG wirtschaftlich vergleichbar sind. Anders ausgedrückt geht es um die Frage, welche Personen die Eignung haben, Leistender einer verdeckten Gewinnausschüttung sein zu können.

Zu dieser Frage sei noch einmal an das BFH-Urteil vom 29.9.1981²⁰ erinnert, in dem der BFH davon ausging, dass nur ein Gesellschafter Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung sein könne. Dies spricht dafür, dass Leistender einer verdeckten Gewinnausschüttung nur eine solche Person sein kann, an der ein mitgliedschaftsähnliches Verhältnis besteht. Ähnlich hat der BFH am 11.2.1987²¹ entschieden, dass ein Lohnsteuerhilfeverein

18 Vgl. *Wassermeyer*, DStR 2006, 1733.

19 BGBl. I 2001, 3858, 3860, BStBl. I 2002, 35.

20 BFH-Urteil v. 29.9.1981 VIII R 8/77, BFHE 135, 31, BStBl. II 1982, 248.

21 BFH-Urteil v. 11.2.1987 I R 43/83, BFHE 149, 217, BStBl. II 1987, 643.

keine verdeckte Gewinnausschüttung an seinen Vorsitzenden vornehmen könne. Dieses Urteil war allerdings – nur bezogen auf die Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG – erheblicher Kritik ausgesetzt²². Der BFH hat sich dann in seinen Urteilen vom 9.8.1989²³ und vom 13.11.1991²⁴ von dieser Auffassung wieder teilweise gelöst. Er fordert seitdem die Existenz eines mitgliedschaftlichen Verhältnisses, lässt jedoch dafür die Mitgliedschaft in einem Verein genügen. Man kann auch sagen, dass der BFH sich in den beiden zuletzt genannten Urteilen zu einem weit gefassten Begriff des Mitgliedschaftsverhältnisses bekennt. An dieser Rechtsprechung ist richtig, dass der typische Fall einer verdeckten Gewinnausschüttung Vorteilszuwendungen durch eine Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter sind. In diesem Sinne ist der Gesellschafter der klassische Empfänger eines Beteiligungsertrages i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Daran ist nicht zu rütteln.

Auf der anderen Seite schießt das BMF-Schreiben vom 27.6.2006 weit über das Ziel hinaus. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG verlangt als Tatbestandsvoraussetzung die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Leistung der Stiftung mit einer verdeckten Gewinnausschüttung. Stellt man sich vor, dass eine ausländische Stiftung auf Grund ihrer vom Stifter vorgegebenen Satzung bestimmte Leistungen an die Abkömmlinge des Stifters erbringt, so wären daraus resultierende Beteiligungserträge dem Stifter persönlich und nicht dessen Abkömmlingen zuzurechnen. Nur der Stifter hat eine dem Gesellschafter wirtschaftlich vergleichbare Rechtsposition inne. Sollte der Stifter bereits verstorben sein, müssten die Einkünfte aus Kapitalvermögen den Erben des Stifters zugerechnet werden, wenn man unterstellt, dass die Erben in die Stellung des Stifters einrücken, was nicht ganz zweifelsfrei ist. Den Abkömmlingen könnten Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit mit einer verdeckten Gewinnausschüttung überhaupt nur dann zugerechnet werden, wenn sie gegenüber der Stiftung ein mitgliedschaftsähnliches Recht hätten, durch das die Leistung veranlasst wird. Daran wird es in vielen Fällen fehlen. Liegen die entsprechenden Leistungen im Ermessen eines Stiftungsrates, auf den die Angehörigen und Abkömmlinge keinen Einfluss nehmen können, so ist die Anwendung von § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG ausgeschlossen. Zu beachten ist zusätzlich § 10 Nr. 1 KStG. Danach stuft das KStG Aufwendungen für die Erfüllung von Satzungszwecken als nicht abziehbare Betriebsausgaben ein. Aus Gleichbehandlungsgründen sollte dies auch auf die Empfängerseite durchschlagen. Soweit sich die Auskehrungen auf Leistungen beschränken, die für eine Stiftung typisch sind, sollten bei allen Empfängern sonstige Einkünfte anzunehmen sein. Nur dann, wenn die Leistungen über das Typische hinausgehen, erscheint die Annahme von Einkünften

22 Vgl. *Krebs*, StbJb 1987/88, 337, 350; Ahmann, DStR 1988, 58, 59.

23 BFH-Urteil v. 9.8.1989 I R 4/84, BFHE 158, 510, BStBl. II 1990, 237.

24 BFH-Urteil v. 13.11.1991 I R 45/90, BFHE 166, 335, BStBl. II 1992, 429.

aus Kapitalvermögen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG des Stifters bzw. seiner Erben vertretbar. Man muss auch die Gefahr von Doppelbesteuerungen einmal beim Stifter gem. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG und zum anderen bei den Bezugsberechtigten nach § 22 Nr. 1 EStG sehen. Man sollte schließlich § 15 AStG bedenken. Die Vorschrift könnte Begünstigungscharakter haben, weil sie Doppelbesteuerungen vermeidet.

8. Einheitlicher Lösungsansatz

Dennoch kann man die Dinge i. S. eines einheitlichen Lösungsansatzes weiterdenken. Die verdeckte Gewinnausschüttung ist für die ausschüttende Gesellschaft eine Form der Einkommensverwendung. § 8 Abs. 3 KStG besagt letztlich, dass alle Ausschüttungen als Formen der Einkommensverwendung die Einkünfteermittlung nicht beeinflussen dürfen. Man kann sich vorstellen, dass auf der Gesellschafterebene Beteiligungserträge demjenigen zuzurechnen sind, der die Macht hat, Einkommen eines Rechtsträgers i. S. d. § 1 KStG zu verwenden. Die entsprechende Macht muss allerdings aus einer Rechtsposition herrühren, die der eines Gesellschafters zumindest ähnlich ist. Dies würde auch der Tatsache entsprechen, dass im Steuerrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gilt und dass Anteile an einer Kapitalgesellschaft steuerlich dem wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen sind. Der Vergleich mit einem Mitgliedschaftsverhältnis ist schon deshalb geboten, weil § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG Beteiligungserträge nur bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften annimmt. Auch wenn § 20 Abs. 1 Nrn. 9 und 10 EStG seit 2002 diese Ausgangssituation erweitert, so muss man doch an die gesellschafterähnliche Stellung des Empfängers gewisse Mindestanforderungen stellen. Dies gilt auch bei Zuwendungen an eine nahestehende Person. Im Regelfall kann die nahestehende Person nicht selbst Erzieler des Beteiligungsertrages sein. Kann aber auch der ehemalige und der künftige Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft Einkünfte i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielen, so sollte eine vorsichtige Erweiterung des Empfängerbegriffes in dem Sinne möglich sein, dass man ausschließlich auf die Veranlassung durch ein Gesellschaftsverhältnis abstellt. Das Gesellschaftsverhältnis könnte dann auch ein mittelbares sein. Geht man so vor, so könnte man verdeckte Gewinnausschüttungen einer Einzelgesellschaft unmittelbar an ihre Muttergesellschaft letzterer als originären Beteiligungsertrag zurechnen. Damit würde eine in meinen Augen bestehende Gesetzeslücke geschlossen. Die Muttergesellschaft ist zwar im Verhältnis zu der an der Einzelgesellschaft beteiligten Tochtergesellschaft nahestehende Person. Das Nahestehen beruht hier aber auf einer Beteiligung, was die vom Grundsatz im Übrigen abweichende Behandlung rechtfertigt. Für Vorteilszuwendungen zwischen Schwestergesellschaften sollte dagegen an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten werden, weil die maßgebliche Veranlassung für die Vorteilszuwendung stets in der Gesellschafterstellung der Muttergesellschaft zu sehen ist. Der Vorschlag hat allerdings eine Schwäche, die ich nicht

unerwähnt lassen möchte. Sowohl die MTR als auch die DBA stellen auf eine bestimmte qualifizierte unmittelbare Beteiligung ab. Die Vorschriften wären also nicht anwendbar, wenn man Beteiligungserträge auch dem mittelbar Beteiligten zurechnen würde. Der Fehler liegt allerdings bei der MTR bzw. bei den DBA. Dort mag eine bestimmte qualifizierte Beteiligungsquote Sinn machen. Die Frage, ob diese Beteiligungsquote auch mittelbar gehalten werden kann, sollte man aber davon abhängig machen, ob Beteiligungserträge dem mittelbar Beteiligten zugerechnet werden können. In diesem Sinne müssen die MTR bzw. die DBA möglicherweise teleologisch reduziert ausgelegt werden.

III. Zusammenfassung

Ich fasse meine Ergebnisse wie folgt zusammen: Zur Beantwortung der Frage, wem Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzurechnen sind, ist auf den Handlungstatbestand abzustellen. Handlungstatbestand ist bei den Einkünften i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG die darlehensweise Überlassung von Kapital gegen Zinsen. Die Zinsen sind deshalb stets dem Darlehensgläubiger ggf. pro rata temporis zuzurechnen. Handlungstatbestand ist dagegen bei den Einkünften i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG das Innehaben bzw. Halten eines der in der Vorschrift genannten Rechtsverhältnisse. Beteiligungserträge können deshalb nur einem Gesellschafter zugerechnet werden. Dies kann allerdings auch ein ehemaliger oder ein künftiger Gesellschafter sein. Es ist ein Widerspruch in sich, dass ein ehemaliger oder ein künftiger Gesellschafter Beteiligungserträge erzielen kann, dass das aber nicht entsprechend für einen mittelbar beteiligten Gesellschafter gelten soll. Man sollte ernsthaft darüber nachdenken, ob man den Gesellschafterbegriff nicht auf mittelbare Gesellschafter ausdehnt, wenn denn die zwischengeschaltete Gesellschaft an der verdeckten Ausschüttung einer nachgeschalteten Gesellschaft nicht mitwirkt. Die MTR und die DBA müssten dann teleologisch reduziert ausgelegt werden.

Diskussion

zu den Referaten von Prof. Dr. *Detlev J. Piltz*,
Prof. Dr. *Sabine Kirchmayr* und Prof. Dr. *Franz Wassermeyer*

Leitung

Prof. Dr. *Jörg Manfred Mössner*

Prof. von Groll

Ich habe ein Frage zu Frau *Kirchmayrs* Vortrag, und zwar habe ich mit Spannung auf das Thema „Rechtfertigung der Besteuerung ausschüttungsgleicher Erträge“ gewartet, und das ist wahrscheinlich im Zuge der Zeit etwas zu kurz gekommen. Was ich gehört habe, war die Rechtfertigung aus dem Gleichbehandlungsgebot. Das Gleichbehandlungsgebot aber, das hilft ja nicht überall dort, wo man es anwenden möchte; es gilt ja nur, wenn ich es, nach dem juristischen Umfeld, mit wesentlich Gleichem zu tun habe. Das Investmentsteuergesetz ist zunächst einmal in den Katalog der Einkünfteerzielung in § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG eingebettet, daher müssen Einkünfte erzielt werden. Dieser § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG ist eine Ausformung der allgemeinen Regelung in den §§ 3 Abs. 1 und 38 AO. Es gilt also das Prinzip der Tatbestandsverwirklichung. Ich brauche daher, wenn ich das richtig verstehe, auch im Investmentsteuergesetz einen Einkünfteerzielungstatbestand bzw. die Verwirklichung eines solchen. Wie komme ich nun dazu, eine Fiktion der Einkünfteerzielung gleich zu behandeln mit dem tatsächlichen Wertzugang, der in § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1 und 38 AO vorausgesetzt wird?

Prof. Dr. Lang

Das von Herrn *Piltz* angesprochene Problem hat sich auch aus österreichischer Sicht gestellt: Schuldzinsen konnten im Rahmen der außerbetrieblichen Einkunftsarten bei den Veräußerungsgewinnen nicht als Werbungskosten abgezogen werden. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof ist dieser bis dahin bestehenden Auffassung allerdings bereits in zwei Erkenntnissen vom 16.11.1993, 93/14/0124, 93/14/0125, entgegengetreten: Er hat die Schuldzinsen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Spekulationsgeschäften akzeptiert und sich dabei insbesondere auf die Parallele zwischen den Spekulationsgeschäften einerseits und Veräußerungsgewinnen bei Betriebsvermögen andererseits berufen. Der Verfassungsgerichtshof hat diese neue Judikaturlinie des Verwaltungsgerichtshofs kurz danach in seinem Erkenntnis vom 11.3.1994 (VfSlg 13724/1994) aus Gründen des Gleichheitsgrundsatzes bestätigt. Die Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland hat die Konsequenzen für die Einkünfte aus der Veräußerung bestimmter Beteiligungen gezogen und Schuldzinsen dort

ebenfalls als Werbungskosten anerkannt (RdW 1995, 451). Die Parallele zu den betrieblichen Einkünften hat die Rechtsprechung auch bewogen, die Schuldzinsen unabhängig von ihrem Abfluss der Periode zuzuordnen, in denen der Veräußerungstatbestand realisiert wurde.

In weiterer Folge hatte sich dann die österreichische Rechtsprechung mit der Frage zu beschäftigen, ob die Schuldzinsen sowohl bei den laufenden Einkünften als auch bei den Veräußerungseinkünften abgezogen werden können. Im Erkenntnis vom 28.1.1997, 96/14/0165, hat der Verwaltungsgerichtshof dann den Grundsatz der Einmalberücksichtigung von Schuldzinsen postuliert und dabei meines Erachtens problematische Kriterien entwickelt, nach denen die Schuldzinsen entweder den laufenden Einkünften oder aber den Veräußerungsgewinnen zuzuordnen sind (kritisch *Lang*, in: Rill, FS 100 Jahre WU, 1998, 436 ff.). Meines Erachtens wäre es nahe liegender gewesen, den Doppelabzug von Schuldzinsen sowohl bei den laufenden Einkünften als auch bei den Veräußerungsgewinnen zuzulassen (*Lang*, FJ 1996, 147 ff). Vordergründig scheint dies zwar Gerechtigkeitsvorstellungen zu widersprechen. Wenn man allerdings berücksichtigt, dass Veräußerungsgewinne im Privatvermögen ohnehin nur im Ausnahmefall der Besteuerung unterliegen, spricht auch nichts dagegen, in diesem Ausnahmefall dann auch nur eine um die Schuldzinsen bereinigte Bemessungsgrundlage heranzuziehen. Gerade im außerbetrieblichen Bereich wirken ohnehin sehr stark Grundsätze einer Schenkungsbesteuerung, so dass auch nichts dagegen einzuwenden ist, die Bemessungsgrundlage bei den laufenden Einkünften und bei den Veräußerungseinkünften unabhängig voneinander zu bestimmen und somit gegebenenfalls auch den Doppelabzug von Schuldzinsen in Kauf zu nehmen.

Dr. Pelka

Ich habe eine Frage an Prof. Dr. *Wassermeyer*. Sie haben die Regelung des § 20 Abs. 2a EStG an einem Beispiel demonstriert und aufgezeigt, dass im Beispielfall die Beteiligungsgewinne aus dem Jahr 2005 sowohl von dem Erwerber als Kapitaleinkünfte als auch von dem Veräußerer als Einkünfte nach § 17 EStG versteuert werden müssen. Der einheitliche wirtschaftliche Vorgang, nämlich die Dividendenzahlung für das Kalenderjahr 2005, wird zweimal besteuert.

Das scheint mir eindeutig eine Doppelbesteuerung zu sein, die mit den Grundsätzen der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht zu vereinbaren ist.

Wenn ich Ihren Fall ein wenig abwandle, dann sieht das Ergebnis noch merkwürdiger aus. Wenn nämlich der Veräußerer mit dem Erwerber vereinbart, dass die Anteile an der Kapitalgesellschaft nicht am 1.1. des folgenden Jahres, sondern erst am 2.4. des folgenden Jahres, also einen Tag nach dem Gewinnausschüttungsbeschluss übergehen, dann würde der ausgeschüttete

Gewinn nur von dem Veräußerer im Rahmen der Kapitaleinkünfte zu versteuern sein. Dies erscheint auch gerechtfertigt, da nur der Veräußerer diesen Ertrag erzielt hat. Der Erwerber hat keine Einkünfte erzielt und hat deswegen auch keine Einkünfte nach § 17 EStG zu versteuern.

Gleichwohl ist meine Fallvariante mit dem von ihnen gebildeten Fall wirtschaftlich völlig identisch. Ob der steuerlich gut beratene Veräußerer mit dem Erwerber vereinbart, die Anteile erst zum 2.4. des folgenden Jahres zu übertragen oder ob er nicht so gut beraten seine Anteile am 2.1. des folgenden Jahres überträgt, ist wirtschaftlich für beide Parteien identisch. Wenn gleichwohl im ersten Fall die Dividende nur einmal, und zwar beim Veräußerer, besteuert wird, in der Fallvariante, die Sie herausgearbeitet haben, aber eine doppelte Besteuerung vorliegt, dann erscheint dies nicht plausibel.

Der Grund für diese merkwürdige steuerrechtliche Folge, die durch § 20 Abs. 2a EStG vorgeschrieben wird, liegt an Folgendem:

Einige Steuerpflichtige haben in der Vergangenheit durch das sogenannte Dividendenstripping versucht, die Steuerpflicht von Dividenden dadurch zu vermeiden, dass sie vor dem Dividendenzahltag die Papiere an eine steuerbefreite Person entgeltlich übertragen. Um solche Missbrauchsfälle zu vermeiden, hat der Gesetzgeber im Abs. 2a des § 20 EStG ein Regelwerk geschaffen, das nicht nur diese Dividendenstrippingfälle erfasst, sondern für alle Fälle der Übertragung von Einkunftsquellen merkwürdige und zum Teil sinnwidrige Folgen vorschreibt. Die Regelung bewirkt in vielen Fällen eine Doppelbesteuerung und ordnet Steuerpflichtigen Einkünfte zu, die sie gar nicht erhalten haben und auch nie bekommen werden.

Prof. Dr. Pezzer

Herr *Piltz*, Sie haben die Rechtsprechung lobend erwähnt, dass es bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung den nachträglichen Schuldzinsenabzug gibt. Wir haben allerdings bisher den nachträglichen Schuldzinsenabzug nur in absoluten Ausnahmefällen zugelassen, nämlich dann, wenn Aufwendungen kreditiert waren, die während der Vermietungsphase angefallen waren und dort als Werbungskosten abziehbar gewesen wären. Beispiel: Während der Vermietungsphase fallen Reparaturkosten an, die mit Kredit finanziert werden, dann wird die Immobilie verkauft, der Kredit für die früheren Reparaturaufwendungen kann nicht abgelöst werden, die Zinsen laufen weiter. In diesem Fall hat der Senat ausnahmsweise den nachträglichen Schuldzinsenabzug zugelassen. Im Grundsatz gibt es hingegen den nachträglichen Schuldzinsenabzug in ständiger Rechtsprechung nicht. In dem Standardfall, dass ursprünglich die Anschaffungskosten für eine zum Vermieten bestimmte Immobilie finanziert worden sind, diese Immobilie später verkauft wird, der Erlös nicht ausreicht, um das Darlehen zurückzuführen, ein Darlehensüberhang bleibt und die Zinsen weiterlaufen, hält der IX. Senat diese Zinsen in ständiger Rechtsprechung nicht für abziehbar.

Die Begründung dafür lautet, dass es sich in solchen Fällen um einen Veräußerungsverlust in der nicht steuerbaren Privatsphäre handelt, der durch den Darlehensüberhang finanziert wird, und da der Veräußerungsverlust in die nicht steuerbare Sphäre fällt, kann man auch die Zinsen nicht abziehen. Die Zinsen kann man höchstens dann abziehen, wenn das Darlehen zu einem neuen Zweck für Kapitaleinkünfte umgewidmet wird, aber das wäre ein anderer Fall. Im Grundsatz gibt es also den nachträglichen Schuldzinsenabzug in der Rechtsprechung des IX. Senats des BFH zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nicht. Eine ganz andere Frage ist, wie diese Frage in Zukunft zu beurteilen sein wird, da wir nun die Zehnjahresfrist in § 23 EStG haben. Wie ist es denn, wenn jemand sein Grundstück innerhalb der Zehnjahresfrist veräußert und ein Darlehensüberhang bleibt? Dann wäre ja das Grundstück steuerverhaftet und der Verlust würde sich jedenfalls grundsätzlich im steuerverhafteten Bereich ereignen. Über solche Fallgestaltungen werden wir neu nachdenken müssen. Wir wissen noch nicht, wie wir das lösen.

Prof. Dr. Piltz

Herr *Lang*, Sie haben da etwas gesagt, was bei uns noch nicht so weit ist. Wenn ich es ganz stark verkürze, haben Sie gesagt, dass es in Österreich ein verfassungsrechtlich garantiertes Nettoprinzip gibt. Und wenn ich es richtig sehe, wird es mit verfassungsrechtlichen Gründen begründet. Bei uns gibt es eindeutig ein Nettoprinzip. Aber das Verfassungsgericht hat in den fünf oder sechs Entscheidungen, in denen es darauf eingegangen ist, immer ängstlich vermieden, das Wort „Verfassungsrang“ zu verwenden. Da steht „grundlegend“, da steht „fundamental“, da steht „tragendes Prinzip“, aber da steht nie „Grundgesetz“. Ich glaube, dass das folgenden Grund hat: Wenn man das Nettoprinzip in den Rang des Grundgesetzes hebt, also deutlich oberhalb des einfachen Rechts, führt das vermutlich zu Weiterungen bei den vielen Durchbrechungen des Nettoprinzips, die wir ja haben. Die gibt es an vielen Ecken. Alles was wir nicht abziehen können, z. B. nicht abzugsfähige Betriebsausgaben, ist ein Verstoß gegen das Nettoprinzip, den Sie rechtfertigen müssen. Auch wenn wir Ausländer in bestimmten Fällen mit einer Quellensteuer besteuern, lassen wir überhaupt keinen Abzug zu. Ich glaube, dass das Nettoprinzip jedenfalls bei uns unterhalb der Verfassung steht. Ob es eine Abstufung gibt, einfaches Gesetz, darüber das Nettoprinzip und darüber das Grundgesetz, weiß ich nicht. Ich glaube nicht. Ich glaube, dass das Nettoprinzip einfaches Gesetz ist.

Als Zweites haben Sie gesagt, dass Sie sich vorstellen können, dass in bestimmten Fällen der Aufwand zweimal berücksichtigt wird, einmal in einer laufenden Einkunftsart und dann in Ansehung derselben Sache bei der Erzielung eines Veräußerungsgewinns. Meinem Rechtsempfinden würde das widerstreben. Ich bin der Auffassung, dass die Aufgabe lauten muss, den Aufwand auf diese beiden Einkünfte aufzuteilen, einmal auf die laufenden

und einmal auf die anderen. Ich kann mir nicht vorstellen, dass man einmal bezahlten Aufwand bei zwei Einkunftsarten abziehen kann. Wir machen das bei Erbschaftsteuer und Einkommensteuer anders. Neuerdings hat ein Gericht entschieden, dass man ein und denselben Aufwand einmal bei der Erbschaftsteuer als, ich nenne es einmal, Belastung der Erbschaft abziehen kann, und dann noch einmal bei der Einkommensteuer. Das scheint mir aber konsequent zu sein, weil es ja auch umgekehrt sein kann: derselbe Vorgang kann als Schenkung die Erbschaftsteuer auslösen und auch Betriebseinnahme sein, wie der BFH gerade entschieden hat. Aber ich halte es nicht für möglich, ein und denselben Aufwand bei der Einkommensteuer zweimal abzuziehen. Dies zu Herrn *Lang*.

Zu Herrn *Pezzer*: Es ist richtig, was Sie sagen, ich habe das auch zugegebenermaßen etwas vereinfacht. Worauf es mir ankommt, war Folgendes: Die Schuldzinsen, die ich nicht während der Zeit bezahle, die aber ursächlich mit der Zeit der Einkunfterzielungsabsicht verbunden waren, müssen immer irgendwann abgezogen werden können. Entweder bei den laufenden Einnahmen oder beim letzten Akt der Einkunfterzielung, also bei der Veräußerung. Das war die Kernidee, die ich darstellen wollte. Das gilt z. B. für die Veräußerung von Wirtschaftsgütern. Das würde aber z. B. auch gelten, wenn Sie eine Landwirtschaft 10 Jahre mit Gewinnerzielung betreiben und letztere dann aufgeben. Dann bin ich der Auffassung, dass der ganze Aufwand, der in der steuerrelevanten Zeit aufgelaufen ist, irgendwann abgezogen werden muss, entweder nachträglich bei den laufenden Einnahmen oder bei dem letzten Akt, der Ermittlung des Veräußerungsgewinns, aber er darf nicht in ein Loch fallen. Das ist das Grundmuster dessen, was ich sagen will. Aber Sie haben Recht. Die Finanzverwaltung hat ja zu dem von Ihnen angesprochenem BFH-Urteil einen Erlass veröffentlicht, hat es für anwendbar erklärt und hat diese Einschränkung auch gemacht.

Prof. Dr. Kirchmayr

Herr *von Groll*, eingangs möchte ich sagen, ich teile Ihr Unbehagen. Es ist so ungefähr das Schlimmste, was einem Steuerpflichtigen passieren kann: von fiktiven Einkünften tatsächlich Steuern zu bezahlen. Wie kann es das geben? Das gibt es bei den Investmentfonds, und es ist Ausfluss deren rechtlicher Sonderstruktur und der damit verbundenen Besteuerung nach dem Transparenzprinzip. Der Investmentfonds ist mit einer Miteigentumsgemeinschaft vergleichbar. Bei Personengemeinschaften kommt es ja auch zu einer Zurechnung der zu Grunde liegenden Einkünfte, unabhängig von der Entnahmemöglichkeit. Diesen Gedanken überträgt man auf das Investmentfondsrecht. Die Besteuerung basiert auf den überlappenden Prinzipien, Trennungsprinzip und Transparenzprinzip, wobei das Transparenzprinzip seine Verankerung in der Miteigentumsgemeinschaft/Veranlagungsgemeinschaft/Personengemeinschaft hat. Rechtfertigung für den Ansatz der ausschüttungsgleichen Erträge ist eben die Erzielung der Einkünfte auf Ebene

des Fonds. Damit betrifft die Fiktion nur das Verbindungsglied zwischen Fonds und Anleger, und die Rechtfertigung dafür findet sich letztendlich in der Struktur des Ganzen.

Prof. Dr. Wassermeyer

Ja, Herr *Pelka*, ich kann zwar nachvollziehen, dass Sie von einer Doppelbesteuerung sprechen, aber ich will auch deutlich machen, dass Doppelbesteuerung doch etwas anderes ist. Zunächst einmal könnte der Fall so liegen, dass am 2.1.2006 direkt ein Kaufpreis vereinbart wird, der sozusagen den Gewinnanteil oder die künftige Ausschüttung nicht gesondert ausweist, sondern die Ausschüttung als Teil des Kaufpreises darstellt. Dann hätten Sie gar keine Bedenken. Dann wurde dieser Preis gefordert und der Erwerber, d. h. der Neugesellschafter, war bereit, den Preis zu zahlen. Der zweite Punkt, den ich sehe, ist, dass der Neugesellschafter auch Anschaffungskosten in Höhe dieser Zahlung, d. h. in Höhe der Gewinnausschüttung hat. Das wirkt sich bei einer gedachten späteren Anteilsveräußerung innerhalb des § 17 EStG aus. Damit sind wir bei dem eigentlichen Phänomen, das Herr *Piltz* aufgezeigt hat. Es ist einerseits ein bisschen Theorie, jedoch andererseits im Denkansatz richtig, dass jede Ausschüttung den Beteiligungsveräußerungswert mindert. Die Forderung von Herrn *Piltz* geht bekanntlich dahin, dass die Wertminderung zeitlich früher berücksichtigt werden muss. Schauen wir aber auf §§ 9, 17 und 20 EStG, so sieht das EStG keine Möglichkeit vor, die eingetretene Anteilswertminderung vor einer Anteilsveräußerung steuerlich zu berücksichtigen. Genau hier liegt auch Ihr Problem. In dem Augenblick, in dem der Erwerber später die Beteiligung veräußert, hebt sich die Doppelbesteuerung auf. Dennoch haben wir für eine gewisse Zwischenzeit eine Doppelbesteuerung. Das will ich gar nicht verkennen. Dies liegt jedoch nicht so sehr an meiner Lösung, sondern daran, dass wir zwischen § 20 und § 17 EStG unterscheiden und dass wir bei der Ausschüttung, die wir erfassen, die Wertminderung, die logischer Weise bei der Beteiligung eintreten muss, zunächst nicht gegenrechnen. Weil Herr *Piltz* das Beispiel erwähnt hat: ich will zwar nicht den Vortrag von Herrn *Lüdicke* heute Nachmittag vorwegnehmen, aber denken Sie bitte an eine inländische GmbH mit einem ausländischen Gesellschafter. Im Zweifel können wir die Rechtsfolge aus § 17 EStG gegenüber dem Ausländer im Inland gar nicht durchsetzen. Zwar ist er beschränkt steuerpflichtig, aber in den Doppelbesteuerungsabkommen haben wir in der Regel auf die Veräußerungsgewinnversteuerung verzichtet. Selbst wenn die Rechtslage eine andere wäre, könnte der Ausländer in der Regel in Ermangelung positiver inländischer Einkünfte die Anteilsminderung steuerlich nicht durchsetzen. Wir können also nur die Dividende erfassen, und das auch nur belastet mit einer Quellensteuer, die abgeltende Wirkung hat (§ 50 Abs. 5 EStG). Da kämen natürlich ganz große Probleme in der technischen Durchführung auf uns zu, wenn wir verpflichtet sein sollten, bei der Besteuerung der Beteiligungs-

erträge die Wertminderung, die in der Beteiligung eintritt, irgendwie zu berücksichtigen.

Priv.-Doz. Dr. Schnorr

Eine Frage an Herrn *Piltz*. Sie hatten in Ihrem Vortrag sehr stark auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise bei Körperschaft und Anteilseigner abgestellt. Mich würde da Ihre Bewertung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu § 32c interessieren. Da spricht das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich davon, dass es eine eigene Leistungsfähigkeit der Körperschaft als juristischer Person gibt, die es zu besteuern gilt. Das würde ich so interpretieren, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise als tot bezeichnet werden muss. Es gibt eben einmal die Leistungsfähigkeit auf Ebene der Körperschaft und, davon getrennt zu sehen, die Leistungsfähigkeit des Anteilseigners, was auf eine rechtliche Betrachtungsweise des Verhältnisses hinausläuft. Zweiter Punkt: Sie beziehen sich auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise und haben dann zum Halbabzugsverbot, § 3c Absatz 2 EStG, ausdrücklich gesagt, dieses sei – mit Bedenken – noch verfassungsgemäß. Das scheint mir nicht konsequent. Das wäre konsequent, wenn Sie einer rechtlichen Betrachtungsweise folgten. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist ja die hälftige Besteuerung des Anteilseigners keine echte Steuerbefreiung, und dementsprechend müsste der Anteilseigner seine Aufwendungen dann auch gänzlich abziehen können.

Prof. Dr. Hüttemann

Herr *Wassermeyer*, ein Unterpunkt ihres Vortrags lautet „Rückschlüsse aus den Regelungen des § 20 Abs. 1 Nummer 9 und 10“. Dabei sind Sie auf ein BMF-Schreiben eingegangen, zu dem ich mich jetzt nicht weiter äußern möchte. Meine Frage ist etwas allgemeiner: Lassen sich aus solchen Vorschriften überhaupt irgendwelche Rückschlüsse ziehen, und ist die Erweiterung des Tatbestandes des § 20 EStG um die Nummern 9 und 10 überhaupt ein sinnvoller Beitrag zur Fortentwicklung einer allgemeinen Definition von Beteiligungserträgen? Es geht ja dort, wenn ich an den Fall der Überführung von Gewinnen aus Betrieben gewerblicher Art und wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben an die Trägerkörperschaft denke, letztlich um einen „Kollateralschaden“ aus der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens: Wegen der Absenkung des KSt-Satzes auf 25 % wurde eine Nachbelastung erforderlich, wenn Gewinne in die steuerfreie „Privatsphäre“ oder an irgendwen sonst überführt werden. Hierzu hat man dann die Vorstellung konstruiert, es handele sich um eine Art Gewinnausschüttung, und manche ziehen daraus sogar schon bestimmte Schlüsse in Hinsicht auf die steuerliche Selbständigkeit eines Betriebes gewerblicher Art. Wäre es nicht sinnvoller gewesen, beim alten Recht zu bleiben und einen Sondersteuersatz auf diese Sachverhalte anzuwenden mit der Folge, dass man die restlichen Fälle über

§ 22 hätte erfassen können, wenn etwa dauernde Renten von einer solchen Einrichtung gewährt werden?

Prof. Dr. Wassermeyer

Also, Herr *Hüttemann*, solange ich Richter war, hielt ich mich für verpflichtet, zunächst einmal den Gesetzeswortlaut anzusehen und diesen nach Möglichkeit zu respektieren. In § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG wird insoweit eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit mit einer verdeckten Gewinnausschüttung gefordert. Diesem Gesetzesbefehl muss ich in irgendeiner Weise Rechnung tragen. Was § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG anbelangt, habe ich eigentlich mein Richterleben lang dafür gekämpft, die Leistungen der Betriebe der öffentlichen Hand als Entnahmen zu behandeln. Ich war auch immer der Auffassung, dass derartige Entnahmen mit einer verdeckten Gewinnausschüttung nichts zu tun haben. Nur hat sich der I. Senat des BFH leider anders entschieden und der Gesetzgeber hat die Rechtsprechung nun in § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG festgeschrieben. Ob das sehr glücklich ist, ist ein anderes Problem. Aber gerade weil er die Rechtsprechung jetzt im Gesetz festgeschrieben hat, muss sich der Richter natürlich damit auseinandersetzen. Er muss das irgendwie passend machen. Er kann das nicht als Fehlmaßnahme des Gesetzgebers abtun. Ich meine deshalb, an der Beachtung der Regelungen in § 20 Abs. 1 Nr. 9 und 10 EStG nicht vorbei kommen zu können.

Prof. Dr. Piltz

Herr *Schnorr*, ich habe den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts noch nicht verinnerlicht, aber die eigene Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft will ich nicht in Abrede stellen. Mein Gedanke ist folgender: Da gibt es die wirtschaftliche Veranstaltung Kapitalgesellschaft, die verdient 100, und wir sind uns im Klaren, diese 100 müssen besteuert werden. Der Gesetzgeber will z. B., dass die am Ende mit 50 % besteuert werden. Dann kann er sich nach meiner Auffassung verfassungsfest aussuchen, ob er sagt, die Steuer zahlt nur die Kapitalgesellschaft, solche Systeme gibt es ja auch, und Dividenden wären dann steuerfrei. Oder: Die Steuer zahlt nur der Anteilseigner, das gibt es ebenfalls in der Welt, also Abzugsfähigkeit bei der Kapitalgesellschaft, Versteuerung bei dem Anteilseigner. Oder er kann auch sagen: Ich teile diese Besteuerung auf die beiden Einheiten auf, das Halbeinkünfte-system arbeitet so. Deswegen bin ich nicht der Auffassung, dass die eigene Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft direkt irgendwelche Auswirkungen für eines unserer Systeme zur Folge hätte, insbesondere auch nicht die, dass die Kapitalgesellschaft besteuert werden muss. Zu Ihrer zweiten Frage: Ist die nur hälftige Abzugsmöglichkeit des Aufwandes, insbesondere der Schuldzinsen, möglicherweise nicht doch verfassungswidrig? Da wiederhole ich noch einmal: Aus meiner Sicht liegt darin eine partielle Rücknahme des Halbeinkünfteverfahrens im Falle der Fremdfinanzierung. Ob das schon verfassungswidrig ist, ist schwierig zu entscheiden. Man könnte sagen, das

ist nicht folgerichtig. Aber die Folgerichtigkeit, die wir ja als Verfassungsgrundsatz haben, ist kein klarer Begriff. Sie ist kein juristischer Begriff mit klaren Definitionen, sie ist noch nicht einmal ein Typusbegriff. Ich kann einfach nur sagen, ich halte es noch nicht für verfassungswidrig. Ich weiß, dass es andere Auffassungen gibt, ich glaube, Herr *Schön* sieht das so. Es würde mich interessieren, wenn Sie noch einmal wiederholen, warum Sie es spezifisch für verfassungswidrig halten. Ich halte es für falsch, unzumutbar, aber noch nicht für verfassungswidrig.

Prof. Dr. Schön

Vielen Dank. Mich haben die Vorträge sehr beeindruckt, weil es eigentlich allen gelungen ist, hinter den technischen Details noch die Grundsatzfragen hervorscheinen zu lassen, deutlich zu machen, und auch zu lösen.

Herr *Piltz*, ich habe Ihren Vortrag im Prinzip als ein Plädoyer dafür verstanden, die Einkünfte aus Kapitalvermögen im Beteiligungsbereich als normale Einkunftsart zu behandeln, die künstliche Aufspaltung, die wir in den §§ 17, 20 und 23 haben, zu vergessen. In der Tat, § 17 passt nicht mehr in die gewerblichen Einkünfte, seit die mitunternehmerische 25 %-Grenze aufgegeben worden ist. § 23 ist ja auch durch die Verlängerung der Haltefrist aus der Schmuddelecke der Spekulation herausgeholt worden. Insgesamt lautet das Plädoyer: Nehmt es als einheitliche Einkunftsart, bei der sämtliche Erträge zu erfassen sind, aber auch sämtliche Aufwendungen abzugsfähig sein müssen. Nicht keimlich, nicht doppelt, sondern einmal. Das ist ein Plädoyer, dessen Richtigkeit man, glaube ich, gar nicht häufig genug unterstreichen kann.

Dass Sie in diesem Zusammenhang bei der Frage des Halbbabzuges in § 3c Absatz 2 EStG doch zögerlich sind, hat mich dann doch etwas erstaunt. Ich habe die Verfassungswidrigkeit deshalb immer bejaht, weil ich glaube, dass hier ein eklatanter Verstoß gegen die Folgerichtigkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorliegt. Das habe ich zu einer Zeit formuliert, als wir für die Kapitalgesellschaften, die sich an anderen Kapitalgesellschaften beteiligten, noch über den § 3c Absatz 1 – immerhin konsequent – auch ein vergleichbares Abzugsverbot im Gesetz hatten. Inzwischen hat aber der Gesetzgeber bei der Fortführung der Unternehmensteuerreform gesagt: Wenn eine Kapitalgesellschaft sich an einer Kapitalgesellschaft beteiligt, werte ich die Vorbelastung auf der Beteiligungsgesellschaftsebene als volle Besteuerung, und abgesehen von der 5 %-Grenze gibt es den vollen Schuldzinsen- und sonstigen Kostenabzug bei der sich beteiligenden Gesellschaft. Das ist aber nicht auf die natürliche Person als Anteilseigner nach § 3c Abs. 2 übertragen worden. Spätestens an diesem Punkt, der Kapitalgesellschaft sage ich: deine Steuer ist vorgezahlt, du kannst abziehen, der natürlichen Person sage ich: nein du hast ja halbesteuerfreie Einkünfte, daher nur halber Abzug, ist das für mich auch verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar.

Sie haben, und im Grunde hat Herr *Wassermeyer* das auch getan, eine Grundfrage der Kapitaleinkommensbesteuerung relativ nonchalant als selbstverständlich unterstellt, nämlich: derjenige erzielt Einkünfte aus Beteiligungen und sonstigem Kapitalvermögen, der Inhaber der Rechtsstellung ist. Ich stimme dem zu, aber das ist eine Mindermeinung. Die herrschende Meinung, wie sie sich etwa in der Diskussion zur disquotalen Gewinnausschüttung entfaltet hat, würde sagen, wir brauchen eine Beitragsadäquanz, da reicht die zivilrechtliche Inhaberschaft nicht aus, sondern da müssen Leistungen erbracht werden, da muss Kapital eingelegt werden, da müssen in anderer Weise, etwa durch Geschäftsführungs-, Dienstleistungs- und Nutzungsüberlassungen, adäquate Leistungen erfolgen, um die Zurechnung zu begründen. Ich halte das für falsch. Wir müssten andernfalls dazu kommen, dass der GmbH-Geschäftsführer, der mit Dividenden entlohnt wird, insoweit Arbeitseinkünfte erzielt und nicht Einkünfte im Sinne von § 20 EStG. Das zeigt, dass das falsch ist. Ihr Beispiel mit der verdeckten Gewinnausschüttung zeigt auch, dass es darauf nicht ankommen kann. Aber in der Sache muss man sich klar sein, dass Sie beide insoweit ein großes Wort gelassen ausgesprochen haben, dass es nämlich auf die Rechtsinhaberschaft ankommt und nicht auf irgendeine Form von Beitragsadäquanz. Dem kann man zustimmen, aber man sollte es dann auch laut sagen.

Prof. Dr. Ruppe

Ich wollte eine Frage zu den Referaten *Piltz* und *Wassermeyer* stellen, und zwar zum Hapimag-Urteil des BFH, in dem die These vertreten wird, dass es bei Darlehensüberlassungen zu einer Überlassung von Kapital zur Nutzung kommt, während es bei der Gesellschaftsbeteiligung ganz anders sei. Das irritiert mich deswegen, weil doch die bilanzielle Behandlung dieser Dinge eine ganz andere Sprache spricht. Würde das so sein, dass der Anteilseigner alles aufgibt, weil nur die Gesellschaft relevant ist, dann dürfte beim Anteilseigner keine Beteiligung aktiviert werden. Und auf der anderen Seite muss man doch aus der Sicht der Gesellschaft sagen: Natürlich ist das ein Eigenkapital, aber dieses Eigenkapital unterliegt zahlreichen Bindungen: es muss erhalten werden, und Ansprüche sind in erster Linie bei den Gesellschaftern gegeben, die dann zum Zeitpunkt der Liquidation einen Anspruch auf die Rückzahlung dieses Kapitals haben. Der einfache Fall, dass eine Gesellschaft nur ein Jahr existiert, nachdem das Kapital eingezahlt wurde, dass sie einen Gewinn macht und dann liquidiert wird, zeigt doch, dass hier ein Kapital überlassen wurde, damit mit ihm gearbeitet wird und damit es dann zurückgezahlt wird.

Also ich kann dem nicht ganz folgen, wenn hier gesagt wird – bei einer Veräußerung sieht man das erst recht –, dass hier nicht der Erwerber das Kapital überlassen hat. Dann wäre das bei Mietobjekten genauso gültig, wo man dann auch argumentieren könnte, der Erwerber des Mietobjektes, der in Mietverträge einsteigt, habe auch keine Immobilie überlassen.

Zum Referat von Frau *Kirchmayr* habe ich noch eine Frage zu den ausschüttungsgleichen Erträgen. Ausschüttungsgleiche Erträge zu besteuern, ist wohl dann gerechtfertigt, wenn sie in der Tat irgendwann einmal zufließen. Dann ist das eine Zeitpunktfreigabe, und es wurde dann eben dem Zeitpunkt der Besteuerung vorgezogen. Das scheint mir unproblematisch zu sein. Aber ist wirklich gesichert, dass diese Erträge auch zufließen? Wenn beispielsweise im Betriebsvermögen ein solcher Investmentanteil gehalten wird und ausschüttungsgleiche Erträge zu versteuern waren und in der Folge treten bei dem Fonds Substanzverluste ein: Kommt es hier zu einer Berücksichtigung des vollen Verlustes oder läuft man da Gefahr, dass es zu Aufrechnungen kommt, die dann eigentlich zu einer endgültigen Besteuerung nicht realisierter Gewinne führen? Im Privatvermögen könnte man sich natürlich damit behelfen, dass man sagt: Na gut, da gibt es eben keine Verlustberücksichtigung, wenn so etwas auftritt. Aber ich wollte fragen: Ist nach Ihrer Einschätzung in Deutschland oder in Österreich die diesbezügliche Rechtslage systemgerecht? Wahrscheinlich wird es sich in weiten Teilen um eine Vollzugspraxis handeln, dass man mit irgendwelchen Merkposten arbeiten muss, was diese ausschüttungsgleichen Erträge betrifft. Ist dies befriedigend oder gibt es da Ihrer Meinung nach Brüche und Probleme?

Prof. Dr. Mössner

Vielen Dank, Herr *Ruppe*. Wenn Sie erlauben, würde ich Ihre Frage zur Hapimag-Entscheidung noch um einen Hinweis ergänzen. Führt nicht die hier angesprochene Differenzierung zwischen Zinsen und Beteiligungserträgen gerade im Bereich der hybriden Finanzierungen zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten, wenn man die Besteuerungsfolgen zu sehr voneinander unterscheidet und zwei neue Systeme in diesem Punkt einführt?

Dr. Anzinger

Wir hatten in Deutschland in jüngerer Zeit eine intensive Diskussion über die Einführung und Ausgestaltung sogenannter Real-Estate-Investment-Trusts. Das sind börsennotierte Aktiengesellschaften, die auf Ebene der Gesellschaft keiner Ertragsbesteuerung unterliegen sollen, und deren Erträge erst auf Ebene der Gesellschafter bei Ausschüttung besteuert werden. Damit wird zum Teil an die Idee der bei den offenen Immobilienfonds praktizierten transparenten Besteuerung angeknüpft. Hintergrund der aktuellen Diskussion ist, dass die offenen Immobilienfonds mit ihrer starken Regulierung und der damit verbundenen Trias Depotbank, Kapitalanlagegesellschaft, Sondervermögen für den internationalen Kapitalmarkt zu kompliziert und im Ausland nicht vermittelbar seien. Sie haben uns, glaube ich auch vorgeführt, dass es sehr kompliziert ist. Deshalb meine erste Frage: Gibt es eine ähnliche Diskussion über die Einführung von Real-Estate-Investment-Trusts auch in Österreich? Meine zweite Frage ist etwas grundsätzlicher: Was ist eigentlich aus Sicht des Steuerrechts das entscheidende Merkmal, das der Idee nach

transparent besteuerte offene Immobilienfonds und die nachgelagert zu steuernden Real-Estate-Investment-Trusts abgrenzt von anderen Kapitalgesellschaften? Warum werden sie privilegiert? Handelt es sich um eine spezielle Ausnahme, oder ist es vielleicht sogar ein Modell, das zu einer Ausdehnung auf andere Kapitalgesellschaften tauglich wäre? Vielen Dank.

Prof. Dr. Piltz

Ja, die erste Frage war die von Herrn *Ruppe*, nach dem Hapimag-Urteil. Herr *Wassermeyer*, ich glaube, Sie können eine postauthentische Interpretation geben, Sie sind näher dran und haben ja auch eben darauf angespielt. Wenn Sie dazu antworten?

Prof. Dr. Wassermeyer

Herr *Ruppe*, ich kann Ihre Argumentation natürlich nachvollziehen. Es bestreitet auch keiner, dass bei der Gründung einer Gesellschaft der Gesellschafter eine Einbringungsverpflichtung hat; dies gilt unabhängig davon, ob sich die Einlageverpflichtung auf die Hingabe von Geld oder einer Sache richtet. Nur insoweit können die Fälle unterschiedlich gelagert sein. Aber es kann doch kein Zweifel daran bestehen, dass das eingebrachte Kapital in das Eigentum der Gesellschaft übergeht. Dies gilt jedenfalls bei jeder Geld- oder Sacheinlage. Wenn Sie jetzt die Ansprüche betrachten, die der Gesellschafter nach der Gründung hat, so gilt folgendes: natürlich wird der Gesellschafter bei einer eventuellen Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle einer Liquidation der Gesellschaft beteiligt. Dies setzt aber die Liquidation der Gesellschaft, das Vorhandensein von Liquidationsvermögen und den Fortbestand der Gesellschafterposition voraus. So gesehen hat der Gesellschafter aktuell gesehen nur Mitgliedschaftsrechte. Dazu gehört das Recht auf Beteiligung an künftigen Gewinnausschüttungen und an einer Liquidation. Den Anspruch auf Beteiligung an künftigen Gewinnausschüttungen kann man erst aktivieren, wenn die Gewinnausschüttung beschlossen ist. Dies macht deutlich, dass einerseits vor dem Beschluss über eine Gewinnausschüttung nur Mitgliedschaftsrechte bestehen, und dass andererseits sich der Anspruch auf Gewinnausschüttung mit dem Beschluss von dem allgemeinen Mitgliedschaftsrecht abspaltet. Wenn Sie jetzt an den Fall denken, dass Sie sich eine Aktie an der Börse kaufen, so nutzt die Aktiengesellschaft das Geld nicht, das der Erwerber dem Altaktionär bezahlen. Auch in diesem Fall wird deutlich, dass dem Gesellschaftsverhältnis keine Nutzung von Kapital zu Grunde liegt. Man kann das zwar wirtschaftlich mit einer Nutzung von Kapital vergleichen. Dennoch kann die Aktie sehr viel mehr als das ursprünglich hingebene Kapital Wert sein. Möglicherweise muss der Neuktionär einen Betrag an den Altaktionär zahlen, der deutlich über dem Nennwert der Aktie liegt. So gesehen ist es zwingend, den Erwerb eines Mitgliedschaftsrechts in den Mittelpunkt der Überlegungen zu stellen.

In Deutschland kommt hinzu, dass bis zum Jahre 1993 auch ernsthafter Meinungsstreit zwischen dem I. und dem VIII. Senat des BFH bestand. Der VIII. Senat des BFH wollte damals § 101 BGB angewendet wissen (vgl. *Wasermeyer* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rdnr. B 11 ff.). Das hätte dazu geführt, dass man immer dann, wenn beim Erwerb eines Geschäftsanteils Entsprechendes vereinbart wird, die persönliche Zurechnung einer Dividende verändern kann. Der I. Senat war immer der Auffassung, dass man nicht durch freie Vereinbarung den steuerlichen Bezieher einer Dividende verändern kann. Also hat der I. Senat den Ausgleich nach § 101 BGB immer als einen Innenausgleich zwischen den Alt- und Neugesellschaftern verstanden, der sozusagen auf das Erzielen von Beteiligungserträgen im Sinne von § 20 EStG nicht durchschlägt. Der Gesetzgeber hat im Jahre 1993 diese Rechtsfrage im Sinne der Rechtsprechung des I. Senats festschreiben wollen und festgeschrieben. Daran sind die Gerichte gebunden. Dies anerkennt heute auch der VIII. Senat des BFH.

Ich wollte aber noch einmal auf das Beispiel eingehen, das Sie, Herr *Mössner*, gebildet haben. Ich meine den Witwenpensionsfall. Sie haben gesagt: Wenn die Kinder die Beteiligung veräußern, dann bekommen sie einen geringeren Kaufpreis, d. h. sie verzichten auf Einkünfte. Das ist richtig. Dennoch behandle ich die Kinder steuerlich so, als bekämen sie das, worauf sie verzichtet haben, später in der Form von unangemessen hohen Pensionszahlungen, die sie der Mutter gewissermaßen schenken. Im Nachhinein erhalten sie also das, worauf sie zunächst verzichtet haben. Sie überlassen allerdings das, was sie im Nachhinein erhalten, der Mutter. Aus dieser Sicht ist es logisch richtig, dass ich den Kindern das im Nachhinein Erhaltene auch steuerlich zurechne. Es kann keinen Unterschied machen, ob sie ohne die Pensionszusage einen höheren Veräußerungsgewinn gehabt hätten, den sie hätten versteuern müssen, oder ob sie einen Teil des Veräußerungsgewinnes an die Mutter in der Form einer unangemessen hohen Pensionszusage schenken. In beiden Fällen ist der Vorteil aus der Beteiligung dem Gesellschafter, d. h. den Kindern zuzurechnen.

Prof. Dr. Piltz

Ich muss zugeben, dass sich die verfassungsrechtliche Figur der Folgerichtigkeit, also als Rechtsbegriff, in meinem Kopf nicht konturiert hat, weder allgemein noch speziell bezogen auf den Fall der Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen. Ich weiß nicht, ob es jetzt unhöflich ist, wir haben ja im Raum einen bekannten Verfassungsjuristen. Herr *Kirchhof*, die Figur der verfassungsrechtlichen Folgerichtigkeit und ihre Anwendung auf Halbeinkünfteabzug, ist das etwas, was ihnen zur Hand ist? Jetzt kommt die konturierte Darstellung.

Prof. Dr. Kirchhof

Ich habe für Ihr 3-Ebenen-Modell großes Verständnis. Wir haben einmal die Anordnung des Steuergesetzgebers und zugleich die verbindlichen Vorgaben des Verfassungsrechts, das sind die Ebenen 1 und 3. Dazwischen gibt es ein aus dem Gleichheitssatz abgeleitetes Prinzip der Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit im Binnensystem gesetzlicher Vorgaben. Wenn der Gesetzgeber ein Nettoprinzip regelt, dann ist dieses nicht mit Verfassungsrang festgeschrieben, aber für die Dauer der gesetzlichen Anordnung gleichheitsgemäß, also widerspruchsfrei und folgerichtig, anzuwenden. Die praktische Bedeutung dieses Gebots folgerichtiger Gesetzgebung ist erheblich: In dieser Zwischenebene der Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit richtet sich die Vergleichsperspektive immer auf die Vorgaben des Gesetzgebers. Wenn wir sieben Einkunftsarten haben und diese prinzipiell im Gesamtergebnis zu einer gleichen Belastung der jeweiligen Einkünfte führen sollen, dann müssen wir diese Prämisse des Gesetzgebers folgerichtig zur Wirkung bringen. Das bedeutet für die Kapitalbeschaffungskosten, dass wir dort erstmals Gleichheit herstellen müssen. Die Beschaffungskosten können für bestimmte Einkunftsarten, beispielsweise der Arbeit, selbstverständlich nicht abgezogen werden, weil die Beschaffungskosten für das Bereitstellen von Arbeitskraft durch Kredit Kosten persönlicher Lebensführung sind, während wir mit dem gleichen Brustton der Überzeugung behaupten, dass die kreditfinanzierte Bereitstellung von Kapital zu einem Kreditaufwand, zu abzsetzbaren Zinsen führt. Hier fordert die Konzeption des Gesetzgebers – die Gleichbehandlung aller Einkunftsarten – eine Korrektur. Daraus resultieren dann auch, unter anderem, Probleme im Kontext von Inland und Ausland.

Hier liegt der Ursprung für die bewusste und immer wieder formulierte Vorsicht des Verfassungsgerichts, zu behaupten, das Nettoprinzip sei ein in sich folgerichtig durchgeführtes und deswegen den Gesetzgeber selbst bindendes Systemkonzept. Der Gesetzgeber hat entschieden, den existenzsichernden Aufwand nur im Existenzminimum zu berücksichtigen. In der Folgerichtigkeit stellt sich dann die Frage, warum der Aufwand für die Existenz des Menschen auf ein Minimum begrenzt und der Aufwand für den Betrieb des Menschen auf die Realkosten ausgedehnt wird. Der Bundesfinanzhof bemüht sich immer wieder, die Ausbildungs- und Fortbildungskosten vorsichtig dem Firmengründungsaufwand anzunähern; der Gesetzgeber tritt dem stets entgegen.

Ihr 3-Stufen-Modell entspricht dem Grundgedanken des Verfassungsgerichts, und wenn man diesen akzeptiert, dann haben wir eine gute Chance, das Gesetzssystem des Einkommensteuerrechts systematisch und deshalb gleichheitsgerecht fortzubilden.

Prof. Dr. Kirchmayr

Bevor ich auf die Investmentfragen genau eingehe, würde ich auch gerne noch einen Beitrag zu der allgemeinen Diskussion leisten, und zwar aus historischer Sicht. Die Forderung, dass man Substanzgewinne und Kapitalerträge einheitlich besteuern muss, liegt wirtschaftlich auf der Hand. Nun hat es das schon gegeben. Im preußischen EStG 1891 waren die Spekulationsgewinne ein Unterfall der Einkünfte aus Kapitalvermögen, sie wurden im Rahmen derselben Einkunftsart erfasst, und es war eine gewisse Ironie des Schicksals, dass man mit dem EStG 1920, das auf der reinen Vermögenszuwachsstheorie basiert, Substanzgewinne in einem eigenen Tatbestand erfasst hat, weil man sie in diesem Gesetz erstmals generell erfasst hat – voll synthetisch, eine Forderung, die ich auch gestern gehört habe. Im EStG 1920 war schon eine generelle, voll synthetische Erfassung von Substanzgewinnen und Verlusten vorgegeben. Nur, was ist passiert? Nun, man muss sagen, ich glaube, die Menschheit hat sich auch nicht sehr verändert: die Steuerpflichtigen haben nur die Verluste geltend gemacht und keine Gewinne deklariert, und der Gesetzgeber hat weniger als ein Jahr später die Bestimmung wieder zurückgenommen und auf Spekulationseinkünfte reduziert. Aber diese Trennung zwischen Kapitalertrag und Substanzgewinn ist für mich in Wahrheit auf diese historische Zufälligkeit zurückzuführen, und es steht nicht wirklich ein dogmatisches Konzept dahinter.

Aber zu den speziellen Fragen der Investmentfondsbesteuerung, die Frage der ausschüttungsgleichen Erträge: Natürlich fiktive Einkünfte – tatsächliche Besteuerung, das ist etwas, was natürlich sehr kritisch zu hinterfragen ist. Die Frage, die Herr Prof. *Ruppe* gestellt hat, war: Wie bekomme ich denn tatsächlich meine ausschüttungsgleichen Erträge? Was ist das wirtschaftliche Konstrukt dahinter? Das wirtschaftliche Konstrukt dahinter ist: der Fonds hat diese Erträge tatsächlich erzielt, mit Ausnahme der pauschal besteuerten, aber die lassen wir dahingestellt, und er hat sie nur noch nicht ausgeschüttet. D. h. im Zeitpunkt der Besteuerung, und der Zeitpunkt für die ausschüttungsgleichen Erträge ist in Deutschland das Ende des Fondswirtschaftsjahres, gibt es die Erträge auf Ebene des Fonds, aber der Anleger hat sie noch nicht, und die Verbindung ist eben diese Fiktion. Wie kann der Anleger zu den Erträgen kommen? Das ist etwas, wo der Anleger ja im Investmentfondsrecht ein Dispositionsrecht hat. Er kann jederzeit die Anteile zurückgeben, und wenn er das genau in dem Zeitpunkt machen würde, in dem die Fiktion eingreift, dann würde er den Wert tatsächlich realisieren, d. h. in dem Punkt hat der Anleger zumindest eine konkrete Möglichkeit, die Erträge tatsächlich zu bekommen. Den zweiten Gedanken, den ich einbringen möchte, ist: dieses gesamte Besteuerungskonstrukt basiert ja auf der Idee der Personengesellschaft, und wenn ich beispielsweise eine vermögensverwaltende KG unterstelle, dann habe ich ja nichts anderes als die Zurechnung der Erträge unabhängig von den Entnahmemöglichkeiten, und ob der Kommanditist jemals zu den zugerechneten Gewinnen kommt oder

nicht, hängt von der zukünftigen Geschäftsentwicklung ab. Und auch da habe ich die Parallele zum Fonds, gebe ich meinen Anteil nicht zurück und lasse ich die Erträge im Fonds weiterwirtschaften und verwirtschaftet der Fonds diese, dann ist das so wie beim Kommanditisten, der seinen Gewinn nicht entnommen hat. Er hat ihn zwar zu versteuern gehabt, aber er kann ihn dann nicht bekommen. Wobei es hierbei schon einen Unterschied gibt: Ich kann die Verluste aus der Investmentfondsbesteuerung nicht geltend machen, während der Kommanditist es, wieder in Abhängigkeit von der Einkunftsart, schon könnte.

Zum Zweiten: Ich war selbst einmal eher kritischer zu den ausschüttungs-gleichen Erträgen – also am Ende des Tages ist es natürlich ein wichtiger Punkt, dass man sie rechtfertigen kann. Aber ich glaube, dass man das aus der Struktur und auch aus der Idee der Investmentbesteuerung mit diesem persongesellschaftsähnlichem Charakter, das dem Transparenzprinzip zu Grunde liegt, rechtfertigen kann. Zur zweiten Frage, der REITs. Die REITs beruhen auf ausländischen Rechtsformen auf der Basis von angloamerikanischen Trusts, denen man im Regelfall Rechtspersönlichkeit und Steuersubjektivität zubilligt, die aber gleichzeitig im Sitzstaat von der Steuerzahlung befreit sind und, sozusagen als Bindeglied, zur Ausschüttung verpflichtet sind. Die Idee dahinter ist eigentlich ähnlich dem deutschen Investmentsteuergesetz, wo man ja auch das Zweckvermögen befreit: man möchte bei der Besteuerung des Anlegers an die Ausschüttung anknüpfen oder die steuerlichen Folgen völlig dem Anleger aufbürden, und den REIT daher steuerfrei belassen. Ich kenne zumindest aus der Literatur die Diskussionen, ob man ein vergleichbares Instrument in Deutschland einführt. In Österreich gibt es nicht wirklich so eine Diskussion, oder zumindest keine sehr weit gediehene Diskussion, diese Rechtsform anzubieten, und ich frage mich auch, ob es wirklich notwendig ist, den REIT noch als eigenständige Rechtsform als Trust neben der Kapitalgesellschaft, und die gibt es ja in Österreich und in Deutschland, anzubieten. Im Grunde genommen sehe ich nicht wirklich die Notwendigkeit, mit Ausnahme der steuerlichen Rahmenbedingungen.

Prof. Dr. Lang

Zum Diskussionsbeitrag von Herrn *Piltz* möchte ich noch anmerken, dass der Verfassungsgerichtshof in Österreich nicht so weit gegangen ist, ein objektives Nettoprinzip einfach aus dem Verfassungsrecht abzuleiten. Vielmehr hat der Verfassungsgerichtshof den Gleichheitsgrundsatz bemüht, nach einem Vergleichspaar gesucht und dann die Rechtfertigungs- und die Verhältnismäßigkeitsebene geprüft. Kerngedanke war, dass der Verfassungsgerichtshof die Eigen- und die Fremdfinanzierung als unterschiedlich angesehen hat und daher es als gleichheitswidrig erachtet hat, in einer derart unterschiedlichen Situation dieselben Rechtsfolgen – nämlich keinen Abzug von Kosten – vorzusehen. Ein generelles Nettoprinzip gibt es allerdings auch in Österreich nicht. Dies hängt vielmehr von der Ausgestaltung der

einfach gesetzlichen Rechtslage in vergleichbaren oder unterschiedlichen Situationen ab.

Gerne möchte ich auch noch an die Überlegungen von *Manfred Mössner* zum Beispiel der Pensionszusage anknüpfen. Das Unbehagen, das bei der aufgezeigten Lösung entsteht, kommt doch daher, dass wir voraussetzen, dass die verdeckte Gewinnausschüttung erst in der Pensionszahlung besteht. Wenn wir einmal die Pensionszahlung als verdeckte Gewinnausschüttung ansehen, sind wir schon beim Zuflussprinzip und bei der nachgelagerten Besteuerung, die erst nach dem Tode des Vaters eintritt. Könnte nicht aber die Pensionszusage selbst Gegenstand der verdeckten Gewinnausschüttung sein? In diesem Fall bestünden keine Bedenken, den zum Zeitpunkt der Pensionszusage noch lebenden Vater als Zurechnungssubjekt der verdeckten Gewinnausschüttung anzusehen. In diesem Fall wäre dann auch die Pensionszusage zu bewerten, vermutlich mit einem deutlich geringeren Wert als die spätere Zahlung. Vielleicht ist dies ein dogmatisch tragfähiger Ansatz, um zu einer vernünftigen Lösung zu kommen.

Prof. Dr. Doralt

Das Beispiel mit der Witwe fasziniert uns offenkundig jetzt alle. Ich habe einen anderen Lösungsansatz. Die Erben, die in die Rechtsstellung des Gesellschafters eintreten und denen man die Rente zurechnet, wenn ich das richtig verstehe, die zahlen die Rente natürlich nicht freiwillig. Wenn ich sie ihnen zurechne, dann müssten es bei ihnen gleichzeitig Sonderausgaben sein, und die Witwe hätte die Rente dann zu versteuern. Das wäre mein Ansatz. Eine andere Frage habe ich noch an Herrn *Wassermeyer*. Sie sagen also, Beteiligungserträge kann nur der Gesellschafter haben, so habe ich Sie, glaube ich, richtig verstanden. Jetzt frage ich Sie, wie sehen Sie den Nießbrauch, den der Gesellschafter einer dritten Person einräumt? Ich glaube nämlich, mich zu erinnern, dass Sie in Ihrer Kommentierung schreiben, es gibt einen Nießbrauch an Beteiligungserträgen. Jetzt würde ich Sie fragen, wie kombinieren Sie die eine Aussage mit der anderen?

Prof. Dr. Lüdicke

Frau *Kirchmayr*, in der Zusammenfassung nach Ihrer interessanten Darstellung der Transparenz meine ich, einige kritische Töne gehört zu haben, insbesondere als Sie einen DAX-Fonds mit einem DAX-Zertifikat verglichen haben. Haben wir uns bei der transparenten Fondsbesteuerung wieder einmal ein ganz hervorragendes Binnensystem ausgedacht, das letztlich grenzüberschreitend nicht wirklich funktioniert und deswegen insbesondere innerhalb Europas zu Problemen führt? Nur zwei Beispiele: Sie haben den § 5 Investmentsteuergesetz angesprochen, wonach der Fonds all die Informationen zur Verfügung stellen muss, die der Anleger braucht, um nachzuweisen, welche Erträge in dem Fonds im Einzelnen anfielen. Wenn der Fonds in ganz Europa

vertrieben wird, wie kann er das nach 25 Länderrechten machen? Das ist fast nicht durchführbar. Die Frage ist letztlich, ob darin auch eine Behinderung der Kapitalverkehrsfreiheit liegt. Ich will das jetzt hier nicht bejahen, sondern nur in den Raum stellen. Und materiell-rechtlich besteht zudem das Problem, dass fast alle Staaten, genauso wie Deutschland – Sie haben es dargestellt – nur die Inlandsfonds als steuerfrei behandeln. Das ist offensichtlich ein Problem. Die EG-Kommission kümmert sich bereits darum. Es ist nach meiner Kenntnis das größte Vertragsverletzungsverfahren, das die Gemeinschaft jemals begonnen hat, wenn ich mich richtig erinnere, gegen 19 Staaten. Dies zeigt, dass neben dem von Ihnen genannten Problem gravierende weitere Probleme bestehen.

Prof. Dr. Kirchmayr

Ich kann das im Prinzip nur unterstreichen, ich sehe es sehr kritisch, und zwar sowohl für den Inlands-, aber natürlich in verstärktem Ausmaß für den Auslandssachverhalt, weil natürlich der deutsche Fonds viel besser gerüstet ist, für den Inlandsmarkt diese ganzen Informationserfordernisse zur erfüllen. Gleichbehandlung war ja eine große Zielsetzung für das Investmentsteuergesetz, und formell werden ja in- und ausländische Fonds gleich behandelt. Aber natürlich kann man sich die Frage stellen, ob die Tatsache, dass der vielleicht in Portugal aufgelegte Fonds, der jetzt in Deutschland vertrieben wird, auch diese Informations- und Bekanntmachungserfordernisse hat, ob das nicht eine mittelbare, verschleierte Beschränkung ist. Es ist am Ende des Tages eine Wertungsfrage, ob man das dem portugiesischem Fonds noch zumuten kann oder nicht. In der deutschen Literatur habe ich eher Zurückhaltung gefunden, und ich würde es jetzt im ersten Schritt einmal eher zurückhaltend sehen, aber es ist für mich auf jeden Fall denkbar. Das Zweite, und das ist für mich eher die rechtspolitische Frage: Zahlt sich das Ganze aus? Ich sage das jetzt weniger als Theoretiker als Praktiker: Ich kann mir das nicht vorstellen, dass sich das auszahlt. Denn es ist ein unglaublicher Aufwand, der da betrieben wird. Meiner Ansicht nach ist der einzige Weg aus der Komplexität heraus der hin zu einer Performancebesteuerung und einer Gleichstellung mit den Zertifikaten. Ich glaube, das wäre auch wirtschaftlich das Sinnvollste.

Prof. Dr. Wassermeyer

Herr Lang, ich meine, wir müssen zwischen § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und § 20 EStG unterscheiden. Wir verstehen den § 8 als eine Gewinnkorrekturvorschrift, d. h. sie setzt voraus, dass eine Pensionsrückstellung gebildet wurde, die den Unterschiedsbetrag i.S. des § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG gemindert hat und die ich deshalb außerhalb der Bilanz dem Unterschiedsbetrag wieder hinzurechne. Deshalb ist also nicht die Zusage die verdeckte Gewinnausschüttung, sondern verdeckte Gewinnausschüttung ist letztlich die Bildung der Rückstellung oder das Eintreten einer Unterschiedsbetragsminderung.

Das ist deshalb interessant, weil wir den § 6a EStG haben: Wir können die Rückstellung nur in den Grenzen des § 6a EStG steuerlich anerkennen. Wenn die Gesellschaft später die Pension wirklich zahlt, dann können die Zahlungen irgendwann die Rückstellung übersteigen. Soweit die den Rückstellungsbetrag übersteigenden Zahlungen als Aufwand geltend gemacht werden, können sie natürlich als verdeckte Gewinnausschüttungen zu qualifizieren sein. Wenn ich aber auf § 20 EStG schaue, dann komme ich eben zum Einnahmenbegriff des § 8 Abs. 1 EStG. Dies habe ich an den Anfang meines Vortrages gestellt: Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist eine Einnahme im Sinne von § 8 Abs. 1 EStG. Insoweit gehe ich davon aus, dass sich die verdeckte Gewinnausschüttung im Privat- und nicht im Betriebsvermögen vollzieht. Deshalb muss ich mich an dem Kriterium der Einnahme i.S. des § 8 Abs. 1 EStG orientieren. Die verdeckte Gewinnausschüttung muss ein geldwerter Vorteil sein, der i.S. des § 11 Abs. 1 EStG zufließt. Der Zufluss beim Gesellschafter liegt in der Regel zeitlich nach dem Abfluss bei der Gesellschaft. Deshalb komme ich also mit einer Lösung, die im Bereich des § 20 EStG auf die Zusage abstellt, nicht weiter.

Herr *Doralt*, gegen Ihre Lösung habe ich nichts einzuwenden. Das Problem liegt allerdings im Sonderausgabenbereich. Wir haben Unterhaltsaufwendungen nur zwischen Eheleuten. Das wirft die Frage auf, ob eine dauernde Last angenommen werden kann. Damit wollte ich mich jetzt nicht befassen. Sollte es eine dauernde Last sein, habe ich kein Problem, das so zu behandeln, wie Sie es behandelt haben.

Ach, die Frage mit dem Nießbrauch. Ich nehme da Bezug auf einen Aufsatz von Herrn *Schön* (*Schön*, Nießbrauch am Gesellschaftsanteil in Gesellschafts- und Steuerrecht, StbJb 1996/97, 45 ff.), der hat das nämlich da sehr schön behandelt: Nur dann, wenn der Nießbraucher im wirtschaftlichen Sinne eine Gesellschafterposition inne hat, ist es möglich, ihn als den Empfänger der verdeckten Gewinnausschüttung zu behandeln. Das entspricht auch der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, für die ich mich in meinem Beitrag eingesetzt habe. An die Gesellschafterposition eines Nießbrauchers werden allerdings relativ hohe Anforderungen gestellt.

Grenzüberschreitende Beteiligungs- und Zinserträge

Prof. Dr. Jürgen Lüdicke
Rechtsanwalt/Steuerberater, Hamburg

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">I. EinführungII. Grenzüberschreitende Zinserträge<ul style="list-style-type: none">1. Abgrenzung zu Beteiligungserträgen2. Beschränkte Steuerpflicht bei Zinserträgen3. Freistellung im Quellenstaat4. Vollzugsdefizite bei grenzüberschreitenden SparzinsenIII. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge<ul style="list-style-type: none">1. Allgemeines2. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge von Kapitalgesellschaften: Freistellung vs. indirekte Anrechnung3. Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung der ausländischen Beteiligungsgesellschaft4. Beteiligungsaufwand | <ul style="list-style-type: none">5. Kapitalrückzahlungen von ausländischer Gesellschaft6. Kapitalertragsteuer bei ausländischen Gesellschaftern7. Besteuerung von Veräußerungsgewinnen vs. Beteiligungserträge<ul style="list-style-type: none">a) Grundkonzeptionen im deutschen Steuerrecht und im DBA-Rechtb) Exkurs: Verdeckte Einlagen nach dem JStG 2007IV. Bruttobesteuerung von Beteiligungs- und Zinserträgen im QuellenstaatV. Anrechnung und Abzug ausländischer Steuer im AnsässigkeitsstaatVI. Unterkapitalisierung, GesellschafterfremdfinanzierungVII. Schlussbemerkung |
|---|--|

I. Einführung

Das Thema „Grenzüberschreitende Beteiligungs- und Zinserträge“ hat eine steuerrechtliche wie auch eine steuerpolitische Dimension. Durch die Debatte der letzten Monate über die sog. Besteuerung von Zinsaufwand und aufgrund verschiedener Regelungen im JStG 2007¹ hat das Thema eine ungeahnte Aktualität erhalten.

Die Zahlungsbilanzstatistik der Deutschen Bundesbank² weist für das Jahr 2005 vom Ausland erhaltene Vermögenseinkommen (Kapitalertragseinnahmen) von insgesamt 133 Mrd. Euro sowie entsprechende Abflüsse an das

¹ Dem bei der Jahrestagung der DStJG am 12.9.2006 gehaltenen Vortrag lag noch der Regierungsentwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007) – BR-Drucks. 622/06 v. 1.9.2006 – zugrunde; das JStG 2007 ist inzwischen in Kraft getreten als Gesetz v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878.

² http://www.bundesbank.de/statistik/statistik_aktuell_aussenwirtschaft.php.

Ausland von 123 Mrd. Euro aus. Darin sind aus dem Ausland bezogene Dividenden von 28 Mrd. Euro und ins Ausland gezahlte Dividenden von 18 Mrd. Euro enthalten. Die grenzüberschreitend gezahlten Zinsen betragen in beiden Richtungen jeweils knapp 100 Mrd. Euro, davon jeweils rund die Hälfte für Anleihen und die andere Hälfte für Kredite.³

Die volkswirtschaftliche Bedeutung dieser grenzüberschreitenden Kapitalerträge steht außer Frage. Steuerpolitisch liegen zwei grundsätzliche Erkenntnisse auf der Hand. Das in diesen Zahlungsströmen zum Ausdruck kommende Einkommen aus Kapital stellt ein durchaus wesentliches Steuersubstrat dar, dessen Besteuerung haushaltspolitisch nicht zu vernachlässigen ist. Andererseits muss jegliche Besteuerung dem Faktum Rechnung tragen, dass auch die zu Grunde liegenden Investitionen und Kapitalströme ein bedeutender volkswirtschaftlicher Faktor – jedoch international sehr beweglich, ja sogar „flüchtig“ – sind. Internationale Steuerplanung ist ein Faktum und als solche auch weder zu beanstanden noch zu unterbinden.⁴

Die nachfolgenden Überlegungen beginnen mit einigen vergleichsweise einfachen Fragestellungen bei der Besteuerung grenzüberschreitender Zinserträge und wenden sich sodann den deutlich komplexeren Problemstellungen bei grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen, namentlich Dividenden, zu. Daran anschließend folgen einige Überlegungen zu Fragen, die sich im Quellenstaat bzw. im Ansässigkeitsstaat für Zins- und Beteiligungserträge in gleicher Weise stellen. Last but not least ist die Gesellschafterfremdfinanzierung als eine der ganz wesentlichen Schnittstellen zwischen Beteiligungserträgen und Zinserträgen zu würdigen.

II. Grenzüberschreitende Zinserträge

1. Abgrenzung zu Beteiligungserträgen

Grenzüberschreitende Zinserträge müssen in vielen Staaten wie auch in Deutschland von Beteiligungserträgen abgegrenzt werden, wenn die Beteiligungserträge wegen ihrer körperschaftsteuerlichen Vorbelastung einer abweichenden Besteuerung unterliegen. Beispielhaft seien hierfür das deutsche Halbeinkünfteverfahren oder das österreichische Halbsatzverfahren genannt.

Während die Abgrenzung vielfach keine weiteren Probleme aufwirft, kann sie sich bei untypischen, mitunter als hybrid bezeichneten Kapitalanlagen als problematisch erweisen. Für das deutsche Steuerrecht sei hierzu beispielhaft

3 <http://www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/zahlungsbilanzstatistik/2006/zahlungsbilanzstatistik092006.pdf>, S. 30 ff.

4 Vgl. speziell zur Steuerplanung beim Einsatz von Kapitalgesellschaften *Spengel*, Gutachten G zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. G 17 f.

auf die Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG verwiesen, nach der – korrespondierend zu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG – Gewinnanteile aus Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist, wie Beteiligungserträge (Dividenden) besteuert werden. Fehlt es an der Beteiligung am Gewinn *und* Liquidationserlös, liegen andere Kapitalerträge und damit Zinsen im weitesten Sinne vor. Es liegt auf der Hand, dass sich die Frage einer solchen Abgrenzung in vielen Staaten in vergleichbarer Weise stellt; sie stellt sich auch für die Anwendung der DBA. Ebenso liegt es auf der Hand, dass die Abgrenzungskriterien in anderen Staaten andere sein können. Dies kann in Ausnahmefällen selbst bei Dividenden einer Kapitalgesellschaft der Fall sein.⁵ Qualifikationskonflikte sind in solchen Fällen unvermeidlich.

Zwei weitere Grenzlinien zwischen Zins- und Beteiligungserträgen sind zu erwähnen, nämlich die Qualifizierung überhöhter Zinsen als verdeckte Gewinnausschüttung und die Gesellschafterfremdfinanzierung. Hierauf ist später zurückzukommen.⁶

2. Beschränkte Steuerpflicht bei Zinserträgen

Deutschland knüpft die beschränkte Steuerpflicht von Kapitalerträgen vielfach an den inländischen Wohnsitz, die inländische Geschäftsleitung oder den inländischen Sitz des Schuldners dieser Kapitalerträge. Dies gilt beispielsweise für Zinsen aus partiarischen Darlehen und Einnahmen aus typisch stillen Gesellschaften.⁷ Um die Besteuerung auch im Verhältnis zu anderen DBA-Staaten zu ermöglichen, ist Deutschland in seiner Abkommenspraxis dazu übergegangen, solche Erträge nicht der Regelung des Art. 11 OECD-MA für Zinsen zu unterstellen, wonach eine Besteuerung regelmäßig ausscheiden oder auf höchstens 10 % begrenzt würde.⁸ Vielmehr wird für derartige gewinnabhängige Zahlungen, die beim Schuldner Betriebsausgaben darstellen, entweder ein deutlich erhöhtes Quellenbesteuerungsrecht oder sogar ein unbegrenztes Besteuerungsrecht vereinbart.⁹

Im Gegensatz zu solchen gewinnabhängigen Zinserträgen unterliegen sog. einfache Darlehenszinsen, die ein inländischer Schuldner zahlt, nicht der beschränkten Steuerpflicht. Da diese Zinsen vielfach ebenfalls Betriebsausgaben darstellen werden, erstaunt der Verzicht auf jegliche Besteuerung auf

5 So können – zum Ausgleich der Geldentwertung – Ausschüttungen brasilianischer Kapitalgesellschaften, die aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses an deren Anteilseigner gezahlt werden, bei der Gesellschaft unter bestimmten Umständen als sog. Eigenkapitalverzinsung abziehbar sein; vgl. *Krabbe* in Debatin/Wassermeyer DBA Brasilien Art. 10 Rz. 12 m. w. N.

6 Unten sub III.3. und VI.

7 § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG.

8 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 11 Rz. 48.

9 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 11 Rz. 48, 51.

den ersten Blick. Ist der Empfänger der Zinsen in einer Steueroase ansässig, können die Zinsen endgültig niedrig besteuert sein oder sogar jeglicher Besteuerung entgehen.

Nachdem einfache Darlehenszinsen vorübergehend der im Jahr 1989 eingeführten und schon nach sechs Monaten wieder abgeschafften sog. kleinen Kapitalertragsteuer von 10 % unterlegen hatten,¹⁰ blieb es bei der Einführung des Zinsabschlags im Jahr 1993 dabei, dass einfache Darlehenszinsen grundsätzlich nicht der beschränkten Steuerpflicht unterliegen. Der Verzicht auf die Besteuerung von einfachen Darlehenszinsen war im Wesentlichen dem Finanzplatz Deutschland und der Sicherung des Zustroms ausländischen Kapitals sowie der DBA-rechtlichen Lage geschuldet.¹¹ Allen gleichheitsrechtlichen Bedenken zum Trotz¹² wird man die Entscheidung angesichts des rechtstatsächlichen Umfelds in anderen Staaten auch heute noch als finanzpolitisch weise bezeichnen können. Eine Besteuerung wäre gegenüber vielen DBA-Partnerstaaten ohne eine Änderung der Abkommen ohnehin nicht durchsetzbar; für eine solche Änderung fehlt es derzeit an einem internationalen Konsens.¹³

Einfache Darlehenszinsen, die an einen ausländischen Gläubiger gezahlt werden, unterliegen allerdings in zwei Fällen ausnahmsweise der beschränkten Steuerpflicht: bei Tafelgeschäften und bei Besicherung der Darlehensforderung durch inländischen Grundbesitz. Die Einbeziehung der im Tafelgeschäft ausgezahlten Zinsen in die beschränkte Steuerpflicht ist vor dem Hintergrund zu sehen und gerechtfertigt, dass anderenfalls die Besteuerung von Steuerinländern bei Tafelgeschäften kaum sicherzustellen wäre; Steuer ausländischer werden kaum auf deutsche Bankschalter angewiesen sein.

Einen genaueren Blick verdient hingegen die Anknüpfung der beschränkten Steuerpflicht an die Besicherung der Darlehensforderung durch inländischen Grundbesitz; diese Besicherung führt selbst dann zur beschränkten Steuerpflicht der Zinsen, wenn weder der Gläubiger noch der Schuldner Inländer

10 § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG i.d.F. des StRefG 1990 v. 25.7.1988, BGBl. I 1988, 1093 – BStBl. I 1988 S. 224 und des HbgJG 1989 v. 20.12.1988, BGBl. I 1988, 2262 – BStBl. I 1989 S. 19; Änderungen wieder aufgehoben durch Gesetz zur Änderung des StRefG 1990 sowie zur Förderung des Mietwohnungsbaus und von Angestellten in Privathaushalten v. 30.6.1989, BGBl. I 1989, 1267 – BStBl. I 1989 S. 251. Zu Einzelheiten vgl. Lüdicke in Lademann, EStG, § 49 Anm. 686 ff.

11 Vgl. BT-Drucks. 12/2501, 12.

12 Vgl. auch Schön, DStJG 23 (2000), S. 191/213 m. w. N.

13 Nicht auszuschließen ist freilich, dass sich entsprechende Forderungen längerfristig durchzusetzen vermögen; vgl. etwa Krause-Junk/Müller in FS Helmut Debatin, 1997, S. 255/265; Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Reform der internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung, Schriftenreihe des BMF, Heft 65 (1999), S. 69 ff., 112 ff.; ähnlich McLure, Tax Policies for the XXIst Century, in IFA Congress Vol. 21d (1996), Visions of the Tax Systems of the XXIst Century, S. 9/44.

sind, die Zinsen mit anderen Worten vom Ausland ins Ausland gezahlt werden. Die altehrwürdige Regelung¹⁴ überzeugt weder systematisch noch im Ergebnis. Zwar legt das Abstellen auf inländischen Grundbesitz einen Gedanken an das international anerkannte Belegenheitsprinzip¹⁵ nahe. Bei Lichte betrachtet fehlt es indessen an jeglichem Bezug zwischen dem Zinsertrag und dem Grundbesitz. Dementsprechend ändert die Besicherung auch nichts an der Anwendbarkeit des Zinsartikels der DBA¹⁶ auf die Zinsen mit der Folge des weitgehenden Ausschlusses des deutschen Besteuerungsrechts. Rechtsvereinigung bietet sich an.¹⁷

3. Freistellung im Quellenstaat

Das OECD-MA schlägt in Art. 11 Abs. 2 ein auf 10 % des Bruttobetragtes der Zinsen begrenztes Quellenbesteuerungsrecht vor. Die moderne Staatenpraxis tendiert zumindest zwischen Industriestaaten dazu, dem Quellenstaat für einfache Darlehenszinsen keinerlei Besteuerungsrecht einzuräumen.¹⁸ Bei gewinnabhängigen Vergütungen, etwa aus partiarischen Darlehen oder stillen Beteiligungen, behält Deutschland sich, ebenso wie etliche andere Staaten, allerdings häufig ein begrenztes oder sogar unbegrenztes Quellenbesteuerungsrecht vor.¹⁹

Auch innerhalb der Europäischen Union bestehen Bestrebungen, die Quellenbesteuerung zu reduzieren. So ist seit 2004 nach der Richtlinie über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (Zins-/Lizenzrichtlinie – ZLRL)²⁰ in gewissen Konzernfällen die Erhebung von Quellensteuern auf Zinsen und Lizenzzahlungen ausgeschlossen. Allerdings gilt dies nur im Verhältnis zwischen unmittelbarer Mutter- und Tochtergesellschaft sowie zwischen Schwestergesellschaften.

14 Vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 6 EStG 1925; § 49 Nr. 5 EStG 1934; kritisch bereits *E. Becker*, Die Grundlagen der Einkommensteuer, 1940 (Reprint 1982), S. 152 f.

15 Vgl. Art. 6 und Art. 13 Abs. 1 OECD-MA als Ausdruck dessen.

16 Art. 11 OECD-MA.

17 Die Regelung wurde früher ggü. den Niederlanden durch eine Sonderbestimmung im DBA Deutschland-Niederlande (Art. 4 Abs. 3 a. F.) „abgesichert“; nachdem die Niederlande eine entsprechende nationale Bestimmung zur beschränkten Steuerpflicht zum 1.1.1987 gestrichen hatten und Steuerpflichtige dies steuerplanerisch nutzten, um durch Besicherung von Forderungen mit niederländischem Grundbesitz jeglicher Besteuerung zu entgehen, wurde das DBA durch Änderungsprotokoll v. 21.5.1991 zu Recht geändert (vgl. im Einzelnen *Galavazi* in *Debatin/Wasermeyer*, DBA Niederlande Art. 4 Rz. 70). Die Abschaffung der unsinnigen beschränkten Steuerpflicht derartiger Fälle auch in Deutschland wurde indessen nicht einmal in Erwägung gezogen.

18 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 11 Rz. 48.

19 So oben Fn. 9.

20 Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 3.6.2003, Abl. EG L 157/49 v. 26.6.2003.

Der in der DBA-Praxis und der Zins-/Lizenzrichtlinie zum Ausdruck kommende Konsens der Industriestaaten, auf eine Quellenbesteuerung einfacher Darlehenszinsen zu verzichten, dürfte auf absehbare Zeit unumkehrbar sein. Für den Besteuerungsverzicht spricht nicht zuletzt die ansonsten bestehende Gefahr einer Überbesteuerung im Quellenstaat. Bei der aus Praktikabilitätsgründen üblichen abgeltenden Bruttobesteuerung von den Einnahmen ist eine Überbesteuerung in all den Fällen vorgezeichnet, in denen die Darlehensgewährung, die den grenzüberschreitenden Zinserträgen zu Grunde liegt, ihrerseits refinanziert ist.²¹ Die erzielbare Marge wird in aller Regel niedriger sein als ein noch so bescheidener Quellensteuerabzug von beispielsweise 10 %.

4. Vollzugsdefizite bei grenzüberschreitenden Sparzinsen

Die Behandlung grenzüberschreitender Zinserträge wäre ohne einen Hinweis auf spezifische Vollzugsdefizite zweifellos unvollständig, zumal wir es hier ersichtlich nicht nur mit einem deutschen, sondern mit einem weltweiten Phänomen zu tun haben.

Ob dem Phänomen in absehbarer Zeit durch eine Harmonisierung der Quellenbesteuerung in wichtigen Industriestaaten beizukommen ist²², erscheint bei realistischer Betrachtung eher zweifelhaft. Stellt schon die Einigung der wesentlichen Industriestaaten eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar, so dürften selbst nach einem solchen Schritt genügend Lücken verbleiben. Für diese Einschätzung sprechen auch erste Erfahrungen mit der seit Juli 2005 in Kraft getretenen Richtlinie über private Ersparniszinsen der EU,²³ die immerhin auch in einigen angrenzenden Steueroasen angewendet wird.²⁴ Nach Presseberichten²⁵ bleiben die aufgrund der Zinsenrichtlinie erhobenen Steuern deutlich hinter den Erwartungen zurück. Dazu dürften auch innovative Produkte beitragen, welche von der Zinsenrichtlinie schlicht nicht erfasst sind.²⁶ Letztlich zeigen diese Erfahrungen,

21 So auch OECD-MK zu Art. 11 Tz. 7.1.

22 Vgl. den Vorschlag des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesfinanzministerium in seinem Jahresgutachten 1998 (a. a. O., Fn. 13), S. 69 ff., 112 ff.

23 Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 3.6.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, ABLEG L 157/38 v. 26.6.2003; die Zinsrichtlinie findet auch in abhängigen und assoziierten Gebieten Anwendung (vgl. Erwägungsgrund Nr. 24, Art. 7 und Art. 17 Abs. 2 (ii) der Richtlinie; ferner § 16a der Zinsinformationsverordnung – ZIV v. 26.1.2004, BGBl. I 2004, 428). Vgl. auch *Seiler/Lohr*, DStR 2005, 537.

24 Andorra, Liechtenstein, Monaco, San Marino, Schweiz. Zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Schweiz vgl. eingehend *Hinny* in Lüdicke (Hrsg.), *Europa-recht – Ende der nationalen Steuersouveränität?*, 2006, S. 45/68 ff.

25 „Zinssteuer fließt spärlich“, Handelsblatt, 8.2.2006, S. 29.

26 Vgl. auch die Kleine Anfrage v. 30.3.2006 sowie die Antwort der Bundesregierung v. 19.4.2006 zur „Anwendung der EU-Zins-Steuer-Richtlinie und massiver Kapi-

dass punktuelle Regelungen, welche wirtschaftlich ähnliche oder vergleichbare Sachverhalte nicht erfassen, im internationalen ebenso wie im rein nationalen Kontext problematisch sind.

III. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge

1. Allgemeines

Bei grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften ist – nicht anders als bei innerstaatlichen Beteiligungserträgen – die Grundproblematik darin zu sehen, dass zur Besteuerung des Gewinns der Kapitalgesellschaft als weitere Ebene die Besteuerung des Gesellschafters hinzutritt. Der Gesellschafter wiederum wird traditionellerweise sowohl vom Staat der ausschüttenden Gesellschaft als auch von seinem Ansässigkeitsstaat besteuert. Um es vorweg zu nehmen: Die hieraus zwangsläufig folgenden Probleme sind bis heute weder bei Beteiligungserträgen von natürlichen Personen²⁷ noch bei Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften gelöst.

Im Ausgangspunkt besteht freilich weitgehend Konsens: Die Kapitalgesellschaft unterliegt mit ihren thesaurierten und ihren ausgeschütteten Gewinnen einer selbstständigen Körperschaftsteuer.²⁸ Hiervon geht auch das OECD-Musterabkommen aus.²⁹ Mit diesem Grundkonzept sind nicht nur ein klassisches Körperschaftsteuersystem sowie Shareholder-Relief-Systeme vereinbar, sondern auch ein körperschaftsteuerliches Anrechnungssystem.³⁰

Allerdings muss die Körperschaftsteuer auch in einem Anrechnungssystem im grenzüberschreitenden Fall als endgültige Steuer auf den Gewinn der Kapitalgesellschaft verstanden werden. Dadurch ist sichergestellt, dass die im Ansässigkeitsstaat oder in einem Betriebsstättenstaat von der Kapitalgesellschaft erzielten Gewinne dort – unabhängig von der persönlichen Situation der Anteilseigner – endgültig besteuert werden. Dieses Verständnis schließt zwar innerhalb der EU die Notwendigkeit einer grenzüberschrei-

talabfluss aus Europa nach dem mittleren und fernen Osten“, BT-Drucks. 16/1104 und 16/1257.

27 Zur Besteuerung von Dividenden natürlicher Personen im Binnenmarkt vgl. Mitteilung der Kommission v. 19.12.2003, KOM(2003) 810 endgültig.

28 In diesem Sinne bereits *Knobbe-Keuk* in FS Franz Klein, 1994, S. 347/358; vgl. auch *Frotscher*, Körperschaftsteuer, 2004, S. 7 ff., Tz. 10 ff.

29 *Wassermeyer* in *Debatin/Wassermeyer* MA Art. 10 Rz. 12.

30 Übersichten über die in verschiedenen Staaten angewendeten Systeme finden sich bei *Hey* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einf. KStG, Anm. 230 ff. (Stand 1999), bei *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung², S. 116 ff., sowie bei *Vann*, General Report, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIIa (2003), S. 21 ff.; vgl. zum deutschen Landesbericht auch *Djanani/Herbener*, IStR 2003, 506.

tenden Anrechnung in Situationen wie in den Rechtssachen *Manninen*³¹ und *Meilicke*³² nicht aus.³³ Es begrenzt diese Anrechnung durch den Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters jedoch richtigerweise auf die Höhe der individuellen Steuer des Gesellschafters; eine Erstattung der ausländischen Körperschaftsteuer durch den Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters ist nach diesem Verständnis weder notwendig noch angebracht.³⁴ Ebenso wenig ist der Ansässigkeitsstaat der ausschüttenden Kapitalgesellschaft gehalten, einem ausländischen Gesellschafter Körperschaftsteuer im Wege der Vollanrechnung zu erstatten, wenn diese den Betrag der von dem nur beschränkt steuerpflichtigen Gesellschafter geschuldeten Steuer übersteigt.³⁵ Bis zur Höhe der von dem ausländischen Gesellschafter erhobenen Steuer muss freilich eine Anrechnung gewährt werden, wenn die Körperschaftsteuer – mindestens – bis zu dieser Höhe auch im Inlandsfall zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung angerechnet wird.³⁶

Es entspricht seit Jahrzehnten deutscher Tradition, die Vorbelastung von Dividenden mit Körperschaftsteuer zu berücksichtigen – bis zum Jahr 2000 mit Ausnahme der Schachteldividenden allerdings nur bei Vorbelastung mit *deutscher* Körperschaftsteuer. Lösungsansätze waren der gespaltene Körperschaftsteuersatz bis 1976³⁷, das Anrechnungsverfahren und derzeit das Halbeinkünfteverfahren einschließlich der körperschaftsteuerlichen Beteiligungsertragsbefreiung. Sämtliche Lösungsansätze sind bei grenzüber-

31 EuGH v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02, *Manninen*, Slg. 2004, I-7477, 7498.

32 Anh. Rs. C-292/04; Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano* v. 10.11.2005, Tz. 20 ff.

33 Die unterschiedslose Berücksichtigung der Vorbelastung von Dividenden mit inländischer wie mit ausländischer Körperschaftsteuer im Halbeinkünfteverfahren lässt nachträglich erkennen, dass die Nichtberücksichtigung ausländischer Körperschaftsteuer im Anrechnungsverfahren weder in der Sache noch gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt war; so auch *Mössner* in Lüdicke (Hrsg.), *Internationale Aspekte der Unternehmenssteuerreform, 2001*, S. 27/51. Angesichts dessen erscheint die im EuGH-Verfahren in der Rs. *Meilicke* (C-292/04) begehrte (einzel-fallbezogene) Berücksichtigung der ausländischen Körperschaftsteuer durch Anrechnung umso folgerichtiger.

34 So jetzt ausdrücklich EuGH v. 12.12.2006 – Rs. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rz. 52.

35 So jetzt EuGH v. 12.12.2006 – Rs. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rz. 59, mit der zutreffenden Begründung, dass anderenfalls der Staat der ausschüttenden Gesellschaft „auf sein Recht zur Besteuerung eines Einkommens, das durch eine in seinem Hoheitsgebiet ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit erzielt wurde, verzichten muss“.

36 So EFTA-Gerichtshof v. 23.11.2004, Rs. E-1/04, Rz. 10: „The practical result of the imputation system is that dividends are tax-free in the hand of shareholders with general tax liability in Norway and will only be taxed in the company's hand at a rate of 28 per cent.“, insoweit in der nicht amtlichen Übersetzung in ISTR 2005, 55 nicht abgedruckt.

37 Überblick bei *Seer*, *Die Entwicklung der GmbH-Besteuerung*, Köln, 2005, S. 67 f. m. w. N.

schreitenden Beteiligungserträgen mit Schwierigkeiten behaftet. Mangels internationaler Koordination müssen sie unvollkommen bleiben. Realistischerweise ist freilich selbst innerhalb der Europäischen Union auf absehbare Zeit nicht mit einer Harmonisierung zu rechnen.³⁸

Ein gewisser Konsens ist bei der Quellenbesteuerung von Dividenden zu verzeichnen. Jedenfalls bei Streubesitzdividenden pflegen die Staaten an der Quelle zu besteuern. Die Quellensteuer wird in den DBA üblicherweise auf 15 % begrenzt. Im Vergleich mit der Zinsbesteuerung, bei der sich jedenfalls zwischen Industriestaaten ein Nullsatz durchgesetzt hat, erstaunt dieser Befund. Immerhin stammen die Dividenden aus im Quellenstaat bereits versteuertem Einkommen der Kapitalgesellschaft, während die Zinsen regelmäßig die Bemessungsgrundlage im Quellenstaat gemindert haben. So führt auch der amtliche Kommentar der OECD zutreffend aus, dass eine Besteuerung ausschließlich im Ansässigkeitsstaat dem Wesen der Dividenden am besten entspreche, um dann freilich resignierend festzustellen, es wäre „unrealistisch zu erwarten, dass jegliche Besteuerung der Dividenden an der Quelle aufgegeben wird“.³⁹

Für konzerninterne Dividenden erkennen inzwischen viele Staaten an, dass jedenfalls bei qualifizierten Schachtelbeteiligungen eine Mehrfachbesteuerung der Gewinne vermieden werden sollte. Dies erfordert in jedem Fall den vollständigen Verzicht auf eine Quellenbesteuerung von Schachteldividenden. Innerhalb der Europäischen Union ist dieses Ziel seit 1992 durch die Mutter-/Tochter-Richtlinie im Wesentlichen erreicht.⁴⁰ In der deutschen Abkommenspraxis ist die Vereinbarung eines Nullsatzes für Schachteldividenden hingegen erst seit wenigen Jahren und nur gegenüber ausgewählten Staaten zu beobachten.⁴¹ Diese Tendenz könnte sich zwischen Industriestaaten allerdings in der nächsten Zeit aufgrund der neueren US-amerikanischen Abkommenspolitik verstärken, bei Ausgewogenheit des Abkommens für Konzernbeteiligungen⁴² auf die für Schachteldividenden im US-Muster-

38 Vgl. auch die insofern nicht allzu optimistische Mitteilung der Kommission v. 19.12.2006, KOM(2006) 823 endgültig, in welcher bereits in der Einleitung einige selbst bei Einführung einer Gemeinsamen Konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB/CCCTB) weiterbestehende Probleme angerissen werden.

39 OECD-MK zu Art. 10 Tz. 6.

40 Richtlinie Nr. 90/435/EWG des Rates über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten v. 23.7.1990, Abl. EG L 225/6 v. 20.8.1990.

41 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 10 Rz. 67.

42 Allerdings Beteiligungsgrenze von 80 %; vgl. Art. 10 Abs. 3 DBA Deutschland-USA i.d.F. des Entwurfs des Gesetzes zu dem Protokoll vom 1.6.2006 zur Änderung des am 29.8.1989 unterzeichneten Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der

abkommen 2006⁴³ grundsätzlich vorgesehene Quellensteuer in Höhe von 5 % zu verzichten.

2. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge von Kapitalgesellschaften: Freistellung vs. indirekte Anrechnung

Im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft wird die konzerninterne Doppelbelastung mit Körperschaftsteuer je nach dessen Tradition⁴⁴ entweder durch Freistellung der Dividenden oder durch indirekte Anrechnung der von der Tochtergesellschaft gezahlten Körperschaftsteuer vermieden.⁴⁵ Beide Verfahren können auf qualifizierte Beteiligungen beschränkt sein oder von der ersten Aktie an gewährt werden. So hat beispielsweise Deutschland bis zum Jahr 2000 die DBA-Schachtelfreistellung ebenso wie die in Nicht-DBA-Fällen unilateral gewährte indirekte Körperschaftsteueranrechnung⁴⁶ an eine 10 %ige Beteiligung geknüpft und zum Teil unter das zusätzliche Erfordernis eines Aktivitätsvorbehalts gestellt. Seit 2001 stellt § 8b Abs. 1 KStG in- und ausländische Dividenden unabhängig von jeder Beteiligungsquote frei, um jegliche Doppelbelastung mit Körperschaftsteuer zu vermeiden. Gewerbesteuerlich ist es – auf politischen Druck der Gemeinden – allerdings bei der Schachtelgrenze von 10 % geblieben.⁴⁷

Mit Blick auf die im angelsächsischen Rechtskreis übliche indirekte Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer wird auch in Deutschland gelegentlich diskutiert, ob wir von der Beteiligungsertragsbefreiung zur indirekten Anrechnung übergehen sollten. Die dazu ins Feld geführten Argumente sollen an dieser Stelle nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Nur so viel: Die indirekte Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer ist als Arbeitsbeschaffungsprogramm nicht zu unterschätzen. Angesichts der heutzutage häufig anzutreffenden tiefen Konzerngliederung könnte eine solche indirekte Körperschaftsteueranrechnung jedenfalls nicht auf der ersten oder zweiten Stufe ausländischer Tochtergesellschaften Halt machen, ohne zu erheblichen Verwerfungen und Gerechtigkeitsdefiziten zu führen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine indirekte Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer statt der Freistellung der Dividenden selbst dann nicht zwingend eingeführt werden müsste, wenn Deutschland in seiner Abkom-

Steuern vom Einkommen und vom Vermögen und einiger anderer Steuern, BT-Drucks. 16/2708.

43 United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006, <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/model006.pdf>.

44 Vgl. auch die umfangreichen Ausführungen im OECD-MK zu Art. 10 Tz. 40 ff. zu den „Auswirkungen der Besonderheiten des innerstaatlichen Steuerrechts einiger Staaten“ auf abkommensrechtliche Bestimmungen zur Dividendenbesteuerung.

45 Art. 4 Abs. 1 Mutter-/Tochter-Richtlinie lässt wahlweise die Freistellung der Dividenden oder die indirekte Körperschaftsteueranrechnung zu.

46 § 26 Abs. 2 KStG a. F.

47 Vgl. § 9 Nr. 2a, 7 und 8 GewStG.

menspolitik allgemein von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode übergehen würde.⁴⁸

3. Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung der ausländischen Beteiligungsgesellschaft

Beteiligungsertragsbefreiung und Halbeinkünfteverfahren bezwecken die Vermeidung bzw. Abmilderung der Doppelbelastung mit Ertragsteuern, welche aus der steuerlichen Selbstständigkeit der Beteiligungsgesellschaft als eigenständigem Körperschaftsteuersubjekt herrührt. Inlands- und Auslandsfall unterscheiden sich insoweit im Ausgangspunkt nicht. Anders als bei Dividenden von inländischen Gesellschaften, liegt die tatsächliche Vorbelastung bei ausländischen Gesellschaften freilich außerhalb der Reichweite der deutschen Steuergesetze. An dieser Stelle hat der Gesetzgeber eine bemerkenswerte Grundentscheidung getroffen: Die vollständige bzw. hälftige Steuerbefreiung der Dividende nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b Abs. 1 KStG wird ohne Rücksicht auf die tatsächliche steuerliche Vorbelastung gewährt.⁴⁹ Diese Lösung erspart zweifelsfrei umfangreichen Ermittlungsaufwand, der anderenfalls beim Bezug ausländischer⁵⁰ Beteiligungserträge von Nöten wäre.

Die soeben dargestellte Grundentscheidung wird freilich durch zwei wesentliche Maßnahmen flankiert – die eine *de lege lata* und die andere *de lege ferenda*.⁵¹

De lege lata kommt seit 2001 der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Außensteuergesetz die zusätzliche Funktion zu, die ausreichende steuerliche Vorbelastung von Erträgen ausländischer Körperschaften bei passivem Erwerb sicherzustellen. Im Hinblick auf den anschließenden Vortrag zur Hinzurechnungsbesteuerung⁵² ist an dieser Stelle auf Einzelheiten und Probleme der Hinzurechnungsbesteuerung nicht weiter einzugehen. Im hier

48 So kennen auch andere Staaten trotz genereller Vermeidung der internationalen *rechtlichen* Doppelbesteuerung mittels der Anrechnungsmethode die Freistellung von Schachteldividenden; vgl. für Schweden etwa Art. 23 Abs. 2 und Abs. 3 DBA Deutschland-Schweden, dazu *Lüdicke* in Debatin/Wassermeyer, DBA Schweden Art. 23 Rz. 100 ff.

49 Zur vorübergehend diskutierten Frage, ob hierin ein Verstoß gegen den EU-Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung liegt, vgl. *Desens*, IStR 2003, 613/614 f.

50 Im Einzelfall sind allerdings auch inländische Beteiligungserträge ohne Vorbelastung denkbar, etwa bei Ausschüttung steuerfrei bezogener Investitionszulagen oder bei DBA-befreiten Einkünften, welche auch im Ausland tatsächlich nicht oder nur unwesentlich besteuert wurden.

51 Das zum Zeitpunkt des Vortrags am 12.9.2006 erst im Entwurf vorliegende Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007) ist inzwischen in Kraft getreten (Gesetz v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878).

52 Vgl. S. 319 ff.

interessierenden Zusammenhang ist allerdings festzuhalten, dass die Funktion der Sicherstellung einer ausreichenden steuerlichen Vorbelastung von Auslandsdividenden allenfalls zufälliges, wenngleich häufiges Ergebnis der Anwendung der Hinzurechnungsvorschriften sein kann. So findet nämlich die Hinzurechnungsbesteuerung unter den näheren Voraussetzungen der §§ 7 ff. AStG im Zeitpunkt der Erzielung der passiven Einkünfte durch die ausländische Zwischengesellschaft statt, auch wenn diese Erträge niemals an einen unbeschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner ausgeschüttet werden. Umgekehrt sind tatsächlich erzielte Beteiligungserträge beim inländischen Anteilseigner auch dann nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b Abs. 1 KStG begünstigt, wenn die zu Grunde liegenden Gewinne der ausländischen Gesellschaft passiver Natur und niedrig besteuert sind, aber im Zeitpunkt ihrer Erzielung – warum auch immer – keine deutsche Hinzurechnungsbesteuerung ausgelöst haben.

*De lege ferenda*⁵³ sieht das JStG 2007 vor, durch Ergänzung des § 3 Nr. 40 Buchst. d EStG und § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG die Begünstigungen für sonstige Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG und für Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 9 2. Halbsatz EStG davon abhängig zu machen, dass dieselben das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben. Nach der Gesetzesbegründung zielt die Regelung auf verdeckte Gewinnausschüttungen ab, die bei der Beteiligungsgesellschaft – aus welchen Gründen auch immer – als abziehbare Betriebsausgabe behandelt werden.⁵⁴ Dasselbe soll für DBA-Schachteldividenden gelten.⁵⁵ Dabei soll es bei ausländischen Beteiligungsgesellschaften auf die Behandlung nach dem ausländischen Steuerrecht ankommen. Ein derartiges materiellrechtliches Korrespondenzprinzip, welches man auch als Qualifikationsverkettung bezeichnen könnte, war dem Gesetz bislang in Inlandsfällen und erst recht in grenzüberschreitenden Fällen fremd.⁵⁶ Ist die ausländische Beteiligungsgesellschaft ihrerseits in mehreren ausländischen Staaten steuerpflichtig, wird die Frage zu klären sein, auf das Steuerrecht welches Staates es dabei ankommen soll.

Notabene: Die Gesetzesänderung wird vermutlich auch dazu dienen, mit gewisser Verspätung eine Regelung in dem BMF-Schreiben vom 15. Juli 2004⁵⁷ zur Neufassung des § 8a KStG zu salvieren. Die Finanzverwaltung wollte darin beim inländischen Gesellschafter die Umqualifizierung von

53 Siehe Fn. 51.

54 Vgl. Regierungsentwurf des JStG 2007, BR-Drucks. 622/06, Einzelbegründung zu § 3 Nr. 40 Buchst. d EStG-E, S. 65, und zu § 8b Abs. 1 KStG-E, S. 119.

55 § 8b Abs. 1 Satz 3 KStG-E, dazu BR-Drucks. 622/06, S. 119 f. Infolge der Verweisung auf die Rechtsfolge des Satz 2 der Vorschrift wird die Einschränkung des DBA-Schachtelprivilegs nur für darunter fallende verdeckte Gewinnausschüttungen gelten; ebenso *Grotherr*, RIW 2006, 898/901.

56 Insgesamt kritisch *Grotherr*, RIW 2006, 898/900 f.

57 BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004 S. 593, Tz. 27.

Zinsen, welche eine unterkapitalisierte ausländische Gesellschaft zahlt, in eine verdeckte Gewinnausschüttung u. a. davon abhängig machen, dass der ausländische Staat im Rahmen seiner Besteuerung diese Zinsen seinerseits umqualifiziert und nicht zum Abzug zulässt. Für diese Qualifikationsverketzung war bislang eine gesetzliche Grundlage nicht erkennbar.⁵⁸

Hiervon abgesehen erscheint das generelle Anliegen des Gesetzentwurfs rechtspolitisch verständlich, Halbeinkünfteverfahren und Beteiligungsertragsbefreiung für verdeckte Gewinnausschüttungen zu versagen, wenn dieselben bei der Beteiligungsgesellschaft nicht ebenfalls als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt worden sind, sondern ihren Gewinn gemindert haben.

Die in dem ursprünglichen Gesetzentwurf noch enthaltene Problematik von verdeckten Gewinnausschüttungen in Dreiecksverhältnissen⁵⁹, die in dem diesem Beitrag zugrunde liegenden Vortrag ausführlicher behandelt wurde, sucht die endgültige Gesetzesfassung durch Ergänzungen in § 3 Nr. 40 Buchst. d Satz 3 EStG und § 8b Abs. 1 Satz 4 KStG zu vermeiden.

4. Beteiligungsaufwand

Die steuersystematisch zutreffende Behandlung von Aufwand des Gesellschafters im Zusammenhang mit seiner Beteiligung erweist sich schon im rein nationalen Kontext als schwierig.⁶⁰ Bei grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen liegt es auf der Hand, dass die internationale Zuordnung des Beteiligungsaufwands im nationalen Alleingang nicht befriedigend zu bewerkstelligen ist.⁶¹

Es stellen sich zwei grundsätzliche Fragen. Ist bei grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen die Berücksichtigung von Beteiligungsaufwand jeden-

58 Zu Recht kritisch auch *Frotscher*, KStG/UmwStG-Kommentar, § 8a KStG Rz. 33 a.E.; *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 11 Rz. 85; *Grotherr*, RIW 2006, 898/900.

59 Kommt der von der ausländischen Beteiligungsgesellschaft verdeckt gewährte Vorteil nicht dem inländischen Gesellschafter, sondern einer ihm nahe stehenden Person zugute, hätte die im Gesetzentwurf noch enthaltene Regelung zu einer völlig unsystematischen und nicht zu rechtfertigenden Besteuerung des Gesellschafters führen können. Als Beispiel wäre die Vorteilsgewährung zwischen ausländischen Tochtergesellschaften zu nennen. Entgegen der Intention der Entwurfsverfasser würden nicht weiße Einkünfte verhindert, sondern eine internationale Doppelbesteuerung begründet.

60 Auf die Problematik der hälftigen Versagung des Abzugs von Beteiligungsaufwand soll hier nicht näher eingegangen werden; kritisch etwa *Hey*, DStJG Sonderband (2001), Unternehmenssteuerreform, S. 20 f.; *Schön*, StuW 2000, 151/154; *von Beckerath* in *Kirchhof*, EStG⁵, § 3c Rz. 27 ff.; *Seiler*, Gutachten F zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. F 55.

61 *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht¹⁸, § 11 Rz. 39.

falls durch einen der beiden Staaten überhaupt angezeigt? Diese Frage muss eindeutig bejaht werden. Die Richtigkeit lässt sich mit folgender Kontrollüberlegung belegen: Wenn beide Staaten – wie Deutschland – im rein innerstaatlichen Fall trotz Beteiligungsertragsbefreiung Aufwand übereinstimmend zum Abzug zulassen, kann dies im grenzüberschreitenden Fall nicht von *beiden* Staaten ohne Systembruch *a limine* ausgeschlossen werden.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Staat des Gesellschafters oder der Staat der Gesellschaft den Beteiligungsaufwand berücksichtigen soll. Wenn ein Steuersystem wie das unsere trotz der Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG Beteiligungsaufwand des Gesellschafters im Grundsatz zum Abzug zulässt, mag es auf den ersten Blick nahe liegen, dies auf Fälle zu beschränken, in denen die Beteiligungserträge aus im Inland versteuertem Einkommen der Kapitalgesellschaft stammen. Warum – so lässt sich fragen – sollte Aufwand, der mit lediglich im Ausland versteuertem Einkommen der Beteiligungsgesellschaft im Zusammenhang steht, zum Abzug zugelassen werden? Eine solcherart differenzierende Regelung hatten bekanntlich die Niederlande bis zur *Bosal*-Entscheidung des EuGH.⁶² An dieser Stelle soll die *gemeinschaftsrechtliche* Gleichbehandlungsproblematik nicht näher behandelt werden, zumal der EuGH zwischenzeitlich in der Rechtssache *Keller Holding*⁶³ die von ihm entwickelten Grundsätze bestätigt und auf das frühere deutsche Zusammenspiel zwischen § 3c EStG und den DBA-Schachtelprivilegien angewendet hat.⁶⁴

Als Alternative kommt die Berücksichtigung des Beteiligungsaufwands im Staat der Gesellschaft in Betracht.⁶⁵ Ihr stehen erhebliche praktische Probleme entgegen. Ein Abzug bei der Kapitalgesellschaft scheidet offensichtlich aus. Der Beteiligungsertrag des Gesellschafters wird im Zweifel keiner oder allenfalls einer begrenzten Quellenbesteuerung unterliegen.⁶⁶ Ein möglicher Entlastungseffekt wäre insofern begrenzt. Sofern der Beteiligungsaufwand einen – steuerpflichtigen – Beteiligungsertrag übersteigt, stellte sich die Frage, ob der steuerliche Verlust womöglich mit zufällig vorhandenen anderweitigen inländischen Einkünften im Quellenstaat verrechnet oder vorgetragen werden könnte.

Dies alles zeigt, dass die durch den EuGH erzwungene Gleichbehandlung des Beteiligungsaufwands bei Auslands- und bei Inlandsbeteiligungen im

62 EuGH v. 18.9.2003 – Rs. C-168/01, *Bosal Holding*, Slg. 2003, I-9401.

63 EuGH v. 23.2.2006 – Rs. C-471/04, *Keller Holding*, IStR 2006, 235 m. Anm. *Forstboff*, S. 222, und *Lüdicke/Hummel*, IStR 2006, 694.

64 Dem EuGH folgend zu § 8b Abs. 5 KStG (2002) nun auch BFH v. 9.8.2006 – I R 95/05, IStR 2006, 864; auf die im entschiedenen Fall relevante Problematik der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber einem Drittstaat soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

65 Hierfür möglicherweise *Hey* in Tipke/Lang, Steuerrecht¹⁸, § 11 Rz. 39.

66 Vgl. Art. 10 Abs. 2 OECD-MA, Art. 4 Abs. 2 Mutter-/Tochter-Richtlinie.

Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters auch generell durchaus einiges für sich hat.

5. Kapitalrückzahlungen von ausländischer Gesellschaft

Beteiligungserträge gehören gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen, soweit bei der ausschüttenden Körperschaft das steuerliche Einlagekonto i. S. des § 27 KStG als verwendet gilt. Entsprechendes galt unter dem Anrechnungsverfahren für Ausschüttungen aus dem sog. EK 04.⁶⁷ Derartige Einlagerückzahlungen sind vom Gesellschafter mit dem Beteiligungsansatz zu verrechnen; übersteigen Sie den Beteiligungsansatz, werden sie steuerpflichtig, sofern sie in einem Betriebsvermögen des Gesellschafters anfallen oder der Gesellschafter i. S. des § 17 EStG beteiligt ist.⁶⁸ Im Ergebnis werden derartige Einlagerückzahlungen bis zur Höhe des Beteiligungsansatzes nicht wie Gewinnausschüttungen, sondern wie Rückzahlungen von Nennkapital behandelt. Dieser Gleichklang ist sachgerecht, weil auch die Rückzahlung von sonstigen Einlagen keinen Ertrag aus der Beteiligung darstellt.

Im grenzüberschreitenden Fall besteht die Gefahr, dass dieser Gleichklang verfehlt wird, obwohl er in der Sache ebenso angemessen wäre. Aus deutscher steuerlicher Sicht liegt die Schwierigkeit darin, dass nach dem Steuerrecht des ausländischen Staates die nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen der Gesellschafter regelmäßig nicht in vergleichbarer Weise festgestellt und fortgeschrieben werden. Der BFH hat eine Einlagenrückgewähr ausländischer Gesellschaften bislang in den Fällen anerkannt, in denen sich die Rückzahlung der Einlage hinlänglich klar aus der *handelsrechtlichen* Behandlung bei der Gesellschaft nach ausländischem Recht ergab.⁶⁹

Der Gesetzgeber will das Problem für den Bereich der EU durch eine im SEStEG⁷⁰ vorgesehene Ergänzung des § 27 KStG regeln, um eine derzeit recht offensichtliche Benachteiligung der Beteiligung an ausländischen Kapitalgesellschaften zu beseitigen. Der Gesetzentwurf macht freilich den erheblichen Regelungsaufwand deutlich, mit welchem der Gesetzgeber ein

67 § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG vor dem StSenkG.

68 Zu Einzelheiten vgl. *Heinicke* in Schmidt, EStG²⁵, § 20 Rz. 89 m. w. N.

69 BFH-Urt. v. 27.4.2000 – I R 58/99, BStBl. II 2001, 168; in dem BFH v. 14.2.2006 – VIII R 49/03, BStBl. II 2006, 520, zugrunde liegenden Sachverhalt lag offenbar schon nach ausländischem (niederländischem) Recht keine Einlagenrückgewähr vor. Zum Streitstand im Schrifttum vgl. bspw. *Dötsch/Pung* in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8b Tz. 32a (Stand Juli 2006); *Gosch* in *Gosch*, KStG, § 8b Rz. 107; *Schmidt/Hageböke*, IStR 2002, 150/151; *Rödter/Schumacher*, DStR 2003, 909/910.

70 Neuer § 27 Abs. 8 KStG-E im Regierungsentwurf des SEStEG, BT-Drucks. 16/2710; inzwischen – mit hier nicht interessierenden Änderungen – in Kraft getreten als Gesetz v. 7.12.2006, BGBl. I 2006, 2782.

Umschlagen in eine Bevorzugung von Auslandsbeteiligungen zu vermeiden sucht.⁷¹ Teil dieses Regelungsaufwands ist eine Änderung der bislang in Inlandsfällen geltenden Grundsätze durch Neufassung des § 27 Abs. 1 KStG, welche nach Ansicht des Gesetzgebers auf Auslandsfälle – selbst innerhalb der EU – so nicht übertragbar sind.⁷² Es handelt sich um ein weiteres Beispiel für die ungelösten und in der Tat kaum lösbaren Probleme an der Schnittstelle verschiedener Besteuerungsregime.

6. Kapitalertragsteuer bei ausländischen Gesellschaftern

Erträge aus Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften unterliegen einem Kapitalertragsteuerabzug von 20 %.⁷³ Ausländische Gesellschafter unterliegen mit ihren Beteiligungserträgen der beschränkten Steuerpflicht, für die der Kapitalertragsteuerabzug im Regelfall abgeltende Wirkung hat.⁷⁴ Die deutschen DBA sehen für sog. Streubesitzdividenden regelmäßig einen Höchstsatz von 15 % und für sog. Schachteldividenden meist einen noch niedrigeren Satz, in Einzelfällen sogar den vollständigen Verzicht auf Kapitalertragsteuer vor.⁷⁵ Für Muttergesellschaften i. S. der Mutter-/Tochter-Richtlinie ist bereits seit Juli 1996 jegliche Besteuerung an der Quelle ausgeschlossen.⁷⁶

Im Gegensatz zu inländischen Gesellschaftern sind beschränkt steuerpflichtige Gesellschafter nach ausdrücklicher Regelung in § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG von der Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und der Beteiligungsertragsbefreiung ausgeschlossen. Die Regelung bezieht sich zwar nach Wortlaut und systematischer Stellung nur auf den Steuerabzug; ihr kommt aber nach herrschender Praxis⁷⁷ im Falle der abgeltenden Quellenbesteuerung auch materielle Bedeutung zu.⁷⁸

71 Kritisch *Werra/Teiche*, DB 2006, 1455/1458.

72 Vgl. die aml. Begründung zur Änderung des § 27 Abs. 1 KStG im Regierungsentwurf des SEStEG, BT-Drucks. 16/2710, 31 f.

73 § 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG. Kritisch *Hey*, DStJG Sonderband (2001), Unternehmenssteuerreform, S. 5/22 f.

74 § 50 Abs. 5 Satz 1 EStG, § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG.

75 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 10 Rz. 67.

76 Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Mutter-/Tochter-Richtlinie in der ursprünglichen Fassung v. 23.7.1990.

77 Vgl. BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292, Tz. 11; Die Gesetzesbegründungen zu der ursprünglichen Vorschrift (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG i. d. F. des StändOG (dazu BT-Drucks. 12/4487, 35) sowie zu der durch das UntStFG vorgenommenen Einfügung des § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG (dazu BR-Drucks. 638/01, S. 55) sind insoweit allerdings nicht eindeutig.

78 So etwa *von Beckerath* in Kirchhof, EStG³, § 43 Rz. 13; a. A. etwa *Eckert*, IStR 2003, 406; ihm möglicherweise folgend: *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG²⁵, § 43 Rz. 57.

Es ist zu bezweifeln, dass diese Regelung in jeder Hinsicht systemgerecht ist. Mit Blick auf die grundsätzlich unterschiedlichen Wirkungen wird man für die weiteren Überlegungen zwischen natürlichen Personen und körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaftern differenzieren müssen.

Bei natürlichen Personen hat die Versagung der hälftigen Steuerbefreiung im wirtschaftlichen Ergebnis⁷⁹ dieselbe Wirkung wie eine Verdoppelung des nominalen Steuersatzes. Eine Kapitalertragsteuer von 20 % auf den Bruttobetrag der vollen Dividende entspricht einer Steuer von 40 % auf die steuerpflichtige Hälfte der Dividende. Hälftige Freistellung und Halbierung des Steuersatzes bewirken im Grundsatz dieselbe Steuerbelastung.⁸⁰ Freilich ist zu konstatieren, dass eine Belastung der hälftigen Dividende mit 40 % in der Nähe des Einkommensteuerspitzensatzes liegt, was durch die Erhebung von nur 20 % Kapitalertragsteuer auf die volle Dividende – möglicherweise bewusst – verschleiert wird. Diese vergleichsweise hohe Belastung der von Steuerausländern bezogenen Dividenden kann man steuerpolitisch sicherlich diskutieren. Im hier interessierenden Zusammenhang ist indessen festzuhalten, dass die dem Halbeinkünfteverfahren zugrunde liegende Systematik durch die schlichte Höhe der Besteuerung nicht verletzt wird.⁸¹

Ganz anders stellt sich die Lage bei beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaftern dar. Die Beteiligungsertragsbefreiung dient der Vermeidung mehrfacher Belastung ausgeschütteter Gewinne mit Körperschaftsteuer, solange dieselben den körperschaftsteuerpflichtigen Bereich noch nicht verlassen haben. Diese Maxime gilt für unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige auch bei grenzüberschreitend aus dem Ausland bezogenen Beteiligungserträgen. § 8b Abs. 1 KStG wird bei unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen deshalb gleichermaßen auch auf aus dem Ausland bezogene Beteiligungsbeträge angewendet. Im hier interessierenden umgekehrten Fall des Bezuges von Beteiligungserträgen aus dem Inland durch ausländische, beschränkt steuerpflichtige Körperschaften liegt es naturgemäß außerhalb der Macht des deutschen Steuerrechts, die Befreiung dieser Beteiligungserträge im Rahmen der *ausländischen* Besteuerung der ausländischen Körperschaft zu gewährleisten. Weshalb jedoch die Beteiligungsertragsbefreiung im Rahmen der deutschen abgeltenden Quellenbesteuerung ausländischer Körperschaften nicht angewendet wird, ist unerfindlich, zumindest bei steuersystematischer, freilich nicht bei aufkommensmäßiger Betrachtung. Mög-

79 Vgl. allerdings die an die technische Steuerbefreiung der hälftigen Dividende anknüpfenden Überlegungen von *Eckert*, IStR 2003, 406/409.

80 Deshalb sind die wirtschaftlichen Wirkungen des deutschen Halbeinkünfteverfahrens und des österreichischen Halbsatzverfahrens im Grundsatz identisch.

81 Im Erg. ebenso mit Blick auf die Kapitalverkehrsfreiheit *Desens*, IStR 2003, 613/620 f.

liche praktische Schwierigkeiten beim Steuerabzug⁸² erfordern jedenfalls nicht, der ausländischen Kapitalgesellschaft jede Möglichkeit der Geltendmachung der Befreiung zu nehmen, etwa durch Antrag auf Freistellungsbescheinigung oder nachträgliche Veranlagung.

Die Missachtung der selbstgesetzten Sachgesetzlichkeiten dürfte sich allenfalls mit einer diffusen Befürchtung des Gesetzgebers erklären lassen, dass – anders als bei Weiterausschüttung durch eine inländische Körperschaft – die Besteuerung späterer Ausschüttungen der ausländischen Körperschaft nicht der deutschen Besteuerung unterliegt. Dass eine solche Befürchtung den in der Benachteiligung ausländischer EU-/EWR-Körperschaften⁸³ liegenden Eingriff in die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit oder Kapitalverkehrsfreiheit nicht zu rechtfertigen vermag, erscheint offensichtlich⁸⁴ und soll an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden.⁸⁵ Denn selbst unabhängig vom Gemeinschaftsrecht hat der Gedanke wenig Überzeugungskraft: Wird der inländische Beteiligungsertrag von der ausländischen Körperschaft nämlich in einer inländischen Betriebsstätte erzielt, findet im Rahmen der Betriebsstättengewinnermittlung § 8b Abs. 1 KStG Anwendung.⁸⁶ Der Beteiligungsertrag bleibt also (zu 95 %, § 8b Abs. 5 KStG) steuerfrei. Die Überführung des Gewinns von der inländischen Betriebsstätte in das ausländische Stammhaus löst ebenso wenig eine deutsche Steuer aus wie eine spätere Ausschüttung des Gewinns durch die ausländische Körperschaft. Die Beteiligungsertragsbefreiung wird in einem solchen Fall also durchaus gewährt, ohne dass die Besteuerung späterer Ausschüttungen mit deutscher Steuer sichergestellt ist. Die Versagung des § 8b Abs. 1 KStG im Rahmen der Kapitalertragsbesteuerung stellt deshalb einen allenfalls fiskalisch motivierten, darüber hinaus indessen nicht zu rechtfertigenden Systembruch dar.

82 So die im StandOG zur Erhebung der KESt auf sog. EK 01-Dividenden gegebene Begründung (BT-Drucks. 12/4487, 35); dazu aus Sicht der heutigen Rechtslage auch *Eckert*, IStR 2003, 406/409.

83 In der Praxis hat die Frage vornehmlich Bedeutung, wenn die Voraussetzungen der Mutter-/Tochter-Richtlinie i. V. m. § 43b EStG nicht erfüllt sind.

84 So schon *Dautzenberg*, BB 2001, 2137; ebenso *Desens*, IStR 2003, 613/621 m. w. N.; *Frotscher*, KStG/UmwStG-Kommentar, § 8b KStG Rz. 29c; *ders.*, Körperschaftsteuer (2004), S. 242.

85 Vgl. allerdings im hier vertretenen Sinne das zwischenzeitlich ergangene Urteil des EuGH v. 14.12.2006 – Rs. C-170/05, *Denkavit International BV/Denkavit France*, welches in der damaligen französischen Rechtslage, die weitgehend der heutigen deutschen Rechtslage entspricht, eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit erkennt (insb. Rz. 36 ff.; ähnlich schon EuGH v. 12.12.2006 – Rs. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rz. 68 ff.).

86 Hierauf zu Recht hinweisend *Frotscher*, Internationales Steuerrecht², S. 205, Rz. 396.

7. Besteuerung von Veräußerungsgewinnen vs. Beteiligungserträge

a) Grundkonzeptionen im deutschen Steuerrecht und im DBA-Recht

Die Behandlung grenzüberschreitender Beteiligungserträge wäre unvollständig ohne einen Blick auf die Behandlung von Gewinnen und Verlusten aus der Veräußerung der Beteiligungsgesellschaft, zumal die dafür geltenden Bestimmungen auch auf Beteiligungserträge Anwendung finden können, wenn diese sich steuerlich als Einlagenrückgewähr darstellen.⁸⁷

§ 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 2 KStG unterwerfen Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften bekanntlich seit dem Jahr 2001 einem vergleichbaren Regime wie die aus der Beteiligung erzielten laufenden Erträge. Dieser Konzeption liegt die Überlegung zugrunde, dass derartige Veräußerungsgewinne bereits erzielte, aber noch nicht ausgeschüttete, oder aber zukünftige Erträge der Beteiligungsgesellschaft repräsentieren. Die Diskussion⁸⁸ dieser Grundkonzeption soll hier ebenso wenig aufgerollt werden wie die Frage, ob es systematisch folgerichtig ist, die hälftige oder vollständige Befreiung des Veräußerungsgewinns auch auf Verluste zu erstrecken.⁸⁹

Deutschland wendet die einschlägigen Vorschriften des Halbeinkünfteverfahrens in § 3 Nr. 40 EStG und zur Veräußerungsgewinnbefreiung in § 8b Abs. 2 und 3 KStG auch bei grenzüberschreitenden Beteiligungsverhältnissen an, und zwar sowohl in Inbound- als auch im Outbound-Fällen. Dieses erscheint *a prima vista* in sich schlüssig.

Bei näherem Hinsehen zeigt sich freilich, dass die Veräußerungsgewinnbesteuerung für beschränkt körperschaftsteuerpflichtige Gesellschafter unter Anwendung des § 8b Abs. 2 und 3 KStG von der Besteuerung der laufenden Beteiligungserträge abweicht, für welche die Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG versagt wird. Die darin liegende Inkongruenz lässt sich aus den oben dargestellten Gründen⁹⁰ in systematisch

⁸⁷ Vgl. etwa § 17 Abs. 4 Satz 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG; ferner BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292, Tz. 6 (zu § 8b Abs. 2 KStG). Zur DBA-rechtlichen Behandlung vgl. *Wassermeyer* in *Debatin/Wassermeyer*, MA Art. 10 Rz. 107; *Vogel/Lehmer*, DBA⁴, Art. 10 Rz. 219.

⁸⁸ Vgl. *Schön*, StuW 2000, 151/158; *Dötsch/Pung* in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8b Tz. 17 (Stand Juli 2006); *Frotscher*; KStG/UmwStG-Kommentar, § 8b Rz. 30; *Gosch* in *Gosch*, KStG, § 8b Rz. 150 f.; *Seiler*, Gutachten F zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. F 53 f.

⁸⁹ Verluste repräsentieren jedenfalls nicht thesaurierte oder zukünftige Erträge, welche potentiell die Eignung haben, zur Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung unter das Halbeinkünfteverfahren oder die Beteiligungsertragsbefreiung zu fallen; vielmehr besteht die Gefahr, dass derartige Verluste steuerlich endgültig unberücksichtigt bleiben. Die Regelung für systemgerecht haltend aber bspw. *Frotscher*; KStG/UmwStG-Kommentar, § 8b Rz. 30.

⁹⁰ Oben unter III.6.

einwandfreier Weise allerdings nur durch die Erstreckung der Beteiligungsertragsbefreiung auf beschränkt Körperschaftsteuerpflichtige beseitigen; sie ist keinesfalls Anlass, bei diesen Steuerpflichtigen auch noch die Veräußerungsgewinnbefreiung zu streichen.

In den auf grenzüberschreitende Beteiligungen häufig anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen spiegelt sich die im deutschen Steuerrecht im Grundsatz angestrebte Kongruenz zwischen der Besteuerung von Beteiligungserträgen und Veräußerungsgewinnen nicht wieder. Vielmehr ist die Aufteilung der Besteuerungsrechte durchaus unterschiedlich geregelt. Das OECD-Musterabkommen, dem die deutschen Abkommen in diesen Punkten weitgehend folgen, sieht für Dividenden in Art. 10 ein in der Höhe begrenztes Besteuerungsrecht des Quellenstaates sowie ein unbegrenztes Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaats mit der Verpflichtung zur Anrechnung der Quellensteuer vor. Nur bei Schachteldividenden ist Deutschland regelmäßig zur Freistellung verpflichtet, nach etlichen DBA allerdings nur bei Erfüllung einer Aktivitätsklausel. In einigen wenigen neueren Abkommen wird auch jegliche Quellenbesteuerung für Schachteldividenden ausgeschlossen.⁹¹

Demgegenüber steht entsprechend Art. 13 Abs. 5 OECD-Musterabkommen das Besteuerungsrecht für Veräußerungsgewinne allein dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters zu. Als Ausnahme hierzu sieht Art. 13 Abs. 4 OECD-MA für Gewinne aus der Veräußerung an gewissen Grundstücksgesellschaften ein Besteuerungsrecht des Quellenstaats vor.

Es bleibt abzuwarten, ob die Staatengemeinschaft im Rahmen der nicht zuletzt durch die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens in Deutschland ausgelösten internationalen Diskussion über ein modernes Besteuerungsregime an der Schnittstelle zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter auf die Besteuerung der eigentlichen Beteiligungserträge begrenzt bleibt oder auch die aus derzeitiger deutscher Sicht damit eng zusammenhängende Frage der Besteuerung von Veräußerungserfolgen mit in den Blick nimmt.⁹²

91 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 10 Rz. 67; nach Art. 10 Abs. 3 i.d.F. des Änderungsprotokolls vom 1.6.2006 zum DBA Deutschland-USA (vgl. Fn. 42) soll dies allerdings auf Wunsch der USA erst ab einer Beteiligungsgrenze von 80 % gelten.

92 Vgl. die Darstellung verschiedener Systeme bei *Vann*, General Report, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIIa (2003), S. 21 ff.; hiernach weichen Dividenden- und Kapitalgewinnbesteuerung häufig voneinander ab („In most countries it seems that the CGT treatment is dictated by general capital gains rules for all assets rather than specific rules directed to the company shareholder issue. While a good deal of recent change is noted in branch reports, mostly they are of a general kind rather than specific to the company situation. Some countries have recently sought to produce greater consistency between dividends and capital gains with measures specifically in the company shareholder situation. Notably Germany

b) Exkurs: Verdeckte Einlagen nach dem JStG 2007

Im Zusammenhang mit der Schnittstelle zwischen Beteiligungserträgen und Veräußerungserfolgen erfordert der am 1. September 2006 vorgelegte Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007)⁹³ eine Anmerkung. Durch eine Ergänzung des § 8 Abs. 3 KStG sollen angebliche Besteuerungslücken verhindert werden. Die Bestimmung⁹⁴ sieht vor, dass sich das Einkommen einer Körperschaft erhöht, soweit eine verdeckte Einlage das Einkommen des Gesellschafters gemindert hat. Dies soll auch in grenzüberschreitenden Fällen gelten.⁹⁵

Die Nichtbesteuerung der durch eine verdeckte Einlage bewirkten Vermögensmehrung der Gesellschaft findet ihre Rechtfertigung darin, dass diese Vermögensmehrung nicht erwirtschaftet wurde, sondern societatis causa erfolgt ist.⁹⁶ Eine möglicherweise fehlerhafte Behandlung beim Gesellschafter⁹⁷ vermag daran – selbst bei Bestandskraft – nichts zu ändern. Diese schon für den Inlandsfall zu konstatierende Ausgangslage gilt auch im Verhältnis zu einem ausländischen Gesellschafter. Die geplante Regelung ist daher schon im gedanklichen Ansatzpunkt verfehlt und lediglich ein weiterer Beleg dafür, dass der Gesetzgeber selbst grundlegende systematische Zusammenhänge nicht mehr zur Kenntnis nimmt.⁹⁸

Darüber hinaus stellt sich bei einem ausländischen Gesellschafter die vom Gesetz weder angesprochene noch beantwortete Frage, ob entscheidend auf die Minderung seines Einkommens nach deutschem oder nach ausländischem Steuerrecht abzustellen sein soll. Würde auf die Besteuerung des Vorgangs beim Gesellschafter nach deutschem Steuerrecht abgestellt, liefe die Neuregelung im Falle ausländischer Gesellschafter weitgehend leer. Denn die vom Gesetzentwurf gesehene Gefahr, dass ein Gesellschafter den verdeckt eingelegten Vermögenswert zu Unrecht aufwandswirksam behandelt hat, wird sich bei einem ausländischen Gesellschafter im Regelfall nur im Rahmen von dessen ausländischer Besteuerung verwirklichen. Der einer verdeckten Einlage zugrunde liegende tatsächliche Vorgang wird beim

applies the half inclusion system to both, though many gains by individuals on sale are exempt from tax.“, a. a. O., S. 39).

93 BR-Drucks. 622/06, S. 24, 119; BT-Drucks. 16/2712; inzwischen in Kraft getreten als Gesetz v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878.

94 § 8 Abs. 3 Satz 4 KStG i.d.F. des JStG 2007 (§ 8 Abs. 3 Satz 3 KStG-E i.d.F. des Regierungsentwurfs).

95 Die Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 16/2712) schweigt zwar noch zu dieser Frage; der entsprechende Wille des Gesetzgebers wird indes aus einem Beispiel im Bericht des Finanzausschusses deutlich (BT-Drucks. 16/3368).

96 Vgl. etwa *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., 1993, § 16 II, S. 580.

97 Hierauf hebt die Gesetzesbegründung ab.

98 Zu weiterer Kritik vgl. *Briese*, BB 2006, 2110/2111 f.

Gesellschafter hingegen zunächst keinen Bezug zur deutschen Besteuerung haben; die durch die verdeckte Einlage richtigerweise ausgelöste Erhöhung der Anschaffungskosten der Beteiligung wirkt sich nicht auf die laufende Besteuerung des ausländischen Gesellschafters aus und wird deshalb vor Veräußerung der Beteiligung nicht erfasst.

Dieser Befund könnte es in der Tat nahe legen, auf die Besteuerung des Gesellschafters nach ausländischem Steuerrecht abzustellen.⁹⁹ Insofern würde ein gewisser Gleichklang mit der im JStG 2007 vorgesehenen korrespondierenden Behandlung verdeckter Gewinnausschüttungen erreicht, für die es nach der Gesetzesbegründung auf die Minderung des Gewinns einer ausländischen Tochtergesellschaft nach ausländischem Steuerrecht ankommen soll.¹⁰⁰

Hiergegen sprechen freilich die folgenden Überlegungen. Erstens ist zu fragen, welchen Anlass Deutschland haben sollte, eine systematisch zutreffende steuerliche Behandlung einer nach deutscher Rechtswertung vorliegenden verdeckten Einlage in eine deutsche Kapitalgesellschaft davon abhängig zu machen, wie der ausländische Staat des Gesellschafters diesen Vorgang nach seinem Steuerrecht – sei es zutreffend oder fehlerhaft – beurteilt.

Zweitens, und dies ist in der Praxis noch gravierender, wird die Gefahr internationaler Doppelbesteuerung heraufbeschworen, mithin das Gegenteil der Verhinderung angeblicher Besteuerungslücken erreicht.¹⁰¹ Der Grund hierfür ist darin zu suchen, dass die Neuregelung den grundlegenden systematischen Zusammenhang zwischen verdeckter Einlage und späterer Veräußerungsgewinnbesteuerung beim Gesellschafter verkennt. Für die Frage, ob die verdeckte Einlage das Einkommen des Gesellschafters gemindert hat, will der Gesetzgeber offenbar nur auf den Zeitpunkt abstellen, in dem die verdeckte Einlage geleistet wird, nicht aber kumulativ auch auf die Auswirkungen im Zeitpunkt einer späteren Veräußerung (oder Liquidation) der Kapitalgesellschaft durch den einlegenden Gesellschafter.¹⁰² Wenn der ausländische Gesellschafter den verdeckt eingelegten Vermögenswert für ausländische Besteuerungszwecke nicht – wie es aus deutscher Sicht zutreffend wäre – auf den Beteiligungsansatz aktiviert, sondern aufwandswirksam behandelt, hat er zwar den „Vorteil“ einer sofortigen Einkommensminderung. Dem steht jedoch in gleicher Höhe der „Nachteil“ der Erhöhung eines später erzielten Veräußerungsgewinns gegenüber. Ob dieser Veräuße-

⁹⁹ So das in Fn. 95 erwähnte Beispiel im Bericht des Finanzausschusses.
¹⁰⁰ BR-Drucks. 622/06, S. 119 (zu § 8b Abs. 1 Satz 2 und 3 KStG-E); vgl. dazu oben III.3.

¹⁰¹ Die in § 8 Abs. 3 Satz 5 KStG (Satz 4 des ursprünglichen Regierungsentwurfs) vorgesehene und durch den Finanzausschuss klarer gefasste Regelung zur Verhinderung von Doppelbesteuerungen in „typischen Dreieckskonstellationen“ löst das hier behandelte viel grundsätzlichere Problem nicht.

¹⁰² Dies kann auch im Inlandsfall zu unsystematischen Ergebnissen führen.

rungsgewinn im Ausland entsprechend den deutschen Regelungen in § 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 2 KStG in irgendeiner Weise steuerlich entlastet wird, steht dahin und kann keinesfalls als „Normalfall“ unterstellt werden; die Ergänzung des § 8 Abs. 3 KStG hiervon abhängig zu machen, verbietet sich von selbst.

Der Gesetzgeber hätte besser von der Regelung – zumindest für Auslandsfälle – vollständig Abstand genommen. Damit würden auch müßige Diskussionen vermieden, wie die inländische Körperschaft oder die Finanzverwaltung eigentlich verlässlich Kenntnis von der steuerlichen Behandlung des Gesellschafters im Ausland erlangen und diese gegebenenfalls beweisen sollen.

Die Neuregelung belegt einmal mehr, dass tatsächliche oder vermeintliche Besteuerungslücken im internationalen Steuerrecht sich allenfalls durch materielle Harmonisierung der Steuerrechtsordnungen, nicht aber durch punktuelle nationale Regelungen beseitigen lassen. Solche punktuellen Regelungen erscheinen auch deshalb und solange völlig unangebracht, als der jeweils umgekehrte Fall – nämlich die unabgestimmte doppelte Besteuerung eines Vorgangs in zwei Staaten – im Rahmen der unilateralen Regelungen ohne Weiteres in Kauf genommen wird.

IV. Bruttobesteuerung von Beteiligungs- und Zinserträgen im Quellenstaat

Die Besteuerung beschränkt steuerpflichtiger Empfänger von Zins- und Beteiligungserträgen erfolgt im Regelfall im Wege des abgeltenden Steuerabzugs von den Bruttoeinnahmen. Die wesentliche Problematik¹⁰³ ist darin zu sehen, dass Steuerausländer hierbei ihre Erwerbsaufwendungen nicht geltend machen können. Auch eine Verrechnung mit anderweitigen Verlusten ist regelmäßig ausgeschlossen. Diese Nachteile können in gewissem Umfang durch den Vorteil eines vergleichsweise niedrigen Steuersatzes aufgewogen werden; gerade bei Beteiligungserträgen besteht dieser Vorteil freilich nicht.¹⁰⁴

In diesem Zusammenhang erfolgt häufig ein Hinweis auf den objektsteuerartigen Charakter der beschränkten Steuerpflicht, wobei freilich offen bleibt, ob dieser eine Beschreibung des Befundes oder die innere Rechtfertigung desselben sein soll.¹⁰⁵ Für den abgeltenden Steuerabzug von den Bruttoeinnahmen streitet zweifellos die Praktikabilität beim Steuerabzug. So wird es

103 Neben der oben unter III.6. erörterten Versagung der Anwendung von § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG bei Beteiligungserträgen.

104 Vgl. oben unter III.6.

105 Vgl. Kritik und Nachweise bei *Lüdicke* in Lademann, EStG, § 49 EStG Anm. 47 m. w. N. (Stand Sept. 1991); kritisch auch *Gosch* in Kirchhof, EStG³, § 49 Rz. 1 f.

dem zum Steuerabzug verpflichteten Darlehensnehmer oder der ausschüttenden Gesellschaft vielfach unmöglich sein, die persönliche Situation des Gläubigers zu berücksichtigen. Dieser Gesichtspunkt würde allerdings einer nachträglichen Antragsveranlagung nicht entgegenstehen.

Die abgeltende Bruttobesteuerung kann sich im Einzelfall als sehr ungerecht erweisen und mit einer Besteuerung nach Maßgabe der persönlichen Leistungsfähigkeit schwerlich in Einklang zu bringen sein. Der Bundesfinanzhof hat bereits im Jahre 1988¹⁰⁶ zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 14 GG eine Verpflichtung zum Billigkeitserlass bei sog. Überbesteuerung angenommen.

Innerhalb der EU und des EWR steht seit der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Gerritse*¹⁰⁷ fest, dass eine abgeltende Bruttobesteuerung im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten unzulässig ist, soweit daraus eine höhere Steuer als im vergleichbaren Inlandsfall resultiert. Das daraufhin ergangene umfangreiche BMF-Schreiben¹⁰⁸ greift allerdings deutlich zu kurz, weil es auf Künstler und Sportler beschränkt ist und die parallele Problematik in anderen Fällen der abgeltenden Abzugsbesteuerung, namentlich bei Kapitalerträgen aller Art, mit keinem Wort erwähnt wird. Hiervon abgesehen wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, die einschlägigen Vorschriften so zu fassen, dass sich die gemeinschaftsrechtlich gebotene Rechtslage aus dem Gesetz selbst ergibt.¹⁰⁹

Mit Blick auf die Zins- und Beteiligungserträge fordert das Gemeinschaftsrecht mithin, den hierdurch geschützten ausländischen Steuerpflichtigen eine effektive verfahrensrechtliche Möglichkeit einzuräumen, ihre Beteiligungsaufwendungen im gleichen Umfang wie Steuerinländer geltend zu machen. Bei der dafür erforderlichen Veranlagung – oder vergleichbaren Verwaltungsverfahren (Quasiveranlagung) – ist Deutschland allerdings nicht gehindert, statt des Abzugsteuersatzes auch einen höheren Steuersatz gemäß der Steuertabelle anzuwenden. Die Einbeziehung der übrigen weltweiten Einkünfte für Zwecke des Progressionsvorbehalts wird dabei ebenfalls zulässig sein. Unzulässig und diskriminierend ist hingegen die für vergleichbare Fälle in § 32b Abs. 1 Nr. 5 EStG i.d.F. des JStG 2007¹¹⁰ vorgesehene und ebenfalls diskriminierende Beschränkung auf den positiven Progressionsvorbehalt.¹¹¹

106 Urt. v. 20.4.1988 – I R 219/82, BStBl. II 1990, 701.

107 EuGH v. 12.6.2003 – Rs. C-234/01, *Gerritse*, Slg. 2003, I-5933.

108 BMF v. 3.11.2003, BStBl. I 2003, 553; dazu treffend *Cordewener*, IStR 2004, 109.

109 Vgl. EuGH v. 26.10.1995 – Rs. C-151/94, *Biehl II*, Slg. 1995, I-3685, Tz. 18.

110 Durch das JStG 2007 unverändert aus der bisherigen Nr. 3 der Vorschrift übernommen.

111 Zur Europarechtswidrigkeit dieser Regelung bereits *Lüdicke* in GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 647/660 ff.

V. Anrechnung und Abzug ausländischer Steuer im Ansässigkeitsstaat

Die gesetzliche Ausgestaltung der Anrechnung ausländischer Steuern in § 34c EStG, die auch in DBA-Fällen ergänzend heranzuziehen ist, vermag weder aus systematischer Sicht noch im praktischen Ergebnis in jeder Hinsicht zu befriedigen. Insbesondere im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes werden im Schrifttum Defizite bemängelt. So wird zu Recht in Zweifel gezogen, ob die *per country limitation* bei der Höchstbetragsberechnung mit den auf die Verwirklichung eines Binnenmarktes zielenden europäischen Grundfreiheiten vereinbar ist.¹¹² Auch in Dreiecksfällen kann die Anrechnung ausländischer Steuern scheitern, wenn die Einkünfte – bspw. bei Bezug in einer ausländischen Betriebsstätte – für Zwecke des § 34c Abs. 1 EStG von der Verwaltungspraxis nicht als aus demjenigen Staat stammend angesehen werden, der die Quellensteuer erhebt.¹¹³

Eine Benachteiligung grenzüberschreitender Kapitaleinkommen tritt ferner ein, wenn die Anrechnung der im Ausland erhobenen Steuer in einer Verlustsituation daran scheitert, dass der Steuerpflichtige im fraglichen Veranlagungszeitraum im Inland keine Steuer zahlt. Zwar liegt in einem solchen Fall keine sofortige internationale Doppelbesteuerung vor. Soweit die fraglichen ausländischen Einkünfte jedoch einen Verlustvortrag mindern, lösen sie wirtschaftlich betrachtet nach Verbrauch des Verlustvortrags eine inländische Besteuerung aus. Im Anwendungsbereich der europarechtlichen Grundfreiheiten wird diese die grenzüberschreitenden Erträge benachteiligende Besteuerung im Schrifttum zu Recht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *AMID*¹¹⁴ kritisiert.¹¹⁵ Die Diskriminierung kann durch die Gewährung eines sog. Anrechnungsvortrags vermieden werden, wie er in einigen ausländischen Staaten geläufig ist. Demgegenüber beseitigt die in § 34c Abs. 2 EStG vorgesehene Möglichkeit zum

112 Vgl. *Schön* in GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 743/774; *Schaumburg*, DStJG 24 (2001), 225/250 ff.; *Gosch* in Kirchhof, EStG³, § 34c Rz. 39.

113 Vgl. einerseits *Krabbe*, BB 1980, 1146/1148, und *Fischer* in Lüdicke (Hrsg.), Besteuerungspraxis bei grenzüberschreitender Tätigkeit, 2003, S. 163/195, sowie andererseits die Diskussionsbeiträge von *Wassermeyer* und *Lüdicke*, a. a. O., S. 217 ff.

114 EuGH v. 14.12.2000 – Rs. C-141/99, *AMID*, Slg. 2000, I-11619.

115 *Schnitger*, IWB Fach 11 Gruppe 2 S. 469/473 f.; *Loukota*, SWI 2001, 163/168 f.; *Cordewener/Schnitger*, StuW 2006, 50/74 ff.; zurückhaltender jetzt aber *Loukota*, SWI 2006, 250/252 f.; die Gewährung eines Anrechnungsvortrags für einen Drittstaatsfall (Japan) ablehnend *öVwGH* v. 28.9.2004, 2000/14/0172, GeS aktuell 2005, 167 m. abl. Anm. *Obermair/Weninger*, ecolex 2005, 166 m. abl. Anm. *Weninger*; vgl. zur Notwendigkeit der Gewährung eines Anrechnungsvortrags in Fällen des Art. 23 B OECD-MA allgemein auch *Schuch*, Die Zeit im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, 2002, S. 255 ff.

Abzug der ausländischen Steuer das Problem nicht, sondern mildert – in letztlich unsystematischer Weise – lediglich dessen Auswirkungen.

Der Abzug ausländischer Steuern soll durch eine im JStG 2007¹¹⁶ vorgesehene Verschärfung des § 34c Abs. 2 EStG eingeschränkt werden. Der Abzug soll nur noch möglich sein, soweit die ausländische Steuer auf ausländische Einkünfte entfällt, die nicht steuerfrei sind.

Die Regelung ist sachgerecht, soweit sie wegen abweichender Äußerungen im Schrifttum¹¹⁷ klarstellt, dass beispielsweise ausländische Quellensteuern auf Beteiligungserträge, die beim inländischen Empfänger nach § 8b Abs. 1 KStG freigestellt sind, nicht abgezogen werden können.

Soweit die Begründung des Gesetzentwurfs¹¹⁸ darüber hinaus ausführt, dass bei ausländischen Beteiligungserträgen natürlicher Personen künftig als Folge des Halbeinkünfteverfahrens auch nur noch die Hälfte der ausländischen Quellensteuer gem. § 34c Abs. 2 EStG abgezogen werden kann, verkennt diese jedoch grundlegend die systematischen Zusammenhänge. Bei Einführung des Halbeinkünfteverfahrens hat sich der Gesetzgeber nach langer Diskussion völlig zu Recht dafür entschieden, ausländische Quellensteuern trotz hälftiger Dividendenbefreiung in voller Höhe nach § 34c Abs. 1 EStG anzurechnen¹¹⁹; diese Regelung besteht fort. Damit trägt das Gesetz der schon dargestellten Tatsache Rechnung, dass die hälftige Dividendenbefreiung nur ein technisches Mittel zur Ermäßigung der auf die Dividende entfallenden Einkommensteuer ist.¹²⁰ Es ist daher geradezu abwegig, nunmehr – nur – für Zwecke des Steuerabzugs anzunehmen, dass beim Bezug ausländischer Beteiligungserträge die Hälfte der ausländischen Quellensteuer auf in Deutschland steuerbefreite Einkünfte entfällt. Dies bedeutet im Klartext, dass ausländische Quellensteuer, die bei Anwendung der Anrechnungsmethode des § 34c Abs. 1 EStG in voller Höhe anrechenbar wäre, bei Anwendung der als Hilfsalternative gedachten Abzugsmethode nur zur Hälfte berücksichtigt wird. Es ist zu hoffen, dass demnächst klargestellt wird, dass die Neuregelung – entgegen der amtlichen Begründung – den Abzug ausländischer Steuern bei den unter das Halbeinkünfteverfahren fallenden ausländischen Beteiligungserträgen nicht einschränkt.

116 BR-Drucks. 622/06, S. 9, 90; BT-Drucks. 16/2712, 54.

117 Vgl. *Menhorn*, DStR 2005, 1885.

118 BR-Drucks. 622/06, S. 90; BT-Drucks. 16/2712, 54.

119 Der im Regierungsentwurf des StSenkG noch vorgesehene § 34c Abs. 7 EStG-E (BT-Drucks. 14/2683, 6, Begründung S. 116) wurde vom Finanzausschuss gestrichen (BT-Drucks. 14/3366, 18, Begründung S. 119); vgl. jetzt auch ausdrücklich R 34c Abs. 2 Satz 3 EStR.

120 Vgl. oben unter III.6 zu der grundsätzlich unterschiedlichen Wirkungsweise von Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 8b Abs. 1 KStG und Halbeinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 EStG im Hinblick auf die deutsche Quellenbesteuerung.

VI. Unterkapitalisierung, Gesellschafterfremdfinanzierung

Abschließend sei noch einen Blick auf die Problematik der sog. Gesellschafterfremdfinanzierung geworfen. Dieses an der Schnittstelle zwischen Beteiligungs- und Zinserträgen angesiedelte Phänomen birgt namentlich in grenzüberschreitenden Konstellationen erhebliche Sprengkraft. Die Finanzierung der Kapitalgesellschaft mit Fremdkapital anstelle von Eigenkapital führt in rein nationalen Fällen zu einer Verschiebung des Steuersubstrats zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, je nach den Umständen also möglicherweise zwischen Körperschaftsteuer- und Einkommensteuerregime, zwischen Gewerbesteuerpflichtigen und nicht Gewerbesteuerpflichtigen oder – bei Fremdfinanzierung durch einen der Gewerbesteuer unterliegenden Gesellschafter – zwischen verschiedenen Gemeinden. In den Fällen grenzüberschreitender Gesellschafterfremdfinanzierung steht dem steuerlich relevanten Zinsabzug bei der Gesellschaft regelmäßig kein inländisches Besteuerungsrecht hinsichtlich der Zinserträge des Gesellschafters gegenüber. Es wäre unrealistisch anzunehmen, dass sich diese Ausgangslage in überschaubarer Zeit ändern lässt. Zum einen streiten, wie bereits dargestellt, durchaus gute Gründe dafür, einfache Darlehenszinsen nicht der beschränkten Steuerpflicht zu unterwerfen. Selbst wenn der nationale Gesetzgeber dies ändern wollte, wäre das deutsche Quellenbesteuerungsrecht für derartige Zinsen häufig gleichwohl durch die deutschen DBA oder durch die Zins-/Lizenzrichtlinie¹²¹ ausgeschlossen.

Die dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten mit dem derzeitigen § 8a KStG sind bekannt¹²² und werden nicht zuletzt durch die BMF-Schreiben¹²³ verdeutlicht, die einerseits zwar für die Praxis hilfreich, andererseits aber teilweise gesetzesvertretend und damit rechtsstaatlich äußerst bedenklich sind. Einer Rückführung der Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung auf die fiskalisch besonders interessanten grenzüberschreitenden Fälle steht derzeit jedenfalls innerhalb der Europäischen Gemeinschaft die Rechtsprechung des EuGH¹²⁴ entgegen. Angesichts der auch im Inlandsfall durch Gesellschafterfremdfinanzierung erzielbaren Effekte ist die mit Wirkung ab 2004 erfolgte Erstreckung des § 8a KStG auf Inlandsfälle allerdings ohnehin keine reine Formalie.

121 Vgl. Fn. 20.

122 Vgl. zu dem nahezu unüberschaubaren Schrifttum die Nachweise bei *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8a KStG, vor Rz. 1; *Gosch* in *Gosch*, KStG, § 8a KStG, vor Rz. 1.

123 BMF v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, 25, ber. 176; BMF v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, 593, mit Erläuterungen zur sog. Rückgriffsregelung durch BMF v. 22.7.2005, BStBl. I 2005, 829 und Ergänzungen zu § 8a Abs. 6 KStG durch BMF v. 19.9.2006, BStBl. I 2006, 559.

124 EuGH v. 12.12.2002 – Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hoborst*, Slg. 2002, I-11779, IStR 2002, 55.

Der möglicherweise in Ansätzen vom Gesetzgeber intendierte und durch das BMF-Schreiben vom 15. Juli 2004 weiter konkretisierte Versuch, wirtschaftliche Doppelbesteuerung aufgrund der Anwendung des § 8a KStG durch die Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen und in gewissen Konstellationen – extra legem – auch verdeckter Einlagen¹²⁵ sowie durch Einschränkung der Rückgriffsregelung¹²⁶ weitgehend zu vermeiden, dürfte von betroffenen Steuerpflichtigen zwar begrüßt werden, führt aber zu praktisch komplizierten und systematisch durchaus angreifbaren Lösungen. Im hier interessierenden Kontext grenzüberschreitender Gesellschafterfremdfinanzierung kommt hinzu, dass derartige Lösungen zwangsläufig nationale Inzellösungen sein müssen. Internationale wirtschaftliche Doppelbesteuerungen sind damit vorprogrammiert und letztlich nicht vermeidbar. Selbst innerhalb der Europäischen Union haben die Mitgliedstaaten nach der *Lankhorst-Hohorst*-Entscheidung des EuGH nicht zu einer abgestimmten Lösung gefunden.

Im Verhältnis zu anderen DBA-Staaten innerhalb und außerhalb Europas schwebt über der deutschen recht grob typisierenden „safe haven“-Lösung, die der Praxis an sich eine gewisse Gestaltungssicherheit bietet, zusätzlich das Damoklesschwert des Verstoßes gegen den DBA-rechtlichen arm's length-Grundsatz. Insbesondere bei gewinnabhängigen Vergütungen sowie Vergütungen für Finanzierungen i. S. des § 8a Abs. 6 KStG findet eine mit dem DBA-rechtlichen Fremdvergleichsgrundsatz des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA in dieser Allgemeinheit nicht vereinbare Umqualifizierung statt, da ein Drittvergleich von vornherein nicht zugelassen wird.¹²⁷

Bei aller grundsätzlichen Kritik, welcher bei Betrachtung der Regelung im Detail noch vieles hinzuzufügen wäre, ist nicht zu verkennen, dass bessere Alternativen kaum in Sicht sind. Die seit dem Sommer 2006 im Zusammenhang mit der „Unternehmenssteuerreform 2008“ im politischen Raum dis-

125 Der – zur Vermeidung von Überbesteuerungen – von der Finanzverwaltung (BMF v. 15.7.2004, a. a. O., Tz. 14, 17; vgl. auch *Rödder/Schumacher*, DStR 2003, 1725/1731; zustimmend *Frotscher*, DStR 2004, 377/383) angenommenen Fiktion einer Einlage der an sich angemessenen Zinsen in den Fällen der Fremdfinanzierung durch Tochtergesellschaften oder eines Darlehens zwischen Schwestergesellschaften fehlt die gesetzliche Grundlage; ebenso *Wassermeyer*, DStR 2003, 2056; *Gosch* in *Gosch*, KStG § 8a Rz. 161; *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8a KStG Rz. 281.

126 Der – zur Vermeidung von Überbesteuerungen durchaus gebotenen – Einschränkung der Rückgriffsfälle auf sog. back-to-back-Finanzierungen (durch BMF v. 15.7.2004, a. a. O., Tz. 19 ff., mit Erläuterungen in BMF v. 22.7.2005, a. a. O.) fehlt die gesetzliche Grundlage; ebenso *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl., 1995, § 11 Rz. 81.

127 Ebenso *Gosch* in *Gosch*, KStG, § 8a KStG, Rz. 37; *Wassermeyer* in *Debatin/Wassermeyer*, DBA, MA Art. 9 Rz. 77a, Art. 10 Rz. 114; vgl. schon *Knobbe-Keuk*, DB 1993, 60/64; differenzierend mit Blick auf die Rechtswirkungen *Frotscher*, KStG/UmwStG-Kommentar, § 8a Rz. 24.

kutierte generelle Abzugsbeschränkung für Darlehenszinsen¹²⁸ wird schon wegen der vorgezeichneten wirtschaftlichen Doppelbesteuerung der Zinsen und des Verstoßes gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip schwerlich eine insgesamt überzeugende Lösung sein.

Es spricht manches dafür, dass im Zuge weltweit sinkender Steuersätze die Notwendigkeit für Regelungen zur Begrenzung der Gesellschafterfremdfinanzierung abnimmt. Schließlich könnte es auch für Deutschland gesamtwirtschaftlich sinnvoller sein, im globalen Wettbewerb um Investitionen, Kapital und damit Arbeitsplätze und Wohlstand zu attrahieren, als die Erosion der Körperschaftsteuer durch komplizierte, streitanfällige und systematisch höchst bedenkliche Regelungen verhindern zu wollen.

VII. Schlussbemerkung

Dem Resümee sei ein Satz des Vorsitzenden unserer Gesellschaft aus seinem Rundschreiben zum letzten Jahreswechsel vorangestellt: „Der Kapitalmarkt unterliegt in der Weite und Flüchtigkeit der Geldtransfers den Gesetzmäßigkeiten des Weltmarktes, ist deswegen nur schwer an die Maßstäbe einer nationalen Rechtsordnung zu binden...“.¹²⁹

Die internationalen Herausforderungen dieser Zeit sind nicht einfach zu meistern; das gilt auch für die steuerlichen Herausforderungen. Internationale Steuergestaltungen, erst recht internationaler Steuerbetrug sind durch rein nationale Maßnahmen häufig nicht befriedigend in den Griff zu bekommen. Dieser Befund berührt nicht nur das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden, sondern auch den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Dennoch sollte der Gesetzgeber den Mut aufbringen, Jahrzehnte alte Regelungen mit zeitbedingt protektionistischem Einschlag heutigen Realitäten zu öffnen, insbesondere nicht jedem grenzüberschreitenden Vorgang und jedem ausländischen Beteiligten zunächst mit Misstrauen zu begegnen. Dieses Petitum schließt freilich nicht die Bekämpfung eines unlauteren und schädlichen Steuerwettbewerbs aus.

In diesem Sinne ist zu wünschen, dass das deutsche Steuerrecht eine Ausweitung der eingangs genannten grenzüberschreitenden Investitionen und Zahlungsströme zunehmend fördert und nicht behindert.

128 Etwa in Form einer sog. „Zinsschranke“. Vgl. auch das vorläufige Ergebnis der Beratungen der Bundesregierung zur geplanten Unternehmenssteuerreform 2008 und insb. zur „Zinsschranke als Ersatz für § 8a KStG“, http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_DE/DE/Aktuelles/046_.j;templateId=raw,property=publicationFile.pdf/046_.j.

129 Schreiben des Vorsitzenden der DStJG *Paul Kirchhof* vom 14.12.2005.

Hinzurechnungsbesteuerung von Einkünften aus Kapital

Prof. Dr. *Heinz-Klaus Kroppen*, LL.M.
Rechtsanwalt/Steuerberater, Düsseldorf

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">I. Historische Entwicklung<ul style="list-style-type: none">1. Ursprüngliche Fassung der Hinzurechnungsbesteuerung2. Rechtsentwicklung nach 1992II. Hinzurechnungsbesteuerung bei Einkünften aus Kapital<ul style="list-style-type: none">1. Normale und erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung2. Einkünfte aus aktiver Tätigkeit<ul style="list-style-type: none">a) Funktionale Betrachtungb) Kreditinstitutc) Konzernfinanzierung3. Erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung und GegenbeweisIII. Hinzurechnungsbesteuerung und Grundfreiheiten<ul style="list-style-type: none">1. Einleitung2. Einschlägige Grundfreiheiten<ul style="list-style-type: none">a) Niederlassungsfreiheit<ul style="list-style-type: none">aa) Vermögensverwaltende Tätigkeitbb) Mindestbeteiligung | <ul style="list-style-type: none">b) Kapitalverkehrsfreiheit<ul style="list-style-type: none">aa) Bestandsgarantiebb) Erlaubnis in Art. 58 Abs. 1 EG3. Missbräuchliche Ausnutzung von Grundfreiheiten als Ausschlussgrund4. Verletzung von Grundfreiheiten<ul style="list-style-type: none">a) Diskriminierungb) Beschränkung5. Rechtfertigungsgründe<ul style="list-style-type: none">a) Kapitalexporthneutralität und Welteinkommensprinzipb) Gefahr von Steuerausfällenc) Kohärenz<ul style="list-style-type: none">aa) Bisherige Rechtsprechungbb) Rs. Manninend) MissbrauchsbekämpfungIV. Überlegungen zu einer EG-Recht kompatiblen Durchgriffsbesteuerung |
|---|--|

I. Historische Entwicklung

1. Ursprüngliche Fassung der Hinzurechnungsbesteuerung

Heute mehr denn je zeichnet sich die internationale Steuerlandschaft durch ein weites Auseinanderklaffen von Steuersätzen in verschiedenen Ländern aus. Es findet international und auch innerhalb Europas ein harter Steuerwettbewerb bzw. Steuersatzwettbewerb statt, der auch als „Race to the bottom“ bezeichnet wird.¹ Folge dieser Situation ist selbstverständlich, dass Steuerpflichtige versuchen, diese Unterschiede zu ihren Gunsten zu nutzen

¹ Vgl. die beispielhafte Auflistung bei *Morgenthaler*, IStR 2000, 289, Fn. 12 zu nennen sei für den internationalen Bereich: (Pazifikraum) Nauru, die Neuen Hebriden, Hongkong und Singapur; (Karibik) Bermuda, die Bahamas, Jungfraueninseln, Kaimaninseln, Niederländische Antillen und Panama; (Europa) Lichtenstein, Monaco, einige Kantone der Schweiz, Luxemburg und Irland.

und Gesellschaften in Ländern mit niedrigem Steuerniveau gründen, um von diesen Aktivitäten ausüben zu lassen, die sich leicht in solche Länder verlagern lassen. Eine der häufigsten Formen dieses Vorgehens sind die hinlänglich bekannten Finanzgesellschaften im niedrig besteuerten Ausland, die in der Form der irischen IFSC Gesellschaften auch in Deutschland zu einer gewissen Berühmtheit gekommen sind.²

Die Entwicklung der Verlagerung von Aktivitäten in Niedrigsteuerländer ist allerdings nicht neu, sondern geht bereits in die Anfangsjahre des letzten Jahrhunderts zurück und erlebte eine Blütezeit in den wirtschaftlich sehr erfolgreichen Nachkriegsjahren, in denen große Vermögen geschaffen wurden, die Steuerpflichtige nicht ungemildert dem deutschen Steuerzugriff aussetzen wollten. Der deutsche Bundestag sah sich deshalb 1962 veranlasst, von der Bundesregierung einen Bericht über die Möglichkeiten und das Ausmaß der Nutzung des zwischenstaatlichen Steuergefälles zu verlangen, was zur Erstellung des so genannten Steueroasenberichts³ aus dem Jahre 1964 führte. In der Folgezeit kam es zu einer schon fast hysterischen Steuerfluchtdiskussion,⁴ die zunächst im Jahr 1965 zu dem ländereinheitlichen Oasenerlass⁵ führte, der aber von der Rechtsprechung⁶ wenig Anerkennung fand. Man sah sich deshalb zu gesetzgeberischen Maßnahmen gezwungen. Bereits 1962 hatten die USA, wo eine ähnliche Problematik bestand, die Subpart F Gesetzgebung eingeführt, durch die die Abschirmwirkung ausländischer Tochtergesellschaften unter bestimmten Umständen aufgehoben wurde.⁷ Inspiriert durch diese amerikanische Rechtsentwicklung legte das Land Hessen 1970 einen Gesetzesentwurf⁸ zur Bekämpfung der Steuerflucht vor, der 1972 in das Außensteuergesetz mit dem Konzept der Hinzurechnungsbesteuerung einmündete.

Nachdem die Hinzurechnungsbesteuerung ungefähr zwanzig Jahre ohne wesentliche Änderungen überdauert hatte, kam es in den folgenden Jahren zu einigen tiefgreifenden Änderungen, durch die der Inhalt und die der Hinzurechnungsbesteuerung zu Grunde liegenden Konzepte wesentlich geändert wurden. Ursache für diese Änderungen waren Steuersparmodelle gro-

2 Vgl. hierzu *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 7 AStG Anm. 3.8 f. [57. Lfg.: November 2005].

3 Oasenbericht v. 23.6.1964, BT-Druck. IV/2412.

4 Siehe nur *Eichhorn*, DB 1971, 447; *Flume*, DB 1970, 2142 ff.

5 Oasenerlass v. 14.6.1965, BStBl. II 1965, 74.

6 BFH, Urt. v. 17.7.1968 – I 121/64, BStBl. II 1968, 695; BFH, Urt. v. 21.5.1971 – III 125 – 127/70, BStBl. II 1971, 721; BFH, Urt. v. 29.1.1975 – I R 135/70, BStBl. II 1975, 553; BFH, Urt. v. 16.1.1976 – III R 92/74, BStBl. II 1976, 401; BFH Urt. v. 29.7.1976 – VIII R 41/74, BStBl. II 1977, 261; BFH, Urt. v. 29.7.1976 – VIII R 142/73, BStBl. II 1977, 263; BFH, Urt. v. 29.7.1976 – VIII R 55/72, BStBl. II 1977, 266.

7 Vgl. hierzu *Bellstedt*, DStR 1962, 331 ff.

8 Abgedruckt in: *Grossfeld*, Basisgesellschaften, 1974, Anhang, S. 261 ff.

ßer deutscher Konzerne, nach denen diese erhebliche Finanzmittel im Ausland bei geringer Steuerbelastung anlegten, wie z. B. die Nutzung von Real Estate Investment Trusts (REITs) und Regulated Investment Companies in den USA⁹ oder die Nutzung des International Financial Service Centers (IFSC) in Irland¹⁰.

Diese Modelle basierten darauf, dass eine niedrige oder fehlende Besteuerung im Ausland mit der Freistellungsmethode ohne Aktivitätsvorbehalt für Dividenden nach den DBA kombiniert wurde. Da das AStG die Anwendung der DBA Freistellung für Dividenden auch auf den Hinzurechnungsbetrag vorsah, lief die Hinzurechnungsbesteuerung in diesen Fällen ins Leere.

2. Rechtsentwicklung nach 1992

Der Gesetzgeber reagierte auf diese Entwicklung im Jahre 1992 durch die Einführung einer neuen Kategorie bei der Hinzurechnungsbesteuerung, den so genannten Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter,¹¹ die für das Thema dieses Beitrags sicherlich von besonderer Bedeutung sind. Für diese Kapitalanlageeinkünfte wurde die Begünstigung durch § 10 Abs. 5 AStG – die Anwendung von DBA Freistellungen für den Hinzurechnungsbetrag – abgeschafft.

Auf die Änderungen durch das StSenkG¹² im Jahre 2000 wird hier nicht näher eingegangen, weil diese – sicherlich ein einmaliger Vorgang in der deutschen Steuerrechtsgeschichte – durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts¹³ rückwirkend vollständig beseitigt wurden. Dieses Gesetz brachte auch die Absenkung der Beteiligungsgrenze für die Hinzurechnung von Kapitalanlageeinkünften von 10 % auf 1 % oder bei fast ausschließlich solchen Einkünften auch darunter, sowie die Erweiterung des Katalogs der Einkünfte aus aktiven Tätigkeiten um Dividenden und Veräußerungsgewinne.

Die letzten wesentlichen Änderungen wurden dann durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz¹⁴ umgesetzt, insbesondere die vollständige Abschaffung

9 Vgl. hierzu *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 7 AStG Anm. 3.2–3.7. [57. Lfg.: November 2005].

10 Vgl. hierzu *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 7 AStG Anm. 3.8 ff. [57. Lfg.: November 2005].

11 Gesetz zur Entlastung der Familien und zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Investitionen und Arbeitsplätze (Steueränderungsgesetz 1992 – StÄndG 1992) v. 25.2.1992, BStBl. I 1992, 146.

12 Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung – Steuersenkungsgesetz v. 23.10.2000, BStBl. I 2000, 1428.

13 Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz – UntStFG) v. 20.12.2001, BStBl. I 2002, 35.

14 Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (Steuervergünstigungsabbaugesetz – StVergAbG) v. 16.5.2003, BStBl. I 2003, 321.

des Abkommensprivilegs für den Hinzurechnungsbetrag in § 10 Abs. 5 AStG auch für sonstige passive Einkünfte.

Durch diese zahlreichen Änderungen haben sich die grundlegenden Prinzipien der Hinzurechnungsbesteuerung geändert, so dass es heute schwer fällt, diese überhaupt zu erkennen. Die Gesetzesbegründung sah ursprünglich als tragendes Prinzip der Hinzurechnungsbesteuerung die Durchbrechung der so genannten Abschirmwirkung an, die dadurch entstand, dass die ausländische Tochtergesellschaft die erzielten Gewinne thesaurierte und nicht an den inländischen Anteilseigner ausschüttete.¹⁵ Damit diente die ursprüngliche Hinzurechnungsbesteuerung letztendlich der Verwirklichung des Welteinkommensprinzips für unbeschränkt steuerpflichtige Inländer.¹⁶ Der Durchbrechungsgedanke hatte sich im ursprünglichen § 10 in den Abs. 2 und 5 AStG deutlich niedergeschlagen, wonach der Hinzurechnungsbetrag vergleichbar den Dividenden zu den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehörte und auf ihn die Vorschriften der DBA für Dividenden anwendbar waren. Letztendlich sollte ein Druck zu Ausschüttung ausgeübt werden.¹⁷

Diese ursprüngliche Zielsetzung – Verwirklichung des Welteinkommensprinzips durch Durchbrechung der Abschirmwirkung – kann heute nach dem Systemwechsel vom nationalen Anrechnungs- zum nationalen Freistellungssystem bzw. zum Halbeinkünfteverfahren nicht mehr die tragende Säule der Hinzurechnungsbesteuerung sein, weil der Systemwechsel zumindest für Kapitalgesellschaften das Welteinkommensprinzip zu Gunsten des Territorialprinzips aufgibt.¹⁸ Gewinne von ausländischen Tochtergesellschaften werden im Sitzstaat der Gesellschaft besteuert. Dividenden der ausländischen Tochtergesellschaft sind bei der Muttergesellschaft im Inland weitgehend freigestellt (auf die gewerbsteuerliche Situation und die 5 % nichtabzugsfähige Betriebsausgaben wird hier nicht näher eingegangen).

Die Hinzurechnungsbesteuerung bewirkt damit nach dem Systemwechsel insbesondere eine Durchbrechung dieses Territorialgedankens dadurch, dass eine Anwendung des § 8b KStG und des § 3 Nr. 40 EStG auf den Hinzurechnungsbetrag ausgeschlossen wird. Der Grund für diese Einschränkung muss darin gesehen werden, dass nach Auffassung des Gesetzgebers der Ausnutzung des internationalen Steuergefälles durch Ansiedlung

15 Vgl. hierzu die Leitsätze der Bundesregierung abgedruckt in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 7 AStG S. 13 [57. Lfg.: November 2005].

16 Schönfeld, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 102.

17 Herfort, in: Grotherr/Herfort/Strunk, Internationales Steuerrecht, 2003, S. 390; Schönfeld, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 101.

18 Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 2002, S. 258; Schönfeld, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 108.

bestimmter passiver Tätigkeiten in einem Niedrigsteuerland ein typischer Missbrauchsgehalt inne wohnt, der zwar nicht die Intensität des missbräuchlichen Verhaltens im Sinne von § 42 AO erreicht, aber trotzdem unerwünscht ist.¹⁹ Begreift man also die heutige Hinzurechnungsbesteuerung als eine Form des steuerlichen Durchgriffs auf Basis eines typisierten Missbrauchsgedankens, stellt sich sogleich das Problem einer Abgrenzung zum allgemeinen Missbrauch in § 42 AO, solange man die Hinzurechnungsbesteuerung trotz EG-rechtlicher Bedenken für wirksam hält.²⁰

Hier ist daran zu denken, dass die Hinzurechnungsbesteuerung die Existenz der ausländischen Zwischengesellschaft anders als § 42 AO nicht etwa negiert, sondern die Gesellschaft in ihrer Existenz anerkennt, um dann die von dieser Zwischengesellschaft erzielten Einkünfte bei dem Gesellschafter hinzuzurechnen. Da eine Anwendung von § 42 AO früher ansetzt und dem Gesellschafter die Einkünfteerzielung unmittelbar zugeordnet wird, wird zu Recht argumentiert, dass § 42 AO der Hinzurechnungsbesteuerung logisch vorgeht.²¹ Allerdings muss die Anwendung des § 42 AO im Lichte der Hinzurechnungsbesteuerung gesehen werden oder, wie der BFH es ausdrückt, der Missbrauch des § 42 AO an dem Gesetzeszweck der Hinzurechnungsbesteuerung gemessen werden.²² Daraus folgt, dass die bloße Erzielung von Zwischeneinkünften alleine nicht zu einem Missbrauch nach § 42 AO führt – diese kann schließlich auch durch eine Konzerntochtergesellschaft mit erheblicher Substanz und weiteren aktiven Tätigkeiten geschehen – sondern, dass nur das Vorliegen weiterer über die bloße Erzielung von Zwischeneinkünften hinausgehende Missbrauchsumstände eine Anwendung des § 42 AO begründen kann.²³

19 *Hahn*, Die Vereinbarkeit von Normen des deutschen internationalen Steuerrechts mit EG-Recht, IFSt-Schriften Nr. 378, 1999, S. 162 f.; *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 168 ff. und 172.

20 Dazu aber unten näheres unter III.

21 BFH, Urt. v. 23.10.1991 – I R 40/89, BStBl. II 1992, 1026; BFH, Urt. v. 10.6.1992 – I R 105/89, BStBl. II 1992, 1029; *Debatin*, DStZ/A 1972, 265; *Kluge*, StuW 1976, 101; *Kraft*, IStR 1993, 148; Blümich/*Vogt*, Band 5: Ertragsteuerliche Nebengesetze, § 7 AStG Rz. 9 [90. Lfg.: Mai 2006]; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl. 1998, Rz. 10.38 ff.; *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, Vor §§ 7–14 AStG Anm. 91 [57. Lfg.: November 2005].

22 BFH, Urt. v. 23.10.1991 – I R 40/89, BStBl. II 1992, 1026; BFH, Urt. v. 10.6.1992 – I R 105/89, BStBl. II 1992, 1029.

23 So die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. BFH, Urt. v. 29.1.1975 – I R 135/70, BStBl. II 1975, 553; BFH, Urt. v. 5.3.1986 – I R 201/82, BStBl. II 1986, 496; BFH, Urt. v. 23.10.1991 – I R 40/89, BStBl. II 1992, 1026; BFH, Urt. v. 10.6.1992 – I R 105/89, BStBl. II 1992, 1029; BFH, Urt. v. 19.1.2000 – I R 94/97, BStBl. II 2001, 222; BFH, Urt. v. 29.7.1976 – VIII R 142/73, BStBl. II 1977, 263; BFH, Urt. v. 9.12.1980 – VIII R 11/77, BStBl. II 1981, 339; BFH, Urt. v. 20.3.2002 – I R 63/99, BStBl. II 2003, 50.

II. Hinzurechnungsbesteuerung bei Einkünften aus Kapital

Bei der Hinzurechnungsbesteuerung für Einkünfte aus Kapital ist zuallererst an Einkünfte aus Zinsen und Dividenden zu denken, den beiden wesentlichsten Erscheinungsformen von Kapitaleinkünften. Allerdings sind mit der Einführung von § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts²⁴ die Dividendeneinkünfte ohne Einschränkung den Einkünften aus aktiver Tätigkeit zugewiesen, so dass diese im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung nur noch eine untergeordnete Rolle spielen. Deshalb sind heute für die Frage der Hinzurechnungsbesteuerung für Einkünfte aus Kapital vor allem Zinseinkünfte zu betrachten. Jedoch führen Zinseinkünfte, obwohl sie sicherlich die klassische Form von so genannten passiven Einkünften sind, nicht automatisch zu einer Hinzurechnungsbesteuerung, sondern auch sie sind in die bestehende Systematik der Hinzurechnungsbesteuerung mit ihren Regeln und Ausnahmen eingebettet, so dass eine kurze Analyse dieser Grundkonzeption der Hinzurechnungsbesteuerung unerlässlich ist.

1. Normale und erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung

Zinseinkünfte können sowohl unter die normale Hinzurechnungsbesteuerung nach § 7 Abs. 1 AStG als auch unter die der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung nach § 7 Abs. 6 AStG fallen. Letzteres ist der Fall, weil sie ohne weiteres die Voraussetzungen von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter erfüllen, ja sie sind wahrscheinlich der typische Anwendungsfall für diese Kategorie von Zwischeneinkünften.

Liegen die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 AStG für die normale Hinzurechnungsbesteuerung vor, kommt der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung keine eigenständige Bedeutung zu.²⁵ Dabei liegt der wesentliche Unterschied zwischen beiden Tatbeständen insbesondere in der erforderlichen Beteiligungsquote. Während die normale Hinzurechnungsbesteuerung eine Mehrheitsbeteiligung von unbeschränkt Steuerpflichtigen verlangt und erst bei Erreichen dieser Quote jedem der Beteiligten die passiven Einkünfte entsprechend seiner Beteiligungsquote auch bei Minibeteiligungen zurechnet, setzt die erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung schon ab einer Beteiligungsquote von 1 % an und verzichtet auf jede Mindestbeteiligungsquote, wenn die ausländische Gesellschaft nicht börsennotiert ist und mehr als 90 % ihrer Bruttoerträge Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter sind. Darauf wird zurückzukommen sein.

²⁴ Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz – UntStFG) v. 20.12.2001, BStBl. I 2002, 35.

²⁵ Blümich/Vogt, Band 5: Ertragsteuerliche Nebengesetze, § 7 AStG Rz. 53 [90. Lfg.: Mai 2006].

Beide Tatbestände greifen bekanntermaßen nur ein, wenn die Zwischeneinkünfte mit weniger als 25 % Ertragsteuern belastet sind.²⁶ Hier ist mit Spannung abzuwarten, wie sich die augenblicklich stattfindende Steuerreformdiskussion auf diese Grenze auswirkt. Es ist nach meiner Auffassung kaum vorstellbar, dass die Körperschaftsteuer auf z. B. 12,5 % gesenkt wird und man gleichzeitig die Grenze für eine Niedrigbesteuerung bei 25 % belässt. Eine parallele Reduzierung auf 12,5 % würde sicherlich die gesamte Problematik der Hinzurechnungsbesteuerung erheblich entschärfen.

2. Einkünfte aus aktiver Tätigkeit

a) Funktionale Betrachtung

Sowohl die normale Hinzurechnungsbesteuerung als auch die erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung sind nur anwendbar, wenn es sich bei den zu Grunde liegenden Einkünften um passive Einkünfte handelt. Das ist auch bei Zinseinkünften nicht immer der Fall. Nach der Systematik der Hinzurechnungsbesteuerung mit ihrer Trennung von aktiven und passiven Einkünften ist zunächst zu untersuchen, ob die Zinseinkünfte funktional zu einer der in § 8 AStG abschließend aufgezählten aktiven Einkunfts-kategorien gehören. Dies ist dann gegeben, wenn in engem wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Tätigkeit, die zu aktiven Einkünften führt, auch passive Einkünfte entstehen und die Tätigkeit, die zu aktiven Einkünften führt, das Schwergewicht bildet.²⁷ Unterhält deshalb z. B. eine ausländische Herstellungs- und Vertriebstochtergesellschaft ein verzinsliches Bankkonto, auf das die Kunden ihre Zahlungen leisten, gehören diese Zinseinnahmen zu den aktiven Einkünften aus der Herstellung von Sachen nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 AStG.

b) Kreditinstitut

Zinseinkünfte können unter bestimmten Voraussetzungen auch unmittelbar zu aktiven Einkünften führen, so dass eine Hinzurechnungsbesteuerung aus diesem Grunde ausscheidet. Dies ist zum einen nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG gegeben, wenn die ausländische Gesellschaft ein Kreditinstitut betreibt, dafür einen eingerichteten Gewerbebetrieb unterhält und die Geschäfte nicht überwiegend mit ihren Gesellschaftern oder diesen Nahestehenden betreibt. Der Begriff des Kreditinstituts und der von diesem getätigten

²⁶ Vgl. ausführlich zum Begriff der „niedrigen Besteuerung“ in § 8 Abs. 3 AStG; BFH, Urt. v. 3.5.2006 – I R 124/04, DStR 2006, 1451.

²⁷ Vgl. zur funktionalen Betrachtungsweise BFH, Urt. v. 16.5.1990 – I R 16/88, BStBl. II 1990, 1049; BMF-Schreiben v. 14.5.2004, IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004 Sondernummer 1/2004, S. 3, Tz. 8.0.2; *Wassermeyer*, in: Flick/*Wassermeyer*/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 8 AStG Anm. 31 ff. [57. Lfg.: November 2005]; Blümich/*Menck*, Band 5: Ertragsteuerliche Nebengesetze, § 8 AStG Rz. 9 [90. Lfg.: Mai 2006]; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl. 1998, Rz. 10.72.

Bankgeschäfte soll sich im Wesentlichen nach § 1 KWG²⁸ richten,²⁹ wobei entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung³⁰ dazu auch die üblichen Nebengeschäfte wie etwa die Vermögensverwaltung gehören.³¹

Besonders problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass überwiegende Geschäfte im Konzern mit Konzernunternehmen durch die gesetzliche Einschränkung für Geschäfte mit dem Gesellschafter und diesem Nahestehende eine konzerneigene Bank im steuerlich attraktiven Ausland für deutsche Konzerne praktisch unmöglich machen. Dies behindert zum einen die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne und ist zum anderen EG-rechtlich äußerst problematisch. Die Regelung will die Reduzierung des deutschen Besteuerungsguts durch Aufwendungen verhindern, die an verbundene Kreditinstitute im Ausland gezahlt werden.³² Sie führt also zu einer massiven Erschwernis bzw. Verhinderung des grenzüberschreitenden Leistungsaustausches und könnte damit eine Beschränkung sowohl der Kapitalverkehrsfreiheit als auch der Dienstleistungsverkehrsfreiheit darstellen.³³ Auf die EG-rechtliche Problematik der gesamten Hinzurechnungsbesteuerung wird noch ausführlich zurückzukommen sein.

c) Konzernfinanzierung

Der zweite wesentliche Fall der aktiven Zinseinkünfte ist die Konzernfinanzierung nach § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG. Danach führen Zinseinkünfte einer ausländischen Gesellschaft dann nicht zu passiven Einkünften, wenn die zu Grunde liegenden Mittel nachweislich auf ausländischen Kapitalmärkten aufgenommen wurden und entweder an ausländische Darlehensnehmer, die einer aktiven Tätigkeit nachgehen, oder an inländische Darlehensnehmer ausgereicht wurden. Schädlich ist also sowohl die Mittelaufnahme von verbundenen Unternehmen oder auf dem inländischen Kapitalmarkt, sowie die Ausleihung von Eigenmitteln. Damit wird der ausländischen Gesellschaft zum einen der Zugang zum inländischen Kapitalmarkt verwehrt als auch der inländischen Konzernspitze die Möglichkeit genommen, eine mit Eigenkapital ausgestattete Finanzierungsgesellschaft im Ausland zu gründen.³⁴

28 Kreditwesengesetz vom 9.9.1998, BGBl. I 1998, 2776.

29 FG Bad.-Württ., Urt. v. 27.7.1995 – 6 K 216/88, EFG 1996, 350; *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 8 AStG Anm. 87 [57. Lfg.: November 2005]; Blümich/*Menck*, Band 5: Ertragsteuerliche Nebengesetze, § 8 AStG Rz. 28 ff. [90. Lfg.: Mai 2006].

30 Siehe hierzu Tz. 8.1.3.3 des Anwendungsschreibens des BMF zum AStG v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004 Sondernummer 1/2004, S. 3.

31 *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 8 AStG Anm. 95 [57. Lfg.: November 2005].

32 *Mössner*, in: Brezina u. a., Außensteuerrecht, 1991, § 8 AStG Rz. 25.

33 Hierzu sogleich III.

34 Vgl. hierzu auch *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 8 AStG Anm. 248 [57. Lfg.: November 2005].

Eine ausländische Gesellschaft ist gezwungen, ihre Erträge ins Inland auszusütten, weil die Vergabe von thesaurierten Erträgen als Darlehen schädlich ist.³⁵ Damit könnte § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG sowohl gegen die Kapitalverkehrsfreiheit als auch gegen die Dienstleistungsverkehrsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit verstoßen.

Die größten Bedenken bestehen aber gegen die Vorschrift deshalb, weil sie in der Praxis für Unternehmen nicht handhabbar ist. Die Vorschrift verlangt den Nachweis darüber, dass bestimmtes aufgenommenes Geld als Darlehen weitergegeben wird. Es besteht weitgehend Einigkeit, dass ein solcher Nachweis schlechterdings nicht zu führen ist, weil Buchgeld durch die Vermischung mit anderem Buchgeld auf Konten der Finanzierungsgesellschaft seine Identität verliert.³⁶ Es kann aber nicht sein, dass der Gesetzgeber vom Steuerpflichtigen verlangt, dass Finanztransaktionen entweder nur mit gekennzeichnetem Bargeld erfolgen, was im Übrigen zu großen Problemen mit den Geldwäschevorschriften führen würde, oder ihn andernfalls mit den Sanktionen der Hinzurechnungsbesteuerung überzieht, weil er ihm einen Nachweis abverlangt, der praktisch nicht durchführbar, also unmöglich ist.³⁷ Damit bestehen gegen die Vorschrift neben den bereits erwähnten EG-rechtlichen Bedenken auch erhebliche verfassungsrechtliche Vorbehalte, weil eine Norm, die vom Steuerpflichtigen zur Verhinderung eines Eingriffs in seine Dispositionsfreiheit etwas Unmögliches verlangt, kaum verhältnismäßig sein kann.

3. Erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung und Gebeweis

Sind weder die Voraussetzungen für die aktive Tätigkeit eines Kreditinstituts nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG noch für die aktive Konzernfinanzierung nach § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG erfüllt, greift in der Regel bei niedrig besteuerten Zinseinkünften einer ausländischen Gesellschaft die Hinzurechnungsbesteuerung ein. Auch die Voraussetzungen für die erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung sind bei Zinseinkünften regelmäßig erfüllt. Allerdings scheint das Gesetz hier eine Ausnahme bereit zu halten, wenn es dem Steuerpflichtigen erlaubt nachzuweisen, dass die Zinseinkünfte aus einer Tätigkeit stammen, die einer eigenen aktiven Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft

35 Vgl. *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl. 1998, Rz. 10.107.

36 Siehe zur Kritik bzgl. der Nachweisanforderung, *Lehfeldt*, in: Strunk/Kaminski/Köhler, Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen, § 8 AStG Rz. 156 [5. Lfg.: April 2006]; *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 8 AStG Anm. 242 [57. Lfg.: November 2005]; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl. 1998, Rz. 10.108; Blümich/*Menck*, Band 5: Ertragsteuerliche Nebengesetze, § 8 AStG Rz. 78 [90. Lfg.: Mai 2006].

37 Vgl. *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl. 1998, Rz. 10.108; *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, Vor §§ 7–14 AStG Anm. 85 [57. Lfg.: November 2005].

dient.³⁸ Der Sinn und Zweck dieser Ausnahmeregelung bleibt jedoch im Dunkeln, schlimmer noch, sie geht schlicht ins Leere, so dass der Gesetzgeber sich, wie an vielen Stellen bei der Hinzurechnungsbesteuerung, die Frage nach der Qualität seiner Arbeit gefallen lassen muss.

Grundsätzlich trägt nämlich das Finanzamt die Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des Tatbestandes der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung, muss also nachweisen, dass die Zinsen gerade aus dem Halten, Verwalten usw. von Zahlungsmitteln stammen.³⁹ Für die Ausnahmeregelung muss jedoch der Steuerpflichtige für dieselben Zinsen nachweisen, dass sie aus einer aktiven Tätigkeit stammen.⁴⁰ Wie diese sich gegenseitig ausschließenden Nachweise gleichzeitig geführt werden sollen, bleibt wohl ein Geheimnis des Gesetzgebers. In der Ausnahmeregelung in § 7 Abs. 6a Halbsatz 2 AStG eine Regelung der funktionalen Betrachtungsweise zu sehen, hilft ebenfalls nicht weiter, weil diese logisch früher ansetzt.⁴¹ Zinsen, die funktional zu aktiven Tätigkeiten gehören, begründen – wie schon ausgeführt – keine passiven Zwischeneinkünfte und damit natürlich auch keine Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter, so dass eine Anwendung von § 7 Abs. 6a AStG von vornherein nicht in Betracht kommt, ohne dass es auf die Ausnahme in § 7 Abs. 6a Halbsatz 2 AStG ankäme und der Steuerpflichtige etwas nachzuweisen hätte.⁴²

Sind die Voraussetzungen für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter erfüllt, greift die Hinzurechnung schon bei einer Beteiligung von 1 % und bei fast ausschließlich solchen Einkünften ohne Begrenzung ein. Die Hinzurechnungsbesteuerung für solche Minibeteiligungen ist in der Praxis äußerst problematisch. Es gibt eine Reihe von Fällen, in denen inländische Personen z. B. Direktbeteiligungen an verschiedenen Gesellschaften eines Familienkonzerns halten und sich deshalb mit großen steuerlichen Problemen auseinandersetzen müssen. Dies soll das folgende Beispiel veranschaulichen.

Eine inländische natürliche Person ist mit 6 % in vierter Generation an einer Schweizer Produktionsgesellschaft eines Familienkonzerns beteiligt, die auch umfangreiche Kapitalanlagen tätigt. Die restlichen Beteiligungen werden von verschiedenen Familienmitgliedern gehalten, die in unterschiedli-

38 Vgl. § 7 Abs. 6a Halbs. 2 AStG.

39 Blümich/Vogt, Band 5: Ertragsteuerliche Nebengesetze, § 7 AStG Rz. 55 [90. Lfg.: Mai 2006].

40 Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 7 AStG Anm. 206 [57. Lfg.: November 2005].

41 Vgl. auch die Kritik am unlogischen Gesetzesaufbau von Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 10 AStG Anm. 225 [32. Lfg.: Februar 1993] zur a. F. des § 10 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 AStG, der durch Art. 11 Nr. 4 des StVergAbG v. 16.5.2003 (BStBl. I 2003, 321) abgeschafft und wortgleich durch § 7 Abs. 6a ersetzt worden ist.

42 So auch Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler, Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen, § 7 AStG Rz. 201 [5. Lfg.: April 2006].

chen Ländern ansässig sind. Der deutsche Gesellschafter hat keine Möglichkeiten, an die für die deutsche Besteuerung notwendigen Informationen zu kommen, er hat selbstverständlich keinen Einfluss auf die Anlagepolitik der Gesellschaft und soll letztendlich ohne Zufluss von Liquidität Steuern zahlen, die er kaum aufbringen kann. Die Vorschrift des § 7 Abs. 6a AStG krankt deshalb daran, dass sie auch für Minibeteiligungen einen Missbrauch typisiert, der in der Praxis oft nicht vorliegt und damit über das Ziel der Missbrauchsverhinderung hinausschießt. Meines Erachtens sind in solchen Fällen verfassungsrechtliche Grenzen überschritten, weil bei diesen Minibeteiligungen nicht unterstellt werden kann, dass der Gesellschafter die ausländische Gesellschaft zu Einkünfteverlagerungszwecken missbraucht.

III. Hinzurechnungsbesteuerung und Grundfreiheiten

1. Einleitung

Die gesamte Hinzurechnungsbesteuerung, einschließlich derjenigen für Einkünfte aus Kapitalvermögen, steht aber nicht nur auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, sondern in den letzten Jahren auch vermehrt auf dem Prüfstand des EG-Rechts. Bereits 1999 im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. ICI⁴³ hatte *Hahn*⁴⁴ die Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages problematisiert. In der Folgezeit hat sich bei der überwiegenden Auffassung in der Literatur die Ansicht durchgesetzt, dass die Hinzurechnungsbesteuerung in ihrer jetzigen Form wohl unter dem EG-Recht nicht zu halten sein wird.⁴⁵ Mittlerweile gibt es auch in der deutschen Rechtsprechung erste Tendenzen, die diese Befürchtung verstärken.

So hatte das FG Düsseldorf keine Bedenken, die Bestimmungen des EG-Vertrages als unzweifelhaft anzusehen und deshalb von einer Vorlage an den EuGH abzusehen und selbst zu judizieren, dass die Grundfreiheiten es nicht zuließen, im Rahmen des § 3c EStG den Hinzurechnungsbetrag nach § 10 AStG als zugeflossen zu betrachten.⁴⁶ Begründet wird dies damit, dass ein inländischer Gesellschafter sich der Anwendung des § 3c EStG durch schlichte Nichtausschüttung entziehen könne. Deshalb dürfe der Gesell-

43 EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695 (ICI).

44 *Hahn*, IStR 1999, 609 ff.; *Hahn*, Die Vereinbarkeit von Normen des deutschen internationalen Steuerrechts mit EG-Recht, IFST-Schrift NR. 378, 1999, S. 130 ff.

45 Vgl. hierzu *Baumgärtel*, in: Lüdicke (Hrsg.), Fortentwicklung der Internationalen Unternehmensbesteuerung (Forum der Internationalen Besteuerung, Bd. 23), 2002, S. 77 ff.; *M. Lang*, IStR 2002, 217 ff.; *Lieber/Rasch*, GmbHR 2004, 1572 ff.; *Rätting/Protzen*, IStR 2003, 195 ff.; *Sullivan/Wallner/Wübelsmann*, IStR 2003, 6 ff.; *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, Vor §§ 7–14 AStG Anm. 81 ff. [57. Lfg.: November 2005]; *Schön*, DB 2001, 940 ff.

46 FG Düsseldorf, Urt. v. 9.11.2004 – 6 K 5917/00, IStR 2005, 125, 127.

schafter einer ausländischen Gesellschaft EG-rechtlich nicht schlechter gestellt werden. Mittlerweile hat auch der BFH das Ergebnis des FG, wenn auch mit einer nicht EG-rechtlichen Begründung, bestätigt.⁴⁷

Des Weiteren ist beim FG Niedersachsen ein Fall zur Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung mit dem EG-Vertrag anhängig⁴⁸ und das FG Münster hat den EuGH zur Vereinbarkeit des § 20 Abs. 3 AStG mit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit angerufen.⁴⁹

Weitere Klarheit für die Beurteilung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung im Lichte des EG-Rechts wird darüber hinaus natürlich von der Entscheidung des EuGH in der Rs. Cadbury Schweppes erwartet, die wohl noch im Laufe dieses Jahres ergehen wird, nachdem Generalanwalt Léger am 2. Mai dieses Jahres seine Schlussanträge gestellt hat.⁵⁰ Diese Schlussanträge sowie die Entscheidung des EuGH in der Rs. Manninen⁵¹, die auch als Renaissance der Kohärenz gedeutet werden kann,⁵² lassen es angezeigt erscheinen, die gesamte Hinzurechnungsbesteuerung einschließlich der Hinzurechnungsbesteuerung für Einkünfte aus Kapital erneut an den Grenzen der EG-vertraglichen Grundfreiheiten zu messen. Dabei ist jedoch schon vorab zu betonen, dass die Tatsache, dass eine große Zahl von EU-Mitgliedstaaten heute eine Art CFC Gesetzgebung kennen, für die Frage der Vereinbarkeit solcher Regelungen mit dem EG-Vertrag ohne Bedeutung ist.⁵³ Auch der Umstand, dass die OECD ihre Mitgliedstaaten verschiedentlich ausdrücklich aufgefordert hat, eine CFC Gesetzgebung einzuführen, wird den EuGH aller Voraussicht nach nicht davon abhalten, den Grundfreiheiten zum Durchbruch zu verhelfen, wenn er dies für angezeit hält.

2. Einschlägige Grundfreiheiten

Die von der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung insbesondere betroffenen Grundfreiheiten sind die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG).

47 BFH v. 7.9.2005 – I R 118/04, IStR 2006, 23 ff.

48 Vgl. *Thömmes/Nakbai*, Intertax 2005, 74, 77.

49 FG Münster, Vorlagebeschluss v. 5.7.2005 – 15 K 1114/99, IStR 2005, 631, 634 ff.

50 Die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-196/04 – Cadbury Schweppes, (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006) erging am 12.9.2006, dem Tag des Vortrages. In Abstimmung mit dem Herausgeber wurde der ursprüngliche Vortragstext beibehalten.

51 EuGH v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02 – Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477.

52 So auch *Rust*, EWS 2004, 450; *Englisch*, GmbHR 2004, 421.

53 Im Verfahren Cadbury Schweppes haben 12 Mitgliedstaaten Erklärungen abgegeben, die überwiegende Zahl, um CFC Gesetzgebungen zu rechtfertigen.

a) Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit erlaubt jedem EU-Bürger und jeder EU-Kapitalgesellschaft, sich ohne Beschränkungen in jedem anderen Mitgliedstaat der EU zur Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederzulassen. Sie verpflichtet allerdings nicht nur den Aufnahmestaat zur so genannten Inländergleichbehandlung. Seit den Entscheidungen des EuGH in den Rs. ICI⁵⁴ und Baars⁵⁵ steht auch fest, dass es dem Herkunftsstaat verboten ist, seine Bürger bei der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat zu behindern.⁵⁶ Gerade dieser zweite Aspekt spielt naturgemäß bei der Beurteilung einer Hinzurechnungsbesteuerung eine wesentliche Rolle.

aa) Vermögensverwaltende Tätigkeit

Allerdings hat eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit zwei Voraussetzungen, die bei Einkünften aus Kapitalvermögen von besonderer Bedeutung sind. Zunächst ist eine Anwendung der Niederlassungsfreiheit nach wohl herrschender Meinung⁵⁷ bei rein vermögensverwaltenden Tätigkeiten ausgeschlossen⁵⁸. In diesem Zusammenhang bin ich jedoch der Auffassung, dass eine Konzernfinanzierungsgesellschaft, welche die Finanzströme und Finanzbedürfnisse im Konzern aktiv managt, nicht in die Kategorie der reinen Vermögensverwaltung fällt. Vergleichbar hat der EuGH in der Rs. ICI die Niederlassungsfreiheit auf eine reine Holdinggesellschaft angewandt, deren Tätigkeit ausschließlich im Halten von 23 Beteiligungsgesellschaften bestand.⁵⁹ Deshalb wird meines Erachtens die Niederlassungsfreiheit allenfalls in den Fällen nicht tangiert sein, in denen sich die Gesellschaft auf die langfristige Verwaltung eines Wirtschaftsgutes beschränkt, z. B. ein langfristiges Darlehen ausgereicht hat.

bb) Mindestbeteiligung

Die zweite wesentliche Voraussetzung bei einer Berufung auf die Niederlassungsfreiheit im Zusammenhang mit Beteiligungen an einer Zwischengesellschaft ist das Vorliegen einer bestimmten Mindestbeteiligung. Hierzu ver-

54 EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695.

55 EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-251/98 – Baars, Slg. 2000, I-2787.

56 Siehe nur EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695 Rz. 21.

57 Vgl. *Baumgärtel*, in: Lüdicke (Hrsg.) *Forum der Internationalen Besteuerung*, Band 23, S. 77, 99; *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, *Außensteuerrecht*, Vor §§ 7–14 AStG Anm. 85 [57. Lfg.: November 2005]; *Werra*, IStR 2001, 438, 439; *Hahn*, IStR 1999, 609, 614.

58 A.A. *Köhler*, in: Strunk/Kaminski/Köhler, *Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen*, Vor §§ 7–14 AStG Rz. 45 [5. Lfg.: April 2006] der die im steuerrechtlichen Sinne rein vermögensverwaltende Tätigkeit als durch die Niederlassungsfreiheit geschützte Erwerbstätigkeit sieht, so auch *Rätting/Protzen*, IStR 2003, 195.

59 EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695 Rz. 18 ff.

langt der EuGH in den Rs. X und Y⁶⁰ und Baars⁶¹, dass der Anteilseigner einen Einfluss auf die Entscheidungen der Tochtergesellschaft nehmen und deren Tätigkeit bestimmen kann.⁶² Bis jetzt liegt aber keine Entscheidung zu einer konkreten Mindestbeteiligungsquote vor, so dass es Grenzbereiche gibt, in denen ein Eingreifen der Niederlassungsfreiheit zweifelhaft sein kann. Im Rahmen des heutigen Themas kann aber festgehalten werden, dass Konzernfinanzierungsgesellschaften, die Finanzströme im Konzern aktiv managen und vollständig von der inländischen Konzernmutter gehalten werden, in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. Andererseits ist vorstehend bereits dargestellt, dass die normale Hinzurechnungsbesteuerung schon bei Mini-Beteiligungen einzelner Gesellschafter eingreifen kann, wenn nur insgesamt Inländer eine Mehrheit halten und dass die erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung schon ab 1 %igen Beteiligungen bzw. teilweise auch ohne eine bestimmte Beteiligungshöhe eingreift. Für alle Fälle solcher Mini-Beteiligungen ist der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet und es kann allenfalls die Kapitalverkehrsfreiheit eingreifen.

b) Kapitalverkehrsfreiheit

Nach Art. 56 Abs. 1 EG sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und zu Drittstaaten verboten. Dies umfasst nach ganz herrschender Auffassung auch die Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft, ohne dass es auf die Beteiligungshöhe⁶³ oder die Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft oder den Sitz der ausländischen Gesellschaft innerhalb der EU oder in einem Drittland ankommt.⁶⁴

aa) Bestandsgarantie

Die Kapitalverkehrsfreiheit weist verschiedene Besonderheiten auf, die je nach deren Interpretation den Schutzbereich erheblich einschränken können. Zunächst gibt es im Verhältnis zu Drittstaaten eine Bestandsgarantie, nach der am 31.12.1993 bereits bestehende Vorschriften nicht von der Kapitalverkehrsfreiheit betroffen sind.⁶⁵ Hierzu wird zu Recht vertreten, dass, wie bereits dargestellt, sich der Inhalt und die Grundkonzeption der deut-

60 EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829.

61 EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-251/98 – Baars, Slg. 2000, I-2787.

62 EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829 Rz. 37 u. 65; EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-251/98 – Baars, Slg. 2000, I-2787 Rz. 22.

63 Es bleibt zu beachten, dass im Falle einer beherrschenden Beteiligung die Kapitalverkehrsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit verdrängt wird, vgl. EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – Überseering, Slg. 2002, I-9919 Rz. 77.

64 Vgl. nur EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829 Rz. 68; Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler, Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen, Vor §§ 7–14 AStG Rz. 50 [5. Lfg.: April 2006].

65 Art. 57 Abs. 1 EGV.

schen Hinzurechnungsbesteuerung seit 1993 mehrfach erheblich geändert habe und dass es dem deutschen Gesetzgeber heute verwehrt sei, sich auf diesen Bestandsschutz zu berufen.⁶⁶

bb) Erlaubnis in Art. 58 Abs. 1 EG

Des Weiteren erlaubt Art. 58 Abs. 1 EG den Mitgliedstaaten die Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, selbst wenn dadurch Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohn- und Kapitalanlageort unterschiedlich behandelt werden.⁶⁷ Dies scheint auf den ersten Blick den nationalen Gesetzgebern einen fast unbeschränkten Handlungsspielraum einzuräumen. Das ist jedoch nicht der Fall. Art. 58 Abs. 3 EG bestimmt nämlich, dass der Gesetzgeber keine Maßnahmen ergreifen darf, die eine willkürliche Diskriminierung oder verschleierte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen. Dies hat in der Rechtsprechung des EuGH letztendlich dazu geführt, dass der Gerichtshof keinen wesentlichen Unterschied bei der Prüfung von Verletzungen oder Beschränkungen zwischen den sonstigen Grundfreiheiten und der Kapitalverkehrsfreiheit macht.⁶⁸ Im Folgenden sollen deshalb auch einheitlich die eventuellen Verletzungen und deren Rechtfertigung bei beiden hier in Rede stehenden Grundfreiheiten dargestellt werden.

3. Missbräuchliche Ausnutzung von Grundfreiheiten als Ausschlussgrund

Vorher soll aber ein kurzer rechtlicher Hinweis zur Frage der missbräuchlichen Ausnutzung von Grundfreiheiten gegeben werden. Die Prüfung des Missbrauchs spielt bekanntlich sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtfertigungsebene bei der Anwendung der Grundfreiheiten eine Rolle. Eine missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf die Grundfreiheiten ist von vornherein ausgeschlossen, ohne dass es der Prüfung von Rechtfertigungsgründen bedürfte.⁶⁹ Hierzu hat Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in der Rs. Cadbury Schweppes festgestellt, dass die Tatsache, dass jemand in einem Mitgliedstaat eine Tochtergesellschaft zu dem erklärten Zweck gründet, in den Genuss der in diesem Staat geltenden günstigen Steuerregelungen zu kommen, für sich genommen keine missbräuchlich-

66 Statt vieler Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler, Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen, Vor §§ 7–14 AStG Rz. 55 [5. Lfg.: April 2006] m. w. N.

67 Vgl. Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler, Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen, Vor §§ 7–14 AStG Rz. 56 [5. Lfg.: April 2006].

68 Vgl. nur EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829 Rz. 66 ff.; EuGH v. 26.9.2000 – Rs. C-478/98 – Kommission/Belgien, Slg. 2000, I-7587 Rz. 18 m. w. N.

69 Vgl. EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – Centros Ltd, Slg. 1999, I-1459 Rz. 24 m. w. N.

che Ausnutzung der Grundfreiheiten darstellt.⁷⁰ Dem ist nichts hinzuzufügen.

4. Verletzung von Grundfreiheiten

Da somit die Anwendung der Grundfreiheiten prinzipiell auch in Fällen eröffnet ist, in denen sich jemand zur Ausnutzung von Steuervergünstigungen in einem anderen Mitgliedstaat niederlässt, stellt sich die Frage, ob die Anwendung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung auf Einkünfte aus Kapital in Konflikt mit den Grundfreiheiten zur Niederlassung und zum Kapitalverkehr steht. Meines Erachtens liegt bei der Anwendung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung auf Einkünfte aus Kapital sowohl eine Diskriminierung vor als auch eine Beschränkung der in Rede stehenden Grundfreiheiten.

a) Diskriminierung

Eine Diskriminierung besteht zum einen darin, dass für inländische Tochtergesellschaften, die von einer inländischen Muttergesellschaft gehalten werden, eine Hinzurechnungsbesteuerung nicht in Betracht kommt. Darin liegt eine Benachteiligung, deren Begründung ausschließlich an den Sitz der Zwischengesellschaft im Ausland anknüpft.⁷¹

Die englische Regierung, unterstützt durch eine Reihe anderer Mitgliedstaaten, hat allerdings in dem Verfahren *Cadbury Schweppes* gegenüber einer Diskriminierung geltend gemacht, dass bei einer Gesamtschau von Tochtergesellschaft und Muttergesellschaft die englische Hinzurechnungsbesteuerung neutral wäre, weil in beiden Fällen die Gesamtsteuerbelastung identisch sei.⁷² Dieser Argumentation hat Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen zu Recht entgegen gehalten, dass selbst eine identische Gesamtsteuerbelastung nicht die Tatsache beseitige, dass es auf der Ebene der Muttergesellschaft zu einer Ungleichbehandlung komme.⁷³ Dies ist schon deshalb auch aus deutscher Sicht richtig, weil die Hinzurechnungsbesteuerung zu einer Steuerbelastung auf Ebene der Muttergesellschaft führt und nicht etwa zu einer Steuerlast bei der Tochter. Im Übrigen hat Generalanwalt Léger ein bisher in der Literatur wenig beachtetes zweites Vergleichspaar in die Diskussion eingebracht und darauf ebenfalls eine Diskriminie-

70 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 40, 50 u. 51 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

71 Vgl. EuGH v. 14.12.2000 – Rs. C-141/99 – AMID, Slg. 2000, I-11619, Rz. 22 u. 23; EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Sgl. 2002, I-10829, Rz. 36–39; EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-446/03 – Marks & Spencer, Slg. 2005, I-10837, Rz. 32–34.

72 Vgl. hierzu Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 68 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

73 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 77 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

zung gestützt. Aus seiner Sicht ist nicht nur auf einen Vergleich mit einer inländischen Tochtergesellschaft abzustellen, sondern auch auf einen Vergleich mit einer Tochtergesellschaft im anderen EU-Ausland, in dem kein günstiger Steuersatz gewährt wird⁷⁴. Im letzteren Fall kommt es ebenfalls nicht zu einer Hinzurechnungsbesteuerung, wobei Generalanwalt Léger wohl zu Recht darauf hinweist, dass die unterschiedlichen Steuersätze in den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH⁷⁵ kein sachgerechtes Kriterium für eine Ungleichbehandlung sind.⁷⁶ Es bleibt jedoch abzuwarten, ob sich ein solcher Meistbegünstigungsansatz für den Outbound-Fall beim EuGH auch im Lichte seiner eher restriktiven Sichtweise in der Rs. „D“⁷⁷ durchsetzen wird.⁷⁸

b) Beschränkung

Neben einer Diskriminierung liegt auch eine Beschränkung der Grundfreiheiten vor, weil durch die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung eine Investition in eine ausländische Tochtergesellschaft, die von der Hinzurechnungsbesteuerung betroffen ist, deutlich unattraktiver wird als in eine Tochtergesellschaft, die keiner Hinzurechnungsbesteuerung unterliegt.⁷⁹ Zwar hat eine inländische Tochtergesellschaft ebenfalls eine deutsche Steuerbelastung in Höhe von zurzeit ca. 40 %. In diesem Fall ist aber Liquiditätszufluss und Steuerlast parallel, so dass aus dem erzielten Gewinn die Steuer gezahlt werden kann. Dies ist ganz anders bei einem inländischen Anteilseigner, der der Hinzurechnungsbesteuerung ausgesetzt ist. Die Steuer greift bei ihm ein, ohne dass gleichzeitig Liquidität zur Bezahlung generiert wird. Dieser Befund wird noch dadurch verstärkt, dass – wie bereits beschrieben – die Hinzurechnungsbesteuerung in vielen Fällen eingreift, ohne dass der betroffene Gesellschafter über eine Mehrheitsbeteiligung verfügt. In diesem Fall kann noch nicht einmal die notwendige Liquidität über eine Ausschüttung besorgt werden. Im Ergebnis kann deshalb festgehalten werden, dass sowohl eine Diskriminierung als auch eine Beschränkung der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt.

74 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 78 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

75 EuGH v. 26.10.1999 – Rs. C-294/97 – Eurowings Luftverkehr, Slg. 1999, I-7447, Rz. 44; EuGH v. 11.12.2003 – Rs. C-364/01 – Barbier, Slg. 2003, I-15013, Rz. 71.

76 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 82 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

77 EuGH v. 5.7.2005 – Rs. C-376/03 – Rs. „D“, Slg. 2005, I-5821.

78 Scheipers/Maywald, IStR 2006, 472, 476.

79 Vgl. zum Beschränkungsverbot durch den Herkunftsstaat allgemein EuGH v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87 – Daily Mail und General Trust, Slg. 1988, I-5483, Rz. 16; zum erstmaligen Verbot herkunftsseitiger Beschränkung durch eine steuerliche Maßnahme EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695, Rz. 21.

5. Rechtfertigungsgründe

Für diesen Eingriff in die Grundfreiheiten kommen potenziell verschiedene Rechtfertigungsgründe in Betracht.⁸⁰

a) Kapitalexporthneutralität und Welteinkommensprinzip

*Schön*⁸¹ hat als einer der Ersten versucht, die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalexporthneutralität und des Welteinkommensprinzips zu rechtfertigen. Beide Grundsätze seien nach der Rechtsprechung des EuGH im Prinzip gemeinschaftskonform. Wenn dies aber so sei, müsse es dem Gesetzgeber möglich sein, durch ausländische Gesellschaften durchzugreifen, weil es sonst in das Belieben des inländischen Steuerpflichtigen gestellt sei, ob er sich dem Steuerzugriff durch Gründung einer Tochtergesellschaft entziehe.⁸²

Es erscheint mir jedoch zweifelhaft, ob die von *Schön* in den Vordergrund der Diskussion gerückten Prinzipien die aktuelle deutsche Hinzurechnungsbesteuerung zu rechtfertigen vermögen.

Gegen eine Rechtfertigung durch das Welteinkommensprinzip spricht meines Erachtens entscheidend, dass durch sie das Welteinkommensprinzip nur partiell verwirklicht wird, weil die Hinzurechnungsbesteuerung nur bei Unterschreiten eines bestimmten Steuersatzes im Ausland und nur für bestimmte passive Einkünfte eingreift. Die Passivität von Einkünften und niedrige Steuersätze allein vermögen aber einen Durchgriff nicht zu rechtfertigen.⁸³

b) Gefahr von Steuerausfällen

In der Literatur ist wiederholt diskutiert worden, ob nicht die Niedrigbesteuerung im anderen Staat und damit die Gefahr von Steuerausfällen im Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters eine Hinzurechnungsbesteuerung unter Eingriff in die Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermag.⁸⁴ Dies umso mehr, als z. B. die OECD ihre Mitgliedstaaten aus genau diesen Gründen aufgefordert hat, CFC⁸⁵ Regelungen in ihre nationalen Rechtssysteme aufzunehmen.⁸⁶ Hier zeigt sich jedoch erneut, dass Rechtentwicklungen und Rechtsdiskussionen innerhalb der Mitgliedstaaten der OECD oft nicht ver-

80 Vgl. allgemein zu den Rechtfertigungsgründen im Bereich des Steuerrechts *Schaumburg*, DB 2005, 1129, 1133 f.

81 *Schön*, DB 2001, 940.

82 *Schön*, DB 2001, 940, 945 ff.

83 So auch *Schönfeld*, IWB, Fach 3, Gruppe 1, 11, 16.

84 Vgl. *Schönfeld/Lieber*, FR 2005, 927, 930; *Körner*, IStR 2004, 697, 701 f.; *Schön*, DB 2001, 940, 943.

85 Controlled Foreign Company.

86 Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue, OECD, Paris, 1998, S. 44.

einbar sind mit den Grundsätzen des einheitlichen Binnenmarkts in der EU. Die Rechtsprechung des EuGH hat es in der Vergangenheit gerade nicht zugelassen, eine Benachteiligung des inländischen Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft mit der unter Umständen bestehenden Vorzugsbesteuerung der Gesellschaft in einem anderen Staat zu begründen. Dies lässt sich aus seinen Entscheidungen in den Rs. Baars⁸⁷ und Verkooijen⁸⁸ eindeutig herleiten. Im Übrigen hat der EuGH in der Rs. Eurowings⁸⁹ judiziert, dass er kompensatorische Abgaben für mit den Grundfreiheiten des Binnenmarkts unvereinbar hält.⁹⁰

Selbst wenn man die geringe Besteuerung im anderen Mitgliedstaat im Einzelfall für eine unzulässige Beihilfe halten sollte, erlaubt dies einem anderen Mitgliedstaat nicht, quasi als Notwehrmaßnahme eine Hinzurechnungsbesteuerung einzuführen. Die Verhinderung unzulässiger Beihilfen in der EU ist nach der Kompetenzverteilung zwischen den verschiedenen Gremien der EU Sache der Kommission. Die Kompetenzverteilung ist von den Mitgliedstaaten zu respektieren, wie kürzlich auch das FG Münster⁹¹ entgegen anders lautender Stellungnahmen in der Literatur⁹² bestätigt hat. Auch Generalanwalt Léger hat in seinen Schlussanträgen in der Rs. Cadbury Schweppes kein Recht der Mitgliedstaaten gesehen, gegen eine etwa unzulässige Beihilfe einseitig vorzugehen.⁹³ Wollte man den Mitgliedstaaten parallel zu den Kompetenzen der Kommission eigene Zuständigkeiten zur Verhinderung unerlaubter Beihilfen einräumen, wäre insbesondere bei einer weiter wachsenden Gemeinschaft das Chaos vorprogrammiert und der Grundsatz der Gemeinschaftstreue würde zu einer leeren Worthülse.⁹⁴

c) Kohärenz

aa) Bisherige Rechtsprechung

Eine gewisse Wiedergeburt als Rechtfertigungsgrund erlebt in neuester Zeit der Grundsatz der Kohärenz. Dieser spielte in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH keine größere Rolle, obwohl er vom EuGH in den Rs. Bachmann⁹⁵ und Kommission/Belgien⁹⁶ im Grundsatz anerkannt worden

87 EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-251/98 – Baars, Sgl. 2000, I-2787.

88 EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-35/98 – Verkooijen, Sgl. 2000, I-4071.

89 EuGH v. 26.10.1999 – Rs. C-294/97 – Eurowings Luftverkehr, Slg. 1999, I-7447.

90 EuGH v. 26.10.1999 – Rs. C-294/97 – Eurowings Luftverkehr, Slg. 1999, I-7447 Rz. 44 f.

91 FG Münster, Vorlagebeschluss v. 5.7.2005 – 15 K 1114/99, IStR 2005, 631, 635.

92 Schönfeld, IWB, Fach 3, Gruppe 1, 11, 18 f.

93 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 58 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

94 Vgl. Körner, IStR 2004, 697, 702.

95 EuGH v. 28.1.1992 – Rs. C-204/90 – Bachmann, Slg. 1992, I-294, Rz. 21 ff.

96 EuGH v. 28.1.1992 – Rs. C-300/90 – Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-305, Rz. 14 ff.

war.⁹⁷ Als Kohärenz wird im Allgemeinen ein systematischer Zusammenhang zwischen verschiedenen Regelungen eines Steuerrechts verstanden, der dazu führt, dass die Aufhebung der einen Regelung zwangsläufig zur Beeinträchtigung des rechtlichen Sinns der anderen Regelung führt.⁹⁸ Allerdings hatte der EuGH in ständiger Rechtsprechung festgelegt, dass der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz nur in solchen Fällen eingreifen könne, in denen sich die fraglichen Regelungen bei ein und demselben Steuerrechtssubjekt auswirken.⁹⁹ Anders ausgedrückt war die Kohärenz nach dieser Rechtsprechung nur betroffen, wenn der Vorteil einer Regelung und der Nachteil der damit zusammenhängenden Regelung denselben Steuerpflichtigen betrafen. Auf Basis dieser Sichtweise hatte der EuGH deshalb den Anteilseigner und die von ihm gehaltene Kapitalgesellschaft getrennt betrachtet.

bb) Rs. Manninen

Diese eher formal-technische Betrachtung scheint der EuGH nunmehr in seiner Entscheidung der Rs. Manninen¹⁰⁰ zu Gunsten einer personen- und länderübergreifenden Betrachtung aufgegeben zu haben.¹⁰¹ Er hat nämlich ein Körperschaftsteueranrechnungssystem als zulässig erachtet, in dem die Steueranrechnung beim Gesellschafter exakt der Steuerbelastung bei der Gesellschaft entspricht. Danach könnte also die unterschiedliche Behandlung, sprich Anrechnungshöhe auf Ebene des Gesellschafters, mit der unterschiedlichen Vorbelastung auf Ebene der Gesellschaft gerechtfertigt werden.

Es bleibt aber fraglich, ob selbst diese erweiterte Kohärenzbetrachtung die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung in ihrer jetzigen Form europarechttauglich machen kann. Das ist wohl eher zu verneinen. Zum einen kann die personenübergreifende Betrachtung nicht den Nachteil rechtfertigen, der dadurch entsteht, dass der Hinzurechnungsbetrag zum frühestmöglichen Zeitpunkt als ausgeschüttet gilt und es damit zu einer Liquiditätsbelastung beim Gesellschafter kommt, die es im Inlandsfall nicht gibt. Darüber hinaus setzt eine Rechtfertigung durch den Grundsatz der Kohärenz ein geschlossenes und in sich schlüssiges System ohne Durchbrechungen und Abweichun-

97 Zum Rechtfertigungsgrund der steuerrechtlichen Kohärenz in den Rs. Bachmann und Rs. Kommission/Belgien *Stangl*, SWI 2000, 463; 464 f.; *Sedemund*, IStR 2001, 190, 191 f.

98 So auch *Stangl*, SWI 2000, 463, 466 f.; *Hahn*, DStZ 2000, 14, 23; ausführlich zur steuerrechtlichen Kohärenz *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 299 ff.

99 EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-251/98 – Baars, Sgl. 2000, I-2787; EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-35/98 – Verkooijen, Slg. 2000, I-4071; EuGH v. 19.8.2003 – Rs. C-168/01 – Bosal, Slg. 2003, I-9409.

100 EuGH v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02 – Manninen, Slg. 2004, I-7477.

101 Vgl. *Englisch*, GmbHHR 2004, 421 f.

gen voraus.¹⁰² Dies ist bei der zurzeit geltenden Hinzurechnungsbesteuerung nicht der Fall, weil diese nicht generell auf einer Durchbrechung der Abschirmwirkung einer Tochtergesellschaft basiert, sondern eine solche nur lückenhaft vorsieht, nämlich für bestimmte passive Einkünfte, die auch nur niedrig besteuert sein dürfen.¹⁰³ Ein solches unvollständiges System kann meines Erachtens niemals durch den Grundsatz der Kohärenz, sondern allenfalls durch Überlegungen zur Missbrauchsbekämpfung gerechtfertigt sein. Interessanterweise verliert auch Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in der Rs. Cadbury Schweppes kein Wort zum Kohärenzgrundsatz, obwohl seine Schlussanträge deutlich nach dem Urteil in der Rs. Manninen gestellt wurden.

d) Missbrauchsbekämpfung

Er befasst sich aber sehr ausführlich mit einer Rechtfertigung der der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung vergleichbaren englischen CFC Regelung unter dem Gesichtspunkt der Missbrauchsbekämpfung und der Verhinderung der Steuerflucht. Da der EuGH in der weit überwiegenden Zahl seiner Entscheidungen den Schlussanträgen der Generalanwälte folgt, ist es nahe liegend, sich etwas ausführlicher mit den Grundsätzen zu befassen, die Generalanwalt Léger in seinen sehr ausführlichen Schlussanträgen herausgearbeitet hat. Er betont zunächst, dass grundsätzlich die Bekämpfung der Steuerflucht nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁰⁴ zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört, die eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen können.¹⁰⁵ Allerdings ist die Gründung einer Tochtergesellschaft im Ausland zur Ausnutzung einer günstigen Steuersituation nicht automatisch eine missbräuchliche Steuerflucht.¹⁰⁶ Insbesondere reiche nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH für eine Beschränkung der Hinweis auf einen ansonsten eintretenden nationalen Steuerverlust nicht

102 EuGH v. 11.8.1995 – Rs. C-80/94 – Wielockx, Slg. 1995, I-2493; *Ismer/Reimert/Rust*, EWS 2004, 207, 213 ff.; *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 299 ff.; *Lieber/Rasch*, GmbHR 2004, 1572, 1576.

103 Vgl. *Schönfeld*, IWB, Fach 3, Gruppe 1, 11, 16; zur britischen CFC-Gesetzgebung *Lieber/Rasch*, GmbHR 2004, 1572, 1576.

104 Vgl. nur EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695, Rz. 26; EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829, Rz. 60 u. 61.

105 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 86 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

106 So Generalanwalt Léger in den Schlussanträgen v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 53 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006) unter Berufung auf EuGH v. 26.9.2000 – Rs. C-478/98 – Kommission/Belgien, Slg. 2000, I-7587, Rz. 45; EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Sgl. 2002 I, 10829, Rz. 62.

aus.¹⁰⁷ Vielmehr ist die Geltendmachung der Rechte aus der Niederlassungsfreiheit nach Generalanwalt Léger als solches niemals eine Steuerflucht, ein niedriges Steuerniveau in einem anderen Mitgliedstaat niemals ein Grund für eine Beschränkung.¹⁰⁸ Auch ein Verstoß eines Mitgliedstaates gegen den vereinbarten Verhaltenskodex zur Unternehmensbesteuerung¹⁰⁹ ist nach Generalanwalt Léger nicht geeignet, eine Beschränkung der Grundfreiheiten zu legitimieren, weil es sich um eine rein politische Verpflichtung handele.¹¹⁰ Im Lichte dieser Rechtsprechungsgrundsätze versucht Generalanwalt Léger das Spannungsfeld zwischen den Grundfreiheiten und der Missbrauchsbekämpfung aufzulösen und stellt dazu einige beachtenswerte Regeln auf, die er aus der bestehenden Rechtsprechung des EuGH herleitet und die für die Zulässigkeit der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung von großer Bedeutung sind. Er hält generelle Vorschriften, die allgemein unter bestimmten Voraussetzungen jede Situation als missbräuchlich erfassen, für nicht mit den Grundfreiheiten vereinbar.¹¹¹ Vielmehr sei es unabdingbar, dass die nationalen Gerichte auf Grundlage objektiver Kriterien in jedem Einzelfall missbräuchliches oder betrügerisches Verhalten prüfen und feststellen bzw. verneinen können.¹¹² In diesem Zusammenhang könne auch eine widerlegbare Vermutung der Steuerflucht bei Verlagerung von Aktivitäten in ein Niedrigsteuerland angemessen sein, solange dem Steuerpflichtigen der Gegenbeweis offen bleibe.¹¹³ Generalanwalt Léger kommt deshalb zusammenfassend zu dem Ergebnis, dass eine CFC Gesetzgebung dann zulässig sei, wenn sie auf rein künstliche Konstruktionen beschränkt sei, die aus-

107 Vgl. nur EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695, Rz. 28; EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-446/03 – Marks & Spencer, Slg. 2005, I-10837, Rz. 44.

108 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 53 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

109 Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten v. 1.12.1997 über einen Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung (ABl. 1998, C 2, S. 2).

110 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 55 ff. (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

111 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 89 u. 90 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

112 So Generalanwalt Léger in den Schlussanträgen v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 91 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006) mit Verweis auf EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002 I, 10829 Rz. 42.

113 Für die Zulässigkeit einer gesetzlichen Vermutung, Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 136, 140 u. 141 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006); zum Erfordernis der Widerlegbarkeit vgl. Schlussanträge, Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 143 u. 145 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

schließlich der Umgehung des nationalen Steuerrechts dienen¹¹⁴ und soweit sie dem Steuerpflichtigen den Nachweis ermöglichen, dass

- die Tochtergesellschaft tatsächlich im Sitzstaat ansässig ist und dort in die nationale Wirtschaft integriert ist,¹¹⁵
- die Tochtergesellschaft über räumliche, personelle und sachliche Grundlagen zur tatsächlichen Erbringung der geltend gemachten Leistungen verfügt,¹¹⁶
- und die Tochtergesellschaft ein wirtschaftliches Interesse für die Gruppe erfüllt.¹¹⁷

Gemessen an diesen Grundsätzen lassen sich meines Erachtens zwei Schlussfolgerungen festhalten. Die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung ist insgesamt unter Einschluss der Hinzurechnungsbesteuerung für Einkünfte aus Kapital nicht mit den Grundfreiheiten vereinbar. Wie bereits dargelegt, erfassen die in Rede stehenden Tatbestände Einkünfte aus Kapitalvermögen generell, ohne dem Steuerpflichtigen einen Gegenbeweis zu ermöglichen. Die Ausnahmen für Konzernkreditinstitute und Konzernfinanzierungsgesellschaften sind so eng, dass sie auch legitime wirtschaftliche Tätigkeiten mit Substanz der Hinzurechnungsbesteuerung unterwerfen. Schließlich sind die Beteiligungsanforderungen so gering, dass von einem Missbrauch mangels Einflussmöglichkeit schlechterdings nicht gesprochen werden kann. Andererseits bleibt auch festzuhalten, dass der BFH in seiner Dublin Dock II Entscheidung wohl zu weit gegangen ist, wenn er meint, dass es das EG-Recht verbiete, eine Gesellschaft ohne Personal, Räume und sonstige Infrastruktur als Rechtsmissbrauch anzusehen.¹¹⁸ Nach den Schlussanträgen von Generalanwalt Léger ist eher das Gegenteil der Fall.

114 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 88 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

115 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 113 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

116 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 112 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

117 Schlussanträge Generalanwalt Léger, v. 2.5.2006 – Rs. C-196/04, Rz. 114 (noch n. v.; abrufbar unter <http://curia.europa.eu>, zuletzt besucht am 5.12.2006).

118 Dublin Docks I und II-Entscheidungen BFH, Urt. v. 19.1.2000 – I R 94/97, DB 2000, 651; BFH, Urt. v. 19.1.2000 – I R 117/97, IStR 2000, 182, 184; vgl. auch Dublin Dock III-Entscheidung BFH, Urt. v. 25.2.2004 – I R 42/02, IStR 2004, 527, 529; mit Anmerkung Philipowski, IStR 2004, 532; Grotherr, IStR 2006, 361, 364 f.

IV. Überlegungen zu einer EG-Recht kompatiblen Durchgriffsbesteuerung

Nach diesem aus Sicht der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung eher niederschmetternden Ergebnis lassen Sie mich noch kurz einige Überlegungen zu einer vielleicht EG-rechtlich kompatiblen Durchgriffsbesteuerung anstellen.

Hier lässt sich meines Erachtens theoretisch an zwei Vorgehensweisen denken. Zum einen könnte man sich die neue und erweiterte Sichtweise des EuGH zum Rechtfertigungsgrund der Kohärenz nutzbar machen, unterstellt, diese wird vom EuGH auch in der Zukunft bestätigt. Unter dieser Auslegung könnte sich wohl ein in sich schlüssiges und lückenloses System einer Durchgriffsbesteuerung auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen. Dies würde bedeuten, dass eine Durchgriffsbesteuerung etwa in der Form einer nationalen und grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerung ausgestattet werden müsste. Diese Gruppenbesteuerung wäre unabhängig von der Passivität der Einkünfte oder ihrer niedrigen Besteuerung. Die Einkünfte von Tochtergesellschaften würden ab einer bestimmten Beteiligungsgrenze, die wohl recht hoch liegen müsste, auch ohne Ausschüttung beim Gesellschafter erfasst. Die ausländische Steuer müsste entsprechend angerechnet werden. Ausländische Verluste wären zu berücksichtigen. Obwohl ein solches System EG-rechtlich wohl verteidigungsfähig wäre, halte ich es in Deutschland für kaum umsetzbar. Es widerspricht wahrscheinlich den deutschen Doppelbesteuerungsabkommen, die gerade nicht von einem Durchgriff, sondern von einer freizustellenden Dividende ausgehen. Außerdem wird der Gesetzgeber ausländische Verluste ungern ins Inland übernehmen wollen. Deshalb ist es meines Erachtens realistischer, eine zukünftige Durchgriffs- oder Hinzurechnungsbesteuerung konsequent am Missbrauchsgedanken im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH zu orientieren.¹¹⁹ Dies bedingt zunächst, dass die Beteiligungsgrenze, ab der eine Hinzurechnungsbesteuerung eingreift, erheblich heraufgesetzt wird.¹²⁰ Missbrauch setzt eine Einflussmöglichkeit voraus, die für Streubesitz nicht besteht.¹²¹ Der Gesetzgeber könnte dann bei Erfüllung dieser Beteiligungsquote für bestimmte rein vermögensverwaltende Tätigkeiten, die in ein Niedrigsteuerland unter Abschirmung durch eine Tochtergesellschaft verlagert werden, die Vermutung einer missbräuchlichen Gestaltung festlegen. Dem Steuerpflichtigen ist jedoch der Gegenbeweis zu ermöglichen, dass im Einzelfall kein Missbrauch vorliegt, weil die Tochtergesellschaft tatsächlich

119 Vgl. auch *Frischmuth*, IStR 2005, 361, 364 für die Aufgabe der Belastungszielsetzung.

120 *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 539.

121 So auch *Baumgärtel*, in: Lüdicke (Hrsg.) Forum der Internationalen Besteuerung, Band 23, S. 77, 101 f.

selbst eine Tätigkeit ausübt, die über reine Vermögensverwaltung hinausgeht und von wirtschaftlichem Interesse für die Unternehmensgruppe ist.

Bei einer so gestalteten Hinzurechnungsbesteuerung könnten zwar immer noch bestimmte Einkünfte aus Kapital einer Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen. Die bisherigen Einschränkungen für konzernerneigene Kreditinstitute oder umfangreich tätige Konzernfinanzierungsgesellschaften wären aber nicht mehr haltbar.

Diskussion

zu den Referaten von Prof. Dr. *Jürgen Lüdicke*
und Prof. Dr. *Heinz-Klaus Kroppen*

Leitung
Prof. Dr. *Jörg Manfred Mössner*

Prof. Dr. Wassermeyer

Ich möchte eigentlich nur eine Anmerkung machen. Ich möchte über einen Sachverhalt berichten, den ich sozusagen am eigenen Leibe erlebt habe. Meine Schwiegermutter ist vor einigen Jahren verstorben. Meine Frau hat von meiner Schwiegermutter vier Hoechst-Aktien geerbt. Eines Tages bekam sie dann ein Schreiben, ob sie bereit sei, diese Hoechst-Aktien gegen Aventis-Aktien zu tauschen. Sie hat mich auch noch gefragt: Soll ich das tun? Ich habe gesagt: Ja, mach doch, habe mir aber bei dieser Antwort wenig gedacht. Dann sind wieder ein paar Monate vergangen, in denen mir plötzlich bewusst wurde, was jetzt passiert war. Meine Frau war nämlich jetzt der Hinzurechnungsbesteuerung nach Aventis ausgesetzt. Vorher hatte die Hoechst AG sie gewissermaßen vor jeder Hinzurechnungsbesteuerung abgeschirmt. Dabei geht es jetzt nicht um die Hinzurechnungsbesteuerung von Einkünften von Aventis oder der Hoechst AG, sondern darum, dass irgendwo in jedem Konzern eine nachgeschaltete Zwischengesellschaft existiert, die jedenfalls auch niedrig besteuerte Zwischeneinkünfte erzielt. Dies kann sich auch auf der 10. Konzernstufe abspielen. Die inländischen Gesellschafter einer ausländischen Kapitalgesellschaft werden insoweit der Hinzurechnungsbesteuerung ausgesetzt. Ich habe dann, weil ich bei der Hoechst AG einige kannte, dort angerufen und wollte wissen, ob unbeschränkt Steuerpflichtige zu mehr als der Hälfte an Aventis beteiligt sind. Da hat man mir gesagt, dass keiner die Frage genau beantworten könne. Denn die Aktien werden zu einem wesentlichen Teil in Fonds gehalten, von denen keiner weiß, wer dahinter steht. Meine Gesprächspartner bei der Hoechst AG gin-

gen allerdings davon aus, dass mehrheitlich Ausländer beteiligt seien. Mit Sicherheit konnten sie das aber nicht bekunden. Das zeigt die ganze Dramatik der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung. Auf der einen Seite kreieren wir Steuerpflichtige, denen etwas hinzuzurechnen ist, die aber nicht in der Lage sind, das zu erklären, was von Gesetzes wegen hinzuzurechnen sein soll. Auf der anderen Seite kann auch die Finanzverwaltung die möglicherweise wichtige Beteiligungsfrage nicht klären. Ich habe meine Frau veranlasst, die Aventis-Aktien alsbald zu verkaufen. Da dies vor dem nächsten 31.12. geschah, war meine Frau keiner Hinzurechnungsbesteuerung ausgesetzt. Insoweit ist kein Schaden entstanden. Wir sollten aber deutlich sehen, dass jeder Steuerinländer, der irgendeine ausländische Aktie besitzt, möglicherweise einer Hinzurechnungsbesteuerung ausgesetzt ist, obwohl er keinerlei Kapital ins Ausland verlagert hat. Das ist ein völlig unmöglicher Zustand. Ich wollte das in dieser Deutlichkeit einmal gesagt haben.

Prof. Dr. Reiner

Der EuGH hat ja in seiner heutigen Entscheidung, Randnummer 5, gesagt, dass die Hinzurechnungsbesteuerung nur dann rechtmäßig ist: „wenn das spezifische Ziel der Beschränkung darin liegt, Verhaltensweisen zu verhindern, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird.“ Ende des Zitats. In § 42 AO wird der Steuermissbrauch über eine den wirtschaftlichen Vorgängen unangemessene rechtliche Gestaltung beschrieben. Meine Frage: Worin liegt der Unterschied? Und anders gefragt: Sie sagen ja, § 42 geht der Hinzurechnungsbesteuerung vor, Herr *Kroppen*, wird dadurch die Hinzurechnungsbesteuerung nicht obsolet?

Prof. Dr. Schön

Beide Referate haben mich tief beeindruckt, und in der Gesamtaussage müssen wir doch feststellen, dass wir, was die internationale Kapitaleinkommensbesteuerung angeht, richtig in der Falle sitzen. Wir sitzen in der Falle, weil das abfließende Fremdkapital von uns nicht wesentlich steuerlich erfasst wird. Wir haben eine Doppelbesteuerungspolitik, die dazu führt, dass eine Effektivbelastung abfließender Fremdkapitalentgelte nicht stattfindet. Wir haben eine Zins-/Lizenzgebührenrichtlinie, die innerhalb Europas diesen Zustand noch einmal für konzerninterne Darlehen zementiert und können damit auf der einen Seite sagen, dass innerhalb von Konzernstrukturen, aber auch außerhalb dessen weitestgehend, was im Inland verdient wird und auf dem Zinsweg ins Ausland geht, nicht erfasst wird. Wir haben umgekehrt über das, was Herr *Kroppen* geschildert hat – das Erste ist ja von Herrn *Lüdicke* nachdrücklich dargelegt worden – keine Möglichkeit mehr, die Hinzurechnungsbesteuerung, wie sie sich jetzt darstellt – man muss überlegen, welche Bereiche bleiben – langfristig aufrecht zu erhalten. Das bedeu-

tet insbesondere, dass den Konzernen nun auch die Möglichkeit gegeben ist, das Kapital im Ausland zu parken und ins Inland zu verleihen. Auf diese Weise kann weder beim Abfluss nach draußen noch bei der Thesaurierung bei der Tochtergesellschaft zugegriffen werden. Dass die Bundesregierung aktuell mit Vorschlägen reagiert, die darauf hinauslaufen – unabhängig von Ausland und Inland, unabhängig von Konzern und Nicht-Konzern – jegliche Form von Zinsabzug zu versagen, und gewissermaßen ein sehr großes Kind mit der Badewanne ausschüttet, das ist die Reaktion auf diese Hilflosigkeit. Insbesondere deshalb, weil die Zins-/Lizenzgebührenrichtlinie, die einstimmig verabschiedet worden ist und auch nur einstimmig wieder aufgehoben oder verändert werden kann, uns einem Versteinerungseffekt aussetzt, der uns innerhalb Europas in eine vollkommene Blockadesituation gebracht hat. Mich stimmt das eher deprimiert.

Prof. Dr. Mössner

Herr *Schön*. Sie haben ja darauf hingewiesen, dass wir in einer schwierigen, fast ausweglosen Situation sind. Ich glaube, das ist auch Aufgabe dieser Gesellschaft und der hier versammelten klugen Köpfe, dem Gesetzgeber einen Weg aufzuzeigen. Dies ist eine wirkliche Herausforderung, die an uns gestellt wird, mit diesem Problem fertig zu werden.

Dr. Schönfeld

Herr *Kroppen* hat darauf hingewiesen, dass es objektiver Kriterien bedarf, um eine künstliche Konstruktion nachzuweisen. Ich denke, da muss der Ansatzpunkt sein, und da hätte ich mir doch vielleicht ein bisschen mehr „Substanz“ im tatsächlichen Sinne gewünscht, dass man nämlich fragt: Wie viel Personal brauchen wir vor Ort, welchen Umfang an Räumlichkeiten benötigen wir, und wie viele Faxgeräte müssen dort im Ansässigkeitsstaat der ausländischen Gesellschaft eigentlich stehen? Das ist ja die Frage, die der EuGH aufgeworfen, bedauerlicherweise aber an die Special Commissioners zurückgegeben hat. Man hätte sich gewünscht, gewisse Kriterien an die Hand zu bekommen, weil man so der Problematik etwas hilflos gegenübersteht. Zumal kürzlich in Tax Notes International ein interessanter Artikel aus den USA erschienen ist, in dem man sich in gewisser Weise über uns Europäer lustig macht, weil man sagt: Ja was brauche ich eigentlich für Kapitalanlagezwecke an Räumlichkeiten und Personal? Ist es so, dass man diese wenige wirtschaftliche Substanz tatsächlich dort haben will. Jeder weiß doch, dass wir vielleicht eine Sekretärin benötigen, vielleicht einen Geschäftsführer, der die Geschäfte dort führt, und ein Fax. Braucht man mehr, muss man denn zehn Personen beschäftigen, um keine künstliche Konstruktion zu sein, oder wird sie dadurch möglicherweise erst künstlich? Das ist die Frage, die ich stelle, und ich glaube, das ist das, was uns künftig interessieren wird, und zwar auch für den Inbound-Fall, den Herr *Lüdicke* nur kurz anreißen konnte. Wenn § 50d Abs. 3 EStG i.d.F. des JStG 2007 jetzt

strenge typisierende Kriterien aufstellt, ohne den Gegenbeweis zuzulassen, muss man möglicherweise ebenfalls die Frage stellen, welchen Umfang an wirtschaftlicher Substanz man vor Ort benötigt.

Prof. Dr. Lüdicke

Ich hatte ja schon gesagt, eine Patentlösung für das Problem der grenzüberschreitenden Zinszahlungen aus Deutschland heraus wird es nicht geben. Das ist international betoniert, und ich sehe zur Zeit auch nicht, dass sich in der OECD oder gar in der EU daran irgendetwas ändert. Man kann natürlich über eine *minimum taxation* amerikanischer Prägung nachdenken, aber die Amerikaner tun sich da natürlich leichter, weil sie nur durch die DBA und nicht auch noch durch einen Binnenmarkt gefangen sind. Man kann sicherlich über das eine oder andere nachdenken. Man sollte aber vielleicht auch einmal darüber nachdenken, wie wichtig denn eigentlich die Körperschaftsteuer insgesamt, steuerpolitisch und volkswirtschaftlich ist, einmal abgesehen vom Gerechtigkeitsaspekt und dem Problem der Personengesellschaften/Kapitalgesellschaften im Wettbewerb. Ob nicht letztlich eine weitere Abschwächung der Bedeutung der Körperschaftsteuer vielleicht der richtige Weg ist, möglicherweise verbunden mit einer Erhöhung der Umsatzsteuer, wie das ja in vielen anderen Ländern der Fall ist. Ich kann mir nicht vorstellen, dass die paar Milliarden Körperschaftsteuer wirklich das allein selig Machende in Deutschland sind. Man muss sicherlich darauf achten, dass es nicht zu zu großen Ungerechtigkeiten zwischen den Unternehmen in den verschiedenen Rechtsformen kommt. Aber auch Personengesellschaften können Gewinne abziehen, darüber hört man in der derzeitigen politischen Diskussion relativ wenig. Was immer man jetzt an Gegenmaßnahmen im politischen Raum überlegt, man sollte eines im Auge behalten: Es gab vor langer Zeit einmal die Diskussion um die Einführung eines § 15a EStG. Die Vorschrift ist furchtbar, nur hat man sich heute schon daran gewöhnt und nimmt es schon gar nicht mehr richtig wahr. Aber man trifft viele „Unschuldige“ mit solchen Regelungen. Ich sehe die Gefahr, dass heute mit dem § 8a KStG schon viele „Unschuldige“ getroffen werden, und wenn demnächst vielleicht nicht einmal mehr die Möglichkeit besteht, dies durch die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung auszugleichen und damit ganz gravierende Fälle der Doppelbesteuerung zu vermeiden, werden die Kollateralschäden erheblich sein. Das muss der Gesetzgeber abwägen.

Prof. Dr. Kroppen

Ich möchte kurz in der Reihenfolge der Fragen antworten. Selbstverständlich stellt sich die von mir kurz angerissene Frage des Verhältnisses der Hinzurechnungsbesteuerung zu § 42 AO nicht mehr, wenn man davon ausgeht, dass sich die Hinzurechnungsbesteuerung in Deutschland durch das heutige Urteil erledigt hat. Es wäre dann wohl nur noch § 42 AO zu prüfen, wobei mich die Rechtsprechung des EuGH sehr stark an alte Entscheidungen des

BFH zu den Basisgesellschaften erinnert. Auch dort wird auf Räume, Personal und ähnliche Dinge abgestellt. Allerdings bin ich mir nicht sicher, ob es ausreichend ist, auf die Hinzurechnungsbesteuerung zu verzichten und in Zukunft nur auf § 42 AO abzustellen. Der EuGH hat ja gesagt, dass man objektive Kriterien haben muss, an denen man nachprüfbar die künstliche Konstruktion festmachen kann. Diese Kriterien kann man heute auch nicht ohne weiteres im Wortlaut des § 42 AO finden. Ich bin mir nicht sicher, ob es dem EuGH gerecht wird, dass diese Kriterien dann ausschließlich durch die Rechtsprechung festgelegt werden.

Für Sie, Herr *Schönfeld*, und Ihre Frage nach den Kriterien habe ich natürlich auch keine Patentantwort. Die Diskussion erinnert mich aber ein bisschen an eine vergleichbare Diskussion, die wir schon lange unter der Überschrift „Funktionsverlagerung“ führen. In diesen Fällen wird eine wahrgenommene Funktion in eine ausländische Tochtergesellschaft verlagert. Das ist deshalb eine ähnliche Thematik, weil sich auch dort die Frage stellt, was man eigentlich haben muss, damit diese Funktionsverlagerung aus Verrechnungspreissicht anerkannt werden kann. Man wird wohl für eine endgültige Klärung die entsprechenden Verlautbarungen der Finanzverwaltung abwarten müssen. Ich persönlich bin aber schon der Meinung, dass man für die spezifischen Funktionen, die z. B. eine Finanzierungsgesellschaft in der Gruppe wahrnimmt, erhebliches personelles Substrat voraussetzen muss. Zur Wahrnehmung dieser Funktion gibt es nämlich nach meiner Erfahrung Finanz- und Treasuryabteilungen, in denen sich Leute mit den Finanzierungsfragen beschäftigen. Wenn ich diese Abteilungen voll im Inland belasse und im Ausland nur eine leere Gesellschaft habe, dann halte ich das unter EG-rechtlichen Gesichtspunkten für problematisch. Ich glaube, dass man nach meinem Verständnis der EuGH Rechtsprechung Teile dieser Treasury- und Finanzabteilungen dann verlagern müsste. Die interessante Frage, die sich für mich in diesem Zusammenhang dann stellt, ist, inwieweit man eine solche Funktionswahrnehmung vor Ort auslagern kann. Es gibt ja durchaus BFH-Rechtsprechung, die das Funktionsoutsourcing auf Dritte im Rahmen des AStG anerkannt hat und dann dazu gekommen ist, dass z. B. eine aktive Tätigkeit bei einer Domizilgesellschaft vorliegen kann, wenn bestimmte aktive Einkaufstätigkeiten von einer dritten Gesellschaft für die Domizilgesellschaft wahrgenommen werden. Ich denke, hier muss man noch genau verfolgen, inwieweit der EuGH rein auf Personen in der Gesellschaft selbst abstellen will, oder inwieweit er es auch zulassen würde, dass man ihr personelles Substrat bei Wahrnehmung durch Dritte zuordnet. Im Augenblick scheint die Tendenz zu sein, dass man zwingend eigene Leute braucht, aber man muss wahrscheinlich die weitere Rechtsentwicklung abwarten.

Prof. Dr. Mössner

Vielen Dank. Ich danke allen Teilnehmern der Diskussion, und insbesondere den Referenten. Insgesamt, so glaube ich feststellen zu können, haben wir

heute einen wissenschaftlich sehr fruchtbaren Tag erlebt, der uns viel Stoff zum Nachdenken gegeben hat. Das abschließende Wort hat unser scheidender Vorsitzender.

Prof. Dr. Kirchhof

Ich habe nur ein Anliegen, nämlich meinen Dank an Frau *Jochum* und an Herrn *Mössner* auszusprechen. Wir haben hier eine akademisch inspirierende Atmosphäre vorgefunden, das war die Grundlage unserer erfolgreichen Tagung. Es ist typisch für unsere Gesellschaft, dass diese Tagung mit einem Auftrag zum Nachdenken endet. Wir werden die Probleme nicht abschließend bewältigen, aber wir gehen mit einem Rucksack voll Ideen und Aufträgen nach Hause. Dass dies hier so möglich gewesen ist, verdanken wir Ihnen, und es wäre schön, wenn Sie das auch Ihren Mitarbeitern, Ihrem immer präsenten, immer engagierten und dennoch unauffälligen Team – das ist, glaube ich, das Optimum, was man über Organisatoren sagen kann – weitergeben würden. Vielen Dank.

Ich habe heute morgen in dem Buch, das Sie, Herr *Seer*, mir gestern übergeben haben, von Leonardus Lessius, dem theoretischen Ökonomen aus dem 16. Jahrhundert, gelesen, und der hat einen Satz geschrieben, den man vielleicht noch in unseren Rucksack oben drauf packen könnte: „Die Unterscheidung von Mein und Dein ist die Bedingung von Frieden und Kultur, das sollte alle Welt, die christliche und die heidnische, erkennen.“ Vielleicht ist das eine These, die auch zu unseren steuerlichen Überlegungen passt. Es wäre schön, wenn wir uns in Stuttgart wieder sehen. Dann wird uns Herr *Seer* begrüßen. Einen guten Heimweg!

Resümee

Prof. Dr. *Wolfgang Schön*
Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum,
Wettbewerbs- und Steuerrecht, München

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| I. Kapitaleinkommen und Kapitaleinkünfte | IV. Beteiligungserträge, kollektive Vermögensanlagen und Zurechnung von Einkünften |
| II. Grundlagen | V. Internationale Besteuerung von Kapitaleinkünften |
| III. Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung | VI. Schlussbetrachtung |

I. Kapitaleinkommen und Kapitaleinkünfte

Das Thema der 31. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft, das zugleich diesem Band den Titel gibt, ist doppeldeutig gefasst. „Einkommen aus Kapital“ – dies hält der Jurist auf den ersten Blick für einen terminologischen Fehlgriff. Unser Einkommensteuergesetz kennt in § 2 Abs. 1 Nr. 4 den Tatbestand der „Einkünfte aus Kapitalvermögen“, der in § 20 EStG näher entfaltet wird. Als „Einkommen“ bezeichnet der Gesetzestext in § 2 Abs. 4 EStG erst den modifizierten Gesamtbetrag der Einkünfte, der die Summe der Ergebnisse der Gewinn- oder Überschussermittlung im Rahmen der einzelnen Einkunftsarten bildet. Woher dann die Frage nach dem „Einkommen aus Kapital“?

Wirft man einen Blick in die wirtschaftswissenschaftliche Forschung, so wird das Bild klarer. Einkommen aus Kapital – damit meint man dort in einem übergreifenden Sinne die Einkünfte, die aus der Investition von Kapital (und nicht aus dem Faktor Arbeit) resultieren. „Kapitaleinkommensbesteuerung“ nennt *Hans-Werner Sinn* daher seine im Jahre 1985 erschienene Habilitationsschrift¹ und unter dem Titel „Reform der internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung“ hat der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium der Finanzen im Jahre 1998 ein umfassendes Gutachten zur Besteuerung grenzüberschreitender Investitionen in Immobilien, gewerblichen Unternehmen und Finanzinstrumenten vorgelegt². Einkommen aus

1 *Sinn*, Kapitaleinkommensbesteuerung: Eine Analyse der intertemporalen, internationalen und intersektoralen Allokationswirkungen, Tübingen 1985.

2 Gutachten „Reform der internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung“ vom 12.12.1998, Schriftenreihe des BMF Nr. 65, 1998 = Der Wissenschaftliche Beirat

Kapital ist daher weiter gefasst als Einkünfte aus Kapitalvermögen, schließt diesen Tatbestand allerdings mit Selbstverständlichkeit ein.

Die Beiträge und Diskussionen des vorliegenden Tagungsbandes nutzen dieses Spannungsfeld – daher werden ökonomisch/juristische Grundfragen der Besteuerung von Kapitaleinkommen im weiten Sinne ebenso behandelt wie Abgrenzungs- und Auslegungsprobleme innerhalb der tradierten Kategorien der Einkünfte aus Kapitalvermögen oder aus Vermietung und Verpachtung.

Der schillernden Zweideutigkeit von Kapitaleinkünften und Kapitaleinkommen entspricht in diesem Tagungsband ein zweites Begriffspaar, das auf unterschiedliche Vorstellungen eines „Dualismus“ von Einkunftsarten abzielt. Eine hergebracht wichtige Differenzierung des geltenden Rechts ist in § 2 Abs. 2 EStG angelegt: Der „Dualismus“ von Gewinneinkünften und Überschusseinkünften. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen von Einkunftsarten liegt darin, dass der Gewinn nach §§ 4 ff. EStG bei Land- und Forstwirtschaft, bei Gewerbebetrieben und bei Selbständigen die Mehrungen und Minderungen des Erwerbsvermögens in vollem Umfang einschließt, während bei den übrigen Einkunftsarten im Grundsatz weder Veräußerungsgewinne noch schlichte Wertverluste des Stammvermögens eine Rolle spielen. Dies führt vor allem bei Investitionen in Finanzkapital nach § 20 EStG sowie in Immobilien nach § 21 EStG zu erheblichen Verzerrungen zwischen den Einkunftsarten, die auch durch die begrenzte Erfassung privater Veräußerungsgewinne nach §§ 22 Nr. 2, 23 EStG bisher nur unvollkommen bereinigt werden.

Diesem „Dualismus“ des geltenden Rechts wird in jüngerer Zeit eine andersartige Differenzierung gegenüber gestellt, die im Konzept einer „Dualen Einkommensteuer“ ihren Niederschlag findet. Dieser neue Dualismus wird geprägt durch die Differenzierung zwischen Arbeitseinkommen und Kapitaleinkommen in der oben geschilderten wirtschaftswissenschaftlichen Terminologie. Das Grundkonzept der „Dualen Einkommensteuer“ liegt darin, dass Arbeitseinkommen in Übereinstimmung mit der bisherigen Tradition einem progressiven Steuertarif unterworfen wird, während Kapitaleinkommen im Hinblick auf die internationale Mobilität von Finanzmitteln und den resultierenden Wettbewerb der Investitionsstandorte und Steuersysteme einem proportionalen Niedrigsteuersatz unterliegen soll³. Zwar würde es dabei bleiben, dass Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit einerseits und Einkünfte aus Kapitalvermögen oder Immobilien andererseits zwei verschiedenen Gruppen von Einkunftsarten angehören. Eine wesentliche Neuerung gegenüber dem „alten“ Dualismus besteht allerdings darin, dass die betrieb-

beim Bundesministerium der Finanzen, Gutachten und Stellungnahmen 1988–1998, 1999, S. 407 ff.

3 Sachverständigenrat/MPI/ZEW, Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer, Schriftenreihe des BMF Nr. 79, 2006.

lichen Einkünfte (auch von Kapitalgesellschaften) je nach Veranlassung durch die Produktionsfaktoren „Arbeit“ und „Kapital“ aufgeteilt und unterschiedlichen Einkunftsarten zugeordnet werden müssen. Diese Differenzierung bildet eine substantielle Herausforderung für die Handhabbarkeit und die Legitimität einer Dualen Einkommensteuer. Der vorliegende Band reflektiert die Bedeutung dieser Verlagerung der Diskussion vom traditionellen „Dualismus der Einkunftsarten“ hin zur „Dualen Einkommensteuer“.

II. Grundlagen

Die geschilderten fundamentalen Differenzierungen zwischen den Einkunftsarten – der überkommene Dualismus und das jüngere Konzept einer Dualen Einkommensteuer – werden in diesem Band in vier einführenden und grundlegenden Vortragstexten aus der Feder von *Paul Kirchhof*, *Hartmut Söhn*, *Florian Scheurle* und *Moris Lehner* aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchtet. Ausgangspunkt sämtlicher Referate sind die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen unserer Besteuerungsordnung, namentlich der in Art. 3 Abs. 1 GG niedergelegte Gedanke der Besteuerungsgleichheit, aus dem das Bundesverfassungsgericht in jüngeren Urteilen auch das Postulat einer „Gleichbehandlung der Einkunftsarten“ gefolgert hat. Der Grundsatz, dass der Gesetzgeber die Einkünfte der Steuerpflichtigen unabhängig von ihrer Quelle einer im Prinzip gleichartigen Bemessungsgrundlage und einem übereinstimmenden Steuersatzgefüge unterwerfen muss, findet seinen Ausgangspunkt in der selbstverständlichen Erkenntnis, dass gleiches Einkommen gleiche Leistungsfähigkeit vermittelt und daher gleiche Beiträge der jeweiligen Steuerpflichtigen zu der Finanzierung der öffentlichen Haushalte festgesetzt werden dürfen und müssen. Differenzierungen welcher Art auch immer erweisen sich als gesteigert legitimationsbedürftig.

Den Ausgangspunkt setzt hierzu das einleitende Referat von *Paul Kirchhof*, der bei dem Befund eines historischen Bedeutungswandels in der Besteuerung von Einkommen ansetzt. Er stellt klar, dass in der Herausbildung unserer Besteuerungsordnung von vornherein ein Dualismus angelegt war. Unterschieden wurde zwischen „fundiertem“ und „nicht fundiertem“ Einkommen, was nicht nur im EStG, sondern vor allem in den Zusatzbelastungen von Erträgen mit Vermögensteuer und Gewerbesteuern zum Ausdruck gelangte. „Fundiertes“ Einkommen galt im Vergleich zum Arbeitseinkommen als stabil und damit einer höheren Belastung zugänglich. *Kirchhof* denkt dieses Urbild weiter: Muss man nicht „anstrengungsloses“ Kapitaleinkommen im Verhältnis zur Erzielung von Erträgen aus menschlicher Arbeitskraft auch heute noch eher stärker als schwächer zur Staatsfinanzierung heranziehen? In einem weiteren Schritt weist er darauf hin, dass zu den traditionellen Differenzierungen auch gehört, die Erzielung von Einkommen aus Kapital in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft (*sic!*) einer eigenen

Steuer zu unterwerfen. Aus seiner Sicht bietet es sich an, die Körperschaftsteuer als solche aufzugeben und die Kapitalgesellschaft als „steuerjuristische Person“ in den Kreis der einkommensteuerpflichtigen Subjekte aufzunehmen. Weitergehende Belastungsunterschiede – etwa zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften oder zwischen Kapitaleinkommen und Arbeitseinkommen – lehnt er ab. Sonderbelastungen – etwa die weitgehend als systemwidrig erkannte Gewerbesteuer – sollen abgeschafft und durch kommunale Zuschläge im Rahmen des regulären Einkommensteuersystems ersetzt werden.

In gleicher Weise legt *Hartmut Söhn* seinem Vortrag über den „Dualismus der Einkunftsarten im geltenden Recht“ den Gedanken der Besteuerungsgleichheit zugrunde. Vor diesem Hintergrund bedarf schon der – über Jahrzehnte praktizierte – Dualismus der Einkunftsarten im geltenden Recht (§ 2 Abs. 2 EStG) einer materiellen Legitimation. Im Rahmen einer differenzierten historischen Analyse legt *Söhn* dar, dass die wesentlichen Sachgründe dieser Gesetzgebung noch nie wirklich überzeugt haben, etwa die vom historischen Gesetzgeber aufgestellte Behauptung mangelnder Relevanz von Sach- oder Finanzvermögen im Rahmen der Überschusseinkünfte. Auch verwirft *Söhn* die früheren Rechtfertigungsversuche des Bundesverfassungsgerichts in einigen Urteilen aus den 60er Jahren ebenso wie neuere Versuche, den Dualismus aus dem Gedanken des Schutzes der Privatsphäre zu legitimieren. Der geltende Dualismus der Einkunftsarten – so sein Zwischenfazit – widerspricht *de lege et de constitutione lata* dem geltenden Verfassungsrecht. Jedenfalls im Rahmen der Erwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen – §§ 20, 21 EStG – sollen Veräußerungsgewinne (und korrespondierende Wertverluste) steuerlich zu erfassen sein.

In gleicher Weise begegnet *Söhn* neueren Differenzierungen zwischen den Einkunftsarten mit verfassungsrechtlich angeleiteten Argumenten. Während er die Exemption unternehmerischer Einkünfte von der „Reichensteuer“ (§ 32c EStG) für gleichheitswidrig hält, möchte er eine Abgeltungssteuer im Rahmen von Kapitaleinkünften zur Behebung struktureller Vollziehungsdefizite für zulässig erachten. Kritisch fällt sein Urteil über die Spaltung der Einkunftsarten im Rahmen der Dualen Einkommensteuer aus; er formuliert erhebliche Zweifel, ob ökonomische Argumente zum Standort Deutschland im internationalen Steuerwettbewerb ausreichen, um diese rechtliche Differenzierung zu legitimieren.

Einen rechtlichen wie tatsächlichen Sondertatbestand können Kapitaleinkünfte vor allem deshalb bilden, weil mit der Flüchtigkeit der Finanzmittel auch die Durchsetzbarkeit der steuerlichen Erklärungs- und Zahlungspflichten in Mitleidenschaft gezogen wird. Aus seiner Kenntnis der verwaltungstechnischen Handlungsmittel, Sachzwänge und Erfordernisse schildert *Florian Scheurle* den steinigen Weg des Gesetzgebers zwischen administrativen Instrumenten – Kontenabfragen, Jahressteuerbescheinigungen etc. –

und materiellen Optionen – etwa der allmählich Kontur gewinnenden Abgeltungssteuer.

In dem Referat von *Moris Lehner* erweitert sich der Blick vom innerstaatlichen Verfassungsrecht auf die zusätzlichen Rahmenbedingungen des internationalen und europäischen Steuerrechts. Dabei geht auch *Lehner* – insoweit im Verein mit *Kirchhof* und *Söhn* – von dem Grundsatz der Besteuerungsgleichheit und der daraus resultierenden Forderung nach einer Gleichbehandlung der Einkunftsarten aus. Die für ihn entscheidende Frage geht aber dahin, ob und in welchem Umfang wirtschaftspolitische Lenkungsziele Differenzierungen ermöglichen. In dieser Frage findet er – in Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 32c EStG – zu einer vorsichtig liberalen Lösung: Trotz „erheblicher gleichheitsrechtlicher Bedenken“ könnten drohende Wettbewerbsnachteile im europarechtlichen und im internationalen Bereich „eine eng begrenzte Vorzugsbesteuerung von Kapitaleinkommen gegenüber Arbeitseinkommen rechtfertigen“. Diese Wettbewerbsnachteile können auch nicht auf der Ebene des primären Gemeinschaftsrechts – etwa durch die Anwendung von Diskriminierungsverboten – bewältigt werden; dies bedürfte einer breitflächigen Harmonisierung insbesondere der Steuersätze. Aus der Sicht des internationalen Steuerrechts wird hingegen die gesetzgeberische Option gespaltener Steuersätze geradezu bestätigt. Schon bisher – so *Lehner* – wird in Anwendung der „Freistellungsmethode“ auf ausländische Betriebsstateneinkünfte deutschen Unternehmen die Möglichkeit gegeben, günstigere steuerliche Rahmenbedingungen im Ausland zu nutzen. Vor dem Hintergrund einer außerordentlich differenzierten Argumentation zu Leistungsfähigkeitsprinzip, Äquivalenzprinzip und Territorialität gelangt *Lehner* zu dem Schluss, dass eine solche Abstufung der Steuerbelastung zwischen Inlands- und Auslandseinkommen in vorsichtiger Weise und in begrenztem Umfang auf inländisches Kapitaleinkommen übertragen werden kann. In den Regeln des internationalen Steuerrechts findet der internationale Wettbewerb gleichsam seine juristische Konkretisierung.

Die nachfolgende Diskussion reflektiert die Spannweite der vorgetragenen Argumentationsketten. Ausgangspunkt ist das allgemeine Verständnis, dass die Belastungsgleichheit auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 1 GG eine Legitimation von Differenzierungen für einzelne Einkunftsarten in Bemessungsgrundlage und Steuersatz erfordert. Dabei wird auf die Fülle vorhandener und diskutierter Differenzierungen aufmerksam gemacht, die vom klassischen Dualismus ausgeht, aber auch Belastungsunterschiede zwischen Einkommensteuer und Körperschaftsteuer oder zwischen betrieblichen und nicht betrieblichen Einkünften und Vermögensarten betrifft. Auf der Rechtfertigungsebene wird zwischen der Grundfrage nach dem „Standortwettbewerb“ als Legitimationsfaktor einerseits und dem Sonderproblem des Erhebungsdefizits bei Kapitalerträgen andererseits unterschieden. Während die Einführung einer Abgeltungssteuer als Konsequenz des Vollzugsdefizits

im Spannungsfeld zwischen rechtlicher Ungleichheit und faktischer Gleichheit in ihren praktischen Auswirkungen diskutiert, aber letztlich nicht in Frage gestellt wird, ist der Gegensatz der Meinungen zum Thema der Steuersatzdifferenzierung aus Gründen der Standortsicherung ausgeprägter. So wird schon kontrovers diskutiert, ob und in welchem Umfang „ökonomische“ Gründe im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG überhaupt rechtfertigende Kraft entfalten können. Besondere Aufmerksamkeit erfahren die Überlegungen von *Lehner*, dem rechtlichen Geflecht des Doppelbesteuerungsrechts und der dort niedergelegte Freistellungsmethode rechtfertigende Kraft für eine Entlastung von Inlandseinkommen zu gewähren. Während einige Diskutanten im Lichte des Leistungsfähigkeitsprinzips ohnehin der Anrechnungsmethode den Vorzug vor der Freistellungsmethode geben wollen, meinen andere, dass eine Absenkung der Besteuerung von Inlandseinkünften jedenfalls nicht auf Kapitaleinkommen beschränkt bleiben müsse. Doch verteidigt *Lehner* seinen Ansatz nicht nur mit dem *status quo* des DBA-Rechts, sondern auch mit den vielfältigen und tradierten Begünstigungen, die das deutsche Recht ausländischen Investoren für Kapitalanlagen in Deutschland gewährt.

III. Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung

Ein wesentliches Anwendungsgebiet des klassischen „Dualismus der Einkunftsarten“ betrifft die Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung. Während keine Zweifel daran bestehen, dass die laufenden Erträge aus gewerblicher Tätigkeit oder aus der Anlage von Kapital in Finanzvermögen oder Grundstücken einer weitgehend gleichartigen Besteuerung unterliegen, differenziert unser Recht bei der Frage nach der Steuerpflicht von Veräußerungsgewinnen. Hinzu tritt für gewerbliche Einkünfte die Sonderbelastung mit Gewerbesteuer, die schon wegen der wenig überzeugenden inneren Teleologie dieser Steuerart nur wenig Hilfestellungen für eine sachlich angemessene Abgrenzung der steuerwürdigen Tatbestände bietet.

In seinem einleitenden Referat zu dieser Thematik stellt *Michael Elicker* zunächst die wesentlichen Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen dieser in den §§ 15, 20, 21 EStG angelegten Differenzierung vor dem Hintergrund der traditionellen Einkommenstheorien vor. In eingehender Auseinandersetzung mit der Entstehung und Begründung der Gesetzesfassungen prüft er die praktische Belastbarkeit dieser Abgrenzung und unterwirft sie anschließend einer kritischen verfassungsrechtlichen Analyse. Dabei verwirft er – insoweit nicht anders als *Hartmut Söhn* in seinem Einleitungsreferat – die hergebrachten Legitimationsformeln des Dualismus, z. B. der „schwächeren Marktnutzung“ bei der Vermögensverwaltung oder der andersartigen Technik der Einkommensermittlung. Auch Privatvermögen – jedenfalls privates Erwerbsvermögen – müsse mit seinen Wertsteigerungen und Wertminde-

rungen in derselben Weise steuerlich behandelt werden wie gewerbliches Vermögen. Auf diese Weise kann *de lege ferenda* die Abgrenzungsfrage gelöst werden; *de lege lata* bleibt es bei einer unerfreulichen Gesetzeslage.

Eben dieser Rechtslage *de lege lata* geht *Bernd Heuermann* in seinem tief dringenden Vortrag nach, der bei der hoch differenzierten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs seinen Ausgang nimmt, aber eben dort nicht stehen bleibt. Auf der Grundlage des „normativen“ Befundes und vor allem der Differenzierungsfunktion der jeweiligen gesetzlichen Tatbestandsmerkmale widmet sich *Heuermann* in einem ersten Schritt der „typologischen“ Interpretation des Gewerbebetriebs und der angrenzenden Besteuerungsmerkmale nach dem Maßstab der „Verkehrsanschauung“. Doch liegen die problematischen Fälle allesamt an den Grenzen der Tatbestände, wo der „Typus“ verschwimmt und die Verkehrsanschauung wenig weiterhilft. Dies führt zu abstrakten Abgrenzungsformeln – etwa der zwischen „Fruchtziehung“ und „Umschichtung“ – welche die Rechtsprechung dann mit der plakativen „Drei-Objekt-Grenze“ als konkretisierendes Indiz der relevanten „Veräußerungsabsicht“ interpretiert. Mit dieser „Veräußerungsabsicht“ hat sich über die Jahrzehnte ein ebenso zentrales wie unbrauchbares Haupttatbestandsmerkmal entwickelt. Die „Drei-Objekt-Grenze“ hat sich – so *Heuermann* – dabei aus einem Vereinfachungsinstrument in ein selbständiges Merkmal verwandelt. Daher tritt die eigentliche „Absicht“ mehr oder weniger in den Hintergrund – hier stehen sich in der Terminologie *Heuermanns* Subjektivisten und Objektivisten bzw. Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung gegenüber. Am Paradoxon der „bedingten Veräußerungsabsicht“ zeigen sich die Aporien dieser Ansätze am deutlichsten. *Heuermann* endet mit dem eindrucksvollen Plädoyer eines Richters, der die mangelnde Beherrschbarkeit und innere Fehlerhaftigkeit der gesetzlichen Vorgaben in aller Schärfe erkennt, vom Gesetzgeber aber nicht von der Aufgabe ihrer Interpretation und Anwendung entlastet wird.

Wie problematisch die Differenzierungen zwischen laufenden Erträgen und Veräußerungsgewinnen sich in der Praxis darstellen können, zeigt sich in der jüngeren Diskussion in besonderer Prägnanz in den „Finanzinnovationen“, deren Gestalter auf dem schmalen Grat zwischen steuerpflichtiger Fruchtziehung und steuerfreier Wertsteigerung um steuerliche Optimierung bemüht sind. Vor dem Hintergrund einer Serie von Verfahren vor dem Bundesfinanzhof exemplifiziert *Monika Jachmann* am Beispiel der Wertveränderungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG die komplizierten Regelungsmechanismen, mit den der Gesetzgeber den Designern solcher Finanzinstrumente auf der Spur zu bleiben hofft. Der Praktiker kämpft hier nicht nur mit laufend fortgeschriebenen Gesetzesfassungen; er muss auch zweifelhafte Differenzierungen – etwa zwischen „Marktrendite“ und „Emissionsrendite“ – bewältigen, um eine zutreffende Subsumtion zu leisten. Das Anliegen von *Jachmann* liegt nun darin, den Grundtatbestand des § 20 EStG – Entgelt für die Überlassung von Kapital – präzise zu erfassen.

sen, um vor dieser Folie die Bedeutung der neu geschaffenen Sonderregelungen zu ermitteln. Dadurch gelingt es ihr, die scheinbar chaotische Gesetzeslage in eine schlüssige Systematik zu bringen, die allerdings nicht ohne erhebliche Technizität und Untergliederungen auskommt.

In der anschließenden Diskussion wird in besonderem Maße die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb aufgegriffen und die Frage nach Alternativen zu der bisherigen Rechtsprechung diskutiert. In welchem Umfang soll etwa die Drei-Objekt-Grenze beibehalten oder gar über ihre tradierte Stellung als Indiz hinaus zum „objektiven Merkmal“ erhoben werden? Besteht nicht doch die Möglichkeit, mit Hilfe einer typologischen Betrachtung („Grundstückshändler“, „Bauunternehmer“) Rechtssicherheit und Überzeugungskraft zu gewinnen? Kann die Kategorie einer Absicht der „alsbaldigen“ Veräußerung vielleicht helfen? Vergleichbare Sachverhalte – etwa zum „gewerblichen Wertpapierhändler“ oder zu § 14 AO – werden ebenfalls herangezogen. Vermag das Handelsrecht mit seinem Kaufmannsbegriff hier Anhaltspunkte zu geben? *Heuermann* betont erneut, dass die „bedingte Veräußerungsabsicht“ als bloße Fiktion nicht weiterhelfen könne, aber auch die Teleologien anderer Rechtsgebiete (Handelsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht) keine tragfähigen Hinweise bieten würden.

Zu dem Vortrag von *Jachmann* über Finanzinnovationen wird bemerkt, wie wenig die Konzeption des Gesetzes überzeuge und wie weit man – etwa bei der Qualifikation von Kapitalrückzahlungen als Erträge – sich schon von den ursprünglichen Prinzipien der Gesetzgebung entfernt habe. Doch kann die Referentin darauf hinweisen, dass die Kompliziertheit des Gesetzes häufig genug nur der Kompliziertheit der privatrechtlich strukturierten Finanzierungstitel folgt und daher eine Rückkehr zu schlichter Einfachheit der steuerlichen Tatbestände die Probleme nicht leicht lösen kann.

IV. Beteiligungserträge, kollektive Vermögensanlagen und Zurechnung von Einkünften

Schließen sich mehrere Personen zusammen, um gemeinsam Kapital zu investieren, kann dies u. a. sowohl in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft als auch im Wege anderer kollektiver Vermögensanlagen (Investment-Trusts etc.) geschehen. Die nachfolgenden Vorträge von *Detlev J. Piltz* und *Sabine Kirchmayr* widmen sich mit großer Sachkunde diesen technisch anspruchsvollen Anlageformen. Unter der Überschrift „Beteiligungserträge“ nimmt *Piltz* die einzelnen Tatbestände des § 20 EStG, aber auch verwandte Vorschriften wie § 17 EStG, § 3 Nr. 40 EStG oder die Vorschriften des Körperschaftsteuerrechts über Dividendenzahlungen zwischen Kapitalgesellschaften in den Blick. Dabei macht er deutlich, dass schon in Grundfragen – was ist „Ertrag“ einer Beteiligung? – erheblicher Klärungsbedarf besteht. Eine ganz wesentliche Thematik betrifft weiterhin die Gel-

tendmachung von Aufwendungen (Wertverluste, Finanzierungskosten, sonstige Aufwendungen, etwa Zahlungen aus Bürgschaften), die mit Beteiligungen verbunden sind. Hier stellt sich in der Regel die Problematik, dass laufende Erträge entweder ganz oder teilweise (Halbeinkünfteverfahren) oder gar nicht (§ 8b Abs. 1 KStG) steuerpflichtig sind oder Erlöse aus der Veräußerung von Beteiligungen je nach dem Umfang der Beteiligung oder dem Status des Inhabers vollständig, teilweise oder gar nicht steuerliche Relevanz besitzen. Hinzu treten Sondereffekte im Rahmen der Gewerbesteuer. Namentlich der Zuordnung von Schuldzinsen widmet *Piltz* daher eine gründliche Analyse, die zu einer weitgehenden Durchsetzung des objektiven Nettoprinzips und damit zu einer grundsätzlichen Abzugsfähigkeit dieser Kosten führt. *De lege lata* bietet es sich nach Ansicht von *Piltz* an, die verstreuten Regelungen der §§ 17, 20 und 23 EStG zu einer stimmigen Einheitsregelung zusammenzuführen.

Zu dem Thema der „kollektiven Vermögensanlagen“ beschreibt *Sabine Kirchmayr* zunächst – im wohlverstandenen Interesse der Zuhörer und der Leserschaft – die komplexen Grundzüge des vor wenigen Jahren neu geordneten Rechts der Investmentbesteuerung in Deutschland und die hoch problematische Übertragung dieser Grundlagen auf ausländische Fonds. Der „Grundsatz der Transparenz“, welcher die Besteuerung von Investmentfonds beherrscht, wird in ihren anschließenden Überlegungen weiter ausdifferenziert und um dogmatische Grundfragen aus der Sicht des allgemeinen Steuerrechts ergänzt. Dabei kommen zentrale Merkmale der Einkommenszurechnung ebenso in den Blick wie der Vergleich mit der – völlig anders besteuerten – transparenten Personengesellschaft. Die Erfassung „ausschüttungsgleicher Erträge“ zeigt, wie das Investmentgesetz versucht, die steuerliche Direkterfassung von Erträgen mit einer Sphärentrennung zwischen Fonds und Anleger zu kombinieren. Rechtspolitisch heftig umstritten sind schließlich die Regelungen zu Strafbesteuerung von „schwarzen“ Fonds, zu denen in Deutschland und Österreich divergierende Gerichtsentscheidungen ergangen sind.

Während die Referate von *Piltz* und *Kirchmayr* verstärkt dem Tatbestand der Kapitalerträge gewidmet sind, wird in dem anschließenden Vortrag von *Franz Wassermeyer* die subjektive Zurechnung von Einkünften aus Kapital in den Mittelpunkt gestellt. Auf der Grundlage des gesetzlichen Tatbestandes in § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 7 EStG stellt er das Merkmal der „Einnahme“ i.S.v. § 8 EStG in den Vordergrund und fragt nach deren Zufluss. Dies ist in vielen Fällen – etwa bei Zuwendungen an nahe stehende Personen – nicht leicht festzustellen. Hinzu tritt die Frage, ob sich diese Einnahmen als Entgelt für eine zeitbezogene Kapitalüberlassung darstellen müssen und daher an den Halteperioden von Inhabern des Stammrechts anknüpfen. *Wassermeyer* gelangt in Anlehnung an § 20 Abs. 2a EStG zu dem Schluss, dass eine zeitraumbezogene Betrachtung *de lege lata* nicht überzeugt. Beide Probleme – der persönlichen und der zeitlichen Zuordnung – überlagern sich beispielhaft

dann, wenn verdeckte Gewinnausschüttungen an nahe stehende Personen erfolgen, die jeweilige gesellschaftliche Veranlassung aber zeitlich weit zurückliegt (Auszahlung einer überhöhten Witwenpension). Vor diesem Hintergrund analysiert *Wassermeyer* weiterhin die aktuelle Problematik von Ausschüttungen einer Stiftung an ihre Destinatäre.

Die anschließende Diskussion widmet sich breitflächig nahezu allen in den Vorträgen aufgeworfenen Gesichtspunkten:

Zum Tatbestand der Beteiligungserträge wird – anhand des HAPIMAG-Urteils des Bundesfinanzhofs – bereits kontrovers diskutiert, ob die Überlassung von Kapital zur Nutzung überhaupt tatbestandlich die Voraussetzung für die Verwirklichung von Einkünften im Rahmen des § 20 EStG bei Beteiligungsverhältnissen sei. Das besondere Augenmerk der Diskutanten liegt allerdings auf der Möglichkeit des Abzugs von Erwerbenaufwendungen vor dem Hintergrund der vielfältigen Brüche in der Besteuerung von Erträgen und Veräußerungsgewinnen bei Kapital- und Immobilienvermögen. Überwiegend wird ein weitgehender Kostenabzug gefordert, z. T. – etwa bei Realisierung sowohl von Erträgen als auch von Veräußerungsgewinnen – sogar ein Doppelabzug von Kosten. Aus Kreisen des Bundesfinanzhofs wird allerdings auf die bisher sehr restriktive Linie der Rechtsprechung hingewiesen, die indessen im Blick auf die Erweiterung der Haltefristen in § 23 EStG einer Überprüfung unterzogen werden könnte.

Sehr deutlich wird auch das Thema der verfassungsrechtlichen Bindungen für Abzugstatbestände im Rahmen des objektiven Nettoprinzips angesprochen. Während *Piltz* insoweit Zurückhaltung äußert, wird von mehreren Diskutanten die Selbstbindung des Einkommensteuergesetzgebers vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu der „Folgerichtigkeit“ im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG betont.

Die von *Kirchmayr* präsentierte Thematik gibt Anlass, einige Sonderfragen der Besteuerung von Einkünften aus Investmentfonds in den Blick zu nehmen. Eine Irregularität unseres Steuerrechts stellen insoweit die „ausschüttungsgleichen Erträge“ dar, deren Zurechnung ohne Zufluss als Fiktion kritisiert und denen das Prinzip der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung entgegengestellt wird. Doch wird bemerkt, dass bei den ausschüttungsgleichen Erträgen in aller Regel mit einem späteren Zufluss zu rechnen sei und daher nur eine zeitliche Vorverlagerung der Steuerpflicht statfinde. Auch weist *Kirchmayr* auf die jederzeit bestehende Möglichkeit hin, durch Rückgabe von Anteilen auch ausschüttungsgleiche Erträge zu realisieren. Stärker rechtspolitisch sind Fragestellungen ausgerichtet, welche die Alternativen zwischen REITS und traditionellen Immobilienfonds betreffen oder die Anwendbarkeit des deutschen Investmentsteuerrechts auf EU-Auslandsfonds in den Blick nehmen.

Zu der von *Wassermeyer* behandelten Thematik der subjektiven Einkünftezurechnung im Rahmen von § 20 EStG konzentriert sich die Diskussion auf einige streitige Einzelfälle. Kontrovers behandelt wird die Frage, ob die Zurechnungsregel des § 20 Abs. 2a EStG zu einer Doppelbelastung von Dividenden beim Unternehmenskauf – beim Veräußerer und beim Erwerber – führen könne oder ob die steuerliche Belastung beim Erwerber durch höhere Anschaffungskosten und daher einen niedrigeren späteren Veräußerungserlös ausgeglichen werden könne. Mit viel Engagement und unterschiedlichen Lösungen wird auch der im Referat präsentierte Fall einer überhöhten Witwenrente diskutiert; hierzu weist *Wassermeyer* noch einmal abschließend darauf hin, dass das Einkommensteuerrecht und das Körperschaftsteuerrecht den Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung nicht notwendig synchron bejahen müssen. Streitig ist auch, in welchem Umfang die neu eingefügten Nr. 9, 10 in § 20 Abs. 1 EStG systematisch breit interpretiert werden dürfen.

V. Internationale Besteuerung von Kapitaleinkünften

Einen abschließenden Blick in die Weiten des Internationalen Steuerrechts geben die umfassend angelegten Referate von *Jürgen Lüdicke* über grenzüberschreitende Beteiligungs- und Zinserträge sowie zur Hinzurechnungsbesteuerung von *Heinz-Klaus Kroppen*.

Lüdicke beginnt seine Überlegungen mit einem systematisch-historischen Blick, der u. a. die – gerade unter dem Gesichtspunkt des Steuerwettbewerbs beachtliche – traditionelle Freistellung von Zinseinkünften im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht und deren Abgrenzung zu steuerpflichtigen Erträgen klar herausstellt. Zinsen werden grundsätzlich im Wohnsitzstaat des Steuerpflichtigen erfasst. Auch dort kommt es allerdings – nicht rechtlich, aber faktisch – häufig zu einer Nichtbesteuerung, wie sie etwa bei der grenzüberschreitenden Anlage von Spargeldern breitflächig festgestellt worden ist. Bei Beteiligungserträgen liegt die Situation schon deshalb anders, weil sie typischerweise mit Körperschaftsteuern wirtschaftlich vorbelastet sind, während Quellensteuern immer weiter in den Hintergrund treten. Hier hat gerade in den letzten Jahren die Einrichtung eines gemeinschaftsrechtskonformen Systems der internationalen Entlastung von Anteilseignern eine gewichtige Rolle gespielt. Bei Schachtelbeteiligungen ist diese Aufgabe schon lange auf der Ebene der Doppelbesteuerungsabkommen wahrgenommen worden. Die Folgeproblematik des Beteiligungsaufwands bei grenzüberschreitenden Dividendenströmen wird von *Lüdicke* in Auseinandersetzung mit neueren Urteilen des EuGH kritisch diskutiert. Eine wichtige Rolle wird das Gemeinschaftsrecht allerdings auch bei der Frage nach der diskriminierungsfreien Anwendung von Quellensteuern spielen. Einen viel kritisierten Widerspruch enthält das internationale Steuerrecht

allerdings im Hinblick auf Veräußerungsgewinne, bei denen das Besteuerungsrecht in den meisten DBA nicht in Parallelität zu den zugrunde liegenden Körperschaftsgewinnen dem Sitzstaat der Gesellschaft, sondern in Anlehnung an die Dividenden dem Sitzstaat des Gesellschafters zugeordnet wird. Schließlich werden die internationalrechtlich wie auch gemeinschaftsrechtlich zunehmend als problematisch empfundenen Nachteile der Bruttobesteuerung und Anrechnungsmethode am Beispiel von Kapitalerträgen exemplifiziert.

Das Thema des Vortrags von *Kroppen* zur Hinzurechnungsbesteuerung erweist sich in besonderem Maße als „Punktlandung“, da zeitgleich mit der Sitzung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft der Europäische Gerichtshof sein einschlägiges Grundlagenurteil in der Rechtssache „Cadbury Schweppes“ verkündet. Vor diesem Hintergrund kann *Kroppen* nicht nur eine kritische Analyse der Rechtslage *de lege lata* präsentieren, sondern zugleich auf die fundamentalen Auswirkungen der europäischen Grundfreiheiten auf die Zukunft der *CFC Legislation* in Europa hinweisen. In seiner Darstellung folgt einem informativen historischen Abriss zur Entwicklung der Hinzurechnungsbesteuerung – insbesondere zum Systemwechsel im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 2001 – eine knappe Diskussion des Verhältnisses der Hinzurechnungsbesteuerung zur allgemeinen Missbrauchsnorm des § 42 AO, bevor die Tatbestände der Anlage von und Einkünfte aus Kapital in den Merkmalen der §§ 7 ff. AStG analysiert werden. Dabei steht naturgemäß im Mittelpunkt die erweiterte Hinzurechnung für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter.

Dass dieses Regelungswerk, das an die Niedrigbesteuerung von Tochtergewinnen im Ausland einen „Durchgriff“ knüpft, welcher gegenüber inländischen Tochtergesellschaften prinzipiell nicht stattfindet, im Binnenmarkt gegenüber der Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit der Rechtfertigung bedarf, versteht sich von selbst. In Übereinstimmung mit der neueren Judikatur des Europäischen Gerichtshofs vermag *Kroppen* eine solche Legitimation außerhalb eng gefasster Missbrauchssachverhalte allerdings nicht zu erkennen. Demgegenüber sollen der Gedanke der „Kapitalexportneutralität“, der „Welteinkommensbesteuerung“ oder der „Kohärenz“ nicht durchgreifen. Es bleibt nur wenig Raum für einen Restatbestand der Hinzurechnung, der jedenfalls eine substantielle Erhöhung der Beteiligungsschwellen für eine Durchrechnung von Tochtergewinnen voraussetzen muss.

Die anschließende Diskussion ist von einer spezifischen und einer grundsätzlichen Fragestellung geprägt. Konkret auf die Thematik der Hinzurechnungsbesteuerung und ihrer Verträglichkeit mit dem Gemeinschaftsrecht ist ein Meinungs austausch bezogen, der sich mit der Konkretisierung des Merkmals des Gestaltungsmissbrauchs im Europäischen Recht, u. a. den Merkmalen der „künstlichen Konstruktion“ und der „Missbrauchsabsicht“ und den Versuchen einer Objektivierung der Sichtweise beschäftigt. Dabei wird auch

der Vergleich zu § 42 AO herangezogen. Eine weiter gefasste Sichtweise nimmt die Konsequenzen der von *Lüdicke* und *Kroppen* präsentierten Gesamtschau der internationalen Kapitalbesteuerung in den Blick. Dabei wird deutlich, dass nach der substantiellen Veränderung der nationalen Regeln über Gesellschafter-Fremdfinanzierung und der anstehenden Reform der Hinzurechnungsbesteuerung eine weitgehende Nullbesteuerung von aus Deutschland abfließenden Zinsen auch in Konzernverhältnissen droht. Die Radikalität der Gesamtlage wird nicht nur als „ausweglos“ bezeichnet; es wird zugleich die nahezu utopische Bereinigung der bestehenden Verwerfungen durch eine Nullbesteuerung von körperschaftlichen Gewinnen erwogen. Mit dieser Option wird zugleich der Bogen geschlagen zum Ausgangsthema, nämlich dem zunehmenden Druck auf die nationalen Steuerregeln zum Kapitaleinkommen aus Gründen des internationalen Steuerwettbewerbs.

VI. Schlussbetrachtung

Die 31. Tagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft versammelte eine Fülle von Referaten und Wortbeiträgen um ein gemeinsames Anliegen: eine systematisch überzeugende, praktisch handhabbare und wirtschaftspolitisch akzeptable Besteuerung von Einkommen aus Investitionen, vor allem in Finanzkapital. Dabei wurden in den mittleren Abschnitten der Tagung die „Klassiker“ des Einkommensteuerrechts auf dem Grenzgebiet zwischen Kapitalerträgen, gewerblichem Gewinn und steuerfreier Wertsteigerung diskutiert sowie der Tatbestand und die Zurechnung kollektiver Einkünfteerzielung entfaltet.

Eingefasst wurde die Tagung von zwei Abschnitten zum „Dualismus“ im Einkommensteuerrecht und zum internationalen Steuerrecht, die in besonderer Weise verschränkt waren. Die Schlussreferate zeigten die Zwänge auf, denen der deutsche Gesetzgeber nicht nur aus Gründen des internationalen Steuerwettbewerbs, sondern auch im Rahmen seiner völkerrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Bindungen unterliegt. Die ökonomische Realität des Systemwettbewerbs wird in seinen juristischen Details entfaltet. Die Eingangsreferate versuchten, die Spielräume auszumessen, in denen sich die Legislative in Deutschland in ihren Reaktionen auf die Globalisierung der steuerlichen Welt bewegen kann. Eine abschließende Antwort hat diese Tagung nicht leisten können – weder das Verfassungsrecht noch das Gemeinschaftsrecht geben dem Gesetzgeber ein klares Leitbild an die Hand. Die Frage, wie in Zeiten mobiler Finanzströme das Ideal der Steuergerechtigkeit und die Forderung nach Effizienz realisiert werden können, bleibt auch nach dieser Tagung offen. Die Steuerreform 2008 zeigt ein weiteres Mal, wie das klassische Ideal der synthetischen und gleichmäßigen Einkommensbesteuerung auf der Grundlage individueller Leistungsfähigkeit im freien Spiel der politischen und wirtschaftlichen Kräfte zu zerbrechen droht.

Laudatio

aus Anlass der Verleihung des Albert-Hensel-Preises 2006 an Dr. Heribert M. Anzinger

Prof. Dr. *Peter Fischer*
Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof, München

Der Jury, bestehend aus Herrn Prof. *Achatz*, Graz, Herrn Prof. *Hüttemann*, Bonn und mir, haben in diesem Jahre 5 Arbeiten vorgelegen – allesamt hochkarätig. Die Jury hat sich entschieden für die Darmstädter Dissertation von Dr. *Heribert M. Anzinger*, eine Arbeit, die von Frau Prof. Dr. *Susanne Sieker* als Doktormutter betreut worden ist.

Herr Dr. *Anzinger* hat sich das Thema gestellt: „Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Steuerrecht“. Es geht um – wie er formuliert – „zwei höchst praktische Institute“, die die Steuerwissenschaft „in einige Verlegenheit bringen“. Der Untertitel der Arbeit lautet: „Überlegungen zur Feststellung von Liebhaberei und gewerblichem Grundstückshandel in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs“. Diese beiden Anwendungsgebiete sind nur Referenzobjekte einer mit dogmatischem und historischem Tiefgang angelegten Untersuchung, die richtungweisende Bedeutung hat für das gesamte Steuerrecht – von der verdeckten Gewinnausschüttung über die Bewertung von Grundvermögen bis zur privaten Nutzung von Fahrzeugen des Betriebsvermögens.

Am Ausgangspunkt seiner Überlegungen steht die Hypothese, dass der Bundesfinanzhof, indem er in seiner Funktion als Revisionsgericht den „Beweis des ersten Anscheins“ und die „tatsächliche Vermutung“ verwendet, Grundsätze formuliert, die mit der Wirkung genereller Normen der unteren Instanz die Ausübung tatrichterlichen Ermessens vorschreiben und die von den Finanzgerichten wie Rechtsquellen herangezogen werden.

Julius Wilhelm Hedemann hatte im Jahre 1904 das Problem wie folgt beschrieben: „Was eine Präsumtion veranlasst hat, war fast immer ein unbewusstes Ahnen von ihrer Notwendigkeit, und zwar der praktischen Notwendigkeit, die identisch ist mit der Gefahr, dass im konkreten Prozess eine andere als die gewünschte Entscheidung ergehen würde“. 60 Jahre später hat *Gerhard Kegel* den Anscheinsbeweis in der Tiefenpsychologie verortet. Was sich hinter der tatsächlichen Vermutung verbirgt, ist bis heute umstritten. Ungeachtet einer solchermaßen säkularen Ratlosigkeit schultert *Anzinger* die Aufgabe, in einer systematisierenden Gesamtschau der zivil-, verwal-

tungs- und finanzgerichtlichen Rechtsprechung und natürlich der Literatur Grundfragen der prozessualen Verifikation nachzugehen. Er befasst sich mit der Beziehung der „mannigfachen Erscheinungsformen“ des Anscheinsbeweises zur Beweiswürdigung, zur Beweislast, zum Beweismaß, zur tatsächlichen Vermutung, zum Indizienbeweis, zur „freien Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles“. Erfahrungsregeln haben eine komplizierte entscheidungstheoretische Struktur. Und unzweifelhaft hat der Anscheinsbeweis eine Funktion bei der Modifikation von Rechtssätzen des materiellen Rechts. *Anzinger* navigiert zielsicher durch die Systematik der Erfahrungsgrundsätze, Erfahrungsgrundsätze, der einfachen Erfahrungssätze, Wahrscheinlichkeitsurteile und der schlichten Vorurteile mit der ihnen jeweils eigenen gestuften Rationalität. Die Stellung des Anscheinsbeweises zwischen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung wirft in Abhängigkeit von seiner Rechtsnatur Fragen der Revisibilität seiner Anwendungsergebnisse auf – hier stellt der Autor die Rolle des Revisionsgerichts bei der Handhabung von Erfahrungssätzen mit einer im Steuerrecht bislang nie formulierten Folgerichtigkeit auf den Prüfstand. *Anzinger* bejaht die zivil- und verwaltungsprozessual immer noch unstrittene Kernfrage, ob der Anscheinsbeweis zur Feststellung innerer Tatsachen, insbesondere von Motiven und Willensentscheidungen oder nur von „typischen Geschehensabläufen“ geeignet ist. Er entwickelt in diesem Zusammenhang das „Modell vom *homo oeconomicus*“, das tauglich sein soll, um für einen Anscheinsbeweis verwendbare Erfahrungsregeln zu entwickeln.

Sein dogmatisches Konzept verprobt *Anzinger* an den Grundsätzen der Rechtsprechung zur Einkünfteerzielungsabsicht bzw. Liebhaberei, mit Schwerpunkt bei den Einkünften aus Vermietung. Aufgrund einer Analyse aller relevanten Fallgruppen – vom Mietkaufmodell über Verlustzuweisungsgesellschaften bis zum Erwerb einer Ferienwohnung – vertritt er die Auffassung, dass die vom BFH praktizierte Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht bei dauernder Vermietung auf einem Anscheinsbeweis beruht, der mit einer durch den Normzweck des § 21 EStG gerechtfertigten Beweismaßabsenkung einhergeht. Darüber wird man weiter diskutieren müssen.

Die von der Rechtsprechung entwickelte Drei-Objekt-Grenze sieht *Anzinger* als einen Anwendungsfall des Anscheinsbeweises zur Feststellung der bedingten Veräußerungsabsicht. Dieser ist seiner Auffassung nach mit den Grundsätzen der Anscheinsbeweismführung unvereinbar, weil er auf einer nicht hinreichend tragfähigen Regel der Lebenserfahrung beruht. Die Drei-Objekt-Regel bildet keine Lebenserfahrung ab, die einen Schluss auf das Bestehen einer beim Erwerb von Grundstücken bestehenden bedingten Veräußerungsabsicht zulassen würde. Die von der Rechtsprechung überwiegend negativ formulierten Anforderungen an die Erschütterung des Anscheinsbeweises widersprechen ebenfalls den Grundsätzen über die Handhabung des Anscheinsbeweises, weil der Gegenbeweis anderer anfänglicher Erwerbsmotive faktisch nicht zugelassen wird.

Mit Blick auf den gewerblichen Grundstückshandel kommt *Anzinger* zu dem Ergebnis: Die Abkehr von einem mangels operabler Erfahrungsgrundsätze dogmatisch verfehlten Anscheinsbeweis und die allzu rigide Handhabung der zur Erschüttung dieses Anscheinsbeweises vorgebrachten Indizien gebieten einen Rückzug auf die prozessual zutreffende Gesamtwürdigung aller Umstände. Dies hat zur Konsequenz, dass dem Finanzamt der Nachweis einer bei Anschaffung eines Grundstücks bedingten Absicht einer alsbaldigen Veräußerung und damit einer gewerblichen Tätigkeit schwerer fallen dürfte als bisher. „Möglicherweise werden zahlreiche Fälle, die bisher als gewerblicher Grundstückshandel qualifiziert wurden, nach den allgemeinen Beweislastgrundsätzen zu beurteilen und deshalb als private Vermögensverwaltung zu qualifizieren sein. Dies spricht aber nicht gegen die hier vorgeschlagene Lösung. Denn die damit vermutlich einhergehenden Steuerausfälle dürften den Gesetzgeber entweder zur längst fälligen Gleichbehandlung von gewerblichen und privaten Grundstücksgeschäften zwingen oder zur Formulierung praktikabler Abgrenzungskriterien zwischen gewerblicher Betätigung und privater Vermögensverwaltung veranlassen.“

Diese klarsichtige Analyse war überfällig. Auf der Grundlage der Überlegungen von *Anzinger* muss man darüber nachdenken, ob sich nicht die Rechtsprechung in dem Bemühen, angesichts einer seinerzeit als zu kurz empfundenen Spekulationsfrist durch die Handhabung von Beweisregeln gerechte Ergebnisse zu zeitigen, zum Nothelfer des Gesetzgebers gemacht hat. Dass die Rechtsprechung damit nicht reüssiert hat, indiziert – mittels widerlegbaren Anscheinsbeweises – ihr derzeitiges aporetisches Bemühen, die Grenzen der Ein-Objekt-Grenze auszuloten. Und die Anwendung des § 21 EStG muss sich mit dem Faktum konfrontieren lassen, dass dieser sog. Besteuerungstatbestand bereits im Jahre 1998 den Staat als Liebhaber erscheinen ließ – bei einem Minus-Aufkommen aus dieser Einkunftsart von 16 Mrd. Euro jährlich.

Es ist eines der Verdienste von *Anzinger*, für das Steuerrecht eine Entscheidungssituation aufgezeigt zu haben – die alten Griechen nannten dies „krisis“. Eine weiterführende, mit unerbittlicher Folgerichtigkeit zu stellende Frage muss lauten, ob nicht die gesetzlichen Tatbestände – § 15 wie § 21 EStG – angesichts nicht mehr handhabbarer subjektiver Merkmale strukturelle und von der Rechtsprechung mit eigenen Bordmitteln, insbesondere mit dem Beweisrecht nicht zu behebende Vollzugshindernisse in sich selbst tragen und deswegen rechtsstaatlichen Ansprüchen nicht genügen.

Dies vorausgesetzt möchte ich dem zustimmen, was *Albert Hensel* in seinem Referat „Der Einfluss des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts“ für die 3. Staatsrechtslehrtagung im Jahre 1926 ausgeführt hat: „Der Generalklausel gehört die Zukunft.“ *Hensel* fügt einschränkend hinzu: „Wenn die Generalklausel zielbewusst von einem obersten Gericht gehandhabt wird, dessen Erkenntnisse auf die Verwaltungspraxis maßgeben-

den Einfluss besitzen, und wenn dieses Gericht sich davor hütet, den Leitsätzen seiner Urteile die Kraft allgemeiner wissenschaftlicher Sätze zuzuschreiben.“

Lassen Sie mich abschließend bemerken: Es macht Freude, diese Arbeit zu lesen. Die Fülle der Gedanken und Beobachtungen, die Textur der gedanklichen Verknüpfungen und die gelungene Architektur des Gedankengebäudes kann ich hier nicht annähernd vollständig würdigen. Ich muss mich darauf beschränken, Ihrer aller, meine Damen und Herren, Neugier zu wecken. Die Schrift, die mit 350 Seiten einen für Dissertationen noch erträglichen Umfang hat, wird zur steuerrechtlichen Pflichtlektüre gehören: für Richter und Wissenschaftler, aber auch für Berater.

Herr Dr. *Anzinger*, ich beglückwünsche Sie zu Ihrem *opus magnum* und zur Verleihung des Albert-Hensel-Preises.

Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e. V.¹

Satzung (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 steuerrechtswissenschaftlicher 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 juristische Tätigkeit 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.

§ 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.

¹ Sitz der Gesellschaft ist Köln (§ 1 Abs. 2 der Satzung). Geschäftsstelle: Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln.

Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e. V.

Vorstand: Prof. Dr. *Roman Seer* (Vorsitzender); Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht Prof. Dr. *Arndt Raupach* (Stellv. Vorsitzender); Prof. DDr. *Hans Georg Ruppe*; Ministerialdirektor *Florian Scheurle*; Präsident des Bundesfinanzhofs Dr. h.c. *Wolfgang Spindler*; Verleger Dr. h.c. *Karl-Peter Winters* (Schatzmeister und Leiter der Geschäftsstelle); Rechtsanwalt Dr. *Jens Schönfeld* (Schriftführer).

Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat

Wissenschaftlicher Beirat: Prof. Dr. *Wolfgang Schön* (Vorsitzender); Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Prof. Dr. *Markus Achatz*; Prof. Dr. *Dieter Birk*; Lt. Ministerialrat *Hermann B. Brandenburg*; Prof. Dr. *Werner Doralt*; Präsidentin des Bundesfinanzhofs Dr. *Iris Ebling*; Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof Prof. Dr. *Peter Fischer*; Prof. Dr. *Gisela Frick*, MdB a.D.; Prof. Dr. *Rainer Hüttemann*; Richterin am Bundesfinanzhof Prof. Dr. *Monika Jachmann*; Ministerialdirektor *Gerhard Juchum*; Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D. Prof. Dr. Dr. h.c. *Paul Kirchhof*; Prof. Dr. *Claus Lambrecht*, LL.M.; Prof. Dr. *Michael Lang*; Prof. Dr. *Joachim Lang*; Prof. Dr. *Moris Lehner*; Rechtsanwältin und Steuerberaterin Dr. *Bettina Lieber*; *Rudolf Mellinghoff*, Richter des Bundesverfassungsgerichts; Ministerialdirigent *Gert Müller-Gatermann*; Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater Dr. *Jürgen Pelka*; Richter am Bundesfinanzhof Prof. Dr. *Heinz-Jürgen Pezzer*; Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht Prof. Dr. *Detlev J. Piltz*; Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht Prof. Dr. *Arndt Raupach*; Prof. Dr. *Wolfram Reiß*; Präsident der Bundesfinanzakademie Dr. *Detlef Roland*; Prof. DDr. *Hans Georg Ruppe*; Ministerialdirektor *Florian Scheurle*; Ministerialdirigent *Eckehard Schmidt*; Prof. Dr. *Roman Seer*; Prof. Dr. *Hartmut Söhn*; Präsident des Bundesfinanzhofs Dr. h.c. *Wolfgang Spindler*; Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater Prof. Dr. *Joachim N. Stolterfoht*; Ministerialdirigent a.D. Prof. Dr. *Jochen Thiel*; Verleger Dr. h.c. *Karl-Peter Winters*.

Ehrenmitglieder

Heinrich Wilhelm Kruse, Dr., Universitätsprofessor (em.), Bochum

Klaus Tipke, Dr., Universitätsprofessor (em.), Köln

Teilnehmerverzeichnis

- Achatz*, Markus, Dr., Professor, Universität Linz
Aigner, Gernot, Dr., Steuerberater, Biberbach/Österreich
Albers, Jürgen, Senator für Finanzen, Bremen
Anzinger, Heribert M., Technische Universität Darmstadt
Balle, Vera, Universität Heidelberg
Beckmann, Stephanie, Osnabrück
Berger, Markus, Dr., Richter, Wettingen/Schweiz
Bernhard, Jan, Eschborn
Birk, Dieter, Dr., Professor, Universität Münster
Birkhan, Hermann Josef, Regierungsdirektor, Königswinter
Bödecker, Carsten, Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Düsseldorf
Brandis, Peter, Dr., Richter am Bundeshinanzhof, München
Breiter, Kai, Bad Oeynhausen
Brosig, Klaus, Steuerberater, Varel
Brosig, Oliver, Varel
Bruno, Alfons, Dr., Professor, Universität Osnabrück
Buchholz, Albert, C.H.Beck Verlag, München
Chiriatti, Ute, Dipl.-Finanzwirtin, Steuerberaterin, Stuttgart
Christensen, Markus, Weede
Crezelius, Georg, Dr., Professor, Universität Bamberg
Damerow, Max-Dieter, Rechtsanwalt, Steuerberater, Notar, Hannover
Dechant, René, Dr., Essen
Derlath, Jürgen, Freiburg
Desens, Marc, Dr., Universität Münster
Dietz, Hans-Ulrich, Frankfurt
Dinkgraeve, Daniel, München
Domnick, Ralf, Düren
Doralt, Werner, Dr., Professor, Universität Wien
Drüen, Klaus-Dieter, Dr., Priv.Do., Universität Bochum
Eckhoff, Rolf, Dr., Professor, Universität Regensburg
Eigenthaler, Thomas, Berlin
Elicker, Michael, Dr., Universität Saarbrücken
Esmeier, Frank, Dr., Osnabrück
Fabel, Christiane, München
Fischer, Peter, Dr., Professor, Vors. Richter am Bundesfinanzhof, München
Flutgraf, Titus, Rechtsanwalt, Steuerberater, Düsseldorf
Freitag, Jens, Hofheim-Lorsbach
Frick, Gisela, Professorin, MdB a.D., Berlin
Frizen, Friederike, Frankfurt
Frotscher, Gerrit, Dr., Professor, Rechtsanwalt, Hamburg

- Gagic*, Brankica, Dr., Steuerberaterin, Belgrad/Serbien
Gast-de-Haan, Brigitte, Dr., Rechtsanwältin, Rendsburg
Geisenberger, Ute, Freiburg
Gerbers, Axel, Rechtsanwalt, Bremen
Geuenich, Marco, Dr., Rechtsanwalt, Dipl.-Finanzwirt, Berlin
Glauflügel, Bert, Ltd. Regierungsdirektor, Esslingen a.N.
Gödden, Hermann, Regierungsdirektor, Essen
Gress, Daniel, Universität Heidelberg
Griesel, Carmen, Dr., Düsseldorf
von Groll, Rüdiger, Professor, Rechtsanwalt, Richter am Bundesfinanzhof
a.D., München
Grundmann, Alexander, Stuttgart
Hahn, Hans-Heinrich, Ministerialrat, Hannover
Hartrott, Sebastian, Düsseldorf
Häuslemann, Holger, Rechtsanwalt, Steuerberater, Schwalbach
Hecht, Bettina, Rechtsanwalt, Steuerberater, Berlin
Heinrich, Johannes, Dr., Professor, Universität Graz
Heintzen, Markus, Dr., Professor, Freie Universität Berlin
Hendricks, Michael, Dr., Bonn
Hensel, Matthias, Bundesministerium für Finanzen, Berlin
Heuermann, Bernd, Dr. Richter am Bundesfinanzhof, München
Hey, Johanna, Dr. Professorin, Universität zu Köln
Heymann, Robert C. J., München
Hintze, Hans-Rüdiger, Dr., Rechtsanwalt, Notar, Bremen
Hörner, Steffen, Pfinztal
Hofmann, Gerda, Regierungsrätin, Dresden
Hofmann, Ruth, Dr. Vors. Richterin am Bundesfinanzhof, München
Hofner, Andreas, Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, München
Holmer, Franziska, München
Hoppe, Jürgen F., Dr., Rechtsanwalt, Hannover
Horlemann, Heinz-Gerd, Dipl.-Finanzwirt., Verw.-Dipl., Herzogenaurach
Hüttemann, Rainer, Dr., Professor, Universität Bonn
Hufeld, Ulrich, Dr., Professor, Universität Heidelberg
Hummel, David, Universität Leipzig
Inbester, Michael, Dr., Rechtsanwalt, München
Ismer, Roland, Dr., Universität München
Ivens, Heinrich, Vors. Richter am Finanzgericht a.D., Pinneberg
Jachmann, Monika, Dr., Professorin, Richterin am Bundesfinanzhof,
München
Jacobs, Thomas, LL.M., Universität Bonn
Jahnndorf, Christian, Dr., Rechtsanwalt, Priv.-Doz., Bremen
Johann, Ulrich, Dr., Osnabrück

- Kalina-Kerschbaum*, Claudia, LL.M., Berlin
Kayser, Joachim, Dr., Berlin
Kellersmann, Dietrich, Dr., Rechtsanwalt, Frankfurt
Kemper, Martin, Dr., Oberregierungsrat, Kempten
Keß Thomas, Dipl.-Finanzwirt, Berlin
Keymer, Dietrich, Dr., Haar
Kirchhof, Paul, Dr. Dr. h.c., Professor, Richter am Bundesverfassungsgericht
a.D., Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht, Universität Hei-
delberg
Kirchmayr, Sabine, Dr., Professorin, Steuerberaterin, Universität Salzburg
Kleyboldt, Ernst-Otto, Rechtsanwalt, Herne
Klingberg, Dietgard, Dr., Rechtsanwältin, Steuerberaterin, Schwalbach
Klüver, Burkhard, Rechtsanwalt, Notar, Bremen
Könemann, Ragnar W., Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Berlin
Konrad, Ulf, Max-Planck-Institut für Gesitiges Eigentum, Wettbewerbs- und
Steuerrecht, München
Korfmacher, Michael, Rechtsanwalt, Steuerberater, Rostock
Koth, Adalbert, Dr., Notar, Gänserndorf
Kotmoch, Herbert, Professor, Dr., Wien/Österreich
Kramer, Jörg-Dietrich, Dr., LL.M., Ministerialrat, Siegburg
Kramer, Marie, Köln
Krichel, Thomas, Bochum
Kroppen, Heinz-Klaus, Dr., Professor, Rechtsanwalt, Steuerberater, Düssel-
dorf
Kube, Hanno, Dr., Professor, LL.M., Universität Mainz
Lagast, Dominique, Berlin
Lang, Michael, Dr., Professor, Wirtschaftsuniversität Wien
Lange, Ulf, Rechtsanwalt, Frankfurt
Lasa, Franziska, Dr., Universität Bonn
Lehner, Moris, Dr., Professor, Universität München
Leipold, Carsten, Universität Heidelberg
Leisner-Egensperger, Anna, Dr., Professorin, Universität Jena
Levedag, Christian, Dr., Rechtsanwalt, LL.M. Tax, Richter am Finanzge-
richt, Köln
Lieber, Bettina, Dr., Rechtsanwältin, Steuerberaterin, Düsseldorf
Liefke, Christian, Heidelberg
Lingemann, Wolfgang, Dr., Schriftleiter der FR, Köln
Lissner, Benjamin, Bonn
Loock, Jann Dirk, Dr., Rechtsanwalt, Notar, Kassel
Ludemann, Matthias, LL.M., Rechtsanwalt, Frankfurt
Lücke, Florian, Köln
Lüdicke, Jochen, Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Düsseldorf
Lüdicke, Jürgen, Dr., Professor, Rechtsanwalt, Steuerberater, Universität
Hamburg

- Mann*, Alexander, Landshut
Marx, Franz Jürgen, Dr., Professor, Universität Bremen
Meurer, Stephanie, München
Meyer-Sandberg, Nils, Hamburg
Moes, Christoph, Karlsruhe
Mössner, Jörg Manfred, Dr., Professor, Universität Osnabrück
Moritz, Joachim, Richter am Bundesfinanzhof, München
Müller, Hellmut, Dr. jur. utr., Rechtsanwalt, Stuttgart
Müller, Wolfgang, Runkel
Müller-Franken, Sebastian, Dr., Professor, Universität Münster
Murach, Stephan, Hamburg
Musil, Andreas, Dr., Freie Universität Berlin
Myßen, Michael, Dr., Oberregierungsrat, Berlin
- Nebelin*, Claudia, LL.M., Paderborn
Nickel, Jörg Rainer, Dr., Rechtsanwältin, Dipl.-Finanzwirtin, Köln
Niemeier, Wilhelm, Dr., Weiler
Nostadt, Ulrike, Universität Heidelberg
- Oberloskamp*, Klaus, Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Schwerin
Oertel, Eva, München
Ottermann, Torsten, Köln
- Paul*, Stefan, Berlin
Peetz, Carsten, Rechtsanwalt, Steuerberater, Berlin
Pelka, Jürgen, Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Köln
Pezzler, Heinz-Jürgen, Dr., Professor, Richter am Bundesfinanzhof, München
Philipowski, Rüdiger, Dr., Professor, Rechtsanwalt, Steuerberater, Alfter
Piesche, Lars, Rechtsanwalt, Oldenburg
Pittroff, Jens, Münster
Porst, Alexander, Universität Halle
Prechtel, Babette, Universität Linz
Preißer, Michael, Dr., Steuerberater, Professor, Universität Lüneburg
Probst, Ulrich, Dr., Vors. Richter am Finanzgericht, Putzbrunn
Prunbauer, Lucas, Magister, Universität Wien
Prusko, Dietmar, Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Weiden i.d. Oberpfalz
- Ramackers*, Arnold, Richter am Finanzgericht, Düsseldorf
Ratschow, Eckart, Dr., Berlin
Rédei, Christoph, Magister, Universität Wien
Redert, Thomas, Bundesministerium für Finanzen, Berlin
Reiner, Günter, Dr., Professor, Universität Hamburg
Reiß, Wolfram, Dr., Professor, Universität Erlangen-Nürnberg
Rommel, Matthias, Dr., Frankfurt
Reuter, Marlies, Mettmann

- Ribbrock*, Martin, Dr., Rechtsanwalt, Frankfurt
Riedel, Frank, Cottbus
Roland, Detlef, Dr., Präsident der Bundesfinanzakademie im Bundesministerium der Finanzen, Brühl
Rosenberg, Malte, Düsseldorf
Ruppe, Hans Georg, DDr., Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, Professor, Universität Graz
Sauer, Christian, Leipzig
Sauer, Johannes K., Rechtsanwalt, Offenbach/M.
Schätzlein, Adolf, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Neuss
Schätzlein, Elke, Dipl.-Betriebswirtin, Neuss
Scheffler, Wolfram, Dr., Professor, Dipl.-Kaufmann, Universität Erlangen-Nürnberg
Schenke, Ralf P., Dr., Universität Freiburg
Scheurle, Florian, Ministerialdirektor, Berlin
Schilli-Frank, Dagmar, Ltd. Regierungsdirektorin, Essen
Schmehl, Arndt, Dr., Professor, Universität Hamburg
Schmidt, Eckehard, Ministerialdirigent, München
Schmidt-Ramsin, Antonia, Universität München
Schmitt, Joachim, Dr., Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Bonn
Schmitz, Christoph, Regierungsdirektor, Mönchengladbach
Schmitz, Werner, Rechtsanwalt, Düsseldorf
Schneider, Hans-Peter, Steuerberater, Lüneburg
Schneider, Natascha, Universität Salzburg
Schneider, Stefan, Dr., Richter am Finanzgericht, Mannheim
Schober, Tibor, Berlin
Schobert, Anton, Ltd. Regierungsdirektor, Bonn
Schön, Wolfgang, Dr., Professor, Direktor des Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München
Schönfeld, Jens, Dr., Rechtsanwalt, Bonn
Schönhaus, Mathias, Dr., Rechtsanwalt, Berlin
Schuchter, Yvonne, Universität Salzburg
Schulenburg, Christian, Berlin
Schulte, Wilfried, Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Essen
Schulze-Osterloh, Joachim, Dr., Professor, Cottbus
Schulze zur Wiese, Dieter, Dr., Professor, Rechtsanwalt, Steuerberater, Nordkirchen
Schüppen, Matthias, Dr., Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Stuttgart
Schwandt, Reinolf, Osnabrück
Schwarte, Larissa, Bonn
Schwarzer, Manfred, Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Erfurt
Schwidetzky, Walter, Professor, University of Baltimore/USA
Seeger, Siegbert, Dr., Professor, Präsident des Nds. Finanzgerichts a.D., Rechtsanwalt, Osnabrück

- Seer*, Roman, Dr., Professor, Ruhr-Universität Bochum
Seibel, Wolfgang, Richter am Finanzgericht, Sprockhövel
Seidel, Gerhard, Dr., Rechtsanwalt, Wien
Seiler, Christian, Dr., Professor, Universität Erfurt
Sieber, Roland, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Dipl.-Kaufmann, Korntal-Münchingen
Siegel, Stefan, Dr., Rechtsanwalt, Köln
Sieker, Susanne, Dr., Professorin, Universität Halle-Wittenberg
Söhn, Hartmut, Dr., Professor, Universität Passau
Stadie, Holger, Dr., Professor, Universität Leipzig
Stadlhofer-Wissinger, Angelika, Dr., Lektorin, Köln
Stalbold, Reimer, Dr., Münster
Stakemann, Hartwig, Dr., Rechtsanwalt, Steuerberater, Burgwedel
Steinhauff, Dieter, Richter am Bundesfinanzhof, München
Stolterfoht, Joachim, Dr., Professor, Rechtsanwalt, Steuerberater, Freiburg/Breisgau
Strunk, Günther, Professor, Dr. rer. pol., Hamburg
Strunz, Eva, Graz/Österreich
Sturm, Michael, Leipzig
Sünkler, Hendrik, Osnabrück
- Teufel*, Oliver, Universität Heidelberg
Titgemeyer, Marion, Osnabrück
Tomer, Norbert, Dr. Professor, Fachhochschule Osnabrück
Trottmann, Christian, Siegen
- Vock*, Martin, Dr., Magister, Wien
Vorwold, Gerhard, Dr., Professor, Fachhochschule für Finanzen NRW, Nordkirchen
- Wassermeyer*, Franz, Dr., Professor, Rechtsanwalt, Steuerberater, Sankt Augustin
Wassermeyer, Heide, Sankt. Augustin
Weckerle, Thomas, Dr., LL.M, Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Hagen
von Wedelstädt, Alexander, Abteilungsleiter OFD Düsseldorf a.D., Mülheim a.d. Ruhr
Weiß, Marina, Berlin
Wendt, Michael, Richter am Bundesfinanzhof, München
Wernicke, Daniel, Leipzig
Wernsmann, Rainer, Dr., Professor, Universität Passau
Widmann, Werner, Ltd. Ministerialrat, Mainz-Kastel
Winters, Karl-Peter, Dr. h.c., Verleger, Köln
Wittmann, Gabriele, Augsburg
Wittmann, Rudolf, Dr., Rechtsanwalt, Augsburg
Wölke, Jens, Petershagen

Wünker, Kai, Osnabrück

Zimmermann, Thomas, Dipl.-Betriebswirt, Steuerberater, Koblenz

Zwirner, Torsten, Steueramtsrat der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg

Stichwortverzeichnis

- §§ 17 und 23 als Sondertatbestände 17, 20, 26, 278
- Abgeltungssteuer 30, 32 f., 87, 91 f.
- Abschirmwirkung 87, 149, 322, 342
- abstufbares Begriffsmerkmal 126
- Abzugsmethode 313 ff.
- Aktienindexzertifikate 172
- Amtshilferichtlinie 54 f.
- analytisches Urteil 130
- Anrechnungsmethode 84, 88, 313 ff.
- Anrechnungsvortrag 313
- Anschaffungskosten 218, 228
 - nachträgliche 261
- Anschaffungsnebenkosten 178
- Äquivalenztheorie 74, 84, 88, 112
- Arbeitseinkommen, Differenzierung zwischen Kapital- und 2, 35, 61 f., 67, 73, 85, 350
 - ökonomische Begründung 87, 90, 94 f., 354
- Argentinien-Anleihen 181 f.
- Aufgeld (Optionsanleihen) 264
- Aufwand 218
 - vergeblicher 225
- Ausgaben 218
 - ausgeschüttete Erträge 250 ff.
 - zeitliche Erfassung 252
- Ausschüttungen 250 ff.
 - von Einzelgesellschaften 259
- ausschüttungsgleiche Erträge 250 ff., 357 f.
 - Rechtfertigung der Besteuerung 270, 274 f., 280, 284 f.
 - zeitliche Erfassung 252, 280
- Bankenerlass 40
- Bankgeheimnis 55, 60, 91 ff.
- bedingte Veräußerungsabsicht s. Veräußerungsabsicht
- Beihilferecht 149, 202, 205
- Belastungsentscheidung 169
- Belastungsgleichheit 18, 24, 29, 32 ff., 37, 40
- Belegenheitsprinzip 293
- Bescheinigungsverfahren s. Zinsrichtlinie
- beschränkte Steuerpflicht 90, 291 f., 311
- Beschränkungsverbote s. Grundfreiheiten
- besicherte Darlehensforderungen 292
- Besteuerungsgegenstand von § 20 EStG 213
- Beteiligungsaufwand 301 ff., 312, 357, 359
- Beteiligungserträge 219 ff., 231, 271 f., 275 f., 278 f.
 - Abgrenzung 307 ff.
 - in Fällen von § 8a KStG 259
 - Freistellung 298 ff., 305
 - grenzüberschreitende 289 ff., 314
 - indirekte Anrechnung 298 ff.
 - von Kapitalgesellschaften 222 ff.
 - natürlicher Personen 220 ff.
 - Nießbrauch 286, 288
 - pro-rata-temporis-Betrachtungsweise 261
- Beteiligungsverkauf 216
- Betriebsvermögensvergleich 14, 101
- Beweislast 185
- Bild des Gewerbebetriebs 99, 125, 203
- Binnenstruktur 283
 - § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 S. 2 EStG 178
 - der Einkommensteuer 21, 25, 30, 35
- Bonität 168 f., 178
- Bruttobesteuerung 294, 311 ff., 360
- Cashflow-Steuer 115

- DAX-Zertifikate 58, 174, 186, 286
Definitionen
– eindimensionale 129
– disjunktive 127
Deklarationsprinzip 32
Depotbank 238
Differenzmethode 158, 180, 184, 186
Disagio 162, 171
Discount-Zertifikate 172
Diskriminierungsverbote s. Grundfreiheiten
Disparitäten s. Grundfreiheiten
disquotale Gewinnausschüttung 279
Dividenden 216, 220 f., 222 f.
Dividendenabschlag 216
Dividendenstripping 272
Doppelbesteuerung 70 f., 88
– bei Kapitaleinkommen 72
– bei Leistungen aus Stiftungen 268
– Vermeidung 72
Doppelbesteuerungsabkommen 308
– Informationsaustausch 54
Down-Rating-Anleihen 189
Drei-Objekt-Grenze 100, 200, 204 ff., 209, 355
– als Beweisanzeichen 134
– Dezisionismus 142
– eigene Wohnzwecke 145
– Funktionen 135
– Grenzwert 142
– Hilfstatsache/Indiz 134
– langfristige Vermietung 145
– Objektbegriff s. Objektbegriff
– Vereinfachungsfunktion 133
– zeitlicher Zusammenhang 135
Duale Einkommensteuer 33 ff., 37, 61, 65 ff., 71, 87, 350 f.
– Gleichheitswidrigkeit 36, 83
– Lenkungsziele 66
– Manipulationsresistenz 36
– Spaltung der Belastungsregeln 36
Dualismus der Einkunftsarten 13 ff., 109 f., 120, 218, 350 ff.
– neuere Entwicklungen 28, 30
– Verfassungsmäßigkeit 17
Duldung der Kapitalnutzung 260
Durchgriffsbesteuerung s. Hinzurechnungsbesteuerung
Durchschnittsfall 128
einheitlicher Betätigungswille 140
Einheitssteuer 17
Einkommensbegriffe 13, 16, 20, 24 f.
Einkommensteuergesetz (1920) 106, 284
Einkommensteuergesetz (1925) 15, 18 ff., 25, 103 ff., 111, 201
Einkommensteuergesetz (1934) 16, 103, 107, 201
Einkünfteermittlungsmethoden 13, 18
Einkünfteerzielungsabsicht 133, 135, 137
Einkunftsarten 216
– Gleichbehandlung 18
– Gleichheit 9
Einlagen durch Nichtgesellschafter 264
elektronischer Datenabgleich 84
Emissionsdisagio 171
Emissionsrendite 154, 156, 209
– Nachweis 184
Endbesteuerung 33 f., 88
Endbesteuerungsgesetz 92 f.
Endeinlösung 165
Endfälligkeit 163, 168, 174
Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers s. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers
Erbschaftsteuer 87, 93, 216
Ergänzungssteuer 2
Erhebungsdefizit s. Vollzugsdefizit
Ertragebene 159, 165, 207
erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung s. Hinzurechnungsbesteuerung
Erwerbsvermögen 14, 26 f., 117 ff.

- Europäisches Rechtshilfeübereinkommen (1959) 59 f.
- Feststellungslast 185
- festverzinsliche Wertpapiere 163, 167, 175 f., 179 ff., 194
- Finanzierungsneutralität 31
- Finanzinnovationen 153 ff., 355 f.
- Finanzstrafgesetz 60
- Flat Tax 33, 65, 85
- Floater 158, 189
- Folgerichtigkeit 10, 17, 21, 64, 66, 95, 108 f., 169, 228, 278, 282, 358
- Freibeträge 34
- Freistellungsmethode 63, 69, 72, 79, 84 f., 89 f., 95, 353
- territorial-äquivalenztheoretische Rechtfertigung 81
- Frucht s. Ertragsebene
- Fruchtziehungsformel 99, 130, 204
- fundiertes Einkommen 1 f., 351
- Funktionsverlagerungen 347
- generalisierende Regelungen 31
- genuine link 75
- Geringfügigkeitsgrenze 177
- Gesamtplan 140
- Gesamtsteuerniveau, Senkung 80, 82
- gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht 81 f., 86
- Gesamtbild der Verhältnisse 99, 125, 209
- Gesellschafterfremdfinanzierung 290, 315 ff.
- Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers 21, 29, 169
- Gestaltungsmisbrauch 148 f., 344, 346, 360 f.
- und Hinzurechnungsbesteuerung 323
- Gewerbsteuer 10 f., 315, 354
- gewerblicher Grundstückshandel 129, 208, 365
- Gewinnausschüttungsbeschluss 262
- Gewinnspaltung 34
- Gewinnverteilungsbeschluss 258
- Gleichheitssatz 40, 64, 75, 84, 91, 108
- Gleichmäßigkeit
- der Besteuerung 10 f., 28, 103, 109, 116, 317
- des Gesetzesvollzugs 186
- Gleitzinsanleihen 179
- Grundentscheidung, steuerpolitische 35
- Grundfreiheiten 69 ff.
- Beschränkungsverbote 69 ff., 88, 96, 331, 335 f.
- Diskriminierungsverbote 69 ff., 334 f.
- Disparitäten 70
- Hinzurechnungsbesteuerung 329 ff.
- Kapitalverkehrsfreiheit 332 f.
- Kohärenz 337 f.
- Missbrauch 333 f., 339 f.
- Niederlassungsfreiheit 331 f.
- Grundstückspersonengesellschaften 147
- Halbzugsverbot 276, 278
- Halbeinkünfteverfahren 49, 231, 243, 276 f., 290, 304 f., 314
- Halbsatzverfahren 290
- Handlungstatbestand (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG) 269
- Harmonisierung 294, 297, 311
- Hedgefonds-Zertifikate 172, 235
- Hinzurechnungsbesteuerung 88, 299 f., 319 ff., 343 f., 360
- Durchgriffsbesteuerung 342
- bei Einkünften aus Kapital 324
- erweiterte 324, 327 ff.
- und Gestaltungsmisbrauch 323
- und Grundfreiheiten 329 ff.
- Konzernfinanzierung 326 f.
- Kreditinstitute 325 f.
- passive Einkünfte 325
- Rechtfertigungsgründe 336
- Humankapital 113 ff.
- hybride Finanzierungen 257, 280
- hybride Kapitalanlagen 290 f.

- Ikonizität 122
- indexgebundene Garantiezertifikate 188 f.
- Index-Zertifikate 172, 174, 186 ff.
- Informationsaustausch s. Zinsrichtlinie
- Informationserfordernisse (§ 5 InvStG) 251, 286 f.
- Inländergleichbehandlung 69, 331
- International Financial Service Centers (IFSC) 320 f.
- Investmentfonds begriff
 - formeller 236 ff.
 - materieller 238 ff.
- Investmentviereck 237
- Jahresbescheinigung 45 f., 84, 91 f., 94
- Jahressteuergesetz (2007) 46, 289, 300, 309 f., 312, 314, 345 f.
- Kapitalanlagegesellschaft 237 ff., 247 ff.
- Kapitaleinkommen
 - Begriff 349 f.
 - Differenzierung zwischen Arbeits- und s. Arbeitseinkommen
- Kapitalerträge 156
 - nachträgliche 265
- Kapitalertragsteuer 41, 49, 259, 263, 292, 304 ff.
- Kapitalexportneutralität 76, 84, 88, 336
- Kapitalflucht 31
- Kapitalforderungen 259 f.
 - mit Emissionsrendite 184 f.
 - ohne Emissionsrendite 158, 173, 175 f., 188, 191, 193
 - sonstige 155, 175, 187
- Kapitalgesellschaft 4
 - Angemessenheit von Zahlungen 6
 - Begünstigung des Gewinns 9
 - Besteuerung 7 f.
 - Leistungsfähigkeit 276 f.
- Kapitalimportneutralität 84
- Kapitalnutzungserträge 165
- Kapitalnutzungstheorie 214
- Kapitalrückzahlung 159, 169 ff., 176 ff., 207, 303
 - Garantie 187
- Kästchengleichheit 75
- Kaufkraftverlust 3
- klassifikatorischer Gewerbebegriff 122, 125
- klassisches Körperschaftsteuersystem 228, 295
- Kleinsparer 34, 37
- Kohärenz s. Grundfreiheiten
- kollektive Vermögensanlagen 235 ff.
- Kombizinsanleihen 167, 179
- komparatives Gesetz 126, 143
- konkretes Ordnungsdenken 128 f.
- Kontenabfrage 33, 46 ff., 51 f., 87 f., 94
 - Mengengerüst 48
- Kontrollmitteilungen 40 f., 44 f., 50, 52
- Kontrollverfahren (§ 45d EStG) 43 f.
- Korrespondenzprinzip 300
- Kursgewinne 164, 167
 - Abschöpfung
- Leistungsfähigkeit 84, 120, 216, 351
 - Besteuerung nach der 17, 24, 64, 73, 94, 108 f.
 - grenzüberschreitend 90
 - von Kapitalgesellschaften 276 f.
 - objektive 26
 - subjektive 312
 - Tarifbelastung 28
 - territoriale Radizierung 74, 79
- LIBOR 189 f.
- Liebhabelei 216, 224
- Liquidation 231
- Markteinkommenstheorie 23 ff., 76, 110 ff.
- Marktrendite 154, 158, 163 f.
- Mindestrückzahlung 171
- minimum taxation 346
- Miteigentumslösung 237, 246

- Mitgliedschaftsrechte 212, 214, 281
- Mitgliedschaftsverhältnis 267 f.
- Mobilität 84, 86, 89 f., 350
- Mutter-/Tochter-Richtlinie 297, 304
- Nachbelastung 62, 83, 276
- Nachhaltigkeit 126 f., 142, 144
- Nennbetrag 161
- Nettoprinzip 64, 228, 273 f., 283, 285, 358
- Normalfall 128
- Nutzungswert 114, 125, 131
- Oasenerlass 320
- Objektbegriff 144 ff.
 - wirtschaftliche Einheit 146 f.
 - Zählcharakter 146
- offene Wertpapierfonds 236
- offene Immobilienfonds 236
- ökonomische Begründung s.
 - Arbeitseinkommen, Differenzierung zwischen Kapital- und
- Open-End-Prinzip 238
- Optionsanleihe 163, 264
- Pauschalbesteuerung 30 ff.
 - nach § 6 InvStG 251, 253 ff., 357
- Pensionszusage 262 ff., 282, 286 f., 358
- per country limitation 313
- Performance-Linked-Note 248
- Personengesellschaften
 - Besteuerung 8 f.
 - partielle Steuerrechtsfähigkeit 146
 - Vergleich mit Kapitalanlagegesellschaft 248 f.
 - „Vielheit der Gesellschaft“ 147
- praktische Konkordanz 130
- Preuß. Einkommensteuergesetz (1891) 15, 105, 284
- Privatsphäre 22 f., 27, 116, 203, 352
- Privatvermögen 117, 164
- Progressionsvorbehalt 73, 76, 89, 312
- Prognosezeitraum 53, 136
- Qualifikationsverkettung 300 f.
- Quelle s. Vermögensebene
- Quellenabzug/-steuer 32 f., 56 ff., 297, 314, 359
 - Harmonisierung 294
- Quellentheorie 14 f., 98, 102, 104, 130
- race to the bottom 80, 319
- Real Estate Investment Trusts (REITs) 280 f., 285, 321
- Regelbeispiel 127, 131
- Regulated Investment Companies 321
- Reichensteuer 28, 37, 352
- Reichseinkommensteuergesetz (1920) s. Einkommensteuergesetz (1920)
- Reichseinkommensteuergesetz (1925) s. Einkommensteuergesetz (1925)
- Reinvermögenszugangstheorie 14, 24, 26, 98, 102, 104, 113, 115, 130, 284
- Reverse Floater 189 ff.
- Risikomischung 239 f.
- Rückzahlung des Kapitalvermögens s. Kapitalrückzahlung
- Sachgesetzlichkeit 170, 306
- Schachtelbeteiligungen 297, 359
- Schachteldividenden 297, 300, 304, 308
- Schaukeltheorie 130
- Schedulensteuer 17, 28 f., 41, 65, 111, 271
- Schuldverschreibung 162, 167
- Schuldzinsen 218
 - private 223 ff.
- Schuldzinsenabzug 270 f., 282
 - Beschränkungen 317
 - im Halbeinkünfteverfahren 226
 - nachträglicher 224 f., 272 f.
 - Zeitpunkt 230
- SEStEG 303
- Sollertragsteuer 2
- Sondertarife 29, 31, 65
- Sondervermögen 237, 245 ff.
- Souveränität 77 f., 86, 88

- sozialer Steuerstaat 68 ff.
Sparerfreibetrag 42 ff.
Sprachgebrauch 130
Spreizung 8, 69, 83 ff.
Stamm s. Vermögensebene
Standortattraktivität 62, 66, 84, 95
Standortwettbewerb 8, 89, 353
Step-Down-Anleihen 179
Step-Up-Anleihen 179
Steueramnestie 92
Steueränderungsgesetz (2001) 158, 163 ff.
Steuerflucht 320, 340
Steuergerechtigkeit 62 ff., 73 ff., 90, 93, 107 ff.
Steuerkollisionen 10
Steuerkonkurrenzen 10
Steuerkurs 167 f.
Steuermissbrauchsbekämpfungsgesetz und Steuerbereinigungsgesetz (1994) 155
Steuerniveau 80 ff.
Steuerobjekt 213, 232
Steuer-Reformkommission 3
Steuersatzunterschiede 62, 71, 73
Steuersubjekt 212
Steuerwettbewerb
– internationaler 35, 67, 89, 317, 319
– OECD-Initiative zur Bekämpfung des schädlichen 54
Stiftungen 265 ff.
– Auskehrungen an Angehörige 266
– Leistungen ausländischer Stiftungen 266
Stiftungsrat 267
Strafbesteuerung s. Pauschalbesteuerung
Streubesitzdividenden 221, 297, 304
Stufen-Zins-Anleihen 179
synthetische Einkommensteuer 17, 25, 28, 64 f., 89
Tafelgeschäfte 41 f., 292
Tarifbegrenzung 28 ff., 65, 67, 149
Tarifspreizung s. Spreizung
Tatbestandeingrenzung von steuerbaren Kapitalerträgen 172
Tautologie 99, 126, 130
Teilhabersteuer 217
Teiltrückzahlung 188
Teilwertabschreibung 217, 223
territorial-äquivalenztheoretische Rechtfertigung der Besteuerung 76 f., 79
Territorialitätsprinzip 42, 322
– im Binnenmarkt 77
Totalausschüttung 231 f.
Totalverlust 171 f., 195
Transparenzgrundsatz 241 ff., 246, 274, 280 f., 285 f.
Trennungsprinzip 243 f.
Treuhandlösung 237, 246
Typik 181 f.
Typisierung 31, 36, 67, 182, 193
typologische Auslegung 98, 125 ff., 133, 146, 201 ff.
Typusbegriff 122, 127 f., 146
Übermaßbesteuerung 116
Überschussrechnung 25, 101, 105, 115
Umsatzsteuer 10, 89, 346
Universalitätsprinzip 74
Unterkapitalisierung 301, 315 ff.
Unternehmensteuerreform 28, 30, 278, 316 f.
Unternehmerbegriff 203
Unternehmerrisiko 29 f.
Untersuchungsgrundsatz 184 f.
Ursprungsbesteuerung 8
Veranlagungsoption 34
Veranlassungsprinzip 215, 224, 263
Veräußerungsabsicht 132
– bedingte 133, 200 f., 204 f., 209, 355 f.
– als Differenzierungskriterium 139
– als Indiz 138, 200
Veräußerungsgewinne 153, 155, 166, 217, 221 ff.
– Abgrenzung 307 ff.

- Administrierbarkeit 26 f.
- allgemeine Besteuerung 37
- Doppelbelastung 230 f.
- Nichterfassung 20
- private 14, 16, 20, 26 f.
- Rechtfertigung der Nichterfassung 232
- Umsetzungsprobleme 37
- Ungleichbehandlung 116
- Verfassungsmäßigkeit bei privaten Wertpapiergeschäften 51
- mit Wertpapieren 49
- Veräußerungsverlust 181, 233, 273
- Veräußerungszeitpunkt 168
- verdeckte Gewinnausschüttung 258, 262, 277, 286 f., 300 f., 309 f., 358
- bei Betrieben gewerblicher Art 265
- Empfänger 266
- Zuwendungen an nahestehende Personen 268
- vergeblicher Aufwand s. Aufwand
- Verkehrsanschauung 99 f., 125 f., 201 ff., 355
- Verluste 216
- aus der Veräußerung von Wertpapieren 32
- Vermögensebene 159, 164 f.
- Vermögensteuer 2
- Vermögensverwaltung 23, 97 ff., 121 ff., 154, 202 ff., 331, 354 f.
- Vollziehbarkeit 39 ff.
- Vollzugsdefizit 353 f.
- bei Auslandserträgen 54, 294
- bei der Dividendenbesteuerung 49
- strukturelles 32 f., 40 f., 51, 53, 83
- Warentermingeschäfte 161
- Wechselkursgewinne 158
- Wechselkursveränderungen 182
- Welteinkommensprinzip 73 f., 84, 322, 336
- Wertveränderungen 164, 170
- Widerspruchsfreiheit 10, 283
- wirtschaftliche Betrachtungsweise 76, 260, 268, 276, 288
- Witwenpension s. Pensionszusage
- Wirtschaftsgut 146 f.
- gesonderter Nutzungs- und Funktionszusammenhang 146
- Veräußerbarkeit 146
- Wirtschaftsstandort Deutschland 67 f., 80 f.
- Zero-Bonds 162 f.
- Zins-/Lizenzrichtlinie 293 f., 344 f.
- Zinsbereinigung 118
- Zinsbesteuerung, Verfassungskonformität 41
- Zinsen 164, 166, 213
- Forderungsinhaber 260
- Zinserträge
- Abgrenzung 290
- grenzüberschreitende 289 ff.
- Zinsrichtlinie 56 f., 294
- Bescheinigungsverfahren 57 f.
- Informationsaustausch 57
- Löchrigkeit 57
- Zurechnung
- von Beteiligungserträgen 257 ff., 282
- von Erträgen 246 ff., 357, 359
- bei Gestaltungsmissbrauch 148
- wegen „Tatherrschaft“ 148
- von Zinsen 257 ff.
- Zuwendungsabsicht 263
- Zweckvermögen 238, 242, 245 f.
- Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter 321, 324, 328, 360
- Zwischenveräußerungen 168