

Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Entwurfes eines Fondsstandortgesetzes¹

Prof. Dr. Roland Ismer²

I. Regelungen zur Förderung von jungen Unternehmen und von Mitarbeiterbeteiligungen allgemein

Die Regelungen zur Förderung von jungen Unternehmen sind einerseits vor dem Hintergrund der gegenwärtigen COVID-Pandemie zu sehen. Diese hat die Wirtschaft vor große Herausforderungen gestellt. Derzeit ist noch nicht abzusehen, welche Folgen sich für die Unternehmen im Einzelnen ergeben werden. Insbesondere droht mit Wegfall der vorübergehenden insolvenzrechtlichen Sonderregeln eine Welle von Unternehmensinsolvenzen. Zugleich ist die Staatsverschuldung massiv gewachsen und die Finanzierung der Maßnahmen zur Förderung der wirtschaftlichen Erholung begründet einen erheblichen Finanzbedarf des Staates. In der Bundesrepublik Deutschland als Steuerstaat wirtschaftet der Staat nicht primär selbst. Vielmehr partizipiert der Staat am Ertrag privaten Wirtschaftens. Mit anderen Worten: Die im Wege der Steuer zu erhebenden Mittel müssen von den Steuerpflichtigen erwirtschaftet werden. Gerade wenn durch Insolvenzen hergebrachte Steuerpflichtige wegfallen, müssen neue Unternehmen mit langfristiger Steuerkraft hinzutreten.

Andererseits steht die Wirtschaft vor mindestens zwei großen Umbrüchen: Erstens verändert die Digitalisierung massiv die Geschäftsmodelle. Zweitens bedeutet das angestrebte Ziel einer Klimaneutralität, auf das sich die EU, zunehmend aber auch andere Staaten verpflichten, das Erfordernis einer anstehenden grünen Transformation der Wirtschaft. Für beide Umbrüchen sind nicht nur erhebliche Investitionen, sondern auch Innovationen erforderlich. Junge Unternehmen, die innovative Ideen entwickeln und in die Realität umzusetzen versuchen – und dabei bisweilen auch scheitern – sind dafür von zentraler Bedeutung.

All dies bedeutet, dass eine steuerliche Förderung kleinerer junger Unternehmen angezeigt erscheint. Dies gilt umso mehr, als die Befolgungskosten kleinerer und mittlerer Unternehmen (KMU) disproportional treffen. Mögliche Vehikel, die auch international eingesetzt werden, sind neben Subventionen und allgemeiner steuerlicher Forschungs- und Entwicklungsförderung insbesondere niedrigere Unternehmensteuersätze für KMU sowie günstigere steuerliche Regelungen für Mitarbeiterbeteiligungen von Mitarbeitern solcher Unternehmen.

Über die junge KMU hinaus versprechen im Übrigen Mitarbeiterbeteiligungen für Arbeitnehmer die Gelegenheit, am wirtschaftlichen Erfolg ihres Arbeitgebers teilzuhaben. Sie begründen damit zugleich die Möglichkeit zur Vermögensbildung. Sie können zudem die Identifikation mit dem Unternehmen und damit die Leistungsmotivation erhöhen. Sie beschwören aus Sicht des Arbeitnehmers allerdings zugleich eine gewisse Gefahr einer Kumulierung von Risiken herauf, da neben dem Arbeitsplatz als Haupteinkommensquelle zusätzlich auch Vermögen des Arbeitnehmers ins Risiko gestellt wird.

Bei solchen Fördermaßnahmen ist aber umgekehrt immer auch zu bedenken, dass es zu Mitnahmeeffekten kommen kann, wenn Unternehmen in ihren Entscheidungen nicht beeinflusst werden, aber

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Fondsstandorts Deutschland und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1160 zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG und 2011/61/EU im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Vertrieb von Organismen für gemeinsame Anlagen (Fondsstandortgesetz – FoStoG), BT-Drucksache 19/27631.

² Prof. Dr. Roland Ismer ist Inhaber des Lehrstuhls für Steuerrecht und öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU).

gleichwohl von der steuerlichen Förderung profitieren. Gerade bei der steuerlichen Begünstigung von Mitarbeitern ist zudem zu verkennen, dass ein gewisses Spannungsverhältnis mit Blick auf die Besteuerungsgleichheit besteht: Die Förderung bedeutet, dass an sich wirtschaftlich gleich Leistungsfähige einkommensteuerlich unterschiedlich behandelt werden. Der vorliegende Gesetzentwurf, der in dieser Hinsicht mit der Erhöhung des Freibetrags für Mitarbeiterbeteiligungen im Allgemeinen und der Sonderregelung für Mitarbeiterbeteiligungen bei jungen KMU in § 19a EStG-E zwei Regelungen vorschlägt, geht daher vorsichtig in die richtige Richtung und ist daher grundsätzlich zu begrüßen.

1. Vorschlag der Erhöhung des Freibetrages in § 3 Nr. 39 EStG-E

Der erste Vorschlag liegt – bei ansonsten unverändertem Wortlaut der Vorschrift – in der Erhöhung des Freibetrags von derzeit auf EUR 360 auf EUR 1.440 pro Kalenderjahr. Die Regelung kommt nach wie vor nur dann zur Anwendung, wenn die Beteiligung mindestens allen Arbeitnehmern offensteht, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots ein Jahr oder länger ununterbrochen in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis zum Unternehmen stehen.

Der Freibetrag in § 3 Nr. 39 EStG-E ist mit derzeit EUR 360 Euro vergleichsweise niedrig. Gerade dann, wenn die Beteiligungen vollständig unentgeltlich abgegeben werden und nur der Freibetrag ausgeschöpft wird, dürfte sich ein ungünstiges Verhältnis zu den Transaktionskosten des Beteiligungserwerbs ergeben. **Die Erhöhung erscheint daher sinnvoll.** Die genaue Bestimmung der Höhe des Freibetrags ist letztlich eine **Wertungsfrage**. Ihre Beantwortung hängt davon ab, wie bei der Abwägung die Vorteile Vermögensbildung und Leistungsmotivation einerseits sowie die Beeinträchtigung der Besteuerungsgleichheit andererseits gewichtet werden. Im Übrigen ist zu sehen, dass die Norm eher sozialpolitischen Zielen – im Sinne einer Vermögensbeteiligung von Arbeitnehmern – folgt als einer Steuerwettbewerbslogik: Differenzierungen zwischen den Arbeitnehmern sind grundsätzlich nicht zulässig, so dass die steuerliche Vergünstigung nicht gezielt im internationalen Wettbewerb um die hellsten Köpfe eingesetzt werden kann.

2. Neuregelung des § 19a EStG-E

Die zweite vorgeschlagene Regelung bezieht sich auf Mitarbeiterbeteiligungen an jungen KMU. Sie sieht keinen Freibetrag, sondern nur einen Besteuerungsaufschub vor. Danach

Der Anwendungsbereich ist in mehrfacher Hinsicht beschränkt:

- Erfasst werden **nur Vermögensbeteiligungen** im Sinne des § 2 Absatz 1 Nr. 1 Buchst. a, b und f bis l und Abs. 2 bis 5 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes an dem Unternehmen des Arbeitgebers. Nicht erfasst sind damit insbesondere Kommanditanteile, die im Rahmen von KG-Modellen in der Praxis Verbreitung gefunden haben.³ Dasselbe gilt für rein schuldrechtliche Beteiligungen.
- Der Vorteil aus der Einräumung der Beteiligung muss zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn erfolgen. Insbesondere ist eine Umwandlung von Arbeitslohn ausgeschlossen.
- Das Unternehmen des Arbeitgebers muss im Zeitpunkt der Übertragung der Vermögensbeteiligung die **KMU-Schwellenwerte** einhalten oder im vorangegangenen Kalenderjahr eingehalten haben. Zudem darf seine **Gründung nicht mehr als zehn Jahre** zurückliegen.
- Die vorläufige Nichtbesteuerung kann nur im **Lohnsteuerabzugsverfahren** angewendet werden. Sie setzt die Zustimmung des Arbeitnehmers voraus.

³ Dazu etwa *Lowitsch/Hanisch*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung unter Verwendung einer Beteiligungsgesellschaft – Gestaltung und Finanzierungsansätze, 2014, S. 124 ff., im Internet abrufbar unter [p_edition_hbs_279.pdf \(boeckler.de\)](#).

- Der **Besteuerungsaufschub kommt nach § 19a Abs. 4 EStG-E zum Ende**, wenn die Vermögensbeteiligung ganz oder teilweise entgeltlich oder unentgeltlich übertragen wird, seit der Übertragung der Vermögensbeteiligung zehn Jahre vergangen sind oder das Dienstverhältnis zu dem bisherigen Arbeitgeber beendet wird. Bis zu diesem Zeitpunkt eingetretene Wertminderungen der Vermögensbeteiligung werden berücksichtigt.

Die Regelung soll sogenanntes „dry income“ verhindern. Im Zeitpunkt der Einräumung der Beteiligung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen – anders als bei der Einräumung von Optionen – bereits der Zufluss im Sinne von §§ 8 Abs. 1; 11 Abs. 1 S. 4; 38a Abs. 1 S. 2 und 3 EStG. Es entsteht jedoch keine Erhöhung der Liquidität bei den Steuerpflichtigen, aus der sie die Steuern bestreiten könnten.

Die vorgeschlagene Regelung ist grundsätzlich **zu begrüßen**. Neben den Bedenken, dass es zu einer Besteuerung von nicht liquiditätsunterlegten Zuflüssen käme, spricht auch die Gefahr, dass junge Unternehmen zeitweilig zu optimistisch bewertet werden könnten, für einen Besteuerungsaufschub mit einer Möglichkeit zur Berücksichtigung von späteren Wertminderungen (die durchaus Wertaufhellungen mit Blick auf die Bewertungsschwierigkeiten bei jungen Unternehmen sein können).

Sie ist allerdings noch vorsichtig gehalten mit Blick auf den **Anwendungsbereich**. Dies gilt namentlich für die in Praxis verbreiteten KG-Modelle, die nach der derzeitigen Fassung nicht in den Anwendungsbereich der begünstigenden Norm fallen, und für schuldrechtliche Beteiligungen. Gerade bei GmbHs dürften daher Optionsprogramme günstiger erscheinen, da es bei Ihnen nach der Rechtsprechung ohnehin erst bei Ausübung zu einem (dann allerdings typischerweise mit einem höheren Arbeitslohn verbundenen) Zufluss kommt. Die Norm gilt zudem nur für junge Unternehmen. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass das Ziel, nur junge Unternehmen zu fördern, möglicherweise durch die Gründung eines Mitarbeiterbeteiligungsunternehmens (das dann ein junges Unternehmen wäre) umgangen werden kann, da nicht auf die verbundenen Unternehmen abgestellt wird.

II. Ausdehnung der Umsatzsteuerbefreiung in § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG auf Wagniskapitalfonds

Der Entwurf sieht ferner eine Ausdehnung der Umsatzsteuerbefreiung in § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG vor. Diese bezieht nach geltendem Recht nur auf die Verwaltung von Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren im Sinne des § 1 Absatz 2 des Kapitalanlagegesetzbuchs, die Verwaltung von mit diesen vergleichbaren alternativen Investmentfonds im Sinne des § 1 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs und die Verwaltung von Versorgungseinrichtungen im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes. Künftig sollen gleichfalls erfasst werden die Verwaltung von Wagniskapitalfonds.

Die **geplante Neuregelung erscheint nicht frei von Bedenken**. Sie erscheint mit Blick auf den Anwendungsbereich, aber auch mit Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Begriffs der Wagniskapitalfonds⁴ sowie das Neutralitätsprinzip und das Beihilferecht problematisch.

1. Begriff des Wagniskapitalfonds nicht vollständig klar

Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist weniger klar, als dies zunächst erscheinen mag. Das Gesetz enthält keine Definition des Begriffs des Wagniskapitalfonds.⁵ Auch die Mehrwertsteuersystemrichtlinie, auf die man im Wege richtlinienkonformer Auslegung zurückgreifen könnte, kennt den Begriff des Wagniskapitalfonds nicht. In der einschlägigen Befreiungsvorschrift in Art. 135 Abs. 1 MwStSystRL

⁴ Hingegen stimmt der Begriff der Verwaltung mit dem der Richtlinie überein, so dass insoweit keine besonderen Schwierigkeiten zu erwarten sind.

⁵ Kritisch auch Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 51/21, Nr. 8.

heißt es schlicht: „Die Mitgliedstaaten befreien folgende Umsätze von der Steuer: [...] g) die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen“. Aufgrund der Begriffsverschiedenheit ist der Begriff offensichtlich abzugrenzen von einem Risikokapitalfonds. Es gibt zahlreiche verwandte Begriffe, wie Private Equity-Fonds, die ebenfalls nicht erfasst sind. Es bleibt daher festzuhalten: beim Begriff des Wagniskapitalfonds handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Das alles macht die Verwendung des Begriffes zwar nicht etwa wegen Verstoßes gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz als Emanation des Rechtsstaatsprinzips verfassungswidrig. Gleichwohl wird hier die **Befugnis zur Rechtskonkretisierung zunächst auf die Exekutive⁶ und langfristig auf die Judikative verlagert**, letzteres vorausgesetzt, dass sich Kläger finden, die bereit sind, den Rechtsweg zu beschreiten.

2. Probleme mit Blick auf die Mehrwertsteuersystemrichtlinie

Zudem beschwört die vorgeschlagene Regelung dogmatisch schwierige Probleme mit Blick auf das **Unionsrecht** herauf. Dies gilt zunächst mit Blick auf die **Mehrwertsteuersystemrichtlinie**. Zwar überlässt der Wortlaut der bereits zitierten Befreiungsvorschrift in Art. 135 Abs. 1 Buchst. g) MwStSystRL den Mitgliedstaaten die Bestimmung der Sondervermögen. Der EuGH hat in der Vergangenheit die Spielräume der Mitgliedstaaten aber stark eingeschränkt. So hat er namentlich in der Entscheidung *Fiscale Eenheid X NV cs* aus dem Jahre 2015 zur insoweit wortgleichen Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie relativ strikte Vorgaben für den Begriff der Sondervermögen gemacht.⁷ Mit Blick auf den Wortlaut der Befreiungsvorschrift, der die Bestimmung des Begriffs der Sondervermögen den Mitgliedstaaten überträgt, lehnte er zwar eine autonome Auslegung des Begriffs ab. Die Mitgliedstaaten sind dabei aber an den Wortlaut des Begriffs „Sondervermögen“ gebunden. Zudem müssen sie die Ziele der Richtlinie und den Grundsatz der steuerlichen Neutralität beachten. Erfasst sind daher in jedem Fall OGAW. Diese Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren im Sinne der OGAW-Richtlinie haben den ausschließlichen Zweck, beim Publikum beschaffte Gelder nach dem Grundsatz der Risikostreuung in Wertpapieren zu investieren, und deren Anteilscheine auf Verlangen der Anteilsinhaber unmittelbar oder mittelbar zulasten des Vermögens dieser Organismen zurückgenommen oder ausgezahlt werden. Darüber hinaus sind als Sondervermögen aber auch „Fonds anzusehen, die zwar keine solchen OGAW darstellen, jedoch dieselben Merkmale aufweisen wie diese und somit dieselben Umsätze tätigen oder diesen zumindest so weit ähnlich sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen.“ Dies erfordert zum einen, dass die Anlagevermögen **besonderer staatlicher Aufsicht** unterstehen. Zum anderen müssen **Anteilsrechte an einem solchen Fonds bestehen, der Ertrag dieser Anlage von den Ergebnissen der Anlagen abhängen, die die Verwalter des Fonds im Laufe des Zeitraums, in dem die betreffenden Personen diese Anteilsrechte innehaben, getätigt haben, und die Anteilsinhaber ein Anrecht auf die Gewinne haben oder das Risiko im Zusammenhang mit der Verwaltung des Fonds tragen**.

Ob mit Blick auf die fortschreitende unionsrechtliche Harmonisierung des Kapitalmarktrechts im Bereich der Fonds überhaupt noch Spielräume für den nationalen Gesetzgeber bestehen, ist nicht klar. In jedem Fall sind die Mitgliedstaaten gehalten, von den Spielräumen, die ihnen die Richtlinie einräumt, so Gebrauch zu machen, dass es nicht zu unterschiedlichen Behandlungen von miteinander in Wettbewerb stehenden Steuerpflichtigen kommt (**Neutralitätsprinzip**). Gleichartige Gegenstände oder Dienstleistungen sollen hinsichtlich der Mehrwertsteuer nicht unterschiedlich behandelt werden.⁸ Im vorliegenden Kontext ist dies insbesondere insoweit relevant, als Wagniskapitalfonds mit anderen Anlagefonds, insbesondere mit Private Equity Fonds, konkurrieren.

⁶ Der Gesetzentwurf kündigt hier ein BMF-Schreiben an, vgl. BT-Drucksache 19/27631, S. 143.

⁷ EuGH v. 9.12.2015, Rs. C-595/13, ECLI:EU:C:2015:801 – *Fiscale Eenheid X NV cs*, Rn. 29 ff.

⁸ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 2018, § 3 Rz. 29.

Da grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass der deutsche Gesetzgeber die unionsrechtlichen Vorgaben nicht einhalten möchten, ist die Vorschrift des § 4 Nr. 8 Buchst. h) UStG im Lichte dieser Vorgaben **richtlinienkonform auszulegen**. In diesem Falle wäre die Einfügung wahrscheinlich schlicht bedeutungslos, da sie gegenüber dem bisherigen, ebenfalls im Lichte der Richtlinie auszulegenden Wortlaut keine Veränderung ergeben dürfte. Von der Vorschrift wären insbesondere nur unter besonderer staatlicher Aufsicht stehende Anlagevermögen erfasst. Noch gravierender wären aber die Probleme, die sich daraus ergeben würden, wenn der innerstaatlichen Norm doch ein über die Richtlinie hinausgehenden Regelungscharakter zukäme: Hier könnte es zu einem Wahlrecht des Steuerpflichtigen kommen, sich unmittelbar auf die Richtlinie oder, sofern für ihn günstiger auf das nationale Recht zu berufen, wenn man die Vorgaben der Richtlinie für hinreichend bestimmt hält.⁹

3. Mögliche Schwierigkeiten mit Blick auf das Beihilferecht

Für den Fall, dass der innerstaatliche Gesetzgeber über den harmonisierten Bereich hinaus Spielräume hätte oder der Steuerpflichtigen ein Wahlrecht hätte, sich auf das richtlinienwidrige nationale Recht zu berufen, wären zusätzlich noch die Vorgaben des unionalen **Beihilferechts** zu beachten:¹⁰ Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet es den Mitgliedstaaten, bestimmten Unternehmen steuerliche Vorzüge zukommen zu lassen. Eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV hat nach ständiger Rechtsprechung des EuGH¹¹ und Praxis der Kommission¹² tatbestandlich vier kumulative Voraussetzungen: Eine mitgliedstaatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel, die dem Mitgliedstaat zuzurechnen ist¹³, gewährt einem bestimmten Unternehmen oder einem Produktionszweig einen (selektiven) Vorteil. Die Maßnahme muss geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und dabei den Wettbewerb verfälschen oder zumindest zu verfälschen drohen. Besonders relevant ist im Steuerrecht die Prüfung der Selektivität. Der EuGH prüft in ständiger Rechtsprechung die Vergünstigungen bei gesetzlichen Maßnahmen in einem dreistufigen Schema:

„In diesem Kontext muss die Kommission für die Einstufung einer nationalen steuerlichen Maßnahme als „selektiv“ in einem ersten Schritt die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltende allgemeine oder „normale“ Steuerregelung ermitteln und in einem zweiten Schritt dartun, dass die in Rede stehende steuerliche Maßnahme vom allgemeinen System insoweit abweicht, als sie Unterscheidungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern einführt, die sich im Hinblick auf das mit dieser allgemeinen Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden...

Der Begriff „staatliche Beihilfe“ erfasst jedoch nicht die Maßnahmen, die eine Unterscheidung zwischen Unternehmen einführen, die sich im Hinblick auf das von der in Rede stehenden rechtlichen Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, und damit a priori selektiv sind, wenn der betreffende Mitgliedstaat nachweisen

⁹ EuGH v. 19.1.1982 – C-8/81, Rn. 17 ff., 25 – Becker.

¹⁰ Dahingehende Zweifel finden sich etwa in der Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 51/21, Nr. 8.

¹¹ EuGH v. 24.7.2003 – C-280/00 – Altmark Trans Rz. 75; v. 21.3.1990 – C-142/87 – Belgien/Kommission Rz. 25; v. 14.9.1994 – C-278/92 bis C-280/92 – Spanien/Kommission Rz. 20; v. 16.5.2002 – C-482/99 – Frankreich/Kommission Rz. 68.

¹² Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden: Beihilfebekanntmachung), ABl. EU C 262/1 v. 19.7.2016 Rz. 5.

¹³ Vergünstigungen, die auf unionsrechtlich geformte Regelungen zurückzuführen sind und den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum belassen, sind daher keine Beihilfen. Zu den wettbewerbsrechtlichen Bindungen dieser Unionsbeihilfen s. *Cremer in Callies/Ruffert (Hrsg.)*, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rz. 82.

*kann, dass diese Unterscheidung gerechtfertigt ist, weil sie sich aus der Natur oder dem Aufbau des Systems, in das sie sich einfügen, ergeben.*¹⁴

Das Beihilferecht sieht damit wie das umsatzsteuerliche Neutralitätsprinzip eine **Gleichbehandlungsverpflichtung** vor.¹⁵ Zur Rechtfertigung können nur steuerrechtsimmanente Gründe angeführt werden; die angestrebte Förderung von Wagniskapital gehört bei der Umsatzsteuer nicht zu solchen steuerimmanenten Gründen.

Auf der **Rechtsfolgenseite** sieht das Beihilferecht ein scharfes Schwert vor: Mitgliedstaaten dürfen neue Beihilfen, solange sie nicht genehmigt sind, nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht gewähren (Durchführungsverbot). Werden sie gleichwohl gewährt, sind sie vom betreffenden Mitgliedstaat rückwirkend auf 10 Jahre verzinst **zurückzufordern**.¹⁶ Für die Umsatzsteuer würde dies bedeuten, dass die Umsatzsteuer rückwirkend zu erheben wäre. Dies könnte gerade für die Erbringer von Verwaltungsleistungen für problematisch werden, wenn die Wagniskapitalfonds zwischenzeitlich ihre Erlöse ausgekehrt haben. Die **Einholung einer beihilferechtlichen Genehmigung** nach Art. 107 Abs. 3 AEUV sollte daher erwogen werden; allerdings hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass dadurch auch nicht immer vollständige Rechtssicherheit erreicht werden konnte.

Allerdings erscheint ein solcher Konflikt mit dem Beihilferecht in meinen Augen letztlich eher unwahrscheinlich: Die innerstaatliche Vorschrift dürfte sich richtlinienkonform auslegen lassen. Wenn dadurch die Vorgaben des Neutralitätsprinzips umgesetzt würden, wäre wohl zugleich auch der Verstoß gegen das Beihilferecht, das in seinem Kern ja ebenfalls ein Diskriminierungsverbot ist, ausgeräumt.

III. Gewerbesteuerliche Regelungen

Schließlich sind im Wege eines Änderungsantrags der CDU/CSU-Fraktion zwei gewerbesteuerliche Regelungen vorgesehen, die Hindernisse beim Ausbau erneuerbarer Energien beseitigen sollen. Einerseits sollen Hindernisse beseitigt werden, die sich aus dem Ausschließlichkeitserfordernis für die erweiterte gewerbesteuerliche Kürzung in § 9 Abs. 1 Nr. 2 EStG ergeben. Zum anderen sollen die Standortkommunen einen erhöhten Anteil am Gewerbesteuermessbetrag erhalten. Beide Maßnahmen erscheinen sinnvoll, wobei jedenfalls das Ausschließlichkeitserfordernis auch ganz grundsätzlich überdacht werden könnte.

¹⁴ EuGH v. 21.12.2016 – C-20/15 P und C-21/15 P, Rz. 57 f.

¹⁵ S. etwa *O'Brien*, *European Law Review* 2005, 309 (331). Dem folgend *Wattel*, *World Tax Journal* 2013, 128 (129 f). Bisweilen wird dies sogar so weit verstanden, dass an die Stelle der Selektivitätsprüfung eine reine Diskriminierungsprüfung treten soll, vgl. etwa *Lang*, *European State Aid Law Review* 11 (2012), 411 (418 ff.); *ders.*, *State Aid and Taxation – Selectivity and Comparability Analysis*, in Richelle/Schön/Traversa (Hrsg.), *State Aid Law and Business Taxation*, 2016, S. 27 (34). Ähnlich *Biondi*, *Common Market Law Review* 50 (2013), 1719 (1733); *Prek/Lefèvre*, *European State Aid Law Review* 11 (2012), 335 (344).

¹⁶ *Ismer* in Herrmann/Heuer/Raupach (Hrsg.), *Einführung zum EStG* Rz. 527.