

Schriftliche Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 11. Oktober 2023

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Gesetz zur Finanzierung von zukunfts-sichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG), BT-Drucksache 20/8292“

Prof. Dr. Roland Ismer¹

¹ Prof. Dr. Roland Ismer MSc Econ. (LSE) ist Inhaber des Lehrstuhls für Steuerrecht und Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU). Die vorliegende Stellungnahme baut auf der Stellungnahme des Verfassers im Rahmen der Anhörung im Finanzausschuss am 12. April 2021 zum Fondsstandortgesetz (abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/833338/7b14377e72fba0cc79778d1065d6041a/07-Ismer-data.pdf>) auf.

I. Einkommensteuerrechtliche Regelungen zu Mitarbeiterbeteiligungen

Der vorliegende Gesetzentwurf knüpft an das Fondsstandortgesetz² an, mit dem bereits in der letzten Legislaturperiode die einkommensteuerlichen Regelungen von Mitarbeiterbeteiligungen verbessert wurden. Seither hat sich durch den Angriff Russlands auf die Ukraine und die in dessen Folge aufgetretenen Verwerfungen auf den Energiemärkten die wirtschaftliche Lage verschärft. Derzeit ist noch nicht abzusehen, welche Folgen sich für die Unternehmen im Einzelnen ergeben werden. Zugleich ist die Staatsverschuldung weiter massiv gewachsen. In der Bundesrepublik Deutschland als Steuerstaat wirtschaftet der Staat nicht primär selbst. Vielmehr partizipiert der Staat am Ertrag privaten Wirtschaftens.³ Mit anderen Worten: Die im Wege der Steuer zu erhebenden Mittel müssen von den Steuerpflichtigen erwirtschaftet werden. Der Steuerstaat hat damit ein existentielles Interesse daran, die Leistungsmotivation der Individuen zu schützen und ihre Leistungskraft zu erhalten.⁴ Zugleich müssen, wenn durch Insolvenzen hergebrachte Steuerpflichtige wegfallen, neue Unternehmen mit langfristiger neuer Steuerkraft hinzutreten.

Zudem steht die Wirtschaft vor zwei weiteren großen Umbrüchen: Erstens verändert die Digitalisierung massiv die Geschäftsmodelle. Zweitens erfordert das angestrebte Ziel einer Klimaneutralität eine grüne Transformation der Wirtschaft. Für beide Umbrüchen sind nicht nur erhebliche Investitionen, sondern auch Innovationen erforderlich. Junge Unternehmen, die neuartige Ideen entwickeln und in die Realität umzusetzen versuchen – und dabei bisweilen auch scheitern – sind dafür von zentraler Bedeutung.

All dies bedeutet, dass eine (auch steuerliche) Förderung kleinerer junger Unternehmen nach wie vor 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 Unternehmensbeteiligungen von Mitarbeitern solcher Unternehmen.

Aber auch für andere Unternehmen als junge KMU bieten Unternehmensbeteiligungen Arbeitnehmern die Gelegenheit, am wirtschaftlichen Erfolg ihres Arbeitgebers teilzuhaben. Sie schaffen damit die Möglichkeit zur Vermögensbildung. Sie können ferner die Identifikation mit dem Un-

² Gesetz 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) v. 3. Juni 2021, BGBl 2021 I, 1498.

³ Grundlegend dazu *K. Vogel*, *Der Staat* 25 (1986) 481 ff.

⁴ So mit Recht *Lehner*, *Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht*, 1994, 349 mwN.

ternehmen 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 das Vermögen des Arbeitnehmers vom wirtschaftlichen Wohlergehen des Arbeitgebers abhängig gemacht wird.

Bei solchen Fördermaßnahmen ist zudem immer zu bedenken, dass es zu **Mitnahmeeffekten** kommen kann, wenn Unternehmen in ihren Entscheidungen nicht beeinflusst werden, aber gleichwohl von der steuerlichen Förderung profitieren. Gerade bei der steuerlichen Begünstigung von Mitarbeitern ist zudem nicht zu verkennen, dass ein **Spannungsverhältnis mit Blick auf die Besteuerungsgleichheit** besteht. Denn Kehrseite der Begünstigung eines Steuerpflichtigen ist die relative Benachteiligung des anderen Steuerpflichtigen.

1. Art. 17 Nr. 1 Buchst. a): Erhöhung des Freibetrages in § 3 Nr. 39 EStG-E

Der erste Vorschlag liegt – bei ansonsten unverändertem Wortlaut der Vorschrift – in der Erhöhung des Freibetrags für Vorteile aus der unentgeltlichen oder verbilligten Überlassung von Vermögensbeteiligungen von derzeit auf EUR 1.440 auf EUR 5.000 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 setzt, soweit er EUR 2.000 übersteigt, voraus, dass die Beteiligung im Sinne von § 8 Abs. 4 EStG zusätzlich zum vereinbarten Arbeitslohn gewährt wird. Eine steuervergünstigte Entgeltumwandlung ist insoweit also ausgeschlossen.

Die genaue Bestimmung der Höhe des Freibetrags ist letztlich eine **Wertungsfrage**. Ihre Beantwortung hängt davon ab, wie bei der Abwägung die Vorteile Vermögensbildung, Leistungsmotivation und Identifikation mit dem Unternehmen einerseits sowie die Beeinträchtigung der Besteuerungsgleichheit und die fiskalischen Aufkommensverluste andererseits gewichtet werden. Allerdings erscheint die vorliegende weitere **Erhöhung aus fünf Gründen nicht unproblematisch**, da das Gewicht der Einwände nunmehr größer erscheint als seinerzeit bei der ersten Erhöhung durch das Fondstandortgesetz:

- Die Förderung bedeutet erstens, dass an sich wirtschaftlich gleich Leistungsfähige einkommensteuerlich unterschiedlich behandelt werden. Bei gleichem Einkommen zahlen Arbeitnehmer, die von der Steuerbefreiung profitieren, weniger Steuern als andere Arbeitnehmer, die dies nicht können (**horizontales Vergleichspaar**). Im Ergebnis werden damit insbesondere Differenzierungen in der Steuerlast geschaffen von Arbeitnehmern, je nachdem für welches Unternehmen sie arbeiten.

- Zweitens handelt es sich bei der Steuerbefreiung um eine Steuervergünstigung. Anders als bei Subventionszahlungen hängt der Vorteil aber vom individuellen Steuersatz ab: Als Kehrseite des progressiven Steuersatzes ist der Vorteil der Steuerbefreiung bei denjenigen am größten, die die höchsten Einkünfte erzielen (**vertikale Vergleichspaar**). Im Gegensatz zu Abzügen zur Berücksichtigung von Leistungsfähigkeitsminderungen zur Verwirklichung des subjektiven Nettoprinzips sind solche Wirkungen bedenklich.
- Drittens sind die darüber hinausgehenden **Verteilungsauswirkungen** zu bedenken: Gerade dann, wenn die Vermögensbeteiligungen nur verbilligt überlassen werden, ist ein erheblicher Einsatz eigenen Vermögens bzw. einer Fremdfinanzierung durch die Arbeitnehmer erforderlich. Wenn sich, wie nicht unüblich, die Verbilligung auf ein Viertel beläuft und die Grenze von EUR 2.000 ausgeschöpft wird, müssten die Arbeitnehmer einen Eigenanteil von EUR 6.000 aufbringen. Formal enthält das Gesetz insoweit zwar keine Differenzierung, im Ergebnis ist aber davon auszugehen, dass eine solche Investition nur von Steuerpflichtigen mit einem höheren Einkommen oder Vermögen getätigt werden können. Der Zugang zum Vorteil ist also regressiv.
- Viertens ist der Wert von EUR 5.000 pro Kalenderjahr ist, auch im Vergleich zur Förderung durch die vermögensbildenden Leistungen, **relativ hoch**.
- Fünftens 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. Auch ist die Änderung von § 3 Nr. 39 EStG – anders als der Bundesrat in seiner Stellungnahme anregt⁵ – nicht auf die besonders förderungswürdigen Start-Up-Unternehmen beschränkt. Dann aber stellt sich die Frage, ob nicht andere Instrumente, wie etwa eine Anpassung der seit langem unverändert gebliebenen vermögenswirksamen Leistungen, zielgenauer wären. **Zudem gilt es, was allerdings den Rahmen des vorliegenden Gesetzentwurfs übersteigt, die gesetzgeberische Reaktion auf den zunehmenden internationalen Steuerwettbewerb bei der Individualbesteuerung zu bedenken.**

Allerdings könnte die **Reichweite auch der vorgeschlagenen Erweiterung der Steuerbefreiung aus zwei Gründen – Zusätzlichkeitsfordernis und Beschränkung auf unentgeltliche Beteiligungen – geringer** sein, als sie auf den ersten Blick erscheinen mag.

⁵ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz - ZuFinG), BR Drucks. 362/23, S. 17.

Erstens statuiert § 3 Nr. 39 EStG-E ein **Zusätzlichkeitserfordernis**. Die Steuerbefreiung greift jenseits von EUR 2.000 nur, soweit die Beteiligung zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gewährt wird. Dies schließt eine Entgeltumwandlung aus. Vielmehr ist die Voraussetzung gemäß § 8 Abs. 4 EStG nur dann erfüllt, wenn die die Leistung nicht auf den Anspruch auf Arbeitslohn angerechnet, der Anspruch auf Arbeitslohn nicht zugunsten der Leistung herabgesetzt, die verwendungs- oder zweckgebundene Leistung nicht anstelle einer bereits vereinbarten künftigen Erhöhung des Arbeitslohns gewährt und bei Wegfall der Leistung der Arbeitslohn nicht erhöht wird. Dann ist es unschädlich, wenn der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich oder auf Grund einer anderen arbeits- oder dienstrechtlichen Rechtsgrundlage (wie Einzelvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag, Gesetz) einen Anspruch auf diese hat.

Zweitens ist die Formulierung des Gesetzentwurfs („soweit der Vorteil 2 000 Euro im Kalenderjahr übersteigt, muss die Beteiligung zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gewährt werden“) wohl genau zu lesen: Danach muss die **Beteiligung, nicht aber der Vorteil**, zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gewährt werden. Bei **wörtlicher Auslegung** sind daran zwei Gesichtspunkte bedeutsam. Zum einen fällt auf, dass der Halbsatz in einem ersten Teil von „Vorteil“ spricht, im zweiten dann aber auf die Beteiligung abstellt. Damit soll offenbar die Beteiligung vom Vorteil unterschieden werden. Wäre ein anderes Verständnis gewollt, hätte der Entwurf die Formulierung „er“ [also der Vorteil] statt „die Beteiligung“ wählen müssen. Zum anderen spricht der Wortsinn des Ausdrucks „gewährt“ im Zusammenhang mit Beteiligung für ein Verständnis im Sinne einer Unentgeltlichkeit. Fügt man diese Gesichtspunkte zusammen, so liegt nahe, dass **insoweit nur Vorteile aus insgesamt unentgeltlich gewährten Beteiligungen** erfasst werden sollen. Denn die Norm spricht davon, dass die Beteiligung dem Arbeitnehmer gewährt werden muss, nicht allein ein Vorteil aus verbilligter Überlassung. Darauf deutet ferner die **Begründung des Regierungsentwurfs**. Dort wird darauf verwiesen, dass „[d]amit ... in begrenztem Umfang auch reine Entgeltumwandlungsmodelle und die Umsetzung von Matching-Plänen (Finanzierung der Vermögensbeteiligung durch den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer) möglich“ seien.⁶ Der Bezug der Konjunktion „damit“ ist auf den ersten Blick nicht ganz klar, da sie sich auf die Begrenzung des Vorteils auf EUR 5.000 oder auf die Begrenzung der nicht dem Zusätzlichkeitserfordernis unterliegenden Vorteile auf EUR 2.000 beziehen könnte. Indessen spricht die Erwähnung der Entgeltumwandlung, die den Gegenbegriff zur Zusätzlichkeit darstellt, ebenfalls dafür, dass insoweit nur unentgeltlich erfasste Beteiligungen zu erfassen.

Im Ergebnis spricht damit Einiges dafür, dass der Anwendungsbereich der Norm jenseits des Freibetrags von EUR 2.000 auf Fälle beschränkt ist, in denen der Arbeitgeber Arbeitnehmern unentgeltlich zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn eine Beteiligung gewährt. Wegen

⁶ BT-Drucksache 20/8292, S. 151.

des unverändert bleibenden S. 2 der Vorschrift muss die Beteiligungsmöglichkeit zudem mindestens allen Arbeitnehmern eröffnet werden, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots ein Jahr oder länger ununterbrochen in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis zum Unternehmen stehen.

2. Art. 17 Nr. 2 und Nr. 4: Teilweise Rückgängigmachung der Steuerbefreiung durch Kürzung der Anschaffungskosten

Nach Art. 17 Nr. 4 sieht vor, dass in § 20 EStG ein neuer Abs. 4b aufgenommen wird. Danach mindern die steuerfreien geldwerten Vorteile nach § 3 Nr. 39 EStG die Anschaffungskosten, wenn die Anteile innerhalb von drei Jahren veräußert oder unentgeltlich auf einen Dritten übertragen wird. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Steuerbefreiung teilweise rückgängig gemacht wird. Allerdings erfolgt regelmäßig keine Besteuerung mit dem individuellen Steuersatz des Arbeitnehmers. Vielmehr kommt grundsätzlich der Abgeltungssteuersatz von 25 Prozent (zzgl. Solidaritätszuschlag) zur Anwendung.

Für Beteiligungen nach § 17 EStG ist gemäß Art. 17 Nr. 2 die Regelung entsprechend anzuwenden. Für diese zumeist Gesellschafter-Geschäftsführer betreffenden Fälle kommt wegen § 3 Nr. 40 EStG das Teileinkünfteverfahren und damit ein reduzierter, aber individualisierter Steuersatz zur Anwendung.

Fraglich erscheint allerdings, ob es in Anbetracht der Tatsache, dass ohnehin typischerweise Halbtagedauern vereinbart sind, einer solchen Regelung bedarf. **Alternativ** könnte in den Fällen einer Veräußerung innerhalb der Sperrfrist die **Steuerbefreiung bei vorzeitiger Veräußerung rückgängig gemacht** werden. Dies hätte zudem Vorteile im Bereich der beschränkten Steuerpflicht, wo es häufig an Anknüpfungsmerkmalen der beschränkten Steuerpflicht fehlen wird.

3. Art. 17 Nr. 3: Neuregelung des § 19a EStG-E

Die dritte vorgeschlagene einkommensteuerliche Neuerung bezieht sich auf Mitarbeiterbeteiligungen an jungen KMU. Sie erweitert die bestehenden Regelungen in § 19a EStG. Für eine Bewertung ist daher zunächst die bisherige Norm und die Rechtfertigung zu ihrer Schaffung in Erinnerung zu rufen (a.). Sodann werden die vorgeschlagenen Änderungen untersucht (b.).

a) Wirkung und Rechtfertigung der bisherigen Regelung in § 19a EStG

Die dazu einschlägige Regelung des § 19a EStG wurde ursprünglich durch das Fondsstandortgesetz eingefügt. Die Regelung sollte die Problematik des sogenannten Dry Income entschärfen: Im Zeitpunkt der Einräumung der Beteiligung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen – anders als bei

der Einräumung von Optionen – bereits ein Zufluss im Sinne von §§ 8 Abs. 1; 11 Abs. 1 S. 4; 38a Abs. 1 S. 2 und 3 EStG. Die Einräumung von Mitarbeiterbeteiligungen führt im Jahr der Einräumung damit nach allgemeinen Grundsätzen an sich zu Arbeitslohn. Damit geht jedoch keine Erhöhung der Liquidität bei den Steuerpflichtigen einher, aus der sie die Steuern bestreiten könnten. Dementsprechend sieht die Regelung des § 19a EStG einen Besteuerungsaufschub vor. Die Besteuerung soll erst in dem Veranlagungszeitraum erfolgen, in dem der Arbeitnehmer seine Beteiligung veräußert oder unentgeltlich überträgt, spätestens jedoch nach Ablauf von 12 Jahren oder bei Verlassen des Unternehmens des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer. Für den zuletzt genannten Fall sieht die Vorschrift vor, dass, wenn der Arbeitgeber die Haftung für die Lohnsteuer übernimmt, der in der Übernahme der Lohnsteuer liegende Vorteil nicht zu versteuern ist.

Im Ergebnis besteht damit schon nach der derzeit geltenden Rechtslage eine vierfache Privilegierung:

- Erstens führt **der Besteuerungsaufschub zu einem vorteilhaften Zeiteffekt**. Die Steuer muss später entrichtet werden. In Zeiten von Niedrigzinsen war dieser Vorteil vergleichsweise gering. Mit Anstieg der Zinsen steigt aber der Vorteil an.
- Zweitens liegt in der Nichtbesteuerung der **Übernahme der Lohnsteuer** durch den Arbeitgeber **eine Privilegierung**. Diese kann je nach den steuerlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers erheblich sein.

Dies lässt sich an einem **Beispiel** illustrieren:

Arbeitnehmer AN erhält vom Arbeitgeber unentgeltlich eine Beteiligung in 01 im Wert von EUR 500.000. Im Jahre 02 wechselt der AN seinen Arbeitgeber, so dass es zu einer Besteuerung kommt. Der alte Arbeitgeber erklärt sich bereit, die Lohnsteuer in Bezug auf den Vorteil zu übernehmen. AN hat einen Vorteil von EUR 500.000 nach Steuern erlangt. Bei einem unterstellten Steuersatz von 45 Prozent wären eigentlich EUR 909.090 als Bruttolohn anzunehmen und EUR 409.090 als Lohnsteuer abzuführen, damit AN einen Nettolohn von EUR 500.000 erhält. Die ihrerseits steuerfreie Übernahme der Lohnsteuer beläuft sich aber nur auf EUR 225.000, so dass sich die Lohnsteuer insgesamt ermäßigt um EUR 184.000.

- Drittens liegt in der Norm **auch im Vergleich zur Einräumung von Optionen eine Förderung**: Werden Optionen – und nicht Beteiligungen – eingeräumt, so kommt es zu einer nachgelagerten Besteuerung. Sie führen erst dann zu Arbeitseinkommen, wenn die Optionen ausgeübt werden. Dementsprechend unterliegen Wertsteigerungen im Zeitraum zwischen Einräumung und Ausübung der Option als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit dem persönlichen Steuersatz. Bei Ausübung der Option ist dann der Vorteil auch

unmittelbar zu versteuern. Nach diesem Zeitpunkt eingetretene Wertänderungen der eingeräumten Beteiligungen unterliegen nur dem Abgeltungssteuerregime (bzw. bei Zugehörigkeit zu einem Betriebsvermögen oder bei Vorliegen einer Beteiligung im Sinne des § 17 EStG dem Teileinkünfteverfahren). Hingegen führt die zur Vermeidung von *Dry income* eingeräumte nachgelagerte Besteuerung dazu, dass die Besteuerung zum persönlichen Steuersatz sich auf den Zeitpunkt der Einräumung der Beteiligung bezieht (so dass die anschließenden Wertsteigerungen nicht zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gehören). Die Besteuerung erfolgt aber erst bei Veräußerung oder Realisierung eines Ersatztatbestands.

- Viertens schließlich sieht die Norm vor, dass zwischen Einräumung der Beteiligung und Veräußerung eingetretene **Wertminderungen** zu berücksichtigen sind. Obwohl die Wertminderungen im Privatvermögen eintreten, werden sie – was häufig als systemwidrig angesehen wird⁷ – gem. § 19a Abs. 4-6 EStG grundsätzlich bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit berücksichtigt.

Die Beurteilung dieser Vergünstigungen ist letztlich ebenfalls eine **Wertungsfrage**. Ihre Beantwortung hängt auch hier davon ab, wie bei der Abwägung der angestrebten Vorteile (insbesondere Stärkung der Start-up-Unternehmen) einerseits sowie die Beeinträchtigung der Besteuerungsgleichheit und die fiskalischen Aufkommensverluste andererseits gewichtet werden. Die Bedeutung von Start-ups spricht dabei für die in der Norm enthaltenen Privilegierungen. Allerdings ist umgekehrt insbesondere zu berücksichtigen, wie zielgenau die Förderung ist und wie sehr Mitnahmeeffekte und Gestaltungen zu befürchten sind.

Für die **bisher bestehenden Privilegierungen** kommt mit Blick auf die Besonderheiten im Start-Up-Bereich eine Rechtfertigung in Betracht.⁸ Dies gilt zunächst für die Vorteile 1 und 4. 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 Besteueraufschub mit einer Möglichkeit zur Berücksichtigung von späteren Wertminderungen (die durchaus Wertaufhellungen mit Blick auf die Bewertungsschwierigkeiten bei jungen Unternehmen sein können). Die Nichterfassung des Vorteils aus der Übernahme der Lohnsteuer erscheint weniger eindeutig. Unter Umständen lassen sich hier Vereinfachungsgründe anführen – nach Ausscheiden des Arbeitnehmers verfügt der Arbeitgeber regelmäßig weder über Informationen über dessen individuellen Steuersatz in diesem Veranlagungszeitraum

⁷ So etwa *Krüger*, in Schmidt, EStG, § 19a Rn. 17.

⁸ Zumal von Verfassungen wegen auch nur geringe Anforderungen an eine gleichheitsrechtliche Rechtfertigung zu stellen sein dürften im Sinne einer bloßen Willkürkontrolle.

noch hat er Verbindlichkeiten gegenüber dem Arbeitnehmer, die ihm eine Aufrechnung ermöglichen würden. Ansonsten müsste sich die Rechtfertigung aus der Bedeutung der Förderung von Start-Ups ergeben. Dasselbe gilt für die Förderung im Vergleich zur Optionsgewährung.

b) Ausweitung der Privilegierung durch den Entwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetzes

Der Gesetzentwurf **weitet die Privilegierungen erheblich aus**. Er verfolgt einerseits das Ziel, Startup- und KMU-Unternehmen durch Verbesserung der Mitarbeitergewinnung und -bindung zu fördern.⁹ § 19a EStG-E ist insoweit **Sozialzwecknorm**. Andererseits soll durch die Änderungen in der Vorschrift des § 19a EStG die sog. Dry-Income-Problematik für die Arbeitnehmer entschärft werden.¹⁰ Insoweit ist die Norm als **Fiskalzwecknorm** zu qualifizieren.

Die Ausweitung der Privilegierungen betrifft zunächst den Anwendungsbereich der Vorschrift. Dabei ist im Einzelnen zu differenzieren:

- Die Erstreckung auf die **Gewährung von Anteilen durch Gesellschafter** des Arbeitgebers erscheint **sachgerecht** (Ergänzung von § 19a Abs. 1 S. 1 EStG). Dasselbe gilt für die eingefügte **Konzernklausel** in § 19a Abs. 1 S. 3 EStG, wengleich sich diese von der ursprünglichen Idee, Start-Ups zu fördern, entfernt.
- Der Bundesrat schlägt vor, in § 19a Abs. 1 S. 3 eine beschränkte **Zuflussfiktion für vinkulierte Beteiligungen** aufzunehmen („Ein Vorteil im Sinne des § 19 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 gilt in diesem Fall auch dann als zugeflossen, wenn es dem Arbeitnehmer rechtlich unmöglich ist, über die Vermögensbeteiligungen zu verfügen.“). Hintergrund für diesen Vorschlag ist die Rechtsprechung des BFH, wonach bei vinkulierten Aktien der Zufluss jeweils genau zu prüfen ist. Während schuldrechtliche Haltevereinbarungen auf den Zufluss ohne Einfluss sind, kommt es bei Vinkulierungen darauf an, ob die Gesellschaft der Übertragung der Aktien auf den Arbeitnehmer bereits zugestimmt hat. Solange das nicht der Fall ist, ist die Übertragung schwebend unwirksam. Der BFH nimmt an, dass diese aktienrechtlichen Wertungen auf das Lohnsteuerrecht zu übertragen sind. Mithin kommt es erst mit Erteilung der Genehmigung zum Zufluss.¹¹ Für die Anwendung des § 19a EStG bedeutet dies, dass die Vorschrift an sich auch erst dann zur Anwendung kommen kann, wenn die Genehmigung der Übertragung vorliegt. Auf den ersten Blick erscheint das unproblematisch. Denn Schwierigkeiten mit Blick auf Dry income können gerade nicht entstehen. Indessen ergeben sich weitere Konsequenzen: zum einen kann es sein, dass das Unternehmen dann die Tatbestandsvoraussetzungen des § 19a EStG nicht mehr erfüllt, etwa weil es die Schwellenwerte überschritten hat. Zum anderen kann sich

⁹ BT-Drucksache 20/8292, S. 152.

¹⁰ BT-Drucksache 20/8292, S. 152.

¹¹ BFH VI R 37/09.

auch die Bewertung des Vorteils ändern. Nach der Rechtsprechung bestimmt sich dessen Bewertung nach dem Zeitpunkt des Zuflusses.¹² Zwischenzeitlich gestiegenen Werten wäre also Rechnung zu tragen. Der Vorschlag des Bundesrates würde diese Konsequenzen vermeiden. Allerdings würde er einen Bruch mit der allgemeinen Dogmatik mit sich bringen und damit das Steuerrecht verkomplizieren. Dies gilt umso mehr, als ohnehin Ausweichgestaltungen offenstehen, bei denen es nicht auf die Vinkulierung ankommt.

- Die **Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 19a EStG-E auf Unternehmen**, die den bisherigen Schwellenwert überschreiten, erscheint **weitgehend**. Künftig wird danach die Grenze beim Doppelten des KMU-Schwellenwert des Jahresumsatzes und der Jahresbilanzsumme und beim Vierfachen betreffend die Anzahl der beschäftigten Personen gezogen. Zudem wird die zeitliche Komponente des Schwellenwerts von zwei auf sieben Jahre erweitert, so dass es ausreicht, wenn die Schwellenwerte im Zeitpunkt der Übertragung der Vermögensbeteiligung oder in einem der sechs vorangegangenen Kalenderjahre nicht überschritten wurden. Ferner wird isoliert auf die Gründung des Unternehmens nach den Anforderungen der jeweiligen Rechtsform¹³ abgestellt, nicht aber darauf, ob die wirtschaftliche Aktivität neu ist.
- **Eine noch größere Gestaltungsoffenheit** dürfte insbesondere die **Regelung des § 19a Abs. 3 S. 1 Hs. 2 EStG-E** haben. Danach zählen verbundene Unternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes nicht für die Schwellenwerte und das Alter des Unternehmens. Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 19a EStG kann es daher ausreichen, wenn der Arbeitnehmer in einem Unternehmensverbund von einem (ggf. sogar zu diesem Zweck) neu gegründeten Arbeitgeber angestellt wird. Dies bedeutet, dass auch Arbeitnehmer von Konzernen, die schon sehr lange aktiv sind, in den Genuss der Privilegierungen kommen könnten, wenn ihr Arbeitsverhältnis nur auf eine neue und kleine Tochtergesellschaft ausgelagert wird. An dieser Stelle könnte es zu erheblichen **Mitnahmeeffekten** kommen.
- Die **Verlängerung des Zeitraums**, nach dessen Ablauf die Steuerbefreiung spätestens endet, von 12 auf 20 Jahre erscheint ebenfalls **sehr weitgehend**. Hier sind nicht nur die vom Bundestag beanstandeten Bürokratielasten zu befürchten. Vielmehr führt der Zeiteffekt der Besteuerung dazu, dass der Barwert der Lohnsteuer deutlich sinkt von der Hälfte auf ein gutes Drittel.¹⁴

¹² BFH VI R 67/14.

¹³ *Krüger*, in Schmidt, EStG, § 19a Rn. 11.

¹⁴ Bei unterstelltem Diskontierungszinssatz von 6 Prozent.

- Hingegen erscheint die Beschränkung des Vorteils bei sogenannten **Leaver-Events** sachgerecht.
- Die **Beseitigung der zeitlichen Höchstgrenzen für die Steuerstundung** (nach Ablauf von 12 Jahren oder bei Verlassen des Unternehmens des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer) gemäß dem neu eingefügten § 19a Abs. 4a EStG-E, falls der Arbeitgeber die Lohnsteuerhaftung unwiderruflich die Haftung für die Steuer übernimmt, erscheint ebenfalls **sehr weitgehend**. Gerade bei sehr langen Haltedauern der Beteiligungen schrumpft der Barwert der gestundeten Steuer erheblich.

Im Ergebnis hängt die **Bewertung** dieser Privilegierungen einerseits von dem Gewicht ab, das man der indirekten Förderung junger Unternehmen durch steuerliche Vergünstigungen für Arbeitnehmer beimisst. Andererseits sollte die Bewertung aber auch davon abhängen, ob sich die Regelungen wirklich bewähren, also ob sie die Start-Ups stärken und zugleich keine allzu großen Mitnahmeeffekte generieren. Hier sollte eine **Evaluationsverpflichtung** in das Gesetz aufgenommen werden; je nach Ergebnis der Evaluation wäre die Vorschrift dann stark zu beschränken oder gar zu streichen. Spätestens im Zuge der Evaluation sollten dann auch weitere Arbeiten unternommen werden. So würde gerade die Motivation der Norm, innovative junge Unternehmen zu fördern, nahelegen, den Anwendungsbereich der **Begünstigungen auf materiell und nicht bloß formell neue Unternehmen zu fokussieren**. Die rechtssichere Bestimmung eines solchen materiellen Start-Up-Begriffs stellt eine gravierende Herausforderung dar, die für künftige Gesetzgebungsverfahren unter Einbeziehung von Erkenntnissen aus der Rechtsvergleichung angegangen werden sollte. Zudem gilt es die Koordination der verschiedenen Privilegierungsnormen zu einem kohärenten Ganzen in Angriff zu nehmen.

II. Ausdehnung der Umsatzsteuerbefreiung in § 4 Nr. 8

Buchst. h UStG auf alle Fonds

Der Entwurf sieht ferner eine weitere 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, Wagniskapitalfonds und die Verwaltung von Versorgungseinrichtungen im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes. Künftig sollen alle alternativen Investmentfonds im Sinne des § 1 Abs. 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs erfasst werden. Damit entfällt insbesondere die Vergleichbarkeitsprüfung.

Die **geplante Neuregelung erscheint nicht frei von Bedenken**. Sie beseitigt zwar die Unklarheiten hinsichtlich des Begriffs der Wagniskapitalfonds.¹⁵ Allerdings ist nicht klar, ob das Unionsrecht wirklich ein so weitgehendes Verständnis des Begriffs „Sondervermögen“ zulässt.

1. Vorteil: Beseitigung der Unschärfen des Begriffes Wagniskapitalfonds

Das derzeit geltende Recht weist beim Vergleichbarkeitserfordernis sowie beim Begriff des Wagniskapitalfonds, wie bereits seinerzeit im Gesetzgebungsverfahren zu erwarten war, erhebliche Unschärfen auf. Insbesondere enthält das Gesetz keine Definition des Begriffs des Wagniskapitalfonds.¹⁶ 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 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 wurde hier die **Befugnis zur Rechtskonkretisierung zunächst auf die Exekutive¹⁷ und langfristig auf die Judikative verlagert**, letzteres vorausgesetzt, dass sich Kläger finden, die bereit sind, den Rechtsweg zu beschreiten. Soweit ersichtlich, sind bisher keine Rechtstreitigkeiten zu einer gerichtlichen Klärung gebracht worden.

Die Neuregelung beseitigt die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Begriffes Wagniskapitalfonds, indem sie das Tatbestandsmerkmal schlicht beseitigt. Auch die Unschärfen der bisherigen Vergleichbarkeitsprüfung werden durch die Erweiterung auf sämtliche Alternativen Investmentfonds zumindest scheinbar beseitigt.

2. Allerdings Probleme mit Blick auf die Mehrwertsteuersystemrichtlinie

Allerdings ist nicht klar, ob die Erstreckung in dieser Form mit Blick auf die **Mehrwertsteuersystemrichtlinie** zulässig ist.¹⁸ 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

¹⁵ Hingegen stimmt der Begriff der Verwaltung mit dem der Richtlinie überein, so dass insoweit keine besonderen Schwierigkeiten zu erwarten sind.

¹⁶ Kritisch auch Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 51/21, Nr. 8.

¹⁷ Vgl. BMF-Schreiben v. 24.6.2022 - III C 3 - S 7160-h/20/10003 :026.

¹⁸ Vgl. dazu auch Wissenschaftliche Dienste beim Deutschen Bundestag, Umsatzsteuerpflicht bei der Verwaltung von Wagniskapitalfonds, WD 4 - 3000 - 041/23.

2015 zur insoweit wortgleichen Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie relativ strikte Vorgaben für den Begriff der Sondervermögen gemacht.¹⁹ 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 Anteilssinhaber 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 Anteilssinhaber 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.²⁰ Umgekehrt kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass allein aus dem Neutralitätsprinzip folgen würde, dass alle vergleichbaren Umsätze erfasst würden, unabhängig davon, ob sie die vom EuGH aufgestellten Kriterien erfüllen. Jenseits dessen ist die genaue Reichweite der unionsrechtlichen Vorgaben noch ungeklärt.²¹ Die Tatsache, dass die Steuerbefreiungen Ausnahmen von der allgemeinen Verbrauchsteuer sind, spricht im Übrigen für eine enge Auslegung der Steuerbefreiungen.

Da grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass der deutsche Gesetzgeber die unionsrechtlichen Vorgaben nicht einhalten möchte, ist die Vorschrift des § 4 Nr. 8 Buchst. h) UStG

¹⁹ EuGH v. 9.12.2015, Rs. C-595/13, ECLI:EU:C:2015:801 – *Fiscale Eenheid X NV cs*, Rn. 29 ff.

²⁰ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 2018, § 3 Rz. 29.

²¹ Wäger, in Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Rn. 236 (Stand Oktober 2021) etwa bezeichnet die Frage als ungeklärt, welche Folgen sich aus dem Erfordernis der Vergleichbarkeit der AIF mit OGAW ergeben.

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.²²

²² EuGH v. 19.1.1982 – C-8/81, Rn. 17 ff., 25 – Becker.