

Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger

Schriftliche Stellungnahme

für die Öffentliche Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages

am 6. November 2023

(Teil 1)

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

**„Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovation sowie
Steuervereinfachung und Steuerfairness (Wachstumschancengesetz)“**

(BT-Drucksache 20/8628)

und

der Stellungnahme des Bundesrates

(BR-Drucks. 433/23 [Beschluss]) vom 20. Oktober 2023

Inhaltsübersicht

A.	Gegenstand und Zielsetzung des Gesetzentwurfs für ein Wachstumschancengesetz	4
B.	Vorschläge im Gesetzentwurf der Bundesregierung	6
I.	Einführung einer Klimaschutz-Investitionsprämie und Änderungen des Forschungszulagengesetzes [Art. 1, 32 und 33 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 1 - 4, 40 - 41].....	6
1.	Grundkonzeption der Forschungszulage und der Klimaschutz-Investitionsprämie.....	6
2.	Verfassungs- und unionsrechtliche Kritik an der Grundkonzeption	7
3.	Einordnung der Bemessungsgrundlage, der Fördersätze und der Fördergrenzen in den unionsrechtlichen Rahmen.....	8
4.	Ertragsteuerliche Behandlung der Klimaschutz-Investitionsprämie und der Forschungszulage	9
II.	Änderungen bei der Thesaurierungsbegünstigung (§ 34a EStG) und der Option zur Körperschaftsbesteuerung nach § 1a KStG [Art. 4 Nr. 12, 14 Buchst e, Art. 22 Nr. 1 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 12, 33 - 34]	10
1.	Bedeutung der Körperschaftsteueroption und der Thesaurierungsbegünstigung.....	10
a)	Bedeutung zur Herstellung von Belastungsneutralität bei Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften	10
b)	Bedeutung zur Verbesserung der Eigenkapitalbasis.....	12
2.	Bewertung der vorgesehenen Änderungen bei der Körperschaftsteueroption nach § 1a KStG	13
a)	Erweiterung des Anwendungsbereichs [Art. 22 Nr. 1 a) aa) RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 12, 33].....	13
b)	Option bei Gründung [Art. 22 Nr. 1 a) bb) RegE-WachstumschancenG].....	13
c)	Sonderregel für "zurückbehaltene" Anteile an einer Komplementär-GmbH [Art. 22 Nr. 1 b) RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 12, 34]	13
d)	Keine Ausschüttungsfiktion vor Entnahme [Art. 22 Nr. 1 c) RegE-WachstumschancenG]	14
3.	Bewertung der vorgesehenen Änderungen bei der Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG [Art. 4 Nr. 12, 14 e) RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 12]	14
a)	Verzögerter Eintritt des Zinslaufs bei nachträglicher Wahrnehmung der Vergünstigung	14
b)	Einbeziehung der Gewerbe- und Einkommensteuerentnahmen in den Betrag des begünstigten, nichtentnommenen Gewinns.....	14
c)	Erweiterung der Nachversteuerungstatbestände in § 34a Abs. 6.....	15
d)	Erweiterung der Nachversteuerungstatbestände in § 34a Abs. 7.....	15
e)	Verfahrensrechtliche Korrespondenz zwischen Änderungen der Feststellung des nachversteuerungspflichtigen Betrags und Änderung der Einkommensteuerfestsetzung in § 34a Abs. 11.....	15
f)	Berücksichtigung der Thesaurierungsbegünstigung im Vorauszahlungsverfahren.....	15
g)	Zum Vorschlag einer Änderung der Verwendungsreihenfolge	16
h)	Ergänzender Vorschlag der Berücksichtigung eines individuellen Steuersatzes bei der Nachversteuerung ("Günstigerprüfung").....	16
III.	Änderungen bei der Zinsschranke und Einführung einer Zinshöhenschranke [Art. 5 Nr. 5 - 6, 19, Art. 23 Nr. 5 - 6 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 15].....	17
1.	Vorüberlegung: Fehlende Finanzierungsneutralität und Begünstigung von Fremdfinanzierungen im System des Ertragsteuerrechts	17
2.	Angleichung der Zinsschranke an die ATAD und weitere vorgesehenen Maßnahmen	18

a)	Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs im Begriff der Zinsaufwendungen [Art. 5 Nr. 5 c) aa) RegE-WachstumschancenG]	19
b)	Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs im Begriff der Zinserträge [Art. 5 Nr. 5 c) bb) RegE-WachstumschancenG]	19
c)	Streichung der Regelung über die Berücksichtigung von Auf- und Abzinsungen [Art. 5 Nr. 5 c) cc) RegE-WachstumschancenG]	19
d)	Missbrauchsvermeidung der Umgehung des persönlichen Anwendungsbereichs durch eine Anti-Fragmentierungs-Regel [Art. 5 Nr. 5 b) aa) aaa) RegE-WachstumschancenG zu § 4h Abs. 2 Satz 1 a]	19
e)	Modifikation der Stand-Alone-Klausel [Art. 5 Nr. 5 b) aa) aaa) RegE-WachstumschancenG zu § 4h Abs. 2 Satz 1 b) und Art. 23 Nr. 5 b) RegE-WachstumschancenG zu § 8a KStG]	21
3.	Einführung einer Zinshöhenschranke [Art. 5 Nr. 5 e) RegE-WachstumschancenG]	22
a)	Typisierungs- oder Missbrauchsvorschrift	23
b)	Bemessung des Höchstsatzes und Angemessenheitsmaßstab	24
c)	Alternativnachweis eines individuellen Zinssatzes	24
d)	Einordnung der Substanzanforderung	24
e)	Erstreckung auf Verrechnungspreise und vGA	25
IV.	Temporäre Änderungen im einkommen- und gewerbesteuerrechtlichen Verlustabzug [Art. 5 Nr. 9, Art. 7, 25 Nr. 2 - 3, 26 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 18]	25
V.	Änderungen in den Bewertungs- und AfA-Regeln [Art. 4 Nr. 1 b, c und Nr. 3 - 6 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 8 und 10]	26
1.	Positive Anreize in Bewertungs- und AfA-Regeln für die Investitionsförderung und Problem der stillen Reservenbildung	26
2.	Änderungen bei GWG und Sammelposten [Art. 4 Nr. 1 Buchst. b; Art. 4 Nr. 14 Buchst. a Doppelbuchst. bb und dd RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 8]	27
3.	Ausgestaltung und Ausgestaltungsmöglichkeiten der degressiven AfA [Art. 4 Nr. 3 a) RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 10]	27
4.	Geometrisch-degressive Wohngebäude-AfA [Art. 4 Nr. 3 Buchst. b RegE-WachstumschancenG] ...	28
VI.	Weitere ausgewählte Einzelmaßnahmen	29
1.	Zur Einführung und Anhebung von Freigrenzen [Art. 5 Nr. 2 und 12 Buchst. b RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 17]	29
2.	Abzulehnende Streichung der Berücksichtigung der Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 1 EStG im LSt-Abzug [Art. 5 Nr. 13 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 21]	30
3.	Folgefragen aus Änderungen im InvStG [Art. 31 Nr. 3 RegE-WachstumschancenG]	30

A. Gegenstand und Zielsetzung des Gesetzentwurfs für ein Wachstumschancengesetz

Der Gesetzentwurf verbindet die Einführung einer neuen Klimaschutz-Investitionsprämie im Vorschlag eines neuen "Gesetz zur steuerlichen Förderung von Investitionen in den Klimaschutz (Klimaschutz-Investitionsprämienengesetz – KlimaInvPG)" mit Änderungen des Forschungszulagengesetzes und einer größeren Reihe weiterer Änderungen des Ertragssteuerrechts, des Grunderwerbsteuerrechts, des Bewertungs-, Erbschafts- und Schenkungsteuerrechts, des Umsatzsteuerrechts und des Verfahrensrechts.

Einen Anlass und inhaltlichen Schwerpunkt des Gesetzentwurfs bilden nach der Regierungsbegründung die ökonomischen Folgen der Ereignisse der Corona-Pandemie und des russische Überfalls auf die Ukraine, aus denen sich Belastungen für die deutsche Wirtschaft und die öffentlichen Haushalte ergeben haben, sowie die Herausforderungen der Dekarbonisierung und des demographische Wandels, die die deutsche Wirtschaft vor große Herausforderungen stellen.

Mit den vorgeschlagenen gesetzlichen Maßnahmen sollen aus steuerlicher Sicht die Rahmenbedingungen für mehr Wachstum, Investitionen und Innovationen verbessert werden, dies unter Berücksichtigung der durch die vorangegangenen Krisen erheblich eingeengten finanziellen Spielräume der öffentlichen Haushalte für steuerpolitische Impulse.

Die Maßnahmen sollen zudem vor dem Hintergrund einer hohen Inflationsrate keinen zusätzlichen Preisdruck erzeugen.

Teilweise verbunden mit diesen Zielsetzungen sollen durch die Änderungsvorschläge im Rahmen des Koalitionsvertrags vereinbarte Maßnahmen zur Modernisierung des Steuerrechts umgesetzt werden.

Dazu sollen durch die Maßnahmen die Liquiditätssituation der Unternehmen verbessert sowie Anreize gesetzt werden, damit Unternehmen dauerhaft mehr investieren und deren Innovationsbereitschaft erhöht wird.

Daneben sollen in dem Vorschlag zahlreiche Maßnahmen darauf hinwirken, das Steuersystem an zentralen Stellen zu vereinfachen und durch Anhebung von Schwellenwerten und Pauschalen vor allem kleine Betriebe von Bürokratie zu entlasten.

Schließlich sollen unerwünschte Steuergestaltungen effektiv unterbunden werden, um die Fairness des Steuersystems gegenüber allen Steuerzahlerinnen und Steuerzahlern sowie Wettbewerbern und auch das Vertrauen in den Staat zu stärken.

Die Bundesregierung hebt im Entwurf einleitend 19 Maßnahmen besonders hervor:

- Einführung einer Investitionsprämie zur Beförderung der Transformation der Wirtschaft in Richtung von insbesondere mehr Klimaschutz
- Befristete Wiedereinführung der degressiven AfA für bewegliche Wirtschaftsgüter
- Befristete Einführung einer degressiven AfA für Wohngebäude
- Stärkung der steuerlichen Forschungsförderung
- Verbesserung des steuerlichen Verlustabzugs
- Anhebung der Grenze für geringwertige Wirtschaftsgüter (GWG) auf 1.000 Euro und Verbesserung der Sonderabschreibung nach § 7g EStG für mehr Liquidität bei kleinen und mittleren Unternehmen
- Verbesserungen bei den Abschreibungsmöglichkeiten des Sammelpostens (§ 6 Abs. 2a EStG) für Zwecke des Bürokratieabbaus
- Änderungen bei der Thesaurierungsbegünstigung (§ 34a EStG)
- Steigerung der Attraktivität der Option zur Körperschaftsbesteuerung nach § 1a KStG

- Anhebung der Grenze für die Buchführungspflicht bestimmter Steuerpflichtiger (§ 241a HGB, § 141 AO) und der Grenze für die umsatzsteuerliche Ist-Besteuerung (Möglichkeit der Berechnung der Steuer nach vereinnahmten statt vereinbarten Entgelten) nach § 20 Satz 1 Nr. 1 UStG
- Digitalisierung des Spendenverfahrens und Anpassung des Zuwendungsempfängerregisters
- Einführung einer Freigrenze für Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung
- Erhöhung des Schwellenwertes zur Befreiung von der Abgabe von vierteljährlichen Umsatzsteuer-Voranmeldungen von 1.000 Euro auf 2.000 Euro
- Ausweitung der Pflicht zur Mitteilung von grenzüberschreitenden Steuergestaltungen auf innerstaatliche Steuergestaltungen
- Einführung einer gesetzlichen Regelung zur verpflichtenden Verwendung von elektronischen Rechnungen zwischen inländischen Unternehmen
- Anpassung der Zinsschranke an die EU-Anti-Steuervermeidungsrichtlinie
- Einführung einer Zinshöhenschranke
- Anpassung der Besteuerung von Renten aus der Basisversorgung;
- Anpassung der Abgabenordnung und anderer Steuergesetze an das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (MoPeG) vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436)

In dieser Aufzählung unerwähnt blieb die für die Unternehmenspraxis ebenfalls besonders bedeutende Einführung einer nationalen Regelung für "Internationale Risikobewertungsverfahren" in einem neu vorgeschlagenen § 89b AO-E.

Der Bundesrat hat sich in seiner Stellungnahme vom 20. Oktober 2023 (Drucks. 433/23) zu einigen der vorgeschlagenen Maßnahmen ablehnend oder mit modifizierenden Regelungen geäußert sowie eine Reihe weiterer Änderungsvorschläge eingebracht, darunter

- Übertragung des Regelungsprogramms in § 17 Abs. 2a Satz 5 EStG zur gleichmäßigen Verteilung eines Agios und anderer Einzahlungen des Anteilseigners über den Nennbetrag hinaus auf alle alten und neuen Anteile des Gesellschafters auf originär einem Betriebsvermögen zuzuordnende Anteile durch einen neuen § 6 Abs. 1 Nr. 1c EStG
- die Berücksichtigung der Thesaurierungsvergünstigung des § 34a EStG bereits im Vorauszahlungsverfahren
- eine Ergänzung des § 1 AStG um Regelungen zur Verrechnungspreisermittlung bei Finanzierungsbeziehungen zwischen nahestehende Personen als Alternative zu der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelung des § 41 EStG-E
- die Umformung der Freigrenze des § 3 Nr. 72 EStG für Einnahmen und Entnahmen aus dem Betrieb von Photovoltaikanlagen in einen Freibetrag
- eine materiell-rechtliche Regelung des Nachweiserfordernisses für eine kürzere tatsächliche Nutzungsdauer in einem neu einzufügenden § 11 Abs. 1a EStDV

Entsprechend der vorgesehenen Zweiteilung der öffentlichen Anhörung zum Wachstumschancengesetz im Finanzausschuss des Deutschen Bundestag am 6. November 2023 beschränkt sich diese Stellungnahme auf die Themen des ersten Teils der Anhörung zu den im Unternehmenssteuerrecht vorgeschlagenen Maßnahmen. Die Stellungnahme kann auch hierauf bezogen nur einen Ausschnitt abdecken.

B. Vorschläge im Gesetzentwurf der Bundesregierung

I. Einführung einer Klimaschutz-Investitionsprämie und Änderungen des Forschungszulagengesetzes [Art. 1, 32 und 33 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 1 - 4, 40 - 41]

1. Grundkonzeption der Forschungszulage und der Klimaschutz-Investitionsprämie

Sowohl mit der bereits ab 2020 eingeführten Forschungszulage (Gesetz zur steuerlichen Förderung von Forschung und Entwicklung v. 14.12.2019, BGBl. I 20291, 2763) als auch mit der im Gesetzentwurf neu vorgeschlagenen Klimaschutz-Investitionsprämie sollen Anreize für Investitionen durch staatliche Investitionszuschüsse gesetzt werden. Die den beiden Förderinstrumenten eigene Grundkonzeption ist im Schrifttum bereits eingehend analysiert (*Desens, StuW 2023, 329 ff.*) und muss hier nur in ihren Eckpunkten wiedergegeben werden.

Die Forschungszulage knüpft bislang nur an Personalaufwendungen einschließlich Unternehmerlohn und Aufwendungen für Auftragsforschung für Forschung und Entwicklung (FuE) im Bereich der Grundlagenforschung, der industriellen und der experimentellen Forschung an. Die Förderung tritt dabei neben eine in Deutschland bestehende Möglichkeit der Sofortabschreibung von Aufwendungen für FuE. Letztere ergibt sich aus dem Aktivierungsverbot für selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens (§ 5 Abs. 2 EStG). Nach dem RegE soll die Forschungszulage auf bewegliche (materielle) Wirtschaftsgüter erweitert werden. Der Bundesrat hat sich wegen möglicher Schwierigkeiten bei der objektiven Feststellung der Zuordnung von beweglichen Wirtschaftsgütern zum FuE-Bereich gegen deren Berücksichtigung bei der Bemessung der Forschungszulage ausgesprochen.

Die Bedenken des Bundesrates gegen eine Einbeziehung der Anschaffungs- und Herstellungskosten für bewegliche Wirtschaftsgüter in die Bemessungsgrundlage der Forschungszulage überzeugen nicht. Die vorgeschlagene Erweiterung der Bemessungsgrundlage erscheint vielmehr folgerichtig und die Feststellungsunsicherheiten nicht gravierend. Die Erweiterung kann jedoch zu der Folgefrage führen, ob auch Investitionen in unbewegliche Wirtschaftsgüter und in immaterielle Wirtschaftsgüter in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden sollten. Diese Folgefrage ist allein unter haushaltspolitischen und ökonomischen Maßstäbe zu beurteilen. Sowohl Investitionen in Instrumente und Ausrüstung als auch in Gebäude und Grundstücke sind nach dem europäischen Beihilferecht im Rahmen der Allgemeinen Gruppenfreistellung nach Art. 25 Nr. 3 Buchst. b) und c) AGVO¹ anmeldefrei beihilfefähig.

In Abgrenzung zur Forschungszulage soll die Klimaschutz-Investitionsprämie die "Anschaffung oder Herstellung eines neuen abnutzbaren beweglichen Wirtschaftsguts des Anlagevermögens sowie Maßnahmen an einem bestehenden beweglichen abnutzbaren Wirtschaftsgut des Anlagevermögens, die zu nachträglichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten führen", begünstigen, wenn dieses

- in einem Energieeinsparkonzept enthalten ist
- dazu dient, dass der Anspruchsberechtigte im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit die Energieeffizienz verbessert

¹ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2023/1315 der Kommission vom 23. Juni 2023.

- damit geltende Unionsnormen übertrifft oder bereits angenommene, aber noch nicht in Kraft getretenen Unionsnormen erfüllt, sofern die Investition spätestens 18 Monate vor Inkrafttreten der Norm durchgeführt und abgeschlossen wird
- im Jahr der Anschaffung oder Herstellung oder der Beendigung der Maßnahme sowie im darauffolgenden Wirtschaftsjahr in einer inländischen Betriebsstätte des Betriebs des Anspruchsberechtigten ausschließlich oder fast ausschließlich betrieblich genutzt wird

Die Anspruchsberechtigung knüpft an die unbeschränkte oder beschränkte Einkommen- oder Körperschaftsteuerpflicht an. Anspruchsberechtigt sind damit auch im Ausland ansässige Unternehmen, wenn sie inländische Einkünfte iSd. § 49 EStG erzielen. Ein nicht auf den EU-/EWR-Raum erweitertes Inlandserfordernis wird durch das Erfordernis der inländischen Nutzung hergestellt. Dieser strenge Inlandsbezug erscheint, jedenfalls bei Einordnung der Klima-Schutzinvestitionsprämie als Steuervergünstigung, mit dem Rechtfertigungsgrund der territorialen Abgrenzung der Besteuerungsansprüche vor den Grundfreiheiten rechtfertigungsfähig.

Für die Forschungszulage ist der Förderzeitraum unbeschränkt. Die Klimaschutz-Investitionsprämie soll nur für Investitionen im Förderzeitraum 1.1.2024 - 31.12.2029 gewährt werden.

2. Verfassungs- und unionsrechtliche Kritik an der Grundkonzeption

Die Klimaschutz-Investitionsprämie wird in der Regierungsbegründung als "steuerliche Investitionsförderung" qualifiziert und folgt damit einer Parallelvorstellung von der Forschungszulage als steuerlicher Vergünstigungsregelung. Dem entspricht bei der Forschungszulage die Regelung des § 10 FZuLG und bei der Klimaschutz-Investitionsprämie die vorgeschlagene Regelung des § 8 KlimInvPG-E, wonach die Prämie aus den Einnahmen der Einkommensteuer oder der Körperschaftsteuer zu zahlen ist.

Folgt man der Qualifikation als steuerrechtlich radizierter Steuervergünstigung, ergeben sich die in der Regierungsbegründung zugrundgelegten Maßstäbe für die Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungshoheit. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich dann aus Art. 105 Abs. 2 Satz 2, Alt. 1 GG iVm. Art. 106 Abs. 3 GG und die Verwaltungskompetenz der Länder in Bundesauftragsverwaltung aus Art. 108 Abs. 2, 3 GG. Die Lasten sind dann nach Art. 106 Abs. 3 GG bei körperschaftsteuerpflichtigen Begünstigten zwischen Bund und Ländern je zur Hälfte und bei einkommensteuerpflichtigen Begünstigten zwischen Bund, Ländern und Gemeinden nach dem Aufteilungsschlüssel des Art. 106 Abs. 3, 5 GG iVm. § 1 Gemeindefinanzreformgesetz aufzuteilen.

Im Schrifttum ist diese Einordnung als Steuervergünstigung indessen jüngst mit beachtlichen Argumenten angezweifelt worden (Desens, StuW 2023, 329 ff.). Diese Argumente beziehen sich auf die in der Grundkonzeption sowohl der Forschungszulage als auch der Klimaschutz-Investitionsprämie final angelegte und besonders zur Förderung von Startups erwünschte Möglichkeit, nicht nur eine Steuerentlastung, sondern auch eine echte Prämie auszahlen zu können. Die Forschungszulage wird zwar nach Festsetzung auf die für das Unternehmen festgesetzte Einkommen- oder Körperschaftsteuer angerechnet. Ein Überschuss zugunsten des Zulagenberechtigten ist aber auszuzahlen (§ 10 Abs. 1 Satz 3 FZuLG). Der Regierungsentwurf sieht zudem nunmehr die an sich begrüßenswerte Möglichkeit einer Herabsetzung der Vorauszahlungen vor (§ 10 Abs. 2a FZuLG-E). Für die Klimaschutz-Investitionsprämie ist diese Auszahlungsmöglichkeit durch die Regelung des § 8 KlimInvPG-E noch weiter nach vorne gezogen worden. Löst sich die Prämienzahlung in dieser Weise dauerhaft von der Steuerschuld eines Unternehmens und kann sie dauerhaft bezogen werden, ohne mit einer tatsächlichen Steuerlast verrechnet werden zu müssen, entstehen erhebliche Zweifel an der Qualifikation der Prämie und der

Zulage als Steuerermäßigung (ähnlich aus der Perspektive der bilanziellen Behandlung: Bünning, BB 2023, 2283, 2285).

Die Folgen einer Realisation dieser Einordnungsunschärfe in einer Qualifikation als nichtsteuerliche Direktsubvention sind im deutschen Finanzverfassungsrecht noch überschaubar. Selbst mit einer Qualifikation als Direktsubvention lassen sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes und die Verwaltungskompetenz der Länder und auch die Kostenteilung zwischen Bund und Ländern begründen, möglicherweise aber nicht die finanzielle Beteiligung der Kommunen (hierauf hinweisend Desens, StuW 2023, 329 ff.).

Im europäischen Beihilfenrecht kann die Qualifikation als nichtsteuerliche Direktsubvention hingegen weiterreichende Folgen haben, weil im Rahmen der für beide Zulagesysteme in Anspruch genommenen AGVO für Direktsubventionen mit Anreizeffekt andere Anforderungen gelten als für Steuervergünstigungen (Desens, StuW 2023, 329 ff. mit den zutreffenden Hinweisen auf Art. 6 Abs. 2 AGVO und Art. 5 Abs. 2 Buchst. d AGVO).

Um die beachtlichen Zweifel an der Qualifikation der Forschungszulage und der Klimaschutz-Investitionsprämie als Steuervergünstigung im Unions- und Verfassungsrecht auszuräumen, ist im Schrifttum vorgeschlagen worden, beide Förderinstrumente so umzugestalten, dass eine Auszahlung ohne anrechenbare Steuern ausgeschlossen wäre, die Prämien in jeder Periode also immer nur bis zum Volumen einer anrechenbaren Steuer wirken und überschießende Beträge vorgetragen werden sollten (Desens, StuW 2023, 329 ff.). Will man diesen Weg mit guten Gründen nicht beschreiten, sollte der für nichtsteuerliche Subventionen haushalts- und finanzverfassungsrechtlich gebotene Weg beschritten und dann insbesondere für die Kommunen ein Ausgleichsmechanismus entwickelt werden.

Folgt man der im Schrifttum vertretenen Auffassung hinsichtlich der Einordnung der Forschungszulage und der Klimaschutz-Investitionsprämie als Direktsubvention und wollte man zugleich eine Einschränkung der Prämien vermeiden, wäre beihilferechtlich zu prüfen, ob die Forschungszulage und die Klimaschutz-Investitionsprämie auch unionsrechtlich für die Anwendung der AGVO als nichtsteuerliche Förderung zu qualifizieren sind und damit nicht mehr durch die AGVO gedeckt sein könnten. Auch um die Unternehmen zu schützen, wäre dann dem Gesetzgeber zum Beschreiten des Weges eines Notifizierungsverfahrens zu raten, auch wenn dadurch die erwünschte kurzfristige Wirkung nicht erreicht werden kann.

3. Einordnung der Bemessungsgrundlage, der Fördersätze und der Fördergrenzen in den unionsrechtlichen Rahmen

Die Bemessungsgrundlage der Klimaschutz-Investitionsprämie sollen die Anschaffungs- und Herstellungskosten (AHK) der begünstigten Wirtschaftsgüter bilden. Für die Forschungszulage sieht der RegE Erweiterungen gegenüber dem geltenden Recht vor. Wie bisher gehen die Personalkosten für FuE in die Bemessungsgrundlage ein. Der bereits bisher berücksichtigungsfähige fiktive Unternehmerlohn soll von 40 auf 70 Euro / Std. erhöht werden. Dieser Betrag erscheint nicht willkürlich niedrig, weil die Förderung branchenübergreifend und auch von sehr kleinen Unternehmen in Anspruch genommen werden kann. Der Anteil der berücksichtigungsfähigen Kosten für Auftragsforschung soll von 60 % auf 70 % erhöht werden. Die damit einhergehende bessere Unterstützung von arbeitsteiligen FuE-Vorhaben kann Clusterbildung fördern und erscheint daher ebenfalls zweckmäßig um FuE nachhaltig zu fördern. Mit Blick auf die Zielsetzungen als folgerichtig erscheint auch die vorgesehene Einbeziehung der AHK für bewegliche Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens. Den vom Bundesrat geäußerten Bedenken im Hinblick auf die Feststellung der tatsächlichen Zuordnung dieser Wirtschaftsgüter dürfte sich im Vollzug durch einfache Plausibilitätskontrollen und einen Abgleich mit dem der FuE zugeordneten

Personal Rechnung tragen lassen. Wegen der zunehmenden Bedeutung immaterieller Wirtschaftsgüter für Innovationen in Geschäftsmodellen der Digitalisierung, sollte zusätzlich darüber nachgedacht werden, auch Investitionen in immaterielle Wirtschaftsgüter, ua. den Erwerb von zur Durchführung des FuE-Vorhabens notwendigen Lizenzen und Patenten zu fördern. Dies wäre in den Grenzen des Art. 25 Nr. 2 Buchst. d AGVO anmeldefrei möglich.

Die bestehenden und die im Regierungsentwurf ergänzend vorgesehenen Fördermaßnahmen bei der Forschungszulage sind im Rahmen des Art. 25 AGVO gedeckt und danach beihilferechtlich anmeldefrei. Das gilt bezogen auf Art. 38 AGVO auch für die vorgeschlagene Ausgestaltung der Klimaschutz-Investitionsprämie.

Der durch die AGVO gesetzte anmeldefreie Förderrahmen wird durch beide Instrumente nicht ausgeschöpft. Der Fördersatz der Forschungszulage beträgt 25 % und soll nach § 4 Abs. 1 Satz 2 FZulG-RegE für KMU auf 35 % angehoben werden. Das europäische Beihilfenrecht differenziert in Art. 25 Nr. 5 - 6 AGVO zwischen Grundlagenforschung, industrieller Forschung und experimenteller Forschung. Würde man diese Differenzierung in das deutsche Recht importieren und - mit entsprechendem Verwaltungsaufwand - auch im Vollzug umsetzen, wäre für Grundlagenforschung eine Förderung bis zu 100 % und in den weiteren Sparten eine unternehmensgrößen- und forschungsartenabhängig höhere Förderungsquote als 35 % möglich.

Bei der Klimaschutz-Investitionsprämie soll der Fördersatz 15 % betragen. Nach Art. 38 Nr. 4 AGVO wären allgemein bis zu 30 % und für kleine und mittelgroße Unternehmen, größenabhängig nach Art. 38 Nr. 5 AGVO ein Fördersatz von 40 - 50 % zulässig.

Für die Forschungszulage regelt das geltende Recht in § 4 Abs. 2 FZulG eine vorhabenbezogene Zula- genobergrenze von 15 Mio. Euro. Beihilferechtlich wären für Grundlagenforschung bis zu 55 Mio. Euro, für überwiegend industrielle bis zu 35 Mio. Euro und für überwiegend experimentelle Entwicklung bis zu 25 Mio. Euro anmeldefrei zulässig. Für die Klimaschutz-Investitionsprämie regelt § 4 Abs. 4 KlimainvPG-E eine vorhabenbezogene Obergrenze von 30 Mio. Euro und eine unternehmensbezo- gene Gesamtfördergrenze von 200 Mio. Euro für den gesamten Förderzeitraum. Die vorhabenbezo- gene Obergrenze ist durch die Anmeldeschwelle in Art. 4 Nr. 1 Buchst. s AGVO vorgeprägt und könnte ohne Durchführung eines Notifizierungsverfahrens nicht erhöht werden.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass weder bei der Forschungszulage, noch bei der Klimaschutz-Inves- titionsprämie die anmeldefreien Fördergrenzen der AGVO ausgeschöpft werden. Nicht mit juristi- schen Methoden beurteilen lässt sich die Frage, bei welchen Fördersatz eine optimale Investitionsan- reizwirkung erzielt werden kann. Dies muss nicht zwingend der beihilferechtlich höchste anmelde- freie Fördersatz sein.

4. Ertragsteuerliche Behandlung der Klimaschutz-Investitionsprämie und der Forschungszulage

Für das geltende Recht gehen Beratungs-, Unternehmens- und Verwaltungspraxis überwiegend da- von aus, dass die Forschungszulage steuerfrei vereinnahmt werden kann. Die dafür mit dem Verweis auf § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG vertretbare Begründung einer umgekehrten Anwendung des Betriebsausga- benabzugsverbots für Ertragsteuern in den §§ 10 KStG und 12 EStG hat im Schrifttum aber auch Zwei- fel hervorgerufen (vgl. *Bünning*, BB 2023, 2283, 2285) und würde mit einer Einordnung der For- schungszulage als nichtsteuerliche Subvention zusätzlich an Überzeugungskraft einbüßen. Zudem wird sich mit der Erweiterung des Umfangs der begünstigten FuE-Aufwendungen die Frage stellen, wie die Forschungszulage bezogen auf die geförderten beweglichen Wirtschaftsgüter des

Anlagevermögens zu behandeln sein soll. Im Gesetzgebungsverfahren könnte in das Forschungszulagengesetz daher entweder eine Vorschrift aufgenommen werden, die die Steuerfreiheit der Forschungszulage für das Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuerrecht ausdrücklich regelt und damit den Weg sperrt, die Anschaffungs- und Herstellungskosten der geförderten beweglichen Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens nochmals um die Zulage zu mindern, oder es könnte eine differenzierte Regelung getroffen werden, die für die Zulagen für begünstigte Wirtschaftsgüter die Regelung des § 9 KlimainvPG-E spiegelt.

Bei der Klimaschutz-Investitionsprämie würde sich das Problem der ertragsteuerlichen Behandlung nicht in gleicher Weise stellen, weil diese als echter Investitionszuschuss für Anlagegüter qualifiziert und deshalb nach der Verwaltungspraxis in R 6.5 EStR 2012 ein Wahlrecht bestünde, das entweder (gewerbesteuerwirksam und günstig für das durch die Finanzierung der Prämie für einkommensteuerpflichtige Begünstigte belastete Steueraufkommen der Kommunen) die Berücksichtigung als Betriebseinnahme oder die ertragsteuerneutrale Vereinnahmung durch Minderung der AHK der begünstigten Wirtschaftsguts erlaubt. Die Bundesregierung hat mit der Regelung in § 9 KlimainvPG-E indirekt die Einschränkung dieses Wahlrechts vorgesehen. Die Prämie soll die AfA-Bemessungsgrundlage mindern (dazu Bünning, BB 2023, 2283, 2284). Die Regierungsbegründung enthält dazu die Überlegung, dass die Klimaschutz-Investitionsprämie als erfolgsneutrale Einnahme zu behandeln und diese daher bei Kapitalgesellschaften in den Gewinnrücklagen auszuweisen sei (BT-Drucks. 20/8628, S. 118). Folgt man dem handelsrechtlichen Schrifttum, soll sie dagegen, jedenfalls nach den, grundsätzlich für die steuerrechtliche Gewinnermittlung maßgeblichen, handelsrechtlichen GoB, ertragswirksam erfasst werden und das begünstigte Wirtschaftsgut mit den (Brutto-)AHK abgeschrieben werden.

Der Gesetzgeber sollte der Versuchung widerstehen, wie vereinzelt vorgeschlagen, Eingriffe in die handelsrechtlichen GoB mit Wirkung für die Handelsbilanz vorzunehmen. Er sollte aber eine Meinung zur ertragsteuerlichen Behandlung der Prämie entwickeln und diese in das Gesetz zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten aufnehmen. Zu seinen Handlungsoptionen zählt dabei auch, die Vorschrift des § 9 KlimainvPG-E ganz entfallen zu lassen oder durch eine Wiedergabe der ohne diese Vorschrift ohnedies greifenden Verwaltungspraxis mit dem Wahlrecht nach R 6.5 EStR 2012 zu ersetzen.

II. Änderungen bei der Thesaurierungsbegünstigung (§ 34a EStG) und der Option zur Körperschaftbesteuerung nach § 1a KStG [Art. 4 Nr. 12, 14 Buchst e, Art. 22 Nr. 1 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 12, 33 - 34]

1. Bedeutung der Körperschaftsteueroption und der Thesaurierungsbegünstigung

a) Bedeutung zur Herstellung von Belastungsneutralität bei Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften

Das deutsche Unternehmenssteuerrecht ist in seinen Anreiz- und Belastungswirkungen rechtsformabhängig ausgestaltet. Ein wesentlicher Belastungsunterschied, unter einer Vielzahl von rechtsformabhängig unterschiedlichen Belastungsfaktoren, ergibt sich im Ertragsteuerrecht aus der im Gegensatz von Trennungs- und Transparenzprinzip angelegten unterschiedlichen Behandlung von thesaurierten bzw. nichtentnommenen Gewinnen (Hennrichs in Tipke/Lang, Rn. 10.1.; Tiede in HHR, § 1a KStG Rn. 3; zu den verschiedenen Reformüberlegungen Hey, in Tipke/Lang, Rn. 13. 177 ff.).

Während nichtausgeschüttete und damit im Unternehmen für Reinvestitionen und eine Stärkung der Eigenkapitalbasis bereitstehende Gewinne in Kapitalgesellschaften im durchschnittlichen Belastungsmix aus Körperschaftsteuer, Solidaritätszuschlag und Gewerbesteuer mit einem kumulierten Satz von

knapp unter 30 % belastet werden, greift bei einer Personengesellschaft für nichtentnommene Gewinne, bei natürlichen Personen als Gesellschaftern, der progressive Einkommensteuersatz von bis zu 45 % zuzüglich Solidaritätszuschlag und in Gemeinden mit einem Hebesatz oberhalb von 400 % zusätzlich der nicht auf die Einkommensteuer anrechenbare Anteil der Gewerbesteuer. Bei Personengesellschaften besteht somit kein steuerlicher Anreiz, Gewinne nicht zu entnehmen oder, enger, durch steuerlich ertragsneutrale Investitionen zu binden. Nichtentnommene Gewinne können, wie entnommene oder ertragsneutral reinvestierte Gewinne, mit durchschnittlich knapp 50 % Ertragsteuern belastet sein.

Diese Rechtsformabhängigkeit der Unternehmensertragsbesteuerung ist nicht notwendig wegen damit verbundener Eingriffe in den Gleichheitssatz und die Vereinigungsfreiheit verfassungswidrig (zum Meinungsstand im Schrifttum: Niehus/Wilke in HHR, § 34a EStG Rn. 7). Sie wird wegen ihrer möglichen entscheidungsverzerrenden Wirkungen in den Steuerwissenschaften aber als Schwäche des deutschen Unternehmenssteuerrechts angesehen. Vor diesem Hintergrund sind sowohl die Thesaurierungsbegünstigung als auch die Körperschaftsteuroption als (unvollkommene) Maßnahmen zur Milderung der Effekte der Rechtsformabhängigkeit der Unternehmensbesteuerung und zur Gewährung von Anreizen zum Konsumverzicht zu würdigen.

Die Einordnung der Bedeutung der Thesaurierungsrücklage und der Körperschaftsteuroption bliebe aber unvollkommen, würde man nur auf die Unterschiede in der Thesaurierungsbelastung abstellen. Dann erschiene die Kapitalgesellschaft vorschnell als die steuerlich günstigste Rechtsform, die gesellschaftsrechtlich ohnedies für viele unternehmerische Ziele wegen der damit verbundenen Haftungsbeschränkung als attraktiv gilt. In der Unternehmenspraxis zeigt sich aber am außerordentlich verbreiteten Phänomen der GmbH & Co. KG, dass gerade die Kombination der Haftungsbeschränkung einer Kapitalgesellschaft mit der transparenten Besteuerung einer Personengesellschaft eine besondere Attraktionskraft besitzt. Das Modell der transparenten Personengesellschaftsbesteuerung kann also in vielen Konstellationen auch steuerlich günstig sein.

Die Körperschaftsteuroption ermöglicht in ihrer aktuellen Ausgestaltung nur in die eine Richtung das Wahlrecht, eine Personengesellschaft steuerlich wie eine Kapitalgesellschaft zu behandeln. Für Körperschaften besteht keine Option zur transparenten Besteuerung. Mit Ausübung des Wahlrechts des § 1a KStG wird in einer weitreichenden Fiktion die Umwandlung der Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft nachgebildet. In der Praxis wird das Wahlrecht bisher allerdings außerordentlich selten genutzt. Bei einfachen Gesellschafterstrukturen erscheint es häufig einfacher die Personengesellschaft real in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln, wenn das Körperschaftsteuerregime günstiger erscheint. Die damit einhergehende Haftungsbeschränkung wird dabei gerne in Kauf genommen.

Für eine allein ertragsteuerrechtlich simulierte Umwandlung ergeben sich daher seltenere Gründe. Sie können im Ziel der Vermeidung von Offenlegungspflichten und häufig auch darin bestehen, dass gewachsene und komplexe Gesellschafterstrukturen eine echte Umwandlung erschweren oder besondere Anforderungen des Gesellschafterkreises die Umwandlung verbieten. Häufiger findet die Körperschaftsteuroption hingegen Interesse bei der Suche nach einer Kombination der erbschafts- und schenkungsteuerlichen Vorzüge einer Personengesellschaft (Hey, in Tipke/Lang, Rn. 13.187) mit den ertragsteuerlichen Vorzügen einer Körperschaft.

Jede Reformüberlegung zur Körperschaftsteuroption muss daher reflektieren, dass das deutsche Steuerrecht nicht nur im Bereich der Ertragsteuern rechtsformabhängig ist. Ein isoliert auf eine Gruppe von Steuern beschränktes Wahlrecht, wie die Körperschaftsteuroption erodiert in seiner

Rechtfertigung, wenn es sich dem Verdacht aussetzt, nur zur Wahrnehmung von Steuerarbitragegestaltungen zwischen den verschiedenen Steuerarten nützlich zu sein.

Vor diesem Hintergrund ist zwar zum einen die Kritik an den hohen technischen Hürden der Wahrnehmung der Körperschaftsteueroption nach § 1a KStG gerechtfertigt. Die im Regierungsentwurf vorgeschlagenen kleineren Änderungen in § 1a KStG, die vom Bundesrat auch noch mit guten Argumenten angegriffen werden können, machen die Körperschaftsteueroption nicht wesentlich praxistauglicher. Einen wirklichen An Schub könnte die Körperschaftsteueroption nur erhalten, wenn man auf die Anforderung des Übergangs von Sonderbetriebsvermögen verzichten würde, einen noch stärkeren, wenn man das Wahlrecht in beide Richtungen erlauben würde. Zum anderen ist aber auch die Abwehr all dieser Ansinnen berechtigt, solange Rechtsformabhängigkeiten in anderen Teilbereichen des Steuerrechts bestehen und das System der Körperschaftsteueroption nicht grundlegend umgestaltet wird.

Ein echtes Besteuerungswahlrecht nach dem Vorbild des US-amerikanischen Check the Box-Systems erschiene im System des deutschen Steuerrechts leichter rechtfertigungsfähig, wenn es dazu dienen würde, Qualifikationsunsicherheiten auszuräumen, also bei hybriden Rechtsformen die Frage entstehen würde, ob es sich um eine Körperschaft oder eine Personengesellschaft handelt. Dieses Problem hat für die Körperschaftsteueroption gegenwärtig aber nur wenig Gewicht. Die geltende Körperschaftsteueroption ist ein Gestaltungsmittel, das wegen seiner Unvollkommenheit und der hohen damit verbundenen Transaktionskosten nur für einen kleinen Kreis von Unternehmen interessant ist und seine Daseinsberechtigung nur als Brückentechnologie behalten sollte, bis ein Weg zu einer vollständigen rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung gefunden wird, die auch die Grunderwerbsteuer, die Erbschafts- und Schenkungsteuer und die Besteuerung grenzüberschreitender Sachverhalte soweit als möglich erfassen müsste.

Damit rückt die Bedeutung der Thesaurierungsrücklage in den Vordergrund. Sie ist mit dem UntStRef-ormG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912) mit erstmaliger Wirkung für den VZ 2008 eingeführt worden und sollte ebenfalls einen Schritt in Richtung Rechtsformneutralität durch eine Minderung der Belastungsunterschiede zwischen der Ertragsbesteuerung der Personengesellschaften und der Ertragsbesteuerung der Kapitalgesellschaften bewirken (Niehus/Wilke in HHR, § 34a EStG Rn. 1, 3 mit Verweis auf BR-Drucks. 220/07, 101). Mit der Vorstellung einer Angleichung an die für Kapitalgesellschaften geltende Besteuerungssystematik erklärt sich auch die Höhe des in § 34a Abs. 1 Satz 1 EStG geregelten Sondertarifs von 28,25 %. Er ist geprägt von der Wahrnehmung einer idealtypischen Steuerbelastung thesaurierter Gewinne bei Kapitalgesellschaften von 29,83 % (Niehus/Wilke in HHR, § 34a EStG Rn. 1). In gleicher Weise ist der Nachversteuerungssatz von 25 % dem gesonderten Tarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen des § 32d EStG nachgebildet.

Die Ausgestaltung der Vorschrift des § 34a EStG ist seit ihrer Einfügung im Schrifttum im Hinblick auf die Zielerreichung einer näherungsweise Belastungsneutralität berechtigt kritisiert worden, weil ihre Anwendung unter Berücksichtigung der Nachversteuerung zu einer höheren Gesamtsteuerbelastung führt als in einer vergleichbaren Konstellation bei ausgeschütteten Gewinnen aus einer Kapitalgesellschaft (Niehus/Wilke in HHR, § 34a EStG Rn. 3 mwN.).

b) Bedeutung zur Verbesserung der Eigenkapitalbasis

Sowohl die Ausübung des Wahlrechts des § 1a KStG zur Körperschaftsteueroption als auch die Wahrnehmung der Thesaurierungsbegünstigung des § 34a EStG schaffen einen Anreiz, Gewinne nicht zu konsumieren, sondern diese auch zu ertragsneutralen Reinvestitionszwecken bereit zu halten. Die Anreizwirkung ist aber nicht unmittelbar mit günstigen Reinvestitionen verknüpft. Zum einen müssen

nicht entnommene Mittel nicht reinvestiert werden und sie müssen auch nicht einem gebundenen Eigenkapital zuzuordnen sein. Zum anderen setzt die Begünstigung auch negative Anreize für volkswirtschaftlich möglicherweise günstigere inländische Alternativinvestitionen. Der Eintritt der verbleibenden positive Wirkung mit der Zielrichtung eines Verzichts auf Konsum und volkswirtschaftlich weniger erwünschte Alternativinvestitionen setzt zum einen voraus, dass die Anreizwirkung hinreichend groß ist und zum anderen, dass die Wahlrechte zumindest so attraktiv sind, dass sie in den vom Gesetzgeber erwarteten Konstellationen auch wahrgenommen werden. Bezogen auf das Wahlrecht der Thesaurierungsbegünstigung bedeutet dies, dass eine etwas höhere Gesamtsteuerbelastung noch durch einen Steuerstundungseffekt und damit einhergehende Liquiditätseffekte ausgeglichen werden kann. Darüber hinaus gehende Hürden sind hingegen im Hinblick auf ihre Erforderlichkeit zu überprüfen.

2. Bewertung der vorgesehenen Änderungen bei der Körperschaftsteueroption nach § 1a KStG

a) Erweiterung des Anwendungsbereichs [Art. 22 Nr. 1 a) aa) RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 12, 33]

Die Körperschaftsteueroption steht bislang nur Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften offen. In der Praxis bildete diese Grenze des persönlichen Anwendungsbereichs bisher kein bedeutendes Eintrittshindernis, weil durch Eintragung im Handelsregister, einen homogene Formwechsel oder die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters durch einen Einzelunternehmer der Weg zur optionseröffnenden Personenhandelsgesellschaft einfach war (Tiede in HHR, § 1a KStG Rn. 20). Gleichwohl war die Beschränkung auf Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften nicht nur aus "paternalistischen" Motiven im System der Vorschrift folgerichtig. Die Vorschrift beruht auf dem Konzept der Simulation einer Umwandlung nach den Vorschriften des Umwandlungssteuergesetzes, die ihrerseits an die Regelungen des Umwandlungsrechts anknüpfen. Es ist daher folgerichtig, dass nur solche Rechtsformen in die Option einbezogen werden, die vom Anwendungsbereich des Umwandlungsrechts erfasst werden. Nach Inkrafttreten des MoPeG sind eingetragene GbR im Umwandlungsrecht den Personenhandelsgesellschaften gleichgestellt (exemplarisch §§ 3, 191 UmwG in der am 1.1.2024 geltenden Fassung des MoPeG) und damit sind sie durch den dynamischen Verweis in § 1 UmwStG auch in den Anwendungsbereich des Umwandlungssteuerrechts einbezogen. Reine Innengesellschaften sollten darüber hinaus, wie vom Bundesrat in seiner Stellungnahme angeregt (Ziff. 33), nicht in den Anwendungsbereich des § 1a KStG einbezogen werden.

b) Option bei Gründung [Art. 22 Nr. 1 a) bb) RegE-WachstumschancenG]

Im geltenden Recht war wegen der vorgesehenen Antragsfristen zweifelhaft, ob die Körperschaftsteueroption auch für neugegründete Gesellschaften von Anfang ausgeübt werden kann. Diese Möglichkeit sollte bestehen. Daher ist die Änderung durch Ergänzung des § 1a Abs. 1 Satz 7 KStG-E zu begrüßen.

c) Sonderregel für "zurückbehaltene" Anteile an einer Komplementär-GmbH [Art. 22 Nr. 1 b) RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 12, 34]

Die Mechanik des § 1a KStG beruht gegenwärtig auf einer vollständigen Simulation eines umwandlungsrechtlichen Formwechsels. Die Vorschrift des § 1a Abs. 2 Satz 2 KStG enthält im geltenden Recht

deshalb nur einen Verweis auf die §§ 1 und 25 UmwStG. Diese Verweiskette führt weiter zu § 20 UmwStG, der zu der vom Änderungsvorschlag adressierten Frage keine Regelung enthält. Es hat sich zu dieser Vorschrift des § 20 UmwStG nur eine herrschende Meinung herausgebildet, nach der neben dem Gesellschaftsanteil auch die Wirtschaftsgüter der Sonderbetriebsvermögens übergehen müssen (Tiede in HHR, § 1a KStG Rn. 55). Diese Anforderung gilt als große Hürde für die Anwendung des § 1a KStG. Diese Hürde kann aber nicht durch eine einzelne extrem punktuelle Maßnahmen gesenkt werden. Eine solche Maßnahme könnte, wie der Bundesrat zutreffend in Ziff. 34 anmerkt, zu Rechtsunsicherheiten bei der Auslegung des § 20 UmwStG führen. Daher sollten entweder Änderungen in § 20 UmwStG vorgenommen werden, wenn sie dort folgerichtig sind, oder das System der Simulation eines Umwandlungsvorgangs insgesamt angegangen werden. Dann könnten auch bedeutendere Hürden systematisch konsequent gesenkt werden, wenn der Gesetzgeber das für erforderlich hält.

d) Keine Ausschüttungsfiktion vor Entnahme [Art. 22 Nr. 1 c) RegE-WachstumschancenG]

Im geltenden Recht gelten Gewinnanteile als ausgeschüttet, wenn sie entnommen werden oder ihre Auszahlung verlangt werden kann. Damit konnte an die Situation nach Ausschüttungsbeschluss und vor Auszahlung in einer Kapitalgesellschaft angeknüpft werden. Zutreffend ist aber, dass in einer optierenden Personengesellschaft kein Ausschüttungsbeschluss simuliert wird. Daher ist es folgerichtig, die Entnahmefiktion nicht bereits durch eine Anspruchsentstehung auszulösen. Diese Änderung der Vorschrift des § 1a Abs. 3 Satz 5 KStG trägt auch zur Attraktivität der Körperschaftsteuroption bei.

3. Bewertung der vorgesehenen Änderungen bei der Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG [Art. 4 Nr. 12, 14 e) RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 12]

Die in der vorgeschlagenen Neufassung des § 34a EStG vorgesehenen Änderungen lassen sich in zwei Dimensionen bewerten: zum einen hinsichtlich des der Klammer des Wachstumschancengesetz vorangestellten Ziels, Investitionsanreize zu schaffen und zum anderen hinsichtlich des Ziels der Verwirklichung rechtsformneutralen Besteuerung.

a) Verzögerter Eintritt des Zinslaufs bei nachträglicher Wahrnehmung der Vergünstigung

Mit der vorgeschlagenen Änderung des § 34a Abs. 1 Satz 3 EStG-E wird die Möglichkeit erhalten, den Antrag zur Inanspruchnahme der Thesaurierungsbegünstigung bis zur Unanfechtbarkeit des Einkommensteuerbescheids zu stellen und nur der Beginn des Zinslaufs durch den Verweis auf § 233a Abs. 2a AO aufgeschoben. Dies erscheint als geeignetes und auch verhältnismäßiges Mittel, um der von der Zielsetzung der Vorschrift nicht umfassten Gestaltung einer späten Antragsstellung zur Erzielung von Erstattungszinsen zu begegnen.

b) Einbeziehung der Gewerbe- und Einkommensteuerentnahmen in den Betrag des begünstigten, nichtentnommenen Gewinns

Im geltenden Recht gelten die Gewerbesteuer und die auf nicht entnommene Gewinne anfallende ermäßigte Einkommensteuer als entnommen und führen damit zur Nachversteuerung auch wenn keine Entnahmen getätigt worden sind. Diese Rechtsfolge gilt als einer der Hauptgründe für die mangelnde Attraktivität der Thesaurierungsbegünstigung. Die vorgeschlagene Änderung in § 34a Abs. 2 Satz 1 und 2 EStG-E sieht im Ergebnis eine Fiktion vor, nach der die gezahlte Gewerbesteuer und die

nach § 34a Abs. 1 EStG gezahlte Einkommensteuer als nichtentnommener Gewinn gelten. Dadurch erhöht sich der Betrag des begünstigten thesaurierten Gewinns über den Betrag des faktisch entnahmefähigen Gewinns hinaus.

Die Regelung ist einerseits zu begrüßen, weil sie die Attraktivität der Wahrnehmung des Wahlrechts der Thesaurierungsbegünstigung erhöht und auch die Thesaurierung selbst begünstigt. Es handelt sich um eine zielführende Maßnahme, um Anreize zu setzen, um Gewinne zur Reinvestition im Unternehmen zu belassen und die Eigenkapitalbasis zu erhöhen.

Zugleich erhöht sich durch die Regelungstechnik der Fiktion aber der Betrag des begünstigt besteuerten nicht entnommenen Gewinns. Die für die Gewerbesteuer und die Einkommensteuer verwendeten Gewinne bleiben damit einer Nachversteuerung unterworfen. Das ist folgerichtig im Vergleich zur Besteuerung ohne Thesaurierungsbegünstigung und stimmig mit der Zielsetzung durch die Thesaurierungsbegünstigung nur eine Steuerstundung zu gewähren. Es führt aber auch dazu, dass die "stille Last" der Nachversteuerung, über das Volumen der entnahmefähigen Gewinnrücklagen hinauswachsen kann und umso gewichtiger auf dem Risiko eines die Nachversteuerung auslösenden Ereignisses lastet.

c) Erweiterung der Nachversteuerungstatbestände in § 34a Abs. 6

Die in § 34a Abs. 6 EStG-E vorgeschlagenen Erweiterungen der Nachversteuerung sind im System des § 34a EStG nachvollziehbar, folgerichtig und zu dessen Fortentwicklung wohl auch notwendig. Sie erhöhen aber wiederum das Gewicht der stillen Lasten im festgestellten begünstigten Betrag und dokumentieren die Nachteile der Thesaurierungsbegünstigung in einer durch den negativen Anreiz der Nachversteuerung induzierten Beschränkung der Handlungsfreiheiten.

d) Erweiterung der Nachversteuerungstatbestände in § 34a Abs. 7

Der in § 34a Abs. 7 EStG-E geregelte quotale Übergang des nachversteuerungspflichtigen Betrags stellt eine folgerichtige Weiterentwicklung der Möglichkeit dar, den nachversteuerungspflichtigen Betrag beim Rechtsnachfolger fortzuführen. Der gewählte Weg könnte eine Blaupause für weitere Möglichkeiten des Rückbaus die Nachversteuerungspflicht ohne Entnahme auslösende Ereignisse bilden.

e) Verfahrensrechtliche Korrespondenz zwischen Änderungen der Feststellung des nachversteuerungspflichtigen Betrags und Änderung der Einkommensteuerfestsetzung in § 34a Abs. 11

Die Änderungsvorschrift des § 34a Abs. 11 wird durch die Aufnahme einer Änderungsmöglichkeit der Einkommensteuerfestsetzung bei Änderung der Feststellung des nachversteuerungspflichtigen Betrags folgerichtig ergänzt.

f) Berücksichtigung der Thesaurierungsbegünstigung im Vorauszahlungsverfahren

Aufgreifen sollte der Gesetzgeber den Vorschlag des Bundesrates (Ziff. 13), die Begünstigung der nicht entnommenen Gewinne nach § 34a EStG durch Aufhebung des § 37 Abs. 3 Satz 4 EStG bereits im Vorauszahlungsverfahren berücksichtigen zu können.

g) Zum Vorschlag einer Änderung der Verwendungsreihenfolge

Wie im geltenden Recht regelt die Vorschrift des § 34a Abs. 4 EStG-E, dass jede über die Einlagen eines Wirtschaftsjahres hinausreichend Entnahme zur Nachversteuerung führt, soweit in dieser Höhe noch ein nachversteuerungspflichtiger Betrag besteht. Das gilt auch dann, wenn der entnahmefähige Betrag höher ist als der festgestellte nachversteuerungspflichtige Betrag. Steuerfreie Gewinne und Altrücklagen können nicht zuerst, zur Vermeidung einer Nachversteuerung, entnommen werden. Im System des § 34a EStG bildet diese "Verwendungsreihenfolge" indessen keinen Widerspruch. Sie scheint sogar systemgerecht, wenn man anerkennt, dass es sich bei der Thesaurierungsbegünstigung um eine Steuerstundung handelt, bei der der Gesetzgeber bestimmen kann, dass sie aufgehoben wird, wenn sich das Förderziel, nämlich Anreize zur Eigenkapitalbildung zu setzen, durch Entnahmen, gleich aus welchem "Topf", erschöpft hat. Mit Weitsicht, und vor allem dies spricht für diese "Verwendungsreihenfolge", erscheint es sogar klüger für den Steuerpflichtigen, den nachversteuerungspflichtigen Betrag, wenn Entnahmen getätigt werden, mit diesen so früh wie möglich wieder abzubauen und damit auch das Volumen der "stillen Last" und das Gewicht des Risikos des Eintritts und der Wirkungen der die Nachversteuerung auslösenden Ereignisse zu senken. Auf der anderen Seite darf nicht verkannt werden, dass diese Verwendungsreihenfolge den Anreiz, die Thesaurierungsvergünstigung in Anspruch zu nehmen, mindern kann und damit auch das mit § 34a EStG verfolgte Ziel, Anreize für die Eigenkapitalbildung zu setzen weniger gut erreicht wird. Zudem entstehen, gelegentlich nicht notwendig rational, massive Anreize, vor der Wahrnehmung der Option, alle Altrücklagen und später alle steuerfrei zufließenden Gewinne sofort zu entnehmen und dem Unternehmen damit rein steuergetriebenen Eigenkapital zu entziehen.

Der Gesetzgeber sollte aus den vorangehend dargestellten und für die im Regierungsentwurf vorgesehene und zum geltenden Recht unveränderte Ausgestaltung der Verwendungsreihenfolge sprechenden Gründe, diese nicht unreflektiert allein in der Hoffnung einer Attraktivitätssteigerung der Thesaurierungsbegünstigung ändern. Er sollte zuvor alternative Möglichkeiten in Erwägung ziehen, die Nachversteuerungsbelastung zu mildern. Denkbar sind etwa Mischformen der Verwendungsreihenfolge mit relativen oder absoluten Grenzen für die Verwendung von steuerfreien Rücklagen und Altrücklagen. Und denkbar ist auch, andere Ausgestaltungswege der Nachversteuerung zu suchen, die für kleinere und mittlere und in Konjunkturschwächephase weniger gewinnstarke Unternehmen etwa beim Nachversteuerungstarif ansetzen könnten, um die Attraktivität der Wahrnehmung der Thesaurierungsbegünstigung insgesamt zu erhöhen. .

h) Ergänzender Vorschlag der Berücksichtigung eines individuellen Steuersatzes bei der Nachversteuerung ("Günstigerprüfung")

Im Schrifttum ist bereits darauf hingewiesen worden, dass sich die Konzeption der Nachversteuerung in § 34a EStG zwar der Höhe nach am Modell des gesonderten Steuertarifs für Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 32d Abs. 1 Satz 1 EStG orientiert, aber nicht die dort in § 20 Abs. 6 Satz 1 vorgesehene Günstigerprüfung aufgreift (Niehus/Wilke in HHR, § 34a EStG Rn. 7 mit Verweis auf Benz/Hannig, StbJb 2020/21, 49, 60 f.). Unmodifiziert passt diese Günstigerprüfung nicht in das System des § 34a EStG. Aber die Thesaurierungsbegünstigung könnte für Steuerpflichtige, die nicht dauerhaft ein zu versteuerndes Einkommen in den oberen Proportionalzonen des Einkommensteuertarifs aufweisen, auf andere Weise wesentlich attraktiver ausgestaltet und zugleich die Lasten der Nachversteuerung dadurch für diese Gruppe gemildert werden. Denkbar wäre etwa, für die Nachversteuerung den Fünfjahresdurchschnitt des Durchschnittssteuersatzes oder des Grenzsteuersatzes des Steuerpflichtigen zum Ausgangspunkt zu nehmen, von diesem die Vorbelastung durch den begünstigten Tarif von 28,25 % abzuziehen und diesen Satz zum Ausgangspunkt für den Nachversteuerungssatz zu nehmen.

Der Gesetzgeber wäre frei darin, diesen Satz weiter um einen fixen oder thesaurierungsbezogenen Zuschlag für die in Anspruch genommene Steuerstundung zu erhöhen. Ebenso zielführend sind die weiteren im Schrifttum bereits unterbreiteten Vorschläge einer stärkeren Berücksichtigung des Individualsteuersatzes bei der Nachversteuerung (Ley, DStR 2023, 2025, 2033). Sie könnten das Gewicht der Nachversteuerung nicht nur für kleinere und mittlere, sondern auch für größere Unternehmen in gewinnschwachen Jahren dämpfen und könnten bei geeigneter Ausgestaltung möglicherweise mildere Haushaltswirkungen entfalten als eine Änderung der Verwendungsreihenfolge.

III. Änderungen bei der Zinsschranke und Einführung einer Zinshöhenschranke [Art. 5 Nr. 5 - 6, 19, Art. 23 Nr. 5 - 6 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 15]

1. Vorüberlegung: Fehlende Finanzierungsneutralität und Begünstigung von Fremdfinanzierungen im System des Ertragsteuerrechts

Das deutsche Ertragsteuerrecht ist nicht finanzierungsneutral ausgestaltet. Während das Entgelt für die Überlassung von Fremdkapital (Zinsen) grundsätzlich Aufwand darstellt, als Betriebsausgabe abgezogen werden kann und damit im Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerrecht die Bemessungsgrundlage vollständig und im Gewerbesteuerrecht zumindest zu einem größeren Teil mindert, sind die Vergütungen für Eigenkapital (zB. Dividenden) nicht als Betriebsausgabe abzugsfähig und mindern die steuerliche Bemessungsgrundlage damit nicht. Zugleich werden beim inländischen Vergütungsgläubiger trotz dieser unterschiedlichen Vorbelastung Eigen- und Fremdkapitalvergütungen mit der einheitlichen proportionalen Abgeltungsteuer gleichbelastet. Diese Ungleichbehandlung verstärkt sich in grenzüberschreitenden Sachverhalten, weil Fremdkapitalvergütungen, die an ausländische Gläubiger fließen, bereits nach den inländischen Anknüpfungsregeln nur in Ausnahmefällen in Deutschland besteuert werden, während für Eigenkapitalvergütungen grundsätzlich ein inländisches (Quellen-)Besteuerungsrecht begründet und nur unter Geltung und unter den Voraussetzungen von Regelungen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung oder in der Europäischen Union durch Richtlinien ausgestalteten Aufteilungsregeln zurückgenommen wird.

Aus dieser Ungleichbehandlung ergibt sich ein erhebliches Belastungsgefälle, das Fremdfinanzierungen bei einer Nachsteuerbetrachtung wesentlich günstiger erscheinen lässt als Eigenkapitalfinanzierungen. Die fehlende Finanzierungsneutralität des deutschen Steuerrechts ist auch ein Grund für die mit hohen Transaktionskosten verbundene Entwicklung hybrider Finanzinstrumente, die bankaufsichts- und handelsrechtlich als Eigenkapital und steuerrechtlich als Fremdkapital erscheinen sollen. In grenzüberschreitenden Sachverhalten schafft die fehlende Finanzierungsneutralität schließlich Anreize zur Verlagerung von Steuersubstrat in Staaten mit niedrigerem Steuerniveau, die bei Eigenkapitalvergütungen wegen eines weiterreichenden Quellenbesteuerungsrechts nicht mit gleicher Kraft wirken.

Der deutsche und der europäische Gesetzgeber haben immer wieder nach Wegen gesucht, das Belastungsgefälle zwischen Eigen- und Fremdkapitalvergütungen zu verringern. In einem früheren Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD war Finanzierungsneutralität als steuerrechtspolitische Zielsetzung prominent enthalten (vgl. Hey, in Tipke/Lang, Rn. 7.78). Und die Europäische Kommission hat im vergangenen Jahr einen Richtlinienvorschlag (sog. "DEBRA") vorgelegt, der sich mit

weitreichenden Maßnahmen dem Ziel der Herstellung von Finanzierungsneutralität widmet, um Anreize zu setzen, um die Eigenkapitalbasis der europäischen Unternehmen zu stärken².

Das Ziel der Finanzierungsneutralität lässt sich im Steuerrecht auf zwei Wegen verfolgen, die auch kombiniert werden können. Der eine, im deutschen Schrifttum intensiver diskutierte Weg, besteht in einer Entlastung bei der Besteuerung von Eigenkapitalvergütungen. Bereits jede Senkung der Körperschaftsteuer mindert das Belastungsgefälle. Das gilt auch für die Vorschläge, die Eigenkapitalvergütung nach besonderen Maßstäben wie Fremdkapitalvergütungen in der Berechnung der Bemessungsgrundlage mindernd zu berücksichtigen. Ein Beispiel hierfür findet sich im Modell der Allowance for Corporate Equity (ACE), das in den Steuerwissenschaften in verschiedenen Ausgestaltungen diskutiert wird (zu den verschiedenen Modellen Heckemeyer/Nippel, *StuW* 2023, 317, 318 ff.). Der andere Weg besteht darin, die Steuerbelastung für Fremdkapitalvergütungen auf das Niveau der Belastung für Eigenkapitalvergütungen heraufzuschleusen, etwa indem der Betriebsausgabenabzug ganz oder teilweise versagt wird. Der Vorschlag der Kommission vom 11.5.2022 sucht beide Wege, eine besondere Form der ACE und ein Betriebsausgabenabzugsverbot für Fremdkapitalvergütungen zu kombinieren, dies nicht mit dem Ziel der Missbrauchsbekämpfung, sondern mit dem Ziel der Stärkung der Eigenkapitalbasis der Unternehmen. Im Schrifttum ist der Vorschlag kontrovers diskutiert worden (mit eingehender Analyse Heckemeyer/Nippel, *StuW* 2023, 317, 318 ff.; Ismer, *DStR* 2022, 1457; Maciejewski, *Ubg* 2022, 453; Schober, *FR* 2022, 874).

In diesem größeren Zusammenhang sind auch die Modifikationen der Zinsschranke und der Vorschlag zur Einfügung eines § 4l EStG (Zinshöhenschranke) zu bewerten. Die vor der Entstehung unionsrechtlicher Vorgaben mit dem UntStRefG 2008 eingeführte Zinsschranke ist keine reine Missbrauchsnorm (zutreffend Hick in *HHR*, § 4h EStG Rn. 5). Sie war zur Gegenfinanzierung einer Absenkung des Körperschaftsteuersatzes und der Einführung der Thesaurierungsbegünstigung und nur auch zur Bekämpfung insbesondere grenzüberschreitender Finanzierungsgestaltungen und anderer missbräuchlicher Gestaltungen eingeführt worden (BT-Drucks. 16/4841). Und sie hat 2008 die steuerlichen Grundsätze der Unternehmensfinanzierung (Hick in *HHR*, § 4h EStG Rn. 5) neu strukturiert. Die unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 4 der ATAD³ verorten die Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Zinszahlungen zwar im Kapitel über Maßnahmen zur Bekämpfung der Steuervermeidung, sie lassen aber einen weiten Umsetzungsspielraum und reduzieren die Zinsschranke ebenfalls nicht auf eine reine Missbrauchsnorm. Die Zinshöhenschranke muss ebenfalls nicht als reine Missbrauchsnorm verstanden werden. Sie kann mit ähnlichen Zielen verbunden und könnte auch mit dem weiteren Ziel der Vereinfachung verknüpft werden. Fortentwickelt könnte sie eine streitvermeidende Wirkung im besonders konflikträchtigen Feld der Verrechnungspreisbestimmung bei Finanzierungsbeziehungen zwischen nahestehenden Personen erfüllen.

2. Angleichung der Zinsschranke an die ATAD und weitere vorgesehenen Maßnahmen

² Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von Vorschriften für einen Freibetrag zur Reduzierung der steuerlichen Begünstigung von Fremd- gegenüber Eigenkapitalfinanzierungen und für die Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Zinsen für Körperschaftsteuerzwecke, Europäische Kommission v. 11.5.2022, COM(2022) 216.

³ Richtlinie (EU) 2016/1164 v. 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. L 193/1 v. 19.7.2016.

**a) Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs im Begriff der Zinsaufwendungen
[Art. 5 Nr. 5 c) aa) RegE-WachstumschancenG]**

Im geltenden Recht wird seit der Einführung der Zinsschranke mit dem UntStRefG 2008 der Begriff der Zinsaufwendungen definiert als Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben. Die Definition der "Fremdkapitalkosten" in Art. 2 Abs. 1 ATAD ist weiter gefasst. Mit der im RegE vorgeschlagenen Neufassung des § 4h Abs. 3 Satz 2 RegE werden auch Bereitstellungszinsen und Kreditvermittlungsgebühren erfasst, die nach der Rechtsprechung des BFH nicht von der Vorschrift in ihrer geltenden Form umfasst waren (BFH v. 22.3.2023 - XI R 45/19). Da sich diese Definition auf das Pflichtprogramm des Art. 4 ATAD beziehen, hat Deutschland hier keinen Umsetzungsspielraum. Der Regierungsentwurf sieht im Vorschlag zur Erweiterung des § 4h Abs. 3 Satz 2 RegE eine richtlinienkonforme und richtliniengebotene Angleichung der Zinsschranke an die ATAD vor. Der Vorschlag sieht zugleich einen statischen Verweis vor, der bei einer Änderung der ATAD neuen Handlungsbedarf auslöst, der ATAD aber zugleich Vorwirkung verschafft.

**b) Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs im Begriff der Zinserträge
[Art. 5 Nr. 5 c) bb) RegE-WachstumschancenG]**

Ebenfalls richtlinienkonform und richtliniengeboten ist die Angleichung der Definition des Zinsertrags in § 4h Abs. 3 Satz 3 EStG. Anders als bei Satz 2 nimmt der Gesetzgeber hier keinen statischen Verweis vor. Er sollte ihn auch nicht ergänzen. Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung folgt bereits aus dem Änderungsanlass.

**c) Streichung der Regelung über die Berücksichtigung von Auf- und Abzinsungen
[Art. 5 Nr. 5 c) cc) RegE-WachstumschancenG]**

Die Regelung des § 4h Abs. 3 Satz 4 EStG wird mit der Erweiterung des Zinsaufwendungsbegriffs entbehrlich und kann folgerichtig wie im RegE vorgeschlagen gestrichen werden.

d) Missbrauchsvermeidung der Umgehung des persönlichen Anwendungsbereichs durch eine Anti-Fragmentierungs-Regel [Art. 5 Nr. 5 b) aa) aaa) RegE-WachstumschancenG zu § 4h Abs. 2 Satz 1 a]

Die unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 4 Abs. 1 ATAD schreiben den Mitgliedstaaten keine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Zinsschranke vor. Mit der Freigrenze von 3 Mio. Euro. in § 4h Abs. 2 Buchst. a) EStG, der Stand-Alone-Klausel in § 4h Abs. 2 Buchst. b) EStG und dem Eigenkapital-Escape in § 4h Abs. 2 Buchst. c) EStG nimmt Deutschland in der ATAD vorgesehene Mitgliedstaatenwahlrechte wahr, um den persönlichen Anwendungsbereich in den Grenzen dieser Mitgliedstaatenwahlrechte einzuschränken.

Die Freigrenze des § 4h Abs. 2 Buchst. a) EStG war bereits vor Inkrafttreten der ATAD in § 4h EStG idF. UntStRefG 2008 zunächst iHv. 1 Mio. Euro als Mittelstandskomponente enthalten. Mit dem Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung v. 16.7.2009 wurde die Freigrenze auf 3 Mio. Euro angehoben. Dies ist auch der höchstmögliche Betrag, den nunmehr das in der ATAD eingeräumte Mitgliedstaatenwahlrecht erlaubt. Die Freigrenze ist im geltenden Recht betriebsbezogen ausgestaltet und stellt ohne weitere Prüfung der weiteren Ausnahmetatbestände in § 4h Abs. 2 Buchst. b und c EStG Fremdfinanzierungen von der Zinsschranke frei. Bei einem Zinssatz von 5 % ergibt sich daraus, dass bis zu 60 Mio. Euro Finanzierungsvolumen pro Betrieb keine Prüfung der weiteren Anwendungsvoraussetzungen der Zinsschranke notwendig wird.

In der Praxis haben sich schon früh Gestaltungen etabliert, um die Freigrenze zu vervielfältigen (Hick in HHR § 4h EStG Rn. 41 mwN.). Ihre starke Verbreitung kann dazu führen, dass der Rechtfertigungsgrund der Bereichsausnahme der Freigrenze im Ziel der Entlastung kleiner und mittelständischer Unternehmen vor dem Gleichheitssatz in Frage zu stellen ist. Es erscheint daher bereits aus der Perspektive des nationalen Rechts geboten, die Möglichkeiten der Vervielfältigung der Freigrenze auf den zur Erreichung des Zwecks dieser Freigrenze gebotenen Umfang zu begrenzen.

Um die Bedeutung des Änderungsvorschlags einzuschätzen, ist zunächst die Freigrenze in das Ausnahmesystem des § 4h Abs. 2 EStG einzuordnen. Eine Überschreitung der Freigrenze führt für sich nämlich noch nicht zur Anwendung der Zinsschranke, sie führt aber zum Erfordernis der Prüfung der weiteren Anwendungs- und Ausnahmevoraussetzungen. Eine zentrale Funktion der Freigrenze besteht deshalb darin, kleine und mittlere Unternehmen von der Prüfung der weiteren Anwendungs- und Ausnahmevoraussetzungen insgesamt zu entlasten. Diese Funktion dürfte in der Masse der typischen Fälle unverbundener kleiner und mittelständischer Unternehmen auch im Rahmen der vorgeschlagenen Anti-Fragmentierungsklausel noch gewährleistet sein.

Für die anderen Fälle ist daran zu erinnern, dass die Zinsschranke auch nach Überschreiten der Freigrenze nicht greift, wenn der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört und selbst wenn diese Konzernzugehörigkeit besteht, nicht greift wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs nicht niedriger als die des Konzerns ist. Freilich stehen diese beiden Ausnahmen wiederum - *bislang im geltenden Recht* - unter dem Vorbehalt des § 8a Abs. 2 und 3 KStG, dass an zu mehr 25 % beteiligte Gesellschafter oder diesen nahestehende Personen nicht mehr als 10 % des Zinsaufwandssaldos der Gesellschaft fließen. Dieses Gesamtsystem fügt sich in die Ziele des Gesetzgebers, Anreize zu setzen, um der Gesellschaft Eigenkapital anstelle von Fremdkapital zuzuführen.

In seiner Zielrichtung ist der Vorschlag einer Anti-Fragmentierungs-Regel für die Freigrenze daher weder verfassungs- noch unionsrechtlich zu beanstanden und bildet vielmehr eine folgerichtige Schärfung der Funktion der Freigrenze als mittelstandsbezogene Ausnahmeregelung.

Möglichen besonderen Belastungen, insbesondere der Immobilien- und der Private Equity-Industrien, in denen sich die Gestaltungen zur Vervielfältigung der Freigrenze besonders intensiv etabliert haben, könnte der Gesetzgeber aber durch eine großzügigere Übergangsfrist Rechnung tragen. Die im RegE vorgeschlagene Übergangsvorschrift sieht eine Geltung bereits für alle nach dem 31.12.2023 beginnenden Wirtschaftsjahre vor, wenn das Gesetz vor diesem Stichtag im Bundesgesetzblatt verkündet wird. Das erscheint insbesondere mit Blick auf die besonderen Transformationsbelastungen der Immobilienindustrie zu kurzfristig.

Bewusst sein müssen dem Gesetzgeber auch die möglichen, aber wohl unvermeidlichen Rechtsunsicherheiten, die aus der Verwendung der nicht näher definierten Begriffe der Gleichartigkeit und der einheitlichen Leitung entstehen (mit Beispielen Wagner, DB 2023, 2330, 2331 ff.). Bezogen hierauf ist darauf zu vertrauen, dass die Verwaltungspraxis mit den bereits in der Regierungsbegründung aufgezeigten Parallelen zu § 4 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 KStG und § 290 Abs. 2 HGB (BT-Drucks. 20/8628, 131) Leitlinien entwickelt, die dann durch Rechtsprechung nachgeschärft werden können. Auch um der Verwaltungspraxis für die Entwicklung dieser Leitlinien Zeit zu geben, sollte über eine längere Übergangsfrist nachgedacht werden. Weitere Rechtsunsicherheiten, die aus den unscharfen Richtlinienvorgaben folgen, lassen sich ebenfalls nicht vermeiden. Gleichwohl erscheint insgesamt eine Maßnahme zur Begegnung der ausufernden Gestaltungen zur Vervielfältigung der Freigrenze geboten.

e) Modifikation der Stand-Alone-Klausel [Art. 5 Nr. 5 b) aa) aaa) RegE-WachstumschancenG zu § 4h Abs. 2 Satz 1 b) und Art. 23 Nr. 5 b) RegE-WachstumschancenG zu § 8a KStG]

Der Regierungsentwurf sieht neben der Begrenzung des Anwendungsbereichs der Freigrenze auch eine Modifikation der Stand-Alone-Klausel vor, die im Zusammenhang mit der Streichung der Rückausnahme in § 8a Abs. 2 KStG für Gesellschaftsfremdfinanzierungen zu sehen ist. Der Regelungsvorschlag übernimmt die Vorgabe der ATAD hier nicht wörtlich. Sie lautet in Art. 4 Abs. 3 UA 3 ATAD "(...) bezeichnet der Ausdruck 'eigenständiges Unternehmen' einen Steuerpflichtigen, der nicht Teil einer zu Rechnungslegungszwecken konsolidierten Gruppe ist und der weder über ein verbundenes Unternehmen noch über eine Betriebsstätte verfügt". Der Vorschlag im RegE transformiert diese Vorgabe in die eigenen Kategorien des deutschen Rechts. Es kommt nun nicht mehr auf die Konzernzugehörigkeit an, sondern maßgeblich wird die Frage, ob ein Gesellschafter die Beteiligungsschwelle von 25 % überschreitet. Aus diesem Grund konnte auch die Rückausnahme in § 8a Abs. 2 KStG gestrichen werden. Hinsichtlich dieses Vorschlags lässt sich wegen der bunten Vielfalt der Lebenswirklichkeit noch nicht sicher abschätzen, welche Folgen er in der Praxis haben wird. Erste auf die vorgeschlagene Neuregelung bezogene Gestaltungsüberlegungen sind schon angestellt worden und weisen auf Verengungen und Verbreitungen Rückausnahme von der Stand-Alone-Ausnahme hin (Wagner, DB 2023, 2333, 2335).

f) Modifikation des Konzernbegriffs für die Anwendung des Eigenkapitalquotenvergleichs [Art. 5 Nr. 5 b) aa) aaa) und Art. 23 Nr. 5 c) RegE-WachstumschancenG]

Die vorgeschlagene Eingrenzung des geltenden § 4h Abs. 3 Satz 5 EStG und Streichung des geltenden § 4h Abs. 3 Satz 6 EStG schränkt die Relevanz des EK-Quotenvergleichs auf tatsächlich konsolidierte Konzerne ein. Dies entspricht den zwingenden Vorgaben der ATAD.

Eine alternative Möglichkeit, die die ATAD als Mitgliedstaatenwahlrecht zur Milderung der Fallbeilwirkung des EK-Quotenvergleichs in der Zinsschranke eröffnet, bleibt im Regierungsentwurf indessen ungenutzt. Nach Art. 4 Abs. 5 ATAD könnte der Gesetzgeber auch vorsehen, dass nicht verrechenbare Finanzierungsaufwendungen entsprechend der Eigenkapitalquoten auf die einzelnen Betriebe verteilt werden. Diese Option erscheint material milder, wäre aber formell mit höherem Verwaltungsaufwand für die Unternehmen und die Verwaltung verbunden.

g) Verrechenbarkeit eines nicht verbrauchten EBITDA-Vortrags [Art. 5 Nr. 5 d) RegE-WachstumschancenG]

Die vorgeschlagene Ergänzung des geltenden § 4h Abs 5 EStG zum Schicksal eines EBITDA-Vortrags bei Aufgabe oder Übertragung eines Betriebs in den Fällen der Aufgabe oder Übertragung eines Teilbetriebs erscheint mit der gefundenen Lösung eines quotalen Untergangs folgerichtig.

h) Inanspruchnahme des Mitgliedstaatenwahlrechts für Infrastrukturprojekte [Art. 5 Nr. 5 e) RegE-WachstumschancenG]

Mit der vorgeschlagenen Ergänzung des § 4h EStG um einen Absatz 6 kann ein Mitgliedstaatenwahlrecht der ATAD für eine Bereichsausnahme für die Finanzierung öffentlicher Infrastrukturprojekte in Anspruch genommen werden. Folgerichtig erscheint der Ausschluss der auf dieses Projekt entfallenden Aufwendungen und Erträge bei der Ermittlung des verrechenbaren EBITDA.

i) Weitere Möglichkeiten zur Fortentwicklung: Freigrenze und EBITDA-Vortrag

Nicht im Regierungsentwurf enthalten ist eine mögliche Regelung zur Feststellung eines EBITDA-Vortrags in den Wirtschaftsjahren, in denen die Freigrenze des § 4h Abs. 3 Satz 1 Buchst a) EStG unterschritten wird. Der Gesetzgeber könnte in Erwägung ziehen, eine solche Möglichkeit zu schaffen und dadurch auch Folgerungen aus der Einführung der Anti-Fragmentierungs-Regel nutzen. Wird der Anwendungsbereich der Freigrenze wie im RegE vorgeschlagen durch die Anti-Fragmentierungs-Regel eingeengt und werden Gestaltungen mit der Freigrenze unterbunden, sinken möglicherweise die fiskalischen Hürden, um für kleine und mittelständische Unternehmen eine Belastungsmilderung dadurch zu schaffen, dass ihnen ermöglicht wird, ein EBITDA-Polster aufzubauen, solange sie noch nicht auf Fremdfinanzierungen in größerem Umfang angewiesen sind, das bei einer späteren Freigrenzenüberschreitung genutzt werden könnte.

j) Unions- und Verfassungsmäßigkeit der vorgeschlagenen Änderungen

Mit den vorgeschlagenen Änderungen der Zinsschrankenregelung nimmt der Gesetzgeber nur für Finanzierungsaufwendungen für öffentliche Infrastrukturprojekte ein in der ATAD eingeräumtes Mitgliedstaatenwahlrecht neu wahr. Die übrigen Anpassungen erfolgen überwiegend, um Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Zinsschranke, die bereits vor Inkrafttreten der ATAD bestanden und in der geltenden ATAD nur auf Mitgliedstaatenwahlrechte gestützt werden können, auf den zulässigen Rahmen dieser Mitgliedstaatenwahlrechte zurückzuführen oder um gesetzliche Definitionen an die Begriffsvorgaben der ATAD anzugleichen. Bezogen auf diese Maßnahmen stellen sich keine neuen Fragen zur Vereinbarkeit der wahrgenommenen Umsetzungsspielräume mit den Maßstäben des Grundgesetzes. Für Körperschaften und die zwingenden Vorgaben der ATAD greift der Anwendungsvorrang des Unionsrechts.

Jenseits des Anwendungsbereichs der ATAD und der unionsrechtlichen Vorgaben und innerhalb der durch Mitgliedstaatenwahlrechte eröffneten Gestaltungsfreiheit bleibt die Vereinbarkeit der Zinsschranke sowohl mit dem Grundgesetz als auch mit dem Unionsrecht im deutschen Schrifttum umstritten (zum Meinungsstand Hick in HHR, § 4h EStG Rn. 6).

Durch die vorgeschlagenen Änderungen an der Zinsschranke verändern sich die unions- und verfassungsrechtlichen Risiken aber nicht wesentlich gegenüber der bisherigen Rechtslage. Zugleich gebieten im Anwendungsbereich der ATAD die bestehenden Widersprüche zu deren zwingenden Vorgaben ein gesetzgeberisches Handeln. Dem Gesetzgeber kann daher nicht geraten werden, die vorgeschlagenen Anpassungen der Vorschrift bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren 2 BvL 1/16 aufzuschieben.

3. Einführung einer Zinshöhenschranke [Art. 5 Nr. 5 e) RegE-WachstumschancenG]

Die im RegE unter der Überschrift "Zinshöhenschranke" neu vorgeschlagene Vorschrift eines 4l EStG regelt in Abs. 1 Satz 1 eine an einen Höchstzinssatz geknüpfte betragsmäßige Obergrenze für den Betriebsausgabenabzug für Zinsaufwendungen. Abs 1 Satz 3 beschränkt den Anwendungsbereich auf solche Zinsaufwendungen, die ihre Grundlage in einer Geschäftsbeziehung zwischen nahestehenden Personen haben. Der Höchstsatz wird in Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 bestimmt durch den Basiszinssatz nach § 247 BGB zzgl. 2 %. In Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 eröffnet die Vorschrift die Möglichkeit, einen höheren Höchstsatz anzuwenden, dies unter der Voraussetzung, dass der Steuerpflichtige nachweist,

dass sowohl der Gläubiger als auch die oberste Muttergesellschaft iSd. § 4 Abs. 3 des Mindeststeuergesetzes sich nur zu einem höheren Zinssatz hätte refinanzieren können. In Satz 4 wird die Betriebsausgabenabzugsbeschränkung insgesamt unter den Vorbehalt der Substanzlosigkeit des Gläubigers gestellt und dieser Vorbehalt wird wiederum in Satz 5 unter den Vorbehalt eines ausreichenden Informations- und Amtshilfeniveau gestellt. Abs. 2 regelt die Rechtsfolgen einer Veränderungen des Basiszinssatzes nach Vertragsschluss.

Der zuletzt für den Stichtag 1.7.2023 festgesetzte Basiszinssatz betrug 3,12 %. Zum vergleichbaren Stichtag 3.7.2023 lag der 3-Monats-Euribor bei 3,597 % und der 12-Monats-Euribor bei 4,145 %. Der Zinssatz für langfristige Unternehmensanleihen bester Bonität (Zinssatz nach IAS 19.78), also der Zins, den Unternehmen bester Bonität durchschnittlich am Kapitalmarkt für langfristige Finanzierungen bezahlen müssen, der zugleich einen Rechnungszins für IFRS/US-GAAP-Bewertungen bildet, lag zum ähnlichen Stichtag bei 4,01 %.

a) Typisierungs- oder Missbrauchsvorschrift

Die Regierungsbegründung erklärt die Vorschrift mit Gestaltungsmöglichkeiten, die zur Gewinnverlagerung ins niedrig besteuerte Ausland genutzt werden. Bei aggressiven Gestaltungen unter Zwischenschaltung substanzloser Gesellschaften solle der Betriebsausgabenabzug deshalb durch § 4I EStG beschränkt werden. Zugleich soll parallel die Vorschrift des § 1 AStG für die Verrechnungspreisbestimmung gelten, der Höchstzinssatz aber eine vGA ausschließen, weil er nicht auf gesellschaftsrechtlicher Veranlassung beruhe (BT-Drucks. 20/8628, 133).

Mit ihrem Regelungsprogramm, der Erstreckung ihres Anwendungsbereichs auf rein inländische Sachverhalte und dieser Begründung changiert die Vorschrift zwischen den Zielen einer Streitvermeidenden Typisierung des angemessenen Zinssatzes zwischen nahestehenden Personen und den Zielen einer Missbrauchsbekämpfungsvorschrift, die versucht, allein missbräuchliche Sachverhaltskonstellationen zu erfassen.

Wie sich in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (exemplarisch BFH v. 18.5.2021 - I R 4/17 und BFH v. 22.2.2023 - I R 27/20) und auch in der Auseinandersetzung im Schrifttum mit dieser Rechtsprechung (Grotherr, DStZ 2022, 104; Martini, Ubg 2021, 722; Schaden/Käshammer, IStR 2022, 1) und der nachfolgenden Verwaltungspraxis gezeigt hat, ist die Bemessung der Verrechnungspreise für Fremdfinanzierungsverhältnisse zwischen nahestehenden Personen, insbesondere im Konzern besonders streitanfällig. Dies liegt unter anderem auch daran, dass sich die Bonität einer konzernangehörigen Gesellschaft nur schwer unabhängig von ihrer Einbettung in den Konzern beurteilen lässt und daher übliche Fremdvergleichsmaßstäbe versagen.

Diese Schwierigkeiten können es rechtfertigen, eine Typisierung des Betriebsausgabenabzugs für Zinsaufwendungen zu regeln, die auch in der Form einer einem Gegenbeweis zugänglichen Abzugsobergrenze ausgestaltet werden kann. Nicht weniger vorzugswürdig ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Alternative einer Verrechnungspreisbemessung, die sich an internationalen Grundsätzen orientiert. Am wenigsten überzeugend ist aber die Ausgestaltung einer Zinshöhenschranke als Missbrauchsvermeidungsnorm, wenn sie mögliche Missbräuche nicht zielgenau erkennt und erfasst.

Im Folgenden soll daher die Zinshöhenschranke als Typisierung des Betriebsausgabenabzugs mit Vereinfachungszweck und mit dem Ziel der Streitvermeidung gewürdigt werden. Vor dem Gleichheitssatz lässt sich die Vorschrift dann rechtfertigen, wenn sich in ihr eine Durchschnittsnorm fixieren lässt und die Typisierung sich als verhältnismäßig, also als geeignet zur Vereinfachung und als mildestes Mittel erweist, mit dem sich dieses Vereinfachungsziel erreichen lässt.

b) Bemessung des Höchstsatzes und Angemessenheitsmaßstab

Ins Zentrum der Bewertung der Vorschrift rückt damit die Bemessung des Höchstzinssatzes. Einen geeigneten Maßstab zur Bewertung des vom Gesetzgeber gewählten Basiszinses als Ausgangspunkt bilden hier die für Zwecke der Ermittlung des Rechnungszinses ermittelten Durchschnittswerte für die Darlehensaufnahme von Unternehmen mit bester Bonität am Kapitalmarkt. In einem für diese Stellungnahme herausgegriffenen Vergleichsstichtag am 1.7.2023 lag dieser Zins 0,89 % über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB. Mit dem im Regierungsentwurf vorgesehenen Zuschlag von 2 % auf den Basiszinssatz kann sich der Gesetzgeber deshalb in einem durchschnittlichen Spektrum bewegen, dürfte aber eher den Durchschnitt der Verrechnungszinssätze für Unternehmen besserer Bonität erreichen.

c) Alternativnachweis eines individuellen Zinssatzes

Durch die in der vorgeschlagenen Vorschrift vorgesehene Möglichkeit des Nachweises der tatsächlichen Refinanzierungskosten mildert sich jedoch der Eingriff dieser Typisierung in den Gleichheitssatz und zugleich senken sich die Anforderungen an den Gesetzgeber, den Durchschnittszins für alle Unternehmen exakt zu treffen. Der gewählte Maßstab erscheint vor diesem Hintergrund angemessen, wenn die Nachweismöglichkeit hinreichend zielgenau ausgestaltet ist. Die Anknüpfung an den Basiszins ist wegen der damit verbundenen Rechtssicherheit überzeugend. Ebenso zulässig wäre aber auch eine Anknüpfung an einen der EURIBOR-Sätze oder an den Rechnungszins nach IAS 19.78, der ebenfalls regelmäßig objektiv und für Zwecke der kapitalmarktorientierten Rechnungslegung rechtssicher ermittelt wird.

Nicht hinreichend erklärt wird in der Regierungsbegründung die Auswahl der Bezugsobjekte des Gläubigers und der Obersten Muttergesellschaft des Konzerns für den "Entlastungsbeweis". Die einzige mögliche Alternative muss nicht darin bestehen, allein auf die Bonität der darlehensnehmenden Gesellschaft abzustellen. Der Gesetzgeber könnte vielmehr auch in Erwägung ziehen, sich für den "Entlastungsbeweis" stärker an den international anerkannten Grundsätzen der Verrechnungspreisbildung für Finanzierungsbeziehungen zwischen nahestehenden Personen zu orientieren und sich dabei auch den Vorschlägen des Bundesrates nähern.

d) Einordnung der Substanzanforderung

Mit der Bewertung der Vorschrift als Typisierung mit Vereinfachungszweck bildet die neben der Möglichkeit des individuell angemessenen Zinses nach Satz 2 zweiter Halbsatz vorgesehene Substanzausnahme einen Fremdkörper, der sich in das Regelungsprogramm nicht widerspruchsfrei einfügen lässt. Selbst wenn man die Vorschrift als Missbrauchsvorschrift begreift erscheint die Integration einer in der Anwendung extrem streitanfälligen Substanzanforderung neben der Entlastungsmöglichkeit nach Satz 2 zweiter Halbsatz als entbehrlich. Jedenfalls dann, wenn der typisierte Höchstzinssatz realitätsgerecht gewählt wird und die Entlastungsmöglichkeit nach Satz 2 zweiter Halbsatz dem Steuerpflichtigen den Nachweis eines nachvollziehbar angemessenen Zinssatzes im Einzelfall eröffnet, ist weder nach verfassungsrechtlichen noch nach unionsrechtlichen Maßstäben eine Substanzausnahme geboten. Maßstäbe dafür können zum Beispiel aus den internationalen Grundsätzen der Verrechnungspreisbildung folgen. Eine Anknüpfung hieran würde auch, wie der Bundesrat mit seinem Vorschlag zutreffend anmerkt, den Weg in die Gegenkorrektur erleichtern.

e) Erstreckung auf Verrechnungspreise und vGA

Der Gesetzgeber sollte mit der hier angestellten Einordnung der Vorschrift als Regelung zur Typisierung mit Vereinfachungszweck noch einmal prüfen, wie die Vorschriften des § 4I EStG, des § 1 AStG und des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG (vGA) aufeinander abgestimmt werden können.

IV. Temporäre Änderungen im einkommen- und gewerbesteuerrechtlichen Verlustabzug [Art. 5 Nr. 9, Art. 7, 25 Nr. 2 - 3, 26 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 18]

In den Vorschriften des § 10d EStG und § 10a GewStG treffen mit dem Periodizitätsprinzip und dem Totalitätsprinzip zwei Prinzipien der Ertragsteuerrechts aufeinander, über deren Rang in der Steuerrechtswissenschaft unterschiedliche Vorverständnisse bestehen. Ein Teil des Schrifttums bezieht das Leistungsfähigkeitsprinzip auf einen Maßstab, der sich am Lebenseinkommen orientieren muss und versteht damit das Periodizitätsprinzip nur als ein dem Totalitätsprinzip nachrangiges technisches Prinzip (Hey, Tipke/Lang, Rz. 8.44; Tipke, StRO II, 2. Aufl., S. 754 ff.; Wendt, DStJG 28 (2005), S. 41, 47 ff.). Ein anderer Teil des Schrifttums stellt das Periodizitätsprinzip als materielles Prinzip der Einkommensbesteuerung und stärker einen periodenbezogenen Leistungsfähigkeitsmaßstab in den Vordergrund, kann dabei auf die Funktion der Steuern zur Finanzierung des dem Jährlichkeitsprinzip unterworfenen Haushalts verweisen und stellt damit auch in den verfassungsrechtlichen Maßstäben geringere Anforderungen an die Möglichkeiten des interperiodischen Verlustausgleichs (P. Kirchhof, FS 100 Jahre BFH/RFH, 2018, 1197, 1213; Kube, DStR 2011, 1781, 1784; ähnlich Drüen, Periodengewinn und Totalgewinn, 1999, S. 85 ff).

Im internationalen Vergleich sind Beschränkungen des interperiodischen Verlustabzugs wie verbreitet. Aus einer vom BMF veröffentlichten Erhebung über Vorschriften zur periodenübergreifenden Verlustberücksichtigung bei der Körperschaftsteuer 2022 (BMF (Hrsg.), Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, Ausgabe 2023, S. 17 - 19) wird ersichtlich, dass nur sehr wenige Staaten keine Beschränkungen des Verlustvortrags oder seiner Verrechenbarkeit vorsehen. Einzelne Staaten beschränken den Zeitraum der Berücksichtigungsfähigkeit der Verlustvorträge und nehmen damit deren vollständigen Untergang in Kauf. Das wäre aus deutscher Sicht verfassungsrechtlich problematisch. Zahlreiche Staaten, darunter die USA, Großbritannien, die Niederlande und Frankreich haben sich, wie Deutschland, für das Modell der Mindestbesteuerung entschieden. Nach den durch das BMF erhobenen Daten greift in Großbritannien, Frankreich und den Niederlanden eine Mindestbesteuerung von 50 % oberhalb von 1 Mio. Euro (Frankreich und Niederlande) bzw. oberhalb von 5,770 Mio. Euro (Großbritannien). In Italien und den USA liegt die Schwelle bei 80 %. Ein Verlustrücktrag ist nur in wenigen Staaten möglich. Die deutsche Mindestbesteuerung erscheint danach im internationalen Vergleich nicht als Sonderweg, die Verlustrücktragsmöglichkeiten sogar großzügig.

Die im geltenden Recht in den Vorschriften der § 10d EStG und § 10a KStG gewählte Ausgestaltung des Verlustrücktrags und des Verlustvortrags sind nach der Rechtsprechung (BFH v. 26.2.2014 - I R 59/12, Rn. 22; BFH v. 22.8.2012 - I R 9/11) und einem Teil des Schrifttums (Desens, StuW 2023, 329 ff.; Hallerbach in HHR, § 10d EStG Rn. 10 ff.; Drüen, FR 2013, 393; Heuermann, FR 2013, 435; aA Lang/Englisch, StuW 2005, 3; Hey, StuW 2011, 131, 140; Röder, StuW 2012, 18, 21) jedenfalls in ihrer Grundkonzeption nicht verfassungswidrig. Nach der älteren Rechtsprechung des BVerfG bestehen keine Bedenken gegen eine Beschränkung des Verlustabzugs auf einen einjährigen Verlustrücktrag und einen fünfjährigen Verlustvortrag (BVerfG v. 22.7.1991 - 1 BvR 313/98). Insbesondere die zeitliche Streckung des Verlustvortrags durch die Mindestbesteuerung begründet auch nach der jüngeren Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums keine Verfassungswidrigkeit (BFH v. 26.2.2014 - I R

59/12, Rn. 22; zum Meinungsstand Hallerbach in HHR, § 10d EStG Rn. 12). Größere verfassungsrechtliche Zweifel entstehen aber dort, wo eine Verlustberücksichtigung endgültig ausgeschlossen erscheint (Vorlagebeschluss des BFH v. 26.2.2014 - I R 59/12, anhängiges Verfahren BVerfG 2 BvL 19/14). Ein solcher endgültiger Verlustuntergang ergibt sich aber nicht aus der Grundkonzeption der § 10d EStG und § 10a GewStG. Der Gesetzgeber ist daher nicht von Verfassung wegen gezwungen, die vorgeschlagen Milderungen der Mindestbesteuerung temporäre oder dauerhaft durchzuführen oder die Mindestbesteuerung ganz aufzugeben.

Der Gesetzgeber ist vielmehr frei darin, die Mindestbesteuerung zurückzunehmen oder beizubehalten. In den Krisensituationen der Corona-Pandemie konnte durch temporär großzügigere Regelungen beim Verlustabzug und deren vorgezogene Berücksichtigung bei den Vorauszahlungen der Wirtschaft sehr kurzfristig benötigte Liquidität zur Verfügung gestellt werden. Das hat sich als zweckmäßig erwiesen. Ob dies in gleicher Weise für die jetzt anzustrebende Investitionsförderung gilt, ist nicht nach juristischen Maßstäben zu bewerten. Der Gesetzgeber kann frei nach ökonomischen Maßstäben und unter Berücksichtigung der Haushaltslage in Bund, Ländern und Gemeinden beurteilen, ob die durch erweiterte Verlustabzugsmöglichkeiten vermittelten investitionsungebundenen Liquiditätshilfen aktuell wachstumsfördernd sind. Plausibel erscheint der Hinweis aus den Wirtschaftswissenschaften, dass die (auch periodenübergreifende) symmetrische Behandlung von Gewinnen und Verlusten den Vorteil hat, dass innovative, riskantere Investitionen nicht gegenüber risikoärmeren Investitionen im Nachteil sind (Hardeck/Heckemeyer, *StuW* 2023, 207, 213) und damit ein erweiterter interperiodischer Verlustabzug Innovationen fördern kann. Nach rein verfassungsrechtlichen Maßstäben und im Vergleich mit den Regelungen in anderen Staaten kann aber grundsätzlich auch dem Vorschlag des Bundesrats gefolgt werden.

V. Änderungen in den Bewertungs- und AfA-Regeln [Art. 4 Nr. 1 b, c und Nr. 3 - 6 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 8 und 10]

1. Positive Anreize in Bewertungs- und AfA-Regeln für die Investitionsförderung und Problem der stillen Reservenbildung

Einen zweiten Schwerpunkt der Maßnahmen zur Investitionsförderung findet sich im Regierungsentwurf in Gestalt von Regelungen zur vorgezogenen Aufwandswirksamkeit von Investitionen durch Anhebung der Wertgrenzen für die Sofortabschreibung bei geringwertigen Wirtschaftsgütern und erhöhte Abschreibungssätze. Die empirische Forschung hat gezeigt, dass Abschreibungsregeln das Investitionsverhalten besonders stark beeinflussen und die von Abschreibungsvergünstigungen ausgehenden psychologischen Anreize häufig sogar über die investitionstheoretisch erklärbaren Anreize hinausreichen. Investitionsanreize können daher auch von solchen Abschreibungsregeln ausgehen, die kurzfristig Steuererleichterungen versprechen, in der Totalperiode aber selbst unter Berücksichtigung eines Barwertfaktors nicht vorteilhafter sind. Für wirtschaftspolitische Lenkungsmaßnahmen bieten sich daher Abschreibungsregeln im Steuerrecht besonders an (ebenso Hardeck/Heckemeyer, *StuW* 2023, 207, 214; mit einem Überblick über die älteren empirischen Studien: Anzinger in HHR, § 7 EStG Rn. 19).

Der Gesetzgeber sollte deshalb die im RegE vorgeschlagenen Maßnahmen ergreifen, aber gleichwohl die Risiken von Abschreibungsvergünstigungen im Blick behalten. Durch die Ablösung der steuerlichen Abschreibungsregeln von der wirtschaftlichen Wertentwicklung, die Möglichkeit der Verlustverrechnung und die Wirkungen des Steuerparadoxons setzt, anders als im ökonomischen Schrifttum angenommen (Hardeck/Heckemeyer, *StuW* 2023, 207, 214), der Steuereffekt nicht in allen Fällen ein tragfähiges Geschäftsmodell voraus. Die gelegentlich irrationale Sehnsucht nach steuerlichen

Verlusten kann in Einzelfällen den Blick auf die Tragfähigkeit eines Geschäftsmodells vernebeln. Durch steuerliche Abschreibungen, die dem wirtschaftlichen Wertverzehr nicht entsprechen, erhöhen sich zudem die stillen Reserven und damit die Last der steuerlichen Verstrickung und auch die spätere steuerliche Belastung bei Entstrickungsvorgängen. Damit steigt zugleich der Druck auf Regelungen, die eine Perpetuierung stiller Reserven sicherstellen sollen. Das Steuerrecht wird mit dem Aufwachsen stiller Reserven auch im Vollzug konfliktträchtiger. Abschreibungsvergünstigungen gewähren wie die Thesaurierungsvergünstigung nach § 34a EStG isoliert betrachtet nur eine Steuerstundung. Die Ausgestaltung der Abschreibungsregeln ist aus diesen Gründen mit einer gesetzgeberischen Optimierungsaufgabe verbunden.

2. Änderungen bei GWG und Sammelposten [Art. 4 Nr. 1 Buchst. b; Art. 4 Nr. 14 Buchst. a Doppelbuchst. bb und dd RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 8]

Mit der vorgeschlagenen Änderung des § 6 Abs. 2 EStG können selbständig nutzungsfähige bewegliche Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens künftig bis zu 1.000 Euro netto, also auch bei nicht zum Vorsteuerabzug berechtigten Arbeitnehmern, bei Wirtschaftsgütern, die der Regelumsatzbesteuerung unterliegen, bis 1.190 Euro brutto, sofort als Aufwand geltend gemacht werden. Von dieser Maßnahme können Investitionsanreize ausgehen und sie dürfte auch zum Bürokratieabbau beitragen, wenngleich an die Dokumentationspflicht nach § 6 Abs. 2 Satz 4, 5 EStG zu erinnern ist.

Wenig nachvollziehbar ist allerdings, warum der Gesetzgeber eine seit Jahren im Schrifttum einhellig erhobene Forderung nicht aufgreifen möchte, in den Anwendungsbereich dieser Regelung auch immaterielle Wirtschaftsgüter einzubeziehen. Mit dem Ziel, die Digitalisierung der Wirtschaft zu fördern, steht es im Widerspruch, wenn materielle Wirtschaftsgüter bis zu 1.000 Euro Anschaffungs- oder Herstellungskosten nicht abgeschrieben werden müssen, nach dem Wortlaut des Gesetzes aber gleichzeitig jedes immaterielle Wirtschaftsgut oberhalb der Wesentlichkeitsschelle. Eine uralte Verwaltungspraxis zur Behandlung von Trivialsoftware, die aus Zeiten stammt, in der Software auf Disketten ausgeliefert wurde und noch keine eBooks existierten, sollte nicht mehr als Brücke herangezogen werden. Die Vorschrift des § 6 Abs. 2 EStG muss "digitaltauglich" gemacht werden.

Die vom Bundesrat kritisierte Anhebung der Betragsgrenze des Sammelpostens nach § 6 Abs. 2a EStG auf 5.000 Euro und die Verringerung der Auflösungsdauer von fünf Jahren auf drei Jahre sollte die erhoffte bürokratieentlastende Wirkung entfalten und ist daher zielführend. Zu erinnern ist aber daran, dass diese Regelung den Ausweis eines wirtschaftlich nicht bestehenden steuerlichen Aufwands verstärken kann, der auch in Verlustzuweisungen münden könnte. Zudem erhöhen sich die stillen Reserven mit der Folge des oben beschriebenen Spannungsverhältnisses.

3. Ausgestaltung und Ausgestaltungsmöglichkeiten der degressiven AfA [Art. 4 Nr. 3 a) RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 10]

Die vorgeschlagene Verlängerung des Wahlrechts zur degressiven AfA nach § 7 Abs. 2 EStG ist grundsätzlich geeignet, um die damit bezweckten Investitionsanreize zu setzen. Fraglich ist allerdings mit dieser Zielsetzung, warum die Regelung bereits für Investitionen vor dem 1.10.2023 und damit vor Verabschiedung des Gesetzes wirksam werden soll. Es wäre bürokratieärmer, sie erst für Investitionen ab dem 1.1.2024 zu reaktivieren. Andererseits ist auch nachvollziehbar, dass die Bundesregierung mit dem vorgeschlagenen Stichtag vermeiden will, dass Investitionen aufgeschoben werden.

Bezogen auf die Frage nach der Höhe einer angemessenen degressiven AfA ist an die Grundlagen der steuerlichen Gewinnermittlung zu erinnern. Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 EStG bildet eine

Durchbrechung der Maßgeblichkeit der handelsrechtlichen GoB zur Sicherung des Steueraufkommens und zur Eröffnung von Spielräumen für die Fiskal- und Konjunkturpolitik. Bis zur gesetzlichen Regelung durch Einfügung des Abs. 2 mit dem StÄndG v. 18.7.58 war jede nach den handelsrechtlichen GoB gebotene Form der Abschreibung auch als AfA zulässig. Dies ermöglichte eine AfA-Bemessung nach dem tatsächlichen Wertverfall oder der tatsächlichen Nutzungsverteilung. Der Gesetzgeber könnte auch heute in § 7 Abs. 2 EStG stärker nach Art der Wirtschaftsgüter differenzieren und damit auch den Abschreibungshöchstsatz gestaffelt ausgestalten, um den in Ziff. 10 der Stellungnahme des Bundesrates vorgetragenen Hinweisen auf fiskalische Belastungen Rechnung zu tragen oder, wie bei § 6 Abs. 1 Nr. 3a EStG eine Höchstgrenze definieren, die zusätzlich durch die Abschreibungsverteilungsmaßstäbe der handelsrechtlichen GoB begrenzt wäre.

4. Geometrisch-degressive Wohngebäude-AfA [Art. 4 Nr. 3 Buchst. b RegE-WachstumschancenG]

Mit dem neu vorgeschlagenen § 7 Absatz 5a EStG-E soll eine geometrisch-degressive AfA für die Herstellungskosten von Gebäuden eingeführt werden, die Wohnzwecken dienen und mit deren Herstellung nach dem 30. September 2023 und vor dem 1. Oktober 2029 begonnen wurde. Mit einem anfänglichen AfA-Satz von 6 % und den oben beschriebenen verhaltensökonomischen Effekten wird diese Maßnahme die bezweckten Investitionsanreize wirksam vermitteln und erscheint daher geeignet, um Investitionen in den Wohnungsbau zu fördern. Dies gilt auch dann, wenn wie im Schrifttum bereits zutreffend herausgearbeitet wurde (*Desens, StuW 2023, 329 ff.*), der Mechanismus der gewählten geometrisch-degressiven AfA in der Totalperiode bei einer Betrachtung über einen 10-Jahres-Zeitraum hinaus weniger vorteilhaft erscheint als die früher herangezogene arithmetisch-degressive AfA und bei sehr langen Betrachtungszeiträumen, jedenfalls ohne Berücksichtigung eines Barwertfaktors, sogar ungünstiger als eine lineare AfA-Reihe erscheinen kann. Wirksame Investitionsanreize wird die Maßnahme nicht nur wegen der psychologischen Anreizwirkungen von Abschreibungsvergünstigungen selbst dann setzen, wenn sie nur im ersten Drittel der Nutzungsdauer steuerlich günstiger erscheint.

Wenn so aber das Gewicht der Fördermaßnahme auf den Zeitraum der Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG konzentriert ist, sollte der Gesetzgeber reflektieren, dass diese Vorschrift, die steuerfreie Veräußerung von Wohngebäuden nach Ablauf dieses Zeitraums ermöglicht, ohne die geltend gemachten Abschreibungen bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns zu berücksichtigen und die vorgeschlagene Förderung deshalb nicht nur in einer Steuerstundung besteht, die das Wesen von Abschreibungsvergünstigungen kennzeichnet, sondern eine echte Steuerbefreiung bedeutet. Für private Investoren ergibt sich der Reiz der Investition aus der Kumulation von hohen Abschreibungen in den ersten Jahren, die mit Finanzierungsaufwand und Erhaltungs- und Unterhaltsaufwendungen steuerlich einen Aufwandsüberschuss über die Einnahmen aus Vermietung ergeben können, während Immobilien in den ersten zehn Jahren selten an Wert verlieren. Die laufenden Verluste können dann mit anderen Einkünften verrechnet werden, während der Veräußerungsgewinn am Ende der Investitionsperiode steuerfrei zu stellen ist. Von einer geometrisch-degressiven AfA gehen daher besonders starke Anreize für einkommensstarke private Investoren aus. Auch wenn die positiven Effekte für die gewerbliche Bauwirtschaft bleiben, ist dieser Effekt auch deshalb zu reflektieren, weil die Förderung wegen der Vorgaben des Unionsrechts nicht auf Wohngebäude-Investitionen im Inland begrenzt bleiben kann. Die degressive AfA muss - unionsrechtlich geboten - wie im RegE vorgeschlagen und im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommend, für alle Wohngebäude im EU/EWR-Raum in Anspruch genommen werden können.

Nicht ausgeschlossen werden kann weitergehend, dass die degressive AfA nicht nur für Wohngebäude im EU/EWR-Raum, sondern darüber hinaus für solche in allen Drittstaaten in Anspruch genommen werden kann. Im Schrifttum ist aus der zur deutschen Erbschaft- und Schenkungsteuer kürzlich ergangenen Entscheidung des EuGH v. 12.10.2023 - C-670/21 (BA gegen Finanzamt X) gefolgert worden, dass eine Beschränkung der degressiven AfA auf Wohngebäude, die im EU/EWR-Raum belegen sind, ohne Rechtfertigungsmöglichkeit gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen würde (*Desens*, *StuW* 2023, 329 ff.).

VI. Weitere ausgewählte Einzelmaßnahmen

1. Zur Einführung und Anhebung von Freigrenzen [Art. 5 Nr. 2 und 12 Buchst. b RegE-WachstumschancengG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 17]

Der Regierungsentwurf sieht an verschiedenen Stellen die Erhöhung von Freibeträgen und Freigrenzen vor. Darunter stechen die Einführung einer vom Bundesrat abgelehnten einnahmen-, nicht einkunftsbezogenen Freigrenze für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in § 3 Nr. 73 EStG-E und die Anhebung der einkunftsbezogenen Freigrenze für private Veräußerungsgeschäfte besonders hervor.

Die Einführung einer Einnahmenfreigrenze bei Vermietung und Verpachtung ist vor dem Hintergrund der vielfältigen Möglichkeiten zu würdigen, die digitale Plattformen für private Gelegenheits-(Unter-)vermietung eröffnen. Selbst Mieterinnen und Mieter können auf diese Weise Bagatelleinkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielen, wenn sie ihr Zimmer etwa zur Zwischenmiete überlassen und dabei über ihren Selbstkosten vermieten. Überzeugend ist die Einnahmebezogenheit der Freigrenze. Sie entbindet von der Deklaration-, Sachverhaltsverifikation und der rechtlichen Würdigung in Bagatellvermietungsfällen. Und sie kann in diesen Fällen auch eine Kriminalisierung unbedarfter Gelegenheitsvermietung verhindern.

Allerdings stellt sich die Frage, warum diese Freigrenzenregelung nicht der Höhe nach vereinheitlicht auf alle Einkunftsarten erstreckt wird. Bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb und aus selbständiger Betätigung können sich ähnliche Bagatellsachverhalte ergeben und die Finanzverwaltung könnte durch eine allgemeine Einnahmen-(nicht Einkünfte-)Freigrenze erheblich entlastet werden. Aktuell müsste sie auch das nachhaltige Engagement eines jugendlichen Krypto-Miners mit wenigen hundert Euro Jahreseinnahmen konsequent und auch mit den Mitteln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts verfolgen, wenn es nach der bestehenden Verwaltungspraxis als gewerbliche Betätigung zu qualifizieren ist. Im Rahmen eines privaten Veräußerungsgeschäfts wären Veräußerungsgewinne aus Kryptowertgeschäften dann hingegen mit der dort vorgeschlagenen Neuregelung bis 1.000 Euro im Jahr steuerfrei.

Anders als die Freigrenze für Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung ist die Freigrenze bei privaten Veräußerungsgeschäften in § 23 Abs. 3 Satz 5 EStG einkunfts-, nicht einnahmenbezogen. Deren Anhebung auf 1.000 Euro ist im Zusammenhang mit der jüngeren Anhebung des Sparer-Pauschbetrags und den eintretenden kumulativen Wirkungen zu würdigen. Einkünfte aus privaten Fremdwährungsgeschäften und aus Kryptowertgeschäften fallen unter die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften und würden von der Freigrenze ebenfalls erfasst, nicht aber auf den Sparer-Pauschbetrag angerechnet.

Der Gesetzgeber sollte in Erwägung ziehen, eine einheitliche Freigrenze für alle Einkunftsarten zu entwickeln und deren Höhe ebenfalls jeweils auf das Ziel abzustimmen, Bagatellsachverhalte zur Bürokratieentlastung aus der Einkünftermittlung auszunehmen.

2. Abzulehnende Streichung der Berücksichtigung der Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 1 EStG im LSt-Abzug [Art. 5 Nr. 13 RegE-WachstumschancenG; BR-Drucks. 433/23 (B), Ziff. 21]

Im geltenden Recht regeln § 39b Abs. 3 Satz 9 und 10 EStG die Berücksichtigung von Tarifiermäßigungen nach § 34 Abs. 1 EStG im Lohnsteuerabzug. In der Praxis hat das vor allem bei Abfindungen Bedeutung, die etwa bei einem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis gewährt werden. In dieser Situation sind ausscheidende Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oft auf einen zeitnahen Liquiditätszufluss angewiesen. Es kann für diese eine erhebliche Belastung darstellen, auf eine unter Umständen erst viele Monate später mögliche Erstattung im Veranlagungsweg verwiesen zu werden. Vor diesem Hintergrund sollte mit der Kritik des Bundesrates auf diese Maßnahme verzichtet werden. Die Bürokratieentlastung auf der Unternehmensseite steht hier in keinem Verhältnis zu den möglichen Belastungswirkungen für die Arbeitnehmer.

3. Folgefragen aus Änderungen im InvStG [Art. 31 Nr. 3 RegE-WachstumschancenG]

Unter den verschiedenen Änderungen im Investmentsteuerrecht soll zum Ende dieser Stellungnahme nur die Anhebung des Schwellenwertes für die Obergrenze der Einnahmen unternehmerischer Betätigung von Spezial-Investmentfonds durch den Betrieb von Anlagen zur Stromerzeugung von 10 auf 20 % in § 26 Nr. 7a InvStG herausgegriffen werden. Diese Maßnahme ist isoliert betrachtet sinnvoll und zweckmäßig zur Förderung von Investitionen in regenerative Energien. Sie weist auch mit Blick auf weitergehende Überlegungen aber auf ein Spannungsverhältnis zwischen den aufsichtsrechtlichen Maßstäben und den unterschiedlichen Besteuerungsregimen für Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds einerseits und der Unternehmensbesteuerung andererseits hin, das mit seiner Ausdehnung gravierendere verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen kann. Der Gesetzgeber sollte daher die Grundkonzeption der Abgrenzung von Investmentsteuerrecht und Unternehmenssteuerrecht in nächsten Reformüberlegungen zum Investmentsteuerrecht und zum Unternehmenssteuerrecht reflektieren und planvoll ausgestalten.
