

Zeitschrift für das gesamte  
**REDITWESEN**

Pflichtblatt der Frankfurter Wertpapierbörse  
Fritz Knapp Verlag · ISSN 0341-4019

Beilage

**Das Betriebsausgabenabzugsverbot für  
die Bankenabgabe auf dem  
verfassungsrechtlichen Prüfstand**

**Klaus-Dieter Drüen**



## Wir können mehr als Print! Wie dürfen wir Sie unterstützen?

Unsere Services für Sie:

- » Corporate Publishing
- » Bücher
- » Festschriften
- » Podcast
- » Veranstaltungen

## Wir finden eine Lösung – mit Ihnen, für Sie!



Zeitschrift für das gesamte  
**REDITWESEN**

Pflichtblatt der Frankfurter Wertpapierbörse

Gegründet von  
Dr. Walter Hofmann  
Fritz Knapp  
Dr. Volkmar Muthesius

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Jörg-E. Cramer  
Prof. Dr. Andreas Dombret  
Hans-Michael Heitmüller  
Jürgen Hilse  
Dr. Siegfried Jaschinski  
Wolfgang Kirsch  
Klaus-Friedrich Otto  
Prof. Dr. Bernd Rudolph  
Hans Wagener  
Dr. Herbert Walter

# **Das Betriebsausgabenabzugsverbot für die Bankenabgabe auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand**

**Klaus-Dieter Drüen**

Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht und Öffentliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Der Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten, das der Verfasser im März und Juli 2021 für ein Unternehmen der Kreditwirtschaft ergebnisoffen erstattet hat.





## Vorwort

---

Die von den Banken in den europäischen Bankenabwicklungsfonds zu leistenden Beiträge (sogenannte Bankenabgabe) sind steuerlich nicht als Betriebsausgabe abzugsfähig. Mit dieser Ausnahmeregelung durchbricht der Gesetzgeber ein wesentliches deutsches Besteuerungsprinzip – das sogenannte Nettoprinzip. Danach darf nur der Saldo aus den Erwerbseinnahmen und -aufwendungen besteuert werden. So soll das Steuerrecht eine Besteuerung der individuellen Leistungsfähigkeit gewährleisten. Im Gegensatz zur Situation im Inland wird die Abgabe in einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union aber als Betriebsausgabe anerkannt.

Die DZ BANK AG hat Prof. Klaus-Dieter Drüen von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München damit beauftragt, die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Betriebsausgabenabzugsverbotes zu überprüfen. Dabei zeigt sich: Es gibt verschiedene Ansatzpunkte, die aktuelle Gesetzeslage infrage zu stellen. Es wäre deshalb zu begrüßen, wenn die Gerichte oder der Gesetzgeber selbst den Handlungsbedarf erkennen, die gebotenen Schlüsse hieraus ziehen und die steuerliche Abzugsfähigkeit der Bankenabgabe einräumen würden.



**Gerhard Hofmann**

Mitglied des Vorstands,  
Bundesverband der  
Deutschen Volksbanken und  
Raiffeisenbanken e.V. · BVR,  
Berlin

Teil 1: Verfassungswidrigkeit des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für Jahre bis 2014 .....	8
I. Die ungeklärte Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG .....	8
1. Regelungshintergrund und Zweckvorstellungen des Gesetzgebers .....	8
2. Bisheriger Meinungsstand in der Literatur .....	10
3. Bisheriges Ergebnis und Argumente der Fachrechtsprechung .....	10
a) Erstinstanzliche Entscheidung des FG Münster v. 21. März 2018 (9 K 3187/16 F) .....	10
b) Revisionsentscheidung des BFH v. 1. Juli 2020 (XI R 20/18) .....	11
II. Betroffene Verfassungsmaßstäbe .....	11
1. Vorgaben der Finanzverfassung (Art. 105 ff. GG) für Sonderabgaben und ihr Verhältnis zu Steuerregelungen .....	11
a) Sonderabgaben als ausnahmsweise zulässiger Abgabentypus unter verfassungsgerichtlichen Auflagen .....	12
b) Finanzverfassungsrechtliche Vorgabe der Einkommensteuer auf das Nettoeinkommen .....	13
2. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) .....	15
3. Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG und andere Freiheitsrechte .....	15
4. Konsequenzen und Prüfungsprogramm .....	16
III. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Gleichheitsverstoß .....	17
1. Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	17
a) Ausgangspunkt: Gestaltungsspielraum und -grenzen des Steuergesetzgebers .....	17
b) Das objektive Nettoprinzip als Subprinzip des Leistungsfähigkeitsprinzips .....	18
(1) Das objektive Nettoprinzip als Sachgesetzlichkeit des Einkommensteuerrechts .....	18
(2) Der umstrittene verfassungsrechtliche Stellenwert des objektiven Nettoprinzips .....	19
(3) Bisherige verfassungsgerichtliche Reserve gegenüber dem verfassungsrechtlichen Gewicht des objektiven Nettoprinzips .....	19
c) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gebot der Folgerichtigkeit .....	21



<b>2. Durchbrechung des objektiven Nettoprinzipts durch § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG</b> .....	23
a) Abzugsverbote als rechtfertigungsbedürftige Durchbrechung.....	23
b) Das Erfordernis besonderer sachlicher Gründe zur Rechtfertigung.....	23
c) Gesteigerte Rechtfertigungsanforderungen bei indisponiblen, gesetzesbestimmten Aufwendungen im Kernbereich der betrieblichen Tätigkeit.....	24
d) Besondere Rechtfertigungsanforderungen bei der Gewerbesteuer wegen Verfälschung der objektiven Ertragskraft des Bank-Gewerbebetriebs .....	26
<b>3. Der erkennbare, aber untaugliche Finanzierungszweck</b> .....	27
<b>4. Fragwürdiger Lenkungszweck des Abzugsverbots und zweifelhafter Lenkungserfolg</b> .....	30
a) Grundsätzliche Lenkungsoffenheit des Steuerrechts .....	31
b) Fragwürdige Lenkungsorientierung bei der Bemessung der Bankenabgabe selbst.....	32
c) Fragwürdige „korrespondierende“ Lenkungseignung des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG.....	34
d) Unterschiedliche Rechtfertigungsmaßstäbe für Lenkungs Sonderabgaben und lenkungsmotivierte Steuernormen .....	35
e) Erfordernis hinreichender Unterscheidbarkeit des Lenkungszwecks vom Fiskalzweck als untauglichem Rechtfertigungsgrund.....	36
f) Ergebnis: Lenkungsanliegen unzureichender Rechtfertigungsgrund bei strenger Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	37
<b>5. Das Abzugsverbot als gleichheitswidrige Sonderlast</b> .....	39
a) Abzugsverbot als Zusatzlast zur Sonderabgabe .....	39
b) Sonderlast gegenüber anderen abzugsfähigen Sonderabgaben.....	40
c) Gleichheitswidrige Wirkung der Sonderlast bei betroffenen Banken.....	41

IV.	Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit und vorrangige Wertungen der Finanzverfassung .....	41
1.	Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Teilrechtsordnungen .....	42
2.	Individualschützende Funktion der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung und Wertungsvorrang der Steuerrechtsordnung .....	43
3.	Aktivierung einer speziellen Finanzierungsverantwortung der Banken auch im Steuerrecht? .....	45
4.	Widersprüchliches Finanzrecht in der bisherigen Fachrechtsprechung zum Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG .....	48
a)	FG Münster zur „gesamtrechtsordnungsfolgerichtigen Gruppenverantwortung“ .....	48
b)	Abgabenartenübergreifende Ergebnisbetrachtung zur Belastungsidentität des BFH .....	48
5.	Schlussappell für eine verfassungsgerichtliche Klärung des Zusammenwirkens von Sonderabgaben und Steuern .....	50
V.	Wesentliche Ergebnisse (Teil 1).....	50
Teil 2:	Verfassungswidrigkeit des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für Zeiträume ab 2015 .....	52
I.	Rechtshängigkeit der Verfassungsfrage für Zeiträume ab 2015 .....	52
II.	Europäisierung und Neuausrichtung der Bankenabgabe ab dem Jahr 2015 .....	52
1.	Regelungsgrundlagen der unionsrechtlichen Bankenabgabe ab dem Jahr 2015 .....	52
2.	Unionsrechtliche Ausgestaltung der Beitragsbemessung und -erhebung .....	53
a)	Der harmonisierte Regelungsrahmen der BRRD ab 2015 .....	53
(1)	Beitragsbemessung .....	53
(2)	Beitragserhebung .....	54
b)	Einheitliche Abwicklungsfinanzierung nach der SRM-VO ab 2016 .....	55
(1)	Beitragsbemessung .....	55
(2)	Beitragserhebung .....	56
3.	Fortentwicklung der europäischen Abwicklungsfinanzierung .....	56
4.	Lenkungsorientierung der EU-Bankenabgabe ab 2015? .....	57



III.	Neue Weichenstellungen der EU-Bankenabgabe und verfassungsrechtliche Fragestellungen beim steuerrechtlichen Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ab dem Jahr 2015 .....	59
	1. Bisherige Literaturansichten zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit .....	59
	2. Unveränderter Maßstab und unveränderte Zuständigkeit für den Grundrechtsschutz.....	59
	3. Veränderte verfassungsrechtliche Fragestellungen .....	60
	4. Unveränderte Trennung der Rechtfertigungsanforderungen an die Bankenabgabe selbst und das steuerliche Abzugsverbot .....	61
	5. Unveränderte verfassungsrechtliche Argumente .....	62
IV.	Formelle Verfassungswidrigkeit: Kompetenzverstoß aufgrund nicht fortwirkender Zustimmung des Bundesrates zu § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ab dem Jahr 2015 .....	62
	1. Zustimmungsbedürfnis des Bundesrates bei Gesetzen über Gemeinschaftsteuern ohne Rücksicht auf die konkreten Ertragsauswirkungen bei den Ländern .....	62
	2. Zustimmungsbedürfnis des Bundesrates und Beeinträchtigung von Länderinteressen .....	64
	3. Zustimmungsbedürfnis des Bundesrates bei wesentlichen Änderungen der Bedeutung und Tragweite zustimmungsbedürftiger Vorschriften .....	65
	4. Zustimmungsbedürfnis des Bundesrates wegen wesentlicher Änderungen der Bedeutung und Tragweite des Abzugsverbots ab 2015 durch die Europäisierung der Bankenabgabe .....	67
	5. Folge der nicht fortwirkenden Zustimmung des Bundesrates .....	70
	6. Kompetenzwidriges Gesetz mit Eingriffscharakter als Grundrechtsverstoß .....	70
V.	Materielle Verfassungswidrigkeit: Unzureichende Lenkungsgrundlage und -wirkung des Abzugsverbots ab dem Jahr 2015 .....	70
	1. Fehlende Lenkungsentscheidung des Gesetzgebers .....	71
	a) Verfassungsgerichtliche Forderung nach einer klaren Lenkungsentscheidung des Gesetzgebers .....	71
	b) Erfordernis einer (neuen) legislativen Prognoseentscheidung über die Lenkungseignung .....	72
	2. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Lenkungszwecknorm? .....	73
	3. Unzureichende Lenkungswirkung .....	75
VI.	Wesentliche Ergebnisse (Teil 2).....	76

Univ.-Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen

# Das Betriebsausgabenabzugsverbot für die Bankenabgabe auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

## Teil 1: Verfassungswidrigkeit des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für Jahre bis 2014

### I. Die ungeklärte Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG

#### 1. Regelungshintergrund und Zweckvorstellungen des Gesetzgebers

Als Reaktion auf die Wirtschafts- und Finanzkrise in den Jahren 2009 und 2010 wurden mit dem Restrukturierungsgesetz<sup>1)</sup> und dem Restrukturierungsfondsgesetz<sup>2)</sup> im Jahre 2010 Instrumente zur Sanierung oder Abwicklung von in Schwierigkeiten geratenen Banken geschaffen.<sup>3)</sup> Der von Kreditinstituten erhobene Jahresbeitrag für den Restrukturierungsfonds ist nach mehreren rechtskräftigen Urteilen des Hessischen VwGH eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion, die mit der Verfassung vereinbar ist.<sup>4)</sup> Mit dem Restrukturierungsgesetz wurde zugleich § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG eingeführt, wonach Jahresbeiträge nach § 12 Abs. 2 Restrukturierungsfondsgesetz nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig sind. Die Verfassungs-

mäßigkeit des steuerrechtlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ist umstritten (siehe Teil 1 I. 2.). Sie wird von der Fachrechtsprechung bejaht (siehe Teil 1 I. 3.), aber beim BVerfG ist eine Urteilsverfassungsbeschwerde anhängig.<sup>5)</sup>

Die Jahresbeiträge der Banken zum Restrukturierungsfonds sind (wie auch die Sonderbeiträge) ihrer Rechtsnatur nach Betriebsausgaben, weil sie durch den Betrieb des Bankgeschäfts im Sinne von § 4 Abs. 4 EStG veranlasst sind.<sup>6)</sup> Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG schließt den durch § 4 Abs. 4 EStG vorgesehenen Betriebsausgabenabzug spezialgesetzlich aus.<sup>7)</sup> Als Rechtsfolge des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG müssen die vom Abzug ausgeschlossenen Jahresbeiträge zum Restrukturierungsfonds außerbilanziell dem Gewinn wieder hinzugerechnet werden.<sup>8)</sup>

Diese gesetzliche Rechtsfolge gilt nicht nur für Banken, deren Gesellschafter (zum Beispiel als Bankhaus KG) dem EStG unterfallen. Sie gilt ebenfalls für die Körperschaftsteuer als „Einkommensteuer für Körperschaften“.<sup>9)</sup> Über den allgemeinen Verweis auf die Vorschriften des EStG in § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG<sup>10)</sup> gilt das Abzugsverbot gleichermaßen für Banken, die als Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KStG)

1) Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) v. 9.12.2010, BGBl I 2010, 1900.

2) Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsgesetz – RStruktFG) vom 9.12.2010, BGBl I 2010, 1921.

3) Zur Funktionsweise und den Bemessungskriterien der Bankenabgabe im Streitjahr 2014 sowie zu nachfolgenden Änderungen Feyerabend/Behnes/Helios, Finanzierung des Restrukturierungsfonds durch die Bankenabgabe, DB 2011, Beilage Nr. 4 zu Heft 13/2011, 38 (39ff.); Hanten/München, Rechtsfragen der Bankenabgabe, WM 2011, 1925 (1928ff.); Hanten/Hanten, Die neue Bankenabgabe, WM 2017, 649; Waschbusch/Rolle, Die Bankenabgabe – ein Placebo zur Beruhigung des Steuerzahlers?, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1034ff.); Fischer/Boegl, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 133 Rz. 51 ff.; Winterfeld/Rümker, ebd., § 124a Rz. 54 ff., 102 ff.

4) Hessischer VwGH, Urteil v. 30.7.2014 – 6 A 1079/13, juris – 1. Leitsatz und Rz. 57 ff. (Rz. aller zitierten Entscheidungen jeweils zitiert nach juris); ebenso Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434 (439), rkr. nach erfolgloser Nichtzulassungsbeschwerde (BVerwG, Beschluss v. 9.2.2016 – 8 B 2/16, juris) sowie dazu parallel Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2179/13, juris – Rz. 62, rkr. nach erfolgloser Nichtzulassungsbeschwerde (BVerwG, Beschluss v. 9.2.2016 – 8 B 1/16, juris).

5) Gegen das Urteil des BFH v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG eingelegt (Aktenzeichen: 2 BvR 926/21).

6) Grote, in Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 4 Abs. 5–9 EStG Rz. 598 (Okt. 2018); Kube, DStR 2016, 572 (575); Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770j (Mai 2011); Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 8 (Juli 2015).

7) Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1895 (Dez. 2019).

8) Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 10, 12 (Juli 2015); Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1896 (Dez. 2019).

9) Allgemein Scheffler, Besteuerung von Unternehmen, Bd. I, 14. Aufl. 2020, Rz. 375.

10) Zur „Generalverweisung“ Klein/Müller/Döpfer, in Mössner/Seeger/Oellerich, KStG, 4. Aufl. 2019, § 8 Rz. 22f., 72; Rengers, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, KStG § 8 Rz. 1 (Jan. 2018), Rz. 30 (Aug. 2017).



der Körperschaftsteuer unterliegen.<sup>11)</sup> Über § 7 Satz 1 GewStG mit der Anknüpfung des Gewerbeertrages an die Gewinnermittlung nach dem EStG oder KStG schlägt das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für Jahresbeiträge unmittelbar auf die Gewerbesteuer durch<sup>12)</sup> und verhindert zugleich die Minderung der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage.<sup>13)</sup> Auf die – bislang nicht hinterfragte – verfassungsrechtliche Zulässigkeit der „verlängerten“ Wirkung des Abzugsverbots ist wegen der Verfälschung des objektiven Ertrags von Bankbetrieben gesondert zurückzukommen (dazu Teil 1 III. 2. d)).

Das steuerliche Abzugsverbot wurde in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung wie folgt begründet:<sup>14)</sup>

„Das Abzugsverbot des § 4 Absatz 5 Satz 1 Nummer 13 des Einkommensteuergesetzes trägt dazu bei, systemische Risiken im Finanzsektor zu reduzieren. Bankgeschäfte, von denen systemische Risiken ausgehen können, werden gezielt belastet und damit verteuert (Internalisierung externer Effekte). Die Abgabe erhöht den Teil der Refinanzierungskosten, der in besonderem Maße von der Bonitätseinschätzung der Marktteilnehmer abhängig ist. Dadurch wird die tatsächliche Risikotragfähigkeit des Kreditinstituts realistischer eingepreist und die Möglichkeit zur Geschäftsausweitung begrenzt. Diese Begrenzung der Möglichkeit zur Ausweitung des Geschäfts internalisiert einen Teil der Kosten der Risikoversorge für das systemische Risiko.“

Durch eine Änderung der Geschäftspolitik können Kreditinstitute ihre Abgabenlast reduzieren. Damit wird durch die Beiträge eine vorsichtigeren Geschäftspolitik gefördert. Die Jahresbeiträge können nur dann diese Lenkungswirkung, die über eine reine Finanzierungsfunktion hinausgeht, in vollem Umfang erreichen, wenn sie den Gewinn nicht als Betriebsausgaben mindern (Abzugsverbot). Die Sonderbeiträge nach § 12 Absatz 3 des Restrukturierungsfondsgesetzes haben hingegen vorrangig Finanzierungsfunktion.“

In der Stellungnahme des Bundesrates zum steuerlichen Abzugsverbot heißt es:<sup>15)</sup>

„Der Gesetzentwurf differenziert beim steuerlichen Betriebsausgabenabzug zwischen Jahres- und Sonderbeiträgen. Jah-

11) Allgemein Roser, in Gosch, KStG, 4. Aufl. 2020, § 8 Rz. 35; konkret zu § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 13 EStG Rengers, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, KStG § 8 Rz. 46 (Aug. 2017).

12) Allgemein Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 7 GewStG Rz. 34 (Juni 2020).

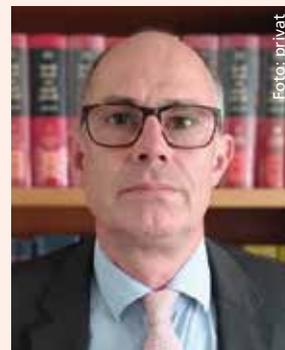
13) Speziell zur Bankenabgabe Lorenz, in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG/CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 15 RStruktFG Rz. 4.

14) Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 27.9.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

15) Unterrichtung durch die Bundesregierung v. 21.10.2010, Stellungnahme des Bundesrates zum Restrukturierungsgesetz, BT-Drucks. 17/3362, S. 9 (Hervorhebung durch den Verf.).

## Univ.-Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen

Inhaber des Lehrstuhls für  
Deutsches, Europäisches und  
Internationales Steuerrecht und  
Öffentliches Recht,  
Ludwig-Maximilians-Universität  
München



resbeiträge sind vom Betriebsausgabenabzug ausgeschlossen, während Sonderbeiträge abzugsfähig sind.

Diese Differenzierung ist sachlich nicht nachvollziehbar, da beide Beitragsformen zum Ausgleich der Kosten des Restrukturierungsfonds erhoben werden sollen. Zudem hätte die Bundesregierung beziehungsweise die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) durch die Entscheidung, ob sie Jahresbeiträge oder Sonderbeiträge erhebt, unmittelbar Einfluss auf die Steuereinnahmen der Länder.

Ein Betriebsausgabenabzug kann für beide Beitragsarten nicht gewährt werden. *Andernfalls würden die Steuerzahler indirekt auch künftige Bankenrettungen mitfinanzieren.*

Die Bankenabgabe hat nach dem Gesetzentwurf auch eine Lenkungsfunktion. Sie soll der Entstehung von systemischen Risiken in den Kreditinstituten entgegenwirken. Wie die Bundesregierung in der Begründung zum Gesetzentwurf zutreffend ausführt, können die Beiträge ihre Lenkungswirkung nur dann in vollem Umfang erreichen, wenn sie den Gewinn nicht als Betriebsausgaben mindern.

Dabei darf aber nicht zwischen Jahres- und Sonderbeiträgen unterschieden werden. Die Jahresbeiträge sollen sich nach der Ermächtigung zum Erlass der Beitragsverordnung nach dem Geschäftsvolumen, der Größe und der Vernetzung richten. Die Sonderbeiträge ihrerseits knüpfen unmittelbar an die Höhe und die Relation der Jahresbeiträge an und entfalten über die potentiellen Zahllasten ähnliche Lenkungswirkung wie die Jahresbeiträge.“

Die Gegenäußerung der Bundesregierung dazu lautet:<sup>16)</sup>

„Die Bundesregierung wird die vorgeschlagene Änderung prüfen. Die Differenzierung beim steuerlichen Betriebsausgabenabzug zwischen Jahres- und Sonderbeiträgen trägt dem Umstand Rechnung, dass bei den ersteren die Len-

16) Unterrichtung durch die Bundesregierung v. 21.10.2010, Gegenäußerung der Bundesregierung zum Restrukturierungsgesetz, BT-Drucks. 17/3362, S. 12.

kungswirkung ausgeprägter ist. Der Anfall von Sonderbeiträgen wird durch einen Bedarf des Restrukturierungsfonds ausgelöst, der seinerseits durch die Schiefelage eines systemrelevanten Instituts verursacht wird. Hierauf hat der einzelne Beitragspflichtige in der Regel keinen Einfluss, so dass insoweit keine Lenkungswirkung erzielt werden kann.“

Die Kritik an der nicht nachvollziehbaren Differenzierung der steuerlichen Abzugsfähigkeit zwischen Jahres- und Sonderbeiträgen hat sich im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht durchgesetzt.<sup>17)</sup> Im Finanzausschuss blieb das Abzugsverbot gegenüber dem Regierungsentwurf unverändert.<sup>18)</sup> Die Sonderbeiträge sind mithin vollumfänglich als Betriebsausgabe abzugsfähig.<sup>19)</sup>

## 2. Bisheriger Meinungsstand in der Literatur

Die Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbots für die Bankenabgabe ist eine „sehr umstrittene Rechtsfrage“.<sup>20)</sup> Ob § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG verfassungsmäßig ist, erscheint einzelnen Autoren als fragwürdig.<sup>21)</sup> Manche Kommentierungen geben ohne inhaltliche Auseinandersetzung nur die Gesetzesbegründung wieder<sup>22)</sup> oder weisen nur auf Verfassungszweifel<sup>23)</sup> und anhängige Verfahren ohne eigene Stellungnahme hin.<sup>24)</sup> Während einige Autoren die Regelung als verfassungskritisch bis verfassungswidrig einstufen<sup>25)</sup>, hegen andere Autoren keine verfassungsrechtlichen Zweifel<sup>26)</sup> oder erwähnen diese nicht.<sup>27)</sup> Substantielle Stellungnahmen, wie die von Hanno Kube, der die Verfassungswidrigkeit von § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG wegen der ungerechtfertigten Abweichung vom objektiven Nettoprinzip und des Verstoßes gegen das Gebot der Folgerichtigkeit sowie die Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG eingehend begründet hat<sup>28)</sup>, sind rar.<sup>29)</sup>

17) Ammelung/Frank, Die Bankenabgabe, in Brogl, Handbuch Banken-Restrukturierung, 2012, Kapitel F Rz. 118.

18) Beschlussempfehlung des Finanzausschusses (7. Ausschuss) v. 26.10.2010, BT-Drucks. 17/3407, S. 66.

19) Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770j (Mai 2011); Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 9 (Juli 2015); Watrin, in Frotscher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 879a (Dez. 2019).

20) Bumiller, Anmerkung, DStRK 2018, 334.

21) Explizit Wied, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 4 EStG Rz. 924a (Nov. 2017).

22) Maetz, in Bordewin/Brandt, § 4 EStG Rz 3080 (Mai 2020).

23) Helios/Birker, Bilanzbasierte Bankenabgabe, DB 2012, 477 (481).

24) Schmidt/Loschelder, EStG, 40. Aufl. 2021, § 4 Rz. 615; Watrin, in Frotscher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 879a (Dez. 2019).

25) Feyerabend/Behnes/Helios, DB 2011, Beilage Nr. 4 zu Heft 13/2011, 38 (44); Kerber, Nach der Entscheidung: Die praktischen Perspektiven der Bankenunion und die Erwartungen an den Gesetzgeber, WM 2020, 859 (863); Materne, Sparkassen, in Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2017, § 17 Rz. 34; Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833 ff.

26) Bode, in Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 4 Rz. 234a; Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011).

27) Korn/Stöcker/Strahl/Mirbach/Korn/Bartone/Seifert/Feldgen/Stahl, in Korn, EStG, § 4 Rz. 1218.3f. (März 2021).

28) Kube, EU-Bankenabgabe und objektives Nettoprinzip, DStR 2016, 572 (573 ff., 577f.). Der Beitrag beruht erklärtermaßen auf einem inhaltlich umfassenderen Rechtsgutachten für die Münchener Hypothekenbank eG (Nov. 2015).

29) Frühzeitig im Sinne der Verfassungswidrigkeit bereits Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, Bankenabgabe und Verfassungsrecht – Teil II: Verfassungsmäßige Ausgestaltung, WM 2010, 2193 (2202 ff.).

Dass das Abzugsverbot für Jahresbeiträge das objektive Nettoprinzip durchbricht, wird allseits eingeräumt.<sup>30)</sup> Bettina Spilker erachtet die mit dem Abzugsverbot verbundene Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips aufgrund des Lenkungszwecks für sachlich gerechtfertigt.<sup>31)</sup> Die Lenkungswirkung des Restrukturierungsfonds, risikobehaftete Bankgeschäfte zu verteuern und dadurch Risiken auf dem Finanzmarkt zu senken, könne nur erreicht werden, wenn entsprechende Jahresbeiträge nicht als Betriebsausgaben zum Abzug gebracht werden könnten.<sup>32)</sup> Ebenso ist nach Bundesrichter Alois Nacke, Mitglied des zuständigen XI. Senats des BFH, die Durchbrechung „wegen der übergeordneten Lenkungsfunktion gerechtfertigt und daher verfassungsmäßig“.<sup>33)</sup> Auch für Thomas Stapperfend verstößt das Abzugsverbot nicht gegen den aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundsatz der Folgerichtigkeit von gesetzlichen Vorschriften.<sup>34)</sup>

## 3. Bisheriges Ergebnis und Argumente der Fachrechtsprechung

### a) Erstinstanzliche Entscheidung des FG Münster v. 21. März 2018 (9 K 3187/16 F)

Die erstinstanzliche Entscheidung des FG Münster vom 21. März 2018<sup>35)</sup> geht – ganz auf der Linie der zuletzt genannten Autoren – von der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Vorschrift aus. Die Kernaussagen des Urteils sind: Das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für die Jahresbeiträge nach § 12 Absatz 2 des Restrukturierungsfondsgesetzes (sogenannte Bankenabgabe) verstoße weder gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 14 GG oder das Übermaßverbot; es sei verfassungsgemäß. Die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips durch das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG werde durch den spezifischen Lenkungszweck, systemische Risiken im Finanzsektor zu reduzieren, in einem verfassungsrechtlich ausreichenden Maße getragen. Diese Entscheidung<sup>36)</sup> ist zum Teil auf Zustimmung<sup>37)</sup>, aber auch auf Kritik gestoßen.<sup>38)</sup> Die Kritik am Ergebnis und einzelnen

30) Zum Beispiel Haarmann, Steuerliches Abzugsverbot der Bankenabgabe und von Aufsichtsratsantienemen, JbFStR 2016/2017, S. 300 (304f.); Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019).

31) Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 4 (Juli 2015).

32) Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 3 (Juli 2015).

33) Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019) m.w.N., allerdings auch mit Hinweis auf Kritik in der Literatur.

34) Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1895 (Dez. 2019).

35) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350.

36) Dazu die neutrale Anmerkung von Oellerich, EFG 2018, 1355.

37) Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019).

38) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2. Trotz Kritik findet Vortmann, Entscheidungsanmerkung, WuB 2018, 645 (646) „die Begründung des FG überzeugend“ und meint, dass sie „einer höchstrichterlichen Überprüfung Stand halten (dürfte)“.



Argumenten zur Begründung<sup>39)</sup> des FG Münster ist Gegenstand der Hauptteile dieses Beitrags (dazu Teil 1 III. und IV.).

b) Revisionsentscheidung des BFH v. 1. Juli 2020 (XI R 20/18)

Anfang Januar 2021 wurde die Revisionsentscheidung des BFH im Verfahren XI R 20/18 veröffentlicht.<sup>40)</sup> Der BFH hat die Revision als unbegründet zurückgewiesen und im (2.) Leitsatz erkannt: „Das die Jahresbeiträge nach § 12 Abs. 2 RStruktFG a.F. (sogenannte Bankenabgabe) betreffende Betriebsausgabenabzugsverbot in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ist – jedenfalls für Beitragsjahre bis einschließlich 2014 – verfassungsgemäß und mit Unionsrecht vereinbar“. Es verstoße insbesondere nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>41)</sup> Das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG schränke das objektive Nettoprinzip ein, weil nach der systematischen Grundentscheidung des Gesetzgebers betrieblich veranlasste Aufwendungen steuerlich abzugsfähig sein müssen.<sup>42)</sup> Das Betriebsausgabenabzugsverbot werde aber von der erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen, eine steuerliche Zusatzbelastung für Geschäftsmodelle der Banken zu schaffen, die vom Gesetzgeber als risikobehaftet angesehen werden und die die Wahrscheinlichkeit einer „für den Steuerzahler teuren Bankenrettung“ erhöhen.<sup>43)</sup> Der mit dem Betriebsausgabenabzugsverbot verfolgte Lenkungszweck sei außerdem gleichheitsgerecht und verhältnismäßig ausgestaltet.<sup>44)</sup> Das Betriebsausgabenabzugsverbot verstoße auch nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), Art. 14 Abs. 1 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) und Art. 2 Abs. 1 GG (Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit), denn ein etwaiger Eingriff in das jeweilige Recht wäre jedenfalls durch den mit ihm verfolgten Lenkungszweck insoweit ebenfalls gerechtfertigt.<sup>45)</sup> Diese verfassungsrechtliche Würdigung ist im Folgenden auf den Prüfstand zu stellen. Dabei sind eingangs die betroffenen Verfassungsmaßstäbe aus der Finanzverfassung (Art. 105 ff. GG) und den (deutschen) Grundrechten aufzuzeigen und die Prüfungsfolge zu bestimmen (Teil 1 II.). Auf dieser Grundlage wird das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als rechtfertigungsbedürftiger Gleichheitsverstoß analysiert (Teil 1 III.). Anschließend werden angesichts des Zusammenwirkens von außersteuerlicher Sonderabgabe und steuerrechtlichem Abzugsverbot ein Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit und vorrangige Wertungen der Finanzverfassung beleuchtet (Teil 1 IV.).

39) Angreifbar ist insbesondere das Rechtfertigungsargument FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 57: „Darüber hinaus erkennt der Senat auch darin einen legitimierenden Grund für die Nichtabziehbarkeit der Jahresbeiträge, dass von der Gesamtrechtsordnung aus betrachtet im Interesse der Allgemeinheit der die Sonderabgabe legitimierende Gedanke der Finanzierungsverantwortung der Banken für ihre eigene Rettung im Steuerrecht folgerichtig fortentwickelt wird.“ Dagegen unter IV. 4. a).

40) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205.

41) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 28 ff.

42) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 34.

43) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 37.

44) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 38 ff.

45) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 50.

## II. Betroffene Verfassungsmaßstäbe

Zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des steuerlichen Abzugsverbots für Jahresbeiträge zum Restrukturierungsfonds sind im ersten Schritt die relevanten Verfassungsmaßstäbe zu identifizieren. Allgemein steckt das BVerfG seinen Kontrollbereich bei der Urteilsverfassungsbeschwerde mit der Formel vom spezifischen Verfassungsrecht ab.<sup>46)</sup> Eine steuerrechtliche Regelung darf „nicht mit anderen Verfassungsnormen in Konflikt“ geraten.<sup>47)</sup> Neben den Grundrechten ist auch die Finanzverfassung Vorgabe und Grenze für den einfachen Steuergesetzgeber.<sup>48)</sup> Da das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG auf der Bankenabgabe als Sonderabgabe aufbaut und diese quasi „absichern“ und „die Zielrichtung der Bankenabgabe ... verstärken“ soll<sup>49)</sup>, ist vor den Vorgaben des bundesverfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes<sup>50)</sup> (dazu Teil 1 II. 2. und 3.) der Rahmen der Finanzverfassung für Sonderabgaben und diese „verlängernde“ Steuerregelungen abzustecken.

### 1. Vorgaben der Finanzverfassung (Art. 105 ff. GG) für Sonderabgaben und ihr Verhältnis zu Steuerregelungen

Die Vorgaben der Finanzverfassung für den Steuergesetzgeber werden zum Teil unterschätzt. Dabei hat das BVerfG den verfassungsrechtlichen Rahmen für das legislatorische Aktionsfeld zuletzt eindrucksvoll in seiner Entscheidung zur Kernbrennstoffsteuer vermessen und eingegrenzt:

„Die Finanzverfassung des Grundgesetzes ist Eckpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung. Sie soll eine Finanzordnung sicherstellen, die den Gesamtstaat und die Gliedstaaten am Gesamtertrag der Volkswirtschaft angemessen beteiligt.“<sup>51)</sup>

„Die grundgesetzliche Finanzverfassung, wie sie in den Art. 104a ff. GG zum Ausdruck kommt, bildet eine in sich geschlossene Rahmen- und Verfahrensordnung und ist auf Formklarheit und Formenbindung angelegt. Diese Prinzipien erschöpfen sich nicht in einer lediglich formalen Bedeutung. Sie sind selbst Teil der funktionsgerechten Ordnung eines politisch sensiblen Sachbereichs und verwirklichen damit ein Stück Gemeinwohlgerechtigkeit. Zugleich fördern und ent-

46) Dazu Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rz. 281 ff.

47) Allgemein BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 25.

48) Drüen, Die Bruttobesteuerung von Einkommen als verfassungsrechtliches Vabanquespiel, StuW 2008, 3 (6f.).

49) Feyerabend/Behnes/Helios, DB 2011, Beilage Nr. 4 zu Heft 13/2011, 38 (44); Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2203).

50) Maßstab im Streitjahr 2014 ist ausschließlich der Grundrechtsschutz durch die deutsche (Verfassungs-)Rechtsprechung, der nicht durch den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz überlagert und verdrängt wird (so überzeugend selbst zur Rechtslage ab 2015 Kube, DStR 2016, 572 [573f.]; implizit auch FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 34 ff. und nachfolgend BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 28 ff.).

51) BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 57.

lasten sie den politischen Prozess, indem sie ihm einen festen Rahmen vorgeben.“<sup>52)</sup>

„Über ihre Ordnungsfunktion hinaus entfaltet die Finanzverfassung eine Schutz- und Begrenzungsfunktion, die es dem einfachen Gesetzgeber untersagt, die ihm gesetzten Grenzen zu überschreiten (...). Diese Schutzwirkung entfaltet die Finanzverfassung auch im Verhältnis zum Bürger, der darauf vertrauen darf, nur in dem durch die Finanzverfassung vorgegebenen Rahmen belastet zu werden.“<sup>53)</sup>

Das BVerfG betont die „Befriedungsfunktion der Finanzverfassung“, die nicht zur Disposition der Ertragsberechtigten steht.<sup>54)</sup> Diese vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung betonten Funktionen und gerade die Formenbindung der Finanzverfassung bedeuten für die Verfassungsfrage des Zusammenwirkens von Steuerabgaben und „verlängerndem“ Steuerabzugsverbot zwei finanzverfassungsrechtliche Weichenstellungen: Zunächst geht die Finanzverfassung vom Steuerstaatsprinzip als Staatsstrukturprinzip mit der Regelfinanzierung durch Steuern als Gemeinlasten aus, weshalb Sonderabgaben nur ausnahmsweise und unter sehr strengen Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig sind (dazu Teil 1 II. 1. a)). Weiterhin gehört der Abzug von Betriebsausgaben zum „Kerngehalt des finanzverfassungsrechtlichen Einkommensteuerbegriffs“, weshalb bereits der kompetenzielle Begriff der Einkommensteuer die Geltung eines Grundprinzips der Abzugsfähigkeit von erwerbsbezogenen Aufwendungen voraussetzt<sup>55)</sup> (dazu Teil 1 II. 1. b)).

a) Sonderabgaben als ausnahmsweise zulässiger Abgabentypus unter verfassungsgerichtlichen Auflagen

Die vom BVerfG betonte Formenbindung der Finanzverfassung spricht für einen numerus clausus der verfassungsrechtlich zulässigen Finanzierungsformen.<sup>56)</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfGs und der überwiegenden Ansicht der Literatur gibt es aber keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen<sup>57)</sup> und keinen abgeschlossenen Kreis der nichtsteuerlichen Abgabarten.<sup>58)</sup> Obwohl im Text des GG ein „verfassungsrechtlicher Abgabentypus“ der Sonderabgaben nicht zu finden ist<sup>59)</sup>, hat das BVerfG es nicht beanstandet, dass durch Sonderabgaben bestimmte Gruppen von Abgabepflichtigen zur Fi-

nanzierung besonderer Aufgaben herangezogen werden.<sup>60)</sup> Die Gesetzgebungskompetenz für Sonderabgaben ergibt sich nicht aus den Normen der Finanzverfassung, sondern aus der allgemeinen Sachzuständigkeit nach Art. 70 ff. GG.<sup>61)</sup> Allerdings sind Sonderabgaben auch wegen der Gefahr einer Flucht aus dem Etat in Nebenhaushalte nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig.<sup>62)</sup> Das BVerfG hat die Gründe für die engen Grenzen von Sonderabgaben insbesondere in seiner sogenannten Kohlepfennig-Entscheidung vom 11. Oktober 1994 prägnant formuliert:<sup>63)</sup>

„Wählt der Gesetzgeber als Finanzierungsmittel für eine öffentliche Aufgabe die Sonderabgabe, weicht er von drei grundlegenden Prinzipien der Finanzverfassung ab. Er beansprucht zur Auferlegung von Abgaben eine Gesetzgebungskompetenz außerhalb der Finanzverfassung und stellt damit einen der tragenden Eckpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes infrage. Er gefährdet durch den haushaltsflüchtigen Ertrag der Sonderabgabe das Budgetrecht des Parlaments und berührt damit auch die an den Staatshaushalt anknüpfenden Regelungen für den Finanzausgleich, die Stabilitätspolitik, die Verschuldensgrenze, Rechnungslegung und Rechnungsprüfung. Schließlich verschiebt er die Belastung der Abgabepflichtigen von der Gemeinlast zu einer die Belastungsgleichheit der Bürger infrage stellenden besonderen Finanzierungsverantwortlichkeit für eine Sachaufgabe. Zwar führt die Abweichung von den genannten Prinzipien nicht ausnahmslos zur Verfassungswidrigkeit einer Abgabe. Doch muss, um die bundesstaatliche Finanzverfassung wie auch die Budgethoheit des Parlaments vor Störungen zu schützen und den Erfordernissen des Individualschutzes der Stpfl. im Blick auf die Belastungsgleichheit Rechnung zu tragen, die Sonderabgabe engen Grenzen unterliegen; sie muss deshalb eine seltene Ausnahme bleiben.“

Sonderabgaben sind mittlerweile gleichwohl als eigenständiger Abgabentypus verfassungsrechtlich etabliert.<sup>64)</sup> Im „iterativen Prozess der Kriterienfindung von Streitfall zu Streitfall“<sup>65)</sup> hat das BVerfG die folgenden „strenge[n] Zulässigkeitsvoraussetzungen“ für Sonderabgaben<sup>66)</sup> entwickelt:

– Es muss ein bestimmter Sachzweck verfolgt werden, der über den allgemeinen Zweck der Mittelbeschaffung hinausgeht.

52) BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 58.

53) BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 60 m.w.N.

54) BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 59.

55) Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 528 m.w.N.

56) So Siekmann, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Vorbemerkungen zu Abschnitt X Rz. 143.

57) BVerfG, Beschluss v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, BVerfGE 137, 1 – Rz. 42; BVerfG, Urteil v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 – Rz. 54 m.w.N.

58) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 8; Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rz. 52; Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 80 (Mai 2015); Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rz. 275, 314.

59) Kritisch darum Siekmann, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Vorbemerkungen zu Abschnitt X Rz. 147.

60) Vertiefend P. Kirchhof, Nichtsteuerliche Abgaben, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 119 Rz. 69 ff.; zuletzt Seer, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 2.25.

61) BVerfG, Beschluss v. 9.11.1999 – 2 BvL 5/95, BVerfGE 101, 141 – Rz. 24f., 31ff.; allgemein für nichtsteuerliche Abgaben BVerfG, Beschluss v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, BVerfGE 137, 1 – Rz. 45 m.w.N.

62) Hillgruber/Drüen, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 110 Rz. 29 m.w.N.

63) BVerfG, Beschluss v. 11.10.1994 – 2 BvR 633/86, BVerfGE 91, 186.

64) Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rz. 39.

65) Treffend F. Kirchhof, Steuer und nichtsteuerlichen Abgaben in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, in Drüen/Hey/Mellinghoff, 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 557 (567).

66) BVerfG, Beschluss v. 9.11.1999 – 2 BvL 5/95, BVerfGE 101, 141 – Rz. 26 m.w.N.



- Die belastete Gruppe der Abgabepflichtigen muss homogen, das heißt von der Allgemeinheit und anderen Gruppen durch besondere gemeinsame Gegebenheiten abgrenzbar sein.<sup>67)</sup>
- Die mit der Abgabe belastete Gruppe muss eine spezifische Sachnähe zu dem mit der Abgabe verfolgten Zweck aufweisen.<sup>68)</sup>
- Aus der Sachnähe muss eine besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung der mit der außersteuerlichen Abgabe zu finanzierenden Aufgabe entspringen.<sup>69)</sup>
- Das Abgabeaufkommen muss im Interesse der Gruppe der Abgabepflichtigen, also gruppennützig, verwendet werden.<sup>70)</sup>
- Die Sonderabgabe darf grundsätzlich nur vorübergehend erhoben werden, das heißt, der Gesetzgeber muss in angemessenen Zeitabständen überprüfen, ob er die Sonderabgabe aufrechterhält oder veränderte Umstände eine Aufhebung der Belastung gebieten.<sup>71)</sup>
- Der Gesetzgeber muss die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren und in einer dem Haushaltsplan beigefügten Anlage als nichtsteuerliche Abgabe ausweisen.<sup>72)</sup>
- Diese Zulässigkeitskriterien sind streng auszulegen.<sup>73)</sup> Sonderabgaben, die nur eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllen, sind unzulässig.<sup>74)</sup>

An dieser Stelle soll die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Bankenabgabe als solche nach den genannten verfassungsgerichtlichen Kriterien nicht erneut hinterfragt werden.<sup>75)</sup> Auch die Frage, ob die Bankenabgabe als verhältnismäßige Bestim-

mung von Inhalt und Schranken des Eigentums anzusehen ist<sup>76)</sup>, ist in diesem Beitrag nicht zu entscheiden. Da das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG aber auf der Bankenabgabe als Sonderabgabe aufbaut und „den Charakter der Lenkungsfunction unterstreich[en]“ soll<sup>77)</sup>, kann im Folgenden die Verfassungsmäßigkeit der Sonderabgabe nicht insgesamt unterstellt werden. Auch wenn die Befugnis des Gesetzgebers zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute als Sonderabgabe, der bezweckt, „dass die Kreditwirtschaft zur Bekämpfung künftiger Krisen und zur Restrukturierung von systemrelevanten Banken finanzielle Mittel bereitstellt“<sup>78)</sup>, konzediert wird, so betrifft das Zusammenwirken der außersteuerlichen Sonderabgabe mit dem originär steuerlichen Abzugsverbot gerade die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG. Dieses Zusammenwirken und gerade die – vom FG Münster begrüßte – „Verlängerung“ der Aktivierung der besonderen Finanzierungsverantwortung durch den Sachgesetzgeber in das Steuerrecht<sup>79)</sup>, ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zu hinterfragen (dazu Teil 1 IV.). Dasselbe gilt für die Frage, ob und inwieweit das steuerliche Abzugsverbot auf der vom Gesetzgeber intendierten Lenkungswirkung der Bankenabgabe<sup>80)</sup> ohne weiteres aufbauen darf (dazu Teil 1 III. 4.).

#### b) Finanzverfassungsrechtliche Vorgabe der Einkommensteuer auf das Nettoeinkommen

Da der Gedanke der Finanzierungsverantwortung der Banken aus dem Recht der Sonderabgaben quasi in das Steuerrecht „importiert“<sup>81)</sup> werden soll, ist eingangs der finanzverfassungsrechtliche Rahmen für die legislative Ausgestaltung der Einkommensteuer (und Körperschaftsteuer) zu verdeutlichen. Kompetenznormen des Grundgesetzes bestimmen nicht nur, welcher Gesetzgeber (Bund oder Land) zum Erlass einer Regelung zuständig ist, sondern legen zugleich auch den Umfang der Regelungsbefugnis fest.<sup>82)</sup> Die Finanzverfassung fungiert auch als limitierender und steuernder Faktor für den Steuergesetzgeber.<sup>83)</sup> Art. 106 GG, der an die finanzverfassungsrecht-

67) BVerfG, Urteil v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274 (305 f.); BVerfG, Urteil v. 6.11.1984 – 2 BvL 19/83, 2 BvL 20/83, 2 BvR 363/83, 2 BvR 491/83, BVerfGE 67, 256 (276).

68) BVerfG, Urteil v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274 (305 f.).

69) BVerfG, Urteil v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274 (305 f.).

70) BVerfG, Urteil v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274 (305 f.).

71) BVerfG, Urteil v. 7.5.1998 – 2 BvR 1876/91, 2 BvR 1083/92, 2 BvR 2188/92, 2 BvR 2200/92, 2 BvR 2624/94, BVerfGE 98, 83.

72) BVerfG, Beschluss v. 18.5.2004 – 2 BvR 2374/99, BVerfGE 110, 370 – Rz. 94, 109 m.w.N.; zu dieser „Art Produktbeobachtungspflicht“ Droege, Legitimation und Grenzen nichtsteuerlicher Abgaben, Die Verwaltung 2013, 313 (320).

73) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 19 m.w.N.

74) P. Kirchhof, in Inensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 119 Rz. 78 m.w.N.

75) Positiv Hessischer VwGH, Urteil v. 30.7.2014 – 6 A 1079/13, juris – 1. Leitsatz, Rz. 57 ff.; ebenso Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434 (439); Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2179/13, juris – Rz. 62; Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (341 ff.); im Grundsatz auch Martini, Zur Kasse bitte ...! Die Bankenabgabe als Antwort auf die Finanzkrise – Placebo, Heilmittel oder Gift?, NJW 2010, 2019; näher zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Sonderabgabe dem Grunde nach Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, Bankenabgabe und Verfassungsrecht – Teil I: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit als Sonderabgabe, WM 2010, 2145 (2147 ff.); differenzierend Reimer/Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2010, S. 59 ff., 119 f.

76) Offenlassend Wieland, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rz. 42 m.w.N.

77) So Watrin, in Frotscher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 879a (Dez. 2019); ähnlich Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011): „um der mit der Abgabe angestrebten vorsichtigen Geschäftspolitik weiteren Nachdruck zu verleihen“.

78) BT-Drucks. 17/3024, S. 42.

79) Nochmals FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 57 mit dem Argument, „dass von der Gesamtrechtsordnung aus betrachtet im Interesse der Allgemeinheit der die Sonderabgabe legitimierende Gedanke der Finanzierungsverantwortung der Banken für ihre eigene Rettung im Steuerrecht folgerichtig fortentwickelt wird.“

80) BT-Drucks. 17/3024, S. 42.

81) Laut FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 57 „folgerichtig fortentwickelt“ sowie Rz. 58: „folgerichtig ausgestaltete Gruppenverantwortung“.

82) BVerfG, Urteil v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1 – Rz. 47 m.w.N.; zum materiellen Kompetenzverständnis allgemein Burgi, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 86 Rn. 3 m.w.N.; zum materiellen Gehalt der Finanzverfassung näher bereits Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland – Schweiz, 1997, S. 182 ff.

83) Übereinstimmend zur Besteuerung des Einkommens P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 151 f. (Mai 2002), wonach die Grundkonzeption des § 2 EStG einschließlich des Erwerbsergebnisses unter Abzug der erwerbs- und existenzsichernden Aufwendungen „in Art. 106 GG ihre verfassungsrechtliche Grundlage [findet].“

liche Kompetenzvorschrift des Art. 105 GG anknüpft, nennt verschiedene Typen von Steuern und Steuerarten.<sup>84)</sup> An die in Art. 106 GG abschließend aufgezählten Steuertypen ist der einfache Gesetzgeber gebunden und darf abseits dieser ohne Verfassungsänderung keine neuen Steuern erfinden.<sup>85)</sup> Nicht nur bei der Normierung neuer Steuern, sondern auch bei der Ausgestaltung bestehender Steuern muss der Gesetzgeber den finanzverfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmen des jeweiligen Steuertypus wahren.<sup>86)</sup> Zu den typusprägenden Merkmalen eines Steuertypus zählen auch Anlage und Ausrichtung ihrer Bemessungsgrundlage.<sup>87)</sup> Aus dem finanzverfassungsrechtlichen Steuertypus und den Grundprinzipien erwachsen Vorgaben für die Ausgestaltung der Steuerbemessungsgrundlage für den Gesetzgeber.<sup>88)</sup> Die verfassungsrechtliche Absicherung einer Steuer in Art. 106 GG hat gegebenenfalls konkrete Folgerungen für ihre einfachgesetzliche Ausgestaltung.<sup>89)</sup>

Der „Verfassungsbegriff „Einkommen““ weist auf den rechtfertigenden Grund dieser Einzelsteuer.<sup>90)</sup> Die Steuerart „Einkommensteuer“ hat „Schutz- und Begrenzungsfunktion“.<sup>91)</sup> Die Einkommensteuer ist in besonderem Maße geprägt durch das Prinzip der Ausrichtung der Besteuerung an der finanziellen Leistungsfähigkeit.<sup>92)</sup> Der Erfolgstatbestand Gewinn (§ 2 Abs. 1, 2 EStG) definiert den rechtfertigenden Grund der Einkommensteuer, der Teilhabe des Staates am Erfolg individuellen Wirtschaftens.<sup>93)</sup> Durch die Einkommen- und Körperschaftsteuer partizipiert der Steuerstaat am Einkommen natürlicher und juristischer Personen. Teilhaben kann der Staat indes nur an dem noch für die Steuerzahlung verfügbaren Einkommen der Steuerpflichtigen, weil das für Erwerbszwecke verwendete Einkommen faktisch keine Grundlage eines weiteren Zahlungszugriffs sein kann.<sup>94)</sup> Die staatliche „Teilhabegemeinschaft“ ist auch eine „Aufwand- und Risikogemeinschaft“.<sup>95)</sup>

Darum verlangt bereits der Typus der Einkommensteuer grundsätzlich die Abziehbarkeit von erwerbsbezogenem Aufwand<sup>96)</sup>, denn die Einkommensteuer ist keine Einnahmensteuer.<sup>97)</sup> Bereits zum „Kerngehalt des finanzverfassungsrechtlichen Einkommensteuerbegriffs“ gehört, dass die Bezugsgröße „Einkommen“ eine Nettogröße bezeichnet; insoweit setzt bereits der kompetenzielle Begriff der Einkommensteuer die Geltung eines Grundprinzips der Abzugsfähigkeit von erwerbsbezogenen Aufwendungen voraus („objektives Nettoprinzip“).<sup>98)</sup> Josef Isensee bezeichnet das objektive Nettoprinzip als „identitätskonstituierendes Merkmal der Einkommensteuer“, das nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht.<sup>99)</sup>

Die Finanzverfassung schreibt das objektive Nettoprinzip als typusprägendes Merkmal der Einkommen- und Körperschaftsteuer fest.<sup>100)</sup> Ein Strukturwandel hin zu einer Bruttosteuer verlässt das verfassungsrechtlich in Art. 105 f. GG vorausgesetzte Typenbild der Einkommen- und Körperschaftsteuer.<sup>101)</sup> Eine reine Bruttobesteuerung der Einnahmen würde die Einkommen- zur Umsatzsteuer verfremden.<sup>102)</sup> Die Finanzverfassung etabliert damit eine Sperre gegen einen Umbau der Einkommensteuer zu einer Bruttosteuer, weil sie steuersystematisch nicht auf die Verwendung, sondern auf die Entstehung von Einkommen erhoben wird.<sup>103)</sup> Ein vollständiger Ausschluss von Erwerbsaufwendungen würde daher die Einkommensteuer zu einer „Einnahmensteuer“ mutieren lassen, die nicht mehr typuswährend wäre.<sup>104)</sup> Damit steht die Finanzverfassung nicht jeder Abzugsbeschränkung und jedem Abzugsverbot entgegen und wertet diese zum Verfassungsverstoß.<sup>105)</sup> Die kompetenzabgrenzenden Typenbegriffe „transportieren“ aber notwendigerweise auch äußerste inhaltliche Vorgaben für die jeweilige Steuer.<sup>106)</sup> Darum bedarf die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips

84) Vogel, Zur Konkurrenz zwischen Bundes- und Landessteuerrecht nach dem Grundgesetz, *StuW* 1971, 308 (314 f.); Vogel, Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht, *DStJG* 12 (1989), S. 123 (142); Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland – Schweiz, 1997, S. 187 ff.; im Sinne von Typusbegriffen R. P. Schenke, Die Kernbrennstoffsteuer – Blick zurück und nach vorn, in *Festschrift Schmidt-Preuß*, 2018, S. 257 (269 f.) m.w.N.

85) Grundlegend BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, *BVerfGE* 145, 171 m.w.N.; ebenso Tappe/Wernsmann, *Öffentliches Finanzrecht*, 2. Aufl. 2019, Rz. 254.

86) Näher Wernsmann, Die Finanzverfassung als Rahmen der Besteuerung, *StuW* 2018, 100.

87) Drüen, Bemessungsgrundlage, in Kube/Morgenthaler/Mellinghoff/Palm/Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, *Festschrift Paul Kirchhof*, Bd. II, 2013, § 158 Rz. 3.

88) Zu den finanzverfassungsrechtlichen Leitlinien für die Ausgestaltung der Steuerbemessungsgrundlage der Einzelsteuern bereits Drüen, in *Leitgedanken des Rechts*, Bd. II, 2013, § 158 Rz. 8 ff.

89) So zur Gewerbesteuer BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, *BStBl.* II 2016, 557 – Rz. 27.

90) P. Kirchhof, Bedeutung von Einkommensbegriffen und Einkommenstheorie, in Drüen/Hey/Mellinghoff, 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918–2018, *Festschrift für den Bundesfinanzhof*, 2018, S. 1197 (1217).

91) P. Kirchhof, *EStG*, 19. Aufl. 2020, § 2 Rz. 25a.

92) Aus der Judikatur statt vieler BVerfG, Beschluss v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, *BVerfGE* 145, 106 – Rz. 99.

93) P. Kirchhof, in *Festschrift für den Bundesfinanzhof*, 2018, S. 1197 (1227 f.).

94) Drüen, *StuW* 2008, 3.

95) Trüffend P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, *EStG*, § 2 Rz. A 128 (Mai 2002).

96) Deutlich bereits P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, *EStG*, § 2 Rz. A 68 (Mai 2002): „Prägendes Merkmal dieses Steuertyps ist die individuelle Besteuerung natürlicher Personen nach ihrem jährlich erworbenen Vermögenszuwachs unter Berücksichtigung der erwerbssichernden und der existenzsichernden Aufwendungen des Steuerpflichtigen“ und ebd., § 2 Rz. A 152 (Mai 2002): „Einkommen ist das Erwerbsergebnis abzüglich erwerbs- und existenzsichernden Aufwendungen“.

97) Wernsmann, Die Finanzverfassung als Rahmen der Besteuerung, *StuW* 2018, 100 (104).

98) Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 528 im Anschluss u. a. an Vogel, *DStJG* 12 (1989), S. 123 (142 f.); Drüen, *StuW* 2008, 3 (7 f.).

99) Isensee, 57. Deutscher Juristentag, 1988, Sitzungsbericht N, S. 46; zustimmend Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, Bd. II, 2. Aufl. 2003, S. 763; Englisch, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips, *DStR* 2009, Beihefter zu Heft 34, 92\* f.; a.A. aber Droege, Wie viel Verfassung braucht der Steuerstaat?, *StuW* 2011, 105 (109).

100) Drüen, *StuW* 2008, 3 (14); darauf verweisend Seiler, in Maunz/Dürig, *GG*, Art. 106 Rz. 138 Note 2 (Sep. 2017).

101) Drüen, *StuW* 2008, 3 (14).

102) Seiler, in Maunz/Dürig, *GG*, Art. 106 Rz. 138 Note 2 (Sep. 2017); zuvor Vogel, *DStJG* 12 (1989), S. 123 (142 f.); Vogel/Waldhoff, in W. Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Vor Art. 104a, Rz. 519 (Nov. 1997).

103) Drüen, *StuW* 2008, 3 (7); Englisch, *DStR* 2009, Beihefter zu Heft 34, 92\* (93\*).

104) Wernsmann, *StuW* 2018, 100 (107, 108 f.).

105) Drüen, *StuW* 2008, 3 (7); Thiemann, *Verluste im Steuerrecht*, 2020, S. 78.

106) Waldhoff, Die „andere Seite“ des Steuerverfassungsrechts, in Schön/Beck (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts*, 2009, S. 125 (142); zuvor Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland – Schweiz, 1997, S. 190: nur die „Essentialien des Charakters einer Steuerart“ skizziert.



nicht nur gleichheitsrechtlich, sondern auch finanzverfassungsrechtlich einer besonderen Rechtfertigung. Die finanzverfassungsrechtliche Grundwertung für das objektive Nettoprinzip ist zugleich eine Wertungsvorgabe für die Grundrechtsprüfung<sup>107)</sup>, die bei den Rechtfertigungsanforderungen maßgeblich zu berücksichtigen ist (dazu noch Teil 1 III. 1. b)).

Überdies zeichnet die finanzverfassungsrechtliche Grundwertung für das objektive Nettoprinzip den Rechtsfolgenanspruch des BVerfGs vor. Während bei Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich mehrere Möglichkeiten zur Abstellung der Ungleichbehandlung bestehen und die Auswahl durch eine bloße Unvereinbarkeitserklärung häufig dem Gesetzgeber überlassen wird<sup>108)</sup>, kommt angesichts der deutlichen finanzverfassungsrechtlichen Vorgabe allein die Nichtigkeitsfeststellung<sup>109)</sup> als „der dogmatische Rechtsfolgen-Normalfall eines Verfassungsverstößes“<sup>110)</sup> des aus dem Rahmen fallenden Abzugsverbots als verfassungswidrige Sonderlast in Betracht. Grund und Anlass für eine nur im Ausnahmefall in Betracht kommende Weitergeltung eines als verfassungswidrig erkannten Gesetzes durch das BVerfG, die einer besonderen Rechtfertigung bedarf<sup>111)</sup>, bestehen insoweit nicht.

Schließlich stellt sich die – bislang noch nicht gestellte – Frage, ob und inwieweit diese finanzverfassungsrechtliche Grundwertung durch einfachgesetzliche Wertungen des Sonderabgabengesetzgebers zurückgedrängt werden dürfen (dazu Teil 1 IV.)

## 2. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Bereits durch die tatbestandliche Anknüpfung an das branchenspezifische Restrukturierungsgesetz schafft § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ein Sonderrecht für betroffene Kreditinstitute. Am allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu messen ist darum einerseits die Ungleichbehandlung gegenüber anderen Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) unter Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips (dazu Teil 1 III. 1. ff.), andererseits aber auch die Ungleichbehandlung gegenüber anderen Sonderabgaben, für die kein steuerliches Abzugsverbot gilt (dazu Teil 1 III. 5. b)).

107) In der Sache ebenso schon Vogel, DStJG 12 (1989), S. 123 (142f.).

108) Näher zur Unvereinbarkeitserklärung als „Erfindung des BVerfG“ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rz. 395 ff., 401 ff., 410, wonach diese Figur im Wesentlichen auf Fälle des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses beschränkt wird.

109) Für die Rechtsfolge der Nichtigkeit ex tunc bereits Kube, DStR 2016, 572 (578).

110) So Eichberger, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, DStJG 39 (2016), S. 97 (116).

111) BVerfG, Beschluss v. 18.7.2012 – 1 BvL 16/11, BVerfGE 132, 179 – 2. Leitsatz.

Die unterschiedliche Regelung der Abzugsfähigkeit der Bankenabgabe in Europa<sup>112)</sup> hat durchaus Einfluss auf die Wettbewerbssituation der Banken.<sup>113)</sup> Die Benachteiligung der deutschen Banken im europäischen Wettbewerb trotz des einheitlichen europäischen Binnenmarktes<sup>114)</sup> ist indes Ausdruck der Steuersouveränität der einzelnen Mitgliedstaaten und nicht allein dem deutschen Gesetzgeber anzulasten.<sup>115)</sup> Da sich der Gleichheitssatz nur auf Handlungen desselben Hoheitsträgers bezieht<sup>116)</sup>, sind auf unterschiedlichen nationalen Regelungen beruhende Unterschiede nicht an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.

## 3. Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG und andere Freiheitsrechte

Der staatliche Steuereingriff unterliegt auch freiheitsrechtlichen Grenzen.<sup>117)</sup> Die Literatur plädiert zum Teil für das Verfassungsgebot einer eigentums- und freiheitsschonenden Besteuerung als Schranke der Freiheitsverkürzung durch Geldleistungspflichten.<sup>118)</sup> Dogmatischer Ansatzpunkt und Einzelfragen bleiben gerade beim Eigentumsschutz gegenüber Abgaben umstritten.<sup>119)</sup> Die Frage, ob die Auferlegung von Geldleistungspflichten überhaupt dem Schutzbereich der Eigentümerfreiheit unterfällt<sup>120)</sup>, ist zwischen den beiden Senaten des BVerfGs weiterhin umstritten.<sup>121)</sup> Entgegen dem Zweiten Senat<sup>122)</sup> verfolgt der Erste Senat traditionell die Linie, dass die Auferlegung von Geldleistungspflichten grundsätzlich nicht in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG fällt.<sup>123)</sup> Dieses verfassungsrechtliche und -gerichtliche „Dauerdiskussionsthema“ ist

112) So war in Österreich die von einem Kreditinstitut zu leistende Stabilitätsabgabe (Bundesgesetz, mit dem eine Stabilitätsabgabe von Kreditinstituten eingeführt wird [Stabilitätsabgabengesetz – StabAbgG], BGBl. I Nr. 111/2010) sowie der in 2012 bis 2017 zu leistende Sonderbeitrag zur Stabilitätsabgabe explizit nach § 10 Abs. 1 StabAbgG („Die Stabilitätsabgabe und der Sonderbeitrag zur Stabilitätsabgabe sind Betriebsausgaben [§ 4 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes 1988, BGBl. Nr. 400]“) eine abzugsfähige Betriebsausgabe (Hirschler/Luka, in Höfstätter/Reichel, Die Einkommensteuer [EStG 1988], § 4 Abs 4 EStG 1988 Rz. 37.219 [Dez. 2017]). Nach der Antwort der Bundesregierung v. 5.9.2014, BT-Drucks. 18/2481, S. 35 konnte die Bankenabgabe „ohne Anspruch auf Vollständigkeit“ auch in Belgien, Frankreich, Spanien, Irland, Polen, Portugal und Schweden steuerlich abgezogen werden.

113) Engelbach/Friedrich, WM 2015, 662 (669); Kerber, WM 2020, 859 (863).

114) Vortmann, Entscheidungsanmerkung, WuB 2018, 645 (646).

115) Die Forderung, der Steuergesetzgeber solle tätig werden, um die steuerliche Diskriminierung der deutschen Kreditwirtschaft schnellstens zu beseitigen (Kerber, WM 2020, 859 [863]), ist rechtspolitisch nachvollziehbar, aber als solche nicht zugleich verfassungsrechtlich fundiert.

116) Wollenschläger, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 40 m.w.N.

117) Dazu Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 30; Jachmann-Michel, Die Freiheit vor dem Steuergesetz im Rechtsstaat“ StuW 2017, 209 m.w.N.

118) Dazu zuletzt Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.182 ff., 3.189 ff.

119) Papier/Shirvani, in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rz. 287 ff. (April 2018); zuletzt Bryde/Wallrabenstein, in v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, GG, Art. 14 Rz. 47 m.w.N.

120) Dazu Wendt, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rz. 38, 143 ff. m.w.N.

121) Näher Wieland, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rz. 65 ff. m.w.N.

122) BVerfG, Beschluss v. 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (114).

123) BVerfG, Kammerbeschluss v. 22.7.1991 – 1 BvR 313/88, NJW 1992, 168 – Rz. 8.

noch nicht abgeschlossen.<sup>124)</sup> Angesichts dieses Grunddissenses und der Zurückhaltung des Ersten Senats ist ein Ausweichen auf andere Verfassungsmaßstäbe (insbesondere auf Art. 3 Abs. 1 GG) zu beobachten.<sup>125)</sup> Wenn Art. 14 Abs. 1 GG eröffnet ist, so ergeben sich indes keine anderen Eingriffs- und Rechtfertigungsanforderungen als bei der Berufsfreiheit.<sup>126)</sup>

Steuerpflichten tangieren die Berufsfreiheitsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG, wenn sie an die Ausübung beruflicher oder gewerblicher Tätigkeiten anknüpfen.<sup>127)</sup> Der Steuergesetzgeber, der das wirtschaftliche Ergebnis der Tätigkeit abschöpft, greift auch in die Freiheit der Berufsausbildung ein.<sup>128)</sup> Dabei fallen Banken – ungeachtet ihrer Rechtsform (Art. 19 Abs. 3 GG) – unstreitig in den sachlichen Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>129)</sup> Die Berufsfreiheit ist auch auf juristische Personen anwendbar, wenn sie gleich einer natürlichen Person eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben.<sup>130)</sup> Die Berufsfreiheit greift nach der Rechtsprechung des BVerfGs nur im Falle eines engen Zusammenhangs mit der Berufsausübung, sofern die gesetzliche Regelung eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennen lässt.<sup>131)</sup> Die Bankenabgabe knüpft an die berufliche Tätigkeit der Banken mit dem Ziel an, die Art und Weise der Berufsausübung zu beeinflussen. Im klassischen dreistufigen Prüfungsmodus der Berufsfreiheit<sup>132)</sup> sind Abgabenregelungen, die an Finanzdienstleistungen anknüpfen, auf der niedrigsten Stufe reiner Berufsausübungsregelungen zu messen.<sup>133)</sup> Aber auch steuerrechtliche Berufsausübungsregelungen müssen einer Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzogen werden.<sup>134)</sup> Die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit muss geeignet, erforderlich und im Lichte des verfolgten Gemeinwohlzieles angemessen sein.<sup>135)</sup> Gerade bei steuerrechtlichen Lenkungsnormen lässt sich eine Zweck-Mittel-Relation zwischen dem Lenkungszweck und der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit herstellen<sup>136)</sup>, die eine vertiefte verfassungsgerichtliche Verhältnismäßigkeitskontrolle erlaubt (dazu noch Teil 1

III. 2. c)). Art. 12 Abs. 1 GG geht dem subsidiären Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG als *lex specialis* vor.<sup>137)</sup>

#### 4. Konsequenzen und Prüfungsprogramm

Die genannten Verfassungsmaßstäbe sind zum Teil interdependent und greifen ineinander über. Zwischen dem Grundrechtsschutz und der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung bestehen „Verbindungslinien“.<sup>138)</sup> Das belegt bei der Abzugsfähigkeit der Bankenabgabe bereits das objektive Nettoprinzip, das nicht nur bei der bisherigen Gleichheitsprüfung der Fachgerichte eine zentrale Rolle gespielt hat (siehe bereits Teil 1 I. 3.), sondern zudem einen finanzverfassungsrechtlichen Kern (siehe bereits Teil 1 II. 1. b)) hat. Da – anders als bei einer typusausbrechenden Steuer<sup>139)</sup> – die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Einkommen- und Körperschaftsteuer aber bei der Bankenabgabe nicht in Zweifel zu ziehen ist, erübrigt sich eine kompetenzrechtliche Vorprüfung. Denn eine unzulässige Bruttobesteuerung durch einzelne Abzugsverluste bewirkt keinen „Kompetenzverlust“ für die Einkommen- und Körperschaftsteuer insgesamt.<sup>140)</sup> Stattdessen sind die aufgezeigten finanzverfassungsrechtlichen Weichenstellungen integriert im Rahmen der Grundrechtsprüfung zu berücksichtigen. So immunisiert die Finanzverfassung nicht gegenüber allen gleichheitsrechtlich zu rechtfertigenden Unterschieden, kann aber Einfluss auf den Rechtfertigungsmaßstab haben.<sup>141)</sup>

Bei der Grundrechtsprüfung sind grundsätzlich Freiheits- und Gleichheitsrechte nebeneinander anwendbar.<sup>142)</sup> Bei einer Beeinträchtigung der beruflichen Betätigung durch die öffentliche Hand soll primär die Berufsfreiheit als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sein.<sup>143)</sup> Allerdings wird Art. 3 Abs. 1 GG unstreitig nicht als Prüfungsmaßstab verdrängt.<sup>144)</sup> Vielmehr besteht Idealkonkurrenz<sup>145)</sup> im Sinne der inhaltlichen Ergänzung und der parallelen Geltung.<sup>146)</sup> Wird bereits die Unvereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG festgestellt, erübrigt sich insoweit eine Prüfung der Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG<sup>147)</sup> und umgekehrt.

124) So Eichberger, DStJG 39 (2016), S. 97 (102 ff., 104).

125) BVerfG, Beschluss v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1 – Rz. 26, 43 ff. zu den Umgliederungsverlusten beim Wechsel des Körperschaftsteuersystems.

126) Ebenso Reimer/Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2010, S. 110.

127) Papier/Shirvani, in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rz. 286 (April 2018).

128) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 30.

129) Reimer/Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2010, S. 102.

130) Manssen, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rz. 268 m.w.N.

131) BVerfG, Urteil v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, BVerfGE 98, 106 (117); ebenso Drooge, Die Verwaltung 2013, 313 (326) m.w.N.

132) Zur klassischen Stufentheorie des BVerfG und der Kritik hieran Scholz, in Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rz. 335 f. (Juni 2006); zuletzt Kämmerer, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rz. 116 ff., 122 f. m.w.N., der einen Maßstabswechsel hin zur angereicherten Verhältnismäßigkeitsprüfung konstatiert und die „Entformalisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung“ begrüßt.

133) Reimer/Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2010, S. 103.

134) Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.188.

135) Näher Kämmerer, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rz. 126 ff. m.w.N.

136) Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.188.

137) Statt aller Stern/Sachs/Dietlein, in Stern, Staatsrecht, Die einzelnen Grundrechte, Bd. IV/1, 2006, S. 1927 f.

138) Waldhoff, in Schön/Beck (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 125 (142 f.); näher zu diesen Verbindungslinien zuletzt Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 56 ff.

139) Zur Nichtigkeit einer „kompetenzübergreifigen“ Steuer BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 99, 104 ff., 162.

140) So bereits Drüen, StuW 2008, 3 (7) m.w.N.; ebenso zu einzelnen Abzugsverboten aus Sachgründen zuletzt Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 4 AO Rz. 501 (Okt. 2020).

141) Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 1 GewStG Rz. 18 (März 2020).

142) Manssen, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rz. 276.

143) So Manssen, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rz. 276; differenzierend Kämmerer, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rz. 169 ff.

144) Manssen, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rz. 276; übereinstimmend gegen eine alleinige Anknüpfung an Art. 12 Abs. 1 GG Kämmerer, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rz. 171.

145) Scholz, in Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rz. 152 (Juni 2006).

146) Breuer, Freiheit des Berufs, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rz. 129.

147) BVerfG, Urteil v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 – Rz. 145.



Allerdings wird die geringe praktische Determinationskraft der Freiheitsrechte im Steuerrecht konstatiert<sup>148)</sup>, weshalb der Gleichheitssatz nach wie vor der zentrale Verfassungsmaßstab ist.<sup>149)</sup> Trotz aller dogmatischen Bemühungen um eine Effektivierung der Freiheitsrechte vermitteln weder Art. 12 Abs. 1 GG noch andere Freiheitsrechte einen weitgehenden Schutz gegenüber dem Steuerzugriff als die Verfassungsrechtsprechung zum Gleichheitssatz mit dem Folgerichtigkeitsgebot. Ist die freiheitsrechtliche Abwehrkraft aber nicht höher als die des Gleichheitssatzes, so bedarf es keiner eigenständigen Prüfung der Freiheitsrechte. Die Frage verhältnismäßiger Gleichheit lässt sich innerhalb der Freiheitsprüfung mitberücksichtigen<sup>150)</sup> oder aber umgekehrt bereits bei der Gleichheitsprüfung integrieren. Hier wird der letztgenannte Weg gewählt. Das Gewicht der Freiheitsrechte<sup>151)</sup> ist mithin bereits an einschlägiger Stelle bei der Gleichheitsprüfung einzustellen (dazu Teil I III. 2. c)).

### III. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Gleichheitsverstoß

#### 1. Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

##### a) Ausgangspunkt: Gestaltungsspielraum und -grenzen des Steuergesetzgebers

Der Gleichheitssatz gibt keine inhaltlichen Maßstäbe vor. Diese hängen von der zu regelnden Sachmaterie ab, weshalb Art. 3 Abs. 1 GG „bereichsspezifisch“ anzuwenden ist.<sup>152)</sup> Die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes werden bestimmt durch den Regelungsgegenstand und die Differenzierungskriterien und reichen „vom Willkürverbot bis zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen“.<sup>153)</sup> Die Gleichheitsformel des BVerfGs benennt einen stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.<sup>154)</sup> Der (frühere) Bundesverfassungsrichter Michael Eichberger hat die

Entwicklung zum stufenlosen Maßstab bei der Prüfung des Gleichheitssatzes<sup>155)</sup> näher beschrieben und dabei zu Recht betont: „Die entscheidende Frage war und ist im Grunde immer, welchen Spielraum der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber für Differenzierungen und damit für Ungleichbehandlungen lässt. Damit korrespondiert die Prüfungsdichte durch das Bundesverfassungsgericht“.<sup>156)</sup>

Im Steuerrecht hat der Gesetzgeber im Ausgangspunkt eine weitgehende Gestaltungsfreiheit.<sup>157)</sup> Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG sichert dem Gesetzgeber einen weiten Entscheidungsspielraum bei Auswahl und Umfangsbestimmung des Steuergegenstands, jedoch ist er nicht völlig frei. Bei der Erschließung von Steuerquellen ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers besonders weit<sup>158)</sup>, weil es keine Sachgesetzlichkeit für die Steueranknüpfung gibt. Will der Gesetzgeber eine bestimmte Steuerquelle erschließen, andere hingegen nicht, dann ist der allgemeine Gleichheitssatz grundsätzlich nicht verletzt, solange sich die Verschiedenbehandlung mit finanzpolitischen, volkswirtschaftlichen, sozialpolitischen oder steuertechnischen Erwägungen rechtfertigen lässt.<sup>159)</sup> Von der Sachgesetzlichkeit der Steueranknüpfung ist die Sachgesetzlichkeit der Steuerausgestaltung zu unterscheiden.<sup>160)</sup> Dem Gesetzgeber steht bei der Auswahl und der Bestimmung des Umfangs des Steuergegenstandes ein weiter Spielraum zu, während bei der Differenzierung innerhalb des Steuergegenstandes eine engere Bindung des Gesetzgebers besteht.<sup>161)</sup> Der Gesetzgeber hat nach der Auswahl des Steuergegenstandes „die getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen“.<sup>162)</sup> Ausnahmen von einer solchen folgerichtigen Umsetzung bedürfen regelmäßig aber eines besonderen sachlichen Grundes.<sup>163)</sup>

Die Freiheit des Gesetzgebers wird nach der Rechtsprechung des BVerfGs jedoch insbesondere im Bereich des Einkommensteuerrechts durch das Gebot der Ausrichtung der Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit und das Gebot

148) Wollenschläger in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 279 m.w.N.

149) Droge, StuW 2011, 105 (108) m.w.N.

150) Dazu Kischel, in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 3 Rz. 5, 96.1 (Mai 2019).

151) Namentlich das objektive Nettoprinzip wird auch freiheitsrechtlich fundiert und aus Art. 14 GG ein freiheitsrechtlich gewährleisteter Schutz des Erwerbseinkommens abgeleitet, soweit es für den Erwerb und für die Sicherung der Einkommensquelle erforderlich ist (so Lehner, Die verfassungsrechtliche Verankerung des objektiven Nettoprinzips, DStR 2009, 185 [189ff., 191]).

152) St. Rspr., zum Beispiel BVerfG, Beschluss v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, BVerfGE 75, 108 – Rz. 126; BVerfG, Beschluss v. 11.1.2005 – 2 BvR 167/02, BVerfGE 112, 164 – Rz. 32; BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14, BVerfGE 152, 274 – Rz. 96 m.w.N.

153) Zuletzt BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14, BVerfGE 152, 274 – Rz. 96 m.w.N.

154) BVerfG, Urteil v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 – Rz. 121 m.w.N., Eichberger, DStJG 39 (2016), S. 97 (112).

155) Explizit BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 22: „aktuelle Fortentwicklung des Prüfungsmaßstabes zu Art. 3 Abs. 1 GG zu einer stufenlosen Maßstabsbildung“.

156) Eichberger, DStJG 39 (2016), S. 97 (111).

157) BVerfG, Beschluss v. 8.6.1988 – 2 BvL 9/85, 2 BvL 3/86, BVerfGE 78, 249 (287); BVerfG, Beschluss v. 14.12.1993 – 1 BvL 25/88, BVerfGE 89, 329 (338); BVerfG, Beschluss v. 10.4.1997 – 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 (8).

158) St.Rspr., zum Beispiel BVerfG, Urteil v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 – Rz. 123; Nußberger, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 135; kritisch Tipke, Mehr oder weniger Gestaltungsfreiheit für den Steuergesetzgeber?, StuW 2014, 276.

159) BVerfG, Beschluss v. 29.11.1989 – 1 BvR 1402/87, 1 BvR 1528/87, BVerfGE 81, 108 (117); BVerfG, Beschluss v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (147); Nußberger, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 135.

160) Kruse, Über die Gleichmäßigkeit der Besteuerung, StuW 1990, 322 (328); Drüen, Zur Rechtsnatur des Steuerrechts und ihrem Einfluß auf die Rechtsanwendung, in Festschrift Kruse, 2001, S. 191 (200); ders., in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rz. 46 (April 2016) m.w.N.

161) BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 25; grundsätzlich a.A. Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.125.

162) BVerfG, Beschluss v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (136); BVerfG, Beschluss v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 (278).

163) BVerfG, Beschluss v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 (278); BVerfG, Beschluss v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, BVerfGE 127, 1 (28).

der Folgerichtigkeit (dazu sub Teil 1 III. 1. c.) als „zwei eng miteinander verbundene Leitlinien“ begrenzt.<sup>164</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfGs folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG, dass die Besteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen auszurichten ist.<sup>165</sup> Das Prinzip der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit<sup>166</sup> ist der zentrale<sup>167</sup> materielle<sup>168</sup> Maßstab für das Einkommensteuerrecht.<sup>169</sup> Es gebietet eine Bemessung der Steuer nach Maßgabe der Fähigkeit, Steuern zu erbringen, so dass die Bemessungsgrundlage grundsätzlich an Größen anknüpfen muss, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit möglichst genau abbilden.<sup>170</sup>

#### b) Das objektive Nettoprinzip als Subprinzip des Leistungsfähigkeitsprinzips

Das objektive Nettoprinzip ist ein Subprinzip des Leistungsfähigkeitsprinzips.<sup>171</sup> Es ist ein Element der Einkommensteuer, das der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit Rechnung trägt<sup>172</sup> und diese für den Bereich der Einkünftermittlung verwirklicht.<sup>173</sup> Der Einkommensteuer unterliegen erwirtschaftete Einkünfte.<sup>174</sup> Es entspricht dem Leistungsfähigkeitsprinzip, wenn das EStG nur die Reineinkünfte als Besteuerungsgrundlage erfasst. Nur Nettoeinkommen vermittelt Leistungsfähigkeit zur Zahlung von Steuern.<sup>175</sup> Die Ist-Leistungsfähigkeit wird durch das steuerbare Einkommen als Nettogröße bestimmt.<sup>176</sup> Die für die Lastengleichheit im Einkommensteuerrecht maßgebliche finanzielle Leistungsfähigkeit bemisst der einfache Gesetzgeber nach dem objektiven und dem subjektiven Nettoprinzip. Nach dem objektiven Nettoprinzip unterliegt der Einkommensteuer grundsätzlich nur das Nettoeinkommen als der Saldo aus den Erwerbseinnahmen und den (betrieblichen beziehungsweise beruflichen) Erwerbsaufwendungen.<sup>177</sup> Das Nettoprinzip zielt darauf ab,

dass nur disponibles Einkommen besteuert wird.<sup>178</sup> Gegenstand der Besteuerung darf nur das disponible Einkommen sein<sup>179</sup>, das für andere rechtlich anerkannte Zwecke noch nicht gebunden ist.<sup>180</sup> Die Abziehbarkeit der Aufwendungen von den Einnahmen beruht auf der Erwägung, dass der Steuerpflichtige nur aus dem Teil der Einnahmen Steuern zahlen kann, der ihm tatsächlich für den eigenen Verbrauch zur Verfügung steht. Für die Steuerzahlung nicht verfügbar ist der Teil der Einnahmen, der für die Erzielung der Einnahmen ausgegeben werden muss.<sup>181</sup> Oder mit Klaus Tipke: „Eine am Leistungs-fähigkeitsprinzip orientierte Einkommensteuer-Bemessungsgrundlage darf nicht an das wirtschaftliche Bruttoeinkommen anknüpfen; sie muss den Teil des Einkommens zugrunde legen, in dem sich steuerliche Leistungsfähigkeit ausdrückt, *das für die Steuerzahlung disponible Einkommen*. Nicht disponibel ist der Teil des Bruttoeinkommens, der im Zusammenhang mit dem Beruf (Betrieb) aufgewendet wird (Erwerbsaufwendungen); man spricht auch vom objektiven Nettoprinzip“.<sup>182</sup> Während das subjektive Nettoprinzip die persönlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen berücksichtigt und den Abzug existenzsichernder Aufwendungen (zum Beispiel im Rahmen des Grundfreibetrags) erfordert, betrifft das objektive Nettoprinzip die steuerbare Tätigkeit und gebietet den Abzug erwerbssichernder Aufwendungen (zum Beispiel Betriebsausgaben).<sup>183</sup> Zur Einkommenserzielung eingesetzter Aufwand muss folglich die steuerliche Bemessungsgrundlage mindern.<sup>184</sup> Nach dem Prinzip der Belastung nach der ökonomischen Leistungsfähigkeit müssen betriebliche Ausgaben wie die Zwangsabgabe steuerlich absetzbar sein.<sup>185</sup>

#### (1) Das objektive Nettoprinzip als Sachgesetzlichkeit des Einkommensteuerrechts

In den Steuerrechtswissenschaften ist das objektive Nettoprinzip in Deutschland wie international allgemein<sup>186</sup> anerkannt.<sup>187</sup> Das objektive Nettoprinzip ist Sachgesetzlichkeit einer gleichmäßigen Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und gehört zum Kernbestand der einkommensteuerrechtlichen Grundstruktur.<sup>188</sup> Prinzipiell sind alle Aufwendungen, die durch die Einnahmeerzielung veranlasst sind, als Betriebsausgaben/Werbungskosten abziehbar und die Einkommensteuer besteu-

164) BVerfG, Urteil v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 – Rz. 197; BVerfG, Beschluss v. 18.7.2012 – 1 BvL 16/11, BVerfGE 132, 179 – Rz. 32.

165) BVerfG, Beschluss v. 23.1.1990 – 1 BvL 4/87, 1 BvL 5/87, 1 BvL 6/87, 1 BvL, BVerfGE 81, 228.

166) Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, S. 169 ff.; Waldhoff, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 8. Aufl. 2007, § 116 Rz. 100 ff.; eingehende und bereichsspezifische Rechtsprechungsanalyse bei Desens, StuW 2016, 240.

167) Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 67 (Mai 2015).

168) BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 35.

169) Nußberger, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 134; P. Kirchhof, Die Steuern, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rz. 175; ders., in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rz. 323, 422 (Sept. 2015).

170) Jachmann-Michel/M. Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 28.

171) Drüen, StuW 2008, 3 (6); ähnlich Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2003, S. 763: „Ausfluss des Leistungsfähigkeitsprinzips“; unscharf aber ebd.: „entspricht dem Leistungsfähigkeitsprinzip“.

172) Weber-Grellet, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 2 Rz. 10; Wernsmann, StuW 2018, 100 (107).

173) Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 23. Aufl. 2020, Rz. 609.

174) J. Lang, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1981/1988, S. 184.

175) Hey, Finale Verluste im nationalen und europäischen Steuerrecht, in Festschrift Gosch, 2016, S. 161 (162).

176) Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 23. Aufl. 2020, Rz. 175.

177) BVerfG, Beschluss v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111 – Rz. 27.

178) Drüen, Einkommensteuer, in Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 8. Aufl., Bd. 2, 2018.

179) Gersch, in Klein, AO, 15. Aufl. 2020, § 3 Rz. 14.

180) P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rz. 187; Kloepfer, Gleichheitssatz und Abgabengewalt, in Festschrift Stober, 2008, S. 703 (708).

181) Insgesamt Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 23. Aufl. 2020, Rz. 608.

182) Insgesamt Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2003, S. 762 (Hervorhebung im Original durch Fettdruck).

183) Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 8.54 ff., 8.71 ff.

184) Hey, in Festschrift Gosch, 2016, S. 161 (162).

185) Zur Bankenabgabe Vortmann, WuB 2018, 645 (646).

186) Exemplarisch für Österreich Kirchmayr/Bodis/Hammerl, in Doralt/Ruppe, Steuerrecht, Bd. I, 12. Aufl. 2019, Rz. 25.

187) Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2003, S. 763 f. m.w.N.; zuletzt Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 8.54.

188) J. Lang, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1981/1988, S. 184 f.



ert das Nettoeinkommen.<sup>189)</sup> Das EStG belastet den individuellen Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit und deshalb nur die nicht verwendungsgebundenen Einnahmen.<sup>190)</sup> Das Erwerben wird als einheitlicher Vorgang von Einnehmen und Aufwenden verstanden. Die Abziehbarkeit der Erwerbsausgaben rechtfertigt sich korrespondierend aus dem Grundgedanken der Besteuerung der Erwerbseinnahmen.<sup>191)</sup> Wie die Erwerbseinnahmen besonders sozialpflichtig und deswegen steuerbar sind, so wirken die Erwerbsaufwendungen besonders gemeindienlich und mindern deshalb die steuerliche Bemessungsgrundlage. Die Abziehbarkeit der Erwerbsaufwendungen sichert zugleich die Erwerbsfähigkeit des Steuerpflichtigen und die Steuerquelle des Staates.<sup>192)</sup> Das objektive Nettoprinzip ist mithin dem Grunde nach in der Definition des Steuergegenstandes angelegt.<sup>193)</sup> Der den Erwerb sichernde Aufwand muss von der Einkommensteuer verschont bleiben.<sup>194)</sup> Betriebsausgaben sind die negative Erfolgskomponente der Gewinneinkunftsarten. Die Rede von der „Nutzung“ von Betriebsausgaben<sup>195)</sup> ist – wie auch die verbreitete Rede von der steuerlichen „Verlustnutzung“ – verfehlt. Denn der steuerliche Abzug von Betriebsausgaben ist kein staatliches Steuergeschenk.<sup>196)</sup> Zu Recht hat bereits der Große Senat des BFH die Deutung des Betriebsausgabenabzugs als ungerechtfertigten „Steuervorteil“ zurückgewiesen: „Der Abzug der Betriebsausgaben ist ... kein ‚Steuervorteil‘, ... sondern eine notwendige Folge des steuerrechtlichen Netto-Prinzips“.<sup>197)</sup> Auch die Literatur sieht den Betriebsausgabenabzug als „Selbstverständlichkeit“ und nicht als gewährende Wohltat des Staates an.<sup>198)</sup>

## (2) Der umstrittene verfassungsrechtliche Stellenwert des objektiven Nettoprinzips

Der Stellenwert und die verfassungsrechtliche Verwurzelung des objektiven Nettoprinzips werden schon seit langem diskutiert. Die Frage, ob das objektive Nettoprinzip ein verfassungskräftiges Prinzip ist<sup>199)</sup>, ist alt und wird kontrovers beantwortet.

Der Verfassungsrang ist zwar nach wie vor umstritten.<sup>200)</sup> Teilweise wird das objektive Nettoprinzip als ein aus dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit abzuleitendes „verfassungsrechtlich verankertes – rechtliches – Besteuerungsprinzip“ angesehen.<sup>201)</sup> Neben einer gleichheitsrechtlichen Fundierung über das Leistungsfähigkeitsprinzip (siehe bereits Teil 1 III. 1. b) [1]) wird auch eine verfassungsrechtliche Fundierung des objektiven Nettoprinzips<sup>202)</sup> wegen der freiheitsrechtlichen Relevanz der Ertragsbesteuerung vertreten.<sup>203)</sup> Auch wenn das objektive Nettoprinzip jedenfalls kein absolut verfassungsfestes Prinzip ist<sup>204)</sup>, lässt sich sein Kern finanzverfassungs- und grundrechtlich fundieren.<sup>205)</sup> Die Gegenthese, das objektive Nettoprinzip stehe „zur Disposition des Steuergesetzgebers“<sup>206)</sup>, vernachlässigt die – bereits eingangs aufgezeigte (siehe bereits Teil 1 III. 1. b)) – finanzverfassungsrechtlich vorgezeichnete und abgesicherte Vorprägung als Verfassungsvorgabe für die Ausgestaltung der Einkommen- und Körperschaftsteuer.<sup>207)</sup> Aus dieser – in der Rechtslehre herrschenden Sicht – streitet das objektive Nettoprinzip mithin nicht nur steuersystematisch für die Abzugsfähigkeit der Bankenabgabe<sup>208)</sup>, sondern es hat einen verfassungsrechtlichen Kern.

## (3) Bisherige verfassungsgerichtliche Reserve gegenüber dem verfassungsrechtlichen Gewicht des objektiven Nettoprinzips

Während das objektive Nettoprinzip in der Literatur mithin überwiegend – zumindest in seinem Kern – verfassungsrechtlich begründet wird (siehe Teil 1 III. 1. b) [2]), hat das BVerfG bislang mehrfach explizit offengelassen, ob das einen Abzug erwerbssichernder Aufwendungen gebietende objektive Nettoprinzip, wie es in § 2 Abs. 2 EStG zum Ausdruck kommt, Ver-

189) Weber-Grellet, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 2 Rz. 10.

190) P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 126 (Mai 2002).

191) Ähnlich Seiler, Prinzipien der Einkünfteermittlung – Objektives Nettoprinzip, DStJG 34 (2011), S. 61 (66).

192) P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 128 (Mai 2002).

193) Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (66).

194) Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rz. 125.

195) Vgl. Vortmann, WuB 2018, 645 (646), wonach die Banken „noch nicht einmal die Abzugsfähigkeit nutzen können“.

196) In anderem Kontext Drüen/Kersting, Steuerrechtliche Abzugsfähigkeit von Kartellgeldbußen des Bundeskartellamtes, 2016, S. 63 m.w.N.

197) BFH, Beschluss v. 21.11.1983 – GrS 2/82, BStBl. II 1984, 160 (166) zum Abzug von Geldbußen als Betriebsausgaben; zuvor ebenso Walz, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, S. 205.

198) Deutlich Offerhaus, Neuere Tendenzen in der Bußgeldentscheidung des Bundesfinanzhofs, INF 1984, 313 (314): „Der Abzug von Betriebsausgaben ... ist eine Selbstverständlichkeit und kein Steuervorteil“; übereinstimmend Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. I, 2. Aufl. 2000, S. 59: „keine Steuervergünstigung“.

199) Zur Diskussion bereits Drüen, StuW 2008, 3 (5 ff.); Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, 2010, S. 120; Droeger, StuW 2011, 105 (108 ff.); Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (65 ff.); zuletzt Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 67 ff.

200) Gegen einen Verfassungsrang Schneider, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 87\* (89\*, 91\*); Tappe, Werbungskosten des Arbeitnehmers, DStJG 40 (2017), S. 333 (338).

201) Söhn, Betriebsausgaben, Privatausgaben, gemischte Aufwendungen, DStJG 3 (1980), S. 13 (17 f.).

202) Zur freiheitsrechtlichen Fundierung des objektiven Nettoprinzips näher Lehner, DStR 2009, 185 (189 ff.).

203) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 28 m.w.N.

204) Drüen, StuW 2008, 3 (6).

205) Englisch, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 92\* (93\* ff., 95\*); insoweit übereinstimmend Wernsmann, Einkommensteuer und objektives Nettoprinzip, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 101\* (106\*): „Diese Grundentscheidung ist im Kern auch (finanz-)verfassungsrechtlich vorgezeichnet“.

206) A.A. Droeger, StuW 2011, 105 (109); dagegen – m.E. zu Recht – Isensee, 57. Deutscher Juristentag, 1988, Sitzungsbericht N, S. 46; Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2003, S. 763; Englisch, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 92\* f.

207) Deutlich bereits Vogel, DStJG 12 (1989), S. 123 (143): „So ist also nicht nur ‚das‘ Leistungsfähigkeitsprinzip, sondern es sind darüber hinaus bestimmte Konkretisierungen dieses Prinzips durch die Art. 105 ff. GG bereits vorgegeben“.

208) So Engelbach/Friedrich, WM 2015, 662 (669).

fassungsrang hat<sup>209)</sup> oder nur Gesetzesrang genießt. Diese „judikative Selbstbeschränkung“ beim objektiven Nettoprinzip<sup>210)</sup> hat Gründe.<sup>211)</sup> Schon in der Leitentscheidung zur Entfernungspauschale für Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte betont das BVerfG die Zuordnung von Aufwendungen zum betrieblichen beziehungsweise beruflichen Bereich durch den Gesetzgeber des Einkommensteuergesetzes und seine Abgrenzung zu Aufwendungen für die Lebensführung.<sup>212)</sup> In der Folgeentscheidung zum Abzugsverbot von Erwerbsaufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer bei Fehlen eines anderen Arbeitsplatzes nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG hebt es hervor, dass „in Bezug auf eine sachgerechte Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer *ein erheblicher Gestaltungsraum des Gesetzgebers sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach*“ bestehe.<sup>213)</sup> Darum hat das BVerfG gerade<sup>214)</sup> in diesem Kontext den verfassungsrechtlichen Stellenwert des objektiven Nettoprinzips offengelassen.<sup>215)</sup> Denn es gibt einen „Graubereich“ von Aufwendungen, die sich mit Eindeutigkeit weder dem betrieblichen noch dem privaten Bereich zuordnen lassen.<sup>216)</sup> Insoweit kommt dem Gesetzgeber „bei der Konturierung der Erwerbssphäre“<sup>217)</sup> ein Einschätzungs- und Ausgestaltungsspielraum zu.<sup>218)</sup> Es ist zuvörderst Aufgabe des Gesetzgebers für diese Lebenssachverhalte eine angemessene Regelung zu treffen.<sup>219)</sup> Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist nach der Rechtsprechung des BVerfGs bei gemischt veranlassten Aufwendungen größer.<sup>220)</sup> Es betont, dass „bei der Bewertung und Gewichtung von Lebenssachverhalten im Schnittbereich zwischen beruflicher und privater Sphäre“ der Gesetzgeber „verfassungsrechtlich – unter Beachtung sonstiger grundrechtlicher Bindungen – über erhebliche Gestaltungs- und Typisierungs-

spielräume [verfügt]“.<sup>221)</sup> Im Grenz- und Wertungsbereich der Verbindung und Vermischung von Betriebs- und Privataufwand gilt ein Primat des Gesetzgebers, den das BVerfG hinzunehmen hat und nicht mit Hilfe des objektiven Nettoprinzips durch eigene Wertungen korrigieren darf. Ein Beispiel hierfür ist der mehrfache Wertungswechsel des Steuergesetzgebers, die Betreuung von Kindern zur familiären Sphäre (subjektives Nettoprinzip) oder als primär erwerbsbezogen (objektives Nettoprinzip) zu qualifizieren.<sup>222)</sup> In diesem Grenzbereich werden auch in der Literatur als (zulässige) „Verschärfung des Veranlassungsprinzips“ Regelungen angesehen, die die „Trennlinie zwischen Erwerbs- und Privatsphäre strenger ausgestalten“.<sup>223)</sup> Denn es sei „richtig („gerecht“)“, zu verhindern, „dass Steuerpflichtige Aufwendungen für ihre Lebensführung zum Teil in den einkommensteuerlich relevanten Bereich verlagern können“.<sup>224)</sup> Darum dient die Rücknahme der verfassungsgerichtlichen Kontrolle in diesem Schnittfeld nicht nur dem Schutz der vom Gesetzgeber zu setzenden Wertungen, sondern auch seiner Befugnis zur Typisierung und zur Gestaltungsabwehr.<sup>225)</sup> Insgesamt gelten für die Fallgruppe der Aufwendungen im Schnittbereich zur Privatsphäre auf der Rechtfertigungsebene besondere Anforderungen, zumal Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips regelmäßig auf mehrere Rechtfertigungsgründe gestützt werden können.<sup>226)</sup> Die Zurückhaltung des BVerfGs beim objektiven Nettoprinzip ist dadurch erklärlich, dass es für den Abzug von Erwerbsaufwendungen nicht darauf ankommt, ob diese notwendig, zweckmäßig und üblich sind.<sup>227)</sup> Das BVerfG will den Gesetzgeber bei den notwendigen Abgrenzungen nicht übermäßig einengen.<sup>228)</sup> Immerhin hängt „der Erwerbsaufwand grundsätzlich vom Willen des Steuerpflichtigen ab[...], [setzt] die Wahrnehmung der Verfügungsfreiheit des Eigentümers voraus[...] und [berücksichtigt] insoweit nicht nur vorgefundenen, sondern auch willentlich gestalteten Aufwand“.<sup>229)</sup>

Alle diese Erwägungen, die die bisherige verfassungsgerichtliche Reserve gegenüber dem verfassungsrechtlichen Gewicht des objektiven Nettoprinzips erklären, haben keine Relevanz

209) BVerfG, Beschluss v. 23.1.1990 – 1 BvL 4/87, 1 BvL 5/87, 1 BvL 6/87, 1 BvL 7/87, BVerfGE 81, 228; BVerfG, Urteil v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 – Rz. 63; BVerfG, Beschluss v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111 – Rz. 28; BVerfG, Beschluss v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 – Rz. 40; BVerfG, Beschluss v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 – Rz. 58 (jeweils m.w.N.); aus jüngerer Zeit BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801 – Rz. 38 zur Abzugsfähigkeit von Altersvorsorgeaufwendungen; auch zuletzt behandelt BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14, BVerfGE 152, 274 – Rz. 94, 110 zum Ausschluss des Werbungskostenabzugs für Berufsausbildungskosten nach § 9 Abs 6 EStG a.F. das objektive Nettoprinzip zur Bemessung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit allein auf der Ebene der Ausgestaltung des EStG durch den einfachen Gesetzgeber.

210) So Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (70).

211) Dreneck, Einkommensteuerreform und objektives Nettoprinzip, in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 283 (287 f.). Die Zurückhaltung verteidigend Schneider, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 87\*.

212) BVerfG, Urteil v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 – Rz. 62.

213) BVerfG, Beschluss v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 – Rz. 47 (Hervorhebung durch den Verf.).

214) Aber nicht ausschließlich in diesem Kontext.

215) Nähere Analyse dieser „stereotypen“ Wiederholung des BVerfG bei De-sens, StuW 2016, 240 (247 f.).

216) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2691; die Abgrenzungsfragen vertiefend für die Werbungskosten von Arbeitnehmern Tappe, DStJG 40 (2017), S. 333 (339 ff.).

217) So Droege, StuW 2011, 105 (109).

218) Meyer, Steuerliches Leistungsfähigkeitsprinzip und zivilrechtliches Ausgleichssystem, 2013, S. 138 ff.

219) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2691.

220) Kritisch zur Rechtsprechung zu Bildungsaufwendungen Hey, Der Gleichheitssatz im Steuerrecht, FR 2020, 578 (580). Gerade Bildungsaufwendungen können Erwerbsaufwand oder Privataufwendungen sein (Mellinghoff, in Leitgedanken des Rechts, Bd. I, 2013, § 74 Rz. 31).

221) Zuletzt BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14, BVerfGE 152, 274 – Rz. 94 und (wortgleich) Rz. 108.

222) Dazu Seiler, Steuer- und Sozialrecht als Ort sozialpolitischer Gestaltung, NZS 2007, 617 (623).

223) Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (86) unter Verweis auf die Pendlerpauschale.

224) Söhn, Aufteilbarkeit gemischt veranlasster Aufwendungen, in Festschrift Spindler, 2011, S. 795 (796 f.).

225) Gerade in diesem Kontext steht auch die Aussage, „beim Abzug des erwerbssichernden Aufwandes zwingt der Gleichheitssatz nicht zu einer Abziehbarkeit aller im Zusammenhang mit den steuerbaren Einnahmen stehenden Aufwendungen in voller Höhe“ (P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rz. 187 unter Bezug auf „Lebensführungskosten“ und zulässige Typisierungen und Pauschalierungen auch beim erwerbssichernden Aufwand) beziehungsweise darauf gestützt „Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber nicht, sämtliche Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Erwerbsgrundlage stehen, in voller Höhe abzugsfähig zu machen“ (Kloepfer, in Festschrift Stober, 2008, S. 703 [709]; Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rz. 125).

226) So bereits Drüen, StuW 2008, 3 (10, 14) m.w.N.

227) Dreneck, in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 283 (287 f.).

228) Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (70).

229) G. Kirchhof, Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt im Steuerrecht, DStR 2009, Beihefter zu Heft 49, 135\* (143\* f.).



für die Frage des Abzugsverbots von rein betrieblich veranlassen, gesetzestbestimmten Aufwendungen. Um das große und vielschichtige Thema der Abgrenzung der Betriebs- oder Berufssphäre von der Privatsphäre im Einkommensteuerrecht<sup>230</sup>, das Rechtsprechung und Literatur seit jeher beschäftigt und bei dem sich das BVerfG aus einsichtigen Gründen wegen des Grenzziehungsprimats des Parlaments<sup>231</sup> Zurückhaltung auferlegt, geht es bei der Bankenabgabe nicht. Ein Bezug zu Privataufwendungen<sup>232</sup> besteht bei ihr, die ins Zentrum der Erwerbssphäre fällt, gerade nicht. Ein „Schnittbereich“ zu Aufwendungen für die Lebensführung i.S. von § 12 Nr. 1 EStG fehlt. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG lässt sich nicht aus der Abgrenzung zwischen Betriebsausgaben und privater Mitveranlassung rechtfertigen.<sup>233</sup> Insoweit geht es nicht um die erst vom Gesetzgeber zu ziehende Grenzlinie zwischen Erwerbsaufwand und Privatsphäre. „Der Grenzfall ‚gemischter‘ Aufwendungen“, bei dem die Verfassung verschiedene Ausgestaltungen zulässt<sup>234</sup>, ist bei der Abzugsfähigkeit der Bankenabgabe nicht betroffen. Der Einwand einer „Sozialisierung von Privataufwand“ geht darum bei der Bankenabgabe doppelt fehl: Es geht um notwendigen, gesetzestbestimmten Erwerbsaufwand, der bei der Erzielung von Einnahmen anfällt, die natürlich ebenfalls der Ertragsbesteuerung unterliegen. Dabei bestehen an der betrieblichen Veranlassung durch das Bankgeschäft keine Zweifel. Das Bankgeschäft ist Anlass und – aus Sicht des Gesetzgebers – auch Rechtfertigungsgrund für die Sonderabgabe. Die mit dem Abzugsverbot belegten Aufwendungen fallen nicht in den der legislativen Wertung und Gestaltung vorbehaltenen „Schnittbereich zwischen beruflicher und privater Sphäre“. Sie fallen als eindeutige Erwerbsaufwendungen vielmehr in den Kernbereich betrieblicher Veranlassung und sind Folge der Anordnung einer gesetzlichen Zahlungspflicht. Darum ist die hinsichtlich dieser Grenzziehung nachvollziehbare Zurückhaltung des BVerfGs nicht auf den Fall der Bankenabgabe übertragbar. Stehen aber „verfassungsrechtliche Grenzsteine der Erwerbssphäre“<sup>235</sup> außer Frage, so kann das BVerfG bei der Bankenabgabe ohne Gefahr eigener Grenzziehung zum verfassungsrechtlichen Gewicht des objektiven Nettoprinzip klar Farbe bekennen. Gegenüber gesetzestbestimmtem Erwerbsaufwand ist die bisherige verfassungsgerichtliche Zurückhaltung deplatziert.

### c) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gebot der Folgerichtigkeit

Die Forderung nach legislativer Folgerichtigkeit hat gerade im Steuerrecht besondere Bedeutung.<sup>236</sup> Das Gebot der Folgerichtigkeit ist kein eigenständiges Verfassungsgebot.<sup>237</sup> Es ist kein selbständig tragendes verfassungsrechtliches Prinzip, gegen das zu verstoßen schon für sich genommen die Verfassungswidrigkeit einer Norm begründen könnte.<sup>238</sup> Eine Verletzung der Folgerichtigkeit alleine kann auch keine Verletzung des Gleichheitssatzes begründen.<sup>239</sup> Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab ist und bleibt ausschließlich der Gleichheitssatz.<sup>240</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfGs müssen „Abweichungen von der mit der Wahl des Steuergegenstandes einmal getroffenen Belastungsentscheidung“ sich „ihrerseits am Gleichheitssatz messen lassen (Gebot der folgerichtigen Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands)“.<sup>241</sup> Dabei ist das Folgerichtigkeitsgebot allein ein sekundäres Gebot, das keine absoluten Bindungen vorschreibt<sup>242</sup>, sondern den Gesetzgeber nur relativ an seine eigene Entscheidung bindet.<sup>243</sup> Es ist ein formelles Gebot<sup>244</sup> ohne eigene materielle Vorgaben.<sup>245</sup>

Das BVerfG verbindet die verfassungsrechtliche Prüfung von Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips mit dem Folgerichtigkeitsgebot.<sup>246</sup> Es koppelt den Grundsatz der Folgerichtigkeit an das Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und betont die „enge Verbundenheit“ beider Leitlinien.<sup>247</sup> Dem Gebot der Folgerichtigkeit oder „Konsequenzgebot“<sup>248</sup> genügt die Ausgestaltung eines Steuergesetzes, wenn es unter Berücksichtigung seiner Rechtfertigungs-

236) Zuletzt Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.118 ff. m.w.N.  
237) Musil, Steuerrecht und Verfassungsrecht, in Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart nF, Bd. 64 (2016), S. 443 (453), ebenso Eichberger, DStJG 39 (2016), S. 97 (114), der den Grundsatz der Folgerichtigkeit als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes versteht. Ähnlich Heintzen, Das Steuerrecht zwischen Autarkie und Verfassung, in Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart nF, Bd. 64 (2016), S. 493 (501): „Folgerichtigkeit ist Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG“.

238) Eichberger, Der Gleichheitssatz im Steuerrecht, in Drüen/Hey/Mellinghoff, 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018, Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 501 (511), der fehlende Folgerichtigkeit nur als Indiz für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung versteht (ebd., S. 512); ebenso zuvor Eichberger, DStJG 39 (2016), S. 97 (114); allgemein Kischel, in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 3 Rz. 96 (Mai 2019).

239) Schmehl, Steuersystematik, Steuerausnahmen und Steuerreform, in Festschrift Bryde, 2013, S. 457 (471 f.).

240) Mellinghoff, Ubg 2012, 369 (372).

241) BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvL 11/14, 12/14, 1/15, 1 BvR 639/11, 889/12, BVerfGE 148, 147 – Rz. 96; ebenso zum Beispiel BVerfG, Beschluss v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, BVerfGE 145, 106 – Rz. 104 m.w.N.

242) Ebenso Mellinghoff, Ubg 2012, 369 (375).

243) Drüen, Systembildung und Systembindung im Steuerrecht, in Festschrift Spindler, 2011, S. 29 (43).

244) Darum ist es unzureichend, das objektive Nettoprinzip allein im Gebot der Folgerichtigkeit zu verankern (dagegen bereits unter Betonung materieller Vorgaben Lehner, DStR 2009, 185).

245) Brückner, Folgerichtige Gesetzgebung im Steuerrecht und Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2014, S. 256 f.; ähnl. Tipke, StuW 2014, 278 („kein Maßstab“).

246) Dazu, grundsätzlich zustimmend, aber differenzierend Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (69 f.).

247) Dazu näher Desens, Die Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsprinzips als Maßstab der Steuernormen in der Rechtsprechung des BVerfG, StuW 2016, 240 (243 f.); zuletzt Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 205 f.

248) Vogel, DStJG 12 (1989), S. 123 (138, 140, 144).

230) Grundlegend Söhn (Hrsg.), Die Abgrenzung der Betriebs- oder Berufssphäre von der Privatsphäre im Einkommensteuerrecht, DStJG 3 (1980).

231) Das bestätigt sich auch rechtsvergleichend: Für Österreich betonen Kirchmayr/Bodis/Hammerl, in Doralt/Ruppe, Steuerrecht, Bd. I, 12. Aufl. 2019, Rz. 25 „Soweit Aufwendungen auch die Privatsphäre berühren, sind gesetzliche Abgrenzungsregeln oft unvermeidlich“.

232) Dazu Mellinghoff, Privataufwendungen, in Kube/Morgenthaler/Mellinghoff/Palm/Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Festschrift Paul Kirchhof, Bd. I, 2013, § 74 Rz. 1 ff.

233) Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 23. Aufl. 2020, Rz. 620.

234) Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (75 f.); näher Droegge, StuW 2011, 105 (106 ff.).

235) So Droegge, StuW 2011, 105 (107).

gründe schlüssig, plausibel und widerspruchsfrei erscheint.<sup>249</sup> Das Folgerichtigkeitsgebot ist in der Rechtsprechung insbesondere im Steuerrecht<sup>250</sup> anerkannt<sup>251</sup>, aber auf substantielle Kritik gestoßen<sup>252</sup>, die wiederum Gegenkritik hervorgerufen hat.<sup>253</sup>

Der Grundeinwand gegen das Folgerichtigkeitsdenken ist die Kernfrage, was eine legislative Entscheidung bei normen-hierarchischer Gleichrangigkeit<sup>254</sup> trotz des unter Hinweis auf das Demokratieprinzip vom BVerfG gestärkten lex posterior-Grundsatzes<sup>255</sup> zu einer aufgewerteten Grundentscheidung macht.<sup>256</sup> Bei allen Schwierigkeiten, die gesetzgeberischen Grundentscheidungen zu identifizieren<sup>257</sup> beziehungsweise zu bewerten<sup>258</sup>, gehört die „Grundentscheidung für das objektive Nettoprinzip“ nach der Rechtsprechung des BVerfGs<sup>259</sup> aber unzweifelhaft zu diesen.<sup>260</sup> Die grundlegenden Einwände gegen das Folgerichtigkeitsgebot und die damit einhergehende Einengung des Gestaltungsspielraums des Parlaments<sup>261</sup> verlieren zudem an Gewicht, wenn beim objektiven Nettoprinzip

der Gesetzgeber diese Grundentscheidung bereits in der Finanzverfassung vorfindet<sup>262</sup> und sie keine völlig „autonome[ ] Entscheidung des Gesetzgebers“<sup>263</sup> ist, sondern ihm zumindest im Kern vorgegeben ist<sup>264</sup> (siehe bereits Teil 1 III. 1. b)). Der Vorwurf, „die Rigorosität der Folgerichtigkeit“ übertreibe die Direktionskraft der Verfassung<sup>265</sup>, verfängt insoweit nicht. Überdies marginalisieren sich die Einwände, der Entscheidungsraum des Gesetzgebers werde beschnitten, wenn – wie bei dem Abzugsverbot der Bankenabgabe – das politische Gestaltungsfeld der Abgrenzung zur Privatsphäre und die legislative Festlegung notwendigen Erwerbsaufwands ersichtlich nicht tangiert ist (siehe bereits Teil 1 III. 1. b) [3]). Der Streit über eine verfassungsrechtliche Sonderdogmatik im Steuerrecht<sup>266</sup> beim Folgerichtigkeitsgebot<sup>267</sup> kann jedenfalls in der Fallgruppe eines Abzugsverbots für unstreitig rein betrieblichen und gesetzbestimmten Aufwand dahinstehen. Denn in dieser Fallgruppe respektiert die Folgerichtigkeitsdogmatik unzweifelhaft „die Steuerwürdigkeits- und Belastungsentscheidungen, bekämpft“ aber „gleichheitswidrige Diskriminierungen“.<sup>268</sup> Gerade darum geht es bei der Bankenabgabe.

Nach dem Folgerichtigkeitsgebot bedürfen Abweichungen einer besonderen Rechtfertigung<sup>269</sup> in Form eines besonderen, sachlich rechtfertigenden Grundes.<sup>270</sup> Die Rechtsprechung greift nach dem Grundsatz der Folgerichtigkeit bei der Ausgestaltung schärfer zu und verlangt für jede Abweichung vom zuvor getroffenen Belastungsentscheid einen konsequenten, diese Entscheidung fortführenden Grund.<sup>271</sup> Das Folgerichtigkeitsgebot macht die Erwägungen des Gesetzgebers damit stärker überprüfbar.<sup>272</sup> Ob der Grundsatz der Folgerichtigkeit dabei zu einer generellen Maßstabsverschärfung<sup>273</sup> und stets

249) So Jahndorf, Folgerichtigkeit im Steuerrecht als Verfassungsgebot, *StuW* 2016, 256 (259).

250) Hey, Steuerrecht und Staatsrecht im Dialog: Nimmt das Steuerrecht in der Judikatur des BVerfG eine Sonderrolle ein?, *StuW* 2015, 3 (9) m.w.N.

251) Näher Mellinshoff, Der Beitrag der Rechtsprechung zur Systematisierung des Steuerrechts am Beispiel des Gebots der Folgerichtigkeit, *Ubg* 2012, 369 (370 ff.); eingehende Analyse der Genese und Entwicklung der Folgerichtigkeitsrechtsprechung beider Senate des BVerfG zum Steuerrecht bei Thiemann, Folgerichtigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Leitlinie der Besteuerung, in Emmenegger/Wiedmann, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Band 2, 2011, S. 179 ff.; Modrzejewski, Die Bedeutung des Gebots der Folgerichtigkeit für die gleichheitsrechtliche Maßstabsbildung im Steuerrecht, in Modrzejewski/Naumann, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 5, 2019, S. 277 (283 ff.) m.w.N.

252) Kischel, in Epping/Hillgruber, *GG*, 3. Aufl. 2020, Art. 3 Rz. 134 ff.; Lepsius, *Anm.*, *JZ* 2009, 260 ff.; Droege, *StuW* 2011, 105 (111 f.); ders., Die Kodifikationsidee in der Steuerrechtsordnung, in Schön/Röder (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts II*, 2014, S. 69 (82 f.); Payandeh, Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, *AöR* 136 (2011), 585 ff., 610 ff.; Tappe, Festlegende Gleichheit – folgerichtige Gesetzgebung als Verfassungsgebot, *JZ* 2016, 27.

253) Stellvertretend Mellinshoff, *Ubg* 2012, 369 (372 ff.); Schön, Grundrechtsschutz gegen den demokratischen Steuerstaat, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart nF*, Bd. 64 (2016), S. 515 (534 ff.); zuletzt Hey, in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.120.

254) Zur selben Normstufe zum Beispiel Kempny, *Steuerverfassungsrechtliche Sonderdogmatik zwischen Verallgemeinerung und Zurückführung*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart nF*, Bd. 64 (2016), S. 477 (484).

255) BVerfG, *Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12*, BVerfGE 141, 1.

256) Dazu Drüen, Heinrich Wilhelm Kruse zum Gedenken: Über Folgerichtigkeit im Steuerrecht, *StuW* 2019, 205 (209).

257) Allgemein zur Schwierigkeit, rational zu bestimmen, welche Einzelregelungen in einem Normenkomplex zu Teilen des Systems und welche zu dessen Durchbrechungen zählen, Kischel, in Epping/Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz*, Art. 3 Rz. 96 (Mai 2019) m.w.N.

258) Das Bewertungserfordernis betont zu Recht Desens, *StuW* 2016, 240 (244).

259) BVerfG, *Urteil v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07*, BVerfGE 122, 210 – Rz. 63; BVerfG, *Beschluss v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09*, BVerfGE 126, 268 – Rz. 40 m.w.N.: „Die Beschränkung des steuerlichen Zugriffs nach Maßgabe des objektiven Nettoprinzips als Ausgangsbestand der Einkommensteuer gehört zu diesen Grundentscheidungen“.

260) Chr. Schmidt, *Steuerliche Systembildung und Systemwechsel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in Modrzejewski/Naumann, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 5, 2019, S. 303 (321 f., 323) m.w.N.

261) Den Kompromisscharakter demokratischer Entscheidungen, die oft einander widersprechende Ziele und Wünsche miteinander verbinden müssen, gegenüber Folgerichtigkeitsforderungen betonend Tappe, *JZ* 2016, 27 (32 f.); Kischel, in Epping/Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz*, Art. 3 Rz. 96.1 (Mai 2019).

262) Die Folgerichtigkeitsprüfung muss auf der finanzverfassungsrechtlichen Ausgangslage aufbauen (abstrakt ebenso Thiemann, *Verluste im Steuerrecht*, 2020, S. 533).

263) Zu diesen rechnet P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rz. 181 beim Einkommensteuergesetz die Besteuerung von „Markteinkommen als Personensteuer nach dem Nettoprinzip, dem Welteinkommensprinzip, dem Periodizitätsprinzip“.

264) Beim objektiven Nettoprinzip kommt es wegen der finanzverfassungsrechtlichen Vorprägung und dem Subprinzipcharakter nicht darauf an, ob das Gebot der Folgerichtigkeit auch eine Selbstbindung des Gesetzgebers an Prinzipien oder Subsysteme ohne Rückbindung zum Leistungsfähigkeitsprinzip begründen kann (dagegen Desens, *StuW* 2016, 240 [244] m.w.N.).

265) So Droege, *Der Beitrag des Steuerrechts und der Fortschritt der Verfassung*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart nF*, Bd. 64 (2016), S. 539 (547).

266) Allgemein Hey, *StuW* 2015, 3 ff.; zusammenfassend zur Diskussion die bereits zitierten Beiträge im *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart nF*, Bd. 64 (2016).

267) Gegen eine Sonderdogmatik des Folgerichtigkeitsprinzips bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Steuergesetzen Eichberger, in *Festschrift für den Bundesfinanzhof*, 2018, S. 501 (512).

268) So Hufeld, *Politische Dimensionen der Steuerrechtsdogmatik*, in *Gedächtnisschrift Schmehl*, 2019, S. 329 (343), nach dem die Folgerichtigkeitsdogmatik an „die Politikermächtigung ein Entpolitisierungsprogramm“ knüpft.

269) P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rz. 181.

270) BVerfG, *Beschluss v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00*, BVerfGE 123, 111 – Rz. 28; G. Kirchhof, in *Kirchhof/Kulosa/Ratschow*, *ESTG*, 2020, § 2 Rz. 72.

271) F. Kirchhof, in *Festschrift für den Bundesfinanzhof*, 2018, S. 557 (561).

272) Schmehl, in *Festschrift Bryde*, 2013, S. 457 (471).

273) Zum „maßstabsverschärfenden Potential“ des Gebots der Folgerichtigkeit näher Modrzejewski, in Modrzejewski/Naumann, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 5, 2019, S. 277 (293 ff.).



zur strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung führt<sup>274</sup>), ist an dieser Stelle noch nicht zu beantworten<sup>275</sup> (dazu Teil 1 III. 2.).

An dieser Stelle reicht es aus, dass objektives Nettoprinzip und das Gebot der Folgerichtigkeit – ungeachtet weiterer Unterscheidungen – beide in dieselbe Richtung wirken. Das objektive Nettoprinzip ist Ausgangstatbestand im Sinne des Folgerichtigkeitsgebots<sup>276</sup> und der Maßstab der Folgerichtigkeitsprüfung.<sup>277</sup> Objektives Nettoprinzip und Gebot der Folgerichtigkeit verstärken sich wechselseitig bei den Rechtfertigungsanforderungen an die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips.

## 2. Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips durch § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG

### a) Abzugsverbote als rechtfertigungsbedürftige Durchbrechung

Die in der Betriebsausgabe liegende Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird aufgrund des Abzugsverbots steuerlich nicht berücksichtigt.<sup>278</sup> Da das Abzugsverbot auch endgültig ist und es nicht nur um das „Wann“, sondern „das Ob der Besteuerung“ geht, kommt dem auf substantielle Kritik<sup>279</sup> gestoßenen Präjudiz des BVerfGs zu Jubiläumsrückstellungen, wonach sich der maßgebliche Zeitpunkt der einkommensteuerrechtlichen Berücksichtigung eines gewinnmindernden Aufwands nicht mithilfe des Maßstabs wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit oder des objektiven Nettoprinzips bestimmen lasse<sup>280</sup>, keine Bedeutung zu. Allgemein durchbricht § 4 Abs. 5 EStG mit seinen Abzugsverboten das Prinzip der Besteuerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.<sup>281</sup> Auch das in Frage stehende Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG durchbricht das objektive Nettoprinzip.<sup>282</sup> Die allgemeine Begründung zu § 4 Abs. 5 EStG, dass der Gesetzgeber die betroffenen Aufwendungen als unangemessen ansieht<sup>283</sup>, ver-

sagt für das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG. Darum stellt sich die Frage, ob es tragfähige und hinreichend rechtfertigende Gründe gibt, den Abzug trotz der Grundentscheidung für das objektive Nettoprinzip auszuschließen.

### b) Das Erfordernis besonderer sachlicher Gründe zur Rechtfertigung

Nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfGs bedürfen Ausnahmen von der folgerichtigen Umsetzung der mit dem objektiven Nettoprinzip getroffenen Belastungsentscheidung eines besonderen, sachlich rechtfertigenden Grundes.<sup>284</sup> Hinsichtlich des Gewichtes des Sachgrundes besteht dabei keine Einmütigkeit. So plädiert Christian Seiler dafür, „Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips als Grundprinzip strengen Anforderungen zu unterwerfen“.<sup>285</sup> Da ein steuerrechtliches Sonderopfer in Form eines Abzugsverbots der Rechtfertigung vor dem Gleichheitssatz bedarf, sind Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips angesichts der selbstgeschaffenen Sachgesetzlichkeiten der Besteuerung von Einkommen m.E. einer Verhältnismäßigkeitskontrolle zu unterwerfen.<sup>286</sup>

Allerdings wendet das BVerfG bei der Gleichheitsprüfung steuerrechtlicher Normen trotz seiner Folgerichtigkeitsjudikatur bisweilen weiterhin den Willkürmaßstab an, wenn es nicht um „verfassungsrechtlich erhebliche Einzelfallregelungen“ geht.<sup>287</sup> In anderen Fällen greift es – manchmal überraschend – zu einer strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle.<sup>288</sup> Die Verfassungsrechtsprechung zur Anwendung des Gleichheitssatzes im Steuerrecht<sup>289</sup> und gerade beim Folgerichtigkeitsgebot<sup>290</sup> ist der Kritik ausgesetzt, wenig vorhersehbar zu sein und vom BVerfG z.T. unterschiedlich streng gehandhabt zu werden.<sup>291</sup> Eine beliebige oder situative Maßstabswahl führt aber zu Unvorhersehbarkeit und schadet der Akzeptanz der Verfassungsrechtsprechung. Darum ist der allgemeinen Maßstabbildung erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken.<sup>292</sup> Denn das eigentliche

274) Dagegen explizit Eichberger, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 501 (512 f.).

275) Allgemein schließen sich bei der steuerverfassungsrechtlichen Kontrolle Verhältnismäßigkeitsgebot und Folgerichtigkeitsdogmatik nicht aus, sondern können nebeneinander bestehen (Hufeld, in Gedächtnisschrift Schmehl, 2019, S. 329 [338, 344]).

276) Desens, StuW 2016, 240 (248); ebenso Mellinshoff, Ubg 2012, 369 (372): „Das objektive Nettoprinzip ist die systemtragende Grundentscheidung und damit Anknüpfungspunkt für die Prüfung am Gebot der Folgerichtigkeit“.

277) Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2204).

278) Watrin, in Frotzcher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 664 (Dez. 2019).

279) Zur Kritik Hennrichs, Leistungsfähigkeit – objektives Nettoprinzip – Rückstellung, in Festschrift Lang, 2010, S. 237 (249 ff.); Schulze-Osterloh, Das Bundesverfassungsgericht und die Unternehmensbesteuerung, in Festschrift Lang, 2010, S. 255 (257 ff.); Hüttemann, Das Passivierungsverbot für Jubiläumsrückstellungen zwischen Folgerichtigkeitsgrundsatz und Willkürverbot, in Festschrift Spindler, 2011, S. 627; eingehende Analyse und Kritik der Entscheidung bei Mundfortz, Das Realisationsprinzip und die Aufdeckung stiller Lasten, 2019, S. 71 ff. m.w.N.

280) BVerfG, Beschluss v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111 – Rz. 35.

281) Watrin, in Frotzcher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 665 (Dez. 2019).

282) Statt vieler Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (304 f.); Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019); Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2203); Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinshoff, EStG, § 4 Rz. T 4 (Juli 2015).

283) Watrin, in Frotzcher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 665 (Dez. 2019).

284) BVerfG, Urteil v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 – Rz. 63; BVerfG, Beschluss v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 – Rz. 40 m.w.N.

285) Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (70).

286) So schon Drüen, StuW 2008, 3 (11); für eine generelle Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Gleichheitssatz parallel zur Überprüfung von Freiheitsbeeinträchtigungen Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.125; dafür gerade zum Steuerrecht auf der Basis des Eingriffsmodells für die Gleichheitsprüfung Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 225 ff., 374 ff., 381 f.

287) BVerfG, Beschluss v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111 – Rz. 33; ebenso Desens, StuW 2016, 240 (248).

288) Dazu bereits Drüen, Aktuelle verfassungsgerichtliche Leitlinien für die Unternehmensbesteuerung, StbJb. 2017/2018, 1 (2 f., 22 f.).

289) Sachs, in Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1542 m.w.N.

290) Zur variierenden Rspr. des BVerfG Kempny, in Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart nF, Bd. 64 (2016), S. 477 (489 ff.) sowie näher zuletzt Modrzejewski, in Modrzejewski/Naumann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 5, 2019, S. 277 (284 ff.).

291) Näher Hey, Zur Geltung des Gebots der Folgerichtigkeit im Unternehmenssteuerrecht, DStR 2009, 2561 (2565); Drüen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rz. 44, 46 (April 2016); ders., Aktuelle verfassungsgerichtliche Leitlinien für die Unternehmensbesteuerung, StbJb. 2017/2018, 1 (23).

292) Dazu vertiefend auf der Grundlage der Verfassungsrechtsprechung Modrzejewski, in Modrzejewski/Naumann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 5, 2019, S. 277 (297 ff.), nach dem mit der Rspr. „im Ansatz voraussehbare Ergebnisse erzielt werden“ können (ebd., 301).

Problem liegt darin, die Hürden der Rechtfertigungsanforderungen zu bestimmen.<sup>293)</sup>

Auch wenn das objektive Nettoprinzip trotz seiner Spannweite über alle Erwerbsaufwendungen als einheitliches Prinzip zu verstehen ist<sup>294)</sup>, gilt für die Rechtfertigung von Durchbrechungen kein einheitlicher Maßstab, sondern unterschiedliche sachbezogene Anforderungen. Denn Abweichungen vom objektiven Nettoprinzip bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes, der die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag. Der Gleichheitssatz ist immer sachbezogen anzuwenden.<sup>295)</sup> Er setzt stets eine sachbezogene Wertung voraus. Darum ist auch der Grundsatz der Folgerichtigkeit als Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG (siehe bereits Teil 1 III. 1. c)) nicht als „Strengekriterium“ zu verstehen, das stets zur strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung der Ungleichbehandlung führt.<sup>296)</sup> Das Gebot der Folgerichtigkeit besagt insoweit nur, dass sich Abweichungen von Belastungs(grund)entscheidungen ihrerseits am Gleichheitssatz messen lassen müssen.<sup>297)</sup> Die Anforderungen an die Begründung einer Ungleichbehandlung sind darum abzustufen.<sup>298)</sup> Sie hängen davon ab, wie intensiv der „Gleichheitseingriff“ ist. Im Falle der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG können die üblichen Schritte und Maßstäbe aus der Eingriffsdogmatik übernommen werden.<sup>299)</sup> Auch die finanzverfassungsrechtliche Grundwertung für das objektive Nettoprinzip ist insoweit eine Wertungsvorgabe für die Gleichheitsprüfung, weil sie auf die Rechtfertigungsanforderung einwirken kann. Ebenso wie die Finanzverfassung den Rechtfertigungsmaßstab hin zum bloßen Willkürverbot abzuschwächen vermag<sup>300)</sup>, kann sie umgekehrt verfassungsrechtliche Argumente für eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung liefern.

Für die Gleichheitsprüfung und ihr Ergebnis ist im stufenlosen Prüfungsansatz des BVerfGs mithin die Bestimmung und Begründung des herangezogenen Maßstabs im konkreten Fall zentral. Nach jüngeren Entscheidungen des 1. Senats des BVerfGs steigen im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Folgerichtigkeitskontrolle die Anforderungen an den Rechtferti-

gungsgrund mit dem Ausmaß der Abweichung<sup>301)</sup> und ihrer Bedeutung für die Verteilung der Steuerlast insgesamt.<sup>302)</sup> Unlängst bezeichnet es der 2. Senat unter Hinweis darauf<sup>303)</sup> als ständige Rechtsprechung, dass Ausnahmen von der folgerichtigen Umsetzung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestandes „eines besonderen sachlichen Grundes“ bedürfen, „der die Ungleichbehandlung nach Art und Ausmaß zu rechtfertigen vermag“.<sup>304)</sup> Mithin sind nach der Verfassungsrechtsprechung bei der Maßstabsbildung das Ausmaß der Abweichung von der Grundentscheidung, Art und Ausmaß der Ungleichbehandlung sowie die Auswirkungen für die Verteilung der Steuerlast als maßstabsverschärfende Kriterien zu beurteilen. Darauf aufbauend sprechen für die besondere „Strenge der Grundrechtsbindung“ und die „Strenge der Gleichheitsprüfung“<sup>305)</sup> und für das Gebot einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung konkret bei der Bankenabgabe folgende Überlegungen:

c) Gesteigerte Rechtfertigungsanforderungen bei indisponiblen, gesetzestbestimmten Aufwendungen im Kernbereich der betrieblichen Tätigkeit

Für das bei den Rechtfertigungsanforderungen an die Durchbrechung zu berücksichtigende Ausmaß der Abweichung von der Grundentscheidung des objektiven Nettoprinzips ist maßgeblich, dass bei der Bankenabgabe gesetzestbestimmter und insoweit indisponibler Erwerbsaufwand vom Abzug als Betriebsausgabe ausgeschlossen wird. Der Gesetzgeber behandelt die Bankenabgabe wie freie und beliebige Einkommensverwendung<sup>306)</sup>, obgleich es sich für die Kreditinstitute um zwangsläufigen, gesetzestbestimmten Aufwand handelt. Dieses Ausmaß der Gleichbehandlung trotz wesentlicher Ungleichheit steigert die Rechtfertigungsanforderungen. Denn der Aufwand wird extern durch den Gesetzgeber vorgegeben und hat seinen unmittelbaren Rechtsgrund in der legislativen Entscheidung über die Abgabepflicht. Eine Nähe zu den Abzugsverboten des § 12 Nr. 1 EStG und zum gekorenen Erwerbsaufwand für betriebliche Segel- und Motorjachten oder Jagdhütten (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 EStG) besteht nicht. Bereits die gesetzliche Zahlungspflicht, die an die Berufsausübung anknüpft, schließt eine private Mitentscheidung oder Veranlassung als Rechtfertigungsgrund aus. Dies wirkt auch hinsichtlich des Kriteriums der Auswirkung auf die Verteilung der Steuer-

293) So bereits im Kontext von Verlustbeschränkungsnormen Birk, Einkommen, Einkunftsarten und Einkünfteermittlung, DStJG 34 (2011), S. 11 (28).

294) Für ein „übergreifendes und homogenes objektives Nettoprinzip“ bereits Drüen, StuW 2008, 3 (10).

295) Näher zur bereichsspezifischen Gleichheit auf der Grundlage der „Sachgerechtigkeit“ P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 383ff. (Sept. 2015) m.w.N.

296) Eichberger, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 501 (512f.); ebenso Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 203f.; dagegen für die einheitliche Anwendung des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs im Steuerrecht Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.125.

297) Modrzejewski, in Modrzejewski/Naumann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 5, 2019, S. 277 (295).

298) So bereits Vogel, DStJG 12 (1989), S. 123 (140); zuletzt Horstmann/Lenhart, Folgerichtigkeit im Mehrebenensystem – ein frei aufzulösender Zielkonflikt?, IStR 2021, 91 (95).

299) Dafür Eichberger, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 501 (516f.).

300) So zur Gewerbesteuer Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 1 GewStG Rz. 18 (März 2020).

301) Explizit BVerfG, Beschluss v. 24.3.2015 – 1 BvR 2880/11, BVerfGE 139, 1 – Rz. 40 im Anschluss an BVerfG, Urteil v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 – Rz. 123; ebenso Wollenschläger, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 283; Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 204; näher Modrzejewski, in Modrzejewski/Naumann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 5, 2019, S. 277 (297ff.), auch zur abweichenden Rspr. des 2. Senats (ebd., 298f.) und zur „offenen“ Zukunft des maßstabsverschärfenden Potentials der Folgerichtigkeitsrechtsprechung (ebd., 301).

302) BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvL 11/14, 12/14, 1/15, 1 BvR 639/11, 889/12, BVerfGE 148, 147 – Rz. 96; BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217 – Rz. 105.

303) Expliziter Hinweis auch auf BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvL 11/14, 12/14, 1/15, 1 BvR 639/11, 889/12, BVerfGE 148, 147 – Rz. 96.

304) BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14, BVerfGE 152, 274 – Rz. 100 m.w.N. zur „stRspr“.

305) Zu beidem Eichberger, DStJG 39 (2016), S. 97 (112, 115).

306) Zutreffend Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2.



last maßstabsschärfend, weil entgegen dem objektiven Nettoprinzip eindeutiger Erwerbsaufwand der Eigenfinanzierung durch den Steuerpflichtigen ohne Mitbeteiligung der Gemeinschaft der Steuerzahler (zur Sonderlast siehe noch sub Teil 1 III. 5. a)) überantwortet wird.

Zudem kommt es für die verfassungsrechtlich gebotene Besteuerung nach finanzieller Leistungsfähigkeit als Grundentscheidung nicht nur auf die Unterscheidung zwischen beruflichem oder privatem Veranlassungsgrund für Aufwendungen an, sondern jedenfalls auch auf die Unterscheidung zwischen freier oder beliebiger Einkommensverwendung einerseits und zwangsläufigem, pflichtbestimmtem Aufwand andererseits.<sup>307)</sup> Aus der Verfassungsrechtsprechung lässt sich folgende Rechtfertigungsrelation ableiten: Je zwangsläufiger die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Tätigkeit anfallen, desto höhere Anforderungen sind an die Rechtfertigung einer Beschränkung zu stellen.<sup>308)</sup> Zwar wird eingewandt, das Kriterium der Indisponibilität von Aufwendungen sei „nur ein sehr ungenaues Richtmaß“, weil „die Handlungsfreiheit, steuerrechtlich erhebliche Ausgaben zu generieren, ganz in die Hand des Steuerpflichtigen“ gelegt werde.<sup>309)</sup> Einzuräumen ist dabei im Ausgangspunkt die Freiheit und der Spielraum des Steuerpflichtigen bei der Kreation von Betriebsausgaben.<sup>310)</sup> Denn grundsätzlich steht jedem Steuerpflichtigen auf der Ausgaben- seite ein größerer Entscheidungsspielraum als auf der Einnahmeseite zu, weil er es in der Hand hat, den Betriebsumfang und damit den Umfang der betrieblichen Veranlassung zu bestimmen.<sup>311)</sup> Überdies sind Notwendigkeit, Üblichkeit oder Zweckmäßigkeit einer Aufwendung keine Voraussetzungen für den Betriebsausgabenabzug.<sup>312)</sup> Es geht aber im konkreten Fall nicht um den Abzug eines „in Ausübung der Berufs- und Eigentümerfreiheit individuell bestimmten Aufwand[s]“<sup>313)</sup>, sondern um den Abzug von gesetzestbestimmtem Betriebsaufwand. Die Kritik, das Kriterium der Indisponibilität beruhe auf Wertungen und überantworte dem Steuerpflichtigen die Entscheidung über die Abzugsfähigkeit der Aufwendungen<sup>314)</sup>, verfängt nicht gegenüber gesetzestbestimmten Aufwendungen. Es geht nämlich in diesem Fall nicht um die Grenzlinie zwischen notwendigem und gewillkürtem Aufwand.<sup>315)</sup>

Wenn wegen der Nähe zum privaten Bereich an die Rechtfertigungsanforderungen von Abzugsbeschränkungen mildere

Maßstäbe anzulegen sind<sup>316)</sup>, so steigen umgekehrt die Anforderungen, wenn die ausschließliche betriebliche Veranlassung außer Frage steht. Gesteigerte Rechtfertigungsanforderungen gelten bei gesetzestbestimmtem Erwerbsaufwand, der in den Kernbereich der betrieblichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen fällt. Nach der Rechtsprechung des BVerfGs „steigen allgemein die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für gesetzliche Differenzierungen in dem Maße, in dem sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann“.<sup>317)</sup> Insofern gilt der strengere Verhältnismäßigkeitsmaßstab für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen. Bei gesetzlich determiniertem Erwerbsaufwand, der unzweifelhaft allein betrieblich veranlasst ist, greift der Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG<sup>318)</sup> (siehe bereits Teil 1 II. 3.). Insgesamt darf gesetzestbestimmter Erwerbsaufwand nur unter strengeren Voraussetzungen mit einem Abzugsverbot belegt werden.

Neben diesen Gründen sprechen im Fall der Bankenabgabe weitere und verstärkende Gründe für eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung des Betriebsausgabenabzugsverbots. Kommt es auf das Ausmaß der Abweichung von der Grundentscheidung an, steigen die Rechtfertigungsanforderungen, weil der Kerngehalt des objektives Nettoprinzips gerade auf den Abzug notwendiger Erwerbsaufwendungen gerichtet ist<sup>319)</sup>, um die es bei der Bankenabgabe geht. Dabei fehlt jeglicher „private Einschlag“ der Aufwendungen.<sup>320)</sup> Liegt damit ein Eingriff in den Kern des objektiven Nettoprinzips vor, steigern sich die Rechtfertigungsanforderungen zugleich dadurch, dass dieser finanzverfassungsrechtlich vorgegeben ist, weil das objektive Nettoprinzip bei Anwendung des Folgerichtigkeitsprinzips mehr als nur ein „gesetzestdirigierendes Leitprinzip“<sup>321)</sup>, sondern bereits verfassungsdirigiertes Leitprinzip (siehe bereits Teil 1 II. 1. b)) ist.<sup>322)</sup> Immerhin betonen selbst Autoren, die den Verfassungsrang des objektiven Nettoprinzips verneinen, die verfassungsrechtliche Grundlage, die zur Erzielung notwendigen Erwerbsaufwendungen, denen sich der Steuerpflichtige bei pflichtbestimmter Ausübung der Erwerbstätigkeit nicht entziehen kann, einnahmemindernd zu berücksichtigen.<sup>323)</sup> Um solche handelt es sich aber bei der Bankenabgabe als gesetzlicher Zahlungspflicht. Weiterhin spricht nach dem Kriterium von Art und Ausmaß der Ungleichbehandlung die Intensität des konkreten Eingriffs in das objektive Nettoprinzip für strenge Rechtfertigungsanforderungen. Denn das Abzugsverbot wird zu Recht als „empfindliche[r] Einschnitt in das objektive Nettoprinzip“ bezeichnet, weil die Aufwendungen aus erlaubtem

307) Dreñseck, in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 283 (288); zuletzt BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14, BVerfGE 152, 274 – Rz. 114 m.w.N.; Desens, Stuw 2016, 240 (249).

308) Dreñseck, in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 283 (288); Drüen, Stuw 2008, 3 (11).

309) Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 70.

310) Näher bereits mit freiheitsrechtlicher Fundierung der „Einschätzungsprerogative“ des Steuerpflichtigen Englisch, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 92 (94\* f., 99\*).

311) Schmidt/Loschelder, EStG, 40. Aufl. 2021, § 4 Rz. 480.

312) Schmidt/Loschelder, EStG, 40. Aufl. 2021, § 4 Rz. 483; ebenso insgesamt Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 4 EStG Rz. 555 (Nov. 2020).

313) Dazu G. Kirchhof, DStR 2009, Beihefter zu Heft 49, 135\* (142\*).

314) Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 69 ff.

315) Auf diese Grenzlinie präzisierend abstellend Desens, Stuw 2016, 240 (249).

316) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2704.

317) BVerfG, Beschluss v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, BVerfGE 145, 106 – Rz. 105; BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14, BVerfGE 152, 274 – Rz. 98 m.w.N.

318) Englisch, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 92 (99\* f.).

319) Desens, Stuw 2016, 240 (249).

320) Dazu Drüen, Stuw 2008, 3 (14).

321) P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 405 (Sept. 2015).

322) Allgemein zu den Wechselwirkungen der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzbegriffe mit dem Folgerichtigkeitsgebot Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 532 f.

323) So Schneider, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 87\* (91\*).

Verhalten resultieren und die betriebliche Veranlassung der Bankenabgabe „zweifelsfrei“ ist.<sup>324</sup> Schließlich bedarf es bei einer Kapitalgesellschaft ohnehin keiner Abgrenzung zur Privatsphäre. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BFH verfügt eine „inländische Kapitalgesellschaft ertragsteuerrechtlich über keine außerbetriebliche Sphäre“.<sup>325</sup> Darum droht keine Gefahr einer übergriffigen Verkürzung der legislativen Grenzziehung zur Privatsphäre durch die Judikative (siehe bereits Teil 1 III. 1. b) [3]). Im konkreten Fall ist kein Grund für richterliches „Maßhalten“ beim objektiven Nettoprinzip ersichtlich. Vielmehr erscheint der konkrete Fall prädestiniert, die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips im unzweifelhaft betrieblichen Bereich nur bei besonders validen und tragfähigen Rechtfertigungsgründen, die einer strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle standhalten, als verfassungsmäßig zu erachten.

d) Besondere Rechtfertigungsanforderungen bei der Gewerbesteuer wegen Verfälschung der objektiven Ertragskraft des Bank-Gewerbebetriebes

Das Rechtfertigungsbedürfnis steigert sich – was bisher noch nicht hinreichend bedacht worden ist – noch weiter bei der Gewerbesteuer. Das BVerfG hat bekanntlich trotz massiver Kritik<sup>326</sup> die Verfassungsmäßigkeit der Gewerbesteuer als solche nie angezweifelt.<sup>327</sup> Es zeichnet die Entwicklung der Gewerbesteuer von der Real- oder Objektsteuer hin zu einer „objektivierten Ertragsteuer“ nach.<sup>328</sup> Diese finanzverfassungsrechtliche Klassifikation hat wiederum „Vorwirkungen“ auf die legislatorische Ausgestaltung der Gewerbesteuer und ihrer Bemessungsgrundlage (siehe bereits Teil 1 II. 1. b)). Dabei geht es nicht um die umstrittene Frage, ob und inwieweit bei der Gewerbesteuer trotz ihrer Ausgestaltung in den §§ 7f. GewStG einfachrechtlich das objektive Nettoprinzip Geltung beansprucht.<sup>329</sup> Vielmehr kommt es darauf an, ob sich die Ausgestaltung folgerichtig<sup>330</sup> in das Konzept einer „ertragsorientierten Objektsteuer“ einfügen lässt.<sup>331</sup> Die Gewerbesteuer erfasst, von den persönlichen Verhältnissen des Betriebsinhabers weitgehend unabhängig<sup>332</sup>, in erster Linie auf sächliche Produk-

tionsmittel und Kapital gegründete Finanzquellen.<sup>333</sup> Die objektive Ertragskraft eines Gewerbebetriebes ist darauf ausgerichtet, „was die wirtschaftliche Einheit Gewerbebetrieb abwirft, wenn sie losgelöst von den Beziehungen zu dem jeweiligen Rechtsträger betrachtet wird“.<sup>334</sup>

Durch das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG, das über § 7 Satz 1 GewStG auf die Gewerbesteuer „durchschlägt“ (siehe Teil 1 I. 1.), wird unzweifelhaft originär betrieblicher Aufwand aus der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer ausgeschieden, obwohl jede in der Person des Betriebsinhabers liegende Verursachung oder Willkürung ausgeschlossen ist. Um eine Objektivierung zur Eindämmung privatautonomer Gestaltungen bei der Gewerbesteuer<sup>335</sup> geht es mithin nicht. Denn die Bankenabgabe ist nicht auf die Ausstattungsentcheidung des Betriebsinhabers über eigenes Finanz- und Sachkapital des Gewerbebetriebes zurückzuführen. Bei gesetzestemmtem Aufwand scheidet der gewerbesteuerliche Objektivierungsgedanke, dass die Höhe der Gewerbesteuerlast nicht davon abhängen soll, ob der Betrieb mit eigenem oder fremdem Finanz- und Sachkapital arbeitet<sup>336</sup>, von vorneherein aus. Die Ertragskraft des Gewerbebetriebes einer Bank wird aber selbstverständlich durch die Bankenabgabe gemindert. Diese Minderung der Ertragskraft ist auch „objektiv“, weil die Bankenabgabe auf einer gesetzlichen Zahlungspflicht und nicht auf durch den Betriebsinhaber gewillkürtem Aufwand beruht. Darum entfernt das Abzugsverbot den Gewerbeertrag von Kreditinstituten branchenbezogen von der „objektiven Ertragskraft des jeweiligen Gewerbebetriebes“<sup>337</sup>, indem unzweifelhaft betrieblicher Aufwand zur unbeachtlichen Einkommensverwendung erklärt wird (siehe bereits Teil 1 III. 2. c)). Der rechtfertigende Boden der „auf den tätigen Gewerbebetrieb bezogenen Sachsteuer“<sup>338</sup> wird verlassen.

Die Finanzverfassung verstärkt aber gerade bei der Gewerbesteuer die gleichheitsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen an das Abzugsverbot. Die bundesstaatlichen Verteilungsregeln der Finanzverfassung sind nur trennscharf handhabbar, wenn der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Steuern – gerade auf der Ebene der Bemessungsgrundlage<sup>339</sup> – ein Abstandsgebot zwischen den Steuerarten wahrte.<sup>340</sup> Eine konsequent ausgestaltete Objektsteuer unterscheidet sich durch

324) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.

325) BFH, Urteil v. 4.12.1996 – I R 54/95, BFHE 182, 123; zuletzt BFH, Urteil v. 6.12.2016 – I R 50/16, BStBl. II 2017, 324 – Rz. 6 m.w.N.

326) Näher zuletzt Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 1 GewStG Rz. 13 ff., 16 ff. (März 2020) m.w.N.

327) Zuletzt BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 38 m.w.N.

328) BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 38 m.w.N.

329) Dazu BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 33; Heger, Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 117\* (120 ff.\*); Hey, Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 109\* (113\* ff.); Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (67 f.); zuletzt Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 1 GewStG Rz. 18 (März 2020) m.w.N.

330) Zur Folgerichtigkeit der Ausgestaltung der Gewerbesteuer als „objektivierter Istertrag“ bereits P. Kirchhof, Die Gewerbesteuer – historische Vorgabe und gegenwärtige Aufgabe, in Festschrift Gosch, 2016, S. 193 (199 ff.).

331) BFH, Urteil v. 4.6.2014 – I R 70/12, BStBl. II 2015, 289 – Rz. 18; diesem Maßstab zustimmend BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 33.

332) Zuletzt Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rz. 14 m.w.N.

333) BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 37 m.w.N.; ebenso P. Kirchhof, in Festschrift Gosch, 2016, S. 193 (202).

334) Klassisch Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993, S. 733.

335) Zu diesem rechtfertigenden „Leitgedanken der Gewerbesteuer“ P. Kirchhof, in Festschrift Gosch, 2016, S. 193 (198 f.): „Gestaltungsgegenwehr“.

336) Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993, S. 733 f.; zum „Leitbild“ des mit Eigenkapital mit eigenen Wirtschaftsgütern arbeitenden Gewerbebetriebes zuletzt Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 12.40.

337) Für diese Zielgröße allgemein Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rz. 14.

338) So P. Kirchhof, in Festschrift Gosch, 2016, S. 193 (202) m.w.N.

339) Drüen, in Leitgedanken des Rechts, Bd. II, 2013, § 158 Rz. 3.

340) Dafür bereits Drüen, StuW 2008, 3 (7 f.); im Ausgangspunkt zustimmend, aber auf den „Stellenwert einer Kontrollüberlegung“ relativierend Thiemann, Verluste im Steuerrecht, 2020, S. 530 ff., 532.



Elimination der individuellen gewinnrelevanten Ausstattung mit Finanz- und Sachkapital des Betriebs deutlich von einer reinen Gewinnsteuer und wahrt dadurch das finanzverfassungsrechtliche Abstandsgebot.<sup>341)</sup> Wenn das BVerfG auf diesem Gedanken erklärtermaßen aufbauend die Unterscheidbarkeit der Gewerbesteuer gegenüber Einkommensteuer beziehungsweise der Körperschaftsteuer weiterhin betont<sup>342)</sup>, bedarf aber gerade die Verfälschung der objektiven Ertragskraft eines Gewerbebetriebes durch ein auch gewerbesteuerliches Abzugsverbot einer besonderen Rechtfertigung.

Will das BVerfG den eigenen Maßstäben gerecht werden, an denen es zuletzt die Richtervorlage des FG Hamburg<sup>343)</sup> zu den Hinzurechnungen nach § 8 Nr. 1 GewStG gemessen und als unzulässig eingestuft hat<sup>344)</sup>, muss es dem Gedanken nähertreten, dass bei der Gewerbesteuer das Abzugsverbot nicht durchschlagen darf, weil es im Widerspruch zum Konzept der objektivierten Ertragsteuer steht. Dem Real- oder Objektsteuercharakter tragen bei der Ermittlung des Gewerbeertrags weiterhin die Hinzurechnungen nach § 8 GewStG und die Kürzungen nach § 9 GewStG Rechnung.<sup>345)</sup> Darum darf der Durchschlag des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG auf die Gewerbesteuer nicht unhinterfragt als automatische Folge von § 7 Satz 1 GewStG hingenommen werden. Stattdessen ist zu fragen, ob nicht ein Verfassungsimpuls für eine Kürzungsvorschrift hinsichtlich des außerbilanziell hinzuzurechnenden Aufwands der Bankenabgabe zum Erhalt des Objektsteuercharakters spricht. Denn der Objektsteuercharakter bedingt Abweichungen von der Einkommensteuer.<sup>346)</sup> Die objektivierende Bemessungsgrundlage legt Abzugsverbote und Kürzungen nahe.<sup>347)</sup> Eine Kürzungsvorschrift für bei der Einkommen- beziehungsweise Körperschaftsteuer hinzugerechneten Betriebsaufwand würde eine weitere „Aushöhlung des Objektsteuerprinzips“<sup>348)</sup> unterbinden. Auch wenn einzuräumen ist, dass die Hinterfragung des automatischen Durchschlagens von Abzugsverböten auf das Gewerbesteuerrecht bislang noch nicht etabliert ist<sup>349)</sup> und das „Objektsteuerprinzip“ kein rein verwirk-

lichtes „Fundamentalprinzip des Gewerbesteuerrechts“ ist<sup>350)</sup>, so könnte auf diesem Wege die – finanzverfassungsrechtlich unabdingbare – Unterscheidbarkeit der Gewerbesteuer abgesichert werden. Zugleich würde zumindest bei der Gewerbesteuer eine gleichheitsrechtlich zu rechtfertigende Sonderlast von Kreditinstituten (dazu sub Teil 1 III. 5.) ausgeräumt. Insgesamt sprechen gute Gründe dafür, gerade bei der Gewerbesteuer besondere Rechtfertigungsanforderungen an Betriebsausgabenabzugsverbote zu stellen, die die Bemessungsgrundlage der objektiven Ertragskraft eines Gewerbebetriebes verfälschen.

### 3. Der erkennbare, aber untaugliche Finanzierungszweck

Untauglich als Rechtfertigungsgrund für Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips sind fiskalische Erwägungen, die ungleiche Steuerlasten einzelner Steuerbürger nicht rechtfertigen können.<sup>351)</sup> Der rein fiskalische Finanzierungszweck ist für sich genommen kein rechtfertigender Grund zur Durchbrechung tragender Prinzipien des Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts.<sup>352)</sup> Insbesondere kann der rein fiskalische Zweck staatlicher Einnahmenerhöhung die Durchbrechung der gesetzgeberischen Grundentscheidung für das objektive Nettoprinzip nicht rechtfertigen.<sup>353)</sup> Der Finanzbedarf ist kein Rechtfertigungsgrund für Verletzungen des objektiven Nettoprinzips, weshalb allein fiskalisch motivierte Durchbrechungen verfassungswidrig sind.<sup>354)</sup> Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG bewirkt eine staatliche Einnahmeerhöhung und hat Finanzierungswirkungen. Für das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG nennt die Literatur trotz der Voranstellung von Lenkungszielen in der Gesetzesbegründung<sup>355)</sup> vielfach primär fiskalische Erwägungen. Die Grundfragen, ob der erklärte Lenkungszweck überhaupt hinreichend vom reinen Finanzierungszweck abgrenzbar ist, um einen tragfähigen Rechtfertigungsgrund abzugeben, und ob der Lenkungszweck insgesamt verfassungsrechtlich trägt, sind zunächst zurückzustellen (dazu noch Teil 1 III. 4.). Ausgangspunkt ist vielmehr der beim Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG vielfach ins Zentrum gerückte Finanzierungszweck.

Aus Sicht der Literatur dürfen die Jahresbeiträge den Gewinn der Bank nicht mindern, weil andernfalls die Bankensanierung

341) Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 1 GewStG Rz. 18 (März 2020).

342) BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 35 m.w.N. betont (unter Hinweis auf die vorzitierte Vorfassung der Kommentierung) den Objektsteuercharakter und die Abschirmwirkung des Betriebs gegenüber dem Unternehmer als Grundlage der Unterscheidbarkeit der Gewerbesteuer bei natürlichen Personen von der Einkommensteuer auf gewerbliche Einkünfte.

343) FG Hamburg, Vorlagebeschluss v. 29.2.2012 – 1 K 138/10, EFG 2012, 960.

344) BVerfG, Beschluss v. 15.2.2016 – 1 BvL 8/12, BStBl. II 2016, 557 – Rz. 26 ff.

345) BVerfG, Beschluss v. 15.1.2008 – 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, 1 – Rz. 5; Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 7 GewStG Rz. 21 (Juni 2020); Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rz. 14, § 2 Rz. 1.

346) So zu Gründungs- und Veräußerungsvorgängen bei Personenunternehmen Selder, in Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 7 Rz. 3; allgemein Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rz. 14.

347) So bereits P. Kirchhof, in Festschrift Gosch, 2016, S. 193 (204).

348) Diese konstatierend Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rz. 22.

349) Immerhin betont bereits P. Kirchhof, in Festschrift Gosch, 2016, S. 193 (204), dass die Qualifikation der Gewerbesteuer „als Objektsteuer ... auch eine Überprüfung des Anknüpfungstatbestandes eines einkommensteuerlichen Gewinns [veranlasst]“.

350) Drüen, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 7 GewStG Rz. 21 (Juni 2020); Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 1 Rz. 22 m.w.N.; Thiemann, Ver-luste im Steuerrecht, 2020, S. 365.

351) Seiler, DSTJG 34 (2011), S. 61 (71); ebenso Englisch, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 92\* (97\*); Nußberger, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 145; zuletzt Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.130.

352) BVerfG, Beschluss v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, BVerfGE 145, 106 – Rz. 150 m.w.N.

353) BVerfG, Urteil v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (233); zustimmend Birk, DSTJG 34 (2011), S. 11 (28); Bodden, in Korn, EStG, § 2 Rz. 120 (Febr. 2020); Desens, StuW 2016, 240 (244); Schneider, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 87\* (89\*); Wollenschläger, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 283.

354) Drüen, StuW 2008, 3 (11 f.).

355) BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

über die Steuererminderungen finanziert würde.<sup>356)</sup> Der Finanzsektor solle die Kosten der Abwicklung und Sanierung von systemrelevanten Banken jedoch selbst aufbringen.<sup>357)</sup> Das Abzugsverbot wird damit begründet, „um den Steuerzahler nicht an der Finanzierung der Bankenrettung zu beteiligen“.<sup>358)</sup> Die „Verschonung“ der Steuerzahler ist dabei ein rein fiskalisches Argument, welches allein auf die Finanzierungsfrage der Bankenabgabe gerichtet ist. Das Argument ist keineswegs völlig neu, weil bereits beim Abzugsverbot für Bußgelder (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 EStG) diskutiert wurde, ob es gerechtfertigt sei, durch den Abzug von Aufwendungen als Betriebsausgaben oder Werbungskosten diese Aufwendungen zum Teil „auf die Allgemeinheit abzuwälzen“.<sup>359)</sup> Gemessen an der steuerrechtlichen Grundwertung des objektiven Nettoprinzips sind schon die pejorativen Begriffe der Lastenverlagerung und Abwälzung verfehlt.<sup>360)</sup> Denn die Steuererminderung durch die Bußgeldzahlung ist mit den bereits zitierten Worten des Großen Senats des BFH die „notwendige Folge des steuerrechtlichen Netto-Prinzips“.<sup>361)</sup> Das gilt freilich umso mehr für die Beiträge zum Restrukturierungsfonds, die keine Sanktion sein sollen und an eine erlaubte Banktätigkeit anknüpfen.<sup>362)</sup> Gleichwohl sieht die Literatur zum Teil den „Sinn und Zweck der Vorschrift“ des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG darin, „den Steuerzahler nicht an der Finanzierung der Bankenrettung zu beteiligen“.<sup>363)</sup> Wird die Bankenabgabe als „ein Placebo zur Beruhigung des Steuerzahlers“ eingestuft<sup>364)</sup>, so folgt auch das Abzugsverbot dem Finanzierungswunsch, insoweit die Steuerzahler nicht zu belasten.

Diese verbreitete literarische Fokussierung auf den Finanzierungszweck ist trotz der Betonung des Lenkungszwecks in der Gesetzesbegründung<sup>365)</sup> einsichtig und naheliegend.<sup>366)</sup> Die Identifikation des Finanzierungszwecks geht zurück auf die Stellungnahme des Bundesrates, wonach Jahres- und Sonderbeiträge „zum Ausgleich der Kosten des Restrukturierungsfonds erhoben werden sollen“ und „ein Betriebsausgabenabzug [...] für beide Beitragsarten nicht gewährt werden [kann]“, weil „[a]ndernfalls [...] die Steuerzahler indirekt auch künftige Bankenrettungen mitfinanzieren [würden]“.<sup>367)</sup> Die-

356) So Hallerbach, in Kanzler/Kraft/Bäumli/Marx/Hechtner/Geserich, EStG, 6. Aufl. 2021, § 4 Rz. 858.

357) Grote, in Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 4 Abs. 5–9 EStG Rz. 598 (Okt. 2018).

358) So Schmidt/Loschelder, EStG, 40. Aufl. 2021, § 4 Rz. 615.

359) Gegen die Sachgerechtigkeit dieser Frage bereits Döllner, Zu Geldbußen als Betriebsausgaben, BB 1984, 545 (546).

360) Dagegen im Kontext von Geldbußen bereits Drüen/Kersting, Steuerrechtliche Abzugsfähigkeit von Kartellgeldbußen des Bundeskartellamtes, 2016, S. 19.

361) BFH, Beschluss v. 21.11.1983 – GrS 2/82, BStBl. II 1984, 160 (166).

362) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.

363) Korn/Stöcker/Strahl/Mirbach/Korn/Bartone/Seifert/Feldgen/Stahl, in Korn, EStG, § 4 Rz. 1218.3f. (März 2021).

364) So das Fazit von Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1050).

365) BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

366) Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (311) sieht in der Nichtbeteiligung der Steuerzahler an der Finanzierung der Bankenrettung „die wahrscheinlich einzige wirkliche politische Begründung“.

367) BT-Drucks. 17/3362, S. 9.

ser tragende Finanzierungsgedanke lässt sich durch parlamentarische Aussagen aus der Entstehungszeit erhärten. Im Plenarprotokoll aus dem Jahre 2014 formuliert ein Abgeordneter sehr deutlich:

„Das Ziel dieses Gesetzes ist klar: In Zukunft sollen die Steuerzahler nicht mehr für die Zockereien von Banken bluten müssen.“<sup>368)</sup>

Dabei hat die Politik das Abzugsverbot für die Jahresbeiträge zum Restrukturierungsfonds als steuersystematische Ausnahme zur Nichtbeteiligung der Steuerzahler an den Kosten einer Bankenabwicklung klar erkannt.<sup>369)</sup> Auch das belegt die Parlamentsdebatte:

„Steuersystematisch wäre die Bankenabgabe übrigens eine Betriebsausgabe, und Betriebsausgaben sind, das wissen wir, steuerlich absetzbar. Wir haben es hier aber, das hatte ich gesagt, nicht mit einer normalen Betriebsausgabe zu tun – die Bankenabgabe ist ein Beitrag des Bankensystems zur Finanzierung zukünftiger Krisen. Deshalb wollen wir Sozialdemokraten nicht, dass auf diesem Weg, quasi durch die Hintertür, die Steuerzahlerinnen und Steuerzahler wieder an den Kosten einer möglichen Bankenrettung oder -abwicklung beteiligt werden“.<sup>370)</sup>

Diese Aussage lässt es nicht als fernliegend erscheinen, dass der Abzug der Bankenabgabe als „natürliche“ Betriebsausgabe zwar dem Grunde nach erwogen worden ist, aber aus genannten Finanzierungserwägungen durch das besondere Abzugsverbot verhindert wurde. Wenn das BMF für die Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage im Jahre 2014<sup>371)</sup> die potenziellen Steuermindereinnahmen bei einer steuerlichen Abziehbarkeit der Bankenabgabe in Deutschland unter weiteren Prämissen in den Jahren 2011 bis 2013 (2011: rund 180 Millionen Euro, 2012: rund 210 Millionen Euro, 2013: rund 160 Millionen Euro) zeitnah beziffert hat<sup>372)</sup>, spricht einiges dafür, dass entsprechende Kalkulationen bereits im Vorgriff auf das Gesetzesvorhaben im Jahre 2010 angestellt worden sind.<sup>373)</sup> Die Vermeidung dieser Steuermindereinnahmen wäre indes ein reines Fiskalargument, das als Rechtfertigungsgrund für die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips von vorneherein ausscheidet.

Dass der Gesetzgeber das Fiskalargument, die Steuerzahler nicht an der Bankenrettung beteiligen zu wollen, nicht er-

368) Manfred Zöllmer (SPD), in Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 63. Sitzung v. 6.11.2014, Plenarprotokoll 18/63, S. 5821.

369) Ebenso Lorenz, in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG/CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 15 RStuktFG Rz. 4.

370) Zöllmer, Plenarprotokoll 18/63, S. 5822.

371) Schriftliche Frage des Abgeordneten Dr. Axel Troost (DIE LINKE.), BT-Drucks. 18/2481, S. 35.

372) Antwort der Bundesregierung v. 5.9.2014, BT-Drucks. 18/2481, S. 36.

373) Die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/3024, S. 5 nimmt indes im Rahmen des Berichtspunkts „Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte“ nur zu „Haushaltsausgaben“, nicht aber zu Mehreinnahmen aufgrund des Abzugsverbots Stellung.



kennbar in seine Erwägungen aufgenommen hat<sup>374)</sup>, ist unbeachtlich. Denn anders als bei klar zu verantwortenden Lenkungszielen, die von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen werden müssen<sup>375)</sup>, sprechen Lastenverteilungszwecke für sich selbst. Sie bedürfen als „interner“ Zweck des Steuerrechts im Gegensatz zu „externen“ Zwecken, zum Beispiel der Wirtschaftsförderung oder der Verwaltungsvereinfachung<sup>376)</sup> keiner besonderen Verkündung und Bekräftigung. Der klar erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung bedarf es, um durch nichtfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele den rechtfertigenden Grund für steuerliche Vergünstigungen zu setzen.<sup>377)</sup> Die Lenkungsnorm verdrängt die Lastenausteilungs- durch die Lenkungsfunktion<sup>378)</sup> und bedarf darum besonderer legislatorischer Verantwortung und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung. Das gilt aber nicht für den Austausch der allgemeinen Lastenausteilungsregel durch eine besondere. Diese bedarf zwar der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, aber keiner erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung. Das gilt für den (direkten) Fiskalzweck der Einnahmeerzielung, aber auch für den umgekehrten Fiskalzweck der Ausgabenabzugsvermeidung.

Dass der Lastenverteilungszweck der Verschonung der Steuerzahler seinerzeit wie weiterhin für die Bundesregierung relevant war und ist, belegt zudem eine jüngere Aussage der Bundesregierung. In der Antwort auf die parlamentarische Anfrage zur Bankenunion, ob die Bundesregierung beziehungsweise das Bundesministerium der Finanzen andeute, die Einführung einer steuerlichen Absetzbarkeit der Bankenabgabe zu erwägen, lautet die Antwort:<sup>379)</sup>

*„Die Position der Bundesregierung ist unverändert. Die Steuerzahler sollen nicht – auch nicht mittelbar – die Lasten einer Bankenabwicklung tragen. Eine Abzugsfähigkeit stünde im Widerspruch zu der mit der Bankenabgabe beabsichtigten Lenkungswirkung. Auf der anderen Seite ist es weiterhin Ziel der Bundesregierung, eine EU-einheitliche steuerliche Behandlung der Bankenabgabe und damit einheitliche Wettbewerbsbedingungen für die europäischen Banken zu erreichen.“*

Auch wenn die Lenkungsabsicht wiederholt wird, erweist sich der Finanzierungszweck mehr als eine nachträgliche Zweckdeutung. Er lässt sich im Wege historisch-systematischer Gesetzesauslegung weiter fundieren. In systematischer Hinsicht verfolgt das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG keinen

eigenständigen, „autonomen“ Zweck, sondern dient der Bestärkung der Bankenabgabe selbst. Trotz der Zwecksetzungskompetenz des Gesetzgebers verzichtet der Steuergesetzgeber auf eine eigene Zielsetzung, sondern sieht das Abzugsverbot nur als Annex zur fachgesetzlichen Sonderabgabenregelung. Die Bankenabgabe dient der „Beteiligung der Finanzmarktteilnehmer an den Krisenlasten“.<sup>380)</sup> Der Gesetzentwurf der Bundesregierung verfolgt eindeutig Finanzinteressen. Denn Ziel des Restrukturierungsfonds ist es,

*„die Schieflage einer systemrelevanten Bank ohne Gefahr für die Stabilität des Finanzsystems zu bewältigen und dafür Sorge zu tragen, dass Eigen- und Fremdkapitalgeber die Kosten der Insolvenzbewältigung so weit wie möglich selbst tragen. Die Erfahrungen haben gezeigt, dass Restrukturierung und geordnete Abwicklung einer systemrelevanten Bank regelmäßig finanzielle Mittel erfordern werden. Diese Mittel sollen nicht wie in der Vergangenheit durch die öffentliche Hand, sondern vorrangig durch den Finanzsektor bereitgestellt werden.“<sup>381)</sup>*

Den Zweck des Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute hat die Bundesregierung klar als Finanzierungszweck benannt:<sup>382)</sup>

*„Es kann den öffentlichen Haushalten nicht zugemutet werden, für die Bewältigung von Bankschieflagen wie in der Vergangenheit einzutreten. Flankierend zu dem durch das Gesetz zur Einführung von Instrumenten zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten eingeführten Restrukturierungsregime ist daher sicherzustellen, dass die Kreditwirtschaft zur Bekämpfung künftiger Krisen und zur Restrukturierung von systemrelevanten Banken finanzielle Mittel bereitstellt.“*

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem eingeführten „Restrukturierungsregime“ erklärtermaßen an erster Stelle Finanzierungsziele. Dementsprechend stuft der Hessische VwGH den von Kreditinstituten erhobenen Jahresbeitrag für den Restrukturierungsfonds als „eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion (Sonderabgabe im engeren Sinne)“ ein.<sup>383)</sup> Dieser Qualifikation folgt der BFH<sup>384)</sup> und auch die Literatur spricht von einer „Finanzierungsabgabe im engeren Sinne“.<sup>385)</sup>

Die dominierende Fiskalfunktion des Fonds bestätigt zudem die gesetzliche Ausgestaltung in den Jahren ab 2011. Die ge-

374) Dies bemängelt Kube, DStR 2016, 572 (577).

375) BVerfG, Urteil v. 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99, 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274 – Rz. 60; BVerfG, Urteil v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350 – Rz. 43 m.w.N.

376) Zu dieser Differenzierung Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 375.

377) BVerfG, Urteil v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 – 2. Leitsatz, Rz. 161 f.

378) Vogel, Die Besonderheit des Steuerrechts, DStZ 1977, 5 (10).

379) Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage v. 17.12.2019, Non-Paper des Bundesministeriums der Finanzen zur Bankenunion, BT-Drucks. 19/16008, S. 3 (Hervorhebung durch den Verf.).

380) Früh, in Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, Rz. 1.21.

381) BT-Drucks. 17/3024, S. 1 (Hervorhebung durch den Verf.).

382) BT-Drucks. 17/3024, S. 42 (Hervorhebung durch den Verf.).

383) Hessischer VwGH, Urteil v. 30.7.2014 – 6 A 1079/13, juris – 1. Leitsatz, Rz. 57; ebenso Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434 (439); zuvor bereits Feyerabend/Behnes/Helios, DB 2011, Beilage Nr. 4 zu Heft 13/2011, 38 (44).

384) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 45.

385) Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (341).

setzliche Konzeption des § 12 Abs. 2 Satz 3 RStruktFG<sup>386</sup>), wonach die zu erhebenden Jahresbeiträge angepasst oder auch ausgesetzt (vergleiche § 5 RStruktFV 2011<sup>387</sup>) werden können, wenn bereits ausreichend Mittel des Fonds vorhanden sind, lässt sich nicht durch Lenkungszwecke, sondern nur durch die Finanzierungsfunktion der Jahresbeiträge erklären.<sup>388</sup> Damit stehen die Jahresbeiträge ungeachtet aller Lenkungsbekundungen unter dem Vorbehalt des Finanzbedarfs des Fonds.

Wenn der Zweck des Abzugsverbots darin besteht, die Zielrichtung der Bankenabgabe zu verstärken<sup>389</sup>, liegt es darum nahe anzunehmen, dass der primäre Finanzierungszweck der Sonderabgabe aufgrund der intendierten „Verlängerung“ durch das Betriebsausgabenabzugsverbot primär auch dieses Finanzierungsziel verfolgt. Dabei stellt sich die – an dieser Stelle noch zurückzustellende – grundlegende Frage, ob es verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist, Zwecke und Rechtfertigungsansätze aus dem Sonderabgabenrecht in das Steuerrecht zu importieren (dazu noch Teil 1 IV.). Ohne Rücksicht auf die fragwürdige Lenkungswirkung des Abzugsverbots (dazu noch Teil 1 III. 4.) ist der verfolgte Fiskalzweck aus dem Gesetzgebungsverfahren belegbar. Immerhin erkennt auch die Bundesregierung die Finanzierungsfunktion der Sonderbeiträge an und relativiert ihre Lenkungsfunktion gegenüber den Jahresbeiträgen.<sup>390</sup> Diese Differenzierung zwischen Sonderzahlungen und den Jahresbeiträgen beim Betriebsausgabenabzug wird zum Teil als „unerfindlich“ eingestuft.<sup>391</sup> Sie ist nicht tragfähig.<sup>392</sup> Gegen eine kategorische Differenzierung zwischen Jahres- und Sonderbeiträgen hinsichtlich der Zweckrichtung<sup>393</sup> spricht, dass beide nebeneinanderstehen, Zusammenhänge bei der Bemessung bestehen<sup>394</sup> und gerade im Zusammenwirken hinreichende Mittel für den Restrukturierungsfonds<sup>395</sup> generieren sollen. Allein die gesetzgeberische Einschätzung, dass bei den Jahresbeiträgen gegenüber den Sonderbeiträgen die

Lenkungsfunktion gegenüber der Finanzierungsfunktion im Vordergrund steht<sup>396</sup>, räumt Finanzierungszwecke insoweit nicht aus<sup>397</sup>.

Auch die Fachgerichte bestätigen den Finanzierungszweck: Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG bewirkt aus Sicht des FG Münster „im Ergebnis, dass die vom Gesetzgeber gewollte Belastungswirkung seitens der Jahresbeiträge nicht durch eine steuerliche Abziehbarkeit wirtschaftlich betrachtet abgemildert und dadurch für die Kreditinstitute erträglicher gestaltet wird“.<sup>398</sup> Dem hat sich der BFH angeschlossen, indem auch er betont, „das Abzugsverbot sollte verhindern, dass die Belastungswirkung auf den Nettobetrag steuerlich abgemildert und dadurch für die Kreditinstitute ‚erträglicher gestaltet‘ werden konnte“.<sup>399</sup> Das aber sind – ebenso wie die fragwürdige Ergebnisbetrachtung zur Belastungsidentität des BFH<sup>400</sup> (dazu näher sub Teil 1 IV. 4. b)) – allein Finanzierungsüberlegungen. Zwar ist einzuräumen, dass es sich nicht um eine „rein fiskalisch begründete Einschränkung“ handelt.<sup>401</sup> Allerdings trägt bereits die fiskalische Überlegung die Rechtsfolge des Betriebsausgabenabzugsverbots in vollem Umfang. Weiterer Überlegungen und Begründungen bedarf es zur Erklärung der Rechtsfolge nicht. Das erklärt auch, warum im Gesetzgebungsverfahren keine vertieften Überlegungen zur Lenkungseignetheit und zum Lenkungserfolg angestellt und publiziert wurden, sondern sich die Gesetzesbegründung mit dem – eher trivialen – Lenkungsansatz der Internalisierung von Kosten<sup>402</sup> (dazu noch Teil 1 III. 4. e)) begnügt hat. Lässt sich das Abzugsverbot aber bereits einsichtig durch den nicht zu leugnenden Fiskalzweck erklären, so fragt es sich, ob daneben noch ein tragfähiger Lenkungszweck mit hinreichender Rechtfertigungskraft verfolgt wird. Das erscheint – entgegen der Fachrechtsprechung – sehr zweifelhaft und ist im Folgenden zu hinterfragen.

#### 4. Fragwürdiger Lenkungszweck des Abzugsverbots und zweifelhafter Lenkungserfolg

Hat der Gesetzgeber das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG allein mit einem Lenkungszweck begründet, so fragt sich, ob dieser neben dem bereits belegten Fiskalzweck die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips als „interventionistischer Ausnahmetatbestand“<sup>403</sup> rechtfertigen kann. Denn mit einer Norm kann durchaus ein Doppel- oder Mehrfachzweck verfolgt werden.<sup>404</sup> Der Gesetzgeber mag sowohl

386) Nach § 12 Abs. 2 Satz 3 RStruktFG i.d.F. 2014 galt: „Die Anstalt kann mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde die Beitragspflicht herab- oder aussetzen, wenn die vorhandenen Mittel zur Deckung der Kosten für die in § 3 Absatz 2 genannten Maßnahmen, der absehbaren Ausgleichsverpflichtungen gemäß § 13 Absatz 2a des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes und die nach § 11 der Anstalt zu erstattenden Kosten ausreichen“.

387) Verordnung über die Erhebung der Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfonds-Verordnung 2011 – RStruktFV 2011) v. 20.7.2011, BGBl. I 2011, 1406.

388) Ebenso Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (308).

389) So Feyerabend/Behnes/Helios, DB 2011, Beilage Nr. 4 zu Heft 13/2011, 38 (44); Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2203).

390) BT-Drucks. 17/3362, S. 12.

391) So Wagner, Steuerliche Aspekte ausgewählter gesetzgeberischer Maßnahmen zur Bewältigung der Finanzmarktkrise, Der Konzern 2011, 258 (266); unkritisch dagegen Watrin, in Frotcher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 879a (Dez. 2019).

392) Ablehnend auch Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1: „Systembruch“ sowie Kube, DStR 2016, 572 (577): „Der Steuergesetzgeber lenkt von der Doppelnatur des Jahresbeitrags (Finanzierungselement und Lenkungselement) ab, wenn er unzutreffend unterstellt, dass nur die Sonderbeiträge nach § 12 Abs. 3 RStruktFG ‚vorrangig Finanzierungsfunktion‘ hätten und deshalb nicht dem Abzugsverbot zu unterwerfen seien“.

393) Kritisch zur Differenzierung wegen der vom Bundesrat „erhobenen durchaus zutreffenden Bedenken“ bereits Wied, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 4 EStG Rz. 924b (Nov. 2017).

394) Zu Systematik und Einzelfragen der Bemessung BVerwG, Urteil v. 20.1.2016 – 10 C 21/14, ZIP 2016, 1330 – Rz. 13 ff.

395) Zur Erreichung der Zielgröße des Fonds von 70 Milliarden Euro (§ 12 Abs. 10 Satz 1 RStruktFG).

396) BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

397) Kube, DStR 2016, 572 (577) spricht darum von einer „Doppelnatur des Jahresbeitrags mit Finanzierungs- und Lenkungselement“.

398) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 60.

399) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47.

400) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47 a.E.

401) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 35 (Hervorhebung durch den Verf.).

402) BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

403) Allgemein für den Fall „überzeugender Gründe“ J. Lang, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1981/1988, S. 185.

404) Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.19.



einen Lenkungszweck als auch einen Finanzierungszweck gleichzeitig verfolgen, um gleichsam „zwei Fliegen mit einer Klappe“ zu schlagen.<sup>405)</sup> Der Gesetzgeber darf nichtfiskalische Förderungs- und Lenkungszwecke verfolgen (näher sub Teil 1 III. 4. a)). Die Verfolgung von Lenkungszwecken ist indes (nur) bei hinreichender Rechtfertigung zulässig.<sup>406)</sup> Lenkungszwecke können Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips rechtfertigen, sofern sie einem legitimen Ziel dienen und ihrerseits gleichheitskonform und insbesondere folgerichtig ausgestaltet werden.<sup>407)</sup> Die Förderungs- und Lenkungszwecke müssen gleichheitsgerecht ausgestaltet sein.<sup>408)</sup> Sie sind überdies zielgenau und normenklar auszugestalten.<sup>409)</sup> Anhand dieser Vorgaben fragt sich, ob der legislatorische Hinweis auf Lenkungszwecke als „Rechtfertigungsanker“ ausreicht, um den nicht zu leugnenden Fiskalzweck „zu übertrumpfen“. Davon geht die Fachrechtsprechung im Ergebnis aus<sup>410)</sup>, was im Folgenden zu hinterfragen ist.

#### a) Grundsätzliche Lenkungs Offenheit des Steuerrechts

Steuern entziehen dem Steuerpflichtigen Geldmittel und dienen der allgemeinen Staatsfinanzierung, aber Steuern „steuern“ auch.<sup>411)</sup> Unter weiteren Voraussetzungen kann das Steuerrecht nicht nur als staatliches Finanzierungsrecht, sondern auch als staatliches Lenkungsrecht eingesetzt werden.<sup>412)</sup> Das Steuerrecht wird im intervenierenden Steuerstaat auch vielfältig seit Jahrzehnten zu Lenkungszwecken eingesetzt.<sup>413)</sup> Die Steuer ist in einer modernen Industriegesellschaft auch ein zentrales Lenkungsinstrument aktiver staatlicher Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik geworden.<sup>414)</sup> Der Steuergesetzgeber hat grundsätzlich die Befugnis, mit dem Steuerrecht zu lenken. Die Gesetzgebungskompetenz für steuerliche Lenkungstatbestände richtet sich allein nach Art. 105 GG. Einer doppelten Kompetenzgrundlage des lenkenden Steuergesetzgebers auch

für die Sachgesetzgebung bedarf es nicht.<sup>415)</sup> Das Parlament hat innerhalb des Rahmens des höherrangigen Rechts eine Zwecksetzungsfreiheit auch im Steuerrecht. Der Steuergesetzgeber darf außerfiskalische verkehrs-, finanz- oder wirtschaftspolitische Lenkungszwecke verfolgen.<sup>416)</sup> Bei außerfiskalischen Lenkungszwecken hat er eine große Gestaltungsfreiheit.<sup>417)</sup> Er darf unerwünschte Verhaltensweisen steuerlich belasten und umgekehrt erwünschte entlasten.<sup>418)</sup> Je nach Interventionsrichtung verteuert oder verbilligt er nur den privatautonom vereinbarten Preis für ein steuerwürdiges oder -entlastungswürdiges Verhalten<sup>419)</sup>, ohne dieses mit Ver- oder Geboten zu belegen. Allerdings übernimmt das Steuerrecht keine Lenkungsgarantie.<sup>420)</sup> Der Einsatz der Steuergesetzgebung für nichtfiskalische Zwecke wird politisch von Ökonomen als Teil interventionistischer Wirtschaftspolitik zur „Kunst der Besteuerung“<sup>421)</sup> gerechnet, von Verfassungs- und Steuerjuristen aber verbreitet abgelehnt. Für die frühere Verfassungsrichterin Lerke Osterloh sind „Lenkungsnormen [...] per definitionem die geborenen Störenfriede“.<sup>422)</sup> Namentlich Paul Kirchhof hat fundiert Lenkungssteuern kritisiert und für einen rechtspolitischen Verzicht auf sie plädiert.<sup>423)</sup> Auch Christoph Trzaskalik hat in seinem Juristentagsgutachten die Verfolgung von Lenkungszwecken im Steuerrecht eingegrenzt und resümiert, dass „bei der Steuer als Gemeinlast [...] lenkende Elemente im Steuerrecht tunlichst zu vermeiden [sind]“.<sup>424)</sup> Von dieser rechtspolitischen Frage ist indes die im konkreten Fall allein relevante Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der „lenkungsmotivierte[n] Verfremdung einer Steuer“<sup>425)</sup> zu unterscheiden. Da das Betriebsausgabenabzugsverbot auf der Bankenabgabe als Sonderabgabe aufbaut und mit „der über-

405) Plastisch Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 3 AO Rz. 99 (Nov. 2016).

406) Wollenschläger, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 223 m.w.N.

407) Seiler, DStJG 34 (2011), S. 61 (71); eingehend zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der konkreten Ausgestaltung einer Lenkungsnorm Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 119 ff., 170 ff.

408) BVerfG, Urteil v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 – Rz. 124; dazu Desens, StuW 2016, 240 (246).

409) P. Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 2 Rz. 35.

410) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350; BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 38 ff.

411) Steuern „steuern“ immer das Verhalten der Betroffenen, nur in welche Richtung und in welchem Maße lässt sich ex ante schwer abschätzen (P. Kirchhof, Verfassungsrechtliche Grenzen von Umweltabgaben, in Umweltschutz im Abgaben- und Steuerrecht, DStJG 15 [1993], S. 3 [7 ff.]).

412) Dazu und zum Folgenden bereits Drüen, Verschränkungen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regime im Verwaltungsrecht, VVDStRL 79 (2020), S. 127 (153 ff.) m.w.N.

413) Zur (Ideen-)Geschichte steuerlicher Verhaltenslenkung und praktischen Erscheinungsformen Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 19 ff.

414) Wernsmann, Steuerlenkung, in Kube/Morgenthaler/Mellinghoff/Palm/Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, in Festschrift Paul Kirchhof, Bd. II, 2013, § 152 Rz. 4 m.w.N.

415) BVerfG, Urteil v. 7.5.1998 – 2 BvR 1876/91, 2 BvR 1083/92, 2 BvR 2188/92, 2 BvR 2200/92, 2 BvR 2624/94, BVerfGE 98, 83 (101); BVerfG, Urteil v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95, BVerfGE 98, 106 (126, 130); Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 180 ff.; ders., in Leitgedanken des Rechts, Bd. II, 2013, § 152 Rz. 6 m.w.N.

416) BVerfG, Urteil v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/0, BVerfGE 122, 210 (231); BVerfG, Beschluss v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268 (278); BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvL 11/14, 12/14, 1/15, 1 BvR 639/11, 889/12, BVerfGE 148, 147 – Rz. 168 m.w.N.

417) So Eichberger, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 501 (516).

418) Wollenschläger, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 284 m.w.N.

419) Zur Lenkung durch steuerliche Belastungsverschärfungen und -ausnahmen Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 122 ff., 149 ff.

420) Näher Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 152 ff.

421) Klassisch Schmölders Allgemeine Steuerlehre, 1965, S. 61, 68; relativierend und differenzierend Homburg, Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl. 2015, S. 5 f., 180 ff.

422) Osterloh, Lenkungsnormen im Einkommensteuerrecht, in Besteuerung von Einkommen, DStJG 24 (2001), S. 383 (387); ähnlich Mölslein, Steuerrecht und Marktstabilität, JZ 2012, 243 (246): „Fremdkörper“.

423) P. Kirchhof, Bundessteuergesetzbuch – Ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts, 2011, S. 123 ff. m.w.N.

424) Trzaskalik, Inwieweit ist die Verfolgung ökonomischer, ökologischer und anderer öffentlicher Zwecke durch Instrumente des Abgabenrechts zu empfehlen?, Gutachten E, in Verhandlungen des dreiundsechzigsten Deutschen Juristentages (Leipzig 2000), hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I, 2000, S. E 64.

425) Begriff nach Trzaskalik, Gutachten 63. DJT, 2000, S. E 20, gerade mit dem Hinweis auf eine phantasievolle Erweiterung des Katalogs der nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben.

geordneten Lenkungsfunktion gerechtfertigt“ wird<sup>426)</sup>, ist im ersten Schritt die Lenkungsorientierung bei der Bemessung der Bankenabgabe in den Blick zu nehmen.<sup>427)</sup>

#### b) Fragwürdige Lenkungsorientierung bei der Bemessung der Bankenabgabe selbst

Die Bankenabgabe gehört aus Sicht des Gesetzgebers zum Instrumentarium der Wirtschaftslenkung durch Abgabenrecht. „Die auf das systemische Risiko bezogene Lenkungsabsicht“<sup>428)</sup> durch die Bankenabgabe bekundet bereits die Gesetzesbegründung:

„Die Beitragsbemessung wird am systemischen Risiko ausgerichtet sein. Das systemische Risiko ist anhand der Größe eines Kreditinstituts und seiner Vernetzung im Finanzmarkt, insbesondere anhand seiner Verbindlichkeiten gegebenenfalls unter Heranziehung weiterer Indikatoren zu bestimmen. Damit leistet die Abgabe einen Beitrag für eine risikoadäquate Unternehmensführung bei den Kreditinstituten (Lenkungswirkung)“<sup>429)</sup>

Ob die durch die Sonderabgabe erstrebte „Antriebsfunktion“<sup>430)</sup> bei der Bankenabgabe erreicht werden kann, erscheint allerdings fraglich. Schon der weite Anwendungsbereich der Bankenabgabe weckt Zweifel, weil grundsätzlich alle Kreditinstitute verpflichtet sind, Beiträge zum Restrukturierungsfonds zu leisten und nicht nur systemrelevante Kreditinstitute.<sup>431)</sup> Der Gesetzgeber wollte erklärtermaßen „dem unterschiedlichen Grad der Vernetzung und damit der Risikolastigkeit des einzelnen Kreditinstituts [...] durch die Höhe des zu entrichtenden Sonderbeitrages Rechnung [...] tragen“<sup>432)</sup> Demgegenüber soll nach der Fachrechtsprechung – erweiternd – dem systemischen Risiko und der Risikolastigkeit eines einzelnen Kreditinstituts „durch die Höhe der Abgabe Rechnung getragen werden“<sup>433)</sup> Allerdings ist schon bei der Sonderabgabe zu bezweifeln<sup>434)</sup>, ob das Lenkungsanliegen, systemische Risiken zu vermeiden, überhaupt durch die Bemessungskriterien gefördert wird und diese

zwecktauglich ausgestaltet sind.<sup>435)</sup> Die Lenkungseignung wird dem Grunde nach infrage gestellt, „weil das Zielvolumen des SRB und damit die Begründung einer Abgabepflicht nicht in Abhängigkeit zur finanzierenden Aufgabe, sondern ‚steuertypisch‘ in Abhängigkeit zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Pflichtigen, d.h. der Kreditinstitute, bestimmt wurde“<sup>436)</sup> Frühzeitig ist darauf hingewiesen worden, dass wenn die Bankenabgabe „ihr Steuerungsziel erreichen [soll], ... sie jedoch risikoadjustiert bemessen sein [muss]“<sup>437)</sup> Allerdings waren die Bemessungskriterien der Jahresbeiträge zum Restrukturierungsfonds im Jahr 2014 nicht auf den risikoorientierten Lenkungszweck ausgerichtet. Bereits die Bemessungsgrundlage der Bankenabgabe eignet sich nur bedingt zur Abbildung eingegangener systemischer Risiken.<sup>438)</sup> Darum wird bereits bestritten, dass die Bemessungskriterien der Bankenabgabe zur Eindämmung systemischer Risiken überhaupt geeignet sind.<sup>439)</sup> Zur Ausgestaltung des Fonds und zur Berechnung der Jahresbeiträge nach § 12 Abs. 10 RStruktFG wird die These vertreten, dass „ökonomische oder regulatorische Steuerungseffekte ... in der derzeit[igen] Ausgestaltung nicht erkennbar“ waren und sind.<sup>440)</sup> Ökonomische Untersuchungen stellen die Lenkungseignung der Bankenabgabe, aber auch ihres Betriebsausgabenabzugsverbots auch empirisch infrage.<sup>441)</sup> Das BVerfG muss diesen Zweifeln nachgehen, weil bereits die normative Ausgestaltung und die Bemessungskriterien gegen eine uneingeschränkte Lenkungseignung sprechen.

Aus juristischer Sicht ist die negative ökonomische Wirkungseinschätzung bereits in der Ausgestaltung der Bankenabgabe und ihren lenkungsunanfälligen Bemessungskriterien gesetzlich angelegt. Die Verhaltensbeeinflussung durch die Bankenabgabe erscheint bereits nach dem normativen Ansatz fragwürdig, weil die Bemessung auch retrospektiv anhand einzelner Bilanzansätze erfolgt. Die Bankenabgabe wird aber wegen der Anknüpfung der Bemessung durch § 1 Abs. 2 RStruktFV 2011 an die HGB-Bilanzierung zu Recht als „bilanzbasierte Abgabe“ bezeichnet<sup>442)</sup>. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit die Einbeziehung einzelner Bilanzpositionen im Einklang mit der legislatorischen Lenkungsabsicht steht.<sup>443)</sup> Die Aussagekraft ein-

426) So Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019).

427) Diese Vorfrage überspringt Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1895 (Dez. 2019), nach dessen Ansicht der Gesetzgeber „jedenfalls schlüssig begründet [habe], dass die Absicht, die Risikobereitschaft der Kreditinstitute durch die Höhe der Jahresbeiträge zu den Restrukturierungsfonds zu beeinflussen, durch den Betriebsausgabenabzug gefährdet würde“.

428) Hessischer VwGH, Urteil v. 30.7.2014 – 6 A 1079/13, juris – Rz. 62.

429) BT-Drucks. 17/3024, S. 42.

430) BVerfG, Urteil v. 26.5.1981 – 1 BvL 56/78, BVerfGE 57, 139 – Rz. 100f.; Droewe, Die Verwaltung 2013, 313 (327).

431) Zur allgemeinen Betroffenheit der Branche Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434 (437); Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2179/13, juris – Rz. 43.

432) BT-Drucks. 17/3024, S. 71 (Hervorhebung durch den Verf.).

433) So unter Hinweis auf die vorzitierte Gesetzesbegründung Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434 (437); Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2179/13, juris – Rz. 43.

434) Unkritisch aber Droewe, Die Verwaltung 2013, 313 (341): „Die Beitragsbemessung wird am systemischen Risiko ausgerichtet“.

435) Näher Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1045ff., 1050).

436) So Kerber, WM 2020, 859 (863).

437) So Martini, NJW 2010, 2019 (2023) mit der Forderung: „Wo das Systemrisiko bei Null liegt, muss auch die Belastung bei Null liegen“.

438) Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1045f.) m.w.N.; im Ergebnis positiv aber Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2194f.), die den Bemessungsteil der relevanten Passiva mit der Prämisse, die Finanzierung einer Bank sei ein potentiell einfallstör für Dominoeffekte und unter Hinweis auf den Typisierungsspielraum des Gesetzgebers verfassungsrechtlich nicht beanstanden.

439) Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1056ff.).

440) So Winterfeld/Rümker, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 124a Rz. 61.

441) Dazu das ökonomische Gutachten von Rudolf, Ist die steuerliche Nicht-Abzugsfähigkeit der Bankenabgabe in Deutschland ein Lenkungsinstrument für das Verhalten der Banken oder nicht? (Stand 1.2.2021).

442) Hanten/München, WM 2011, 1925 (1929) m.w.N.

443) Näher Hanten/München, WM 2011, 1925 (1929f.).



zelner Passivposten (wie Pensionsrückstellungen<sup>444</sup>) für systemische Risiken des Bankgeschäfts ist fragwürdig. Überhaupt ist die Einbeziehung von Rechnungsabgrenzungsposten und gerade von risikoabbildenden Rückstellungen „unverständlich“ und insoweit liegt eine Verfehlung des Lenkungszwecks nahe<sup>445</sup>. Noch grundsätzlicher ist in Zweifel zu ziehen, ob im Handlungszeitpunkt noch nicht feststehende Bemessungsgrößen aus dem Jahresabschluss überhaupt einen operativen Lenkungsanreiz entfalten können. Weiterhin wurde für die Sonderbeiträge bereits im Gesetzgebungsverfahren die weniger ausgeprägte Lenkungswirkung<sup>446</sup> und damit insoweit implizit die vorrangige Finanzierungsfunktion eingeräumt. Darum geht der undifferenzierte Rechtfertigungshinweis auf die „übergeordnete[ ] Lenkungsfunktion“<sup>447</sup> insoweit fehl.

Zudem spricht gegen ein unbedingtes Lenkungsanliegen bereits die gesetzliche Konzeption des Fonds, wonach von der Erhebung eines Jahresbeitrags im Fall abgesehen werden kann, dass bereits ausreichend Mittel des Fonds nach § 12 Abs. 2 Satz 3 RStruktFG vorhanden sind. Dadurch wird nicht allein die dominante Finanzierungsaufgabe bekräftigt (siehe bereits Teil 1 III. 3.), sondern zugleich die Lenkungsaufgabe oberhalb der Deckungsgrenze („Finanzdeckel“) aufgegeben. Mithin gilt das Lenkungsanliegen bereits nach der normativen Anlage des Finanzierungsfonds nicht uneingeschränkt.

Auch die Fachrechtsprechung spricht gegen eine durchgreifende Lenkungsorientierung der Bankenabgabe. Denn der Hessische VwGH stuft – wie bereits erwähnt – den von Kreditinstituten erhobenen Jahresbeitrag für den Restrukturierungsfonds als „eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion“ ein.<sup>448</sup> Außerdem relativiert er den Lenkungszweck der Sonderabgabe, die Verringerung der systemischen Risiken durch Modifizierung der risikobehafteten Geschäfte, als bloßen „Teilaspekt der Bankenabgabe“.<sup>449</sup> Gegenüber dem Lenkungszweck tritt für ihn im entschiedenen Fall der Bankenabgabe der Zweck „der Restrukturierung und Hilfe für – aus welchem Grund auch immer – notleidende Kreditinstitute in den Vordergrund“.<sup>450</sup> In zwei weiteren rechtskräftigen Urteilen hat der Hessische VwGH die Pflicht insolventer Kreditinstitute, die noch eine Bankerlaubnis nach § 32 KWG besitzen, zur Zahlung des Jahresbeitrags zum Restrukturierungsfonds mit Billigung des BVerwG bestätigt.<sup>451</sup> Dieses Ergebnis und seine Begründung

belegen, dass die Fachrechtsprechung den Lenkungszweck der Bankenabgabe abstrakt-generell im Sinne einer Globallenkung der Branche und nicht im Sinne der Individuallenkung einzelner Kreditinstitute versteht. Denn die aufschlussreiche Begründung lautet:<sup>452</sup>

*„Für den so verstandenen Sinn und Zweck des Restrukturierungsfondsgesetzes spielt es keine Rolle, ob die gewünschte Lenkungswirkung tatsächlich eintritt beziehungsweise überhaupt noch eintreten kann, ob von dem Kreditinstitut eine Systemgefährdung ausgehen kann und demzufolge diesbezüglich Maßnahmen nach §§ 5 bis 8 RStruktFG in Betracht kommen, ob das Kreditinstitut noch werbend am Markt tätig ist und ob es noch Neugeschäfte tätigt oder tätigen darf. Die Beitragspflicht knüpft allein an die Merkmale eines Kreditinstituts i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG und das Innehaben einer Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz. Dies ist mit den Zielen des Restrukturierungsgesetzes auch dann vereinbar, wenn die Beitragspflicht ein in Abwicklung befindliches Kreditinstitut trifft, das nach wie vor Inhaber einer Erlaubnis gemäß § 32 KWG ist. Auch die Systematik des Restrukturierungsgesetzes und der Wille des Gesetzgebers sprechen nicht dagegen, in Abwicklung befindliche Kreditinstitute, deren Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz nicht aufgehoben worden ist, der Beitragspflicht des § 2 RStruktFG zu unterwerfen.“*

Diese Begründung<sup>453</sup> steht einerseits im offenkundigen Widerspruch zur vorherigen, auf die Gesetzesbegründung gestützte Aussage, dem systemischen Risiko und der Risikolastigkeit eines einzelnen Kreditinstituts werde „durch die Höhe der Abgabe Rechnung getragen“.<sup>454</sup> Andererseits rechtfertigt der Hessische VwGH die Bankenabgabe als Sonderabgabe mit reiner Finanzierungsfunktion selbst bei erwiesenem Ausschluss von Lenkungswirkungen. Denn Insolvenzbanken können nicht mehr dahin gelenkt werden, auf risikoreiche Geschäfte zu verzichten.

Insgesamt bestehen darum greifbare Zweifel an der Lenkungsorientierung der Bankenabgabe. Diese sprechen keineswegs gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Bankenabgabe selbst, weil (unter weiteren Voraussetzungen) auch reine Finanzierungsabgaben zulässig sind (siehe noch sub Teil 1 III. 4. d)). Soll aber das steuerrechtliche Abzugsverbot der Jahresbeiträge der Sonderabgabe „weiteren Nachdruck ... verleihen“<sup>455</sup> und „den Charakter der Lenkungsfunktion unter-

444) Zu diesen als schädliche Passivposten Feyerabend/Behnes/Helios, DB 2011, Beilage Nr. 4 zu Heft 13/2011, 38 (41).

445) So Hanten/München, WM 2011, 1925 (1930).

446) BT-Drucks. 17/3362, S. 12.

447) So Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019).

448) Hessischer VwGH, Urteil v. 30.7.2014 – 6 A 1079/13, juris – 1. Leitsatz, Rz. 57; ebenso Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434 (439); Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2179/13, juris – Rz. 62.

449) Hessischer VwGH, Urteil v. 30.7.2014 – 6 A 1079/13, juris – Rz. 62.

450) Hessischer VwGH, Urteil v. 30.7.2014 – 6 A 1079/13, juris – Rz. 61.

451) Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434, rkr. nach erfolgloser Nichtzulassungsbeschwerde (BVerwG, Beschluss v. 9.2.2016 – 8 B 2/16, juris) sowie dazu parallel Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2179/13, juris, rkr. nach erfolgloser Nichtzulassungsbeschwerde (BVerwG, Beschluss v. 9.2.2016 – 8 B 1/16, juris).

452) Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434 (437); Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2179/13, juris – Rz. 44 (Hervorhebungen durch den Verf.).

453) Hinsichtlich der „Nutzungsmöglichkeit der Bankerlaubnis“ als „ein[em] vernünftige[n] Gesichtspunkt, unter dem insolvente Abgabepflichtige mit Bankerlaubnis von dem Zweck des Fonds profitieren können“ sachlich bestätigt durch BVerwG, Beschluss v. 9.2.2016 – 8 B 2/16, juris – Rz. 10 und BVerwG, Beschluss v. 9.2.2016 – 8 B 1/16, juris – Rz. 10.

454) So aber Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2180/13, WM 2015, 434 (437); Hessischer VwGH, Urteil v. 19.11.2014 – 6 A 2179/13, juris – Rz. 44.

455) So Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011).

streich[en]<sup>456)</sup>, so fragt sich, ob der Steuergesetzgeber ohne weiteres auf der fragwürdigen Lenkungswirkung der Bankenabgabe aufbauen durfte.<sup>457)</sup>

### c) Fragwürdige „korrespondierende“ Lenkungseignung des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG

Grundsätzlich können auch Abzugsverbote mit Lenkungszwecken gerechtfertigt werden.<sup>458)</sup> Zur Rechtfertigung von Abzugsverboten und anderer Steuerverschärfungen bedarf es zunächst hinreichender „Gründe des Gemeinwohls“.<sup>459)</sup> Die Verringerung systemischer Risiken im Finanzsektor ist dem Grunde nach ein legitimes Gemeinwohlanliegen.<sup>460)</sup> Ob durch das Betriebsausgabenabzugsverbot systemische Risiken im Finanzsektor reduziert werden<sup>461)</sup> und eine vorsichtiger Geschäftspolitik der Kreditinstitute gefördert wird, wird zum Teil mit der Gesetzesbegründung angenommen.<sup>462)</sup> Teile der Literatur halten die Jahresbeiträge zum Restrukturierungsfonds für geeignet, die beabsichtigte Lenkung zu bewirken.<sup>463)</sup> Auch in der bisherigen Fachrechtsprechung werden lediglich die gesetzgeberischen Ziele referiert und nicht tatsächlich geprüft, ob ein Lenkungsziel erreicht werden kann.<sup>464)</sup> Der Gleichheitssatz mit seiner Forderung nach Rechtfertigung durch einen besonderen Sachgrund läuft bei lenkenden Steuern aber leer, wenn man sich auf die Prüfung ihrer abstrakten Zielsetzung beschränkt.<sup>465)</sup>

Lenkungszwecke können sich nach der Rechtsprechung des BVerfGs aus den Gesetzesmaterialien ergeben.<sup>466)</sup> Allerdings bedeutet dies nicht, dass jeder in der Gesetzesbegründung angegebene Lenkungszweck für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung genügt. Der verfassungsgerichtlichen Forderung nach Lenkungsklarheit<sup>467)</sup> ist die nach Lenkungswahrheit an die Seite zu stellen. Ebenso wie das BVerfG nicht der Benennung einer Abgabe prüfungsleitende Funktion zumisst<sup>468)</sup>, müssen

auch beim Lenkungszweck irreal, gegebenenfalls vorgeschobene<sup>469)</sup> und nur „beigemischte“ Lenkungsansinnen hinsichtlich ihrer konkreten Rechtfertigungskraft kritisch überprüft werden.

Ob das ertragsteuerliche Abzugsverbot überhaupt die in der Gesetzesbegründung beschriebenen Lenkungswirkungen auslösen kann, wurde in der Literatur zum Teil mit einsichtigen Argumenten infrage gestellt. Zunächst erscheint das Ziel einer Marktordnung durch ein steuerrechtliches Betriebsausgabenabzugsverbot überambitioniert.<sup>470)</sup> Überdies setzen steuerliche Lenkungsnormen Verhaltensanreize.<sup>471)</sup> Beim Abzugsverbot der Bankenabgabe sollen Kreditinstitute durch Änderung der Geschäftspolitik ihre Abgabenlast reduzieren können.<sup>472)</sup> Bereits frühzeitig wurde die Lenkungseignung in Zweifel gezogen.<sup>473)</sup> Die steuerliche Lenkung ist nur dann das mildere Mittel gegenüber einem unbedingten Ge- oder Verbot, sofern der Betroffene das fragliche Verhalten auch tatsächlich vermeiden kann.<sup>474)</sup> Die Frage, ob die Adressaten das steuerliche „Lenkungsangebot“ aber überhaupt annehmen können<sup>475)</sup>, erscheint bei einem etablierten Geschäftsmodell<sup>476)</sup>, gerade im Urteilsfall des BFH<sup>477)</sup> bei einer besonders regulierten Pfandkreditbank, mehr als fragwürdig. Selbst bei Unterstellung eines gesetzlichen „Lenkungsdrucks“ durch das Abzugsverbot wirkt dieser rechtsformabhängig und trifft zudem gewinnerzielende und mit Verlust arbeitende Banken ungleich.<sup>478)</sup> Darum wirkt das Abzugsverbot eher diffus. Die gleichheitswidrige Ausgestaltung der Lenkungswirkung lässt sich jedenfalls nicht mit dem Lenkungszweck der Bankenabgabe vereinbaren.<sup>479)</sup> Diesem Angriffspunkt musste der BFH nur darum nicht nähertreten, weil er auch insoweit den Maßstab an die Lenkungswirkung abgesenkt und spiegelbildlich die Weite des legislativen Typisierungsspielraums erweitert hat.<sup>480)</sup> Beides verträgt sich indes nicht mit der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die aus den aufgezeigten Gründen im konkreten Fall anzustellen ist (siehe bereits Teil 1 III. 2.).

456) So Watrin, in Frotzcher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 879a (Dez. 2019).

457) Zur an dieser Stelle noch zurückzustellenden Frage, ob im Steuerrecht überhaupt eine Zweckverlängerung oder -übernahme aus dem Sonderabgabenrecht zulässig ist, s. noch sub Teil 1 IV.

458) Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 4 AO Rz. 448 (Okt. 2020).

459) Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.133.

460) Kube, DStR 2016, 572 (575 f.).

461) Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1896 (Dez. 2019).

462) Maetz, in Bordewin/Brandt, § 4 EStG Rz 3080 (Mai 2020); Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770j (Mai 2011); Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019).

463) Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 4 (Juli 2015) im Anschluss an Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011); für die Rechtslage im Jahre 2014 vorsichtig auch Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833 „dürfte“.

464) Kerber, WM 2020, 859 (863).

465) So zu belastenden Lenkungssteuern bereits F. Kirchhof, Der Weg zur verfassungsgerechten Besteuerung – Bestand, Fortschritt, Zukunft, StuW 2002, 185 (190).

466) BVerfG, Urteil v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350 – Rz. 43 m.w.N.; Wollenschläger, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 284.

467) Deutlich zu steuerlichen Vergünstigungen BVerfG, Urteil v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 – 2. Leitsatz, Rz. 161 f. m.w.N.

468) BVerfG, Urteil v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 – Rz. 56 m.w.N.; ebenso Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 80 (Mai 2015).

469) So zum Streitgegenständlichen Abzugsverbot Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (311).

470) Allgemein zu den Voraussetzungen und Grenzen der „Gestaltung eines steuerrechtlichen Ordnungsrahmens“ für die Marktwirtschaft Möslein, JZ 2012, 243 (244 ff.).

471) Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 4 AO Rz. 448 (Okt. 2020).

472) BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

473) Näher Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (308 ff.); Kube, DStR 2016, 572 (575 ff.).

474) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 31 m.w.N.

475) Ablehnend wegen der „Unausweichlichkeit“ Kube, DStR 2016, 572 (576 f.).

476) Generell kritisch zum Einfluss der Bankenabgabe auf das Geschäftsmodell und eine vorsichtiger Geschäftspolitik der Banken Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (308 f.).

477) Die Revisionsklägerin war eine Pfandbriefbank (BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 8).

478) Ebenso mit Blick auf die unterschiedliche Anreizsetzung Kube, DStR 2016, 572 (577).

479) Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2203 f.); ebenso Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (310); Materne, Sparkassen, in Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2017, § 17 Rz. 34.

480) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 43.



Neben dieser am Lenkungsanliegen gemessenen zweck- und gleichheitswidrigen Ausgestaltung erscheint die tatsächliche Lenkungswirkung des Abzugsverbots zweifelhaft. Natürlich ist es denkbar, dass eine Lenkungsnorm nicht die intendierte Verhaltensbeeinflussung bewirkt.<sup>481)</sup> Zwar betont die Rechtsprechung, dass die steuerliche Lenkung in Kauf nehmen, das Lenkungsziel nicht verlässlich zu erreichen und darum lediglich ein Instrument zur Annäherung an ein Ziel sei.<sup>482)</sup> Aber allein der allgemein berechtigte Einwand, dass Lenkung durch das Steuerrecht immer „„Experimentierrecht‘ ohne Erfolgsgewähr“ ist<sup>483)</sup>, verfängt nicht, wenn die konkrete gesetzliche Ausgestaltung aus den genannten Gründen schon lenkungsunsensibel erscheint, weil der Lenkungszweck nicht hinreichend im Gesetz angelegt ist. Die beschriebene Lenkungsdiffusität beim Abzugsverbot geht über die allgemein fehlende Lenkungsgarantie weit hinaus. Immerhin sind bereits im Gesetzgebungsverfahren Zweifel an den unterstellten Unterschieden von Finanzierungs- und Lenkungszwecken bei den Jahres- und Sonderbeiträgen zur Bankenabgabe aufgekommen, die nicht ausgeräumt wurden (siehe Teil 1 I. 1.). Trotz des vom Bundesrat monierten Problems der fragwürdigen Abschichtung und Gewichtung von Lenkungs- und Finanzierungszwecken fehlt eine gesetzliche Anleitung für eine steuerlich induzierte Verhaltenslenkung durch das Abzugsverbot der Jahresbeiträge. Auch wenn keine „passgenaue“ Verfolgung des Lenkungsanliegens<sup>484)</sup> zu fordern ist, so erscheint aber jedenfalls ein im typischen Fall ohne Hindernisse realisierbarer Lenkungserfolg unverzichtbar.

Gerade im Revisionsfall des BFH erscheinen Lenkungsanlass und Lenkungseignung besonders fraglich, weil die Klägerin als Pfandkreditbank in einem durch das PfandkreditG besonders regulierten Bankengeschäftsfeld tätig wurde. In diesem normierten Feld erscheint eine weitere Lenkung zur Verhinderung systemischer Risiken kaum geboten. Auch wenn sich bei der Sonderabgabe wegen der „Risikogemeinschaft“ aller Kreditinstitute<sup>485)</sup> insoweit nicht die Frage einer (weiteren) Bereichsausnahme von der Bankenabgabe stellen mag<sup>486)</sup>, darf der Steuergesetzgeber aber trotz seiner Typisierungsbefugnis<sup>487)</sup> beim Lenkungsanliegen des Abzugsverbots nicht ohne weiteres auf der Bankenabgabe aufbauen, zumal deren Lenkungseignung ohnehin allgemein zweifelhaft erscheint (siehe bereits Teil 1 III. 4. b)). Denn bei der Bankenabgabe verfolgt der Gesetzgeber aufgrund der Ausgestaltung des Fonds mit der

Zielgröße und der Möglichkeit des Absehens von der Erhebung von Jahresbeiträgen eine betragsmäßig limitierte und zugleich kollektive Lenkungsfunktion, die dem Finanzierungszweck untergeordnet ist. Diese Kollektivlenkung unter dem Vorbehalt des Finanzbedarfs des Fonds ist aber nicht die taugliche Basis, auf dem ein individueller Lenkungsanreiz im Steuerrecht aufbauen kann. Die Typisierungsbefugnis bei der Lenkungsnorm darf aber nicht so weit gehen, dass ein individueller Lenkungsanreiz gänzlich fehlt, den die einzelne Bank annehmen oder ablehnen kann.

Die besonderen Unsicherheiten beim Lenkungswillen und der Lenkungswirkung des Abzugsverbots belegen auch jüngere rechtspolitische Reaktionen: Die faktische Lenkungsungenauigkeit illustriert eine bayerische Gesetzesinitiative im Bundesrat aus dem Dezember 2019 zum Schutz der Sparer in Deutschland, in der die Bundesregierung u. a. aufgefordert wurde, „das steuerliche Abzugsverbot für die Bankenabgabe zu überdenken, um einerseits den Kostendruck bei den Banken abzumildern, andererseits Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Konkurrenten zu beseitigen. Dies würde auch den Druck zur Weitergabe von Negativzinsen an Privatkunden beeinflussen“.<sup>488)</sup> Der von der Fachrechtsprechung attestierte „Lenkungsdruck“<sup>489)</sup> führt nach dieser Gesetzesinitiative nicht zur Verringerung systemischer Risiken, sondern zur Abwälzung durch Negativzinsen auf Sparer. Damit wird zwar nicht die Allgemeinheit mit diesen Kosten der Bankenstabilisierung belastet, aber ein spezieller und letztlich zufälliger Ausschnitt der Gemeinschaft der Steuerzahler. Auf diese „Lenkungsnebenwirkungen“ ist noch zurückzukommen (dazu sub Teil 1 IV. 3.).

Insgesamt bestehen an der Lenkungseignung und am Lenkungserfolg des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG erhebliche und fundierte Zweifel, die bei der gebotenen strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind (dazu sub Teil 1 III. 4. f)).

#### d) Unterschiedliche Rechtfertigungsmaßstäbe für Lenkungsabgaben und lenkungsmotivierte Steuernormen

In der Literatur wird aus dem – bereits zweifelhaften (siehe bereits Teil 1 III. 4. b)) – Lenkungsziel der Bankenabgabe zugleich auf die Rechtfertigung des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG geschlossen. Darauf deuten Formulierungen wie „Diesem Lenkungsziel (scil. der Sonderabgabe) dient auch das korrespondierende Abzugsverbot“<sup>490)</sup> und die Annahme einer Rechtfertigung „wegen der übergeordneten Lenkungsfunktion“.<sup>491)</sup> Die Nichtabziehbarkeit der Bankenabgabe stellt aber

481) Allgemein Wernsmann, in Leitgedanken des Rechts, Bd. II, 2013, § 152 Rz. 15 m.w.N.

482) BVerfG, Urteil v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, BVerfGE 98, 106 (121); BVerfG, Urteil v. 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99, 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274 – Rz. 59; darauf verweisend auch BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 40.

483) So auch Drüen, VVDStRL 79 (2020), S. 127 (156).

484) So Kube, DStR 2016, 572 (578).

485) So BT-Drucks. 17/3024, S. 71; ebenso Martini, NJW 2010, 2019 (2021); Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (342 f.).

486) Zur Rechtfertigung der Einbeziehung sämtlicher Kreditinstitute ohne Rücksicht auf ihre aktuelle oder potentielle Systemrelevanz näher Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2145 (2148 ff.) m.w.N.

487) Darauf für Verlustfälle verweisend BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 43.

488) Antrag des Freistaates Bayern v. 10.12.2019, Entschließung des Bundesrates „Masterplan zum Schutz der Sparerinnen und Sparer“, BR-Drucksache 641/19, S. 2.

489) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 49; BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 37, 46, 49.

490) Bode, in Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 4 Rz. 234a.

491) Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019).

eine neben das Sonderabgabenrecht tretende, eigenständige steuerrechtliche Entscheidung dar.<sup>492)</sup> Diese muss auch eigenständig steuerrechtlich gerechtfertigt werden. Dabei sind die Rechtfertigungsmaßstäbe für Lenkungsabgaben und lenkungsmotivierte Steuernormen deutlich zu unterscheiden. Denn Sonderabgaben und Steuern haben unterschiedliche Verfassungsbedingungen.<sup>493)</sup> Es gelten zwei verschiedene Rechtfertigungsmaßstäbe, die nicht verbunden oder vermischt werden dürfen. Für die Steuer gelten die von der Verfassungsrechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsanforderungen, die nicht durch die für nichtsteuerliche Abgaben entwickelten Rechtfertigungsanforderungen ersetzt oder modifiziert werden können.

Im Recht der Sonderabgaben darf der Sachgesetzgeber unter Wahrung der vorangestellten verfassungsgerichtlichen Zulässigkeitskriterien (siehe bereits Teil 1 II. 1. a)) sowohl Sonderabgaben einführen<sup>494)</sup>, die ausschließlich einen Finanzierungszweck verfolgen, aber auch gestaltende Sonderabgaben mit primärer Antriebs-, Lenkungs-, Förder- oder Ausgleichsfunktion einsetzen.<sup>495)</sup> Lenkungsabgaben dienen der Durchsetzung eines Verwaltungsprogramms und haben insoweit einen Finanzierungszweck, als das Abgabenaufkommen zur Erfüllung des Verwaltungsprogramms eingesetzt wird, das wiederum der Lenkung dient.<sup>496)</sup> Lenkende Sonderabgaben sind regelmäßig darauf ausgerichtet, unerwünschte Verhaltensweisen des potenziellen Abgabenschuldners zu vermeiden oder aber auch bestimmte Verhaltensweisen herbeizuführen.<sup>497)</sup> Der Lenkungszweck muss durch eine besondere Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Abgabepflichtigen gerechtfertigt sein.<sup>498)</sup> Aber auch Sonderabgaben mit reiner Finanzierungsfunktion sind verfassungsrechtlich zulässig.<sup>499)</sup> Das BVerfG sieht sie als verfassungsrechtlich unbedenklich an.<sup>500)</sup> Mithin kommt es im Recht der Sonderabgaben für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Sonderlast nicht entscheidend auf die Differenzierung von Lenkungs- und Finanzierungszwecken an. Bei Sonderabgaben wird in jüngerer Zeit sogar explizit eine „Irrelevanz von Finanzierungs- und Lenkungszwecken für die Abgabenrechtfertigung“ vertreten.<sup>501)</sup> Im Steuerrecht gelten spezifische Rechtfertigungsanforderungen und selbst bei der Durchbrechung des objektiven

Nettoprinzips kein einheitlicher Rechtfertigungsmaßstab (siehe bereits Teil 1 III. 2.).

Ungeachtet der Frage, ob eine Lenkungs- oder Finanzierungszwecken dienende Sonderabgabe überhaupt in das Steuerrecht „verlängert“ werden darf (dazu noch Teil 1 IV.), ist das Rechtfertigungsniveau für Finanzierungsabgaben von dem für die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips zu unterscheiden. Die Rechtfertigung von Sonderabgaben mit reiner Finanzierungsfunktion trägt nicht zugleich die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips, weil die Finanzierungsfunktion alleine insoweit nicht zur Rechtfertigung taugt (siehe bereits Teil 1 III. 3.). Ein die Sonderabgabe als solche rechtfertigender Grund ist nicht zugleich ein hinreichender Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in das objektive Nettoprinzip durch das Abzugsverbot.<sup>502)</sup> Bei der lenkungsmotivierten Verflechtung der Steuer gelten andere und zugleich schärfere Anforderungen an Lenkungszweck und -eignung. Der Spielraum des auf der Sonderabgabe aufsetzenden Steuergesetzgebers verengt sich, weil er nicht auf ein „doppeltes Motiv“ von Finanzierungs- und Lenkungszweck, sondern allein auf die tatsächliche Lenkungswirkung setzen darf.<sup>503)</sup> Darum ist es zu einfach und für die Rechtfertigung nicht hinreichend, festzustellen, das Abzugsverbot sei „folgerichtig“ umgesetzt.“<sup>504)</sup> Denn beide Fragen dürfen wegen der unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen nicht einfach gleichgesetzt werden. Dass keine Rechtfertigungsidentität besteht, zeigt sich deutlich daran, dass bei Sonderabgaben Finanzierungs- und Lenkungszwecke für die Abgabenrechtfertigung als irrelevant erachtet werden<sup>505)</sup>, während es für die Rechtfertigung der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips entscheidend auf diese Abgrenzung ankommt. Unterschiedliche Verfassungsfragen dürfen aber nicht anhand eines verfehlten Einheitsmaßstabs beantwortet werden.<sup>506)</sup> Die Einsicht lässt aber das angegriffene BFH-Urteil nicht erkennen, worauf später zurückzukommen ist (dazu sub Teil 1 IV.). Jedenfalls reicht eine einfache Anknüpfung an die Rechtfertigung über den Lenkungszweck nach den Sonderabgabenkriterien zur Rechtfertigung des Betriebsausgabenabzugsverbots nicht aus.

e) Erfordernis hinreichender Unterscheidbarkeit des Lenkungszwecks vom Fiskalzweck als untauglichem Rechtfertigungsgrund

Wegen der besonderen Rechtfertigungsanforderungen bei der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips bei gesetzestbestimmtem Erwerbenaufwand ohne Bezug zur Privatsphäre (siehe bereits Teil 1 III. 2. c)) muss der rechtfertigungsfähige Lenkungszweck hinreichend deutlich vom Fiskalzweck als untauglichem Rechtfertigungsgrund unterscheidbar sein. Denn, wenn für eine Fiskalzwecknorm gegenüber einer Lenkungs-

492) So auch Oellerich, EFG 2018, 1355.

493) F. Kirchhof, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 557 (565 f.).

494) Weitgehende Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Sonderabgabe betont – gerade zur Bankenabgabe – Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (342).

495) Zur Vielfalt der Sonderabgabenzwecke P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 119 Rz. 90 ff., 104; vertiefend Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des GG, 2000.

496) P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 119 Rz. 93; ebenso Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rz. 46.

497) Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rz. 46.

498) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 20 m.w.N.

499) BVerfG, Beschluss v. 16.9.2009 – 2 BvR 852/17, BVerfGE 124, 235 – Rz. 16 ff.; BVerfG, Beschluss v. 24.11.2009 – 2 BvR 1387/04, BVerfGE 124, 348 – Rz. 58 ff.

500) BVerfG, Beschluss v. 6.5.2014 – 2 BvR 1139/12, BVerfGE 136, 194 zur Weinabgabe nach § 43 WeinG und zur landesgesetzlichen Weinabsatzförderung.

501) So Thiemann, Die Dogmatik der Sonderabgabe im Umbruch, AöR 138 (2013), 60 (63, 85 ff.).

502) Zutreffend Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2.

503) Ebenso bereits Kube, DStR 2016, 572 (577).

504) So aber Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011).

505) Nochmals Thiemann, AöR 138 (2013), 60 (63, 85 ff.).

506) So in der Sache schon Kube, DStR 2016, 572 (577).



norm strengere verfassungsrechtliche Anforderungen bei der Rechtfertigung von Durchbrechungen von Grundentscheidungen gelten<sup>507</sup>), müssen Fiskalzweck- und Lenkungszwecknorm klar unterscheidbar sein.

Der für das steuerliche Abzugsverbot angeführte Lenkungszweck, systemische Risiken befördernde Bankgeschäfte gezielt zu belasten und zu verteuern<sup>508</sup>), unterscheidet sich indes nicht deutlich vom Finanzierungszweck der Bankenabgabe. Vielmehr wird durch das Ziel der „Internalisierung externer Effekte“<sup>509</sup>) die finanzielle Wirkung der Bankenabgabe und die Verschönerung der Steuerzahler zugleich zum Lenkungsziel erklärt.<sup>510</sup>) Aus ökonomischer Sicht mag hinter der Internalisierung externer Effekte ein anspruchsvolles Konzept der Marktsteuerung stehen<sup>511</sup>). Aus Sicht der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Durchbrechung des objektiven Nettoprinzip wird die Nähe zum – bereits herausgestellten (siehe Teil 1 III. 3.) – Fiskalzweck aber die Frage einer Relativierung des auf der Internalisierung basierenden Lenkungszwecks als Rechtfertigungsgrundlage auf. Ebenso wie das Fiskalziel in Konkurrenz<sup>512</sup>) oder gar im Konflikt mit dem Lenkungsziel stehen kann<sup>513</sup>), kann es nahezu unterschiedslos mit diesem zusammenfallen. Dann kann aber die Rechtfertigungskraft des Lenkungszwecks nicht über die des Fiskalzwecks hinausgehen.<sup>514</sup>)

Wenn bei steuerlichen Abzugsbeschränkungen oder -verboten über die besondere, rechtfertigende Wirkung eines sogenannten qualifizierten Fiskalzwecks<sup>515</sup>) gerungen wird<sup>516</sup>), so lässt sich bei Internalisierung der Kosten eher umgekehrt von einem „trivialisieren“ Lenkungszweck sprechen. Denn der vorgegebene Lenkungszweck ist wegen der „Internalisierung“ von dem notwendigen Zwischenziel der Finanzierung nicht deutlich unterscheidbar. Während eine Lenkungsnorm definitionsgemäß die Lastenausteilung durch die Lenkungsfunktion verdrängt<sup>517</sup>), soll über die Internalisierung bei der Bankenabgabe die allgemeine Lastenausteilungsregel nach der wirtschaft-

lichen Leistungsfähigkeit gegen die besondere Lastenausteilungsregel wegen der besonderen Finanzierungsverantwortung der Banken ausgetauscht werden (siehe bereits Teil 1 III. 3.).<sup>518</sup>) Mit der Internalisierung verfolgt der Gesetzgeber keinen reinen externen Lenkungszweck<sup>519</sup>), sondern einen „Finanzierungslenkungszweck“. Eine derartige „Lenkung durch einen Fiskalzweck“ erscheint zwar im Steuerrecht gerade bei eigenständigen Lenkungssteuern nicht generell verfassungsrechtlich unzulässig<sup>520</sup>), wird aber hinsichtlich ihrer Rechtfertigungskraft zur Durchbrechung des objektiven Nettoprinzip fragwürdig, wenn eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist.

f) Ergebnis: Lenkungsanliegen  
unzureichender Rechtfertigungsgrund bei  
strenger Verhältnismäßigkeitsprüfung

Der Gleichheitssatz muss auch gegenüber der „lenkungsmotivierte[n] Verfremdung einer Steuer“ ausreichenden Schutz gewährleisten.<sup>521</sup>) Die größte Gefahr für die Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit ist generell der zu großzügig angelegte Maßstab zur Rechtfertigung außerfiskalischer Lenkungsnormen.<sup>522</sup>) Mit der extrem niedrigen „Eingangshürde“ für den Gesetzgeber bei steuerlichen Lenkungsnormen geht aber keine „Ausgangskontrolle“ einher: Die geringen Anforderungen an ein Lenkungsziel können im Steuerrecht nicht durch eine ex post-Kontrolle der Lenkungswirkung kompensiert werden.<sup>523</sup>) Da das objektive Nettoprinzip als Grundentscheidung nicht jeder beliebigen Zweckvorstellung geopfert werden darf, kann eine bloße legislatorische „Lenkungshoffnung“ nicht ausreichen. Der Lenkungszweck als akzeptanzsteigerndes „Verkaufsargument“ des Gesetzgebers<sup>524</sup>) scheidet zur Rechtfertigung ebenso aus, wie die bloße „Bemäntelung eines Abzugsverbots“ durch Lenkungsanliegen.<sup>525</sup>) Immerhin prüft das BVerfG auch in anderem Kontext, ob die rechtliche Ausgestaltung hinreichend die Erreichung des Lenkungszwecks gewährleistet oder aber fiskalische Interessen des Staates die Oberhand gewinnen können.<sup>526</sup>) Das BVerfG nutzt dabei Konsistenzargumente, um Widersprüche bei der gesetzgeberischen Wertung und in Wirklichkeit verfolgte fiskalische Interessen aufzudecken.<sup>527</sup>) Darum ist eine bloße Zweckvorga-

507) Dafür zuletzt BFH, Urteil v. 18.12.2019 – I R 29/17, BStBl. II 2020, 690 – Rz. 11.

508) BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

509) BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

510) A.A. insoweit Kube, DStR 2016, 572 (577), weil der Steuergesetzgeber das Ziel, die Allgemeinheit vor den Kosten der Bankenrettung zu schützen, nicht erkennbar in seine Erwägungen aufgenommen habe.

511) So zu Pigou-Steuern Möslin, JZ 2012, 243 (248f.).

512) Zu diesem Grundbefund bei lenkenden Steuern P. Kirchhof, DStJG 15 (1993), S. 3 (9).

513) In anderem Kontext BVerfG, Urteil v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 – Rz. 123 ff.

514) Gleichsetzend verlangt auch Wernsmann, in Leitgedanken des Rechts, Bd. II, 2013, § 152 Rz. 15 m.w.N. für Lenkungssteuern, die nur einen Vermögensentzug bewirken, die gleichen Rechtfertigungsanforderungen wie bei reinen Fiskalzwecksteuern.

515) Zum Ziel der Verstärkung der Staatseinnahmen durch Dämpfung der Steuerauswirkungen konjunktureller Schwankungen zuletzt BFH, Urteil v. 18.12.2019 – I R 29/17, BStBl. II 2020, 690 – Rz. 12 m.w.N.; Bodden, in Korn, EStG, § 2 Rz. 120 (Febr. 2020).

516) Dazu frühzeitig Desens, Der Verlust von Verlustvorträgen nach der Mindestbesteuerung, FR 2011, 745 (749); vertiefend Prinz, Objektives Nettoprinzip – Rechtfertigung: Qualifizierter Fiskalzweck?, DB 2013, 1571; Heuermann, Was ist eigentlich ein „qualifizierter Fiskalzweck“?, DB 2014, Heft 50, M5.

517) Vogel, DStZ 1977, 5 (10).

518) Zur Grundfrage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieses Austauschs näher sub Teil 1 IV. 3.

519) Zum Begriff Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 375.

520) Zur Verteuerung des Energieverbrauchs als Anreiz zur Energieeinsparung als zulässigem Lenkungsziel bei der Stromsteuer BVerfG, Urteil v. 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99, 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274 – Rz. 70, 74 f.

521) Trzaskalik, Gutachten 63. DJT, 2000, S. E 20, E 58 f., E 63 f., aber selbst skeptisch.

522) So nach eingehender quantitativer wie qualitativer Analyse der steuerrechtlichen „Leistungsfähigkeitsjudikatur“ Desens, StuW 2016, 240 (255).

523) Klarsichtig Staringer, in Verhandlungen des Zwanzigsten Österreichischen Juristentages, Bd. IV/2, 2018, S. 63 (Diskussionsbeitrag).

524) Dazu bereits Trzaskalik, Gutachten 63. DJT, 2000, S. E 30 f., E 64.

525) Dagegen schon Drüen, StuW 2008, 3 (12).

526) BVerfG, Urteil v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 – Rz. 127 f. zum Sportwettenmonopol.

527) Petersen, Gesetzgeberische Inkonsistenz als Beweiszeichen, AöR 138 (2013), 108 (130, 138).

be durch den Gesetzgeber jedenfalls unzureichend, wenn die Zweckeignung objektiv fragwürdig ist. Bei der Bankenabgabe fehlt es bereits bei der Sonderabgabe selbst an einer normativen Zweckanleitung und die Fachgerichte verzichten sogar explizit auf die Möglichkeit von Lenkungswirkungen beim Abgabenschuldner (siehe Teil 1 III. 4. b)). Die dominierende Finanzierungsfunktion der Bankenabgabe schlägt auf das „begleitende“ Abzugsverbot<sup>528)</sup> durch und minimalisiert auch die steuerliche Lenkungsfunktion (siehe bereits Teil 1 III. 4. c)).

Die Durchbrechung oder Beschränkung des objektiven Nettoprinzips muss aber ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel sein, um ein legitimes Ziel zu erreichen.<sup>529)</sup> Zwar wurde – fast resignierend – festgestellt, dass die Frage, ob das lenkende Steuergesetz – bezogen auf das Lenkungsziel – verhältnismäßig ist, sich nicht beantworten lasse.<sup>530)</sup> Die „lenkungsmotivierte Verfremdung einer Steuer“ soll danach eine sachzielbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zulassen.<sup>531)</sup> Bei dieser Sicht hätte der Steuergesetzgeber auch bei der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips praktisch freie Hand bei Lenkungsanliegen. Die spezifischen Rechtfertigungsanforderungen sind aber nur bei einer lenkenden Sondersteuer niedriger als bei steuerlichen Sondertatbeständen innerhalb eines Gesetzes (zum Beispiel lenkende Abzugstatbestände innerhalb der Einkommensteuer).<sup>532)</sup> Da die Umsetzung der einmal getroffenen Belastungsentscheidung vom Gesetzgeber folgerichtig vorzunehmen ist (siehe bereits Teil 1 III. 1. c)), sind die Grenzen bei Letzteren „sehr viel enger“.<sup>533)</sup> Aufgrund der „sehr viel strengeren Anforderungen“ ist eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung nur durch solche Lenkungszwecke verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, die insbesondere ein Mindestmaß an Abstimmung mit dem jeweiligen Zweck<sup>534)</sup> aufweisen.<sup>535)</sup> Lenkungsmotivierte Abzugsverbote bedürfen als „lenkungsmotivierte Verfremdung einer Steuer“<sup>536)</sup> einer stärkeren Rechtfertigung als Steuerverschonungen als Lenkungsangebote. „Lenkung durch Sonderbelastung“ stößt natürlich auf mehr Widerstand als das Lenken durch Steuervergünstigung.<sup>537)</sup> Aber insoweit trifft der Steuergesetzgeber nicht nur faktisch auf mehr Widerstand, sondern aus den bereits aufgezeigten Gründen (siehe Teil 1 III. 1. f.)

normativ auch auf höhere Rechtfertigungshürden. Der damit korrespondierende verstärkte Kontrollzugriff durch das BVerfG entspricht seiner jüngeren Folgerichtigkeitsjudikatur<sup>538)</sup>, gerade in der eher „defensiven“ Lesart von Michael Eichberger. Denn danach rechtfertigt der legitime Lenkungszweck allein nicht schon für sich genommen die Ungleichbehandlung.<sup>539)</sup> Die Ungleichbehandlung kann nur Bestand haben, wenn der Lenkungszweck ein hinreichendes Gewicht besitzt, um das Maß der mit der Ungleichbehandlung verbundenen Schlechterstellung zu rechtfertigen.<sup>540)</sup> Die festgestellte Ungleichbehandlung muss geeignet und erforderlich sein, das mit der Differenzierung verfolgte Ziel zu erreichen und vor allem muss das Maß der mit der Ungleichbehandlung einhergehenden Benachteiligung in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Ungleichbehandlung verfolgten Zweck und dem zu erwartenden Maß der Zielerreichung stehen.<sup>541)</sup> Der gesetzlich definierte und gerechtfertigte Lenkungszweck ist insoweit „Grund und Grenze der Ungleichbehandlung“.<sup>542)</sup> Die Verhältnismäßigkeit einer steuerlichen Regelung im Hinblick auf ihre Lenkungsfunktion macht die Prüfung, inwieweit der als verfassungsgemäß festgestellte Lenkungszweck die Abweichung von der gleichmäßigen Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit rechtfertigen kann, nicht entbehrlich.<sup>543)</sup>

Aus diesen Gründen ist bei dem objektiven Nettoprinzip widersprechenden Abzugsverboten für gesetzestbestimmten Betriebsaufwand fern der Privatsphäre ein valider, überzeugender und realisierbarer Lenkungszweck mit unzweifelhafter Lenkungseignung zu fordern. Der BFH hat die aufgezeigten Zweifel an der Lenkungseignung des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG (siehe bereits Teil 1 III. 4. c)) nicht ausgeräumt, sondern nur das anzulegende Maß abgesenkt. Dem ist aus den genannten Gründen (siehe Teil 1 III. 2. c)) das Gebot einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung entgegenzuhalten. Diesem genügt der behauptete Lenkungszweck des Abzugsverbots indes nicht. Die Eignung zur Lenkung und das zu erwartende Maß der Zielerreichung erscheinen beim Betriebsausgabenabzugsverbot ernstlich fragwürdig (siehe Teil 1 III. 4. c)). Auch die Erforderlichkeit ist, gerade bei der Revisionsklägerin als Pfandkreditbank, nicht erwiesen. Bei der Wertung der Angemessenheit ist ein Eingriff in den Kernbereich des objektiven Nettoprinzips als – auch finanzverfassungsrechtlich vorgezeichneter – Grundwertung zu beurteilen, wobei der vom Abzug ausgeschlossene, unstrittige Erwerbsaufwand keine Nähe zur Privatsphäre hat. Dieser massive Eingriff erfolgt zur Erreichung eines sekundären Zieles<sup>544)</sup>, das nicht klar vom

528) Kube, DStR 2016, 572 (577).

529) Drüen, StuW 2008, 3 (11).

530) Trzaskalik, Gutachten 63. DJT, 2000, S. E 63.

531) So das Fazit von Trzaskalik, Gutachten 63. DJT, 2000, S. E 118; dagegen für eine gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung auch hinsichtlich des Lenkungszwecks Wernsmann, in Leitgedanken des Rechts, Bd. II, 2013, § 152 Rz. 15 m.w.N.; allgemein für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei externen Zwecken wegen des „echten Zweck-Mittel-Verhältnisses“ Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 468 ff.

532) Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 3 AO Rz. 98 (Nov. 2016).

533) Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 3 AO Rz. 98 (Nov. 2016).

534) BVerfG, Urteil v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 – 2. Leitsatz, Rz. 161 ff. m.w.N.

535) Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 3 AO Rz. 98 (Nov. 2016); näher ders., Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 237 ff., 242 ff. m.w.N.

536) Nochmals, weil treffend Trzaskalik, Gutachten 63. DJT, 2000, S. E 20.

537) Trzaskalik, Gutachten 63. DJT, 2000, S. E 62.

538) Zur Notwendigkeit einer über die bloße Willkürkontrolle hinausgehenden strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung steuerlicher Lenkungsnormen BVerfG, Urteil v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 (185).

539) Eichberger, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 501 (516).

540) Eichberger, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 501 (516).

541) Eichberger, DStJG 39 (2016), S. 97 (115).

542) P. Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 2 Rz. 35.

543) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 31.

544) Zur zurückgestellten Frage, ob Argumente aus dem Sonderabgabenrecht überhaupt die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips rechtfertigen können siehe sub Teil 1 IV.



untauglichen Fiskalzweck zu unterscheiden ist. Gemessen am strengen Verhältnismäßigkeitsprinzip fehlt dem vagen und eher diffus wirkenden Lenkungszweck des Abzugsverbots der Jahresbeiträge gegenüber dem klaren Finanzierungszweck insgesamt die hinreichende Rechtfertigungskraft.

Im Ergebnis ist der mit dem Abzugsverbot der Bankenabgabe verfolgte Fiskalzweck auch bei den Jahresbeiträgen dominierend<sup>545</sup>, aber zur Rechtfertigung untauglich (siehe bereits Teil 1 III. 3.). Im Unterschied zum Abzugsverbot von Geldbußen (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 EStG) geht es beim Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG nicht darum, dass durch rechtswidriges Verhalten erzielte wirtschaftliche Vorteile abgeschöpft werden.<sup>546</sup> Darum dient es auch nicht – wie § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8, 8a, 10 und 12 EStG – der Vermeidung von Wertungswidersprüchen in der Rechtsordnung.<sup>547</sup> Mithin verbleibt als Rechtfertigungsansatz nur das vom Gesetzgeber vorgetragene Lenkungsanliegen. Ein neben dem Fiskalzweck mitverfolgter Lenkungszweck erweist sich aber bei der gebotenen strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung als nicht hinreichend. Darum sind die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips und der Verstoß gegen das Folgerichtigkeitsgebot nicht gerechtfertigt.<sup>548</sup>

## 5. Das Abzugsverbot als gleichheitswidrige Sonderlast

### a) Abzugsverbot als Zusatzlast zur Sonderabgabe

Die Bankenabgabe als Sonderabgabe schafft ein Sonderrecht wegen der besonderen Finanzierungsverantwortung. Sonderabgaben treten zu den Steuern als „Zusatzabgabe“ hinzu<sup>549</sup> und führen zu am Gleichheitssatz zu rechtfertigenden „Sonderlasten“.<sup>550</sup> Zur Sonderabgabe als Sonderlast tritt bei der Bankenabgabe das steuerliche Abzugsverbot als weitere Sonderlast hinzu. Denn ein steuerliches Abzugsverbot bewirkt eine Eigenfinanzierungslast und begründet eine Sonderlast für den betreffenden Steuerpflichtigen.<sup>551</sup> Die vom Abzug ausgeschlossenen Jahresbeiträge zum Restrukturierungsfonds werden außerbilanziell dem Gewinn wieder hinzugerechnet.<sup>552</sup> Die Belastung der Banken durch die Sonderabgabe wird durch den Ausschluss des Betriebsausgabenabzugs nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG noch vertieft. Denn Betriebsausgaben, die

steuerlich nicht abziehbar sind, „kosten“ zusätzlichen Steuer- aufwand.<sup>553</sup> Die Bankenabgabe wird gegebenenfalls zu einem geringeren Nachsteuer-Ergebnis der Banken im Inland führen, weil die Bankenabgabe in Form der Jahresbeiträge die inländische Ertragssteuerquote (bestehend aus Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag) steigen und damit das Ergebnis nach Steuern absinken lässt.<sup>554</sup>

Zwar bedeutet das steuerliche Abzugsverbot keine Pflicht zur Doppelzahlung oder eine – zum Teil angegriffene<sup>555</sup> – Doppelbelastung.<sup>556</sup> Insoweit ist dem FG Münster<sup>557</sup> und dem BFH<sup>558</sup> zuzustimmen, dass die finanzielle Belastung der Kreditinstitute nur einmal eintritt. Gleichwohl negieren die Fachgerichte die ökonomische Wirkung des Betriebsausgabenabzugsverbots: Wenn eine gesetzliche Zahlungspflicht aus versteuertem Einkommen<sup>559</sup> des Abgabepflichtigen zu leisten ist, so ist er nicht nur durch den Zahlungsbetrag (100 Prozent), sondern wirtschaftlich zugleich in Höhe des individuellen Steuersatzes (bei Kapitalgesellschaften hebesatzabhängig, rund 30 Prozent<sup>560</sup>) belastet. Die „einmalige vollständige wirtschaftliche Belastung der Kreditinstitute mit der Bankenabgabe“<sup>561</sup> beträgt darum bei Kapitalgesellschaften rund 130 Prozent des Abgabebetrags. Der BFH spricht in diesem Kontext von „dem Bruttobetrag der sogenannten Bankenabgabe“.<sup>562</sup> Diese Zusatzlast gegenüber dem Zahlungsbetrag ist der berechtigte Kern der Rede vom „zusätzliche[n] Verteuerungseffekt“.<sup>563</sup> Diesen haben die Fachgerichte zwar inhaltlich bestätigt, aber argumentativ beiseite gewischt, weil aus ihrer Sicht die Belastungswirkung der Kreditinstitute nicht „erträglicher gestaltet“ werden sollte.<sup>564</sup> Diese – angreifbare – Sicht ändert aber nichts an dem Befund, dass zur Sonderlast der Sonderabgabe bei der Bankenabgabe durch die Abkehr von der grundsätzlichen Abzugsfähigkeit als Betriebsausgabe (§ 4 Abs. 4 EStG) § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG eine weitere – rechtfertigungsbedürftige –

545) Ebenso Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (308) zum Abzugsverbot, dem „vorrangig eine Finanzierungsfunktion zukommt“; weitergehend Schön, JbFStR 2016/2017, S. 320 (Diskussionsbeitrag): „Das Abzugsverbot bei der Bankenabgabe halte ich für komplett verfassungswidrig, weil es ausschließlich fiskalisch begründet ist“.

546) Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011).

547) Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 23. Aufl. 2020, Rz. 1002.

548) Im Ergebnis übereinstimmend Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2203f.); Kube, DStR 2016, 572 (577f.).

549) P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 325 (Sept. 2015).

550) Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rz. 40; Thiemann, AöR 138 (2013), 60 (69ff.).

551) Drüen, StuW 2008, 3 (11).

552) Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 10 (Juli 2015); Stapperferd, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1896 (Dez. 2019).

553) So zu nach § 10 Nr. 4 KStG einem hälftigen Abzugsverbot unterliegenden Aufsichtsratsvergütungen Clemm/Clemm, Die körperschaftsteuerliche Behandlung von Aufsichtsratsvergütungen ist sinn-, system- und verfassungswidrig, BB 2001, 1873 (1876) mit Berechnungsbeispiel; zur verfassungsrechtlichen Kritik am Abzugsverbot Drüen, in Frotscher/Drüen, KStG/GewStG/UmwStG, § 10 KStG Rz. 69 (Sept. 2017) m.w.N. zur breiten Kritik im Schrifttum; eingehend Haarmann, Die Verfassungswidrigkeit der hälftigen Nichtabzugsfähigkeit von Aufsichtsratsvergütungen, in Festschrift Endres, 2016, S. 149.

554) Ammelung/Frank, in Brogl, Handbuch Banken-Restrukturierung, 2012, Kapitel F Rz. 117.

555) So Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (309): „Banken doppelt belastet“ und „Doppelung der intendierten Verteuerung“.

556) Gegen eine Doppelbelastung bei der Erhebung der Jahresbeiträge Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011).

557) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 60.

558) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47.

559) Die Abgabe muss aus versteuerten Gewinnen entrichtet werden (Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2).

560) So auch die Kalkulation der Bundesregierung v. 5.9.2014, BT-Drucks. 18/2481, S. 36.

561) Darauf abhebend FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 60; diese Formel modifizierend aufgreifend BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47: „einmalige vollständige wirtschaftliche Belastung der Kreditinstitute mit dem Bruttobetrag der sogenannten Bankenabgabe“.

562) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47.

563) Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (309).

564) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 60; ebenso BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47.

Sonderlast der Kreditinstitute hinzukommt. Nicht nur Sonderabgaben als Sonderlasten stehen unter stetem Rechtfertigungsdruck<sup>565</sup>, sondern auch diese vertiefende Abzugsverbote im Ertragsteuerrecht.

#### b) Sonderlast gegenüber anderen abzugsfähigen Sonderabgaben

Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG nimmt dabei im Zusammenwirken von Sonderabgaben und Steuern eine besondere Rolle ein. Die Norm ist nicht nur eine steuerrechtliche „Spezialvorschrift“<sup>566</sup>, sie trifft auch eine exzeptionelle Rechtsfolgenanordnung für Sonderabgaben. Unternehmen auferlegte Sonderabgaben sind Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst worden sind (§ 4 Abs. 4 EStG), und darum als Betriebsausgaben abziehbar sind.<sup>567</sup> Das ist der Ausgangsbefund, den bislang auch die Bundesregierung ausdrücklich geteilt hat. In einer parlamentarischen Anfrage zur im Schwerbehindertengesetz festgelegten Ausgleichsabgabe (§ 11 SchwbG) wurde die Bundesregierung gefragt, ob sie die Absicht habe, „die steuerliche Abzugsfähigkeit der Ausgleichsabgabe als Betriebskosten im Zuge der Unternehmensteuerreform zugunsten einer Entlastung des Bundeshaushalts abzuschaffen?“<sup>568</sup> Darauf hat das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung namens der Bundesregierung geantwortet:<sup>569</sup>

„Im Rahmen der Unternehmenssteuerreform ist nicht beabsichtigt, die steuerliche Absetzbarkeit der Ausgleichsabgabe als Betriebsausgabe zu versagen. Der Einkommensteuer unterliegen unter anderem die Einkünfte aus Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit, das heißt der Gewinn. Betriebsausgaben mindern den Gewinn. Nach § 4 Abs. 4 Einkommensteuergesetz (EStG) sind alle Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind, als Betriebsausgaben abziehbar. Eine Einschränkung erfährt dieser Grundsatz nur, soweit die private Lebensführung betroffen ist, denn die Ausgaben im Bereich der privaten Lebensführung dürfen bei der Ermittlung des Einkommens grundsätzlich nicht abgezogen werden (§ 12 EStG). Vor diesem Hintergrund ist auch das Prinzip des Betriebsausgabenabzugs und der in § 4 Abs. 5 EStG normierten Abzugsverbote für bestimmte Betriebsausgaben und Begrenzungen in der Höhe bestimmter Betriebsausgaben zu verstehen. So sind die Aufwendungen, die die Lebensführung des Steuerpflichtigen oder andere Personen berühren,

nicht abziehbar, soweit sie nach allgemeiner Verkehrsauffassung als unangemessen anzusehen sind (§ 4 Abs. 5 Nr. 7 EStG). *Wird die Lebensführung dagegen nicht berührt, sollen Betriebsausgaben einer bestimmten Art, wie hier Aufwendungen für die Ausgleichsabgabe, auch künftig steuerlich nicht anders behandelt werden als die übrigen betrieblich veranlassten Aufwendungen.*“

Diese Aussage ist zutreffend und uneingeschränkt beifallswürdig. Das BVerfG hält die Schwerbehindertenabgabe weiterhin für verfassungsgemäß<sup>570</sup> und zumutbar, wobei es explizit darauf verweist, dass „die Abgabe steuerlich absetzbar“ ist<sup>571</sup>. Diese – natürliche – Steuerfolge stützt mithin die Verfassungsmäßigkeit der Sonderabgabe und sichert, dass die damit verbundene „wirtschaftliche Last ... nicht unangemessen“ ist<sup>572</sup>.

Die steuerliche Abzugsfähigkeit ist mithin der – auch vom BVerfG vorausgesetzte – Grundbefund für alle unternehmensbezogenen Sonderabgaben. Danach ist namentlich im Bankensektor die Umlage zur Finanzierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht als Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion<sup>573</sup>, als Betriebsausgabe abziehbar. Natürlich ließe sich auch bei anderen Sonderabgaben mit Finanzierungs- oder Lenkungsfunction argumentieren, dass sich der Sonderabgabepflichtige „durch eine steuerliche Entlastung teilweise gegenfinanzieren könne“.<sup>574</sup> Bei allen Sonderabgaben mit Lenkungsfunction wird aus dieser Warte durch den Betriebsausgabenabzug „der Lenkungsdruck entschärft“ oder „reduziert“.<sup>575</sup> Nur hat der Gesetzgeber dieses Argument bislang bei anderen Sonderabgaben nicht bemüht. Er verweist – mit insoweit unkritischer Billigung der Fachrechtsprechung – selektiv nur bei der Bankenabgabe auf dieses Argument und will darauf Rechtsfolgen stützen.

Diese Sonderbehandlung der Bankenabgabe gegenüber anderen unternehmensbezogenen Sonderabgaben ist ihrerseits eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung. Denn dem Gesetzgeber steht es nicht offen, den Regelungsbereich der Abzugsbeschränkungen mit mehr oder weniger erratischen Sondervorschriften zu überziehen.<sup>576</sup> Neben dem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG wegen ungerechtfertigter Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips (siehe bereits Teil I III. 2.), ordnet § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG nur für die Bankenabgabe eine Binnendifferenzierung hinsichtlich der steuerlichen Abzugsfähigkeit von außersteuerlichen betrieblichen Sonderzahlungs-

565) F. Kirchhof, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 557 (561).

566) Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1895 (Dez. 2019).

567) Für die grundsätzliche Abzugsfähigkeit der Bankenabgabe nach § 4 Abs. 4 EStG Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770j (Mai 2011); Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2203); Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 8 (Juli 2015).

568) Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Ilja Seifert, Dr. Klaus Grehn, Dr. Heidi Knake-Werner, Heidemarie Ehler und der Fraktion der PDS, BT-Drucks. 14/3161, Frage 13.

569) Antwort der Bundesregierung v. 10.5.2000, Wirkungen der Ausgleichsabgabe auf die Beschäftigungssituation von Menschen mit Behinderungen, BT-Drucks. 14/3295, S. 11 (Hervorhebung durch den Verf.).

570) Grundlegend BVerfG, Urteil v. 26.5.1981 – 1 BvL 56, 57, 58/78, BVerfGE 57, 139.

571) BVerfG, Kammerbeschluss v. 1.10.2004 – 1 BvR 2221/03, DVBl. 2004, 1478 (1480).

572) So BVerfG, Kammerbeschluss v. 1.10.2004 – 1 BvR 2221/03, DVBl. 2004, 1478 (1479).

573) Zur Vereinbarkeit mit den finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen BVerfG, Urteil v. 16.9.2009 – 2 BvR 852/07, BVerfGE 124, 235.

574) So das Argument von BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 37.

575) Wiederum das Argument von BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 37, 46, 49.

576) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2692.



pflichten an, die ebenfalls einer Rechtfertigung bedarf. Eine Unterscheidung bei der steuerlichen Abzugsfähigkeit in „gute“ (wie die Ausgleichsabgabe nach dem Schwerbehindertengesetz) und die „böse“ Sonderabgabe der Bankenabgabe ist verfassungsrechtlich aber nicht tragfähig. Die exklusive Sonderbehandlung der Bankenabgabe kann durch die angeführten Gründe (siehe bereits Teil 1 III. 2. ff.) nicht gerechtfertigt werden. Umgekehrt spricht die in der Literatur betonte Ähnlichkeit der Bankenabgabe mit einer staatlichen Versicherung<sup>577)</sup> sogar für den Abzug als Betriebsausgabe, wie er auch für andere Versicherungsbeiträge vorgesehen ist.<sup>578)</sup> Darum liegt auch in dieser selektiven Differenzierung innerhalb des Abgabentypus der Sonderabgaben, der die Bankenabgabe aus Sicht des Steuerrechts zu einer branchenspezifischen „Sonder-Sonderabgabe“ stempelt, ein verfassungswidriger Gleichheitsverstoß.<sup>579)</sup>

#### c) Gleichheitswidrige Wirkung der Sonderlast bei betroffenen Banken

Weiterhin führt die vermeintliche „Verlängerung“ der Aktivierung der besonderen Finanzierungsverantwortung durch den Sachgesetzgeber in das Steuerrecht zu rechtsformabhängigen Wirkungen des Betriebsausgabenabzugsverbots. Die abgabenartenübergreifende Fortentwicklung des Gedankens der Finanzierungsverantwortung der Banken für ihre eigene Rettung<sup>580)</sup> von der gruppenbezogenen Sonderabgabe auf das Steuerrecht bewirkt unterschiedliche Sonderlasten. Bei der Bankenabgabe gründet sich die besondere Finanzierungsverantwortung der Banken auf die Sonderabgaben als Kausalabgaben<sup>581)</sup> eigenen Regeln zur Aktivierung der gruppenbezogenen und -nützigen Sonderabgabe (siehe bereits Teil 1 II. 1. a)). Das Abzugsverbot vermischt die ausdifferenzierte Bemessung der Finanzierungsverantwortung durch völlig un spezifizierte Steuerwirkungen, die von der Rechtsform und der Gewinn- und Verlustsituation der Bank abhängen.<sup>582)</sup> Die bereits gerügten unterschiedlichen Steuerfolgen des Abzugsverbots sind nicht allein eine Frage der gleichheitsgerechten Ausgestaltung des Lenkungsanliegens (siehe bereits Teil 1 III. 4. c)), sondern sind als Gleichheitsverstoß allgemein nicht zu rechtfertigen.<sup>583)</sup> Neben dem „Sonder-Sonderrecht“ durch Abzugsverbot nur für eine einzelne Sonderabgabe (siehe bereits Teil 1 III. 5. b)) sind auch die unterschiedlichen Steuerfolgen des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Sonderlastenzuteilungsnorm, die von der allgemeinen Lastenverteilungsnorm des objektiven

Nettoprinzips abweicht, gleichheitsrechtlich zu rechtfertigen. Dabei scheitert die Rechtfertigung aus den gleichen Gründen wie die des Sonderabzugsverbots. Denn wie die willkürliche Differenzierung bei der Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben nur um der Schonung des Staatshaushalts willen nicht zu rechtfertigen ist<sup>584)</sup>, so sind auch die von der Rechtsform und der Gewinn- und Verlustsituation der jeweiligen Bank abhängenden Wirkungen nicht rechtfertigungsfähig (siehe bereits Teil 1 III. 4. c)). Durch den Nichtabzug entstehen abhängig von der Rechtsform und der Gewinnsituation des einzelnen Kreditinstituts Umverteilungswirkungen, obwohl der legislative Wille und die Voraussetzungen, die eine Umverteilung im Steuerrecht rechtfertigen können<sup>585)</sup>, nicht gegeben sind.

Die nicht gerechtfertigte Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips und der Verstoß gegen das Folgerichtigkeitsgebot (siehe bereits Teil 1 III. 2. ff.) lösen mithin gleichheitswidrige Sonderlasten für Banken aus, die ihrerseits nicht zu rechtfertigen sind.

## IV. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit und vorrangige Wertungen der Finanzverfassung

Obwohl in der Literatur zum Teil frühzeitig und deutlich die Trennung der „sonderabgabendogmatischen Begründung für die Bankenabgabe dem Grunde und der Höhe nach“ und der ertragsteuerrechtlichen Begründung für das Abzugsverbot betont wurde<sup>586)</sup>, unternimmt die Fachrechtsprechung in Opposition dazu mit einem anderen Teil der Literatur<sup>587)</sup> den Versuch eines abgabenartenübergreifenden Rechtfertigungsimports aus dem Sonderabgabenrecht ins Steuerrecht.<sup>588)</sup> Das Steuerrecht soll durch das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG der Sonderabgabe „weiteren Nachdruck ... verleihen“.<sup>589)</sup> Damit wird das Steuerrecht instrumentalisiert, um Sonderabgabenzwecke zu unterstützen. Losgelöst von der fragwürdigen Lenkungseignung und der tatsächlichen Lenkungswirkung (siehe bereits Teil 1 III. 4.) stellt sich die Frage, ob eine solche Indienststellung des Steuerrechts für nur „ausnahmsweise“ zulässige Sonderabgaben überhaupt mit den Wertungen der Finanzverfassung zu vereinbaren ist. Die Frage der grundsätzlichen Tauglichkeit des dem Sonderabgabenrechts entstam-

577) So Möslein, JZ 2012, 243 (245); ähnlich Martini, NJW 2010, 2019 (2022): „Bankenabgabe wirkt wie eine Versicherung“.

578) A.A. zum Vergleich mit privatem Versicherungsschutz aber BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 45.

579) Im Ergebnis ebenso Kube, DStR 2016, 572 (577): „willkürliche Differenzierung“.

580) Begründend FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 57.

581) Waldhoff, in Schön/Beck (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 125 (143).

582) Kube, DStR 2016, 572 (577).

583) Im Ergebnis auch Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2203 f.): „willkürlich“; ablehnend auch Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (310).

584) Kube, DStR 2016, 572 (577).

585) Zur Rechtfertigung von Umverteilungsnormen Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.21, 3.212.

586) Explizit Kube, DStR 2016, 572 (577); ebenso Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2.

587) Zur Rechtfertigung des Abzugsverbots der Jahresbeiträge mit dem Argument, diese „unterstreich[e]“ die Lenkungsfunktion der Bankenabgabe selbst Watrin, in Frotzcher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 879a (Dez. 2019); Ähnlich rechtfertigt Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1895 (Dez. 2019) das Abzugsverbot damit, dass andernfalls der Betriebsausgabenabzug das Lenkungsziel der Bankenabgabe gefährden würde.

588) Besonders deutlich FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 58.

589) So Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011).

menden Arguments der Finanzierungsverantwortung im Steuerrecht ist bei der (fehlenden) Rechtfertigung für Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips bewusst noch zurückgestellt worden (siehe Teil 1 III.), um ihr nunmehr in der gebotenen Tiefe nachzugehen. Denn die Grundfrage des inhaltlichen Zusammenwirkens von Sonderabgabenrecht und Steuerrecht ist neuartig, weil der Gesetzgeber bei der Bankenabgabe erstmals ein Abzugsverbot für Sonderabgaben geschaffen hat (siehe Teil 1 III. 5. b)).

### 1. Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Teilrechtsordnungen

Bislang wird bei der Diskussion zur Verfassungsmäßigkeit und zur Folgerichtigkeit des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG offengelassen, ob der Grundsatz der Folgerichtigkeit auch in Bezug auf das Zusammenwirken von außersteuerrechtlichen und steuerrechtlichen Vorschriften gilt.<sup>590</sup> In der allgemeinen staatsrechtlichen Diskussion über Systemgerechtigkeit<sup>591</sup>, Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit werden verschiedene Begriffe mit unterschiedlichen Inhalten verwendet.<sup>592</sup> Das Gebot der Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit werden zum Teil im Verbund angeführt<sup>593</sup>, lassen sich indes absichten.<sup>594</sup> Während Folgerichtigkeit auf das bruchlose Zusammenspiel innerhalb einer Teilrechtsordnung abzielt (siehe bereits Teil 1 III. 1. c)), bezieht sich der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit auf die Kohärenz der einheitlichen nationalen Rechtsordnung und damit auf das Zusammenspiel verschiedener Teilrechtsordnungen oder -gebiete. Widerspruchsfreiheit zielt damit sachbereichsübergreifend auf die externe Konsistenz verschiedener Ordnungsbereiche ab.<sup>595</sup> Das Zusammenwirken von Normen unterschiedlicher Teilrechtsordnungen oder -gebiete muss konsistent und darf nicht widersprüchlich sein.

Für das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Teilrechtsordnungen grundlegend sind die vieldiskutierten<sup>596</sup> Entscheidungen des BVerfG im 98. Band.<sup>597</sup> Nach der Rechtsprechung verpflich-

tet das Rechtsstaatsprinzip alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.<sup>598</sup> Eine Anforderung für die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ist das Gebot horizontal systematischer Konkordanz von gleichrangigen Normen.<sup>599</sup> Der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung erfasst insbesondere Fälle, in denen die Steuererhebung mit Lenkungs Zwecken verbunden ist, und verlangt, dass bei der Ausübung einer Normsetzungskompetenz konzeptionelle Entscheidungen eines anderen Normgebers, die er im Rahmen seiner Kompetenz getroffen hat, nicht verfälscht werden. Namentlich dürfen den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.<sup>600</sup> Aufgrund einer Steuerkompetenz darf nur insoweit lenkend und damit mittelbar gestaltend in den Kompetenzbereich eines Sachgesetzgebers übergegriffen werden, als die Lenkung weder der Gesamtkonzeption der sachlichen Regelung noch konkreten Einzelregelungen zuwiderläuft.<sup>601</sup>

Bei der Bankenabgabe geht es nicht um das Verhältnis von Sachrecht und Abgabenrecht<sup>602</sup>, sondern innerhalb des Finanzrechts um Wertungswidersprüche der Teilgebiete des Steuerrechts und des Sonderabgabenrechts. Es wird bei der Ausübung der Normsetzungskompetenz des Bundesgesetzgebers durch das Zusammenwirken von Sonderabgabenpflicht und steuerlichem Abzugsverbot das objektive Nettoprinzip als systemprägendes Prinzip des Einkommensteuerrechts, das im Kern sogar durch die Finanzverfassung vorgezeichnet ist<sup>603</sup>, der besonderen Finanzierungsverantwortung der Banken untergeordnet. Zwar werden durch das Abzugsverbot keine fachrechtlichen Regelungen des Sachgesetzgebers verfälscht, aber umgekehrt verfälscht die „Verlängerung“ der Sonderfinanzierungsregelung zur Bankenrettung das objektive Nettoprinzip als allgemeine Finanzierungs- und Lastenverteilungsregel des Einkommensteuerrechts. Es wird eine abgabenartfremde, besondere Lastenverteilungsregel in das Steuerrecht importiert, obwohl sich das Gleichheitsmaß der Besteuerung ausschließlich nach der staatlichen Teilhabe am Einkommen bestimmt.<sup>604</sup> Wenn im Kontext der Bremer Sicherheitsgebühr für Risikofußballspiele die Vermengung der Gebühr mit der Steuer gerügt wird und treffend von der „steuerverfremdenden Gebühr“<sup>605</sup> die Rede ist, verdient die Bankenabgabe im Zusammenwirken

590) So Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1895 (Dez. 2019), nach dessen Ansicht diese Frage „letztendlich unentschieden bleiben (kann)“.

591) Dazu weiterhin positiv Kloepfer, in Festschrift Stober, 2008, S. 703 (713 f.).

592) Drüen, in Festschrift Spindler, 2011, S. 29 (35 ff.).

593) P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rz. 176 ff.; P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 171, 404 ff. (Sept. 2015).

594) Drüen, in Festschrift Spindler, 2011, S. 29 (38 f.); so auch P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 407 (Sept. 2015) mit eigener Abgrenzung.

595) Drüen, in Festschrift Spindler, 2011, S. 29 (38) m.w.N.

596) Statt vieler Sandler, Grundrecht auf Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung? – Eine Reise nach Absurdistan?, NJW 1998, 2875; Jarass, Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, AöR 126 (2001), 588; Brüning, Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung – Ein Topos mit verfassungsrechtlichen Konsequenzen?, NVwZ 2002, 33; Hanebeck, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber?, Der Staat 41 (2002), 429.

597) BVerfG, Urteil v. 7.5.1998 – 2 BvR 1876/91, BVerfGE 98, 83 (97) zu Landesabfallabgaben und BVerfG, Urteil v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95, BVerfGE 98, 106 (118) zur kommunalen Verpackungssteuer.

598) Zuletzt OVG Niedersachsen, Urteil v. 22.8.2019 – 8 LC 116/18, GesR 2020, 30 (34).

599) Sodan, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864 (869, 871).

600) Jüngst OVG NRW, Urteil v. 18.8.2020 – 14 A 3784/19, juris – Rz. 95 m.w.N.

601) Wiederum OVG NRW, Urteil v. 18.8.2020 – 14 A 3784/19, juris – Rz. 97.

602) Insoweit kritisch zur Rspr. Trzaskalik, Gutachten 63. DJT, 2000, S. E 28, E 44.

603) Zuletzt Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 4 AO Rz. 501 (Okt. 2020); s. bereits II. 1. b).

604) So bereits zum Zusammenwirken staatlich veranlasster Zahlungsströme allgemein P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rz. 205.

605) P. Kirchhof/G. Kirchhof, Das Recht auf unentgeltliche Sicherheit – Zur Sicherheitsgebühr bei Risikoveranstaltungen, 2020, S. 46.



mit dem Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG das Etikett der „steuerverfremdenden Sonderabgabe“.

Im Kontext der Stellung des Steuerrechts in der Gesamtrechtsordnung hat Ferdinand Kirchhof unlängst Sonderabgaben als das „verfassungsrechtliche Sorgenkind der Sonderlasten“ bezeichnet, weil sie „die grundgesetzlich angeordnete Dichotomie von Gemein- und Sonderlast und ihre unterschiedlichen Verfassungsbedingungen aufzulösen drohen“.<sup>606</sup> Gerade diese Gefahr besteht in einer neuen Zuspitzung bei der Bankenabgabe. Da bereits die „Unterhöhung der Finanzverfassung durch Sonderabgaben“<sup>607</sup> beklagt und die „Unterminierung des Steuerstaates“ durch Sonderabgaben gerügt wird<sup>608</sup>, ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verfälschung steuerrechtlicher Grundwertungen aufbauend auf den eingangs erfolgten finanzverfassungsrechtlichen Weichenstellungen (siehe Teil 1 II. 1.) im Folgenden zu hinterfragen.

## 2. Individualschützende Funktion der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung und Wertungsvorrang der Steuerrechtsordnung

Die Finanzverfassung ist keine umfassende Abgabenverfassung<sup>609</sup>, sondern „vor allem Steuerverfassung“.<sup>610</sup> Die grundgesetzliche Finanzverfassung ist Eckpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung.<sup>611</sup> Zugleich<sup>612</sup> hat die föderale Finanzordnung auch individualschützende Funktion<sup>613</sup> und dient „dem Bürgerschutz durch das Kompetenzrecht der Art. 105 f. GG“.<sup>614</sup> Eine unkonditionierte weitere Belastung mit Abgaben neben der allgemeinen Steuerbelastung kann tendenziell die Belastungsgleichheit der Bürger gefährden.<sup>615</sup> Darum hat das BVerfG die „Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung“<sup>616</sup> zugunsten des Bürgers in einer Vielzahl von Entscheidungen bekräftigt. Daraus folgert es besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Abgabentyp der Sonderabgaben (siehe bereits Teil 1 II. a)), aber auch verbindliche Vorgaben für andere nichtsteuerliche

Abgaben.<sup>617</sup> Der Gleichheitssatz erwartet eine Finanzierung des Staates grundsätzlich durch Steuern im Rahmen der Finanzverfassung und fordert für Abgaben jenseits von Finanzverfassung und Steuerstaatlichkeit einen besonderen sachlich rechtfertigenden Grund.<sup>618</sup> Die Einführung nichtsteuerlicher Abgaben steht unter dem Vorbehalt<sup>619</sup>, dass die Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung und insbesondere das Grundprinzip der Finanzierung öffentlicher Aufgaben durch die Gemeinlast der Steuer nicht umgangen werden.<sup>620</sup>

Die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung gilt aber nicht nur gegenüber nichtsteuerlichen Abgaben, sondern auch für das Zusammenwirken dieser mit Steuern. Wenn das BVerfG die „Ordnungsfunktion der Finanzverfassung“ und zudem die „eigenständige individualschützende Funktion“ von Art. 105 und Art. 106 GG als „originäre[m] und eigenständige[n] Zweck der Kompetenznormen der Finanzverfassung“ betont<sup>621</sup>, so ist dieser Schutz der Bürger nicht nur auf die Abwehr „einer unübersehbaren Vielzahl von Steuern“ gerichtet. Die Anerkennung einer Abgabenkompetenz außerhalb der Finanzverfassung birgt nicht nur die Gefahr, dass die Abgabenbelastung völlig unüberschaubar wird<sup>622</sup>, sondern auch dass die geregelte Finanzordnung verändert und ihre Grundwertungen verfälscht werden. Die Finanzverfassung setzt der steuerlichen Art des Zugriffs auf die Ressourcen des Bürgers auch inhaltlich einen Rahmen<sup>623</sup>, der nicht durch das Sonderabgabenrecht überspielt werden darf.<sup>624</sup> Die Schutzfunktion der Finanzverfassung spricht bereits im Ansatz dagegen, Wertungen zur Finanzierungsverantwortung aus dem unregelmäßig Sonderabgabenrecht in das Steuerrecht zu „importieren“ oder zu verlängern. Die grundgesetzliche Finanzverfassung muss nicht allein vor einer „Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln“<sup>625</sup> geschützt werden. Die materiellen Ausgestaltungsvorgaben der Finanzverfassung gelten auch für das Zusammenwirken von Sonderabgaben und darauf aufbauenden Steuerregelungen. Unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen dürfen nicht unter Umgehung finanzverfassungsrechtlicher Primärwertungen beliebig finanzwirksame Gesetze erlassen werden.

606) F. Kirchhof, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 557 (565 f.); Hervorhebung durch den Verf.).

607) Vogel, DStJG 12 (1989), S. 123.

608) F. Kirchhof, Vom Steuerstaat zum Abgabenstaat?, Die Verwaltung (21) 1988, 137 (143); zustimmend Siekmann, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Vorbemerkungen zu Abschnitt X Rz. 149.

609) F. Kirchhof, StuW 2002, 185 (198 f.).

610) BVerfG, Beschluss v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167 – Rz. 94; Koriath, Finanzverfassung, in Kube/Morgenthaler/Mellinghoff/Palm/Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Festschrift Paul Kirchhof, Bd. II, 2013, § 135 Rz. 6.

611) Zum Beispiel BVerfG, Urteil v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1 – Rz. 48.

612) Zur doppelten Schutzfunktion Siekmann, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Vorbemerkungen zu Abschnitt X Rz. 143.

613) Waldhoff, in Schön/Beck (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 125 (140); ders., Finanzautonomie und Finanzverflechtung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 216 (235 f.); ebenso R. P. Schenke, in Festschrift Schmidt-Preuß, 2018, S. 257 (268): „freiheitsschonende Schutzfunktion der Finanzverfassung“.

614) F. Kirchhof, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 557 (560).

615) Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rz. 306.

616) BVerfG, Urteil v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1 – Rz. 46, 53 m.w.N.; ebenso Koriath, in Leitgedanken des Rechts, Bd. II, 2013, § 135 Rz. 6.

617) BVerfG, Urteil v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1 – Rz. 53 zu Gebühren; BVerfG, Urteil v. 18.5.2004 – 2 BvR 2374/99, BVerfGE 110, 370 – Rz. 84.

618) P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 325 (Sept. 2015).

619) Abweichend vom BVerfG begreift Drooge, Die Verwaltung 2013, 313 (347 f.) nichtsteuerliche Abgaben als „Normalfall“ im freiheitlichen Steuerstaat und versteht das Steuerstaatsprinzip insoweit nicht als „Abstandsgebot“ (ebd., 321, 323).

620) Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 80 (Mai 2015); ähnlich Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 2 m.w.N.

621) BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 93.

622) Zutreffend Seer, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 2.25.

623) Zur Finanzverfassung als justiziablem Rahmenordnung stellvertretend Siekmann, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Vorbemerkungen zu Abschnitt X Rz. 28 m.w.N.

624) Für eine materielle, gleichheitswahrende Schutzfunktion der Kompetenzgrenzen für Sonderabgaben bereits P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 171 (Sept. 2015) m.w.N. zur Rspr.

625) BVerfG, Urteil v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1 – Rz. 53.

Nach dem Prinzip der Einheit der Verfassung sind Verfassungsnormen so zu interpretieren, dass Widersprüche zu anderen Verfassungsbestimmungen vermieden werden.<sup>626)</sup> Auch wenn die Verfassung kein einheitliches werthierarchisches System enthält<sup>627)</sup>, gilt ein Wertungsvorrang der geschriebenen Finanzordnung vor den im Verfassungstext nicht erwähnten und „verfassungsgerichtliche Dezision“<sup>628)</sup> praeter constitutionem unter weiteren Voraussetzungen akzeptierten Sonderabgaben. Dem normierten Finanzverfassungsrecht als geltenden Verfassungsbestimmungen kommt ein Primat gegenüber den richterrechtlich entwickelten Sonderabgaben als „Notinstrument“ für Ausnahmefälle<sup>629)</sup> zu. Während eine konsensfähige Steuerkonkurrenzlehre ein Desiderat bleibt<sup>630)</sup> und Fragen der Konkurrenzen insoweit kompetenz- wie einfachrechtlich bislang nur ansatzweise beantwortet sind<sup>631)</sup>, ist die Abgabekonkurrenzlehre recht simpel: Das Finanzrecht und die Finanzverfassung des Grundgesetzes bauen auf dem Prinzip der Steuerstaatlichkeit auf.<sup>632)</sup> Das Prinzip der Steuerstaatlichkeit als Staatsstrukturbestimmung geht von einer primären Steuerfinanzierung<sup>633)</sup> und ihrem grundsätzlichen Vorrang aus.<sup>634)</sup> Darum hat der Gesetzgeber kein Wahlrecht zwischen Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben.<sup>635)</sup> Der Gesetzgeber ist insbesondere bei der Einführung von Sonderabgaben in besonderer Weise gleichheitsgebunden, weil die Sonderabgabe das Prinzip der steuerlichen Lastengleichheit durchbricht und eine Zusatzabgabe erhebt<sup>636)</sup> (siehe bereits Teil 1 III. 5. a)). Für die abgabenrechtliche Binnenkonkurrenz legt die detaillierte Finanzverfassung damit einen klaren Wertungsvorrang fest. Die gegenleistungsunabhängige Geldzahlungspflicht der Steuer ist das vorrangige und regelmäßige staatliche Finanzierungsinstrument.<sup>637)</sup> Die Steuer als „Regelfinanzierungsinstrument“<sup>638)</sup> und die Grundsatzentscheidung für eine Steuerfinanzierung

des Staates<sup>639)</sup> ist zugleich eine materielle Wertigkeitsentscheidung. Im „Abgabensystem“<sup>640)</sup> gilt wegen des Vorrangs normierter vor nur ausnahmsweise tolerierten Sonderabgaben ein klares Vorrangverhältnis. Nach herrschender Abgabekonkurrenzlehre sind Sonderabgaben nur ausnahmsweise zulässig.<sup>641)</sup>

Gerade Sonderabgaben verfügen nur über eine eingeschränkte Legitimität und werden nur unter engen Kautelen als „seltene Ausnahme“<sup>642)</sup> zugelassen, wie das BVerfG stereotyp betont. Die angesichts der staatlichen Finanzierungspraxis fast hilflos wirkende verfassungsgerichtliche Beteuerung<sup>643)</sup> muss Verfassungs- und staatliche Finanzierungsrealität werden. Darum werden aus der eingeschränkten Zulässigkeit von Sonderabgaben nicht weitere Fern- und Rückwirkungen auf die normierte Finanzordnung abgeleitet. Sonderabgaben haben allenfalls eine beschränkte Ergänzungsfunktion und dürfen nicht dazu führen, dass durch sie Grundwertungen der vorrangigen Steuerfinanzierung missachtet werden. Wegen des erkannten „verfassungsrechtliche[n] Gefährdungspotential[s]“<sup>644)</sup>, das von Sonderabgaben ausgeht, ist zur Einhegung und verfassungsgerichtlichen Domestizierung von Sonderabgaben auch eine inhaltliche Abstimmung mit dem Steuerverfassungsrecht des Grundgesetzes vonnöten.<sup>645)</sup> Ansonsten besteht die vertiefte Gefahr einer „apokryphen Steuerverfassung“<sup>646)</sup> sowie eines unabgestimmten und letztlich willkürlich agierenden Finanzstaates abseits der normierten Finanzordnung. Paul Kirchhof hat bereits ein Abstimmungsgebot von Sonderabgaben mit den Steuerbelastungsentscheidungen formuliert:<sup>647)</sup>

„Sonderabgaben sind auf die Steuergesetzgebung so abzustimmen, dass sie nicht mit den Belastungsentscheidungen des Steuergesetzgebers kollidieren“.

Dasselbe gilt für das Zusammenwirken von Sonderabgaben und daran anknüpfende Betriebsausgabenabzugsverbote. Beim Zusammenwirken von Sonderabgabenrecht und Steuerrecht liegt die Ausgangslage anders als beim Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 EStG, bei dem – ranggleich – Steuerrecht

626) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rz. 71; ebenso Sodan, JZ 1999, 864 (871).

627) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rz. 67.

628) Schoch, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Erhebung von Sonderabgaben, Jura 2010, 197 (199).

629) Dafür Kempny/Reimer, Neuordnung der Finanzbeziehungen – Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen, in Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Gutachten D, 2014, S. D 84.

630) Zuletzt Hiden, (Umsatz-)Steuer von der (Verbrauch-)Steuer – legal, illegitim oder fiskalisch? – Zugleich ein Beitrag zur Steuerkonkurrenzlehre, UR 2020, 667 (671, 676); Kube, Verfassungsrechtliche Grenzen kumulierter Steuerlasten, in Kube/Reimer, Geprägte Freiheit 2020/21, HFSt 15 (2021), S. 7 (12 f.) m.w.N.

631) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 28 a.E. m.w.N.

632) Waldhoff, in Schön/Beck (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 125 (134).

633) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 2 m.w.N.; ebenso Reimer/Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2010, S. 41: „Staatsfinanzierung in erster Linie durch Steuern“.

634) Waldhoff, in Schön/Beck (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 125 (136).

635) Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 2 m.w.N.

636) P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 325 (Sept. 2015).

637) Koriath, in Leitgedanken des Rechts, Bd. II, 2013, § 135 Rz. 6.

638) Treffend P. Kirchhof, in Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, 8. Aufl. 2017, Artikel „Abgaben“.

639) P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 325 (Sept. 2015).

640) Dafür Chr. Schmidt, Steuerliche Systembildung und Systemwechsel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in Modrzejewski/Naumann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 5, 2019, S. 303 (307) m.w.N.

641) P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 119 Rz. 87: zum „Einsatz des ‚Ausnahmeinstruments‘ Sonderabgabe“; Gegen den „Ausnahmecharakter der Sonderabgabe“ aber Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (340).

642) Stellvertretend BVerfG, Beschluss v. 9.11.1999 – 2 BvL 5/95, BVerfGE 101, 141 – Rz. 25; BVerfG, Beschluss vom 6.5.2014 – 2 BvR 1139/12, BVerfGE 136, 194 – Rz. 117.

643) Deutlich bereits Drüen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rz. 28 (Jan. 2017): „Züge eines Wunschenkens“.

644) Dazu Thiemann, AöR 138 (2013), 60 (64 ff.); ebenso Jachmann-Michel/Vogel, in v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 18; „höchst problematisch“.

645) Insoweit bedarf es der „konstruktive[n] juristische[n] Arbeit“ (so Schoch, Jura 2010, 197 [200]) nicht allein bei der Entwicklung von Zulässigkeitsvoraussetzungen für Sonderabgaben.

646) Selmer, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, S. 183.

647) P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 171 (Sept. 2015).



und staatliches Sanktionsrecht zusammentreffen. Bei der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Bußgeldern hatte das BVerfG offengelassen, ob das verfassungsrechtlich vorgegebene Ergebnis der Vermeidung einer „doppelten Gewinnabschöpfung“ im Bußgeldrecht oder aber im Steuerrecht sicherzustellen ist. Es steht dem Gesetzgeber bei § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 EStG frei, ob er eine Doppelbelastung durch Bußgeld und Abzugsverbot auf dem Weg des Ordnungswidrigkeitsrechts durch eine Nettoabschöpfung oder aber durch den steuerrechtlichen Abzug des Bruttobetrags der Abschöpfung vorsieht.<sup>648)</sup> Das BVerfG hat das Ziel deutlich vorgegeben, aber die konkrete Umsetzung dem Gesetzgeber überlassen.<sup>649)</sup>

„Es liegt in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, welchen von diesen beiden Wegen er bei seiner Regelung einschlagen will; er braucht dabei auch nicht für alle in Betracht kommenden Fälle den gleichen Weg zu wählen. Für einen von beiden muß er sich aber entscheiden, wenn er die Gewinnabschöpfung in die Bemessung der Geldbuße einbeziehen will“.

Ordnungswidrigkeitsrecht und Steuerrecht sind gleichrangige Teile der Rechtsordnung, die nach eigenständigen Prinzipien der jeweiligen Teilrechtsordnung nebeneinanderstehen. Es gibt keine Vorwertigkeit einer Teilrechtsordnung und nur das Ergebnis staatlichen Handelns muss verfassungsgemäß sein. Die Einheit der Rechtsordnung fordert zwar Wertungskohärenz, legt aber nicht fest, welcher Teilrechtsordnung ein Wertungsvorrang gebührt und welche „Wertungsrücksicht“ üben muss.<sup>650)</sup>

Diese Wahlfreiheit gilt indes nicht für das Verhältnis von Steuerrecht und Sonderabgabenrecht. Beim Zusammenwirken von außersteuerlicher Sonderabgabe und steuerrechtlichem Abzugsverbot stehen nicht zwei ebenbürtige und gleichrangige Wege zur Wahl. Ein Wertungsgleichrang gilt nicht für das Zusammenwirken dieser beiden Teilgebiete des Abgabenrechts. Denn insoweit ist durch Verfassung das Vorrangverhältnis der Steuerfinanzierung klar vorgezeichnet.

### 3. Aktivierung einer speziellen Finanzierungsverantwortung der Banken auch im Steuerrecht?

Trotz des begründeten Wertungsvorrangs der Steuerrechtsordnung wird versucht, eine spezielle „Finanzierungsverantwortung der Banken“ im Sonderabgabenrecht<sup>651)</sup> in das Steuerrecht zu verlängern. Regelt das Steuerverfassungsrecht die

allgemeine Steuerfinanzierung, ließe sich unter Hinweis auf eine spezifische und spezielle Finanzierungsverantwortung der Kreditinstitute mithilfe des Lex-specialis-Satzes insoweit ein Vorrang der Sonderabgabe vor der allgemeinen Steuerrechtsordnung erwägen. Mit dem wertungsbedürftigen Urteil einer Spezialität der besonderen Finanzierungsverantwortung ließe sich – entgegen den bereits angebrachten Argumenten (siehe Teil 1 IV. 2.) – ein Primat des Sachgesetzgebers vor dem Steuerrecht als nur allgemeinem Finanzierungsrecht vertreten. Dadurch könnte der unkonturierten Finanzierungsverantwortung gegenüber den Grundwertungen des Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts der Vorzug eingeräumt werden. Dagegen sprechen indes weitere Argumente:

Der deutungsfähige Begriff der Verantwortung<sup>652)</sup> und speziell der Finanzierungsverantwortung<sup>653)</sup> (auch „Finanzierungsverantwortlichkeit“<sup>654)</sup> oder „Finanzverantwortung“<sup>655)</sup> läßt zu Missverständnissen ein. Der Begriff der Finanzierungsverantwortung darf nicht zu freischwebenden Urteilen im Abgabenrecht verleiten. Als Rechtsbegriff bedarf der Verantwortungsbegriff der Kontextualisierung<sup>656)</sup> und einer bereichsspezifischen Ausfüllung mit sachgerechten Prinzipien. Dafür mag als Beispiel das Umweltrecht mit den konkurrierenden Verursacher- und Gemeinlastprinzipien zur Konkretisierung der Verantwortung<sup>657)</sup> stehen. Gerade im Abgabenrecht gibt es keine allgemeinen Kriterien zur Bestimmung einer Finanzierungsverantwortung. Maßgeblich für die Rechtmäßigkeit einer konkreten Abgabe ist die jeweilige materielle Ausgestaltung des Zusammenhanges von Sach- und Finanzierungsverantwortung.<sup>658)</sup> Nichtsteuerliche Abgaben stellen „finanzwirtschaftliche Verantwortungszusammenhänge“<sup>659)</sup> her.<sup>660)</sup> Der Begriff der Finanzierungsverantwortung steht inzwischen im Zentrum der Dogmatik der Sonderabgabe.<sup>661)</sup> Die Sonderabgaben bestätigen das Prinzip des Steuerstaates, der nur ausnahmsweise nichtsteuerliche Abgaben zulässt und für jede nicht steuerliche Abgabe eine bestimmte Finanzverantwortung fordert.<sup>662)</sup> Die Sonderabgabe weist einer bestimmten Gruppe eine besondere Finanzierungsverantwortung für eine Sachaufgabe zu, die sonst durch Steuern zu finanzieren wäre.<sup>663)</sup> Der Gesetzgeber

648) BVerfG, Beschluss v. 23.1.1990 – 1 BvL 4/87, 1 BvL 5/87, 1 BvL 6/87, 1 BvL 7/87, BVerfGE 81, 228, Rz. 32.

649) BVerfG, Beschluss v. 23.1.1990 – 1 BvL 4/87, 1 BvL 5/87, 1 BvL 6/87, 1 BvL 7/87, BVerfGE 81, 228, Rz. 32.

650) Drüen/Kersting, Steuerrechtliche Abzugsfähigkeit von Kartellgeldbußen des Bundeskartellamtes, 2016, S. 19 f.

651) Darauf explizit verweisend FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 57.

652) Allgemein zuletzt Lei Yin, Die Finanzierungsverantwortung für kommunale Aufgaben, 2020, S. 34 ff. m.w.N.

653) Näher Lei Yin, Die Finanzierungsverantwortung für kommunale Aufgaben, 2020, S. 63 ff.

654) Dieser Begriff bei Reimer/Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2010, S. 85.

655) P. Kirchhof/G. Kirchhof, Das Recht auf unentgeltliche Sicherheit – Zur Sicherheitsgebühr bei Risikoveranstaltungen, 2020, S. 18.

656) Exemplarisch für das Finanzrecht Beckhaus, Der Verantwortungsbegriff im Rahmen öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten, 2013.

657) Klassisch Arndt, in Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2003, VII Rz. 46, 48.

658) Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 80 (Mai 2015).

659) Begriff nach Waldhoff, VVDStRL 66 (2007), 216 (244).

660) So Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (335).

661) Thiemann, AöR 138 (2013), 60 (63, 94 ff.).

662) P. Kirchhof/G. Kirchhof, Das Recht auf unentgeltliche Sicherheit – Zur Sicherheitsgebühr bei Risikoveranstaltungen, 2020, S. 61.

663) Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rz. 306.

schaft eine „normative Abbildung einer Finanzierungsverantwortung“.<sup>664</sup>

Das Steuerrecht dient der allgemeinen Staatsfinanzierung ohne das Ziel der Finanzierung bestimmter Aufgaben. Schon die haushaltsrechtliche Trennung zwischen Einnahmen und Ausgaben<sup>665</sup> schafft die Zäsur zwischen der Aufgabe und ihrer Finanzierung. Für die Steuer als Gemeinlast gelten dabei eigene – bereichsspezifische – Kriterien der Lastenverteilung. Es stellt sich nicht abstrakt die Frage nach einer Finanzierungsverantwortung, zumal bereits der Begriff der Steuer als gegenleistungsfreier Geldzahlung (§ 3 Abs. 1 AO) zu einer „Lockerung des Verantwortungszusammenhangs“<sup>666</sup> führt. Die Finanzverfassung des Grundgesetzes fördert wie entlastet durch die Vorgabe eines festen Rahmens den politischen Prozess.<sup>667</sup> Das zeigt sich gerade im Steuerrecht: Der Gesetzgeber ist nicht gezwungen zu überlegen, ob die Allgemeinheit mit den Kosten des Steuerpflichtigen für seine Geschäftstätigkeit zu belasten ist. Es bedarf im Einkommensteuerrecht nicht für jeden Erwerbsaufwand der Versicherung einer (negativen) „Finanzierungsverantwortung“ und es stellt sich auch nicht die Frage nach einer „Mitfinanzierungsverantwortung“ der Gemeinschaft der Steuerpflichtigen. Diese ist nur die natürliche Folge der Besteuerung des Gewinns. Darum ist die Frage verfehlt, warum die Allgemeinheit über den Betriebsausgabenabzug sich an der Bankenabgabe beteiligen sollte. Der Gesetzgeber hat auf der Ebene der Steuerbemessungsgrundlage der Einkommen- und Körperschaftsteuer nicht für jede Betriebsausgabe eine Entscheidung über die „Steuerabzugswürdigkeit“ zu treffen. Den Abzug von Erwerbsaufwendungen gibt die Grundentscheidung für das objektive Nettoprinzip als Lastenverteilungsregel allgemeingültig vor.<sup>668</sup>

Durch den Verweis auf die besondere Finanzierungsverantwortung der Banken wird an die Stelle der allgemeinen Lastenausteilungsregel nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine besondere Lastenausteilungsregel gesetzt. Dabei lässt sich für das Steuerrecht aus einer (Mit-)Verursachung oder einem anderen Ansatzpunkt für eine Sachverantwortung keine Aussage zu einer Finanzierungsverantwortung ableiten. Die Zugehörigkeit zu einer „Risikogemeinschaft“<sup>669</sup> mag die Finanzierungsverantwortung der Gruppe im Sinne der Sonderabgabenjudikatur begründen.<sup>670</sup> Eine Rechtfertigung einer Sonderabgabe wegen

einer „Störungsverantwortlichkeit“<sup>671</sup> der Gruppen der Abgabenschuldner, die zudem auf einer Gruppen- und nicht einer Individualverantwortung fußt<sup>672</sup>, besagt aber nichts für das individualgeprägte Einkommensteuerrecht.<sup>673</sup> Insbesondere wäre es wegen der Wertneutralität des Steuerrechts<sup>674</sup>, die in § 40 AO zum Ausdruck kommt<sup>675</sup>, verfehlt, Finanzierungsverantwortung aus moralischen Urteilen ableiten zu wollen. Denn ohne Rücksicht auf Rechtswidrigkeit oder einen Sittenverstoß werden die Einnahmen einer Markttätigkeit besteuert, wie auch entsprechende Ausgaben steuermindernd zu behandeln sind.<sup>676</sup> Da die positiven und negativen Ergebnisse des Bankgeschäfts der Besteuerung unterliegen, verbietet sich im Steuerrecht jede Überlegung über Verursachungsbeiträge zur Bankenkrise und zur Bankenrettung. Das aus dem Sonderabgabenrecht importierte Gegenargument, dass die Finanzierungsverantwortung der Banken nicht verfälscht oder „die Gruppenverantwortung nicht mittelbar durch eine steuerlich geringe Belastung der Banken verwässert“<sup>677</sup> werden dürfe, übergeht, dass es bei der Steuer als Gemeinlast keine freie Identifikation einer Finanzierungsverantwortung einzelner Pflichtiger gibt.

Die Berufung auf die Finanzierungsverantwortung der Banken ist überdies einseitig auf die Zahlungspflicht gerichtet, ohne aber auch die zugehörigen Rechtsfolgen einer solchen Gruppenverantwortung anzuwenden. Das versucht die Rede vom „Bruttobetrag der sogenannten Bankenabgabe“<sup>678</sup> zu verdecken. Während der BFH aus steuerzentrierter Sicht meint, „das Abzugsverbot sollte verhindern, dass die Belastungswirkung auf den Nettobetrag steuerlich abgemildert ... werden konnte“<sup>679</sup>, ist der finanzverfassungsrechtliche Befund mit Blick auf die unterschiedliche Ertragshöhe abweichend: Sonderabgabenrechtlich gibt es nur die gesetzliche Bankenabgabe mit ihrem „Nettobetrag“, der den besonderen Bindungen des Sonderfonds mit der Pflicht zur gruppennützigen Verwendung unterliegt. Das steuerliche Abzugsverbot belastet zwar die Kreditinstitute als Zusatzlast („Tara“), erhöht aber gerade nicht fondsgebundene Sondervermögen zur Bankensicherung, sondern die „freien“ Steuereinnahmen von Bund, Ländern und Gemeinden. Das Abzugsverbot führt zu Mehraufkommen bei

671) Begriff bei P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 119 Rz. 104, allgemein zur „Verursacherabgabe“ ebd., Rz. 99 ff.

672) Deutlich zur Verantwortlichkeit für fremdes Fehlverhalten innerhalb der Gruppe der Kreditinstitute Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2145 (2156); kritisch zur Missachtung des Verursachungsprinzips und des individuellen Risikoprofils Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1043).

673) In der Sache bereits Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (310): „Eine derartige ‚Branchenbestrafung‘ ist ... dem Steuerrecht fremd“.

674) Nicht zu verwechseln mit einer „Wertfreiheit“ des Steuerrechts (diese zu Recht ablehnend Englisch, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 5.107).

675) Drüen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 40 AO Rz. 1 (Juli 2016) m.w.N.

676) Drüen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 40 AO Rz. 17 (Juli 2016); Englisch, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 5.107 f.

677) So die Umschreibung der Urteilsbegründung durch Oellerich, EFG 2018, 1355.

678) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47: „einmalige vollständige wirtschaftliche Belastung der Kreditinstitute mit dem Bruttobetrag der sogenannten Bankenabgabe“.

679) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47.

664) Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (342).

665) Waldhoff, in Schön/Beck (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 125 (143).

666) Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (336).

667) BVerfG, Urteil v. 28.3.2002 – 2 BvG 1/01, BVerfGE 105, 185 – Rz. 41; Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rz. 254.

668) Zur verfassungsrechtlichen Fundierung jedenfalls des Kerns des objektiven Nettoprinzips s. bereits III. 1. b).

669) Nochmals Martini, NJW 2010, 2019 (2021); Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (342 f.).

670) So BT-Drucks. 17/3024, S. 71; näher Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2145 (2155 f.) m.w.N.; kritisch Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1043).



der Einkommen- und Körperschaftsteuer, das je zur Hälfte Bund und Ländern zugutekommt (Art. 106 Abs. 3 Satz 2 GG).<sup>680)</sup>

Darum handelt es sich – entgegen der Einschätzung des FG Münster als Eingangsinstanz<sup>681)</sup> – bei der Bankenabgabe und bei dem Betriebsausgabenabzugsverbot nicht „um eine folgerichtig ausgestaltete Gruppenverantwortung unter Berücksichtigung auch eines besonderen Gruppennutzens“.<sup>682)</sup> Die Sachnähe der Abgabepflichtigen zum Zweck der Abgabenerhebung und die gruppennützige Verwendung des Abgabenaufkommens bilden in ihrem Zusammenspiel den entscheidenden Rechtfertigungsgrund für eine zu der Gemeinlast der Steuern hinzutretende Sonderlast.<sup>683)</sup> Die Sonderabgabe findet „im Verbot der fremdnützigen Verwendung des Abgabenaufkommens ihre Grenze“.<sup>684)</sup> Die Bankenabgabe darf darum nach der Finanzverfassung nicht in den allgemeinen Haushalt eingestellt werden.<sup>685)</sup> Bei der Bankenabgabe selbst lässt sich die verfassungsrechtlich geforderte gruppennützige Verwendung des Abgabenaufkommens<sup>686)</sup> unter Hinweis auf die Finanzierungsverantwortung der Kreditinstitute begründen.<sup>687)</sup> Für das Kriterium der gruppennützigen Verwendung reicht es aus, wenn das Aufkommen überwiegend im Interesse der Gesamtgruppe verwendet wird, ohne dass konkrete Vorteile für die Gruppe oder einzelne Mitglieder entstehen müssen.<sup>688)</sup> Da die im Fonds angesammelten Mittel zur Finanzierung künftiger Restrukturierungs- und Abwicklungsmaßnahmen bei systemrelevanten Banken bereitstehen sollen<sup>689)</sup>, lässt sich eine gruppennützige Verwendung zugunsten der „Risikogemeinschaft“ aller Kreditinstitute annehmen.

Das alles gilt aber nicht gleichermaßen für das Zusatzaufkommen durch die Nichtabzugsfähigkeit der Sonderabgabe. Die Aufkommenserhöhung von Einkommen- und Körperschaftsteuer wird auf die Gruppenverantwortung der Kreditinstitute<sup>690)</sup> gestützt, aber nicht gruppennützig verwendet. Denn das Abzugsverbot kommt nicht dem besonderen Gruppennutzen der Kreditwirtschaft zugute, sondern den allgemeinen Haushalten der ertragsberechtigten Gebietskörperschaften. Dieses folgenschwere „Rechtfertigungsleck“ der freien Haushaltsverfügbarkeit ohne Zweckbindung übergeht die Fachrechtspre-

chung. Nach Ertragsberechtigung, gruppennütziger Verwendung und Dokumentationspflicht scheidet aber der Versuch, die Sonderlast der nichtabzugsfähigen Jahresbeiträge zum Restrukturierungsfonds an den Sonderabgabekriterien der Verfassungsjudikatur zu rechtfertigen. Die Zusatzlast durch das Betriebsausgabenabzugsverbot ist vielmehr nur eine sonderabgabenferne weitere Finanzierungslast und lässt sich bereits dem Grunde nach nicht auf das Sonderabgabenrecht stützen. Eine Rechtfertigungsteilhabe der steuerlichen Belastung an der Sonderabgabe scheidet an der fehlenden gruppennützigen Bindung und Verwendung der durch das Abzugsverbot generierten Mittel.

Schließlich werden die Folgen der Aktivierung einer speziellen Finanzierungsverantwortung der Banken beim Zusammenwirken von Sonderabgabenrecht und Steuerabzugsverbot nicht hinreichend bedacht: Das steuerrechtliche Abzugsverbot verfälscht einerseits insgesamt die Finanzierungsverantwortung, weil die Bemessung der Sonderabgabe anhand ihrer gruppenbezogenen und (vermeintlich) risikoorientiert ausdifferenzierten Verteilungskriterien mit völlig unspezifizierten Steuerwirkungen vermischt wird, die nicht vom systemischen Risiko<sup>691)</sup>, sondern von der Rechtsform und der Gewinn- und Verlustsituation der einzelnen Bank abhängen (siehe bereits Teil I III. 5. c)).

Zudem fördert das steuerrechtliche Abzugsverbot eine Umleitung der Aufwandsbetroffenheit von der Gemeinschaft der Steuerzahler nach dem objektiven Nettoprinzip über die Sonderabgabe zur Sonderlast der Banken, die am Markt de facto auf die Gruppe der Sparer<sup>692)</sup> als Ausschnitt der Allgemeinheit weitergegeben wird.<sup>693)</sup> Dabei kann sich der Gesetzgeber nicht darauf berufen, dass diese Wirkung nicht intendiert ist. So wie ihm die bloße Abwälzungsmöglichkeit von Kosten verfassungsrechtlich bei Sonderpflichten zugutekommt, wenn das Gesetz rechtliche Hindernisse für eine Abwälzung der Kosten nicht enthält<sup>694)</sup>, so kann er sich umgekehrt nicht auf fehlende gesetzliche Vorkehrungen gegen eine Überwälzung berufen.<sup>695)</sup> Das Zusammenwirken von Sonderabgabenrecht und Steuerabzugsverbot bewirkt, dass einerseits die besondere Finanzierungsverantwortung der Banken im Ergebnis nicht aktualisiert wird und damit Anlass und Grund der Sonderabgabe in Frage gezogen werden. Andererseits wird auch die natürliche Verteilung der Finanzierungslasten im Steuerstaat nach dem objektiven Nettoprinzip ohne durchschlagenden Grund

680) Dabei erhalten die Gemeinden einen Anteil an dem Aufkommen der Einkommensteuer (Art. 106 Abs. 5 Satz 1 GG).

681) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 58.

682) So aber FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 58.

683) BVerfG, Urteil v. 16.9.2009 – 2 BvR 852/07, BVerfGE 124, 235 – Rz. 21 m.w.N.

684) Treffend Droegge, Die Verwaltung 2013, 313 (338); näher P. Kirchhof, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 119 Rz. 85.

685) Martini, NJW 2010, 2019 (2021).

686) P. Kirchhof, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 325 (Sept. 2015).

687) Dafür Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2145 (2155) m.w.N.

688) Martini, NJW 2010, 2019 (2021); Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2145 (2155) m.w.N.

689) BVerwG, Urteil v. 20.1.2016 – 10 C 21/14, ZIP 2016, 1330 – Rz. 18.

690) Diese für die Bankenabgabe selbst bejahend Martini, NJW 2010, 2019 (2021) sowie Droegge, Die Verwaltung 2013, 313 (342f.) unter Hinweis auf die „durch den Sachgesetzgeber im KWG normativ vorgeprägte Risikogemeinschaft“.

691) Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 (2203) betonen zutreffend, dass nur eine Erhöhung der Abgabe selbst die an den Indikatoren für systemische Risiken orientierte Lenkungswirkung verstärken könne.

692) Zur Weitergabe der Lasten an die Bankkunden auch Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1043).

693) BR-Drucksache 641/19, S. 2.

694) BVerfG, Beschluss v. 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, BVerfGE 30, 292 – Rz. 87.

695) Wenn es im Abgabenrecht auch sonst nicht auf den Überwälzungserfolg, sondern allein auf die rechtliche Überwälzungsmöglichkeit ankommt (BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 124: „Andererseits ist nicht notwendig, dass die Möglichkeit einer Abwälzung in jedem Einzelfall besteht; auch eine rechtliche Gewähr dafür, dass dem Unternehmer eine Abwälzung tatsächlich gelingt, ist nicht erforderlich. Ausreichend ist eine kalkulatorische Abwälzbarkeit.“), ist es nur konsequent, dem Gesetzgeber die Intensivierung von Abwälzungsanreizen durch gesetzliche Abzugsverbote zuzurechnen.

verändert und tatsächlich eine Finanzierungslast der Sparer geschaffen. Das sollte zum Überdenken anregen.

Insgesamt hat die für Sonderabgaben konstitutive und rechtfertigende Frage der Finanzierungsverantwortung einer Gruppe im Steuerrecht als dem allgemeinen und vorrangigen Finanzierungsrecht keinen Platz. Ihr Import delegitimiert vielmehr die Steuer als Gemeinlast durch einen gleichheitswidrigen Steuereingriff. Die vermeintliche „Verlängerung“ der Aktivierung der besonderen Finanzierungsverantwortung durch den Sachgesetzgeber in das Steuerrecht führt zu gleichheitswidrigen Wirkungen der Sonderlast (siehe Teil 1 III. 5. c)).

#### 4. Widersprüchliches Finanzrecht in der bisherigen Fachrechtsprechung zum Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG

Die Unsicherheiten bei der Rechtfertigung der Ausgestaltung von Abgaben und bestehende Widersprüche im Finanzrecht belegen zwei bereits zitierte Aussagen der mit der Verfassungsfrage beschäftigten Finanzgerichte, zu denen nunmehr abschließend kritisch Stellung zu nehmen ist.

##### a) FG Münster zur „gesamtrechtsordnungsfolgerichtigen Gruppenverantwortung“

Die zentralen Argumente des FG Münster zur Rechtfertigung des Betriebsausgabenabzugsverbots lauten:

Der Senat „erkennt ... auch darin einen legitimierenden Grund für die Nichtabziehbarkeit der Jahresbeiträge, dass von der Gesamtrechtsordnung aus betrachtet im Interesse der Allgemeinheit der die Sonderabgabe legitimierende Gedanke der Finanzierungsverantwortung der Banken für ihre eigene Rettung im Steuerrecht folgerichtig fortentwickelt wird.“<sup>696)</sup>

„Es handelt sich vielmehr sowohl bei der Bankenabgabe als solcher wie bei dem Betriebsausgabenabzugsverbot um eine folgerichtig ausgestaltete Gruppenverantwortung unter Berücksichtigung auch eines besonderen Gruppennutzens.“<sup>697)</sup>

Dieses abgabenartenübergreifende Rechtfertigungsargument überzeugt bereits im Ansatz nicht.<sup>698)</sup> Gruppenverantwortung und besonderer Gruppennutzen sind allein besondere Rechtfertigungsanforderungen für Sonderabgaben.<sup>699)</sup> Das steuerliche Betriebsausgabenabzugsverbot kann daran nicht gemessen werden. Zudem kommen die durch das Abzugsverbot ersparten Finanzmittel den steuerberechtigten Gebietskörperschaften und gerade nicht dem Fonds zur Finanzierung künftiger Restrukturierungs- und Abwicklungsmaßnahmen bei

systemrelevanten Banken zugute (siehe bereits Teil 1 IV. 3.). Dass der Gesetzgeber – entgegen dem FG Münster – den Gedanken der Gruppenverantwortung dem Abzugsverbot auch nicht stillschweigend unterlegt hat, beweist wiederum die Abzugsfähigkeit der – abzugsfähigen – Sonderbeiträge nach § 12 Abs. 3 RStruktFG.<sup>700)</sup> Unterfallen diese nicht dem Abzugsverbot, obwohl auch dieser Teil der Sonderabgabenpflicht durch die Gruppenverantwortung der Kreditinstitute gerechtfertigt wird, so versagt dieser Ansatz zur Rechtfertigung des Abzugsverbots bereits im Ansatz.

Die vorgeschlagene Form der Folgerichtigkeit bedeutet einen Wertungsübergreifend der nur in engen Grenzen zugelassenen Sonderabgabe auf das vorrangige Steuerrecht (siehe bereits Teil 1 IV. 2.). Folgerichtigkeit allein verbürgt indes keine Richtigkeit. Dem Folgerichtigkeitsschluss des FG Münster fehlt bereits die rechtliche Schlussbasis. Der abzulehnende Gedanke einer „Gesamtrechtsordnungs-Folgerichtigkeit“ vermischt – wie bereits dargelegt (siehe bereits Teil 1 III. 4. d)) – die unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen für die einzelnen Abgabenarten und übergeht die verfassungsrelevanten abgabenartenspezifischen Unterschiede. Diese stehen einer abgabenartenübergreifenden Folgerichtigkeitsüberlegung entgegen.

##### b) Abgabenartenübergreifende Ergebnisbetrachtung zur Belastungsidentität des BFH

Auch die vom BFH mit gleicher Zielrichtung angebrachte abgabenartenübergreifende Ergebnisbetrachtung zur Belastungsidentität der Banken geht fehl. Der BFH argumentiert:<sup>701)</sup>

„Diese Belastungswirkung hätte im Übrigen auch durch eine entsprechende Erhöhung der sogenannten Bankenabgabe bei gleichzeitigem Betriebsausgabenabzug erreicht werden können. Am wirtschaftlichen Ergebnis hätte dies jedoch nichts geändert“.

Richtig an dieser Ergebnisbetrachtung ist zweifellos die Interdependenz bei der Bemessung der Bankenabgabe und dem Betriebsausgabenabzug. Sie lässt sich normativ wie rechtspraktisch in Österreich belegen, wo die von einem Kreditinstitut zu leistende Stabilitätsabgabe<sup>702)</sup> bis Ende des Jahres 2016 explizit nach § 10 Stabilitätsabgabegesetz<sup>703)</sup> eine abzugsfähige Betriebsausgabe war.<sup>704)</sup> Seit dem 1. Januar 2017 ist die Stabilitätsabgabe, die Elemente einer Vermögensteuer und einer Ertragsteuer trägt, aufgrund des Abzugsverbots für Personensteuern (§ 12 Abs. 1 Z 6 KStG) in Österreich nicht mehr abzugs-

700) Zutreffend bereits Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2.

701) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47 a.E.

702) Bundesgesetz, mit dem eine Stabilitätsabgabe von Kreditinstituten eingeführt wird (Stabilitätsabgabegesetz – StabAbgG), BGBl. I Nr. 111/2010.

703) § 10 Abs. 1 StabAbgG: „Die Stabilitätsabgabe und der Sonderbeitrag zur Stabilitätsabgabe sind Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes 1988, BGBl. Nr. 400).“

704) Hirschler/Luka, in Höftstätter/Reichel, Die Einkommensteuer (EStG 1988), § 4 Abs. 4 EStG 1988 Rz. 37.219 (Dez. 2017).

696) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 57:

697) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 58.

698) Ablehnend auch Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2.

699) Näher Thiemann, AöR 138 (2013), 60 (97 ff.).



fähig.<sup>705</sup>) Die Versagung der steuerlichen Abzugsfähigkeit führte zur Änderung der Bemessungsgrundlage: Die Höhe der Stabilitätsabgabe (§ 3 StabAbgG) wurde ab 2017 in der zweiten Stufe (über 1 bis max. 20 Milliarden Euro) von 0,09 Prozent auf 0,024 Prozent und ab 20 Milliarden Euro von 0,11 Prozent auf 0,029 Prozent erheblich abgesenkt.<sup>706</sup>) Diese rechnerische Verknüpfung von Abgabe und steuerlicher Abzugsfähigkeit hat der BFH offenbar vor Augen.

Diese Aussage stellt indes nur auf das wirtschaftliche Ergebnis aus Sicht des Belasteten, aber nicht auf die Ertragswirkungen beim Staat ab. Damit übergeht sie bereits die primäre Regelungsfunktion der Finanzverfassung, nach deren Ordnungsfunktion (siehe bereits Teil 1 II. 1. und IV. 2.) es gerade darauf ankommt, welche Körperschaft ertragsberechtigt ist und Abzüge berücksichtigen muss. Der BFH versteht sich offenbar als reines Steuergericht und nimmt Verschiebungen bis zu Verwerfungen der verfassungsrechtlichen Finanzordnung hin. Aus Sicht des Staates kann es aber nicht dahinstehen, welcher Körperschaft oder welchem Fonds die vom Zahlungspflichtigen generierte Finanzmasse zusteht. Bei der alternativen Ausgestaltung wäre der höhere Betrag – zielgerecht<sup>707</sup>) und zweckgebunden – in den Rettungsfonds gelangt. Darum wäre auch die Zielgröße von 70 Milliarden Euro (§ 12 Abs. 10 Satz 1 RStruktFG)<sup>708</sup>) früher erreicht worden, was nach § 5 RStruktFV 2011 zur eventuellen Anpassung der Höhe der zu erhebenden Jahresbeiträge geführt hätte. Die tatsächliche Ausgestaltung führt indes zur Aufspaltung der Finanzwirkungen, weil das Abzugsverbot zu Mehraufkommen bei der Einkommen- und Körperschaftsteuer führt, das je zur Hälfte Bund und Ländern zugutekommt (Art. 106 Abs. 3 Satz 2 GG; s. IV. 3.). Aus staatlicher Sicht sind beide Abgabenarten keineswegs gleichwirkend, folgendgleich und finanzierungsneutral.

Das zentrale Argument des BFH ignoriert aber nicht nur die innerstaatlichen Finanzwirkungen, sondern verkennt zudem die rechtsform- und gewinnabhängige Wirkung des Abzugsverbots bei den betroffenen Banken. Während im Alternativmodell einer „entsprechenden Erhöhung der sogenannten Bankenabgabe bei gleichzeitigem Betriebsausgabenabzug“<sup>709</sup>) die erhöhten Fondsbeiträge innerhalb der Bemessungskriterien auf systemische Risiken adjustiert bemessen werden<sup>710</sup>) und danach unter den Banken verteilt würden, hängt das Ergebnis für den einzelnen Steuerpflichtigen vom proportionalen (§ 23 Abs. 1 KStG) oder progressiven (§ 32a Abs. 1 EStG) Steuertarif und dem jeweiligen Hebesatz bei der Gewerbesteuer ab. Für den einzel-

nen Steuerpflichtigen hätte sich am wirtschaftlichen Ergebnis durchaus etwas geändert. Wegen der von diesen Parametern abhängigen Entlastungswirkung des Betriebsausgabenabzugs müsste eine „entsprechende Erhöhung der sogenannten Bankenabgabe“ mit einigen Annahmen und Typisierungen operieren, um die totale Entlastungswirkung des Betriebsausgabenabzugs bei allen Banken vorab aufschlagen zu können. So betont die Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs auf die parlamentarische Frage nach den potenziellen steuerlichen Mindereinnahmen bei einer steuerlichen Abziehbarkeit der Bankenabgabe in Deutschland im Jahre 2014, „dass die Kalkulation insbesondere von der steuerlichen Gewinn-/Verlustsituation der einzelnen Ins[t]itute sowie von den Gewerbesteuerhebesätzen für jede einzelne Betriebsstätte der Institute abhängt“.<sup>711</sup>) Nach den Kalkulationen der Bundesregierung „hätte der Abzug der Bankenabgabe als Betriebsausgabe – unter der pauschalierenden Annahme einer durchschnittlichen Steuerbelastung von 30 Prozent (Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer) und unter Zugrundelegung der vereinnahmten Bankenabgabe – rein rechnerisch für alle Gebietskörperschaften folgende Steuermindereinnahmen in den Jahren 2011 bis 2013 zur Folge gehabt: 2011: rund 180 Millionen Euro 2012: rund 210 Millionen Euro 2013: rund 160 Millionen Euro“.<sup>712</sup>)

Diese voraussetzungsvolle Schätzung der Bundesregierung belegt, dass das Argument des BFH zum Zusammenwirken von außersteuerlicher Sonderabgabe und steuerrechtlichem Abzugsverbot unterkomplex und mehrfach angreifbar ist. Diese Fehlwertung hat verfassungsrechtliche Konsequenzen: Einerseits hat der BFH die Vorgaben der Finanzverfassung missachtet und zum anderen die vom Steuerstatus der jeweiligen Bank abhängigen Sonderlasten durch das Abzugsverbot verdeckt. Jede Abgabe muss indes die für den jeweiligen Abgabentypus geltenden verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsanforderungen erfüllen (siehe bereits Teil 1 III. 4. d)). Verfehlt sie eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, kann der Staat dem Abgabepflichtigen nicht entgegenhalten, dass er seine identische Belastung durch eine andere Abgabe hätte herstellen können. Aufgrund der Formenstrenge und -bindung der Finanzverfassung (siehe bereits Teil 1 II. 1.) ist der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens abgeschnitten. Darum können die betroffenen Abgabepflichtigen nicht auf ein – wohlmöglich verfassungsrechtlich weniger angreifbares – Alternativverhalten des Staates verwiesen werden. Dieser Hinweis räumt die bestehende Grundrechtsverletzung nicht aus. Dementsprechend hat das BVerfG bei der kompetenzwidrigen Kernbrennstoffsteuer zu Recht nicht erwogen, dem Staat das Aufkommen durch eine – zuvor diskutierte, aber rechtspolitisch verworfene – Sonderabgabe<sup>713</sup>) zu retten. Das höchstrichterliche Argument der Gleichheit im

705) Lachmayer, in Renner/Strimitzer/Vock, Die Körperschaftsteuer (KStG 1988), § 12 KStG Rz. 99 (Dez. 2017); Lachmayer, Neuerungen bei der Stabilitätsabgabe, SWK 2017, 85 (87).

706) Lachmayer, SWK 2017, 85 (86).

707) Nur im Falle der Erhöhung der Bankenabgabe wird zudem lenkungsgerecht an durch Gesetz und Verordnung bestimmten Indikatoren für systemische Risiken angeknüpft (Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2193 [2203]).

708) Dazu Bauer, Der Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, in Brogl, Handbuch Banken-Restrukturierung, 2012, Kapitel E Rz. 22.

709) BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 47 a.E.

710) Zu dieser Forderung Martini, NJW 2010, 2019 (2023).

711) So der Parlamentarische Staatssekretär Steffen Kampeter als Antwort der Bundesregierung v. 5.9.2014, BT-Drucks. 18/2481, S. 35f.

712) Antwort der Bundesregierung v. 5.9.2014, BT-Drucks. 18/2481, S. 36.

713) Zu damals rechtspolitisch erwogenen Optionen anlässlich der Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke Waldhoff/Aswege, Kernenergie als „goldene Brücke“, Verfassungsrechtliche Probleme der Aushandlung von Laufzeitverlängerungen gegen Gewinnschöpfungen, 2010.

Belastungsergebnis zeugt von finanzverfassungsrechtlicher Unbefangenheit gegenüber finanzverfassungsrechtlich gebotenen Unterscheidungen und geht bereits im Ansatz ins Leere.

### 5. Schlussappell für eine verfassungsgerichtliche Klärung des Zusammenwirkens von Sonderabgaben und Steuern

Die anhängige Verfassungsbeschwerde gibt dem BVerfG nicht nur die Gelegenheit, sondern offenbart wegen des aufgezeigten Fehlverständnisses seiner Rechtsprechung durch die Fachgerichtsbarkeit auch das zwingende Bedürfnis zum Verhältnis und zum Zusammenwirken von ausnahmsweise zulässigen Sonderabgaben und der Regelfinanzierungsform der Steuer Stellung zu nehmen. Sie wirft neuartige verfassungsrechtliche Fragen auf, denen die Verfassungsrechtsprechung bislang weder in der Sonderabgabenjudikatur noch in seiner Steuerverfassungsrechtsprechung nachgehen konnte und musste.

Nach der angegriffenen Fachrechtsprechung überrollen die Kriterien der ausnahmsweise tolerierten Sonderabgabe als Sonderlast die verfassungsrechtlich eingehegten Kriterien der Gemeinlast. Was passiert, mag ein Bild verdeutlichen: Der unbeteiligte Beobachter, der von außen auf die von der Fachrechtsprechung gutgeheiene Finanzierungspraxis der Bankensicherung schaut, muss den Eindruck haben, dass – bei der Bankenabgabe als nur ausnahmsweise zulässiger Sonderabgabe – ein blinder Passagier im Unterdeck auf dem staatlichen Finanzschiff mitfährt, nunmehr selbstbewusst auf das Oberdeck tritt, von der Besatzung aber nicht von Bord geschafft, sondern auf die Brücke gebeten wird, um den Kurs zu bestimmen. Die verfassungsrechtliche „Abgabewelt“ wird leichterhand auf den Kopf gestellt. Das Verdienst der Rechtsprechung, der Expansion der Sonderabgaben Einhaltung geboten und diese „wieder in gleichheitsrechtliche Bahnen gelenkt zu haben“<sup>714</sup>, steht auf dem Spiel. Denn es werden nicht nur praeter constitutionem nicht vorgesehene Abgaben hingenommen, sondern diese werden als Rechtfertigungsgrund zur Abkehr von den Grundsätzen der geregelten verfassungsrechtlichen Finanzordnung missverstanden. Zwar mögen nichtsteuerliche Abgaben, sofern sie besonders gerechtfertigt sind, zulässig und „kein verfassungsrechtlich zu stigmatisierendes Krisenphänomen“ sein<sup>715</sup>, aber als Konkurrenten zur Steuer<sup>716</sup> können sie nicht außerhalb ihres Rechtfertigungskreises die bereichsspezifischen Rechtfertigungsanforderungen des Einkommensteuerrechts bei der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips verdrängen.<sup>717</sup> Wird dem von der Fachrechtsprechung angenommenen „Rechtfertigungsdurchmarsch“ vom Sonderabgabenrecht zum Steuerrecht nicht Einhaltung geboten, so droht die – eingangs zi-

tierte – Auflösung der „grundgesetzlich angeordnete[n] Dichotomie von Gemein- und Sonderlast und ihre[r] unterschiedlichen Verfassungsbedingungen“.<sup>718</sup> Will das BVerfG nicht insgesamt die Akzeptanz seiner Rechtsprechung zu Sonderabgaben gefährden, gilt es wegen einer Überbewertung des Sonderabgabenrechts drohenden inhaltlichen Verformungen des Steuerrechts entgegenzuwirken. So wie dem BVerfG „eine konsequente Barrierenbildung gegen Sonderabgaben“ gelungen ist<sup>719</sup>, so bedarf es nun, dem abgabenartenübergreifenden Rechtfertigungsansatz eine inhaltliche Barrierenbildung entgegenzusetzen. Die bereichsspezifischen Rechtfertigungsanforderungen, die die Verfassungsrechtsprechung für die Ausgestaltung verschiedener Abgabenarten entwickelt hat, dürfen nicht preisgegeben und gleichmachend „kurzgeschlossen“ werden. Ein aus der Sonderabgabendogmatik ins Steuerrecht „verlängerter“ Rechtfertigungsansatz ist übergriffig und muss vom BVerfG in die Schranken gewiesen werden.

## V. Wesentliche Ergebnisse (Teil 1)

1. Die Rechtsfrage, ob das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für die Jahresbeiträge nach § 12 Abs. 2 RStruktFG (sogenannte Bankenabgabe) verfassungsgemäß ist, ist – entgegen der Rechtsprechung des BFH – aus mehreren Gründen klar zu verneinen.
2. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG tangiert mehrere Verfassungsmaßstäbe (Teil 1 II.). Relevante Verfassungsmaßstäbe sind neben den Vorgaben der Finanzverfassung (Art. 105 ff. GG), der zentrale allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Diese Verfassungsmaßstäbe sind zum Teil interdependent und greifen ineinander über. Sie werden insgesamt in die Prüfung des Gleichheitssatzes integriert.
3. Das Abzugsverbot für Jahresbeiträge für den Restrukturierungsfonds verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG (Teil 1 III.). Es stellt eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) unter Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips dar (Teil 1 III. 2.). Das Abzugsverbot stempelt gesetzestbestimmten betrieblichen Aufwand zur Einkommensverwendung und legt den Kreditinstituten dadurch eine Sonderlast auf (Teil 1 III. 2 c)). Eine weitere rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung liegt im singulären Abzugsverbot nur für die Bankenabgabe, während für alle anderen unternehmensbezogenen Sonderabgaben kein steuerliches Abzugsverbot gilt (Teil 1 III. 5.).
4. Das objektive Nettoprinzip ist Sachgesetzlichkeit der Besteuerung des Einkommens und gehört zum Kernbestand der einkommensteuerrechtlichen Grundstruktur (Teil 1 III. 1. b)).

714) Dies betonend F. Kirchhof, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 557 (566).

715) So Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (323 f.) m.w.N.

716) Droege, Die Verwaltung 2013, 313 (347) betont, dass „Steuer- und Gebührenstaat keine Antagonisten sind“.

717) In der Sache ebenso Kube, DStR 2016, 572 (577).

718) So mit Blick auf die „Steuernähe“ von Sonderabgaben bereits F. Kirchhof, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 557 (565 f.).

719) So F. Kirchhof, in Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 557 (567).



Die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips bedarf eines besonderen sachlichen Grundes (Teil 1 III. 2.). § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG erweist sich als Sonderlastenzuteilungsnorm, die von der allgemeinen Lastenverteilungsnorm des objektiven Nettoprinzips abweicht. Da der Gesetzgeber unzweifelhaft allein der Berufssphäre zuzuordnende, kraft Gesetzes auferlegte Zahlungspflichten mit dem Abzugsverbot belegt, ist bei der Rechtfertigung der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten. Dieser genügt § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG aus mehreren Gründen nicht.

5. Untauglich als Rechtfertigungsgrund für die Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips ist der nicht zu leugnende fiskalische Zweck des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG (Teil 1 III. 3.).

6. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG soll dazu beitragen, systemische Risiken im Finanzsektor zu reduzieren. Die Eignung zu dieser intendierten Lenkung und das zu erwartende Maß der Zielerreichung erscheinen beim Betriebsausgabenabzugsverbot ernstlich fragwürdig (siehe Teil 1 III. 4. c)). Auch die Erforderlichkeit des Gleichheitseingriffs ist nicht erwiesen. Bei der Wertung der Angemessenheit ist ein Eingriff in den Kernbereich des objektiven Nettoprinzips als – auch finanzverfassungsrechtlich vorgezeichneter – Grundwertung zu beurteilen, wobei der vom Abzug ausgeschlossene, unstreitige Erwerbenaufwand keine Nähe zur Privatsphäre hat. Dieser massive Eingriff erfolgt zur Erreichung keines reinen externen Lenkungszwecks. Mit der intendierten „Internalisierung externer Effekte“ verfolgt der Gesetzgeber vielmehr einen „Finanzierungslenkungszweck“, der nicht klar vom untauglichen Fiskalzweck zu unterscheiden ist. Gemessen am strengen Verhältnismäßigkeitsprinzip fehlt dem vagen und eher diffus wirkenden Lenkungszweck des Abzugsverbots der Jahresbeiträge gegenüber dem klaren Finanzierungszweck insgesamt die hinreichende Rechtfertigungskraft.

7. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG verstößt zudem gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit und vorrangige Wertungen der Finanzverfassung (Teil 1 IV.). Wegen der Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung verbietet es sich, Grundwertungen des von der vorrangigen Finanzverfassung vorausgesetzten Einkommensteuerrechts durch Argumente des nur ausnahmsweise zulässigen Sonderabgabenrechts zu verfälschen (Teil 1 IV. 2.). Ein abgabenübergreifender Rechtfertigungstransfer zwischen den verschiedenen Abgabenarten ist wegen der unterschiedlichen Zulässigkeitsanforderungen ausgeschlossen.

8. Das Zusammenwirken von Sonderabgabe und steuerrechtlichem Abzugsverbot führt dazu, dass sowohl die verfassungsgerichtlichen Kriterien für Sonderabgaben missachtet als auch die Anforderungen an folgerichtige Steuergesetzgebung verletzt werden. Das Abzugsverbot generiert ein Mehraufkommen bei der Einkommen- und Körperschaftsteuer, für das die Zulässigkeitskriterien für Sonderabgaben (Fondszufluss, grup-

pennützige Verwendung und Dokumentation) nicht erfüllt sind und zugleich die vorrangigen steuerrechtlichen Kriterien der Lastenverteilung nach dem objektiven Nettoprinzip verletzt werden.

9. Die von der Fachrechtsprechung propagierte Rechtfertigung des begleitenden Abzugsverbots durch eine Verlängerung der besonderen Finanzierungsverantwortung der Banken aus Sonderabgabenrecht ins Steuerrecht ist bei Lichte betrachtet ein reines Finanzierungs- und Lastenverteilungsargument. Dieses vermag Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips schon im Ansatz nicht zu rechtfertigen. Darin liegt nicht allein ein Verstoß gegen die Folgerichtigkeit (Teil 1 III.), sondern zugleich ein Wertungswiderspruch durch eine „Verlängerung“ der Sonder-Finanzierungsregel des Sonderabgabenrechts in das Steuerrecht hinein. Insoweit liegt ein eigenständiger und verstärkender verfassungsrechtlicher Angriffspunkt darin, dass durch die Verlängerung der nachrangigen Wertungen des Sonderabgabenrechts gegen vorrangige steuerrechtliche Grundwertungen verstoßen wird. Damit erweisen sich die ergänzenden Rechtfertigungsüberlegungen der Fachrechtsprechung aus grundsätzlichen Gründen als nicht tragfähig. Zudem bestätigen die grundsätzlichen Überlegungen zum Zusammenwirken von Sonderabgaben und steuerrechtlichem Abzugsverbot das bereits gewonnene Ergebnis.

10. Das Abzugsverbot lässt sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen und ist darum verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht muss jedenfalls das steuerrechtliche Abzugsverbot im Streitjahr 2014 ex tunc als verfassungswidrig einstufen. Ob sich für die Folgejahre wegen der Verankerung der Bankenabgabe auf unionsrechtlicher Basis ab 2015<sup>720)</sup> andere Schlussfolgerungen ergeben<sup>721)</sup>, ist Gegenstand des nachfolgenden Teils 2.

720) Zu Einzelheiten ihrer Ausgestaltung in Deutschland Engelbach/Friedrich, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, 662.

721) Dafür Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833f.; für eine unveränderte Verfassungswidrigkeit Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (311 ff.); eingehend Kube, DStR 2016, 572 ff.; dagegen für eine unveränderte Verfassungsmäßigkeit Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2064 (Dez. 2019) m.w.N.; Oellerich, Anmerkung, EFG 2018, 1355 f.; unverändert zweifelnd Wied, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 4 EStG Rz. 924a (Nov. 2017).

## Teil 2: Verfassungswidrigkeit des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für Zeiträume ab 2015

### I. Rechtshängigkeit der Verfassungsfrage für Zeiträume ab 2015

Beim Finanzgericht Hamburg ist nunmehr ein Finanzrechtsstreit zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des steuerrechtlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für das Streitjahr 2017 anhängig.<sup>722</sup> Diese Verfassungsfrage blieb im Teil 1 der Untersuchung – bewusst – ausgeklammert<sup>723</sup>, weil sich nach der Verankerung der Bankenabgabe auf unionsrechtlicher Basis ab 2015 zum Teil andere Verfassungsfragen stellen, die zum Teil auch dezidiert unterschiedlich beantwortet werden.<sup>724</sup> Im Teil 2 dieser Untersuchung wird nunmehr eingehend beurteilt werden, ob das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG auch für das Streitjahr 2017 verfassungswidrig ist.

Den Verfassungsfragen wird in folgender Reihenfolge nachgegangen: Ausgangspunkt sind die wesentlichen Gründe für die Frage der Verfassungswidrigkeit des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG bis zum Jahre 2014 (Teil 1 V.). Sodann wird die neue „Architektur“ der europäischen Bankenabgabe ab dem Jahre 2015 dargestellt (Teil 2 II.), aus der sich eine andere Weichenstellung bei der Bemessung sowie neue Verfassungsfragen ergeben (Teil 2 III.). In kompetenzrechtlicher Hinsicht stellt sich die neue Kernfrage, ob ab 2015 die ursprüngliche Zustimmung des Bundesrates zu § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG noch die materielle Umgestaltung der Bankenabgabe umfasst oder aber die Bedeutung und Tragweite des ursprünglich zustimmungsbedürftigen Gesetzes maßgebend verändert wurde (Teil 2 IV.). Eng damit verzahnt ist die materielle Kernfrage, ob das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, obwohl die europäisierte Bankenabgabe ab 2015 keinen Lenkungsanspruch mehr verfolgt, auf dem das Steuerrecht aufbauen könnte, wodurch sich die Zweifel an einer hinreichenden Lenkungswirkung noch gegenüber dem Altrecht verstärken (Teil 2 V.). Am Ende steht die Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (Teil 2 V.).

### II. Europäisierung und Neuausrichtung der Bankenabgabe ab dem Jahr 2015

Die Bankenabgabe hat ab 2015 „nicht unwesentliche“ Änderungen durch Unionsrechtsakte erfahren.<sup>725</sup> Die nationale Bankenabgabe wurde zugunsten der Einführung einer neuen auf

europäischer Ebene einheitlich gestalteten Abgabe abgelöst.<sup>726</sup> Die schrittweise Neuausrichtung der Bankenabgabe ab dem Jahr 2015<sup>727</sup> beruht auf einem Berechnungskompromiss der europäischen Finanzminister nach kontroversen Diskussionen.<sup>728</sup> Die Rechtsgrundlagen, die Beitragsbemessung und -erhebung der EU-Bankenabgabe lassen sich im Anschluss an die vertiefte Darstellung von Hanno Kube<sup>729</sup> wie folgt zusammenfassen:

#### 1. Regelungsgrundlagen der unionsrechtlichen Bankenabgabe ab dem Jahr 2015

Auf nationaler Ebene war die Restrukturierungsfinanzierung in Deutschland im Restrukturierungsfondsgesetz von 2010 (RStruktFG)<sup>730</sup> normiert. Nach Erlass der BRRD im Mai 2014<sup>731</sup> hat die Kommission am 21. Oktober 2014 den delegierten Rechtsakt zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU über die Beiträge zu Abwicklungsfinanzierungsmechanismen vorgelegt (Delegierte VO).<sup>732</sup> Diese enthält ergänzende Details zur Beitragsbemessung, insbesondere zur Risikoadjustierung, sowie zum Meldeverfahren. Anschließend wurde das RStruktFG durch das vom Deutschen Bundestag beschlossene BRRD-Umsetzungsgesetz von Dezember 2014<sup>733</sup> an die europäischen Vorgaben zur Beitragsbemessung und -erhebung angepasst. Eine Zustimmung des Bundesrates erfolgte nicht.<sup>734</sup> Weiterhin wurde eine neue, das RStruktFG konkretisierende Restrukturierungsfondsverordnung (RStruktFV, basierend auf § 12g RStruktFG) erlas-

726) Waschbusch/Rolle, Die Bankenabgabe – ein Placebo zur Beruhigung des Steuerzahlers?, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1047 f.) m.w.N.

727) Überblick bei Engelbach/Friedrich, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, 662 (669 f.); Haarmann, Steuerliches Abzugsverbot der Bankenabgabe und von Aufsichtsratsantien, JbFStR 2016/2017, S. 300 (302 ff.).

728) Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1048) m.w.N.

729) Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, HFSt 2, 2016, S. 7 ff., auf dessen Darstellung die nachfolgende Übersicht der Rechtslage ab 2015 aktualisierend aufbaut.

730) Restrukturierungsfondsgesetz v. 9.10.2010, BGBl. I 2010, 1921.

731) Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates Text von Bedeutung für den EWR v. 15.5.2014, ABl. L 173 v. 12.6.2014, S. 190 (im Folgenden: BRRD).

732) Delegierte Verordnung (EU) 2015/63 der Kommission vom 21. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf im Voraus erhobene Beiträge zu Abwicklungsfinanzierungsmechanismen.

733) Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (BRRD-Umsetzungsgesetz) v. 10.12.2014, BGBl. I 2014, 2091 (2169 ff.).

734) Vgl. Formel BGBl. I 2014, 2091: „Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen“.

722) Aktenzeichen 6 K 47/21

723) Teil 1, S. 51.

724) Dafür Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833 f.

725) So Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.



sen.<sup>735</sup>) Als Art. 1 des BRRD-Umsetzungsgesetzes wurde darüber hinaus das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG)<sup>736</sup>) ausgestaltet, das institutionelle und das Abwicklungsverfahren betreffende Regelungen zur Umsetzung der BRRD enthält.

Mit Wirkung ab 1. Januar 2016 wurden die Vorgaben der BRRD, des RStruktFG und des SAG sodann durch die – auf die Bundesrepublik Deutschland als teilnehmenden Mitgliedstaat anwendbare – Single Resolution Mechanism (SRM)-VO<sup>737</sup>) überlagert<sup>738</sup>), die einen einheitlichen Abwicklungsausschuss (SRB) konstituiert und einen einheitlichen Abwicklungsfonds (SRF) schafft, die materiellen Vorschriften der BRRD über die Beitragsbemessung und -erhebung aber zugleich weitgehend spiegelt. Die SRM-VO wird durch eine Durchführungsverordnung des Rates von Dezember 2014 begleitet (Durchführungs-VO)<sup>739</sup>) Die Übertragung der durch die Vertragsparteien erhobenen Beiträge auf den einheitlichen Abwicklungsfonds wurde in einem eigenständigen völkerrechtlichen Vertrag geregelt (Übereinkommen)<sup>740</sup>), das in Deutschland durch Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG<sup>741</sup>) umgesetzt wurde und von dessen Existenz nach Art. 1 SRM-VO die Inanspruchnahme des Fonds abhängt.<sup>742</sup>) Die durch die SRM-VO erforderlich gewordenen Anpassungen des RStruktFG, des SAG und anderer Gesetze wurden durch das Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG) von November 2015 umgesetzt.<sup>743</sup>)

735) Verordnung über die Erhebung der Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfonds-Verordnung – RStruktFV) v. 14.7.2015, BGBl. I 2015, 1268.

736) Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz – SAG) v. 10.12.2014, BGBl. I 2014, 2091.

737) EU-VO 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (im Folgenden: SRM-VO).

738) Engelbach/Friedrich, WM 2015, 662 (669).

739) Durchführungsverordnung (EU) 2015/81 des Rates vom 19. Dezember 2014 zur Festlegung einheitlicher Modalitäten für die Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf im Voraus erhobene Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds.

740) Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge v. 21.5.2014, BGBl. II 2014, 1299.

741) Gesetz zu dem Übereinkommen vom 21. Mai 2014 über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge v. 17.12.2014, BGBl. II 2014, 1298.

742) Art. 1 SRM-VO: „Die Inanspruchnahme des Fonds ist abhängig von dem Inkrafttreten eines Übereinkommens zwischen den teilnehmenden Mitgliedstaaten ... über die Übertragung von auf nationaler Ebene erhobenen Mitteln auf den Fonds“.

743) Gesetz zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (Abwicklungsmechanismusgesetz – AbwMechG) v. 2.11.2015, BGBl. I 2015, 1864.

## 2. Unionsrechtliche Ausgestaltung der Beitragsbemessung und -erhebung

### a) Der harmonisierte Regelungsrahmen der BRRD ab 2015

Nach Art. 10 BRRD-Umsetzungsgesetz gelten die im RStruktFG und im SAG umgesetzten, harmonisierenden Vorgaben der BRRD über die Abwicklungsfinanzierung in Deutschland weitgehend ab 1. Januar 2015. Die durch die BRRD determinierte rechtliche Ausgestaltung der Bankenabgabe in Deutschland lässt sich ab diesem Zeitpunkt im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:<sup>744</sup>)

#### (1) Beitragsbemessung

Beitragspflichtig sind nach § 2 RStruktFG in der Fassung des BRRDUmsetzungsgesetzes grundsätzlich alle vom Anwendungsbereich nach § 1 SAG erfassten CRR-Kreditinstitute und CRR-Wertpapierfirmen im Sinne von § 1 Abs. 3d Satz 1 und 2 KWG wie auch Institute im Sinne des § 53 Abs. 1 KWG, für die eine Erlaubnis nach dem KWG besteht.<sup>745</sup>)

Die beitragspflichtigen Institute sind nach § 12 Abs. 2 Satz 1 RStruktFG verpflichtet, Jahresbeiträge in den bei der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA)<sup>746</sup>) errichteten (§ 1 Abs. 1 RStruktFG) und dort verwalteten (§ 11 RStruktFG) Restrukturierungsfonds (Sondervermögen des Bundes nach Art. 110 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 2 RStruktFG) einzuzahlen. Die Berechnung und Erhebung der Jahresbeiträge richtet sich nach den Vorgaben der Delegierten Rechtsakte nach Art. 103 Abs. 7 und 8 BRRD und im Übrigen nach § 12b RStruktFG (§ 12 Abs. 2 Satz 2 RStruktFG). Zudem kann die FMSA nach Maßgabe von § 12c RStruktFG Sonderbeiträge von den beitragspflichtigen Instituten erheben (§ 12 Abs. 3 RStruktFG).

Ausgangspunkt zur Berechnung der Jahresbeiträge ist die Zielausstattung des Fonds, die bei 1 Prozent der gedeckten Einlagen aller beitragspflichtigen, also im Inland ansässigen Institute liegt (Art. 102 Abs. 1 BRRD, § 12a Abs. 1 RStruktFG<sup>747</sup>). Angesichts eines Gesamtvolumens gedeckter Einlagen in Deutschland in Höhe von zirka 2 Billionen Euro ergibt sich eine Zielgröße des Fonds von zirka 20 Milliarden Euro.<sup>748</sup>) Der Gesamtbetrag der Jahresbeiträge aller beitragspflichtigen Institu-

744) Gesetzeszitate in diesem Abschnitt über die Regelungen der BRRD und ihre Umsetzung im deutschen Recht aus dem RStruktFG in der Fassung des BRRD-Umsetzungsgesetz v. 10.12.2014, BGBl. I 2014, 2091 (2169 ff.).

745) § 2 Satz 1 Nr. 2 RStruktFG wurde m.W.v. 26.6.2021 (durch Gesetz v. 12.5.2021, BGBl. I, 990) insoweit neu gefasst als er nunmehr auf Wertpapierinstitute im Sinne des § 2 Abs. 1 des Wertpapierinstitutsgesetzes verweist.

746) Die Rechtsgrundlage der FMSA enthielten §§ 3a ff. des Gesetzes zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz – FMStFG) v. 17.10.2008, BGBl. I 2008, 1982 mit späteren Änderungen, insbesondere durch Art. 7 Abs. 9 Gesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2019/2034 über die Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten. Der Titel des Gesetzes wurde mit Wirkung v. 17.7.2020 durch Gesetz v.10.7.2020, BGBl. I, 2020, 1633 neu gefasst in Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarkt- und eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Stabilisierungsfondsgesetz – StFG).

747) Vgl. aber § 12a Abs. 1 RStruktFG n.F.

748) Kube, HFSt 2, 2016, S. 11 m.w.N.

te bemisst sich in der Weise, dass die Zielausstattung des Fonds erstmals zum 31. Dezember 2024 erreicht wird; die Jahresbelastungen sollen dabei möglichst gleichmäßig über den Zeitraum verteilt werden (Art. 102 Abs. 1 und Abs. 2 BRRD, § 12b Abs. 2 RStruktFG).

Der Jahresbeitrag der einzelnen Institute beläuft sich im Grundsatz auf den Anteil des Gesamtjahresbeitrags, der dem Verhältnis ihrer jeweiligen Passiva ohne Eigenmittel abzüglich gedeckter Einlagen zu den aggregierten Passiva ohne Eigenmittel abzüglich gedeckter Einlagen aller beitragspflichtigen Institute entspricht (Art. 103 Abs. 2 BRRD, § 12b Abs. 5 Satz 1 RStruktFG<sup>749</sup>). Von dem individuellen Grundbetrag sind bestimmte Positionen abzuziehen, unter anderem gruppeninterne Verbindlichkeiten, Verbindlichkeiten, die durch institutsbezogene Sicherungssysteme abgesichert sind, und Förderdarlehen (Art. 5 Abs. 1 Delegierte VO). Verbindlichkeiten aus Derivatkontrakten sind im Einklang mit Art. 429 Abs. 6 und 7 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 zu bewerten (Art. 5 Abs. 3 Delegierte VO). Ergänzend hat die zuständige Abwicklungsbehörde, in Deutschland die FMSA, eine Risikoadjustierung nach Maßgabe der Delegierten VO vorzunehmen (§ 12b Abs. 5 Satz 2 RStruktFG).<sup>750</sup> Die Delegierte VO benennt und konkretisiert dabei in Art. 6 vier Risikofelder, die zu berücksichtigen und nach Art. 7 zu gewichten sind (Risikoexponierung, Stabilität und Diversifizierung der Finanzierungsquellen, Relevanz eines Instituts für die Stabilität des Finanzsystems oder der Wirtschaft, von der Abwicklungsbehörde zu bestimmende zusätzliche Risikoindikatoren; siehe auch §§ 4 und 5 RStruktFG). Der individuelle Grundbetrag wird auf dieser Grundlage mit einem risikobezogenen Anpassungsmultiplikator vervielfältigt, der zwischen 0,8 (für risikoaverse Institute) und 1,5 (für risikogeneigte Institute) liegt (Art. 9 Abs. 3 Delegierte VO). Für Institute unterhalb bestimmter Größenschwellen gelten Pauschalierungen (Art. 10 Delegierte VO).

Soweit die im Restrukturierungsfonds bereitstehenden Mittel nicht zur Deckung von Maßnahmen des Restrukturierungsfonds (§ 3a RStruktFG) ausreichen, kann die Abwicklungsbehörde Sonderbeiträge von allen beitragspflichtigen Instituten erheben, auch mehrfach in einem Jahr (Art. 104 BRRD, § 12c Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 RStruktFG). Berechnet werden die Sonderbeiträge entsprechend der Berechnung der Jahresbeiträge (§ 12c Abs. 3 Satz 1 RStruktFG). Die in einem Jahr insgesamt erhobenen Sonderbeiträge dürfen das Dreifache des festgesetzten Jahresbeitrags des einzelnen Instituts nicht übersteigen (§ 12c Abs. 3 Satz 2 RStruktFG); allerdings können einmal anfallende Sonderbeiträge auf mehrjährige Sonderbelastungen verteilt werden (§ 12a Abs. 3 Satz 3 RStruktFG).

Ergänzend ist in Art. 105 BRRD vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die ihrer Rechtsordnung

unterliegenden Finanzierungsmechanismen Kredite aufnehmen oder andere Formen vergleichbarer Unterstützung erhalten können. Zudem ist zu gewährleisten, dass die Finanzierungsmechanismen beantragen können, unter bestimmten Voraussetzungen bei allen anderen Finanzierungsmechanismen der Union Kredite aufzunehmen (Art. 106 BRRD). Im Fall einer Gruppenabwicklung hat der nationale Finanzierungsmechanismus jedes Instituts, das Teil der Gruppe ist, anteilig zur Finanzierung der Gruppenabwicklung beizutragen (Art. 107 BRRD). Die Bundesrepublik Deutschland trägt diesen Anforderungen mit den Vorschriften in § 12h und § 12i RStruktFG Rechnung.

## (2) Beitragserhebung

Nach Art. 14 Abs. 4 Delegierte VO legen die Institute der Abwicklungsbehörde – in Deutschland der FMSA – bis spätestens 31. Januar jedes Jahres die für das abgelaufene Jahr relevanten Informationen vor.<sup>751</sup>

Nach Maßgabe von Art. 13 Abs. 1 Delegierte VO teilt die Abwicklungsbehörde jedem Institut sodann bis spätestens 1. Mai jedes Jahres ihre Entscheidung über die Festsetzung des von dem betreffenden Institut zu entrichtenden jährlichen Beitrags mit. Dabei werden die Zahlungsbedingungen und Zahlungsmittel angegeben. Auch wird festgelegt, welchen Anteil das betreffende Institut in Form unwiderruflicher Zahlungsverpflichtungen nach Art. 103 BRRD geltend machen kann (Art. 13 Abs. 3 Delegierte VO).

§ 12f Abs. 2 Satz 1 RStruktFG konkretisiert ergänzend, dass die auf dieser Grundlage durch die Abwicklungsbehörde ermittelten Jahres- und Sonderbeiträge mit der Bekanntgabe ihrer Festsetzung an das beitragspflichtige Institut fällig werden, frühestens jedoch zum 30. September eines Kalenderjahres, wenn nicht die Anstalt einen späteren Zeitpunkt bestimmt. Für die Bekanntgabe gilt § 122 Abs. 2 und Abs. 2a AO entsprechend (§ 12f Abs. 2 Satz 3 RStruktFG). Wird der Jahresbeitrag nicht fristgerecht entrichtet, erhebt die Abwicklungsbehörde Säumniszuschläge (§ 12f Abs. 3 Satz 1 RStruktFG). Es gelten die Vollstreckungsvorschriften nach dem VwVG (§ 12f Abs. 4 RStruktFG). Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Beitragsbescheide haben keine aufschiebende Wirkung (§ 12f Abs. 5 RStruktFG).

In Vollzug dieser rechtlichen Vorgaben hat die FMSA seit 2015 mehrfach aktualisierte Informationsschreiben an die beitragspflichtigen Institute gerichtet und auch einen Leitfaden verfasst.<sup>752</sup> Auf Grundlage der durch die Finanzinstitute bereitgestellten Informationen hat die FMSA erstmals Ende November 2015 Beitragsbescheide erlassen.

749) Nunmehr § 12 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 12b, § 12g RStruktFG.

750) Nach § 12b RStruktFG n.F. regelt die Bundesregierung, soweit die Delegierte VO keine Regelung enthält, das Nähere in der nach § 12g RStruktFG zu erlassenden Rechtsverordnung.

751) Nach der Übergangsbestimmung in Art. 20 Abs. 3 Delegierte VO gilt für das Jahr 2015 als Vorlagestichtag der 1. September 2015.

752) Früher abrufbar unter <http://www.fmsa.de/de/kreditinstitute/Bankenabgabe2015>.



## b) Einheitliche Abwicklungsfinanzierung nach der SRM-VO ab 2016

Mit Wirkung ab 1. Januar 2016 werden die Bestimmungen der BRRD, der Begleitgesetzgebung und auch des mitgliedstaatlichen Umsetzungsrechts durch die Regelungen der SRM-VO überlagert<sup>753</sup>, durch die das Abwicklungsverfahren und die Abwicklungsfinanzierung für die am einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) teilnehmenden Staaten vereinheitlicht werden (SRM). Die Beiträge der in diesem Zusammenhang erfassten Institute sind ab 2016 über die nationalen Abwicklungsbehörden an den SRF, den einheitlichen Abwicklungsfonds, abzuführen, und decken im Ergebnis alle vom Abwicklungsausschuss (SRB) durchgeführten Abwicklungsmaßnahmen, der seinerseits durch die SRM-VO konstituiert wird. Im Sinne der BRRD gilt der SRF sodann und insoweit als nationaler Abwicklungsfinanzierungsmechanismus der teilnehmenden Mitgliedstaaten. Mit dem AbwMechG von November 2015 hat der deutsche Gesetzgeber die rechtliche Überlagerung durch die SRM-VO mitvollzogen und die einschlägigen deutschen Regelungen, insbesondere im RStruktFG<sup>754</sup> und im SAG, angepasst.<sup>755</sup>

Für die durch den einheitlichen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismus erfassten Finanzinstitute gilt damit im Ergebnis, dass sie ihren Beitrag nur für das Beitragsjahr 2015 nach der BRRD und dem entsprechenden Umsetzungsrecht, ihre Beiträge ab 2016 dagegen nach der SRM-VO und dem hierauf bezogenen Recht zu leisten haben.<sup>756</sup> Rechtsgrundlage des SRF ist Art. 67 Abs. 1 Satz 1 SRM-VO. Nach Art. 67 Abs. 1 Satz 2 SRM-VO wird der SRF nach den im völkerrechtlichen Übereinkommen verankerten Regelungen über die Übertragung der auf nationaler Ebene erhobenen Mittel auf den Fonds gefüllt (entsprechend Art. 3 Abs. 1 und 2 des Übereinkommens).<sup>757</sup> Eigentümer des Fonds ist der Abwicklungsausschuss (Art. 67 Abs. 3 SRM-VO). Er bedient sich des Fonds ausschließlich zur Gewährleistung einer effizienten Anwendung der Abwicklungsinstrumente (Art. 67 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO). Der Unionshaushalt oder die einzelstaatlichen Haushalte werden unter keinen Umständen für Aufwendungen oder Verluste des Fonds haftbar gemacht (Art. 67 Abs. 2 Satz 2 SRM-VO).

### (1) Beitragsbemessung

Beitragspflichtig sind nach § 2 SRM-VO die in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassenen Kreditinstitute sowie darüber hinaus Mutterunternehmen (einschließlich Finanzhol-

dingesellschaften und gemischte Finanzholdinggesellschaften) und Wertpapierfirmen wie auch Finanzinstitute, die ebenfalls der Aufsicht der EZB unterstellt sind. Die Zielausstattung des SRF beträgt 1 Prozent der gedeckten Einlagen aller in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Kreditinstitute (Art. 69 Abs. 1 SRM-VO). Dies waren nach dem Stand Mitte Juni 2014 ca. 55 Mrd. Euro.<sup>758</sup> Der Betrag soll bis zum Ende einer von 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2023 dauernden achtjährigen Aufbauphase erreicht werden (Art. 69 Abs. 1 SRM-VO). Auch in diesem Rahmen sollen die Beiträge so gleichmäßig wie möglich gestaffelt werden; die Konjunkturphase und etwaige Auswirkungen prozyklischer Beiträge auf die Finanzlage der beitragenden Institute sind dabei allerdings zu berücksichtigen (Art. 69 Abs. 2 SRM-VO). Nachdem die Zielausstattung erstmals erreicht worden ist und nachdem die verfügbaren Mittel auf Weniger als zwei Drittel der Zielausstattung abgeschmolzen sind, werden die Beiträge in einer Höhe festgelegt, mit der die Zielausstattung binnen sechs Jahren erneut erreicht werden kann (Art. 69 Abs. 4 SRM-VO).

Die individuelle Beitragsberechnung entspricht weitestgehend der Beitragsberechnung auf Grundlage der BRRD. Nach der Grundaussage in Art. 70 Abs. 1 SRM-VO werden die jeweiligen Beiträge der einzelnen Institute anteilig zur Gesamthöhe ihrer Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) abzüglich gedeckter Einlagen im Verhältnis zu den aggregierten Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) abzüglich gedeckter Einlagen aller im Hoheitsgebiet aller teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute berechnet (Art. 70 Abs. 1 SRM-VO). Dies spezifiziert Art. 70 Abs. 2 Satz 2 bis 4 SRM-VO näher. Der jährliche Beitrag beruht danach zum einen auf einem Pauschalbetrag, der sich anteilig aus dem Betrag der Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel und gedeckte Einlagen) eines Instituts im Verhältnis zur Gesamthöhe der Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel und gedeckte Einlagen) aller im Hoheitsgebiet der teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute ergibt. Hinzu kommt, zum anderen, ein risikoadjustierter Beitrag, der auf der Grundlage der in Art. 103 Abs. 7 BRRD festgelegten Kriterien errechnet wird, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden muss und keine Verzerrungen zwischen den Strukturen der Bankensektoren der Mitgliedstaaten ausgelöst werden dürfen. Bei dem Verhältnis zwischen dem Pauschalbeitrag und den risikobereinigten Beiträgen ist auf eine ausgewogene Verteilung der Beiträge zwischen den verschiedenen Arten von Banken zu achten. In jedem Fall darf die Summe der jährlichen Beiträge aller im Hoheitsgebiet aller teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute 12,5 Prozent der Zielausstattung nicht übersteigen (Art. 70 Abs. 2 UAbs. 4 SRM-VO). Im Einzelnen gilt auch im Rahmen des SRM die Methodik der Risikoadjustierung nach der Delegierten Verordnung (Art. 70 Abs. 6 SRM-VO). Eine Modifikation sieht die SRM-VO in Verbindung mit der DurchführungsVO in diesem Zusammenhang allerdings vor, weil der SRM zu einer Risiko-

753) Zur unmittelbaren Wirkung von EU-Verordnungen in den Mitgliedstaaten Art. 288 UAbs. 2 Satz 2 AEUV.

754) Im folgenden Abschnitt wird das RStruktFG in der Fassung des AbwMechG zugrunde gelegt.

755) Die Anpassung tritt überwiegend zum 1. Januar 2016 in Kraft (Art. 15 Abs. 1 AbwMechG).

756) Kube, HFSt 2, 2016, S. 13 f.

757) Nach Art. 3 Abs. 3 Übereinkommen verpflichten sich die Vertragsstaaten zudem, die im Jahr 2015 auf Grundlage der BRRD erhobenen Beiträge auf den SRF zu übertragen.

758) Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juni 2014, S. 51; Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1048) m.w.N.

vergemeinschaftung im Verhältnis zwischen unterschiedlich strukturierten mitgliedstaatlichen Bankensektoren führt.<sup>759)</sup> Für einen Übergangszeitraum werden die Beiträge in den SRF deshalb nach einer gemischten Berechnungsweise ermittelt. Danach sollen im Jahr 2016 60 Prozent des jährlichen Grundbetrags auf Grundlage der nationalen Daten des jeweiligen Mitgliedstaats und 40 Prozent des Grundbetrags aufgrund der Daten für den gesamten Raum der teilnehmenden Staaten berechnet werden. Über einen Zeitraum von acht Jahren verschiebt sich dieses Verhältnis graduell hin zu einer 100-prozentigen Berechnung nach Maßgabe der Daten für den gesamten Raum der teilnehmenden Staaten. Ebenso wie die BRRD (Art. 104 BRRD) sieht auch die SRM-VO darüber hinaus die Möglichkeit der Erhebung außerordentlicher, nachträglich erhobener Beiträge für den Fall vor, dass die verfügbaren Mittel zur Finanzierung von Abwicklungsmaßnahmen nicht ausreichen (Art. 71 SRM-VO). Dabei gilt gleichermaßen, dass der Gesamtbetrag dieser Beiträge das Dreifache des Jahresbeitrags nicht übersteigen darf (Art. 71 Abs. 1 Satz 3 SRM-VO) und dass zur Lastenverteilung unter den Finanzinstituten die für den Jahresbeitrag geltenden Grundsätze heranzuziehen sind (Art. 71 Abs. 1 Satz 2 SRM-VO). Ergänzende Finanzierungsformen verankert die SRM-VO in Art. 72, 73 und 74. Nach Art. 72 SRM-VO kann der Abwicklungsausschuss beschließen, für den Fonds freiwillige Darlehen bei Abwicklungsfinanzierungsmechanismen in nicht teilnehmenden Staaten zu beantragen. Nach Art. 73 SRM-VO kann der Ausschuss für den Fonds Darlehen am Kapitalmarkt aufnehmen, falls die Jahres- und Sonderbeiträge nicht unmittelbar verfügbar sind oder die Finanzierungsaufwendungen nicht decken. Unter den gleichen Voraussetzungen kann der Ausschuss nach Art. 74 SRM-VO für den Fonds „vertragliche Vereinbarungen über Finanzierungsstrukturen“ treffen, damit zusätzliche Finanzmittel für die Aufgabenfinanzierung bereitgestellt werden können.

## (2) Beitragserhebung

Nach Art. 6 DurchführungsVO legt der Ausschuss die Datenformate und Darstellungsformen fest, die die Institute zu verwenden haben, um die für die Berechnung der jährlichen Beiträge benötigten Informationen zu übermitteln.

Nach Anhörung der EZB oder der nationalen zuständigen Behörde und in enger Zusammenarbeit mit den nationalen Abwicklungsbehörden errechnet der Abwicklungsausschuss auf dieser Grundlage jährlich die von den einzelnen Instituten zu entrichtenden Beiträge, damit diese in der Summe 12,5 Prozent der Zielausstattung nicht übersteigen (Art. 70 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO, Art. 4 DurchführungsVO).<sup>760)</sup>

759) Erwägungsgründe 14 und 15 zur DurchführungsVO.

760) Demgemäß sieht für die Bundesrepublik Deutschland § 8 Satz 2 RStruktFV vor, dass die Vorschriften der RStruktFV ab 2016 nur noch für diejenigen beitragspflichtigen Institute gelten, deren Beiträge nicht durch den Abwicklungsausschuss berechnet werden.

Der Ausschuss teilt den nationalen Abwicklungsbehörden sodann seine Entscheidungen über die Berechnung der jährlichen Beiträge mit, die im Hoheitsgebiet, für das die betreffende Abwicklungsbehörde zuständig ist, zugelassen sind (Art. 5 Abs. 1 DurchführungsVO).

Nach Art. 67 Abs. 4 SRM-VO werden die von den einzelnen Instituten zu entrichtenden Beiträge daraufhin von den nationalen Abwicklungsbehörden erhoben und nach dem völkerrechtlichen Übereinkommen zwischen den teilnehmenden Mitgliedstaaten auf den Fonds übertragen (dazu auch § 3 Abs. 1 Satz 3 sowie § 11a RStruktFG in der Fassung des AbwMechG). In Art. 5 Abs. 2 DurchführungsVO ist dies in die Formulierung gefasst, dass jede nationale Abwicklungsbehörde jedes Institut „über die vom Ausschuss getroffene Entscheidung über die Berechnung des von diesem Institut zu entrichtenden jährlichen Beitrags“ „unterrichtet“. Im Rahmen des deutschen Verwaltungsverfahrens ist insoweit eine Abgabensfestsetzung geboten. § 12f Abs. 2 Satz 1 RStruktFG regelte auch in der Fassung des AbwMechG ausdrücklich, dass die Jahresbeiträge in allen Fällen durch die FMSA<sup>761)</sup> festgesetzt werden. In Übereinstimmung mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts bleibt es danach auch unter Geltung der SRM-VO bei der Anwendbarkeit der Bestimmung des § 12f RStruktFG, die auf Elemente des deutschen Verfahrens-, Prozess- und Vollstreckungsrechts verweist.<sup>762)</sup>

## 3. Fortentwicklung der europäischen Abwicklungsfinanzierung

Seit der Einführung der europäischen Abwicklungsfinanzierung im Jahre 2015 sind im europäischen Recht und der deutschen Begleitgesetzgebung, gerade im RStruktFG<sup>763)</sup>, verschiedene Änderungen eingetreten. Institutionell ist statt der FMSA die deutsche Abwicklungsbehörde seit dem 1. Januar 2018 nach § 3 Abs. 1 SAG die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).<sup>764)</sup> Inzwischen wurden die „BRRD II“<sup>765)</sup> und die „SRM-VO II“<sup>766)</sup> verabschiedet.<sup>767)</sup> Da der anhängige Finanzrechtsstreit der DZ HYP AG die Körperschaftsteuer des Jahres 2017 betrifft, können die weiteren Veränderungen in

761) Nunmehr erfolgt die Erhebung der Jahresbeiträge durch die „Abwicklungsbehörde“ (§ 12 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 RStruktFG).

762) So insgesamt Kube, HFSt 2, 2016, S. 18 m.w.N.

763) Letzte Änderung des RStruktFG durch Gesetz v. 12.5.2021, BGBl. I 2021, 990.

764) Letztes Informationsschreiben an die beitragspflichtigen Institute der BaFin v. 29.10.2020 zur Erhebung der Bankenabgabe 2021 [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl\\_Bankenabgabe\\_Informationsschreiben\\_2021.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl_Bankenabgabe_Informationsschreiben_2021.html).

765) „BRRD II“ als Änderungsrichtlinie zur BRRD I: Richtlinie (EU) 2019/879 v. 20.5.2019.

766) „SRM-VO II“ als Änderungsverordnung zur SRM-VO I: VO (EU) 2019/887 v. 13.5.2019.

767) Zur nach Art. 77 Abs. 1 SRM-VO vorgeschriebenen Bindung der Inanspruchnahme des Fonds an die Existenz und die Grundsätze des völkerrechtlichen Übereinkommens vgl. Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 27.1.2021 zur Änderung des Übereinkommens vom 21.5.2014 über die Übertragung von Beiträgen auf den Einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge (BT-Drucks. 19/29566).



Einzelfragen der europäischen Bankenabgabe und der deutschen Begleitgesetzgebung bei der nachfolgenden verfassungsrechtlichen Würdigung außen vor bleiben.

#### 4. Lenkungsorientierung der EU-Bankenabgabe ab 2015?

Zentral für die verfassungsrechtliche Würdigung des steuerlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ab 2015 ist indes die Vorfrage, ob sich durch die Europäisierung der Bankenabgabe ihr Charakter und Ziel verändert haben. Denn die unionsrechtliche Überformung der Bankenabgabe verändert ihre Bemessungskriterien. Die hinreichende und übernationale „Abwicklungsfinanzierung“ durch einen einheitlichen europäischen Abwicklungsfonds steht erklärtermaßen<sup>768)</sup> und deutlich an erster Stelle.<sup>769)</sup> Die Finanzierungsfunktion des europäischen Sanierungs- und Abwicklungsrahmens steht bereits in den Erwägungsgründen klar im Vordergrund.<sup>770)</sup> Denn am Anfang steht die Zielausstattung des Fonds<sup>771)</sup>, wobei betont wird, dass „die Gewährleistung einer wirksamen und ausreichenden Finanzierung des Fonds für die Glaubwürdigkeit des einheitlichen Abwicklungsmechanismus von überragender Bedeutung [ist]“.<sup>772)</sup> Dass die Finanzausstattung als übergeordnetes Ziel klar dominiert<sup>773)</sup>, belegt auch die in Art. 104 BRRD vorgesehene Pflicht, von den Instituten außerordentliche erhobene Beiträge nachträglich zu erheben, wenn die verfügbaren Finanzmittel nicht ausreichen (ebenso Art. 71 SRM-VO; siehe bereits Teil 2 II. 2. b) [1]). Neben den Jahresbeiträgen sichern mögliche Sonderbeiträge die Schließung von Deckungslücken.<sup>774)</sup> Die finanzielle Motivation der europäischen Bankenabgabe bringt auch die Bundesregierung bei der BRRD-Umsetzung zum Ausdruck, indem sie betont, dass „künftig sichergestellt [wird], dass im Fall einer Krise vor allem Eigentümer und Gläubiger“ der Institute „und nicht die Steuerzahler zur Lösung der Krise beitragen“.<sup>775)</sup> Durch die erheblich gegenüber der deutschen Vorläuferin erhöhten Bankenabgabe ab 2015 soll „erreicht werden, dass die Belastung der öffentlichen Haushalte weitestgehend ausgeschlossen ist“<sup>776)</sup> und es nicht zu einer „abermaligen Haftung des Steuerzahlers in der Zukunft“<sup>777)</sup> kommt.

In den Erwägungsgründen zur BRRD und zur SRM-VO findet sich kein expliziter Lenkungsanspruch der EU-Bankenabgabe. Nach dem Finanzierungsziel findet sich nur ergänzend ein An-

halt für ein risikobezogenes Lenkungsanliegen. In den Erwägungsgründen zur BRRD heißt es: „Um eine faire Berechnung der Beiträge sicherzustellen und Anreize zu schaffen, weniger riskant zu operieren, sollten die Beiträge zu den nationalen Finanzierungsmechanismen dem Ausmaß des Kredit-, Liquiditäts- und Marktrisikos Rechnung tragen, das die Institute eingehen“.<sup>778)</sup> Diese Aussage wiederholen die Erwägungsgründe zur SRM-VO: „Um für eine faire Berechnung der Beiträge zu sorgen und Anreize zu schaffen, weniger riskant zu operieren, sollten sich die Beiträge zum Fonds nach Maßgabe der Richtlinie 2014/59/EU und der aufgrund der Richtlinie 2014/59/EU erlassenen delegierten Rechtsakte nach der Höhe des Risikos richten, dem das Kreditinstitut ausgesetzt ist“.<sup>779)</sup>

Dieser nachgelagerte Hinweis auf die Schaffung von Anreizen, weniger riskant zu operieren, ändert aber nichts daran, dass die EU-rechtlich determinierten Bankenabgaben von der zu erreichenden Zielausstattung her berechnet werden.<sup>780)</sup> Die Zielausstattung des Abwicklungsfonds ist aber nur insoweit risikoorientiert, als hinreichend Finanzmittel für Rettungsfälle generiert werden. Dagegen ist die Verteilung der Beitragslasten zur Deckung der Zielausstattung nicht individuell am Risikopotential der einzelnen Institute ausgerichtet. „Nach der in dem delegierten Rechtsakt festgelegten Systematik ist für die Berechnung der Höhe des an den Bankenabwicklungsfonds zu entrichtenden Beitrags in erster Linie die Größe des jeweiligen Instituts relevant“.<sup>781)</sup> Die Institutsgröße ist aber allenfalls ein sehr grober Risikoindikator. Denn Unternehmensgröße und Unternehmensrisiken können positiv korrelieren, müssen es aber nicht. So wird auch in anderem Kontext vor schematischen Rückschlüssen von der Unternehmensgröße auf zu erwartende Risiken gewarnt.<sup>782)</sup> Darum liefert eine Größenstaffelung keine individualisierte Risikoabschätzung.

Die neben der größenorientierten auch risikoorientierten Festsetzung der Beitragshöhe<sup>783)</sup> basiert erst auf dem ergänzenden „Konzept der Risikoadjustierung, das durch den von der Kommission nach Artikel 103 Absatz 7 der Abwicklungsrichtlinie zu erlassenden delegierten Rechtsakt näher bestimmt [...] wird“.<sup>784)</sup> Aufgrund delegierter Rechtsakte sollen „auch die risikoadjustierten Elemente in der Formel zur Berechnung einzelner Beiträge [...] zu Geltung kommen“.<sup>785)</sup> Im Voraus erhobene Beiträge werden nach Art. 103 Abs. 2 Richtlinie 2014/59/EU „von den einzelnen Instituten anteilig zur Höhe ihrer Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) minus gedeckte Einlagen im Verhältnis zu den aggregierten Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) minus gedeckte Einlagen aller im Hoheits-

768) Erwägungsgrund 19 zur BRRD.

769) Zum Finanzierungszweck auch Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1048).

770) Kube, DStR 2016, 572 (575) unter Hinweis auf Erwägungsgründe 105 und 106 zur BRRD; Erwägungsgründe 100ff. zur SRM-VO.

771) Erwägungsgrund 105 zur SRM-VO.

772) Erwägungsgrund 107 zur SRM-VO.

773) Ebenso Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.

774) Kube, DStR 2016, 572 (575).

775) BT-Drucks. 18/2575, S. 1.

776) Freis-Janik, in Kumpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, Rz. 2.312.

777) Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1049) m.w.N.

778) Erwägungsgrund 107 zur BRRD (Hervorhebung durch den Verf.).

779) Erwägungsgrund 109 zur SRM-VO (Hervorhebung durch den Verf.).

780) Kube, DStR 2016, 572 (575).

781) Empfehlungen der Ausschüsse v. 14.11.2014, BR-Drucks. 516/1/14, S. 3f.

782) Deutlich zum Betriebsprüfungsermessens der Finanzbehörde Seer, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 193 AO Rz. 3, 40 (Aug. 2019) m.w.N.

783) Kerber, Nach der Entscheidung: Die praktischen Perspektiven der Bankenunion und die Erwartungen an den Gesetzgeber, WM 2020, 859 (861).

784) BT-Drucks. 18/2575, S. 201.

785) Erwägungsgrund 114 zur SRM-VO.

gebiet des betreffenden Mitgliedstaats zugelassenen Institute erhoben“. Erst im zweiten Schritt folgt der Größenorientierung bei der Beitragsbemessung eine gewisse Risikoausrichtung nach. Danach werden diese Beiträge „entsprechend dem Risikoprofil der Institute angepasst, wobei die in Absatz 7 festgelegten Kriterien zugrunde gelegt werden“.<sup>786</sup> Die ergänzende Risikoadjustierung nach Maßgabe der Delegierten VO (§ 12b Abs. 5 Satz 2 RStruktFG; Art. 70 Abs. 6 SRM-VO) basiert auf vier Risikofeldern, die zu berücksichtigen und zu gewichten sind: Risikoexponierung, Stabilität und Diversifizierung der Finanzierungsquellen, Relevanz eines Instituts für die Stabilität des Finanzsystems oder der Wirtschaft, von der Abwicklungsbehörde zu bestimmende zusätzliche Risikoindikatoren.<sup>787</sup> Allerdings wird das Risiko bei der europäischen Bankenabgabe nicht vollkommen individualisiert.<sup>788</sup> Bei der Risikoadjustierung wird, wie Hanno Kube zu Recht moniert, „die Risikoneigung eines Instituts nur in einem recht eingeschränkten Umfang bei der Beitragsbemessung berücksichtigt. Denn nach Art. 9 Delegierte VO wird der individuelle Grundbetrag mit einem risikobezogenen Anpassungsmultiplikator zwischen 0,8 (für risikoaverse Institute) und 1,5 (für risikogeneigte Institute) vervielfältigt. Auch gänzlich risikoaverse Institute sehen sich danach mit einer unvermeidlichen Abgabe i. H. v. mindestens 80 Prozent des individuellen Grundbetrags konfrontiert“.<sup>789</sup> Folglich bewirkt die Risikoadjustierung im zweiten Schritt nur eine relativ überschaubare Korrektur der Beitragsbemessung nach der Größenorientierung im ersten Schritt, aber keine durchgreifende Beitragsbemessung nach einer individuellen Risikoeinschätzung. Die Bemessung der Beiträge zu den nationalen Finanzierungsmechanismen nach „dem Ausmaß des Kredit-, Liquiditäts- und Marktrisikos [...], das die Institute eingehen“<sup>790</sup>, erfolgt demnach nur sehr vergrößert und typisierend nach Maßgabe des risikobezogenen Anpassungsmultiplikators, aber auch nur im Rahmen der rechnerischen Wirkung von 0,8 bis 1,5 des Grundbetrags.

Dabei belegt die Kritik des Bundesrates, dass die Beitragsbemessung zum Abwicklungsfonds nicht hinreichend an der Systemrelevanz und dem Risikopotential des einzelnen Instituts ausgerichtet ist: „Bei der „Risikoadjustierung“ der Beiträge ist entsprechend der Grundintention der Richtlinie 2014/59/EU („BRRD-Richtlinie“) in besonderem Maße dem Aspekt der Systemrelevanz Rechnung zu tragen, was zu einer weitgehenden Entlastung der nicht systemrelevanten kleinen und mittleren regionalen Banken führen muss“.<sup>791</sup> Die danach zu erwartende Entlastung tritt indes nicht ein. Im europäischen Kompromiss zur Abwicklungsfinanzierung konnten die dahingehen-

den Anliegen des Bundesrates nicht durchgesetzt werden.<sup>792</sup> Die individuelle Risikoposition des einzelnen Instituts bestimmt demnach nicht hinreichend die Beitragshöhe. Das unterstreicht auch, dass bei der Berechnung der jährlichen Beiträge kleiner Institute gestützt auf Art. 10 der Delegierten Verordnung eine besondere Methodik angewendet wird. Größenabhängig und grundsätzlich ohne Rücksicht auf eine Risikoeinschätzung<sup>793</sup> sind für kleine Institute, bei denen die Summe der Verbindlichkeiten minus Eigenmitteln und gedeckter Einlagen mehr als 250 000 000 Euro und höchstens 300 000 000 Euro und die Summe der Vermögenswerte weniger als 1 000 000 000 Euro beträgt, Pauschalbeträge in der Bandbreite von 1 000 bis 50 000 Euro vorgesehen.

Neben den normierten Bemessungskriterien relativiert auch die Organisation der europäischen Abwicklungsfinanzierung die strikte Risikoorientierung der Beitragshöhe. So wird eingewandt, dass die Europäische Kommission als Aufsicht der SRB „alles andere als eine auf Risikokriterien geeichte, beitragsfestsetzende Behörde [ist], sondern ein ‚Fiskalagent‘ seiner selbst, der ein besonders großes Interesse daran hat, die Finanzierbarkeit von Bankensanierungen unabhängig vom Verursacherprinzip zu sichern“.<sup>794</sup> Ob dieser Einwand berechtigt ist, mag dahinstehen. Denn auch verständliche, aber kritikwürdige Bestrebungen, innerhalb der europäischen Bankenunion auf Verbandsebene für die eigene nationale Kreditwirtschaft Sonderkonditionen der nationalen Gesamtbemessung auszuhandeln<sup>795</sup>, deuten auf Anfälligkeiten für eine nicht strikt am Risikogedanken ausgerichtete Beitragsbemessung hin. Insgesamt wird deutlich, dass die EU-Bankenabgabe nicht durchgängig auf einer individualrisikoorientierten Festsetzung der Beitragshöhe beruht.

Wenn sich aber die Beiträge zum Fonds nicht strikt „nach der Höhe des Risikos richten, dem das Kreditinstitut ausgesetzt ist“<sup>796</sup>, dann relativiert sich aber zugleich die Erwartung, „Anreize zu schaffen, weniger riskant zu operieren“.<sup>797</sup> Denn je weniger die Höhe des Beitrags vom steuerbaren Risikoprofil des Instituts determiniert wird, umso weniger wird die Hoffnung fruchten, dass die Abgabe sein Verhalten ändert und weniger riskant operiert wird. Einen durch entsprechende Bemessungskriterien normativ angeleiteten Lenkungsanspruch verfolgt die europäische Bankenabgabe neben ihrer vorrangigen Finanzierungsfunktion ab 2015 nicht.<sup>798</sup> Allen fragwürdi-

792) Deutlich artikuliert der Bundesrat sein Bedauern in seiner Stellungnahme v. 19.9.2014, BT-Drucks. 18/2575, S. 214.

793) Unbeschadet der Art. 10 Abs. 1 bis 6 der Delegierten Verordnung kann die Abwicklungsbehörde eine mit Gründen versehene Entscheidung treffen, in der festgestellt wird, dass ein Institut ein in Anbetracht seiner geringen Größe unverhältnismäßiges Risikoprofil aufweist, und auf das betreffende Institut die Art. 5, 6, 7, 8 und 9 der Delegierten Verordnung anwenden (Art. 10 Abs. 8 der Delegierten Verordnung).

794) So Kerber, WM 2020, 859 (861).

795) Dazu kritisch Kerber, WM 2020, 859 (861).

796) Dafür aber Erwägungsgrund 109 zur SRM-VO.

797) So aber Erwägungsgrund 109 zur SRM-VO.

798) Zur fragwürdigen Lenkungsfunktion bis 2014 näher bereits Teil 1, S. 30 ff. m.w.N.

786) Art. 103 Abs. 2 BRRD.

787) Kube, HFSt 2, 2016, S. 49.

788) Haarmann, Verfassungsmäßigkeit der Nichtabzugsfähigkeit spezifischer Betriebsausgaben sowie von Verlustbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, in 72. Jahresarbeitsstagung der FASr 2021, S. 190 (197).

789) Insgesamt Kube, DStR 2016, 572 (575); zustimmend Meyer, in Kirchhoff/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.

790) So Erwägungsgrund 107 zur BRRD.

791) Stellungnahme des Bundesrates v. 19.9.2014, BT-Drucks. 18/2575, S. 214.



gen Lenkungsanliegen zum Trotz ergibt sich jedenfalls „mit der europarechtlichen Überformung der Bankenabgabe durch die BRRD und die SRM-VO“ eine „noch deutlichere[ ] Vorrangigkeit der Finanzierungsfunktion“.<sup>799)</sup> Diese Verschiebung mag die Lastenverteilung nach der Finanzierungsverantwortung für potentielle Abwicklungsmaßnahmen und damit die Rechtmäßigkeit der EU-Bankenabgabe als solche nicht anfechten.<sup>800)</sup> Getrennt davon (siehe Teil 2 III. 4.) ist indes zu beurteilen, welche Konsequenzen daraus für die verfassungsrechtliche Beurteilung des steuerlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ab 2015 erwachsen. Diese Verfassungsfrage ist im Anschluss an eine Analyse der verfassungsrelevanten Rechtsänderungen gegenüber dem bis 2014 geltenden Recht (nachfolgend Teil 2 III.) näher zu untersuchen (sub Teil 2 IV. und V.).

### III. Neue Weichenstellungen der EU-Bankenabgabe und verfassungsrechtliche Fragestellungen beim steuerrechtlichen Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ab dem Jahr 2015

#### 1. Bisherige Literaturansichten zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit

Trotz der Neuregelung der Bankenabgabe ab dem Jahr 2015 differenziert ein Teil der Literatur bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Abzugsverbots für die Bankenabgabe nicht nach der Rechtslage vor und nach 2015.<sup>801)</sup> Einzelne Autoren gehen von einer unveränderten Verfassungswidrigkeit<sup>802)</sup>, andere von einer unveränderten Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbots aus.<sup>803)</sup> Dagegen könnte die Aussage des Bundesrichters Walter Bode, § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG „ist jedenfalls für Beitragsjahre bis einschließlich 2014 verfassungsgemäß“<sup>804)</sup>, eine Differenzierung der verfassungsrechtlichen Beurteilung nahelegen. Für eine Differenzierung hat sich namentlich André Meyer ausgesprochen, der die Verfassungswidrigkeit erst nach der Europäisierung der Bankenabgabe ab 2015 annimmt.<sup>805)</sup>

Die Frage einer geänderten Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit hat bereits prozessuale Bedeutung, weil trotz anhängiger Verfahren beim Bundesverfassungsgericht zur Rechtslage

bis 2014 eine Aussetzung des Klageverfahrens nach § 74 FGO nur unter weiteren Voraussetzungen ermessensgerecht<sup>806)</sup> ist. Ein Klageverfahren darf nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes nicht allein deshalb nach § 74 FGO ausgesetzt werden, weil ein anderer Rechtsstreit anhängig ist, der eine vergleichbare Rechtsfrage betrifft oder ein Musterverfahren geführt wird.<sup>807)</sup> Eine Aussetzung des Klageverfahrens ist nur gerechtfertigt, wenn die verfassungsrechtlichen Streitfragen im anhängigen verfassungsgerichtlichen Verfahren und im Klageverfahren „im Wesentlichen gleich gelagert sind“.<sup>808)</sup> Darum ist vorab zu klären, ob die aufgeworfenen Verfassungsfragen auch nach der Europäisierung und Neuausrichtung der Bankenabgabe ab 2015 identisch sind.

#### 2. Unveränderter Maßstab und unveränderte Zuständigkeit für den Grundrechtsschutz

Die Fachgerichte haben das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG für die Bankenabgabe für Streitjahre bis 2014 – zutreffend – ausschließlich an den Vorgaben des deutschen Grundrechtsschutzes durch deutsche Gerichte gemessen.<sup>809)</sup> Nach näher begründeter Auffassung von Kube bleibt dieser Maßstab auch bei der Rechtslage ab 2015 unverändert und wird nicht durch den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz überlagert und verdrängt.<sup>810)</sup> Allerdings muss diese, m.E. zutreffende Maßstabsbestimmung angesichts der Komplexität des Grundrechtsschutzes und neuerer Grundlagenurteile des Bundesverfassungsgerichts nochmals abgesichert werden.

Neue Meilensteine zum kumulativen Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem und zur Verteilung der Rechtsprechungskompetenzen im europäischen Rechtsprechungsverbund hat das Bundesverfassungsgericht in den bahnbrechenden Entscheidungen zum Recht auf Vergessen(werden) I und II<sup>811)</sup> zum Spannungsfeld von Persönlichkeitsschutz und digitaler Informationsverbreitung gesetzt. Die tiefgreifenden Folgen beider „systemverändernden Leitentscheidungen“, die die bisherige Separierung von nationaler und europäischer Grundrechtsordnung überwinden und das Bundesverfassungsgericht zugleich

806) Zur Ermessensentscheidung des Finanzgerichts über die Aussetzung nach § 74 FGO näher Thürmer, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 74 FGO Rz. 191 ff. (März 2016).

807) BFH, Beschluss v. 28.6.2010 – III B 73/10, BFH/NV 2010, 1847 (Leitsatz), Rz. 7 m.w.N., wonach „eine Aussetzung des Klageverfahrens entsprechend § 74 FGO in Betracht [kommt], wenn vor dem Bundesverfassungsgericht bereits ein nicht als aussichtslos erscheinendes Musterverfahren gegen eine im Streitfall anzuwendende Norm anhängig ist, zahlreiche Parallelverfahren vorliegen und keiner der Verfahrensbeteiligten ein besonderes berechtigtes Interesse an einer Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der umstrittenen gesetzlichen Regelung trotz des beim BVerfG anhängigen Verfahrens hat“.

808) Schoenfeld, in Gosch, AO/FGO, § 74 FGO Rz. 23 „Bundesverfassungsgericht“ (Nov. 2018); Thürmer, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 74 FGO Rz. 87 (März 2016) m.w.N. zur Rspr.

809) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 34 ff. und nachfolgend BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 28 ff.

810) Kube, DStR 2016, 572 (573 f.).

811) BVerfG, Beschluss v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152; BVerfG, Beschluss v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216.

799) So Kube, DStR 2016, 572 (575).

800) Dafür Kube, HFSt 2, 2016, S. 50.

801) Ohne Differenzierung Schmidt/Loschelder, EStG, 40. Aufl. 2021, § 4 Rz. 615.

802) Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (311 ff.); ders., in 72. Jahresarbeitsstagung der FASr 2021, S. 190 (195 ff., 198); eingehend Kube, EU-Bankenabgabe und objektives Nettoprinzip, DStR 2016, 572 ff.

803) Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2064 (Dez. 2019) m.w.N.; Oellerich, Anmerkung, EFG 2018, 1355 f.

804) Bode, in Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 4 Rz. 234a.

805) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833 f.

zu einem europäischen Grundrechtegericht macht<sup>812)</sup>, werden in der Verfassungsdogmatik und in verschiedenen Fachrechten intensiv diskutiert.<sup>813)</sup> An dieser Stelle bedarf es nur einer Bestätigung, dass auch in Streitjahren ab 2015 trotz der Europäisierung der Bankenabgabe für das steuerliche Abzugsverbot weiterhin der ausschließliche Grundrechtsmaßstab der Grundrechtsschutz durch die deutsche (Verfassungs-)Rechtsprechung ist. Nach den neuen Grundlinien des Bundesverfassungsgerichts zielt das Unionsrecht grundsätzlich nicht auf einen einheitlichen Grundrechtsschutz ab, sondern setzt Grundrechtsvielfalt voraus. Soweit Unionsrecht den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume belässt, sei die Charta der Grundrechte als hinreichend offen anzusehen, um Durchführungsmaßnahmen (vergleiche Art. 51 I Satz 1 GRCh) am Maßstab der nationalen Grundrechte zu messen. Dabei gewährleisten die deutschen Grundrechte aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts den von der GRCh gebotenen Mindestschutz. Dort, wo das Unionsrecht nicht auf Grundrechtsvielfalt gerichtet ist, d. h. vollharmonisiert ist, nimmt das Bundesverfassungsgericht für sich in Anspruch, deutsche Hoheitsakte selbst am Maßstab der GRCh zu prüfen. Im Einzelnen wird die Entscheidung „Recht auf Vergessen(werden) I“<sup>814)</sup> auch als „Solange III“ diskutiert und besagt: Solange das Schutzniveau der Grundrechte der Charta nicht höher ist als das der Grundrechte des GG, sind die Grundrechte des GG bei mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräumen primärer Prüfungsmaßstab vor den Grundrechten der Charta – sofern keine konkreten und hinreichenden Anhaltspunkte für ein ausnahmsweise höheres Schutzniveau der Charta Grundrechte bestehen oder keine konkreten und hinreichenden Anhaltspunkte die Vermutung grundrechtlicher Vielfalt widerlegen. Für den Rechtsschutz bedeutet dies nach der Entscheidung „Recht auf Vergessen(werden) II“<sup>815)</sup>, die auch als „Solange IV“ diskutiert wird, Folgendes: Solange kein effektiver Rechtsbehelf der Unionsbürger vor dem EuGH besteht, um die Grundrechte der Charta zu rügen, prüft das Bundesverfassungsgericht (jedenfalls im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde) die Grundrechte der Charta. Mithin kommt es nach den beiden Leitentscheidungen zu einer Zweiteilung beim Maßstab im Grundrechtsschutz: Die Prüfung erfolgt anhand der Grundrechte des Grundgesetzes im gestaltungsoffenen nationalen Spielraumbereich und dagegen anhand der Unionsgrundrechte im vollständig unionsrechtlich determinierten Bereich.<sup>816)</sup>

Die Bankenabgabe ist zwar seit 2015 „EU-rechtlich überformt“<sup>817)</sup> und sie wird seither aufgrund einer europäischen Bemessungsgrundlage erhoben (siehe Teil 2 II.). Die EU-Bankenabgabe selbst fällt unter den Gewährleistungsgehalt der

EU-Grundrechtecharta.<sup>818)</sup> Aus der Europäisierung der Bankenabgabe erwächst indes keine (vollständige) unionsrechtliche Determination hinsichtlich des streitigen Abzugsverbots für die Bankenabgabe bei der nicht harmonisierten Einkommen- und Körperschaftsteuer. Die seit 2015 europäisierte Bankenabgabe liegt zwar dem aufbauenden Abzugsverbot zugrunde, bestimmt aber das nationale Handeln nicht vor. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ist eine nationale Entscheidung und keine bloße Durchführungsmaßnahme in Ausführung unionsrechtlich zwingender Vorgaben.<sup>819)</sup> Ein Steuerabzugsverbot ist unionsrechtlich nicht vorgegeben. Das belegen bereits die unterschiedlichen Regelungen zur steuerlichen Abzugsfähigkeit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU).<sup>820)</sup> Fehlt dieser angesichts der fortbestehenden Steuersouveränität der Mitgliedstaaten<sup>821)</sup> bereits die vertragliche Kompetenz zur Regelung der Ertragsteuern<sup>822)</sup>, kann sie durch das Unionsrecht keine vollständige Regelung treffen. Als autonome nationale Entscheidung<sup>823)</sup> ist das Abzugsverbot bei den nicht harmonisierten Ertragsteuern mithin weiterhin von den deutschen Gerichten allein an den deutschen Grundrechten zu messen.<sup>824)</sup> Darum bleiben die bereits dargelegten grundrechtlichen Verfassungsmaßstäbe<sup>825)</sup> unverändert die Grundlage der verfassungsrechtlichen Überprüfung ab dem Jahr 2015.

### 3. Veränderte verfassungsrechtliche Fragestellungen

Allerdings sind die Verfassungsfragen beim steuerlichen Abzugsverbot für die Bankenabgabe nach der Rechtslage vor und nach 2015 nur teilidentisch. Denn einerseits bleiben die Maßstäbe für das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Gleichheitsverstoß und Durchbrechung des objektiven Nettoprinzipis und des Folgerichtigkeitsgebots auch nach dem Jahre 2015 unverändert.<sup>826)</sup> Auch die Wertungsgrundlagen verändern sich durch die unionsrechtliche Überformung der Bankenabgabe nicht. Das steuerliche Abzugsverbot muss trotz der EU-rechtlichen Fundierung der Bankenabgabe das materielle Steuerverfassungsrecht des GG wahren.<sup>827)</sup> Das steuerrechtliche Abzugsverbot bleibt eine autonome deutsche Entscheidung

818) Kube, HFSt 2, 2016, S. 50 f.

819) Ebenso bereits Kube, DStR 2016, 572 (573 f.).

820) Überblick in Stellungnahme des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft, Abzugsfähigkeit der Beiträge zum europäischen Abwicklungsfonds als Betriebsausgabe, Landtag von Baden-Württemberg Drucks. 15/6560, S. 4; Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (304).

821) Diese betonend auch Kube, DStR 2016, 572 (574).

822) Für einen „Verbleib“ der steuerlichen Gesetzgebungskompetenz bei den Mitgliedstaaten auch Haarmann, JbFStR 2016/2017, S. 300 (312 f.), der zugleich – zutreffend – einen Verstoß des Abzugsverbots gegen unionsrechtliche Diskriminierungsverbote verneint. Die Inländerdiskriminierung ist EU-grundfreiheitsrechtlich zulässig (so auch Kube, DStR 2016, 572 [578]).

823) Dem deutschen Anliegen, den Betriebsausgabenabzug der Beiträge zum europäischen Abwicklungsfonds gesamteuropäisch einzudämmen (Stellungnahme des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft, Landtag von Baden-Württemberg Drucks. 15/6560, S. 6), sind nicht alle Mitgliedstaaten gefolgt.

824) Kube, DStR 2016, 572 (574).

825) Zur grundrechtlichen Maßstabsbegründung und -entfaltung bereits eingehend Teil 1, S. 15 ff.

826) Dazu Teil 1, S. 17 ff.

827) Kube, DStR 2016, 572 (578).

812) Wendel, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 2020, 157 (168).

813) Das Rechtsportal juris verzeichnet bislang schon über 50 Anmerkungen und Entscheidungsbesprechungen zu den Entscheidungen.

814) BVerfG, Beschluss v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152.

815) BVerfG, Beschluss v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216.

816) Wendel, JZ 2020, 157.

817) Kube, DStR 2016, 572; Meyer, in Kirchhoff/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.



(siehe bereits Teil 2 III. 2.), für die es keinen unionsrechtlichen Impuls gibt. Darum können unionsrechtliche Argumente nicht in die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einfließen. Dagegen fällt durch die Europäisierung der Bankenabgabe ab 2015 deren bisher postulierter Lenkungsanspruch<sup>828)</sup> weg, wodurch neue kompetenzrechtliche Fragen ab 2015 aufkommen (dazu Teil 2 IV.) und sich die materielle Frage einer hinreichenden Lenkungseignung und -wirkung des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG noch zuspitzt (dazu Teil 2 V.).

Andererseits entfallen die verfassungsrechtlichen Einwände gegen das die Sonderabgabe verlängernde Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG, die auf einem Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit und vorrangige Wertungen der Finanzverfassung gründen.<sup>829)</sup> Die Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung zieht dem einfachen Gesetzgeber Grenzen und engt zugleich zugunsten der Bürger finanzielle Belastungen auf dem durch die Finanzverfassung vorgegebenen Rahmen ein.<sup>830)</sup> Dieses Rahmenkonzept ist indes auf den deutschen Staat begrenzt und versagt gegenüber der unionsrechtlichen EU-Bankenabgabe. Die Europäische Union besitzt zwar keine umfassende Abgabenherrschaft<sup>831)</sup> und ist auf den festgeschriebenen Einnahmenkatalog begrenzt, der nicht zu Disposition des europäischen Gesetzgebers steht.<sup>832)</sup> Die unionsrechtliche Bankenabgabe ist aber Teil der Bankenunion und stützt sich als fachrechtliches europäisches Regulierungsinstrument für den Bankensektor auf den (weit ausgelegten) Kompetenztitel des Art. 127 Abs. 6 AEUV<sup>833)</sup> zur Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute.<sup>834)</sup> Anders als bei einer nationalen Sonderabgabe entzieht sich die EU-Bankenabgabe selbst im Falle ihrer Einordnung als parafiskalische Abgabe im EU-rechtlichen Sinne<sup>835)</sup> aber einer Einbettung in die nationale Finanzverfassung.<sup>836)</sup> Einem Abstimmungsgebot mit dem nationalen Steuerrecht steht bereits der Anwendungsvorrang des Unionsrechts entgegen. Die Sicherungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber nationalen Sonderabgaben als Konkurrenz zum Regelfinanzierungsinstrument der Steuer<sup>837)</sup>, greifen insoweit nicht. Unverändert gilt weiterhin aber die finanzverfassungsrechtliche Vorgabe für die Ausgestaltung der Einkommensteuer auf das Nettoeinkommen<sup>838)</sup>, dem das Abzugsverbot widerspricht. Der Grund für die Abziehbarkeit von Erwerbsaufwendungen liegt

– wie zuletzt Simon Kempny zum objektiven Nettoprinzip betont – „darin, daß ansonsten begrifflich und in der Sache gar nicht Einkommen besteuert würde (sondern Einnahmen oder Umsatz)“.<sup>839)</sup> Die durch das Abzugsverbot ausgelöste Verfälschung der finanzverfassungsrechtlich vorausgesetzten Netto-Bemessungsgrundlage der Einkommen- und Körperschaftsteuer bedarf mithin weiterhin der Rechtfertigung (dazu Teil 2 V.).

#### 4. Unveränderte Trennung der Rechtfertigungsanforderungen an die Bankenabgabe selbst und das steuerliche Abzugsverbot

Im Folgenden geht es allein um die verfassungsrechtliche Würdigung des steuerlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ab 2015, nicht dagegen um die Frage, ob die EU-Bankenabgabe selbst im Einklang mit höherrangigem Recht steht.<sup>840)</sup> Der Umstand, dass die EU-Bankenabgabe nicht durchgängig auf einer individualrisikoorientierten Festsetzung der Beitragshöhe beruht (siehe bereits Teil 2 II. 4.), wirft zwar die Frage auf, ob diese Relativierungen die verursachungsgerechte Bemessung der EU-Bankenabgabe selbst in Frage stellen<sup>841)</sup> oder aber die Aufteilung der Finanzierungslast unter den beitragspflichtigen Instituten deren Finanzierungsverantwortung in nicht zu beanstandender Weise abbilden.<sup>842)</sup> Auch wenn die Rechtsfrage der verursachungsgerechten Bemessung der EU-Bankenabgabe für ihre steuerliche Nichtabzugsfähigkeit nicht irrelevant ist, ist die abgabendogmatische Begründung der Bankenabgabe dem Grunde und der Höhe nach deutlich von der ertragsteuerrechtlichen Begründung des Abzugsverbots zu trennen.<sup>843)</sup> Die Rechtfertigungsanforderungen an Abgaben sind nicht mit dem Rechtfertigungsniveau für die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips identisch.<sup>844)</sup> Ein abgabenübergreifender Rechtfertigungstransfer zwischen verschiedenen Abgabenarten ist wegen der unterschiedlichen Zulässigkeitsanforderungen ausgeschlossen.<sup>845)</sup> Das gilt unverändert auch nach der Europäisierung der Bankenabgabe. Ein die Sonderabgabe als solche rechtfertigender Grund ist nicht zugleich ein hinreichender Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in das objektive Nettoprinzip durch das Abzugsverbot.<sup>846)</sup> Darum ist verfassungsrechtlich die Bemessung der Bankenabgabe von der Rechtfertigung des steuerlichen Abzugsverbots zu trennen.<sup>847)</sup> Die Annahme, bei der EU-Bankenabgabe trete zur Finanzierungsfunktion, eine zulässige Lenkungsfunktion hinzu, soweit

828) Nachweise und Kritik dazu in Teil 1, S. 9 f., 34 ff.

829) Dazu Teil 1, S. 41 ff.

830) Näher Teil 1, S. 12 ff.

831) Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rz. 806 m.w.N.; ebenso Streinz, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rz. 740: keine eigene Finanzierungs-kompetenz der EU.

832) Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 16 Rz. 4 m.w.N.

833) Zur Diskussion über die hinreichende Rechtsgrundlage und die Verfassungsmäßigkeit der Bankenunion zuletzt Kerber, WM 2020, 859 m.w.N.

834) Streinz, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rz. 1171 m.w.N.

835) Dafür Kube, HFSt 2, 2016, S. 45 f., 63 f.

836) Eine ganz andere – nämlich unionsrechtliche – Frage ist die Wahrung eines Distanzgebotes der EU-Bankenabgabe gegenüber einer Steuer (dazu Kube, HFSt 2, 2016, S. 44 ff., 64).

837) Teil 1, S. 12 f.

838) Teil 1, S. 13 ff.

839) Kempny, Gedanken zum „Leistungsfähigkeitsprinzip“, StuW 2021, 85 (101).  
840) Dazu näher Kube, HFSt 2, 2016, S. 21 ff., 37 ff.; zuletzt Kerber, WM 2020, 859.

841) Nach Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1048) verschärft sich das Problem mangelnder Verursachungsgerechtigkeit gegenüber der deutschen Bankenabgabe deutlich.

842) Dafür Kube, HFSt 2, 2016, S. 49 f.

843) Explizit Kube, DStR 2016, 572 (577); ebenso Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2.

844) Näher bereits Teil 1, S. 35 f. m.w.N.

845) Teil 1, S. 50.

846) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2.

847) Ebenso bereits Kube, DStR 2016, 572 (577).

risikoaverses Verhalten gefördert werde<sup>848</sup>), erscheint nicht gesichert.<sup>849</sup> Unstreitig besagt diese Annahme aber noch nichts über die hinreichende Rechtfertigung des steuerlichen Abzugsverbots als Lenkungswecknorm.<sup>850</sup> Diese ist anhand der nationalen Rechtfertigungsanforderungen zu hinterfragen (dazu sub Teil 2 V.).

## 5. Unveränderte verfassungsrechtliche Argumente

Soweit die aufgeworfenen Verfassungsfragen teildentisch sind, können das bisherige Argumentationsmuster aus dem Teil 1 und seine Ergebnisse auf die neue Fragestellung ab 2015 übertragen werden. Auch ohne explizite Wiederholung gelten die getroffenen Aussagen und die angeführten Argumente fort, soweit nicht – wie dargelegt (siehe bereits Teil 2 III. 3.) die Verfassungsfragen divergieren. Im Folgenden kann sich folglich die Würdigung der Rechtslage ab 2015 auf zwei große Komplexe beschränken, nämlich die neue Kompetenzfrage (dazu Teil 2 IV.) sowie die materiell-rechtliche Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Lenkungsanliegens (dazu Teil 2 V.).

## IV. Formelle Verfassungswidrigkeit: Kompetenzverstoß aufgrund nicht fortwirkender Zustimmung des Bundesrates zu § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ab dem Jahr 2015

Der Bundesrat hat dem Restrukturierungs(fonds)gesetz<sup>851</sup> im Jahre 2010 seine Zustimmung erteilt.<sup>852</sup> Wenn der Bundesrat einem Gesetz zustimmt, so stimmt er stets dem gesamten Inhalt des Gesetzes zu.<sup>853</sup> Damit war auch das steuerliche Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG<sup>854</sup> von der Zustimmung des Bundesrates umfasst. Die vom Prozessvertreter auch fachöffentlich vertretene These, dass die Änderung des Restrukturierungsfondsgesetzes im Jahre 2014 durch das BRRD-Umsetzungsgesetz wegen fehlender Zustimmung des Bundesrates gegen Art. 105 Abs. 3 GG verstoße<sup>855</sup>, bedarf einer näheren Fundierung. Da das steuerliche Abzugsverbot unver-

ändert bleibt und weiterhin auch für Jahresbeiträge nach § 12 Abs. 2 i.V.m. § 12b und § 12f RStruktFG i. d. F. des BRRD-Umsetzungsgesetzes im Jahr 2015 sowie auf Grundlage der SRM-Verordnung ab dem 1.1.2016 gilt<sup>856</sup>, ist zunächst zu begründen, warum eine Zustimmungspflicht auch für solche Steuergesetze gilt, die Steuereinnahmen der Länder nicht vermindern.<sup>857</sup>

## 1. Zustimmungsbefürfnis des Bundesrates bei Gesetzen über Gemeinschaftsteuern ohne Rücksicht auf die konkreten Ertragsauswirkungen bei den Ländern

Die Zustimmungsnötigkeit des Bundesrates könnte aus Art. 105 Abs. 3 GG und der abstrakten Ertragsbetroffenheit der Länder bei Steuerregelungen folgen, bei denen sie oder die Gemeinden (mit-)ertragsberechtigt sind. Nach Art. 105 Abs. 3 GG bedürfen Bundesgesetze über Steuern, deren Aufkommen den Ländern oder den Gemeinden (Gemeindeverbänden) ganz oder zum Teil zufließt, der Zustimmung des Bundesrates. Art. 105 Abs. 5 Abs. 3 GG verweist auf die Ertragsverteilung in Art. 106 GG.<sup>858</sup> Ausschlaggebend für das Zustimmungserfordernis nach Art. 105 Abs. 3 GG ist jeweils die (originäre) Ertragsaufteilung nach Art. 106 GG.<sup>859</sup> Art. 105 Abs. 3 GG „hat den Sinn, die materiellen Interessen der Länder im Hinblick auf die in Art. 106 [GG] vorgenommene Aufteilung des Steueraufkommens zwischen Bund und Ländern zu wahren“.<sup>860</sup> Der Zustimmungsvorbehalt des Art. 105 Abs. 3 GG schützt die Steuerertragshoheit von Ländern und Gemeinden<sup>861</sup> und ihre finanziellen Belange.<sup>862</sup> Daraus wird vereinzelt abgeleitet, dass nur die Normen eines Gesetzes zustimmungsbedürftig sind, die den Anteil der Länder oder Gemeinden am Steueraufkommen beeinträchtigen.<sup>863</sup> Danach erübrigen sich weitere Überlegungen zur Zustimmungspflicht wegen der Änderungen bei der Bemessung der Bankenabgabe ab 2015, weil das unveränderte steuerliche Abzugsverbot die Steuererträge bei den Ertragsteuern nicht mindert, sondern sogar stabilisiert. Allerdings vermag diese – numerisch-wirkungsbezogene – Verengung des Zustimmungsbefürfnisses aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen.

848) So Kube, HFSt 2, 2016, S. 50, Note 123.

849) Zweifelnd am Lenkungsziel, nicht nur des Abzugsverbots Meyer, in Kirchhoff/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.

850) Auch nach Kube, DStR 2016, 572 (578) verstößt das steuerliche Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG trotz der EU-rechtlichen Fundierung der Abgabe gegen das deutsche Verfassungsrecht.

851) Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsgesetz – RStruktFG) vom 9.12.2010, BGBl. I 2010, 1921 als Art. 3 des Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) v. 9.12.2010, BGBl. I 2010, 1900.

852) Vgl. Formel BGBl. I 2010, 1900: „Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen“.

853) BVerfG, Beschluss v. 25.6.1974 – 2 BvF 2/73, BVerfGE 37, 363 (381).

854) Eingeführt durch Art. 8 des Restrukturierungsgesetzes v. 9.12.2010, BGBl. I 2010, 1900 (1930).

855) Haarmann, in 72. Jahresarbeitsstagung der FAStR 2021, S. 190 (197f.).

856) Kube, DStR 2016, 572 (573); Korn/Stöcker/Strahl/Mirbach/Korn/Bartone/Seifert/Feldgen/Stahl, in Korn, EStG, § 4 Rz. 1218.4 (März 2021); Schmidt/Loschelder, EStG, 40. Aufl. 2021, § 4 Rz. 615.

857) Zu dieser Frage allgemein Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 255f. (Febr. 2008) m.w.N.

858) Vogel/Walter, in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 127 (Juli 2004); Heintzen, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 105 Rz. 59; Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 254 (Febr. 2008).

859) Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 188 (Mai 2015).

860) BVerfG, Urteil v. 24.7.1962 – 2 BvF 4/61, BVerfGE 14, 197 (220); Graßhof, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerfG, Art. 105 GG Nr. 38 (Dez. 2000).

861) Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 4 Rz. 35.

862) Heintzen, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 105 Rz. 58; in der Sache ebenso Antoni, Die Zustimmungsbefürftigkeit von Bundesgesetzen, AöR 113 (1988), 330 (422); Wernsmann, Reichweite der Zustimmungsbefürftigkeit von Gesetzen im Bundesrat, NVwZ 2005, 1352 (1355f.).

863) So Kment, in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 105 Rz. 37.



Der Fiskalschutz vor dem Entzug der Finanzquellen von Ländern und Gemeinden ohne die mehrheitliche Zustimmung der Länder<sup>864</sup>) ist nur eine Seite des Schutzzwecks des Zustimmungserfordernisses nach Art. 105 Abs. 3 GG.<sup>865</sup>) Daneben steht – ohne Rücksicht auf das eigene Steuervolumen – die Mitbestimmung der Länder bei der Finanzpolitik. Art. 105 Abs. 3 GG mildert die dem Bund kompetenzrechtlich eingeräumte Definitionsmacht über die wichtigsten Ländereinnahmen verfahrensrechtlich ab und gewährt umgekehrt auch den Landesregierungen politischen Einfluss auf die Einnahmen des Bundes aus den ertragskräftigen Gemeinschaftsteuern und verflechtet das fiskalische Handeln von Bund und Ländern verfahrensrechtlich.<sup>866</sup>) Art. 105 Abs. 3 GG wird darum zu Recht als „eine der wichtigsten Vorschriften der grundgesetzlichen Bundesstaatskonzeption“<sup>867</sup>) angesehen. Das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates nach Art. 105 Abs. 3 GG ist ein Gegengewicht zur Dominanz des Bundes in der Steuergesetzgebung.<sup>868</sup>) Insoweit leistet Art. 105 Abs. 3 GG einen wichtigen Beitrag zur Wahrung des föderalen Gleichgewichts.<sup>869</sup>) Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Hand in Hand mit der weitreichenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes geht dabei ein ausgedehntes Zustimmungsrecht des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren (Art. 104a Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2, Art. 105 Abs. 3, Art. 106 Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 Satz 5, Art. 107 Abs. 1 Satz 2 und 4, Art. 108 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 2 und Abs. 7 GG)“<sup>870</sup>) Der Zustimmungsvorbehalt des Art. 105 Abs. 3 gewährt den Ländern einen Ausgleich für ihre weitgehende Verdrängung aus der Steuergesetzgebung.<sup>871</sup>) Darin liegt indes nur eine bundesstaatliche (Teil-)Kompensation<sup>872</sup>), denn das Mitwirkungsrecht an der Bundesgesetzgebung kompensiert kaum angemessen den Verlust an Landesgesetzgebungskompetenz.<sup>873</sup>) Zur Sicherung dieser politischen Funktion und der gefundenen bundesstaatlichen Balance darf die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 105 Abs. 3 GG nicht verengt und derart monetarisiert werden, dass sie nur für Gesetze greift, die eine konkrete Min-

derung des Steueraufkommens von Ländern und Gemeinden bewirken.<sup>874</sup>) Ihr politisches Mitspracherecht knüpft bereits an die abstrakte Betroffenheit der Länderinteressen durch deren Mit-Ertragszuständigkeit an.<sup>875</sup>) Aufgrund der Beteiligung der Länder am Aufkommen aus der Steuer ist bereits die Zustimmung des Bundesrates erforderlich.<sup>876</sup>) Weiterer Anforderungen, etwa eines „Einbruchs in das Reservat der Länder“<sup>877</sup>) bedarf es bei zustimmungspflichtigen Steuergesetzen nicht.

Art. 105 Abs. 3 GG normiert vielmehr eine unbedingte und generelle Zustimmungspflicht für die Ausgestaltung der Gemeinschaftsteuern<sup>878</sup>) und ist nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft.<sup>879</sup>) Namentlich Christian Seiler betont: „Die Voraussetzungen einer Zustimmungspflicht sind insbesondere bei den Gemeinschaftssteuern, das heißt bei der Einkommen-, der Körperschaft- und der Umsatzsteuer, gegeben (Art. 105 Abs. 2 1. Fall in Verbindung mit Art. 106 Abs. 3 GG)“<sup>880</sup>) Es kommt – nach dem Wortlaut<sup>881</sup>) – nur darauf an, dass das „Aufkommen den Ländern oder den Gemeinden (Gemeindeverbänden) ganz oder zum Teil zufließt“. Bereits daraus erwächst die Zustimmungspflicht des Bundesrates.<sup>882</sup>) Ob die materiell-rechtlichen Steuerregelungen innerhalb eines Gesetzes von untergeordneter Bedeutung sind, ist – nach Maßgabe des Grundsatzes der gesetzgebungstechnischen Einheit – für den Zustimmungsbedarf unerheblich.<sup>883</sup>) Weiterhin kommt es nicht darauf an, ob durch das in Frage stehende Gesetz steuerliche Mehr- oder Mindereinnahmen für die Länder erwachsen.<sup>884</sup>)

Gegen die Zustimmungsbedürftigkeit nach der konkreten Aufkommensquantifizierung spricht (mittelbar) auch, dass das Grundgesetz eine solche Koppelung kennt, aber in Art. 105 Abs. 3 GG nicht vorschreibt. Das haushaltsrechtliche Initiativ-

874) Dafür aber Kment, in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 105 Rz. 37; Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 256 (Febr. 2008).

875) Ebenso allein auf die „eigene [ ] Ertragszuständigkeit“ der Länder abstellend Henneke, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 105 Rz. 43.

876) Insoweit auch Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 254 (Febr. 2008).

877) Darauf abhebend für ein (erneutes) Zustimmungsbedürfnis nach Art. 77 GG Brosius-Gersdorf, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rz. 49.

878) Schreibweise entsprechend Art. 106 Abs. 3 Satz 1 GG.

879) Ohne weitere Eingrenzungen zum Beispiel Heintzen, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 105 Rz. 57; Vogel/Walter, in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 128 (Juli 2004).

880) Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 189 (Mai 2015); gleichsinnig zuvor ders., Steuer- und Finanzgesetzgebung, in Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 31 Rz. 28.

881) Deutlich Wernsmann, NVwZ 2005, 1352 (1356, Note 44): „Allerdings ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 105 Abs. 3 GG der Schutz der Länderfinanzen nicht die Grenze der Zustimmungsbedürftigkeit“.

882) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 1123; Schenke, in Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 14; Seer, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 2.44.

883) Kube, in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 105 Rz. 39 (15.5.2021); Heintzen, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 105 Rz. 59.

884) Auch Wernsmann, NVwZ 2005, 1352 (1356, Note 44) betont, dass „sich allenfalls verfassungspolitisch (nicht aber verfassungsrechtlich) die Frage“ stellt, wieso auch Steuergesetze, die die Finanzausstattung der Länder verbessern und nicht verschlechtern, zustimmungsbedürftig sind. A.A. aber Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 256 (Febr. 2008), der in diesen Fällen für eine teleologische Reduktion der Zustimmungsbedürftigkeit plädiert.

864) Heun, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 43; ähnlich Siekmann, in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 105 Rz. 11: Schutz „vor der Austrocknung der Finanzquellen der Länder durch den Bund“.

865) Darauf begrenzt aber Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 255 f. (Febr. 2008).

866) Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 187 (Mai 2015).

867) Kube, in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 105 Rz. 38 (15.5.2021).

868) Jachmann-Michel/Vogel, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 53; Heun, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 43; Siekmann, in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 105 Rz. 11; Wendt, Finanzhoheit und Finanzausgleich, in Kirchhof/Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 139 Rz. 23; ebenso Henneke, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 105 Rz. 43.

869) Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 4 Rz. 35; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 1123; nachdrücklich Wendt, in Kirchhof/Isensee, Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 139 Rz. 23.

870) BVerfG, Urteil v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274 (301).

871) Heintzen, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 105 Rz. 58; Kube, in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 105 Rz. 38 (15.5.2021); Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 4 Rz. 35; Vogel/Walter, in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 127 (Juli 2004).

872) Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 4 Rz. 35.

873) Vogel/Walter, in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 128 (Juli 2004); ebenso Heun, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 43.

monopol der Bundesregierung wird durch Art. 113 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GG bestätigt<sup>885</sup>), wonach Gesetze, die Ausgaben-erhöhungen oder Einnahmeminderungen gegenüber dem von der Bundesregierung vorgeschlagenen Haushaltsplan vorsehen, der Zustimmung der Bundesregierung bedürfen. Nicht sämtliche „finanzwirksame Gesetze“, sondern nur bestimmte<sup>886</sup>), die neue oder höhere Ausgaben oder Einnahmeminderungen mit sich bringen, sind zustimmungsbedürftig.<sup>887</sup> Umgekehrt unterliegen einnahmeerhöhende Änderungsvorschläge nicht dem Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Bundesregierung, der einer den formellen Haushaltsausgleich gefährdenden Ausgabenfreudigkeit des Parlaments im parlamentarischen Regierungssystem entgegenwirken soll.<sup>888</sup> Dieser finanzverfassungsrechtliche Vergleich belegt, dass das Grundgesetz die Zustimmungsbedürftigkeit im Gesetzgebungsverfahren funktional ausgestaltet und bei Art. 105 Abs. 3 GG gerade keine Differenzierung nach Aufkommenswirkungen vorsieht. Der Zustimmung des Bundesrates bedürfen mithin sämtliche Gesetze über Gemeinschaftsteuern ohne Rücksicht auf eine finanzielle Statusverschlechterung von Ländern und Gemeinden. Gerade lenkende Steuergesetze können bei Gemeinschaftsteuern zu Lasten der Länder gehen „und unter Umständen Länderkompetenzen überspiel[en]“<sup>889</sup>), weshalb diese durch das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates geschützt werden.<sup>890</sup>

Überdies gibt der Umstand, dass auch das Bundesverfassungsgericht die Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes nach der Intention des Grundgesetzes als Ausnahme einstuft<sup>891</sup>), für die Auslegung nichts her.<sup>892</sup> Einerseits bringt die Ausnahmefall-These keine sachlichen Kriterien hervor, wann dieser Einzelfall vorliegt. Darum darf die Betonung des Ausnahmefalls die rechtliche Prüfung nicht beeinflussen.<sup>893</sup> Andererseits ist bei den jüngeren Verfassungsreformen mit dem Ziel, die Zahl der zustimmungsbedürftigen Gesetze einzudämmen, Art. 105 Abs. 3 GG unberührt geblieben.<sup>894</sup> Bei Steuergesetzen über Gemeinschaftsteuern ist nach der bereichsspezifischen Wertung des Grundgesetzes die Zustimmungsbedürftigkeit mit gutem Grund die verfassungsrechtliche Regel ohne Ausnahme.

Steuergesetze über Gemeinschaftsteuern sind mithin ohne Rücksicht auf die konkreten Ertragsauswirkungen der Gesetzesänderung nach Art. 105 Abs. 3 GG zustimmungspflichtig.

Der Bundesrat hatte im Jahre 2010 seine Zustimmung zum Restrukturierungs(fonds)gesetz erteilt. Ob diese trotz der materiell-rechtlichen Änderungen des Gesetzes noch fortgilt oder aber wegen grundlegender materieller Änderungen im Jahre 2014 hätte erneuert werden müssen, regelt Art. 105 Abs. 3 GG nicht. Die näheren Maßstäbe und das Verfahren der Beteiligung des Bundesrates richten sich vielmehr nach den allgemeinen Regeln des Art. 77 GG.<sup>895</sup>) Daran ist eine erneute Zustimmungspflicht zum steuerlichen Abzugsverbot im Folgenden zu messen.

## 2. Zustimmungsbedürfnis des Bundesrates und Beeinträchtigung von Länderinteressen

An der Gesetzgebung des Bundes wirkt der Bundesrat, der aus Mitgliedern der Regierungen der Länder besteht (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GG), mit (Art. 50, 77 GG). Bei Zustimmungsgesetzen hat der Bundesrat ein echtes Mitentscheidungsrecht.<sup>896</sup>) Der Bundesrat kann den Gesetzesbeschluss allerdings nicht einseitig verändern oder gestalten, sondern lediglich durch (Nicht-)Zustimmung oder Einspruch darauf reagieren.<sup>897</sup>) Gleichwohl legt das Grundgesetz einen Teil der Legislative in die Hand der Exekutive.<sup>898</sup>) Diese Beteiligung der Landesexekutive an der Gesetzgebung öffnet das Gesetzgebungsverfahren für besondere Länderinteressen und für die Vollzugserfahrung der Landesregierungen und den Fachverstand ihrer Behörden.<sup>899</sup>) Der Bundesrat nimmt zugleich eine föderale Kontrollfunktion gegenüber der Bundesregierung wahr.<sup>900</sup>) Insbesondere über die Zustimmungs- und Einspruchskompetenzen des Bundesrats sowie die politisch zentrale Stellung des Vermittlungsausschusses erhalten die föderalen Exekutiven entscheidenden Einfluss auf die Bundesgesetzgebung.<sup>901</sup>) Dabei ist die Reichweite der Zustimmungsbedürftigkeit von Gesetzen politisch wie verfassungsrechtlich umstritten.<sup>902</sup>) Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Bundesgesetzes schafft einen „parteienbundesstaatlichen Zwang zur Konsensdemokratie“, dessen Kehrseite die strategische Möglichkeit föderaler Obstruktion

885) Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rz. 75, 77 m.w.N.

886) Schwarz, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 113 Rz. 6.

887) Siekmann, in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 113 Rz. 9.

888) Kube, in Maunz/Dürig, GG Art. 113 Rz. 1 (Okt. 2008).

889) BVerfG, Beschluss v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 – Rz. 76.

890) Osterloh, Lenkungsnormen im Einkommensteuerrecht, in Besteuerung von Einkommen, DStJG 24 (2001), S. 383 (395).

891) BVerfG, Beschluss v. 25.6.1974 – 2 BvF 2/73, BVerfGE 37, 363 (381, 383); ebenso Degenhart, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 36. Aufl. 2020, Rz. 729; Kersten, in Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rz. 98 (April 2012).

892) A.A. aber Brosius-Gersdorf, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rz. 48, wonach die Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen nach dem Grundgesetz die Ausnahme und daher restriktiv auszulegen sei.

893) In anderem Kontext bereits Drüen, Verfahrensfragen beim Verrechnungspreisstreit, in Festschrift Kroppen, 2020, S. 151 (171) m.w.N.

894) Dies betont Heintzen, in von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 105 Rz. 58.

895) Seiler, in Maunz/Dürig, GG, Art. 105 Rz. 192 (Mai 2015).

896) Hömig/Wolff, GG für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 78 Rz. 2; Herzog, Aufgaben des Bundesrates, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 58 Rz. 6.

897) Dietlein, in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 77 Rz. 1 (15.5.2021).

898) Näher zur exekutivischen Struktur des Bundesrates Herzog, Stellung des Bundesrates im demokratischen Bundesstaat, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 57 Rz. 14 ff.

899) So insgesamt P. Kirchhof, Der Bürger in Zugehörigkeit und Verantwortung, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 283 Rz. 61; zu letzterem ebenso Risse/Wisser, Die Gesetzesberatung im Bundesrat und seinen Ausschüssen, in Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 18 Rz. 1.

900) Kersten, in Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 11 Rz. 81.

901) Kersten, in Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rz. 2 (April 2012).

902) Statt vieler Brosius-Gersdorf, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rz. 48; eingehend Wernsmann, NVwZ 2005, 1352 m.w.N.



ist.<sup>903</sup>) Angesichts des Umfangs der Zustimmungspflicht des Bundesrates wird teilweise für eine Zurückdrängung dieser plädiert.<sup>904</sup>) Zudem wird die Ausdehnung der Zustimmungspflicht des Bundesrates als Folge der „bundesratfreundlichen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht“<sup>905</sup>) eingestuft.<sup>906</sup>)

Das verfassungsrechtliche Erfordernis der Zustimmung des Bundesrats trägt „der besonders gewichtigen Berührung der föderalen Ordnung und des Interessenbereichs der Länder“ Rechnung.<sup>907</sup>) Allerdings kennt das Grundgesetz keine ungeschriebene Zustimmungsbedürftigkeit, etwa nach dem Maßstab der Beeinträchtigung von Länderinteressen.<sup>908</sup>) Die Zustimmungsbedürftigkeit des Bundesrates muss vielmehr durch einen „Titel“ im Grundgesetz angeordnet sein.<sup>909</sup>) Es gilt grundsätzlich das Enumerationsprinzip.<sup>910</sup>) Darum lässt sich eine Zustimmungsbedürftigkeit nicht aus allgemeinen Verfassungsgrundsätzen herleiten, weil das Bundesgesetz wichtige Länderinteressen tangiert.<sup>911</sup>) Würde die Zustimmungsbedürftigkeit von Gesetzen abstrakt und pauschal am „Sinn und Zweck des Zustimmungsvorbehaltes“<sup>912</sup>) gemessen, ob eine „erneute Systemverschiebung zu Lasten der Länder“ eintritt<sup>913</sup>), so scheint eine Zustimmungspflicht im konkreten Fall prima vista fernliegend. Denn nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist – entgegen der früheren Position des Bundesrates<sup>914</sup>) – nicht jedes Gesetz, das ein mit Zustimmung des Bundesrates ergangenes Gesetz ändert, allein aus diesem Grund zustimmungsbedürftig.<sup>915</sup>) Es ließe sich argumentieren, dass die Länderinteressen bereits hinreichend durch die Zustimmung des Bundesrates zum Restruktu-

rierungsgesetz im Jahre 2010, womit das steuerliche Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG eingeführt wurde, berücksichtigt sind. Immerhin hat die Neufassung des Restrukturierungsfondsgesetzes im Jahre 2014 weder die Vollzugaufgaben der Länder wesentlich verändert noch ihre Steuereinnahmen geschmälert. Diese Argumentation greift indes – wie sich im Folgenden zeigen wird – zu kurz, weil auf dem Boden der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überzeugende Gründe für die Zustimmungspflicht des Bundesrates sprechen, wenn materiell-rechtliche Gesetzesänderungen Neuerungen in Kraft setzen, die den nicht ausdrücklich geänderten Vorschriften eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen.

### 3. Zustimmungsbedürfnis des Bundesrates bei wesentlichen Änderungen der Bedeutung und Tragweite zustimmungsbedürftiger Vorschriften

Die Entscheidungslinie zur „wesentlichen anderen Bedeutung und Tragweite“ findet sich seit gut vierzig Jahren in der verfassungsgerichtlichen Judikatur und auch die rechtswissenschaftliche Kommentarliteratur hat sie aufgenommen und ausgebaut. Die – zunächst auf das Verwaltungsverfahren und die Zustimmungspflicht nach Art. 84 GG bezogene – Einschränkung der Zustimmungsfreiheit von Gesetzesänderungen geht auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Juni 1974 zurück, durch die die verfassungsrechtlichen Grundlagen maßgeblich gelegt worden sind.<sup>916</sup>) In dieser Grundlagenentscheidung hatte der 2. Senat im erklärten Anschluss an Ernst Friesenhahn<sup>917</sup>) im Grundsatz dem Bundesrat deutlich (mit fünf gegen drei Stimmen<sup>918</sup>) widersprochen:

„Enthält das Gesetz nicht selbst auch zustimmungsbedürftige Vorschriften und ändert es auch keine solchen Vorschriften ab, so ist es nicht zustimmungsbedürftig. Die dem ursprünglichen – zustimmungsbedürftigen – Gesetz erteilte Zustimmung hat sich nur auf dieses Gesetz bezogen und konnte sich nur darauf beziehen. Die These, daß die Zustimmungsbedürftigkeit das Gesetz, durch dessen Inhalt sie aufgelöst worden ist, gewissermaßen ‚überlebt‘, daß sie also eine Fern- und Dauerwirkung haben soll mit der Folge, daß jedes Änderungsgesetz erneut der Zustimmung des Bundesrates bedarf, findet im Grundgesetz keine Stütze.“<sup>919</sup>)

Die deutliche Kritik an der Senatsmehrheit im Sondervotum<sup>920</sup>) belegt, wie kontrovers um diese politisch wie staatsrechtlich

903) Zuletzt Kersten, *Parlamentarisches Regierungssystem*, in Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 11 Rz. 80.

904) Puhl, *Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung*, in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 48 Rz. 31.

905) Puhl, in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 48 Rz. 25.

906) Gegen die sogenannte verfassungsgerichtliche Einheitsthese, wonach ein Gesetz insgesamt zustimmungsbedürftig ist, wenn es nur eine einzige zustimmungsbedürftige Norm enthält, Kment, in Jarass/Piero, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 77 Rz. 4a m.w.N. und eingehend Wernsmann, *NVwZ* 2005, 1352 (1353 ff.).

907) Brosius-Gersdorf, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rz. 45 m.w.N.

908) Kment, in Jarass/Piero, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 77 Rz. 4.

909) Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, S. 144, der indes von einer Nachweispflicht des Bundesrates ausgeht.

910) Risse/Wisser, in Kluth/Krings, *Gesetzgebung*, 2014, § 18 Rz. 31.

911) Brosius-Gersdorf, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rz. 47; Mann, in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 77 Rz. 15.

912) Sannwald, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 78 Rz. 16, der diesen darin sieht, dass „die Länder davor geschützt sein sollen, in dem föderalistischen Gefüge unseres Grundgesetzes (Aufteilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern) ‚Systemverschiebungen‘ am Grundgesetz vorbei im Wege der einfachen Gesetzgebung hinnehmen zu müssen“.

913) Zu diesem Gedanken bereits BVerfG, Beschluss v. 25.6.1974 – 2 BvF 2/73, BVerfGE 37, 363 (379 f.); BVerfG, Urteil v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, BVerfGE 48, 127 (178); Bryde, in v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 77 Rz. 36; Kersten, in Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rz. 98 (April 2012); dagegen aber Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, S. 144; Kment, in Jarass/Piero, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 77 Rz. 4.

914) Gegen diese Position bereits H. Schneider, *Die Zustimmung des Bundesrates zu Gesetzen DVBl* 1953, 257 (258 ff.); eingehend zur Streitlage Ossenbühl, *Die Zustimmung des Bundesrates beim Erlaß von Bundesrecht*, AöR 99 (1974), 369; Antoni, AöR 113 (1988), 330 (340 ff.).

915) BVerfG, Beschluss v. 25.6.1974 – 2 BvF 2/73, BVerfGE 37, 363 (379); BVerfG, Urteil v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, BVerfGE 48, 127 (178); ebenso Kment, in Jarass/Piero, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 77 Rz. 5.

916) Zutreffend Papier, *Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeiten von Kernkraftwerken*, *NVwZ* 2010, 1113 (1114).

917) Friesenhahn, *Die Rechtsentwicklung hinsichtlich der Zustimmungsbedürftigkeit von Gesetzen und Verordnungen des Bundes*, in: *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft – Beiträge zum 25jährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, 1974, S. 251 ff.

918) BVerfG, Beschluss v. 25.6.1974 – 2 BvF 2/73, BVerfGE 37, 363 (383).

919) BVerfG, Beschluss v. 25.6.1974 – 2 BvF 2/73, BVerfGE 37, 363 (382).

920) Abweichende Meinung der Richter v. Schlabrendorff, Geiger und Rinck, BVerfGE 37, 363 (401 ff.).

umstrittene Frage gerungen wurde. Einstimmig wurde hingegen folgender Vorbehalt formuliert:

„Allerdings gibt es eine Reihe von Fällen, in denen für die Änderung eines Zustimmungsgesetzes wiederum die Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist. Das liegt auf der Hand, wenn das Änderungsgesetz selbst neue Vorschriften enthält, die ihrerseits die Zustimmungsbedürftigkeit auslösen. Gleiches gilt, wenn von der Änderung solche Regelungen des geänderten Gesetzes betroffen sind, die seine Zustimmungsbedürftigkeit begründet hatten. *Dazu gehört auch der Fall, daß ein Zustimmungsgesetz, das sowohl materiell-rechtliche Normen als auch Vorschriften über das Verfahren der Landesverwaltung (Art. 84 Abs. 1 GG) enthält, durch ein Gesetz geändert wird, das sich zwar auf die Regelung materiell-rechtlicher Fragen beschränkt, in diesem Bereich jedoch Neuerungen in Kraft setzt, die den nicht ausdrücklich geänderten Vorschriften über das Verwaltungsverfahren eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen.*“<sup>921)</sup>

An der Formel von der „wesentlich veränderten Bedeutung und Tragweite“<sup>922)</sup> hat das Bundesverfassungsgericht seither festgehalten<sup>923)</sup>, obwohl sie natürlich im Einzelfall zu Streit führen kann.<sup>924)</sup> Nach seiner Rechtsprechung bedurfte „die in den materiell-rechtlichen Vorschriften des Wehrpflichtänderungsgesetzes angelegte neue Verschiebung von Verwaltungszuständigkeiten zu Lasten der Länder“ der Zustimmung des Bundesrates.<sup>925)</sup> Die vom Bundestag beschlossene Umgestaltung des zivilen Ersatzdienstes gab zugleich „der in dem Zivildienstgesetz vorgesehenen Bundesauftragsverwaltung einen neuen Inhalt und eine *wesentlich andere Bedeutung und Tragweite*. Ob auch Verwaltungsaufgaben mit dieser *neuen, wesentlich veränderten Bedeutung und Tragweite* abweichend vom Grundsatz des Art. 83 GG vom Bund wahrgenommen werden sollen, durfte gemäß Art. 87b Abs. 2 Satz 1 GG nicht ohne erneute Zustimmung des Bundesrates entschieden werden“.<sup>926)</sup>

Dagegen steht bei der europäischen Neuausrichtung der Bankenabgabe offenkundig kein „neuer Einbruch in die Ver-

waltungszuständigkeit der Länder“<sup>927)</sup> in Rede. Durch die wesentlichen Änderungen der vollzugsfähigen und vollzugsbedürftigen Sachregelungen werden die Vollzugsaufgaben der Länder nicht wesentlich verändert und insbesondere erfolgt keine Vermehrung von Vollzugsaufgaben.<sup>928)</sup> Denn durch die Europäisierung ändert sich nichts am Verwaltungsvollzug: Die Bankenabgabe bleibt nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG nicht abzugsfähig. Wie sie berechnet wird, hat für die umstrittene Frage der Lenkungseignung und -wirkung erhebliche Bedeutung (dazu Teil 2 V.), ist aber für die Umsetzung durch die Landesfinanzbehörden irrelevant. Vor wie nach 2015 reduziert sich der Vollzugsaufwand der Länder darauf zu kontrollieren, ob dem Abzugsverbot für die – wie auch immer berechnete – Bankenabgabe Rechnung getragen und die Zahlungen außerbilanziell dem Gewinn hinzugerechnet<sup>929)</sup> wurden. Tangiert das unveränderte Abzugsverbot den Verwaltungsvollzug durch die Länder nicht, so lässt sich die neue Zustimmungsbedürftigkeit zum Abzugsverbot nicht aus der Verwaltungskompetenz der Länder nach Art. 108 Abs. 3 GG herleiten. Daneben steht indes – wie bereits dargelegt (siehe Teil 2 IV. 1.) – die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 105 Abs. 3 GG. Die danach erforderliche Zustimmung des Bundesrates des Steuergesetzes folgt nicht daraus, dass der Bund in die Verwaltungshoheit der Länder „hineinregieren“ würde, sondern weil sein Gesetz die Länderfinanzen berührt.<sup>930)</sup>

Dabei darf die Judikatur zur Zustimmungsnotwendigkeit, die gerade zur Verwaltungszuständigkeit ergangen ist, nicht allein auf Fälle begrenzt werden, in denen durch die Änderung der materiellen Regelungen der Bereich der Auftragsverwaltung wesentlich verändert oder erweitert wird.<sup>931)</sup> Das ist zweifellos die Anlassfallgruppe für die „Tragweite-Rechtsprechung“.<sup>932)</sup> Die Rechtsprechung zur Zustimmungsbedürftigkeit einer materiellen Gesetzesänderung wegen einer „wesentlich anderen Bedeutung und Tragweite“ gegenüber der ursprünglich erteilten Zustimmung wird aber – über Änderungen auf der Vollzugsebene hinaus – inzwischen<sup>933)</sup> verbreitet als eigenständige (dritte) Fallgruppe der Zustimmungsbedürftigkeit begriffen.<sup>934)</sup> Allgemein ist die Lehre der Rechtsprechung zur eingeschränkten Zustimmungsbedürftigkeit von Änderungsgesetzen, die in gewisser Weise einen Gegenpol zur Einheitsthese bildet, weitest-

921) BVerfG, Beschluss v. 25.6.1974 – 2 BvF 2/73, BVerfGE 37, 363 (383), Hervorhebung durch den Verf.

922) Ebenso Badura, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, G Rz. 50; Degenhart, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 36. Aufl. 2020, Rz. 735; Sannwald, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 78 Rz. 16; R. Schmidt, Die Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen, JuS 1999, 861 (866); Papier, NVwZ 2010, 1113 (1114ff.); kritisch aber Antoni, AöR 113 (1988), 330 (377f.); ablehnend mit knappem Hinweis auf eine unzulässige Herstellung einer „Verklammerung zwischen Änderungsgesetz und zu änderndem Gesetz“ Hebel, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 77 Rz. 52 (Dez. 2015).

923) Stellvertretend BVerfG, Beschluss v. 4.5.2010 – 2 BvL 8/07, BVerfGE 126, 77 – Rz. 142 f., 148 f.; Entscheidungsanalyse bei Kendzia, Die Zustimmungsbedürftigkeit von Laufzeitenverlängerungen für Atomkraftwerke, DÖV 2010, 713 (714f.).

924) So schon Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 147.

925) BVerfG, Urteil v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, BVerfGE 48, 127 (177).

926) BVerfG, Urteil v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, BVerfGE 48, 127 (184), Hervorhebung durch den Verf.

927) Zu diesem Negativkriterium der Zustimmungsbedürftigkeit BVerfG, Beschluss v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196 (1. Leitsatz, Rz. 161, 184f.) m.w.N.; Kment, in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 77 Rz. 5.

928) Allgemein zu diesen Kriterien Papier, NVwZ 2010, 1113 (1114, 1117) m.w.N.

929) Zu dieser Rechtsfolge Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 10 (Juli 2015); Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1896 (Dez. 2019).

930) Wernsmann, NVwZ 2005, 1352 (1355).

931) So aber Antoni, AöR 113 (1988), 330 (342).

932) BVerfG, Urteil v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, BVerfGE 48, 127 (Wehrpflicht- und Zivildienst-Änderungsgesetz); BVerfG, Beschluss v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196 (Beitragssatzsicherungsgesetz); BVerfG, Beschluss v. 4.5.2010 – 2 BvL 8/07, BVerfGE 126, 77 – Rz. 142 f., 148 f. (Luftsicherheitsgesetz).

933) Eine Fortentwicklung des Rechtsgrundsatzes noch offenlassend BVerfG, Urteil v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74, BVerfGE 39, 1– Rz. 130.

934) Kendzia, DÖV 2010, 713 (714); Kersten, in Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rz. 101 (April 2012); Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 1, 2011, § 21 Rz. 225.



gehend gefolgt.<sup>935)</sup> Das gilt namentlich für die in erster Linie im Zustimmungstatbestand des Art. 84 Abs. 1 GG a.F.<sup>936)</sup> wurzelnde Fallgruppe, dass Änderungsgesetze nach der Rechtsprechung zustimmungsbedürftig sind, wenn zwar nur materiell-rechtliche Normen geändert werden, hierdurch aber auch die nicht ausdrücklich geänderten Vorschriften über das Verwaltungsverfahren bei sinnorientierter Auslegung eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite erfahren.<sup>937)</sup> Weitergehend und abgekoppelt von den Ausgangsfällen der Zustimmungspflicht nach Art. 84 GG a.F. wird in der Literatur die Zustimmungsbedürftigkeit des geänderten Gesetzes auch angenommen, wenn das Änderungsgesetz, ohne solche Vorschriften formell zu ändern, dem geänderten Gesetz in einer Weise einen neuen Inhalt gibt, dass die zustimmungsbedürftigen Vorschriften eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite erhalten.<sup>938)</sup> Hinreichend ist danach, dass die zustimmungsbedürftigen Vorschriften eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite erhalten.<sup>939)</sup> Die dritte Fallgruppe der Zustimmungspflicht liegt in „einer Veränderung der Bedeutung oder Tragweite von zustimmungsbedürftigen Regelungen“, was voraussetzt, dass sich durch die Gesetzesänderung der normative Gehalt einer (ursprünglich) zustimmungsbedürftigen Norm verändert“.<sup>940)</sup> Damit ist die vom Bundesverfassungsgericht für die Zustimmungsbedürftigkeit wegen Verwaltungszuständigkeiten entwickelte „Tragweite-Rechtsprechung“ zutreffend verallgemeinert. Die Zustimmungsbedürftigkeit hängt danach von der Qualität der Änderung ab.<sup>941)</sup> Der „schützende[ ] Vorbehalt der Bundesratszustimmung“<sup>942)</sup> betrifft danach solche Änderungen, die „in das den Gegenstand der Novellierung bildende Zustimmungsgesetz derart ‚eingreifen‘, dass dessen Inhalt ein wesentlich anderer wird“.<sup>943)</sup> Anders formuliert besteht eine Zustimmungspflicht, wenn das Änderungsgesetz „derart auf das zu ändernde Gesetz einwirkt, dass dieses von der ursprünglichen Zustimmung des Bundesrates als nicht mehr gedeckt angesehen werden kann“.<sup>944)</sup>

#### 4. Zustimmungsbefürfnis des Bundesrates wegen wesentlicher Änderungen der Bedeutung und Tragweite des Abzugsverbots ab 2015 durch die Europäisierung der Bankenabgabe

Das ursprüngliche Gesetz ist mit Zustimmung des Bundesrates<sup>945)</sup> wirksam zustande gekommen. Die Anpassung der Bankenabgabe an die europäischen Vorgaben erfolgte dagegen nicht mit Zustimmung des Bundesrates (siehe Teil 2 II. 1.). Nach der dritten anerkannten Fallgruppe (siehe Teil 2 IV. 3.) besteht eine Zustimmungsbedürftigkeit wenn das Änderungsgesetz „in das einstige Zustimmungsgesetz derart eingreift, dass dieses wesentlich verändert wird“.<sup>946)</sup> Ob sich durch die Gesetzesänderung der normative Gehalt einer (ursprünglich) zustimmungsbedürftigen Norm verändert, ist eine Frage der Gesetzesauslegung im Einzelfall.<sup>947)</sup> Diese Frage ist insbesondere am Verhältnis der geänderten nicht zustimmungsbedürftigen Vorschrift zur nicht geänderten zustimmungsbedürftigen Regelung zu beantworten.<sup>948)</sup> Darum ist vor allem „das systematische Verhältnis zwischen der formal geänderten nicht zustimmungsbedürftigen Vorschrift und der formal nicht geänderten zustimmungspflichtigen Regelung zu konkretisieren“.<sup>949)</sup>

Auf den geänderten nicht zustimmungsbedürftigen Vorschriften über die Ausgestaltung und Bemessung der Bankenabgabe baut die nicht geänderte zustimmungsbedürftige Regelung über das steuerliche Betriebsausgabenabzugsverbot planmäßig auf. Die Verbindung geht über die gesetzliche Einheit in einem Gesetz hinaus, wie bereits die ursprüngliche Gesetzesbegründung belegt. Die Bundesregierung hat das steuerliche Abzugsverbot im Jahre 2010 wie folgt begründet:<sup>950)</sup>

„Das Abzugsverbot des § 4 Absatz 5 Satz 1 Nummer 13 des Einkommensteuergesetzes trägt dazu bei, systemische Risiken im Finanzsektor zu reduzieren. *Bankgeschäfte, von denen systemische Risiken ausgehen können, werden gezielt belastet und damit verteuert (Internalisierung externer Effekte).* Die Abgabe erhöht den Teil der Refinanzierungskosten, der in besonderem Maße von der Bonitätseinschätzung der Marktteilnehmer abhängig ist. Dadurch wird die tatsächliche Risikotragfähigkeit des Kreditinstituts realistischer eingepreist und die Möglichkeit zur Geschäftsausweitung begrenzt. *Diese Begrenzung der Möglichkeit zur Ausweitung*

935) Explizit Masing/Risse, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 77 Rz. 54.

936) Dazu eingehend Antoni, AöR 113 (1988), 330 (349 ff.).

937) Masing/Risse, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 77 Rz. 54.

938) Bryde, in v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 77 Rz. 36; Kendzia, DÖV 2010, 713 (714f., 718); vorsichtiger Brosius-Gersdorf, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rz. 49 „soll gelten“.

939) Kment, in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 77 Rz. 5; ebenso Haratsch, in Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 77 Rz. 3; Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 256 (Febr. 2008).

940) Kersten, in Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rz. 101 (April 2012).

941) Deutlich zur „neuen, andersartigen Qualität“ des Änderungsgesetzes bereits BVerfG, Urteil v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, BVerfGE 48, 127 (177); anders aber die Deutung von Mann, in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 77 Rz. 17, Note 33.

942) So die Formulierung von BVerfG, Beschluss v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196 – Rz. 183.

943) So auch Mann, in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 77 Rz. 17; gleichsinnig Kokott, in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 77 Rz. 88 (Mai 2014): „in das einstige Zustimmungsgesetz derart eingreift, dass dieses wesentlich verändert wird“.

944) Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 1, 2011, § 21 Rz. 225.

945) Nochmals BGBI. I 2010, 1900: „Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen“.

946) Nochmals Kokott, in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 77 Rz. 88 (Mai 2014).

947) Kersten, in Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rz. 101 (April 2012); ebenso Kokott, in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 77 Rz. 88 (Mai 2014).

948) Kokott, in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Art. 77 Rz. 88 (Mai 2014).

949) So Kersten, in Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rz. 101 (April 2012).

950) Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 27.9.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), BT-Drucks. 17/3024, S. 83 (Hervorhebung durch den Verf.).

des Geschäfts internalisiert einen Teil der Kosten der Risikovorsorge für das systemische Risiko.

Durch eine Änderung der Geschäftspolitik können Kreditinstitute ihre Abgabenlast reduzieren. Damit wird durch die Beiträge eine vorsichtigere Geschäftspolitik gefördert. *Die Jahresbeiträge können nur dann diese Lenkungswirkung, die über eine reine Finanzierungsfunktion hinausgeht, in vollem Umfang erreichen, wenn sie den Gewinn nicht als Betriebsausgaben mindern (Abzugsverbot).* Die Sonderbeiträge nach § 12 Absatz 3 des Restrukturierungsfondsgesetzes haben hingegen vorrangig Finanzierungsfunktion.“

Nach der Intention des Gesetzes, dem der Bundesrat seine Zustimmung erteilt hat, soll die Bankenabgabe eine an systemischen Risiken orientierte Lenkungswirkung ausüben, die erst durch das „begleitende“ steuerliche Abzugsverbot<sup>951)</sup> in vollem Umfang erreicht werden kann. Das Gesetz, dem der Bundesrat die Zustimmung erteilt hat, baute auf dem erklärten Lenkungsanspruch der Bankenabgabe auf, der durch das steuerliche Abzugsverbot verstärkt werden sollte.<sup>952)</sup> Das steuerrechtliche Abzugsverbot der Jahresbeiträge der Sonderabgabe soll „weiteren Nachdruck ... verleihen“<sup>953)</sup> und „den Charakter der Lenkungsfunktion unterstreich[en]“.<sup>954)</sup> Damit verfolgte das zustimmungspflichtige Steuergesetz keinen eigenen, originären Lenkungszweck, sondern sollte den mit der deutschen Bankenabgabe im Jahre 2010 intendierten Lenkungszweck unterstützen.<sup>955)</sup> Die Frage, ob der normative Gehalt einer (ursprünglich) zustimmungsbedürftigen Norm wesentlich verändert wurde, hängt mithin von der Ausgestaltung der Bankenabgabe selbst ab. Dabei geht selbst die Bundesregierung nicht von einer Kontinuität der Bankenabgabe aus<sup>956)</sup> und führt in der Begründung zum Regierungsentwurf aus: „Die derzeit erhobene Bankenabgabe wird durch die Einführung einer neuen, den Vorgaben der Richtlinie entsprechenden Bankenabgabe abgelöst“.<sup>957)</sup> Dabei ist für die Beurteilung der materiellen Veränderung von Bedeutung und Tragweite auch zu berücksichtigen, dass die EU-Bankenabgabe im Verhältnis zur

deutschen Bankenabgabe zu einer deutlich höheren Belastung führt.<sup>958)</sup> Damit erlangt auch das steuerliche Abzugsverbot eine andere quantitative Bedeutung.

Zudem ändert sich auch die Ausrichtung der Bankenabgabe. Die deutsche Bankenabgabe als vom Gesetzgeber intendiertes Instrument der Wirtschaftslenkung durch Abgabenrecht<sup>959)</sup> lag die „auf das systemische Risiko bezogene Lenkungsabsicht“<sup>960)</sup> zugrunde. Den gesetzlichen Lenkungsanspruch durch die Bankenabgabe formuliert die Gesetzesbegründung im Jahre 2010 wie folgt:

„Die Beitragsbemessung wird am systemischen Risiko ausgerichtet sein. Das systemische Risiko ist anhand der Größe eines Kreditinstituts und seiner Vernetzung im Finanzmarkt, insbesondere anhand seiner Verbindlichkeiten gegebenenfalls unter Heranziehung weiterer Indikatoren zu bestimmen. Damit leistet die Abgabe einen Beitrag für eine risikoadäquate Unternehmensführung bei den Kreditinstituten (Lenkungswirkung).“<sup>961)</sup>

Ebenbürtige mit der Bankenabgabe bekundete und normativ angeleitete Lenkungsansprüche fehlen in den europäischen wie nationalen Gesetzgebungsakten zur Europäisierung der Bankenabgabe ab 2015. Diese materielle Frage ist unter V. zu vertiefen. In formeller Hinsicht reicht es aus, dass die bisherige Lenkungsgrundlage, auf der das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG und die erteilte Zustimmung des Bundesrates aufbaut, wesentlich verändert wurde. Das ist wegen der „Mutation“ der Bankenabgabe auf europäischer Ebene zur vorrangigen Finanzierungsfunktion ohne einen normativ angeleiteten Lenkungsanspruch der Fall. Denn die Finanzierungsfunktion des europäischen Abwicklungsfonds steht deutlich im Vordergrund (siehe bereits Teil 2 II. 4.). In der Unionsrechtsetzung wird eher beiläufig, jedenfalls aber „nur ergänzend und nachgelagert darauf rekurriert“<sup>962)</sup>, „Anreize zu schaffen, weniger riskant zu operieren“.<sup>963)</sup> Die normative Ausgestaltung der Bemessung und Erhebung der europäischen Bankenabgabe (siehe bereits Teil 2 II. 4.) berücksichtigt indes die Risikoneigung eines Instituts nur in einem recht eingeschränkten Umfang.<sup>964)</sup> Darum wird ein europäischer Ansatz des Lenkungswillens vermisst.<sup>965)</sup> Zudem wird vertreten, dass sich § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG nach der Europäisierung der Bankenabgabe nicht mehr auf das ursprüngliche Lenkungsziel stützen lässt.<sup>966)</sup> Darauf ist zurückzukommen (unter Teil 2 V.).

951) Kube, DStR 2016, 572 (577).

952) Zum Zweck des steuerlichen Abzugsverbots, die Zielrichtung der Bankenabgabe zu verstärken Feyerabend/Behnes/Helios, Finanzierung des Restrukturierungsfonds durch die Bankenabgabe, DB 2011, Beilage Nr. 4 zu Heft 13/2011, 38 (44); Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, Bankenabgabe und Verfassungsrecht – Teil II: Verfassungsmäßige Ausgestaltung, WM 2010, 2193 (2203); zustimmend Hey, Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik, DStJG 39 (2016), 11 (31); zuletzt Treiber, Anm., BFH/PR 2021, 146 (147).

953) Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011).

954) Watrin, in Frotscher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 879a (Dez. 2019).

955) Teil 1, S. 27 ff.

956) Ebenso im Anschluss an das BMF Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1047f.): „Ablösung der bislang in Deutschland erhobenen Form der Bankenabgabe zugunsten der Einführung einer neuen auf europäischer Ebene einheitlich gestalteten Abgabe“.

957) Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 22.9.2014, Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (BRRD-Umsetzungsgesetz), BT-Drucks. 18/2575, S. 3.

958) Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1048) m.w.N.; zur Entwicklung der Bankenabgabe seit 2015 [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Abwicklung/Bankenabgabe/Banken\\_abgabe\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Abwicklung/Bankenabgabe/Banken_abgabe_node.html).

959) Dazu und zum Folgenden bereits Teil 1, S. 32.

960) Hessischer VwGH, Urteil v. 30.7.2014 – 6 A 1079/13, juris – Rz. 62.

961) BT-Drucks. 17/3024, S. 42.

962) Treffend Kube, DStR 2016, 572 (575).

963) Erwägungsgrund 107 zur Richtlinie 2014/59/EU; Erwägungsgrund 109 zur EU-VO 806/2014.

964) Kube, DStR 2016, 572 (575).

965) So Haarmann, in 72. Jahresarbeitstagung der FASr 2021, S. 190 (197).

966) So Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.



Wenn die europäische Neuausrichtung der Bankenabgabe als Finanzierungsabgabe keinen normativ angeleiteten Lenkungsanspruch mehr verfolgt, kann aber das nationale steuerliche Abzugsverbot nicht mehr unverändert darauf aufsetzen und es „begleiten“ und „verstärken“. Das novellierte Gesetz zur EU-Bankenabgabe verabschiedet die normativ angeleitete Lenkungsgrundlage, auf der der lenkende Steuergesetzgeber zuvor aufbauen wollte. Fehlt aber die hinreichende außersteuerliche Lenkungsgrundlage, auf der die erteilte Zustimmung des Bundesrates beruht, so hat das materielle Recht insgesamt eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite erlangt. Dabei entfällt ohne einen normativ angeleiteten Lenkungsanspruch bei der Bankenabgabe nicht allein die Möglichkeit, darauf aufzubauen, sondern werden neue Überlegungen zur Rechtfertigung des Abzugsverbots als Lenkungsnorm erforderlich (dazu Teil 2 V.). Die Frage, ob ein Steuergesetz verhaltenslenkend oder aber als Lastenausteilungsnorm fungieren soll, hat durch die Rechtfertigung von Durchbrechungen des objektiven Nettoprinzips entscheidende Bedeutung. Diese zentrale Frage für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der belastenden Steuerregelung war dem Bundesrat auch bei seiner Zustimmung im Jahre 2010 bewusst, weil er bereits die Einführung des steuerlichen Abzugsverbots mit der Differenzierung zwischen Jahres- und Sonderbeiträgen kritisch hinterfragt hatte.<sup>967)</sup> Dabei hat er auch die Länderinteressen betont.<sup>968)</sup> Zur verfassungsrechtlichen Absicherung hätte der Bundesrat bei erneuter Befassung im Jahre 2014 de lege ferenda gegebenenfalls eine Begrenzung des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG auf den risikobezogenen Teil der Abgabe vorschlagen können.<sup>969)</sup> Derartige Bundesratsreaktionen zum steuerlichen Abzugsverbot bleiben zwar spekulativ, aber immerhin ist sein Interesse an der Regelung belegt: Im Jahre 2014 bat der Bundesrat die Bundesregierung, „darauf zu achten, dass die Beitragserhebung zum europäischen Abwicklungsfonds zu keinen Wettbewerbsverzerrungen führt“, weshalb er „eine EU-weit steuerliche Gleichbehandlung“ befürwortete.<sup>970)</sup> Weiterhin wurde Anfang 2015 im Landtag von Baden-Württemberg wegen der Wettbewerbsverzerrung durch die uneinheitliche steuerliche Abzugsmöglichkeit der Bankengabe in den Mitgliedstaaten der EU die Nichtabzugsfähigkeit der Beiträge zum europäischen Abwicklungsfonds als Betriebsausgabe politisch hinterfragt.<sup>971)</sup> Der Freistaat Bayern hat später eine Gesetzesinitiative in den Bundesrat mit dem Ziel eingebracht, „das steuerliche Abzugsverbot für die Bankenabgabe zu überdenken, um einerseits den Kostendruck bei den Banken abzumildern, andererseits Wettbewerbsnachteile gegenüber aus-

ländischen Konkurrenten zu beseitigen“.<sup>972)</sup> Auch wenn diese Verstöße nicht mehrheitsfähig waren, lässt sich weder ein Desinteresse des Bundesrates am steuerlichen Abzugsverbot für die Bankenabgabe noch eine unkritische Gutheißenung des dadurch erhöhten Steueraufkommens bei den Ländern unterstellen. Darum lässt sich nicht mutmaßen, dass mangels eigener Interessen die Zustimmung des Bundesrates sein Einverständnis auch eine grundlegende inhaltliche Veränderung der Bankenabgabe umfasst, auf der die zustimmungsbedürftige Regelung des steuerlichen Abzugsverbots unverändert aufbaut.

Schließlich spricht die europäische Risikovergemeinschaftung der Haftung im Euroraum<sup>973)</sup> (siehe bereits Teil 2 II. 2.) als weiteres Argument für die neue (politische) Tragweite. Wenn seit 2015 eine europäische Solidarität und Umverteilung unter den mitgliedstaatlichen Banken vorgesehen ist<sup>974)</sup>, so stellt sich die Frage, ob nicht auch die Steuerzahler an einer solidarischen Finanzierung zu beteiligen wären. Wenn es bei der Bankensicherung, -rettung und -abwicklung ab 2015 um „Opfer für die europäische Integration“ geht<sup>975)</sup>, wirft dies die politische Frage auf, wer die Opferbereitschaft erbringen soll und ob nicht – anders noch als bei der nationalen Lösung vor 2015 – auch deutsche Steuerzahler Opfer im Dienste europäischer Finanzsolidarität erbringen sollten. Auf diese Frage gibt es unterschiedliche politische Antworten, was zeigt, dass die Beibehaltung des steuerlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG trotz der Europäisierung der Bankenabgabe keineswegs selbstverständlich oder gar „alternativlos“ war.

Insgesamt ist darum festzuhalten: Da die materielle Grundlage des Abzugsverbots auch ohne Änderung des Gesetzeswortlauts des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG durch die Änderung des Restrukturierungsfondsgesetzes durch das BRRD-Umsetzungsgesetz wesentlich verändert wurde, umfasst die ursprüngliche Zustimmung des Bundesrates nicht die wesentliche Veränderung des rechtlich erheblichen Gehalts im Jahre 2014. Wegen der erheblichen „Änderungen des normativen Umfelds“<sup>976)</sup> bei der Bankenabgabe ab 2015 ist die Gesetzesänderung nicht mehr von der ursprünglichen Zustimmung durch den Bundesrat gedeckt. Danach hätte es infolge der Europäisierung der Bankenabgabe einer neuen Zustimmung des Bundesrates zum darauf aufbauenden steuerlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG bedurft. Dieser Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes ist sich der Bundesrat nicht klargeworden.<sup>977)</sup> Das lenkt den Blick auf die Rechtsfolgen.

967) Unterrichtung durch die Bundesregierung v. 21.10.2010, Stellungnahme des Bundesrates zum Restrukturierungsgesetz, BT-Drucks. 17/3362, S. 9.

968) BT-Drucks. 17/3362, S. 9 zum unmittelbaren Einfluss der Bundesregierung auf die Steuereinnahmen der Länder.

969) De lege lata für eine solche Reduktion des Tatbestandes des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG aus Verfassungsgründen Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.

970) Stellungnahme des Bundesrates v. 19.9.2014, BT-Drucks. 18/2575, S. 215; Empfehlungen der Ausschüsse v. 14.11.2014, BR-Drucks. 516/1/14, S. 3.

971) Antrag von Abgeordneten der CDU v. 26.2.2015, Landtag von Baden-Württemberg Drucks. 15/6560, S. 1f.

972) Antrag des Freistaates Bayern v. 10.12.2019, Entschließung des Bundesrates „Masterplan zum Schutz der Sparerinnen und Sparer“, BR-Drucksache 641/19, S. 2.

973) Engelbach/Friedrich, WM 2015, 662 (670).

974) Zur „Quersubventionierung über die Banken der verschiedenen europäischen Staaten hinweg“ Waschbusch/Rolle, in Festschrift R. Wendt, 2015, S. 1033 (1048).

975) Zur Diskussion unter den Banken Kerber, WM 2020, 859 (861) m.w.N.

976) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.2.

977) Allgemein zu dieser Notwendigkeit Mann, in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 77 Rz. 33.

## 5. Folge der nicht fortwirkenden Zustimmung des Bundesrates

Die Beteiligung des Bundesrates hat besonderes Gewicht, soweit eine positive Zustimmung des Bundesrates notwendig ist.<sup>978)</sup> Der Beschluss des Bundesrates hat bei Zustimmungsgesetzen verfassungsrechtlich dasselbe Gewicht wie der Gesetzesbeschluss des Bundestages.<sup>979)</sup> Zustimmungsgesetze können nur mit ausdrücklich erklärter Zustimmung<sup>980)</sup> durch Beschluss des Bundesrates<sup>981)</sup> Gesetz werden.<sup>982)</sup> Nur bei Erteilung der Zustimmung kommt das Gesetz zustande.<sup>983)</sup> Dazu bedarf es stets eines aktiven Handelns des Bundesrates.<sup>984)</sup> Schweigen des Bundesrats führt bei Zustimmungsgesetzen – anders als bei Einspruchsgesetzen – nicht zum Zustandekommen des Gesetzes, weil es als Verweigerung der Zustimmung zu deuten ist.<sup>985)</sup> An einer positiven Zustimmung des Bundesrates fehlt es aber. Ohne Zustimmung des Bundesrates kommt das zustimmungspflichtige Gesetz nicht zustande.<sup>986)</sup> Das Gesetz ist gescheitert.<sup>987)</sup> Stellt das Bundesverfassungsgericht die Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes fest, so führt die fehlende Zustimmung eines zustimmungsbedürftigen Gesetzes zur Nichtigkeit des Gesetzes.<sup>988)</sup> Fehlt die nach Art. 105 Abs. 3 GG erforderliche Zustimmung des Bundesrates, so ist das betreffende Steuergesetz verfassungswidrig.<sup>989)</sup>

## 6. Kompetenzwidriges Gesetz mit Eingriffscharakter als Grundrechtsverstoß

Schließlich betrifft das fehlende Zustimmungserfordernis nicht nur das föderale Verhältnis, sondern auch das Staat-Bürger-Verhältnis. Den Kompetenztiteln der Art. 30, 70ff. GG lassen sich über die formalen Gesetzgebungsbefugnisse hinaus auch materiale Gehalte entnehmen, die aber keine subjektiven Rechte einzelner oder gar Rechtspositionen grundrechtlichen Gehalts vermitteln.<sup>990)</sup> Gleichwohl ist der gerügte Kompetenzverstoß zugleich ein Grundrechtsverstoß. Denn nach der Elfes-

Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts<sup>991)</sup> stellt ein kompetenzwidriges Gesetz mit Eingriffscharakter zugleich einen Grundrechtsverstoß dar.<sup>992)</sup> Eine Rechtsnorm wird nur, wenn sie allen verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, zum Bestandteil der „verfassungsmäßigen Ordnung“ und beschränkt nur dann wirksam den Bereich der allgemeinen Handlungsfähigkeit des Bürgers.<sup>993)</sup> Folglich verletzt auch ein Verstoß des Gesetzes gegen objektives Verfassungsrecht den Betroffenen in dem Grundrecht, in dessen Ausübung ihn das Gesetz beschränkt.<sup>994)</sup> Darum kann der Bürger jeden, auch rein organisations- oder kompetenzrechtlichen Grund für die Verfassungswidrigkeit des ihn belastenden Gesetzes und darauf gestützter Maßnahmen geltend machen.<sup>995)</sup> Er hat das Recht, Eingriffe in seine Freiheit nur durch formell und materiell verfassungsmäßige Gesetze erdulden zu müssen und verfassungsrechtlichen Mängel als Grundrechtsverstoß rügen zu können. Das Bundesverfassungsgericht prüft ein angegriffenes oder zur Normenkontrolle vorgelegtes Gesetz (im Falle der Zulässigkeit) ohnehin unter allen denkbaren verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten.<sup>996)</sup> Darum darf die unzureichende Zustimmung des Bundestages in Rechtsschutzverfahren nicht als nicht rügefähige Verletzung staatlichen Organisationsrechts abgetan werden.

## V. Materielle Verfassungswidrigkeit: Unzureichende Lenkungsgrundlage und -wirkung des Abzugsverbots ab dem Jahr 2015

Sofern die Gerichte nicht bereits wegen der nicht fortwirkenden Zustimmung des Bundesrates die formelle Verfassungsmäßigkeit verneinen (siehe Teil 2 IV.), stellt sich jedenfalls die materielle Verfassungsfrage, ob das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG ohne einen normativ angeleiteten Lenkungsanspruch der Bankenabgabe als Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips zu rechtfertigen ist.

Schon im alten Recht bis 2014 wurde die Lenkungseignung und -wirkung der Bankenabgabe selbst und des darauf aufbauenden steuerlichen Abzugsverbots begründet in Zweifel gezogen.<sup>997)</sup> Bereits im Zuge der Gesetzesberatungen im Jahre 2010 sah der Bundesrat die Differenzierung zwischen Jahresbeiträgen und Sonderbeiträgen beim steuerlichen Betriebsausgabenabzug als „sachlich nicht nachvollziehbar“ an, weil „beide Beitragsformen zum Ausgleich der Kosten des Restruk-

978) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rz. 622.

979) Dietlein, in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 77 Rz. 47 (15.5.2021).

980) Mann, in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 77 Rz. 33, Art. 78 Rz. 3.

981) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rz. 519; Koriath, Staatsrecht I, 5. Aufl. 2020, Rz. 905.

982) Bryde, in v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 77 Rz. 30, Art. 78 Rz. 4; Masing/Risse, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 77 Rz. 96.

983) Kment, in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 77 Rz. 6, Art. 78 Rz. 1.

984) Sannwald, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 78 Rz. 7; Hömig/Wolff, GG für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 78 Rz. 2.

985) Brosius-Gersdorf, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rz. 50 m.w.N.

986) BVerfG, Urteil v. 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, BVerfGE 48, 127 (177 f.).

987) Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 1, 2011, § 21 Rz. 209; Koriath, Staatsrecht I, 5. Aufl. 2020, Rz. 905.

988) Hömig/Wolff, GG für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 78 Rz. 8.

989) So, auf anderem Wege als die Senatsmehrheit auch das Sondervotum der Verfassungsrichter Huber und Müller zu BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 44 zum Kernbrennstoffsteuergesetz.

990) Bethge, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rz. 104 (Febr. 2018) m.w.N.

991) BVerfG v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 (41); zur nicht unumstrittenen Rechtsprechung Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rz. 15 f., 220 f.

992) Bethge, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rz. 105 (Febr. 2018).

993) BVerfG v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 (41).

994) Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rz. 221.

995) Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rz. 16.

996) Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rz. 163, 205; zur Verfassungsbeschwerde Bethge, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rz. 105 (Febr. 2018) m.w.N.

997) Teil 1, S. 30 ff.



turierungsfonds erhoben werden sollen“.<sup>998)</sup> Damit betonte er im Gegensatz zum Bundestag insgesamt die Finanzierungsfunktion beider Beitragsarten der Bankenabgabe und relativierte zugleich deutlich den Lenkungszweck des steuerlichen Abzugsverbots.

Nunmehr fehlt aber bereits ein normativ angeleiteter Lenkungsanspruch des Unionsgesetzgebers, auf dem der deutsche Steuergesetzgeber weiterhin ab 2015 aufbauen könnte. Dadurch spitzt sich die Verfassungsfrage der Rechtfertigung des Abzugsverbots als Lenkungsnorm gegenüber der früheren Regelung zu. Der verfassungsrechtliche Maßstab für die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips bei einem Betriebsausgabenabzugsverbot, das an eine rein betriebliche Tätigkeit anknüpft, bleibt unverändert die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>999)</sup> Fraglich erscheint, ob das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG nach Ziel und Wirkung die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Lenkungsnorm ab 2015 (noch) erfüllt.<sup>1000)</sup> Da Lenkungszwecke und Lenkungswirkungen zu unterscheiden sind<sup>1001)</sup>, ist folgenden Fragen getrennt nachzugehen: In formeller Hinsicht bedarf es einer parlamentarischen Lenkungsentscheidung (dazu Teil 2 V. 1.). Diese muss materiell-rechtlich als Lenkungszwecknorm final auf einen Lenkungszweck ausgerichtet sein (dazu Teil 2 V. 2.), der auch auf der objektiven Wirkungsebene eine hinreichende Lenkungswirkung entfalten kann (dazu Teil 2 V. 3.).

## 1. Fehlende Lenkungsentscheidung des Gesetzgebers

### a) Verfassungsgerichtliche Forderung nach einer klaren Lenkungsentscheidung des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber darf das Ziel verfolgen, durch Steuernormen das wirtschaftliche oder sonstige Verhalten des Steuerpflichtigen aus Gründen des Gemeinwohls zu fördern oder zu lenken.<sup>1002)</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt „eine solche Intervention, die das Steuerrecht in den Dienst außerfiskalischer Verwaltungsziele stellt, [...] aber eine erkennbare Entscheidung des Gesetzgebers voraus, mit dem Instrument der Steuer auch andere als bloße Ertragswirkungen erzielen zu wollen. [...] Für die Steuerintervention muß der Gesetzgeber deshalb gesondert prüfen, ob er das Handlungsmittel der Besteuerung für außerfiskalische Zwecke einsetzen darf und will“.<sup>1003)</sup> Dabei lassen sich verschiedene Typen von Lenkungsnormen im Steuerrecht unterscheiden.<sup>1004)</sup>

Bei nichtfiskalischen Förderungs- und Lenkungszielen wird namentlich für steuerliche Vergünstigungen gefordert, dass der Gesetzgeber seine Entscheidung im gesetzlichen Tatbestand zu erkennen gibt.<sup>1005)</sup> Dies hat das Bundesverfassungsgericht zunächst explizit für steuerliche Vergünstigungen gefordert, weil durch nichtfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele der rechtfertigende Grund für steuerliche Vergünstigungen gesetzt wird.<sup>1006)</sup> Allerdings setzt jede Durchbrechung der steuerlichen Belastungsgleichheit zur Förderung oder Lenkung des Verhaltens des Steuerpflichtigen aus Gründen des Gemeinwohls eine dahingehende erkennbare Entscheidung des Gesetzgebers voraus.<sup>1007)</sup> Einer gesetzlichen Lenkungsentscheidung bedarf es auch bei steuerlichen Belastungen<sup>1008)</sup>, die zugleich „deutlich schwerer verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind“.<sup>1009)</sup> Belastende Lenkungsnormen im Einkommensteuerrecht bilden die seltene Ausnahme<sup>1010)</sup>, die besonders rechtfertigungsbedürftig ist. Gerade bei belastenden Steuernormen bedarf es wegen der steuerlichen Benachteiligung<sup>1011)</sup> zur Rechtfertigung der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips einer erkennbaren Lenkungsentscheidung des Gesetzgebers. Die Lenkungsentscheidung durch das Parlament, dem die „Lenkungscompetenz“<sup>1012)</sup> allein aufgrund der steuerlichen Gesetzgebungskompetenz zusteht<sup>1013)</sup>, setzt als Abweichung den Ansatzpunkt zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Lenkungszwecks. Sie ist zentraler Ansatzpunkt der verfassungsgerichtlichen Prüfung des Gleichheitssatzes.<sup>1014)</sup> An der legislativen Lenkungsentscheidung hat im Abgabenrecht zugleich die Prüfung anzusetzen, ob der „Finanz- und Lenkungseingriff“ durch bezweckte beziehungsweise bewirkte Folgen der „Steuerung durch Abgaben“ dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt.<sup>1015)</sup>

998) BT-Drucks. 17/3362, S. 9.

999) Teil 1, S. 24 ff.

1000) Dies verneinend Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833 f.

1001) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (385 ff.).

1002) Eingehend bereits Teil 1, S. 31 f. m.w.N.

1003) BVerfG, Beschluss v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 – Rz. 76 (Hervorhebung durch den Verf.); darauf aufbauend BVerfG, Beschluss v. 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280 – Rz. 69; zustimmend P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. D 265 (Mai 2002).

1004) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (389 ff.); näher Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 91 ff.

1005) Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 47 (Febr. 2008).

1006) BVerfG, Urteil v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 – 2. Leitsatz, Rz. 161 f.; BVerfG, Urteil v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350 – Rz. 43 m.w.N.

1007) P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. D 265 (Mai 2002); Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, Einführung zum Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz Rz. 68 (Mai 2009).

1008) BVerfG, Urteil v. 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99, 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274 – Rz. 60.

1009) Zuletzt G. Kirchhof, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Einführung zum EStG Rz. 313 (April 2020).

1010) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (392); Hey, DStJG 39 (2016), 11 (31) m.w.N.

1011) So zum Katalog des § 4 Abs. 5 EStG Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 93.

1012) Treffend G. Kirchhof, Abgaben in Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 13 Rz. 41.

1013) Dazu bereits Teil 1, S. 31 m.w.N. Gegen die „Lehre von der doppelten Kompetenz“ näher Müller-Franken, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 105 Rz. 48 (Febr. 2008).

1014) Deutlich BVerfG, Beschluss v. 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280 – Rz. 69 f.; ebenso Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (396).

1015) Allgemein G. Kirchhof, in Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 13 Rz. 58.

Die Forderung nach einer klaren Lenkungsentscheidung des Gesetzgebers ist – trotz gelegentlicher Kritik<sup>1016)</sup> – Ausdruck demokratischer und rechtsstaatlicher Vorgaben<sup>1017)</sup> und dient dazu, dass der Gesetzgeber steuerliche Lenkung vollständig – in ihren fiskalischen und außerfiskalischen Folgen – verantworten kann.<sup>1018)</sup> Eine parlamentarische Verantwortung ist allein schon wegen der quantitativen Dimension der EU-Bankenabgabe und des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG erforderlich. Denn im Verhältnis zur deutschen Bankenabgabe führt die EU-Bankenabgabe zu einer deutlich höheren Belastung (siehe bereits Teil 2 IV. 4.). Mit dem Anstieg der Bankenabgabe erlangt auch das Abzugsverbot eine gesteigerte Bedeutung. Die parlamentarisch verantwortete Lenkungsentscheidung ist dabei als formelle Stufe den materiellen Fragen von Lenkungszweck und -wirkung vorgelagert.

#### b) Erfordernis einer (neuen) legislativen Prognoseentscheidung über die Lenkungseignung

Die legislative Lenkungsverantwortung setzt auch eine Prognose voraus, ob und durch welche Ausgestaltung des Steueratbestandes der intendierte Lenkungszweck erreicht werden kann. Es ist eine legislative Entscheidung über die Lenkungseignung erforderlich. Dabei räumt das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen dem Gesetzgeber gerade bei lenkenden Steuergesetzen einen weitgehenden Beurteilungs- und Prognosespielraum ein.<sup>1019)</sup> Die sehr zurückhaltende Grundposition des Bundesverfassungsgerichts<sup>1020)</sup> fragt insoweit nur danach, ob die gesetzgeberische „Prognose wirtschaftspolitischer Zusammenhänge sachgerecht und vertretbar war“.<sup>1021)</sup> Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit im Bereich staatlicher Wirtschafts- und Sozialpolitik ist groß und ihre materielle Verfassungsmäßigkeit soll letztlich nur an evidenten Mängeln sachgerechter Analyse, Prognose und Abwägung scheitern.<sup>1022)</sup> Eine fundierte ökonomische Analyse zur Einflussnahme steuerlicher Lenkungsnormen auf Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten lässt sich erst ex post durchführen.<sup>1023)</sup> Ex ante ist aber zumindest eine Prognose der Lenkungswirkungen hinreichend, aber auch erforderlich. Eine Lenkung „ins Blaue hinein“ ist dagegen unzulässig.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen dem Gesetzgeber die von Verfassungs wegen an seine Prognose zu stellenden Anforderungen aufgezeigt. Im Mitbestimmungsurteil heißt es:<sup>1024)</sup>

„Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.“

Der Beurteilung von Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers legt das Bundesverfassungsgericht je nach Zusammenhang differenzierte Maßstäbe zu Grunde, die von einer Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.<sup>1025)</sup> Daran gemessen mag eine – von außen nicht ersichtliche – ursprüngliche Lenkungseignungsprognose des Gesetzgebers im Jahre 2010 noch vertretbar gewesen sein, was indes bereits wegen der wenig lenkungsaffinen Ausgestaltung der deutschen Bankenabgabe fernliegt.<sup>1026)</sup> Jedenfalls fehlt es an einer Überprüfung dieser Prognose für das steuerliche Abzugsverbot trotz der grundlegenden Umgestaltung der europäisierten Bankenabgabe im Jahre 2014. Die Notwendigkeit, prognostische Entscheidungen zu treffen, berechtigt freilich nicht dazu, an Gesetzen festzuhalten, deren Voraussetzungen sich erkennbar im Zeitablauf in entscheidender Weise verändert haben.<sup>1027)</sup> Ungeachtet besonderer Beobachtungspflichten des Gesetzgebers bei lenkenden Steuergesetzen<sup>1028)</sup> gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zusammengefasst zuletzt im „Zensus 2011“-Urteil, für die legislatorische Beobachtungs- und Anpassungspflicht allgemein Folgendes:<sup>1029)</sup>

„Kehrseite des Prognosespielraums ist eine mögliche Nachbesserungspflicht (...). Auch nach dem Erlass einer Regelung muss der Gesetzgeber die weitere Entwicklung beobachten, erlassene Normen überprüfen und gegebenenfalls revidieren, falls sich herausstellt, dass die ihnen zugrunde liegen-

1016) Trzaskalik, Inwieweit ist die Verfolgung ökonomischer, ökologischer und anderer öffentlicher Zwecke durch Instrumente des Abgabenrechts zu empfehlen?, Gutachten E, in Verhandlungen des dreiundsechzigsten Deutschen Juristentages (Leipzig 2000), hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I, 2000, S. E 89 f., i.V.m. E 28 f.; dagegen eingehend und überzeugend Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (396).

1017) Sodan/Kluckert, Kompetenzordnung und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Grenzen für Vergünstigungsteuersätze, NVwZ 2013, 241 (245); Kube, DStR 2016, 572 (575).

1018) G. Kirchhof, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Einführung zum EStG Rz. 318 (April 2020).

1019) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (389) m.w.N.

1020) Dazu Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (398), die insoweit von einer „wirtschaftspolitische[n] Neutralität des Bundesverfassungsgerichts“ spricht.

1021) BVerfG, Beschluss v. 17.7.1974 – 1 BvR 51/69, BVerfGE 38, 61 (88) m.w.N.

1022) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (399) m.w.N.

1023) Dazu u.a. zum Beispiel der Zinsschranke Th. Vogel, Die Einflussnahme steuerlicher Lenkungsnormen auf Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten, 2015.

1024) BVerfG, Urteil v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 – Rz. 110.

1025) So zusammenfassend BVerfG, Beschluss v. 27.6.2002 – 2 BvF 4/98, BVerfGE 106, 1 – Rz. 69 m.w.N.

1026) Teil 1, S. 32 ff.

1027) Hey, Realitätsgerechtigkeit von Typisierungen als verfassungsrechtliches Problem der Niedrigzinsphase, FR 2016, 485 (488) m.w.N. zur Rspr.

1028) Dazu Hey, DStJG 39 (2016), 11 (44 f.).

1029) BVerfG, Urteil v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, BVerfGE 150, 1 – Rz. 176.



den Annahmen fehlerhaft waren oder nicht mehr zutreffen (...; stRspr). Auch wenn sich Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers regelmäßig nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte aktualisieren, darf er sich der Kenntnisnahme entsprechender Umstände doch nicht bewusst verschließen. Im Gesetzesvollzug nachträglich erkennbar gewordene Zweifel an der Eignung eines Verfahrens können für die Zukunft etwa Vorkehrungen in Gestalt einer wissenschaftlichen Begleitung oder Evaluationen des Gesetzesvollzugs erforderlich machen.“

Diese Pflicht zur Reaktion auf Vollzugserfahrungen für auf Prognosen basierenden Gesetzen muss erst recht gelten für Änderungen, die auf einer neuen gesetzlichen Entscheidung beruhen. Jedenfalls darf an einer früheren Prognose nicht starr festgehalten werden, wenn sich aufgrund der eigenen Aktivität des Gesetzgebers die tatsächlichen Verhältnisse und Prognosegrundlagen gegenüber der bisherigen Prognose verändern. Selbst ins Werk gesetzten Veränderungen darf sich der Gesetzgeber nicht verschließen.

Der deutsche Gesetzgeber hat das Lenkungsanliegen durch die Europäisierung der Bankenabgabe aus der Hand gegeben. Darum musste einerseits eine neue formelle Lenkungsentscheidung des Parlaments getroffen werden (siehe Teil 2 V. 1. a)), andererseits bedurfte es nach der Europäisierung der Bankenabgabe zugleich einer neuen Lenkungsprognose. Denn das bisherige steuerliche Abzugsverbot baute auf der Bankenabgabe auf und sollte diese verstärken (siehe bereits Teil 2 IV. 4.). Darum hätte es einer Überprüfung der Ausgestaltung des auf der Bankenabgabe aufbauenden steuerlichen Abzugsverbots bedurft, wenn die intendierte Lenkungsgrundlage durch den Gesetzgeber selbst geändert wird. Wird die Bemessungsgrundlage der Bankenabgabe ab 2015 durch das Unionsrecht bestimmt, hätte der „aufsetzende“ nationale Gesetzgeber seine früheren Lenkungsabsichten, die er mit dem Abzugsverbot verstärken wollte, prognostisch überprüfen und gegebenenfalls anpassen müssen. Wenn auch sonst im Steuerrecht keine Lenkungskontrolle geboten ist und die Rechtsprechung die „Annäherung“ an das Lenkungsziel ausreichen lässt, hätte es angesichts substanzieller Änderung der Berechnungsgrundlagen der Bankenabgabe einer erneuten Versicherung der Lenkungsmöglichkeiten bedurft. Darum liegt ein Prognoseausfall vor. Auch wenn man dem Gesetzgeber bei der Lenkung durch Steuern „Raum für sachgerechte Experimente lässt“<sup>1030</sup>, fehlt es ohne erneute Lenkung(eignungs)prognose bereits an einer sachgerechten Ausübung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.

## 2. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Lenkungszwecknorm?

Materiell müsste das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG weiterhin als „Lenkungszwecknorm“ angelegt und folgerichtig ausgestaltet sein.<sup>1031</sup> Dabei sind Lenkungs- und Fiskalzwecke oft untrennbar verwoben.<sup>1032</sup> Für ihre „Entwirrung“ und normgerechte Qualifikation gilt Folgendes:<sup>1033</sup> Lenkungszwecknormen durchbrechen die Steuerwürdigkeitsentscheidung und das „grundsätzliche[ ] Steuerstrukturmodell einer Besteuerung nach finanzieller Leistungsfähigkeit“<sup>1034</sup> und bezwecken eine Verhaltensbeeinflussung.<sup>1035</sup> Das Lenkungsziel muss durch die Steuerbelastung erreichbar sein. Die frühere Verfassungsrichterin Lerke Osterloh hat die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Lenkungsnormen im Steuerrecht treffend wie folgt zusammengefasst:<sup>1036</sup>

„Lenkungsziele fungieren als potentiell rechtfertigende Gründe für ungleiche Belastungen und nur, wenn sie einer Prüfung der Angemessenheit von Lenkungsziel und Lenkungsmittel standhalten, können sie die gesuchte Rechtfertigung für die Abweichung von einer Besteuerung nach Maßgabe der finanziellen Leistungsfähigkeit bewirken. Entscheidend bleibt jedoch die steuersystematisch vorgeprägte Forderung nach dem besonderen Rechtfertigungsgrund für einkommensteuerliche Be- oder Entlastung im Dienste staatlicher Lenkungsziele: *Die Berufung auf solche Ziele oder Programme wirkt nicht mehr als verfassungsrechtlicher Freibrief für praktisch unkontrollierte politische Gestaltungsräume. Rationalität und Abgewogenheit von Zweckverfolgung und Mitteleinsatz bleiben hier wie auch sonst begründungsbedürftig* – nicht mehr, aber auch nicht weniger wird von Verfassungen wegen gefordert“.<sup>1037</sup>

„Verfassungsrechtlich eröffnet die Verfolgung von Lenkungszielen dem Einkommensteuergesetzgeber keine unbegrenzten Gestaltungsräume. Er unterliegt vielmehr hier wie auch sonst einer bereichsspezifisch differenzierenden verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Art und des Gewichts seiner Lenkungsziele und auch der Angemessenheit und Zumutbarkeit der Lenkungs- und der Belastungswirkungen. Der Gesetzgeber kann eine solche differenzierende Wahrnehmung und Würdigung seiner Lenkungsprogramme aber auch verlangen.“<sup>1038</sup>

1031) Zu dieser allgemeinen Anforderung zuletzt G. Kirchhof, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Einführung zum EStG Rz. 318 (April 2020) m.w.N.

1032) Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 85; Hey, DStJG 39 (2016), 11 (27).

1033) Eingehend Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 85 ff. m.w.N.

1034) So Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (386f.).

1035) Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 88f., 91; dem folgend Hey, DStJG 39 (2016), 11 (36).

1036) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (401f.).

1037) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (402), Hervorhebung durch den Verf.

1038) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (401).

1030) Dafür Weber-Grellet, Die Funktion des Rechts in der fragmentierten modernen Gesellschaft – am Beispiel des Steuerrechts DB 2002, 9 (12).

Einzelne Abzugsverbote des § 4 Abs. 5 EStG sind als Lenkungsnormen zu begreifen, die der Realisierung konkreter Verwaltungs- beziehungsweise Regierungsprogramme dienen.<sup>1039)</sup> Derartige Programme stehen aber jedenfalls ab 2015 nicht mehr hinter dem Abzugsverbot für die Bankenabgabe, weil diese als europäische Abwicklungsfinanzierung deutlich ein Finanzierungsprogramm und kein Lenkungsprogramm mehr darstellt. Der bereits hinter der deutschen Bankenabgabe stehende deutliche Finanzierungszweck<sup>1040)</sup> wird bei der europäischen Abwicklungsfinanzierung noch dominanter<sup>1041)</sup> und lässt ohnehin fragwürdige Lenkungsansinnen vollkommen in den Hintergrund treten. Die Bankenabgabe auf europäischer Ebene dient vorrangig dem „Ziel der Fondsfinanzierung“.<sup>1042)</sup> Als Finanzierungsinstrument geht es primär darum, hinreichende Beiträge zum Restrukturierungsfonds einzusammeln (siehe bereits Teil 2 II. 4.). Auch hinter dem steuerlichen Abzugsverbot stehen deutliche Finanzierungsargumente. Das Betriebsausgabenabzugsverbot soll letztlich sicherstellen, dass der Steuerzahler nicht erneut eine gegebenenfalls erforderliche Bankenrettung mitfinanzieren muss.<sup>1043)</sup> Ebenso sehen das auch Landesregierungen: „Ein Betriebsausgabenabzug der Beiträge zum Rettungsfonds würde das Steueraufkommen mindern und letztlich zu einer Teilfinanzierung der Mittel des Restrukturierungsfonds durch die Steuerbürger führen“.<sup>1044)</sup> Ein „belastender Lenkungshauptzweck“<sup>1045)</sup> lässt sich gegenüber dem Finanzierungszweck des Abzugsverbots darum nicht ausmachen.<sup>1046)</sup>

Demgegenüber nehmen Teile der Literatur eine Rechtfertigung des steuerlichen Abzugsverbots der Jahresbeiträge der Sonderabgabe mit dem Argument an, dieses Abzugsverbot solle „weiteren Nachdruck ... verleihen“<sup>1047)</sup> und „den Charakter der Lenkungsfunktion“ der Bankenabgabe selbst „unterstreich[en]“.<sup>1048)</sup> Dem Lenkungsziel der Sonderabgabe soll „auch das korrespondierende Abzugsverbot [dienen]“.<sup>1049)</sup> Denn andernfalls würde der Betriebsausgabenabzug das Lenkungsziel der Bankenabgabe gefährden.<sup>1050)</sup> Danach verfolgt das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG keinen

eigenständigen, „autonomen“ Zweck, sondern dient der Bestärkung der Bankenabgabe selbst. Das steuerliche Abzugsverbot fungiert nur als Annex zur fachgesetzlichen Bankenabgabe.<sup>1051)</sup>

Fehlt aber nach der Umgestaltung der EU-Bankenabgabe insoweit eine eigene Lenkungsentscheidung des deutschen Gesetzgebers und seine erneute Lenkungsprognose (siehe Teil 2 V. 1.) hinsichtlich des steuerlichen Abzugsverbots, so scheidet ein schlichter Aufbau oder ein „Aufsetzen“ auf dem Lenkungsanliegen des deutschen Sonderabgabengesetzgebers, wie es 2010 (vermeintlich) erfolgte, ab 2015 aus. Wenn zuvor durch das steuerliche Abzugsverbot die Lenkungswirkung der Bankenabgabe „in vollem Umfang erreich[t]“ werden sollte<sup>1052)</sup>, so wird im Jahre 2014 durch die Umgestaltung der Bankenabgabe die hinreichende Lenkungsgrundlage gekappt, auf der § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG erklärtermaßen aufbauen sollte. Argumente mit einer Aufbau-, Ergänzungs- und Unterstreichungsfunktion des steuerlichen Abzugsverbots für die Bankenabgabe verfangen spätestens ab 2015 nicht mehr. Jedenfalls nach der Europäisierung der Bankenabgabe ist die Zweckeignung nicht mehr „schlüssig begründet“.<sup>1053)</sup> Eine Lenkungsfinalität lässt sich mangels eines hinreichenden europäischen Ansatzes für einen Lenkungswillen<sup>1054)</sup> nicht einfach fortschreiben. Die genannten Autoren müssten darum ihre Qualifikation von § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Lenkungszwecknorm und ihr Verfassungsmäßigkeitstest ab 2015 hinterfragen und m. E. auch revidieren. Das bisher vorgebrachte Argument, das Betriebsausgabenabzugsverbot werde durch die „übergeordnete ] Lenkungsfunktion gerechtfertigt“<sup>1055)</sup>, versagt jedenfalls ab 2015 zur Rechtfertigung.<sup>1056)</sup> Die neuen Bemessungsregeln der EU-Bankenabgabe deuten vielmehr auf einen übergeordneten Fiskalzweck hin und ein übergreifendes Lenkungskonzept bei Bankenabgabe und steuerlichem Abzugsverbot lässt sich nicht erkennen. Die Vorgabe, dass „der Gesetzgeber Ziel und Grenze der Lenkung mit hinreichender Bestimmtheit tatbestandlich vorzeichne[n] und gleichheitsgerecht ausgestalte[n]“ muss<sup>1057)</sup>, ist insoweit nicht (mehr) erfüllt. Selbst wenn man mit den zitierten Autoren davon ausgehen wollte, dass der Lenkungszweck bis 2014 gesetzlich hinreichend angedeutet war, was zu bestreiten ist<sup>1058)</sup>, so lässt sich § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG jedenfalls „nicht mehr auf das ursprüngliche Lenkungsziel stützen“.<sup>1059)</sup>

1039) Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (393).

1040) Näher Teil 1, S. 34 ff., 36 f.

1041) Explizit zur „noch deutlicheren Vorrangigkeit der Finanzierungsfunktion“ Kube, DStR 2016, 572 (575); ebenso Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.

1042) Ebenso Kube, DStR 2016, 572 (578).

1043) Zuletzt Treiber, BFH/PR 2021, 146 (147); zuvor bereits Schmidt/Loschelder, EStG, 40. Aufl. 2021, § 4 Rz. 615. Nach Korn/Stöcker/Strahl/Mirbach/Korn/Bartone/Seifert/Feldgen/Stahl, in Korn, EStG, § 4 Rz. 1218.4 (März 2021) liegt der „Sinn und Zweck“ der Vorschrift des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG darin, „den Steuerzahler nicht an der Finanzierung der Bankenrettung zu beteiligen“.

1044) Stellungnahme des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft, Landtag von Baden-Württemberg Drucks. 15/6560, S. 3.

1045) Allgemein Hey, DStJG 39 (2016), 11 (31).

1046) Dazu bereits Teil 1, S. 27 ff.

1047) So Meurer, in Lademann, EStG, § 4 Rz. 770k (Mai 2011).

1048) So Watrin, in Frotscher/Geurts, EStG, § 4 Rz. 879a (Dez. 2019).

1049) Bode, in Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 4 Rz. 234a.

1050) So Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1895 (Dez. 2019); ähnlich Spilker, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rz. T 3 (Juli 2015).

1051) Dazu bereits Teil 1, S. 29.

1052) BT-Drucks. 17/3024, S. 83.

1053) A.A. Stapperfend, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 EStG Anm. 1895 (Dez. 2019).

1054) Dagegen auch Haarmann, in 72. Jahresarbeitsstagung der FASr 2021, S. 190 (197).

1055) So Nacke, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rz. 2063 (Dez. 2019).

1056) Gegen die Überzeugungskraft dieser Argumente für die Zeit bis 2014 bereits Teil 1, S. 32 ff.

1057) BVerfG, Beschluss v. 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280 – Rz. 69; zustimmend Osterloh, DStJG 24 (2001), S. 383 (396).

1058) Dagegen bereits Teil 1, S. 34 ff.

1059) So auch Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.



### 3. Unzureichende Lenkungswirkung

Die unterlassene Lenkungsprognose ab 2015 (siehe Teil 2 V. 1. b]) und der dominierende Finanzierungszweck (siehe Teil 2 V. 2.) haben zur Folge, dass die Lenkungswirkungen des steuerlichen Abzugsverbots mehr als fragwürdig erscheinen. Lenkungswirkungen treten ein, wenn die Steuernorm das wirtschaftliche oder sonstige Verhalten des Steuerpflichtigen aus Gründen des Gemeinwohls<sup>1060</sup> verändert. Die bereits dargelegten Zweifel an einer Lenkungseignung des Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG<sup>1061</sup> bestehen unverändert fort und verstärken sich noch ab 2015. Dass eine Steuernorm irgendwelche Lenkungsfolgen auslöst, ist naheliegend, beim Abzugsverbot sind direkte Lenkungswirkungen aber bereits umstritten. Die Folgen des Abzugsverbots sind diffus.<sup>1062</sup> So können die Belastungen durch Bankenabgabe und Abzugsverbot dazu führen, dass Banken diese an alle Kunden oder nur an bestimmte Kundengruppen weitergeben<sup>1063</sup> oder ihre Gewinnmarge reduzieren.<sup>1064</sup> Dass das Lenkungsziel der Verhaltensbeeinflussung der Banken zum Absehen von risikoreichen Geschäften durch die Steuerbelastung erreichbar ist, erscheint aber mehr als fragwürdig. Bankenabgabe und Abzugsverbot zielen vorrangig auf das Zahlungsverhalten und weniger auf eine sonstige Verhaltenssteuerung des Abgaben- und Steuerpflichtigen. Eine Lenkung der Risikoausrichtung des Bankgeschäfts durch ökonomische Anreize ist gesetzlich nicht angelegt. Insbesondere wurde das Abzugsverbot nicht auf die risikobedingten und zur Verhaltenssteuerung geeignete Komponente der Bankenabgabe beschränkt.<sup>1065</sup> Zutreffend führt André Meyer aus: „Die Risikoneigung des jeweiligen Kreditinstitutes ist seit 2015 nur noch in eingeschränktem Maße bestimmend für die Betragshöhe, da die Finanzierungsfunktion deutlich in den Vordergrund gerückt ist und sich auch gänzlich risikoaverse Institute mit einer unvermeidbaren Abgabe in erheblicher Höhe konfrontiert sehen.“<sup>1066</sup>

Eine Unterstreicherung der vorrangigen Finanzierungsfunktion des Abwicklungsfonds erfolgt durch die in Art. 104 BRRD wie Art. 71 SRM-VO vorgesehenen Möglichkeit der Erhebung außerordentlicher, nachträglich erhobener Beiträge für den Fall vor, dass die verfügbaren Mittel zur Finanzierung von Abwicklungsmaßnahmen nicht ausreichen (siehe bereits Teil 2 II. 4.). Bei nachträglichen Festsetzungen für frühere Beitragsjahre stellt sich zugleich in besonderem Maße die Frage einer Lenkungseignung. Ist bei der deutschen Bankenabgabe bereits fragwürdig, inwieweit die Bemessung anhand retrospektiv zu

bestimmender Bilanzansätze eine Verhaltensbeeinflussung eröffnet<sup>1067</sup>, so verdichten sich die Zweifel an einem hinreichenden Lenkungsanreiz, wenn die Bankenabgabe für die Vergangenheit erhöht wird. Denn „Lenkungsdruck“ zur Abänderung der Geschäftspolitik kann bei nachträglicher Festsetzung nicht mehr erzeugt werden. Die Weichenstellung zum Verzicht auf risikoreiche Geschäfte ist bereits passé. Ein „Lenkungsangebot“ kann nicht mehr angenommen werden und die Bankenabgabe ist jedenfalls insoweit „unausweichlich“.<sup>1068</sup> Zumindest bei nachträglicher Festsetzung zur Gewähr der Finanzierung von Abwicklungsmaßnahmen verbleibt beim betroffenen Institut nur noch die Finanzlast ohne eine Lenkungsmöglichkeit hinsichtlich seiner Risikobereitschaft. Jedenfalls nachträglich erhobene Jahresbeiträge zum Abwicklungsfonds dienen allein dem Finanzierungszweck. Sie müssen darum in teleologischer Reduktion des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG<sup>1069</sup> wie Sonderbeiträge nach § 12 Abs. 3 RStruktFG als steuerlich abzugsfähig behandelt werden.

Insgesamt ist jedenfalls ab 2015 eine unzureichende normativ angelegte Lenkungsgewähr zu konstatieren. Für den vor Rechtsprechung bislang angenommenen „Lenkungsdruck“<sup>1070</sup> fehlt jedenfalls ab 2015 eine hinreichende normative Basis. Selbst wenn allgemein Lenkungsbelastungen aufgrund ihrer Doppelfunktionalität schwer zu evaluieren sind, weil sie, selbst wenn sie nicht zu Verhaltensänderungen führen, immerhin in Steuereinnahmen resultieren<sup>1071</sup>, so besteht angesichts des deutlich dominierende Finanzierungszwecks beim steuerlichen Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG keine solche Doppelfunktionalität: Beherrschend ist allein der Zweck der Entlastung der Steuerzahler. Darum ist – ungeachtet der Beurteilung der Lenkungswirkungen bis 2014 – „jedenfalls nach aktuellem Recht [...] der Eingriff in das objektive Nettoprinzip [...] nicht mehr gerechtfertigt“.<sup>1072</sup>

Abschließend bleibt nochmals zu betonen, dass das steuerrechtliche Abzugsverbot als autonome deutsche Entscheidung (siehe bereits Teil 2 III. 2.), nicht auf unionsrechtlichen Vorgaben fußt. Darum liefert die Europäisierung der Bankenabgabe keinen unionsrechtlichen Grund zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips. Das steuerliche Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG widerspricht trotz der EU-rechtlichen Fundierung der Abgabe dem materiellen Steuerverfassungsrecht des GG.<sup>1073</sup>

1060) Allgemein P. Kirchhof, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. D 265 (Mai 2002).

1061) Teil 1, S. 34 ff. m.w.N.

1062) Dazu bereits Teil 1, S. 39 f.

1063) Kritisch zur Weitergabe von Negativzinsen an Privatkunden Antrag des Freistaates Bayern v. 10.12.2019, BR-Drucksache 641/19, S. 2.

1064) Stellungnahme des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft, Landtag von Baden-Württemberg Drucks. 15/6560, S. 5.

1065) So bereits Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.

1066) Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1 im Anschluss an Kube, DStR 2016, 572 (575 ff.).

1067) Dazu bereits Teil 1, S. 33 f.

1068) Allgemein Kube, DStR 2016, 572 (576 f.).

1069) Für eine Reduktion des Tatbestandes auf den risikobezogenen Teil der Abgabe bereits Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.1.

1070) FG Münster, Urteil v. 21.3.2018 – 9 K 3187/16 F, EFG 2018, 1350 – Rz. 49; BFH, Urteil v. 1.7.2020 – XI R 20/18, WM 2021, 205 – Rz. 37, 46, 49.

1071) So jüngst Hey, Evaluierung von Normen – Möglichkeiten und Grenzen, FR 2021, 293 (295).

1072) Ebenso Meyer, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 4 Rz. 2833.

1073) Ebenso bereits Kube, DStR 2016, 572 (578).

## V. Wesentliche Ergebnisse (Teil 2)

Die Ergebnisse des 2. Teils der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die verfassungsrechtliche Beurteilung des Abzugsverbots hat aufgrund der Europäisierung und Neuausrichtung der Bankenabgabe ab dem Jahr 2015 (siehe Teil 2 II.) andere Ansatzpunkte und Argumente (siehe Teil 2 III.), das Ergebnis bleibt aber – wie bei der Rechtslage vor 2015 (siehe Teil 1 V.) – unverändert negativ.

2. Die substanzielle Umgestaltung der Bankenabgabe ab 2015 hat kompetenzrechtliche wie materielle Konsequenzen, die auf das darauf aufbauende steuerliche Abzugsverbot durchschlagen. Die beiden Fragen sind die kompetenzrechtliche (siehe Teil 2 IV.) und die materiell-rechtliche Seite (siehe Teil 2 V.) derselben Medaille.

3. Steuergesetze über Gemeinschaftsteuern sind ohne Rücksicht auf die konkreten Ertragsauswirkungen der Gesetzesänderung nach Art. 105 Abs. 3 GG stets zustimmungspflichtig (siehe Teil 2 IV. 1.).

4. Die Zustimmung des Bundesrates zu § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als Teil des Restrukturierungs(fonds)gesetz im Jahre 2010 liegt zwar vor. Eine neue Zustimmungspflicht des Bundesrates besteht aber, wenn eine materielle Gesetzesänderung die Tragweite und Bedeutung des ursprünglich zustimmungsbedürftigen Gesetzes maßgebend verändert (siehe Teil 2 IV. 3.).

5. Das steuerliche Abzugsverbot baute erklärtermaßen auf dem Lenkungsziel der Bankenabgabe auf und sollte dieses verstärken. Damit verfolgte das zustimmungspflichtige Steuergesetz keinen eigenen, originären Lenkungszweck, sondern sollte den mit der deutschen Bankenabgabe im Jahre 2010 intendierten Lenkungszweck unterstützen. Die Neuausrichtung der Bankenabgabe und ihrer Bemessungsgrundlage im Zuge der Europäisierung ab dem Jahre 2015 (siehe Teil 2 II. 4.) entzieht dem unveränderten steuerlichen Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG die hinreichende außersteuerliche Lenkungsgrundlage. Dadurch wurde die materielle Grundlage des Abzugsverbots auch ohne Änderung des Gesetzeswortlauts des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG durch die Änderung des Restrukturierungsfondsgesetz durch das BRRD-Umsetzungsgesetz wesentlich verändert. Die ursprüngliche Zustimmung des Bundesrates umfasst nicht die wesentliche Veränderung des rechtlich erheblichen Gehalts im Jahre 2014 (siehe Teil 2 IV. 4.).

6. Die fehlende Zustimmung des Bundesrates zu einem zustimmungsbedürftigen Gesetz führt zur Nichtigkeit des Gesetzes (siehe Teil 2 IV. 5.). Der Bürger kann auch rein organisations- oder kompetenzrechtliche Grund für die Verfassungswidrigkeit des ihn belastenden Gesetzes und darauf gestützter Maßnahmen geltend machen (siehe Teil 2 IV. 6.).

7. In formeller Hinsicht bewirkt die Europäisierung und Neuausrichtung der Bankenabgabe ab 2015 nicht zur eine neue Zustimmungspflicht des Bundesrates zum steuerlichen Abzugsverbot (siehe Teil 2 IV.), sondern erfordert zugleich eine neue legislative Lenkungsentscheidung. Das unveränderte und unüberprüfte Festhalten am steuerlichen Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG wird dem nicht gerecht. Es hätte angesichts der grundlegend geänderten Ausgestaltung der EU-Bankenabgabe und ihres noch dominanteren Finanzierungszwecks einer erneuten parlamentarischen Lenkungsentscheidungsprognose bedurft (siehe Teil 2 V. 1.). Ohne diese fehlt es bereits an einer sachgerechten Ausübung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.

8. Die bereits bis 2014 naheliegende Qualifikation des steuerlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG als vorrangige Finanzierungsnorm wird durch die Umgestaltung der EU-Bankenabgabe noch deutlich unterstrichen (siehe Teil 2 V. 2.). Nach der gesetzlichen Anlage ist das Abzugsverbot nicht als Lenkungszwecknorm ausgestaltet. Eine Lenkungsfinalität ist zu vermissen und auf einem europäischen Ansatz für einen Lenkungswillen (siehe Teil 2 II. 4.) lässt sich nicht tragfähig aufbauen. Frühere Rechtfertigungsversuche des steuerlichen Abzugsverbots des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG durch eine „übergeordnete Lenkungsfunktion“ der Bankenabgabe überzeugen jedenfalls ab 2015 nicht mehr.<sup>1074)</sup>

9. Schließlich verstärken sich die Zweifel an der Lenkungswirkung des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG, die bereits bis 2014 mehr als fragwürdig war, noch bei der EU-Bankenabgabe ab 2015 (siehe Teil 2 V. 3.). Die Risikoneigung des jeweiligen Kreditinstitutes ist seit 2015 nur noch in eingeschränktem Maße bestimmend für die Betragshöhe, weil die Finanzierungsfunktion deutlich in den Vordergrund gerückt ist und sich auch gänzlich risikoaverse Institute mit einer unvermeidbaren Abgabe in erheblicher Höhe konfrontiert sehen.

10. Auch nach der EU-rechtlichen Fundierung der Bankenabgabe durchbricht das steuerliche Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG das objektive Nettoprinzip, ohne dass es eine hinreichend verfassungsrechtliche Rechtfertigung gibt. Das gleichheitswidrige Abzugsverbot ist auch ab 2015 verfassungswidrig.

1074) Gegen die Überzeugungskraft dieser Argumente für die Zeit bis 2014 bereits Teil 1, S. 30ff.

# NUTZEN SIE NOCH HEUTE DEN VOLLEN UMFANG IHRES ABONNEMENTS!

EXKLUSIV  
FÜR SIE

KOSTENLOS

Aktivieren Sie Ihren **Online-Zugang**\* ganz einfach unter  
[www.kreditwesen.de/anmeldung](http://www.kreditwesen.de/anmeldung)

\* Für die Aktivierung des Online-Zugangs benötigen Sie Ihre Abonnementnummer.  
Sollten Sie diese nicht vorliegen haben, so zögern Sie nicht, uns direkt zu kontaktieren.

**069 970833-25 oder [vertrieb@kreditwesen.de](mailto:vertrieb@kreditwesen.de)**



# Das Gegenteil von Stillstand: Mittelstand.

Morgen  
kann kommen.

Wir machen den Weg frei.

Als mittelständische Banken verstehen wir den Mittelstand besonders gut. Und Verständnis ist der erste Schritt für eine ehrliche und kompetente Beratung auf Augenhöhe, die zu langfristigen Unternehmenserfolgen führt.