

## Steuer und Wirtschaft

Zeitschrift für die gesamten  
Steuerwissenschaften

**Geschäftsführende Herausgeber:**

Prof. Dr. Johanna Hey, Köln · Prof. Dr. Christoph Spengel, Mannheim

**steuer-und-wirtschaft.de**

**Mitherausgeber:**

Prof. Dr. Tina Ehrke-Rabel, Graz · Prof. Dr. Joachim Englisch, Münster ·  
Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Fuest, München · Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Köln · Prof. Dr. Hanno  
Kube, Heidelberg · Prof. Dr. Ralf Maiterth, Berlin · Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, München ·  
Prof. Dr. Roman Seer, Bochum

**Verantw. Redakteur:** Prof. Dr. Gary Rüschen, Nordkirchen



[otto-schmidt.de/answers](https://otto-schmidt.de/answers)

**8. Steuer-  
wissenschaft-  
liches Sympo-  
sium  
im Bundes-  
finanzhof**

<b>Tagungsbeiträge &gt;</b>	<b>Christian Levedag</b> – Gerichtlicher Rechtsschutz gegen belastendes unionsrechtliches Sekundärrecht und darauf beruhende Umsetzungsakte im Rechtsschutzverbund von FG, EuGH und BVerfG ..... 197
	<b>David Hummel</b> – Der EuGH als Finanzgericht? – Zur besonderen Stellung des EuGH im und den besonderen Herausforderungen eines Vorabentscheidungsersuchen(s) ..... 211
	<b>Anette Kugelmüller-Pugh</b> – Die Rolle des Bundesfinanzhofs in der Beihilfekontrolle ..... 218
<b>Abhandlungen &gt;</b>	<b>Lars P. Feld / Philipp Weber</b> – Perspektiven einer Unternehmenssteuerreform in Deutschland ..... 227
	<b>Johanna Stark</b> – Totalgewinn, Restgewinn, Periodengewinn – Zu den zeitlichen Bezugsgrößen der Einkünfteerzielungsabsicht ..... 244
	<b>Gerrit Bartsch / Dino Höppner</b> – Besteuerung von Earn-out-Vereinbarungen – eine ökonomische Analyse ..... 255
	<b>Jasmin Vötisch</b> – Wie aussagekräftig ist die EATR nach Devereux/Griffith für digitale Unternehmen? – Eine formaltheoretische Diskussion zur Annahme der sofortigen Verlustverrechnung ..... 275

## Tagungsbeiträge

### 8. Steuerwissenschaftliches Symposium im Bundesfinanzhof

*Dr. Christian Levedag, München\**

## Gerichtlicher Rechtsschutz gegen belastendes unionsrechtliches Sekundärrecht und darauf beruhende Umsetzungsakte im Rechtsschutzverbund von FG, EuGH und BVerfG

STUW0069512

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zur Verfügung stehende Kontrollmaßstäbe für die belastende Richtlinie und das nationale Umsetzungsgesetz
  - 1. Zusammenhang von unionsrechtlichem Anwendungsvorrang und Rechtsschutzziel
  - 2. Bedeutung des Harmonisierungsgrads des nationalen belastenden Steuergesetzes für den Rechtsschutz
    - a) Harmonisierungsgrade nationaler ertragsteuerlicher Umsetzungsgesetze
    - b) Abgrenzungskriterien zur Bestimmung des Harmonisierungsgrads einer Richtlinienbestimmung
  - 3. Kontrollmaßstäbe bei teilweise unionsrechtlich determinierten nationalen Steuergesetzen
    - a) Grundfreiheiten und unionale Grundrechte als Kontrollmaßstäbe des unionsrechtlichen Primärrechts für die Richtlinie
    - b) Nationale Grundrechte als anwendbarer Kontrollmaßstab für das nationale Steuergesetz
    - c) Schlussfolgerungen
  - 4. Kontrollmaßstäbe bei vollständig unionsrechtlich determinierten nationalen Steuergesetzen
    - a) Unionsrechtliche Kontrollmaßstäbe für belastendes Sekundärrecht und nationales Umsetzungsrecht
    - b) Reichweite des Grundrechtsschutzes als Kontrollmaßstab für belastendes steuerliches Sekundärrecht
  - 5. Kontrollmaßstäbe bei überschießend umgesetzten Richtlinien
    - a) Erscheinungsformen der überschießenden Umsetzung
    - b) Unionsgrundrechte als alleiniger Kontrollmaßstab für das nationale Steuergesetz?
  - 6. Zusammenfassendes Beispiel zu den maßgeblichen Kontrollmaßstäben
- III. Einzelfragen zum Handeln im Rechtsschutzverbund
  - 1. Das Vorabentscheidungsverfahren
    - a) Auslegungsfragen (Art. 267 Abs. 1 Buchst. a und Buchst. b AEUV)
    - b) Gültigkeitsfragen (Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV)
    - c) Die Vorlagepflicht (Art. 267 Abs. 3 AEUV)
  - 2. Rechtsschutz beim BVerfG

\* Dr. Christian Levedag, LL.M. Tax (London), ist Richter im VIII. Senat am BFH. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf dem 8. Steuerwissenschaftlichen Symposium im Bundesfinanzhof am 19.3.2024 gehalten hat. Der Vortragsstil ist beibehalten. Zudem ist der Beitrag auf einen knappen Fußnotenapparat begrenzt.

Prof. Dr. David Hummel, Luxemburg/Leipzig\*

## Der EuGH als Finanzgericht?

Zur besonderen Stellung des EuGH im und den besonderen Herausforderungen eines Vorabentscheidungsersuchen(s)

STUW0067458

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zur Arbeitsweise des Gerichtshofs
  1. Die unterschiedlichen Spruchkörper des Gerichtshofs
  2. Die drei Besonderheiten des Gerichtshofs
    - a) Die Zuteilung der Fälle
    - b) Das Kollegialitätsprinzip
    - c) Die Funktion des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsersuchen
- III. Herausforderungen im Umgang mit Vorabentscheidungsersuchen
- IV. Folgen für den Umgang mit Urteilen des Gerichtshofs
- V. Zusammenfassung

*Ob der EuGH wirklich ein Finanzgericht ist, soll einmal mit einem großen Fragezeichen versehen werden. Was aber definitiv zu bejahen ist, ist eine starke Diskrepanz zwischen der Selbstwahrnehmung, d.h. wie der Gerichtshof selbst mit seinen Entscheidungen umgeht und sie verstanden wissen will, und der Wahrnehmung durch die deutsche Steuerrechtswissenschaft, d.h. wie dort mit seinen Entscheidungen umgegangen wird und wie sie dort recht häufig – bewusst oder unbewusst – missverstanden werden. Der Beitrag will die besondere Stellung des EuGH im Vorabentscheidungsersuchen und die besonderen Herausforderungen eines Vorabentscheidungsersuchens für den Gerichtshof näher beleuchten. Eine besondere Verantwortung trifft dabei die vorlegenden Gerichte, die durch die Qualität ihrer Vorabentscheidungsersuchen einen großen Einfluss auf die Qualität der Entscheidung des Gerichtshofs haben.*

*Whether the CJEU is really a tax court should be left open. What can definitely be affirmed, however, is a strong discrepancy between the self-perception, i.e. how the Court itself deals with its decisions and wants them to be understood, and the perception by German tax law scholars. This article aims to shed light on the special function of the ECJ in the preliminary ruling procedure and the particular challenges there for the Court of Justice. A particular responsibility lies with the referring courts, which have a major influence on the quality of the Court's decision through the quality of their requests for preliminary rulings.*

### I. Einleitung

Da eine besondere „deutsche Tradition“ im Umgang mit Urteilen des Gerichtshofs im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens immer noch mit großer Inbrunst gepflegt wird, habe

ich mich sehr über die Möglichkeit gefreut, vor diesem ausgewählten Auditorium etwas zum besseren Verständnis der Entscheidungen des EuGH vortragen und hoffentlich auch beitragen zu können. Mit dieser besonderen „deutschen Tradition“ ist die Tatsache gemeint, dass in der deutschen Rechtswissenschaft – insbesondere in der deutschen Steuerrechtswissenschaft – immer wieder versucht wird, einzelne Randziffern aus den Entscheidungsgründen der Urteile des Gerichtshofs herauszulösen und kontextunabhängig zu verallgemeinern.

Der Beitrag versucht darzulegen, warum aufgrund der besonderen Arbeitsweise des Gerichtshofs und der besonderen Stellung im Vorabentscheidungsersuchen ein etwas anderer Umgang mit steuerrechtlichen Entscheidungen des EuGH als mit steuerrechtlichen Entscheidungen eines Fachgerichts geboten ist (dazu unter II.). Der Schwerpunkt soll dabei auf den Herausforderungen in Luxemburg bei der Bearbeitung von Vorabentscheidungsersuchen und der damit einhergehenden Verantwortung der vorlegenden Gerichte liegen (dazu unter III.). Gerade der Qualität des Vorabentscheidungsersuchens kommt eine besondere Bedeutung in diesem „Dialog der Gerichte“ zu. All dies hat auch Folgen für den zutreffenden Umgang mit den Urteilen des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren (dazu unter IV.).

### II. Zur Arbeitsweise des Gerichtshofs

#### 1. Die unterschiedlichen Spruchkörper des Gerichtshofs

Betrachtet man die deutsche steuerrechtliche Literatur und Rechtsprechung der Finanzgerichte, dann fällt auf, dass immer unterschiedslos von „dem EuGH“ gesprochen wird, der das eine oder andere bereits entschieden habe. Dies ist vordergründig nicht falsch, verstellt aber die Sicht auf die Tatsache, dass der EuGH in unterschiedlichen Spruchkörpern entscheidet. Der Gerichtshof ist mithin kein Block, sondern kann im Plenum, als Große Kammer (15 Richter), als 5er Kammer (1. bis 5. Kammer) oder als 3er Kammer (6. bis 11. Kammer) ent-

\* Der Verfasser ist Professor an der Universität Leipzig, Juristenfakultät, und ist derzeit als Referent (*Référendaire*) im Kabinett der deutschen Generalanwältin Prof. Dr. Juliane Kokott am Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg, tätig. Der Beitrag gibt selbstverständlich nur seine persönliche wissenschaftliche Ansicht wieder, die in einem Vortrag auf dem 8. Steuerwissenschaftlichen Symposium 2024 im BFH dargelegt wurde. Der Verfasser darf sich nochmals ganz herzlich bei dem Präsidenten des BFH, Herrn *Theßling*, für die Fortsetzung dieser Veranstaltungsreihe und die Einladung bedanken. Die Vortragsform ist weitestgehend beibehalten worden.

**Dr. Anette Kugelmüller-Pugh, München\***

# Die Rolle des Bundesfinanzhofs in der Beihilfekontrolle

STUW0068456

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Europäisches Beihilferecht als Ausgangspunkt
  1. Steuerbegünstigung als staatliche Beihilfe
  2. Vier-Stufen-Prüfung
  3. Zusammenspiel zwischen Kommission, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und nationalen Gerichten in der Beihilfekontrolle
- III. Die Kompetenz des BFH in der Beihilfekontrolle
  1. Notwendigkeit eines anhängigen Verfahrens vor dem BFH
  2. Rechtsschutzziel des Steuerpflichtigen
  3. Unterscheidung zwischen Altbeihilfen und Neubehilfen
    - a) Altbeihilfen in der BFH-Rechtsprechung
    - b) Die Prüfung von neuen Beihilfen durch den BFH
    - c) Vier Entscheidungskategorien auf Seiten des BFH
- IV. Schlussüberlegungen

Die vorliegende Abhandlung zeigt die Rolle des BFH in der europäischen Beihilfekontrolle auf. Zunächst stellt die Autorin dar, dass eine nationale Steuerbegünstigung eine unionsrechtswidrige Beihilfe sein kann und eine entsprechende Prüfung auf vier Stufen erfolgt. Im Anschluss wird das Zusammenspiel der Kommission, des EuGH und des BFH in der Beihilfekontrolle beleuchtet. Es wird ausgeführt, dass der BFH als letztinstanzliches nationales Gericht bei ungeklärter Rechtslage zu einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH verpflichtet ist. Des Weiteren wird erläutert, dass der BFH in eine Prüfung nur eintreten kann, wenn bei ihm ein Verfahren anhängig ist. Dabei ist das Rechtsschutzziel des Steuerpflichtigen stets die Aufhebung oder Änderung von Steuerbescheiden. Der BFH hat außerdem zwischen Altbeihilfen und Neubehilfen zu unterscheiden, da sie unterschiedlichen Regelungen folgen. Bei der Prüfung von Neubehilfen wird verdeutlicht, dass der BFH vier Kategorien anwendet. In der ersten Kategorie ist die Beihilfefrage nicht entscheidungserheblich, da die Revision nach nationalem Recht unbegründet ist. In Kategorie zwei kommt es zwar auf die Beihilfefrage an, jedoch hat der BFH keine Zweifel, dass die Steuerbegünstigung keine unionsrechtswidrige Beihilfe ist. In der dritten Kategorie ersucht der BFH den EuGH um Vorabentscheidung, weil er die Rechtslage durch die bisherige Rechtsprechung noch nicht als geklärt ansieht. Die vierte Kategorie schließlich umfasst Fallgestaltungen, in denen der BFH von der Unionsrechtswidrigkeit der Steuerbegünstigungsvorschrift ausgeht und sie deshalb in dem bei ihm anhängigen Verfahren nicht anwendet. Abschließend zeigt die Autorin auf, dass sich aus der umfangreichen Analyse der BFH-Rechtsprechung eine in Inhalt und Menge ausgewogene Kontrollfunktion des BFH ableiten lässt.

This paper shows the role of the BFH in European state aid control. Firstly, the author explains that a national tax concession can constitute a state aid that is not compatible with EU law. A corresponding test is carried out in four stages. Subsequently the interaction between the Commission, the ECJ and the BFH in state aid control is analysed. It is stated that the BFH as a national court of last instance is obliged to file for a preliminary ruling to the ECJ if the legal situation is unclear. Furthermore it is explained that the BFH can only enter into an examination if proceedings are pending before it. In this context the legal protection objective of the taxpayer is always the cancellation or amendment of tax assessments. The BFH also has to distinguish between an existing state aid and a new state aid as they are subject to different regulations. Re new states aids it is made clear that the BFH applies four categories. In the first category, the question of state aid is not relevant to the decision as the appeal is unsuccessful under national law. In category two, the question of state aid is relevant, but the BFH has no doubts that the tax concession does not constitute a state aid contrary to EU law. In the third category, the BFH is requesting a preliminary ruling from the ECJ because it considers the legal situation not yet been clarified by the case law to date. Finally, the fourth category comprises cases in which the BFH assumes that the tax concession is contrary to EU law and therefore cannot be applied in the proceedings pending before it. In conclusion the author demonstrates that the comprehensive analysis of the BFH case law shows a balanced control function of the BFH in terms of content and quantity re state aid.

## I. Einführung

Der BFH ist seit fast zwei Dekaden mit dem europäischen Beihilferecht befasst. Anlässlich des 8. Steuerwissenschaftlichen Symposiums, das im Jahr 2024 ganz im Lichte des europäischen Beihilferechts stand, habe ich die Rolle des BFH in der Beihilfekontrolle untersucht. Dabei haben sich bei der Vorbereitung des Vortrags für mich die drei folgenden „Wie“-Fragen aufgetan: Wie wird der BFH für das Beihilferecht überhaupt zuständig? Wie übt der BFH seine einmal erlangte Kompetenz aus? Und schließlich: Wie wird der BFH seiner Rolle gerecht? Aus diesen drei Fragen leitete sich dann automatisch die Gliederung des Vortrags ab: Der Vortrag beschäftigte sich zunächst damit, aus welchen Normen und Rechtsprechungskriterien die Zuständigkeit des BFH für eine Kontrollfunktion bei

\* Dr. Anette Kugelmüller-Pugh, LL.M. (King's College London) ist Richterin am Bundesfinanzhof. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin auf dem 8. Steuerwissenschaftlichen Symposium im Bundesfinanzhof am 19.3.2024 gehalten hat.

# Abhandlungen

Prof. Dr. Dr. h.c. Lars P. Feld/Philipp Weber, beide Freiburg i.Br.\*

## Perspektiven einer Unternehmenssteuerreform in Deutschland

STUW0069303

### Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Zur aktuellen Wirtschaftslage
  - 2.1 Entwicklung in Deutschland
    - 2.1.1 Gesamtwirtschaftliche Entwicklung
    - 2.1.2 Entwicklung in der Steuerpolitik
  - 2.2 Internationale Entwicklung
    - 2.2.1 Industriepolitik im internationalen Standortwettbewerb
    - 2.2.2 Steuerpolitik im internationalen Standortwettbewerb
  - 2.3 Zwischenergebnis
3. Lösungsansätze in der Steuerpolitik
  - 3.1 Skizze einer angebotsorientierten Steuerreform in Deutschland
    - 3.1.1 Die finanzwissenschaftlichen Grundlagen
    - 3.1.2 Eine Reform zur dualen Einkommensbesteuerung in Deutschland
  - 3.2 Internationale Entwicklung des Unternehmenssteuerrechts
4. Fazit

*Deutschland hat derzeit mit einer Reihe von Strukturproblemen zu kämpfen, die Ausdruck von Standortproblemen sind. Anders gewendet ist die deutsche Volkswirtschaft im internationalen Standortwettbewerb zurückgefallen. Ein Aspekt der fehlenden Standortqualität stellt die relativ hohe Unternehmensbesteuerung dar. In diesem Beitrag wird ein Vorschlag des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, die Zinsvereinigung des Grundkapitals, wieder aufgenommen und diskutiert, inwiefern dies zur aktuellen Standortdiskussion beitragen kann. Insgesamt zeigt sich, dass dieser Schritt zur Finanzierungsneutralität die Standortqualität verbessern würde.*

*Germany currently struggles with structural problems as an expression of weak locational attractiveness. Put differently, the German economy fell back in international locational competition. One aspect of the lacking locational quality is the relatively high taxation for firms. In this paper, we reconsider a proposal by the German Council of Economic Experts, an allowance of corporate equity (ACE), and discuss to what extent its introduction could contribute to the current debate about locational attractiveness. All in all, such an ACE-type reform towards financial neutrality would improve the locational attractiveness of Germany.*

### 1. Einführung

Deutschland leidet unter einer Wachstumsschwäche, die nicht lediglich konjunkturell ausgeprägt und etwa auf die beiden großen Schocks der vergangenen Jahre – Pandemie und russischer Angriffskrieg auf die Ukraine – zurückzuführen ist. Vielmehr deckten diese exogenen Schocks strukturelle Probleme auf, die sich bereits zuvor manifestiert hatten. Eines dieser strukturellen Probleme ist die deutsche Unwilligkeit, den internationalen Standortwettbewerb unter Wert- und Handelspartnern anzunehmen und die eigenen Konditionen für die unternehmerische Investitionsbereitschaft proaktiv mitzugestalten.

Das Problem wird besonders deutlich in der Steuerpolitik. Die letzte substantielle Unternehmenssteuerreform stammt aus dem Jahr 2008, ist also inzwischen über 15 Jahre her. In der Zwischenzeit haben vielen andere Nationen ihr Steuersystem überarbeitet, die effektive Unternehmenssteuerbelastung damit zum Teil deutlich abgesenkt und die Investitionsanreize gestärkt. Nach der Unternehmenssteuerreform 2008 war die effektive Unternehmenssteuerbelastung in Deutschland im internationalen Vergleich im oberen Drittel, jedoch durchaus noch konkurrenzfähig. Die Reformen in anderen Staaten und kleine Erhöhungen der Durchschnittssteuerbelastung in Deutschland (insbesondere durch die Erhöhung durchschnittlicher Gewerbesteuerhebesätze) machen Deutschland heute wieder zu einem Hochsteuerland.

Eine attraktive Unternehmensbesteuerung ist nicht die einzige Möglichkeit, im internationalen Standortwettbewerb zu reüssieren. Die deutsche Wirtschaftspolitik priorisierte in den vergangenen fünf Jahren eine Industrie- und Prozesspolitik, mit der durch eine Kombination aus Quoten, Technologievorgaben, staatlichen Interventionen und Subventionen Wirtschaftswachstum initiiert wird und die Transformation zu einer emissionsfreien, digitalen, sozial gerechten Wirtschaft gelingen soll. Eine ähnliche Philosophie verfolgt der Green Deal auf europäischer Ebene und der amerikanische Inflation Reduction Act (IRA).

In diesem Beitrag erörtern wir, weshalb es eine solche Industriepolitik nicht vermag, Deutschland im internationalen

\* Prof. Dr. Dr. h.c. Lars P. Feld ist Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschaftspolitik und Ordnungsökonomik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Direktor des Walter Eucken Instituts. Philipp Weber ist Forschungsreferent an diesem Institut.

Dr. Johanna Stark, München\*

# Totalgewinn, Restgewinn, Periodengewinn

Zu den zeitlichen Bezugsgrößen der Einkünfteerzielungsabsicht

STUW0067593

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Einkünfteerzielungsabsicht als Voraussetzung der Verlustberücksichtigung
  1. Teleologischer Hintergrund
  2. Asymmetrische Handhabung des Tatbestandsmerkmals Einkünfteerzielungsabsicht
  3. Zweistufige Prüfung fehlender Einkünfteerzielungsabsicht
- III. Zeitliche Bezugsgrößen der objektiven Ergebnisprognose
  1. Ende des Prognosezeitraums
  2. Beginn des Prognosezeitraums
  3. Anpassungen des Prognosezeitraums
    - a) Subjektübergreifende Ausdehnung
    - b) Einschränkung auf Restgewinnprognose
  4. Zwischenfazit
- IV. Problemanalyse
  1. Objektive Ertragsprognose und zeitliche Dimension von Leistungsfähigkeit
    - a) Periodizität als technisches vs. materielles Besteuerungsprinzip
    - b) Prognostische Elemente periodischer Besteuerung
    - c) Einkünfteerzielungsabsicht und relative Perspektivengewichtung
  2. Abgrenzung privater Konsumsphäre im steuerrechtlichen Mehrebenensystem
    - a) Interdependenz von Einkünfteerzielung und Einkünftebemessung
    - b) Auflösung problematischer Fälle
- V. Vorschlag für reformierte zweistufige Prüfung
  1. Stufe: Objektive Ergebnisprognose immer bezogen auf Totalperiode
  2. Stufe: Durchschlagen nicht erwerbsorientierter Motivationslagen
- VI. Fazit

*Eine liberale Wirtschafts- und Rechtsordnung, die dem Einzelnen grundsätzlich die Wahl seines Berufes und die Ausgestaltung seiner wirtschaftlichen Betätigung überlässt, kommt auch mit Blick auf ihre eigenen Existenzbedingungen nicht umhin, einen Kompromiss zu finden zwischen den für den Gebrauch dieser Freiheit nötigen Spielräume und der steuerrechtlich konturierten Teilhabe des Staates an den daraus entstehenden wirtschaftlichen Vorteilen. Wenn sich aus einer Tätigkeit positive Einkünfte ergeben, soll der Staat gemäß der Fiskalfunktion des EStG nach dem Maßstab des objektiven Nettoprinzips daran partizipieren. Nimmt man diese funktionale Verankerung ernst, muss eine von Vornherein nicht auf die Erzielung positiver Ein-*

*künfte angelegte Tätigkeit bei der Einkommensbesteuerung außen vor bleiben. Der vorliegende Beitrag betrifft vor diesem Hintergrund die Differenzierung zwischen steuerbaren Verlusten und nicht steuerbarer Liebhaberei anhand des Merkmals der Einkünfteerzielungsabsicht im Bereich der Gewinneinkünfte; im Zentrum stehen die zeitlichen Bezugsgrößen der objektiven Totalgewinnprognose, die nach allgemeiner Auffassung den Ausgangspunkt der zweistufigen Liebhabereiprüfung bildet. Der Beitrag endet mit dem Vorschlag einer reformierten Liebhabereiprüfung, deren objektive erste Stufe bei bereits länger andauernden Tätigkeiten keine Beschränkung auf eine Restgewinnprognose vorsieht. Die hier vorgeschlagenen Veränderungen betreffen vor allem den Umgang mit „Auslaufverlusten“, welche sich in der letzten Phase einer Tätigkeit mit auf die Totalperiode bezogen positiven Einkünften ergeben.*

*This article deals with the differentiation between taxable losses and losses associated with non-taxable activities in German Income Tax Law. It focuses on whether an activity is expected to be profitable over its entire lifetime. Losses are generally only deductible if the activity as a whole is taxable, which in turn depends on a realistic chance of future profits. The article proposes giving more weight to past profits when evaluating losses in an activity's final phase, even if the remaining period itself is objectively unlikely to be profitable.*

## I. Einleitung

Bezugsgröße der Einkünfteerzielungsabsicht, die in § 15 Abs. 2 S. 1 EStG ausdrücklich als Voraussetzung für den Gewerbebetrieb als Grundform der Gewinneinkünfte genannt wird, ist grundsätzlich der Totalgewinn<sup>1</sup> als „Gesamtergebnis des Betriebes von der Gründung bis zur Veräußerung oder Aufgabe oder Liquidation“<sup>2,3</sup>. Dieser Grundsatz führt in vielen Fällen zu taug-

\* Dr. Johanna Stark, M.Phil, ist wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und öffentliche Finanzen.

1 Zur zweifachen Relevanz des Totalgewinngedankens einerseits für die Frage, ob überhaupt eine auf Gewinnerzielung ausgerichtete Tätigkeit vorliegt, andererseits im Rahmen der konkreten Gewinnermittlung *Drüen*, FR 1999, 1097 (1098).

2 BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 = FR 1984, 619 (766).

3 Die folgenden Ausführungen beziehen sich in erster Linie auf die Gewinnerzielungsabsicht als Voraussetzung der Steuerbarkeit von Gewinneinkünften; soweit sich inhaltliche Abweichungen zu dem entsprechenden Erfordernis einer Überschusserzielungsabsicht bei Überschusseinkünften ergeben, wird darauf gesondert hingewiesen; keine nähere Betrachtung erfahren die Besonderheiten der Liebhabereibegrenzung im Bereich der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG), s. dazu BFH v. 29.3.2022 – IX B 18/21, HFR 2022, 638 sowie aus dem Schrifttum *Leisner-Egensperger*, DStZ 2010, 791; *Pezzner*, StuW 2000, 457.



## Peer Review

Gerrit Bartsch, Wedel / Dr. Dino Höppner, Frankfurt (Oder)\*

# Besteuerung von Earn-out-Vereinbarungen – eine ökonomische Analyse

STUW0065534

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  1. Anlass der Untersuchung
  2. Gegenstand der Untersuchung und Forschungsfrage
- II. Konzept und Ziel von Earn-out-Vereinbarungen
  1. Begriffsbestimmung von Earn-out-Vereinbarungen
  2. Abgrenzung zu anderen variablen Kaufpreisen
- III. Veräußerungsgewinnbesteuerung bei Earn-out-Vereinbarungen
  1. Bisherige Rechtsprechung zur Veräußerungsgewinnbesteuerung
  2. BFH-Entscheidung vom 9.11.2023 (IV R 9/21)
  3. Einordnung der Entscheidung
  4. Auswirkungen der Entscheidung auf die Veräußerungsgewinnbesteuerung
    - a) Teil des Veräußerungsgewinns
    - b) Auswirkungen für Tarifbegünstigungen
  5. Zwischenergebnis
- IV. Ökonomische Analyse von Earn-out-Vereinbarungen
  1. Ausgangsüberlegungen und Herleitung des Modellansatzes
  2. Modelltheoretische Grundlagen und Annahmen
  3. Formalisierung der Differenzsteuerbelastungen und des Entscheidungskriteriums
    - a) Vereinbarung einer Earn-out-Komponente (Alt. 1)
    - b) Vereinbarung ohne Earn-out-Komponente (Alt. 2)
    - c) Entscheidungskriterium
  4. Modellanalyse
    - a) Analyse eines Grundmodells
    - b) Sensitivität der Höhe des Earn-out-Anteils (a)
    - c) Sensitivität des verbleibenden zu versteuernden Einkommens (vzvE)
    - d) Sensitivität der Dauer der Earn-out-Periode (T)
    - e) Zwischenergebnis
  5. Abwandlung mit Vereinbarung eines Festkaufpreises über dem Basiskaufpreis
    - a) Herleitung des Festkaufpreises
    - b) Formalisierung des erweiterten Grundmodells
    - c) Analyse des erweiterten Grundmodells
    - d) Sensitivität der Höhe des Earn-out-Anteils (a)
  6. Beantwortung der Forschungsfrage
- V. Zusammenfassung

gesondert und einheitlichen Feststellung auf Ebene der veräußerten Personengesellschaft (Mitunternehmerschaft). Dieser Beitrag untersucht daher die einkommensteuerrechtlichen Auswirkungen im Rahmen einer materiell-rechtlichen Analyse für natürliche Personen als Veräußerer. Darauf aufbauend erfolgt die Entwicklung und Analyse eines Paritalmodells zur Quantifizierung der einkommensteuerrechtlichen Folgen, wenn durch Vereinbarung einer Earn-out-Komponente die Tarifbegünstigungen nach § 34 EStG in Gänze verloren gehen. Anhand des Modells werden Handlungsempfehlungen an künftige Veräußerer formuliert, unter welchen Bedingungen Earn-out-Vereinbarungen ökonomisch vorteilhaft sind.

The Federal Fiscal Court (Bundesfinanzhof – BFH) recently ruled that earn-out payments in connection with the sale of a limited partnership interest must be taxed on an ongoing basis in accordance with the cash inflow (BFH, judgement of 9 November 2023, IV R 9/21). The decision was taken solely with regard to the separate and uniform determination at the level of the sold partnership (co-entrepreneurship). This article examines the income tax implications for individuals as sellers and presents a model to quantify the income tax consequences if the tariff advantages under § 34 ITA are completely lost by agreeing on an earn-out component. Recommendations are formulated for future sellers regarding the economic advantages of earn-out agreements.

## I. Einleitung

### 1. Anlass der Untersuchung

Gewinne aus der Veräußerung von Unternehmensanteilen werden durch verschiedene steuerliche Normen begünstigt. Für die Veräußerung von (Teil-)Betrieben oder des gesamten Mitunternehmeranteils gewährt das Einkommensteuerrecht u.a. Tarifbegünstigungen nach § 34 EStG mit der Fünftelregelung oder dem ermäßigten Steuersatz.<sup>1</sup> Werden Teile des Kaufprei-

Der BFH entschied jüngst, Earn-out-Zahlungen im Rahmen der Veräußerung eines Kommanditgesellschaftsanteils sind in den Zuflussveranlagungszeiträumen zu erfassen (BFH, Urt. v. 9.11.2023 – IV R 9/21). Dabei erging die Entscheidung nur zur

\* WP/StB Gerrit Bartsch ist Doktorand an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und am Institute for Central and East European Taxation (I CEE Tax). StB Dr. Dino Höppner ist Habilitand und akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und am I CEE Tax. Die Autoren danken Prof. Dr. Stephan Kudert für den fachlichen Austausch und die kritische Durchsicht des Manuskripts.

1 Für Kapitalgesellschaftsanteile kommen im Einkommensteuerrecht die Abgeltungsteuer mit fixiertem Steuersatz oder das Teileinkünfteverfahren



Jasmin Vötisch, Würzburg\*

# Wie aussagekräftig ist die EATR nach Devereux/Griffith für digitale Unternehmen?

Eine formaltheoretische Diskussion zur Annahme der sofortigen Verlustverrechnung

STUW0066123

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Das Devereux/Griffith-Modell
3. Problematik der Annahme der sofortigen Verlustverrechnung bei digitalen Unternehmen
  - 3.1. Definition digitaler Unternehmen und Merkmale der Geschäftsmodelle
  - 3.2. Empirie: Steuerliche Verlustvorträge in den Jahresabschlüssen digitaler Unternehmen
4. Formaltheoretische Diskussion
  - 4.1. Relevanz der Diskussion
  - 4.2. Spezifikationen und Annahmen zur formaltheoretischen Diskussion
  - 4.3. Modellierung und Analyse von Abschreibungsbarwerten
    - 4.3.1. Abschreibungsbarwert unter der Annahme der sofortigen Verlustverrechnung
    - 4.3.2. Abschreibungsbarwert bei Begrenzung des Abzugs auf die dem Rückfluss entsprechende BMG
    - 4.3.3. Abschreibungsbarwert bei Begrenzung des Abzugs auf die unter den Rückfluss reduzierte BMG
    - 4.3.4. Abschreibungsbarwert unter Berücksichtigung von Steuergutschriften und kombinierten Instrumenten
  - 4.4. Auswirkungen auf die EATR
5. Einordnung der Ergebnisse und Fazit

Die Effective Average Tax Rate (EATR) nach Devereux/Griffith gibt basierend auf einem investitionstheoretischen Ansatz die Steuerbelastung verschiedener Investitionen an. Hierbei wird die Möglichkeit der sofortigen Verlustverrechnung angenommen. Bedeutsam ist diese Annahme vor allem dann, wenn das Steuerrecht den Sofortabzug, die beschleunigte Abschreibung von Investitionsaufwendungen oder steuerliche Forschungs- und Entwicklungsförderung gewährt. Diese steuerrechtlichen Begünstigungen sind in der Untersuchung von ZEW/PwC (2017) die Hauptursachen für eine deutlich niedrigere EATR von digitalen gegenüber traditionellen Geschäftsmodellen. In diesem Beitrag wird zunächst anhand von Merkmalen der Geschäftsmodelle und den Jahresabschlüssen digitaler Unternehmen eine Tendenz zur Bildung steuerlicher Verlustvorträge aufgezeigt. Demnach ist die Möglichkeit der sofortigen Verlustverrechnung potenziell nicht gegeben. Das Zusammentreffen der beiden Aspekte, zum einen des deutlichen Einflusses auf die resultierenden EATR und zum anderen der im individuellen Fall fraglichen Realitätsnähe der Annahme der sofortigen Verlustverrechnung, bietet Anlass

für eine formaltheoretische Diskussion, inwieweit die Aussagekraft der EATR nach Devereux/Griffith für digitale Unternehmen dadurch beeinträchtigt wird. Dabei kann eine Reihe von Fallkonstellationen dargestellt werden, in welchen der Abschreibungsbarwert aufgrund der begrenzten Verlustverrechnung bedeutend geringer als unter den Annahmen des Grundmodells ist. Es wird außerdem aufgezeigt, dass zwischen der steuerwirksamen Berücksichtigung der Investitionsaufwendungen und steuerlicher Forschungs- und Entwicklungsförderung oder anderer Abzugsbeträge ein konkurrierendes Verhältnis bestehen kann. Die resultierenden Steuerersparnisse können somit nicht einfach addiert werden, ohne die Wechselwirkungen und deren tatsächliche Beschränkung der Steuerwirkungen zu berücksichtigen. Die Ergebnisse dieses Beitrags können demnach einen Anhaltspunkt geben, in welchen Fällen ein einzelfallbezogener Rückgriff auf andere Informationsquellen neben der EATR von besonderer Wichtigkeit ist, um die zu erwartende Steuerbelastung realistisch einzuschätzen.

The Effective Average Tax Rate (EATR) using the Devereux/Griffith-methodology indicates the tax burden of certain investments, assuming that losses can be claimed immediately. This assumption is particularly important when tax law grants immediate deduction, accelerated depreciation of capital expenditure or tax incentives for research and development. According to a study by ZEW/PwC (2017), these tax benefits are the main reason for a significantly lower EATR of digital compared to traditional business models. In this paper, the characteristics of digital business models and the annual financial statements of digital companies are used to point out a tendency towards the creation of tax loss carryforwards. Therefore, the possibility of immediate loss offsetting is potentially not given. The coexistence of the noticeable influence on the resulting EATR and the questionable closeness to reality of the assumption of immediate loss offsetting in individual cases gives rise to a formal-theoretical discussion of the implications for the validity of the EATR according to Devereux/Griffith for digital companies. A series of scenarios can be presented in which the net present value of allowances is substantially lower than under the assumptions of the

\* StB Jasmin Vötisch, M.Sc. ist Doktorandin und ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Autorin dankt dem anonymen Gutachter für die sehr konstruktiven und wertvollen Anmerkungen während des Begutachtungsprozesses.