

## Online-Vertrieb elektronischer Produkte

liegen ausnahmsweise dann vor, wenn dem Vergütungsschuldner Know-How zur Nutzung überlassen wird oder wenn ihm die urheberrechtliche Befugnis eingeräumt wird, ein digitales Produkt (Software, Bilddateien, Musikdateien) kommerziell durch Vervielfältigung und Verbreitung zu verwerten.

Das OECD-Diskussionspapier zur Gewinnabgrenzung beim E-Commerce kommt zu dem Ergebnis, dass eine Server-Betriebsstätte nicht einer Kernfunktion „Handel“ dient, sondern lediglich als bloßer Service Provider anzusehen ist. Da der Internet-Server ohne den Einsatz von Personal nur eine automatisierte Vermittlungsleistung erbringen kann, wird ihm folgerichtig nur ein sehr geringer Gewinn zugeordnet. Insoweit steht die Funktionsanalyse auf der Ebene der Gewinnabgrenzung im Widerspruch zu den Ausführungen im geänderten OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

Die Funktionsanalyse der Server-Betriebsstätte als Service Provider setzt der Gewinnverlagerung in DBA-Niedrigsteuerländer sehr enge Grenzen. Die Gewinnverlagerung erfordert daher die Ausstattung der Betriebsstätte mit zusätzlichen Funktionen und die Übernahme zusätzlicher Risiken. U. E. ist dafür insbesondere der Einsatz von Personal notwendig. Mit der Funktionsanalyse ist die Entscheidung über eine mögliche Entstrickung der in den digitalen Produkten bzw. in den zugrundeliegenden immateriellen Wirtschaftsgütern enthaltenen stillen Reserven verbunden. Da die vollautomatische Server-Betriebsstätte nach Ansicht der OECD auf eine unternehmensinterne Dienstleistungsfunktion beschränkt ist, kann die Überspielung von Produktdateien auf den Server u.E. nicht zur Steuerentstrickung führen. Ob die deutsche Finanzverwaltung diese Ansicht teilt, bleibt allerdings abzuwarten.

## Diskussionsbeitrag

Privatdozentin Dr. jur. Johanna Hey, Köln

### Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der körper- und gewerbsteuerlichen Organschaft

– zugleich ein Plädoyer für einen sparsamen Umgang mit Unvereinbarkeitserklärungen\*

#### I. Der Stellenwert der Organschaft aus der Sicht der Versicherungsbranche vor dem Hintergrund des neuen Körperschaftsteuerrechts

Der Bundestag hat auf Vorschlag des Finanzausschusses und mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen, mit dem Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz (StVBG)<sup>1</sup> Lebens- und Krankenversicherungsgesellschaften durch Anfügung eines Absatzes 3 an § 14 KStG von der Möglichkeit der Begründung einer ertragsteuerlichen Organschaft auszuschließen. Daß die Vorschrift mit dem schlichten Wortlaut: „Absatz 1 ist auf Organisationsgesellschaften, die Lebens- und Krankenversiche-

rungsunternehmen sind, nicht anzuwenden“, als bloße „Klarstellung“ verkauft wird<sup>2</sup>, könnte man – derartiges Gesetzesmarketing<sup>3</sup> gewöhnt – vielleicht noch hinnehmen, nicht jedoch die Chuzpe, mit der der Gesetzgeber verfassungsrechtliche Warnrufe ignoriert und das System der Ertragsbesteuerung marodiert.

Die Organschaft ist eines der zentralen Elemente des deutschen Konzernsteuerrechts<sup>4</sup>, das sich bis zum Preußischen Oberverwaltungsgericht zurückverfolgen läßt<sup>5</sup>. Dabei sieht die h.M. im Ergebnisausgleich im Rahmen der Organschaft keine Steuervergünstigung<sup>6</sup>, sondern eine angemessene steuerliche Folge der wirtschaftlichen Verflechtung von Konzerngesellschaften. Sie soll es den Steuerpflichtigen ermöglichen, die Unternehmensstruktur an betriebswirtschaftlichen Kriterien auszurichten, und rein steuerlichen Konzentrationsprozessen entgegenwirken. Damit stehen die §§ 14 ff. KStG trotz eines gewissen Spannungsverhältnisses mit dem Prinzip der Individualbesteuerung nicht grundsätzlich zur Disposition des Gesetzgebers.

Auch nach der Unternehmenssteuerreform besteht an der Begründung körper- und gewerbsteuerlicher Organschaften ein unverändertes Interesse. Freilich hat die Organschaft aufgrund von § 8b KStG, § 3c Abs. 1 EStG im neuen Körperschaftsteuerrecht einen Bedeutungswandel erfahren. Anders als im Vollanrechnungsverfahren steht nicht mehr die Vermeidung von ausschüttungsbedingten Mehrbelastungen im Vordergrund, sondern die Geltendmachung von mit der Beteiligung verbundenen Aufwendungen, die ohne Vereinbarung einer Organschaft aufgrund von § 3c Abs. 1 EStG definitiv würden. Darüber hinaus ermöglicht die Organschaft in Fällen, in denen eine Gesellschaft ausschließlich nichtsteuerbare Beteiligungserträge nach § 8b Abs. 1 oder Abs. 2 KStG erwirtschaftet, den Ausgleich von Verlusten mit normal besteuerten Gewinnen anderer Konzerngesellschaften. Der Gesetzgeber des StSenkG v. 23.10.2000<sup>7</sup> hat im Bewußtsein dieser Möglichkeiten nicht nur an der Organschaft fest-

\* Der Beitrag beruht auf einer Stellungnahme im Finanzausschuß des Deutschen Bundestages am 14.11.2001.

1 Der Bundesrat hat dem Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz zwar am 30.11.2001 zugestimmt, hat aber seiner Erwartung Ausdruck verliehen, daß der inhaltlich für verfehlt gehaltene § 14 Abs. 3 KStG im Rahmen des bzgl. des UntStFG einberufenen Vermittlungsverfahrens noch einmal aufgegriffen wird.

2 Siehe die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 14/6883 v. 10.9.2001.

3 Ebenso wie der stets beschworene Vereinfachungsgedanke s. *Kanzler*, FR 2000, 875, 876: „legislatorisches Marketing“.

4 *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG, § 14 Rz. 5.

5 Seit Preuß. OVG v. 31.5.1902, OVGSt. Bd. 10, 391, 393, bekannt; seit RFH v. 31.3.1922 – I A 10/22, RStBl. 1922, 296, im Rahmen der Körperschaftsteuer praktiziert, zunächst fortgesetzt vom BFH v. 24.11.1953 – I 109/53 U, BStBl. III 1954, 21; BFH v. 8.3.1955 – I 73/54 U, BStBl. III 1955, 187; BFH v. 14.2.1956 – I 73/55 U, BStBl. III 1956, 151; BFH v. 5.11.1957 – I 163/56 U, BStBl. III 1958, 24; aufgrund der Bedenken des BFH hinsichtlich des Erfordernisses einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage dann gesetzgeberisch abgesichert im Gesetz zur Änderung des KStG und anderer Gesetze v. 15.8.1969, BGBl. I, 1182; damals § 7a KStG.

6 *Streck*, KStG, 5. Aufl., 1997, § 14 Anm. 1.

7 BGBl. I 2000, 1433.

## Ausschluss der Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der Organschaft

gehalten, sondern mit dem Verzicht auf die organisatorische und wirtschaftliche Eingliederung ihre Begründung sogar noch erleichtert. Dabei ging es ihm *ausdrücklich* auch um die Abmilderung der Folgen des Körperschaftsteuersystemwechsels<sup>8</sup>.

Versicherungsunternehmen bedürfen des Instruments der Organschaft aus steuerlicher Sicht in besonderer Weise, weil es ihnen nach dem Grundsatz der Sparten-trennung (§ 8 Abs. 1a VAG) versicherungsrechtlich nicht möglich ist, durch Verschmelzung zu einem nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich einheitlichen Unternehmen den mit dem Körperschaftsteuersystemwechsel verbundenen negativen steuerlichen Folgen auszuweichen. Im Anrechnungsverfahren kam es, soweit Unternehmen der Lebens- und Krankenversicherung infolge des Betriebsausgabenabzugs für Beitragsrückerstattungen und der Zuführungen zu Rückstellungen für zukünftige Beitragsrückerstattungen (§ 21 KStG) Verluste erwirtschafteten, zur Vergütung der vom Beteiligungsunternehmen entrichteten Körperschaftsteuer und folglich zur vollständigen Entlastung der Beteiligungserträge von Körperschaftsteuer. Durch die Abkehr vom körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungssystem verschlechtert sich die steuerliche Situation der Versicherungsbranche insofern, als in Zukunft jedenfalls die bei den Beteiligungsunternehmen erhobene Körperschaftsteuer definitiv wird. Für Beitragsrückerstattungen steht damit, obwohl sie weiterhin als Betriebsausgabe abziehbar sind, in Zukunft nur noch ein um die auf der Ebene des Beteiligungsunternehmens erhobene Körperschaftsteuer gekürzter Betrag zur Verfügung. De facto läuft der Betriebsausgabenabzug nach § 21 KStG damit leer. In dieser Situation kann nur die Begründung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft Abhilfe schaffen. Sie dient damit nicht einer Privilegierung gegenüber der früheren Rechtslage, sondern vielmehr der Herstellung eines vergleichbaren Belastungsergebnisses.

Darüber hinaus ist die Organschaft ein wichtiges Instrument zur Wahrung der Gleichbehandlung und Wettbewerbsneutralität gegenüber ausländischen Versicherungsunternehmen, die in Deutschland nicht dem Zwang zur rechtlichen Verselbständigung der einzelnen Versicherungssparten unterliegen, soweit im Herkunftsland das Prinzip der Sparten-trennung nicht gilt<sup>9</sup>.

### II. Rechtfertigung einer Sonderregelung für die Versicherungsbranche?

#### 1. Rechtfertigung als Fiskalzwecknorm

##### a. Sachlicher Differenzierungsgrund?

Aus steuersystematischer Sicht steht die Organschaft nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Aber selbst

wenn man die Organschaft als disponibel ansehen würde, bedürfte eine partielle, auf Organschaften unter Beteiligung von Lebens-/bzw. Krankenversicherungsunternehmen als Organgesellschaften beschränkte Abschaffung eines rechtfertigenden Grundes. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber, juristisch-ökonomisch gleiche Sachverhalte gleich zu besteuern. Art. 3 Abs. 1 GG ist nach der sog. „neuen Formel“ des BVerfG „vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“<sup>10</sup>.

An derartigen Unterschieden zwischen Kranken- und Lebensversicherungsunternehmen und Unternehmen anderer Branchen fehlt es. Versicherungsunternehmen, denen die Rechtsform der Kapitalgesellschaft gesetzlich vorgeschrieben ist (§ 7 Abs. 1 VAG), unterscheiden sich nicht grundsätzlich von anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen. Der in § 8 Abs. 1a VAG normierte Grundsatz der Sparten-trennung, der Versicherungsunternehmen dazu zwingt, einzelne Versicherungssparten in rechtlich selbständigen Unternehmen zu betreiben, dient dem Schutz der Versicherten<sup>11</sup>. Einschränkungen des Ergebnisausgleichs zwischen einzelnen Sparten sollen die gesetzlichen Solvabilitätsanforderungen sichern. Wirtschaftlich bilden die einzelnen Sparten eines Versicherungsunternehmens dennoch ein einheitliches Unternehmen, was in der Bildung von Versicherungsgruppen mit einem Allbranchenangebot im Konzern zum Ausdruck kommt („Versicherungen aus einer Hand“)<sup>12</sup>. Dementsprechend ist auch im Versicherungsrecht die Begründung von Vertragskonzernen durch Abschluß von Unternehmensverträgen nach § 291 AktG nicht ausgeschlossen, sondern lediglich genehmigungspflichtig (§ 5 Abs. 3 Nr. 3 VAG)<sup>13</sup>. *Steuerrechtlich* ist der versicherungsaufsichtsrechtliche Sparten-trennungsgrundsatz bedeutungslos. Genehmigt das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen Gewinnabführungsverträge, die den Vorgaben von § 14 Abs. 1 KStG entsprechen, so ist davon auszugehen, daß den Belangen der Versicherten hinreichend Rechnung getragen wurde. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, wäre das Steuerrecht nicht der Ort einer zusätzlichen versicherungsaufsichtsrechtlichen Kontrolle.

Auch etwaige Besonderheiten in den von Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen abgeschlossenen Gewinnabführungsverträgen können ein Organschafts-sonderrecht für Versicherungsunternehmen nicht rechtfertigen. Derartige Besonderheiten sind bei der Subsumtion der Tatbestandsmerkmale des § 14 Abs. 1 KStG zu berücksichtigen. Den vollständigen

<sup>8</sup> BT-Drucks. 14/2683 v. 15.2.2000, S. 121: „Die steuerliche Organschaft wird erleichtert, indem die Merkmale der wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung gestrichen werden. Damit werden ... Auswirkungen des Systemwechsels auf die steuerliche Verlustverrechnung zwischen verbundenen Unternehmen abgemildert.“

<sup>9</sup> Vgl. § 110 a VAG; R. Schmidt in Prölss, VAG, 11. Aufl., 1997, § 8 Rz. 27; § 110 a Rz. 12; vgl. hierzu ferner Bormann, Or-

ganschaftliche Verflechtungen bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen, 1999, S. 64.  
<sup>10</sup> Seit BVerfG v. 7.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72, 88, ständige Rspr.

<sup>11</sup> Fahr/Kaulbach, VAG, § 8 Rz. 48.

<sup>12</sup> R. Schmidt in Prölss, VAG, 11. Aufl., 1997, § 8 Rz. 28.

<sup>13</sup> Zur Genehmigungspraxis des BAV ausführlich Bormann, Organschaftliche Verflechtungen bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen, Diss. Freiburg 1999, S. 70ff.

## Ausschluss der Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der Organschaft

Ausschluß von Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der Anwendung der Organschaftsbestimmungen könnten sie nur dann rechtfertigen, wenn die Gewinnabführungsverträge der Versicherungsbranche stets und zwangsläufig die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 KStG verfehlen würden. Dies ist jedoch nicht der Fall. Weder die § 5 Abs. 3 Nr. 3 VAG entnommene Genehmigungspflichtigkeit noch die aufsichtsbehördliche Praxis auf fünf Jahre befristeter Genehmigungserteilung<sup>14</sup> lassen den Schluß zu, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 KStG würden von vornherein nicht erfüllt.

Die Voraussetzung der Mindestlaufzeit von 5 Jahren in § 14 Abs. 1 Nr. 3 KStG sorgt für eine gewisse Dauerhaftigkeit der organschaftlichen Verbindung. § 14 Abs. 1 Nr. 3 KStG läßt die Wirkungen der Organschaft regelmäßig von Anfang an entfallen, wenn der Gewinnabführungsvertrag vorzeitig beendet wird, macht hiervon allerdings eine Ausnahme, wenn der Vertrag vorzeitig aus wichtigem Grunde gekündigt wird. Dabei stehen andere Beendigungsgründe, etwa durch Widerruf der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, der Kündigung aus wichtigem Grunde gleich<sup>15</sup>. Damit läßt sich § 14 Abs. 1 Nr. 3 KStG entnehmen, daß die Organschaft, was die zeitlichen Voraussetzungen angeht, zwar unter der auflösenden Bedingung der Durchführung über mindestens fünf Jahre steht, daß aber zunächst allein entscheidend ist, ob der Gewinnabführungsvertrag auf fünf Jahre abgeschlossen wird. Deshalb ist weder das Genehmigungserfordernis als solches, noch die Widerrufbarkeit der Genehmigung schädlich, soweit der Vertrag vom BAV zunächst für mindestens fünf Jahre genehmigt ist.

Auch die branchenübliche Praxis, Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen im Gewinnabführungsvertrag das Recht zur Rücklagenbildung zum Zwecke der Erfüllung der gesetzlichen Solvabilitätsanforderungen einzuräumen, eignet sich nicht zur Rechtfertigung eines Ausnahmetatbestandes. Gemäß § 14 Abs. 1, 1. Halbsatz KStG muß sich die Organgesellschaft verpflichten, ihren „ganzen Gewinn“ abzuführen<sup>16</sup>. Der Bundesfinanzhof<sup>17</sup> fordert hierfür die Ausschöpfung der Höchstgrenzen des § 301 AktG (Jahresüberschuß vermindert um einen Verlustvortrag und um die Zuführung zur gesetzlichen Rücklage i.S.v. § 272 Abs. 3 S. 2 HGB)<sup>18</sup>. Weiter konkretisiert wird das Tatbestandsmerkmal der Abführung des ganzen Gewinns durch § 14 Abs. 1 Nr. 4 KStG, der die Bildung freier Gewinnrücklagen dahingehend beschränkt, wie es „bei

vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet“ ist. Vernünftig ist die Rücklagenbildung, wenn sie aus „objektiver unternehmerischer Sicht gerechtfertigt ist“<sup>19</sup>. So ist als ausreichender Grund etwa die Erhöhung der Liquidität der Organgesellschaft oder die Tragung besonderer Risiken durch die Organgesellschaft<sup>20</sup> anerkannt. An diesem Maßstab gemessen ergibt sich kein Zweifel, daß die Bildung freier Rücklagen zur Erfüllung der gesetzlichen Solvabilitätsvoraussetzungen bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung ausreichend wirtschaftlich begründet ist. Die Pflicht zur Abführung des „ganzen Gewinns“ und die dieses Tatbestandsmerkmal ausfüllende Regelung in § 14 Abs. 1 Nr. 4 KStG dient dazu, willkürliche Zurückbehaltungen von Gewinnen bei der Organgesellschaft zu verhindern. Die Bildung der versicherungsaufsichtsrechtlich geforderten Rücklagen ist aber niemals willkürlich. Sie stehen materiell den in § 14 Abs. 1 Nr. 4 KStG ausdrücklich zugelassenen gesetzlichen Rücklagen gleich<sup>21</sup>.

Schließlich ist auch der Umstand, daß Verluste von Lebensversicherungsunternehmen in erster Linie auf Aufwendungen für Beitragsrückerstattungen zurückzuführen sind, kein ausreichender Ausschlußgrund, dies schon deshalb nicht, weil § 14 Abs. 3 KStG die Anwendung der Organschaftsregeln pauschal ausschließt, insbesondere nicht zwischen auf § 21 KStG zurückzuführenden und sonstigen „wirtschaftlichen“, „echten“ Verlusten differenziert. Im übrigen läßt sich der Ausschluß auch im Hinblick auf durch Beitragsrückerstattungen verursachte Verluste nicht rechtfertigen. Trotz der Abhängigkeit vom Gewinn handelt es sich bei den Beitragsrückerstattungen unstreitig um Betriebsausgaben und nicht um Gewinnverwendung<sup>22</sup>. Die Versicherten sollen so gestellt werden, als seien die Beiträge von vornherein nur in der tatsächlich zur Schadensdeckung erforderlichen Höhe entrichtet worden<sup>23</sup>. Daraus folgt, daß Beitragsrückerstattungen nicht mit Körperschaftsteuer belastet sein dürfen. Folglich gilt auch der möglicherweise durch einen Ausschluß der Verrechnung mit anderweitigen voll versteuerten Gewinnen zu wahrende Grundsatz der Einmalbesteuerung nicht. Hierin unterscheiden sich Beitragsrückerstattungen von Beteiligungserträgen<sup>24</sup>.

### b. Keine Rechtfertigung mit Einnahmeerzielungszweck

Auch die mit § 8b KStG und der gewerbsteuerlichen Organschaft verbundenen Einnahmeausfälle der Ge-

14 BAV Geschäftsbericht 1998, Teil A, S. 50/51.

15 *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG, § 14 Rz. 303.

16 *Fußbroich*, Verlustverrechnung und Verlustverwertung in der Konzernunternehmung, Lohmar/Köln 2001, S. 94; *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG, § 14 Rz. 173.

17 Vgl. die vom BFH seit den 50er Jahren praktizierte sog. Bilanzierungstheorie, BFH v. 8.3.1955 – I 73/54 U, BStBl. III 1955, 187ff.; s. auch *Witt* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, KStG, § 14 Rz. 80.

18 *Altmeppen* in *Münchner KommentarAktG*, 2. Aufl., 2000, § 301 AktG Rz. 2, 15ff.

19 KStR Abschn. 55 Abs. 6 Nr. 3 S. 3; krit. hierzu *Knepper*, BB 1982, 2061, 2062: „Leerformel“.

20 BFH v. 29.10.1980 – I R 61/77, BStBl. II 1981, 336; ebenso *Schulze zur Wiesche*, DB 1973, 1417.

21 So wird in den KStRichtlinien (Abschn. 55 Abs. 6 Nr. 3 KStR) etwa auch die Gewinnrücklage nach § 272 Abs. 4 HGB (Rücklage für eigene Anteile) im Rahmen von § 14 Abs. 1 Nr. 4 KStG als eine gesetzliche Rücklage behandelt, da ihre Bildung handelsrechtlich zwingend vorgeschrieben ist.

22 *Uhrmann*, StBp. 1991, 112, 113.

23 RFH v. 20.7.1943 – I 97/43, RStBl. 1943, 681; BFH v. 6.12.1960 – I 44/60 U, BStBl. III 1961, 81.

24 So schon *Bader*, Das Wesen der versicherungstechnischen Rückstellungen, Leipzig 1939, S. 100ff.; *Hoefeld*, Steuer und Rechnungsabluß in der Versicherungswirtschaft, Berlin 1965, S. 85.

## Ausschluss der Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der Organschaft

meinden<sup>25</sup> können entgegen der Gesetzesbegründung eine Einschränkung nicht rechtfertigen. Die Einnahmeerzielungsabsicht ist Zweck jeder Steuer, nicht aber Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen<sup>26</sup>.

Zudem stellt sich – unabhängig von der Tragfähigkeit eines derartigen rein fiskalischen Arguments – die Frage, ob es gegenüber der früheren Rechtslage tatsächlich gerade durch die Begründung von Organschaften im Versicherungsbereich im besonderen zu Gewerbesteuerfällen kommt. Unverändert können die Gemeinden Gewerbesteuer von den Unternehmen erheben, an denen die Versicherungsunternehmen beteiligt sind. Hierbei profitieren sie von den durch das StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999<sup>27</sup> zur Finanzierung der Unternehmenssteuerreform vorgenommenen Verbreiterungen der körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage als Ausgangsbasis der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage (§ 7 S. 1 GewStG). Soweit das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg des § 9 Nr. 2a GewStG eingreift, konnte auf der zweiten Stufe bei dem dividendenempfangenden Versicherungsunternehmen auch nach altem Recht keine zusätzliche Gewerbesteuer erhoben werden. Verschlechtert hat sich die Aufkommenssituation der Gemeinden allerdings durch § 8b Abs. 1, 2 KStG, weil nunmehr auch bei Streubesitz unterhalb der Beteiligungsgrenzen von § 9 Nr. 2a, 7, 8 GewStG und auf Veräußerungsgewinne keine weitere Gewerbesteuer erhoben werden kann. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um ein Phänomen, das nur bei Versicherungsunternehmen aufträte, sondern um eine allgemeine Folge der Entscheidung des Gesetzgebers, die unabhängig von einer bestimmten Beteiligungshöhe gewährte körperschaftsteuerliche Dividenden- und Veräußerungsgewinnbefreiung des § 8b Abs. 1 und 2 KStG auch auf die Gewerbesteuer durchschlagen zu lassen.

Im übrigen – und hierauf ist mit aller Deutlichkeit hinzuweisen – sind branchenbezogene Sonderregelungen zu Lasten einzelner Steuerpflichtiger, mögen diese wirtschaftlich auch noch so stark dastehen, vollkommen ungeeignet, Probleme des Gemeindefinanzsystems zu lösen. Sie lassen sich nicht mit der Beseitigung unerwünschter Folgewirkungen von Änderungen des Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts auf die gewerbesteuerliche Bemessungsgrundlage rechtfertigen.

### 2. Rechtfertigung als Sozialzwecknorm?

Ebensowenig kommt eine Rechtfertigung als Sozialzwecknorm in Betracht. Für eine steuerliche Beeinflussung der Unternehmensstruktur zur Wahrung des Prinzips der Spartenautarkie besteht neben den Vorgaben des Versicherungsaufsichtsgesetzes kein Raum. Viel-

mehr ist es zugleich ein Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung<sup>28</sup>, daß sich der Steuergesetzgeber zusätzlicher lenkender Eingriffe enthält. Wenn das Versicherungsaufsichtsgesetz trotz des Grundsatzes der Spartenrennung Unternehmensverträge nach § 291 Abs. 1 AktG dem Grunde nach zuläßt und das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen Verträge, die den Anforderungen des § 14 Abs. 1 KStG entsprechen, genehmigt, dann darf der Steuergesetzgeber nicht gegensteuern, indem er die steuerlichen Folgen der Organschaft versagt und damit den wirtschaftlichen Grund für die versicherungsrechtlich zulässige Gestaltung entfallen läßt.

### III. Folgen der Verfassungswidrigkeit von § 14 KStG

Obwohl sich die Verfassungswidrigkeit der geplanten Regelung mit Händen greifen läßt, muß man zweifeln, ob sich der Gesetzgeber, die Gemeindeverbände als Sprachrohr kommunaler Finanznöte im Nacken, von verfassungsrechtlichen Einwänden wird beeindrucken lassen. Trotz der in den letzten anderthalb Jahrzehnten praktizierten Strenge des Bundesverfassungsgerichts in Steuersachen, kann sich der Gesetzgeber solange in Sicherheit wiegen, wie er höchstens mit einem Unvereinbarkeitsausspruch rechnen muß. Indes, mit der Einfügung von § 14 Abs. 3 KStG würde der Gesetzgeber ein hohes Haushaltsrisiko eingehen, da – zumindest vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechungspraxis – davon ausgegangen werden muß, daß das Verfassungsgericht die Vorschrift nicht nur ex nunc mit der Verfassung für unvereinbar erklären, sondern ex tunc für nichtig befinden würde.

Zwar hat sich das Verfassungsgericht in der Vergangenheit gerade auf dem Gebiet des Steuerrechts häufig mit bloßen Unvereinbarkeitserklärungen mit pro futuro Wirkung begnügt. Im vorliegenden Fall ist jedoch keine der Ausnahmekonstellationen einschlägig, die ein Abweichen von der Grundregel, daß mit der Verfassung unvereinbare Normen ex tunc nichtig sind, rechtfertigen würden. Der Gesetzgeber kann daher nicht darauf vertrauen, daß sein verfassungswidriges Vorgehen „sanktionslos“ bleibt. Warnung dürfte ihm sein, daß das Bundesverfassungsgericht bereits in der Vergangenheit branchenabhängige Sonderregeln mit ex tunc Wirkung für nichtig erklärt hat<sup>29</sup>.

Eine Unvereinbarkeitserklärung kommt prinzipiell nur in zwei Fallgestaltungen<sup>30</sup> in Betracht, nämlich zum einen, wenn der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten der Reparatur einer gleichheitssatzwidrigen Rechtslage hat und die Nichtigkeitserklärung in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen würde<sup>31</sup>, zum ande-

25 Siehe hierzu auch schon Bericht der BReg. zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts, FR Beilage zu Heft 11/2001, S. 15.

26 BVerfG v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55, 80 (Haushaltsbesteuerung); K. Tipke, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl., 2000, Bd. I, S. 326.

27 BGBl. I 1999, 402.

28 BVerfG v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991, 2004/95, BVerfGE 98, 106 (Verpackungssteuer).

29 BVerfG v. 13.7.1965 – 1 BvR 771/59, BVerfGE 19, 101ff. (Zweigstellensteuer).

30 Hierzu Seer, NJW 1996, 285, 288f., und ausführlich Wernsmann, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, 2000, S. 75–215.

31 Z. B. BVerfG v. 3.11.1982 – 1 BvR 620/78, BVerfGE 61, 319, 356; BVerfG v. 21.6.1988 – 2 BvR 638/84, BVerfGE 78, 350, 363 = BSTBl. II 1989, 67; BVerfG v. 8.2.1994 – 1 BvR 765, 766/89, BVerfGE 89, 381, 394; BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121, 148 und BVerfGE v. 22.6.1995 – 2 BvR 552/91, BVerfGE 165, 178; BVerfG v. 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280, 298.

## Ausschluss der Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der Organschaft

ren, wenn die Nichtigkeitserklärung einen Rechtszustand herbeiführen würde, welcher der verfassungsmäßigen Ordnung noch weniger entspricht als die angegriffene Regelung<sup>32</sup>.

Insbesondere in den Fällen des gleichheitssatzwidrigen Begünstigungsausschlusses steht es dem Gesetzgeber frei, ob er die ausgeschlossene Gruppe einbeziehen oder die Vergünstigung insgesamt versagen will. Nach h.M. ist die Organschaft jedoch keine Steuervergünstigung, die der Gesetzgeber ohne weiteres insgesamt abschaffen könnte<sup>33</sup>. Aber selbst wenn man die Organschaft für ein disponibles Element des Steuersystems halten würde, hat der Gesetzgeber nicht erkennen lassen, daß er die Organschaft grundsätzlich in Frage stellen will. Im Gegenteil, mit dem Verzicht auf die wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung durch das StSenkG vom 23.10.2000 hat er sein Bekenntnis zur Organschaft sogar noch bekräftigt.

Auch der – in der Literatur umstrittene<sup>34</sup> – Ausnahmegrund einer zeitlich befristeten Weitergeltung verfassungswidriger Vorschriften zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit durch eine ex tunc Nichtigkeit<sup>35</sup> greift nicht ein, da die Regelung eine sehr überschaubare Anzahl von Fällen betrifft, deren Rückabwicklung problemlos möglich wäre. In derartigen Fällen, in denen die Abgabepflicht von vornherein nur einen kleinen Kreis betrifft, hat das Verfassungsgericht in der Vergangenheit regelmäßig eine rückwirkende Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes gefordert<sup>36</sup>.

Schließlich werden auch die Erfordernisse „verlässlicher Finanz- und Haushaltsplanung“<sup>37</sup> nicht dazu führen, daß die Gemeinden die Früchte des verfassungswidrigen Ausschlusses der Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der Organschaft, soweit diese sich auf die Gewerbesteuer auswirken, werden behalten können, selbst wenn diese längst verausgabt sind. So hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 zur Verfassungswidrigkeit der Feuerwehrabgabe ausgeführt, daß der finanzielle Ausfall, der den Gemeinden durch die Entscheidung entstehe, ein Absehen von der Nichtigkeitsklärung mit Rückwirkung nicht rechtfertigen könne<sup>38</sup>. Mit einer Rolle spielte dabei, daß die verfassungsrechtlichen Risiken für die betroffenen Gemeinden erkennbar waren<sup>39</sup>.

Zwar klingt in anderen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts an, daß in Fällen von Normen mit großer Breitenwirkung nicht nur aus Gründen des mit einer Rückabwicklung verbundenen Verwaltungsaufwandes<sup>40</sup>, sondern auch im Interesse staatlicher Budgetsicherheit eine Rückabwicklung verfassungswidriger Normen unterbleiben könne<sup>41</sup>. In BVerfG vom 10.11.1998<sup>42</sup> hat das Gericht jedoch klargestellt, daß jedenfalls all jene Steuerpflichtigen, die den Rechtsweg beschritten haben, von der Verfassungswidrigkeit profitieren sollen, indem die für verfassungswidrig erklärte Norm in allen anhängigen Verfahren nicht zur Anwendung gebracht wird<sup>43</sup>. Da davon auszugehen ist, daß sich die von § 14 Abs. 3 KStG betroffenen Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen gegen das Verbot der Bildung körper- und gewerbesteuerlicher Organschaften geschlossen gerichtlich zur Wehr setzen werden, können die Gemeinden selbst unter dem Gesichtspunkt der Budgetsicherheit nicht darauf vertrauen, die aufgrund von § 14 Abs. 3 KStG i.V.m. § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG erzielten Gewerbesteuereinnahmen behalten zu können.

Auch wenn nicht von der Hand zu weisen ist, daß einzelne Gemeinden von einer Jahre später ergehenden Nichtigkeitsklärung hart getroffen würden, weil die zu Unrecht vereinnahmten Gewerbesteuereinnahmen längst verausgabt sind und die Rückzahlungen nicht aus dem laufenden Haushalt bewältigt werden können, soll an dieser Stelle mit Nachdruck an das Bundesverfassungsgericht appelliert werden, nicht beständig neue Ausnahmen vom Grundsatz der ex-tunc-Nichtigkeit zu kreieren. Soll der Gesetzgeber, wenn er sich schon nicht von steuersystematischen Erwägungen beeindruckt läßt, wenigstens von verfassungswidrigen Gesetzen abgehalten werden, dann darf die Möglichkeit einer Beanstandung durch das Verfassungsgericht nicht zur leeren Drohgebärde verkommen. Diese Gefahr besteht aber, wenn der Gesetzgeber die Früchte verfassungswidrigen Handelns stets behalten darf, wenn nur die haushalterischen Auswirkungen groß genug sind, und das selbst dann, wenn er sehenden Auges verfassungswidrige Gesetze verabschiedet. An den Gesetzgeber richtet sich der Appell, es gar nicht erst so weit kommen zu lassen und sich derartiger system- und verfassungswidriger Schnellschüsse zu enthalten.

32 BVerfG v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70, 25/71, BVerfGE 33, 303, 347; BVerfG v. 25.9.1992 – 2 BvL 5, 8, 14/91, BVerfGE 87, 153, 177 (Existenzminimum); BVerfG v. 11.11.1998 – 2 BvR 1057, 1226/91, BVerfGE 99, 216, 243.

33 S. oben Abschnitt B. I.

34 Vgl. z.B. Seer, NJW 1996, S. 285, 288f.; Balke, BB 1995, S. 762.

35 BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239, 285 (Zinsbesteuerung).

36 Vgl. BVerfG v. 24.1.1995 – 1 BvL 18/93 u.a., BVerfGE 92, 91 (Feuerwehrabgabe); BVerfG v. 30.9.1998 – 2 vR1818/91, BVerfGE 99, S. 88, 99f. (§ 22 Nr. 3 EStG); BVerfG v. 29.11.1998 – 2 BvL 64/93, BVerfGE 99, 69, 82 (Körperschaft- und Vermögensteuerpflicht kommunaler Wählervereinigungen); hierzu auch Wernsmann, Das gleichheitssatzwidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, 2000, S. 78.

37 BVerfG vom 25.9.1992 – 2 BvL 5, 8, 14/91, BVerfGE 87, 153, 178f. (Existenzminimum); BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL37/

91, BVerfGE 93, 121, 148 und BVerfGE v. 22.6.1995 – 2 BvR 552/91, BVerfGE 165, 178.

38 BVerfG v. 24.1.1995 – 1 BvL 18/93 u.a., BVerfGE 92, S. 91, 121 (Feuerwehrabgabe).

39 BVerfG v. 24.1.1995 – 1 BvL 18/93 u.a., BVerfGE 92, S. 91, 121 (Feuerwehrabgabe).

40 Vgl. Seer, NJW 1996, 285, 289; Balke, BB 1995, 762; Wernsmann, Das gleichheitssatzwidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, 2000, S. 77.

41 Zur Kritik an diesem Grundsatz „budgetären Dispositionsschutzes“ s. Drüen, FR 1999, 289, 290ff.

42 BVerfG v. 10.11.1998 – 2 BvR 1057/91 u.a., BVerfGE 99, 216, 260ff. (Kinderbetreuungskosten).

43 BVerfG v. 10.11.1998 – 2 BvR 1057/91 u.a., BVerfGE 99, 216, 245f. Dies entspricht der österreichischen Praxis der sog. Ergreiferprämie, s. hierzu Schwenke, Ist die „Ergreiferprämie“ nach österreichischen Vorbild sinnvoll?, DStR 1999, 404ff.