

**Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen**  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
Juristische Fakultät  
Lehrstuhl für Unternehmenssteuerrecht und  
Direktor am Institut für Unternehmensrecht

## **Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 15.10.2012**

### **zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Versicherungsteuergesetzes und des Kraftfahrzeugsteuergesetzes**

(Verkehrsteueränderungsgesetz – VerkehrStÄndG), BT-Drucksache 17/10039

Zum dem Gesetzesentwurf und zu dem gleichgerichteten Entwurf zum Jahressteuergesetz 2013 zu § 191 Absatz 5 Satz 3 AO n.F., nehme ich basierend auf dem von mir erstatteten Rechtsgutachten<sup>1</sup> wie folgt Stellung:

#### **1. Ausgangspunkt: Geplante Korrekturgesetzgebung durch das Verkehrsteueränderungsgesetz und das Jahressteuergesetz 2013**

##### **1.1. Geplante Änderung von § 7 VersStG**

Der Gesetzesentwurf des Verkehrsteueränderungsgesetzes, vom Bundeskabinett am 23.5.2012 beschlossen<sup>2</sup>, sieht mit der geplanten, grundlegenden Änderung von § 7 VersStG eine explizite Reaktion auf die Rechtsprechung des BFH vor. Der II. Senat hat mit Urteil vom 13.12.2011 zu Reiseversicherungspaketen in verfahrensrechtlicher Hinsicht entschieden, dass die Finanzbehörde durch Erlass eines Nachforderungsbescheids nach § 167 Abs. 1 Satz 1 AO materiell-rechtlich einen Haftungsanspruch gegenüber dem Versicherer als

---

<sup>1</sup> Rechtsgutachten für den GDV – Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V., Berlin (August 2012).

<sup>2</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Versicherungsteuergesetzes und des Kraftfahrzeugsteuergesetzes (Verkehrsteueränderungsgesetz – VerkehrStÄndG), Bundesrat-Drucksache (BR-Drs.) 301/12 vom 25.5.2012; dem entsprechend Deutscher Bundestag-Drucksache (BT-Drs.) 17/10039 vom 19.6.2012. Dazu Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 301/12 (Beschluss) vom 6.7.2012, allerdings nicht zu §§ 7, 12 VersSt-E.

Entrichtungssteuerschuldner „gerade in seiner Funktion als Haftungsschuldner“ geltend mache. Darum seien die tatbestandlichen Erfordernisse der materiell-rechtlichen Haftungsnorm zu beachten und wegen der Akzessorietät des Haftungsanspruchs sei im Regelfall weiter erforderlich, dass auch die Steuerschuld, für die gehaftet werden solle, entstanden ist und noch besteht. Darum könne gegenüber dem Versicherer ein Nachforderungsbescheid nicht mehr ergehen, wenn der Steueranspruch gegenüber dem Versicherungsnehmer festsetzungsverjährt ist<sup>3</sup>. Dabei war im Urteilsfall im Zeitpunkt des Erlasses des Nachforderungsbescheids für weit zurückliegende Besteuerungszeiträume bereits Festsetzungsverjährung eingetreten<sup>4</sup>. Diese verfahrensrechtliche Position, die zuvor bereits in der Literatur für die Kapitalertragsteuer vertreten wurde<sup>5</sup>, hat der BFH auch in einer parallelen Entscheidung vom selben Tage, bekräftigt<sup>6</sup>. In beiden Entscheidungen betont der II. Senat, dass der Ablauf der Festsetzungsfrist gegenüber dem Steuerschuldner (Versicherungsnehmer) durch eine Außenprüfung beim steuerentrichtungspflichtigen Versicherer nicht nach § 171 Absatz 4 Satz 1 Abgabenordnung (AO) gehemmt wird<sup>7</sup>. Entwurf und Begründung belegen unzweifelhaft, dass der Gesetzgeber mit § 7 VersStG-E im Wege der Korrekturgesetzgebung die jüngere Rechtsprechung des II. Senats des BFH mit echter Rückwirkung „überschreiben“ will.

## 1.2 Geplante Änderung von § 191 Abs. 5 AO

Auch die zweite Gesetzesinitiative des Bundesrates zur Änderung der Abgabenordnung ist erklärtermaßen Reaktion auf die geschilderte Rechtsprechung des II. Senats des BFH. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Jahressteuergesetz 2013<sup>8</sup> unter ausdrücklichem Hinweis auf das Urteil des BFH vom 13.12.2011 mit dem Aktenzeichen II R 26/10 vorgeschlagen, § 191 Absatz 5 AO einen neuen Satz 3 anzufügen<sup>9</sup>. Denn die Rechtsauffassung des BFH habe zur Folge, dass „die Abzugsteuer betreffende Außenprüfungen oder andere verjährungshemmende Umstände i.S.d. § 171 AO bei

<sup>3</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 37 f.; zustimmend *Medert*, DStR 2012, 396, 399 f.

<sup>4</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 39.

<sup>5</sup> *Kempf/Schmidt*, DStR 2003, 190, 192.

<sup>6</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 12 f.

<sup>7</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 41; v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 16.

<sup>8</sup> Der Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2013, BT-Drs. 17/10000 vom 19.6.2012 sah diesen Punkt noch nicht vor.

<sup>9</sup> Bundesrat, Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2013 vom 6.7.2012, BR-Drs. 302/12 (Beschluss) vom 6.7.2012, S. 106 f.: „Bezieht sich die Haftung auf Steuern, die der Haftungsschuldner für Rechnung eines Dritten einzubehalten und abzuführen hat, kann ein Haftungsbescheid oder ein Steuerbescheid nach § 167 Absatz 1 Satz 1 bis zum Ablauf der gegenüber dem Entrichtungspflichtigen geltenden Festsetzungsfrist ergehen.“

Steuerabzugsverpflichteten“ „ins Leere“ liefern, sofern sich die Ablaufhemmung nicht ausnahmsweise (auch) auf die Festsetzungsfrist beim Steuerschuldner auswirke. Die Ergänzung von § 191 Abs. 5 AO soll bewirken, „dass der Erlass eines Haftungsbescheides bis zum Ablauf der für den Entrichtungspflichtigen geltenden Festsetzungsfrist zulässig bleibt, auch wenn die für den Steuerpflichtigen geltende Festsetzungsfrist bereits abgelaufen ist. Hierdurch wird sichergestellt, dass ein Steuerabzugsverpflichteter sich der Haftung nicht allein dadurch entziehen kann, dass er den Abschluss einer die Abzugsteuer betreffenden Außenprüfung lange genug hinauszögert“<sup>10</sup>. Auch diese Korrekturgesetzgebung soll rückwirkend in Kraft gesetzt werden (Artikel 97 § 10 Absatz 11 – neu – Einführungsgesetz zur Abgabenordnung – EGAO-Entwurf). Die Bundesregierung stimmt diesem Vorschlag zu<sup>11</sup>.

### 1.3 Geplante Gesetzesänderungen als „rechtsprechungsbrechende Nichtanwendungsgesetze“

Beide Gesetzesvorhaben sind Reaktionen auf die Rechtsprechung des BFH und fallen darum unter die verbreitete Bezeichnung eines „rechtsprechungsbrechenden Nichtanwendungsgesetzes“<sup>12</sup>. Dabei steht dem Gesetzgeber innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) als erster Gewalt nicht nur der Erlass der Steuergesetzes, sondern selbstredend auch ihre Aufhebung und Änderung zu. Das schließt auch die Gesetzgebung zur Korrektur einer Auslegung des Steuergesetzes durch die Finanzgerichte ein. Unter welchen Voraussetzungen „rechtsprechungsbrechende Steuergesetzgebung“ aber nicht nur rechtspolitisch fragwürdig, sondern wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip zugleich verfassungswidrig ist<sup>13</sup>, ist umstritten<sup>14</sup>. Immerhin sollten die Staatsgewalten im gewaltengegliederten Verfassungsstaat aufeinander Rücksicht nehmen. Zur Gewähr der Funktionsordnung der Staatsgewalten treffen auch die Legislative Loyalitätspflichten<sup>15</sup>. Gerade bei der Korrektur höchstrichterlicher Rechtsprechung sollte der Gesetzgeber bedenken, dass der BFH aufgrund seiner Funktion und Qualifikation als Revisionsgericht

<sup>10</sup> BR-Drs. 302/12, S. 106 f.

<sup>11</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung zum Entwurf eines JStG 2013, BT-Drs. 17/10604, S. 49.

<sup>12</sup> Explizit *Völker/Ardizzoni*, NJW 1994, 2413.

<sup>13</sup> Dafür bei rein fiskalischer Motivation „antijustizieller Gesetzgebung“ *Lang*, StuW 1992, 14, 20; *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 5 Rn. 30; zustimmend *Völker/Ardizzoni*, NJW 1994, 2413, 2416.

<sup>14</sup> Gegen eine verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers an die höchstrichterliche Rechtsprechung *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 69-71; *Thiemann*, FR 2012, 673, 681.

<sup>15</sup> Näher *Lang*, StuW 1992, 14, 15, 18, 20 f., 23 f.; *Schaumburg/Schaumburg*, Legislativer Gehorsam im Steuerrecht, FS Spindler, 2011, S. 171, 172; unter dem Stichwort „Mäßigungsgebot“ auch *Völker/Ardizzoni*, NJW 1994, 2413, 2416. Ob deren Missachtung zugleich zu einem Verfassungsverstoß führt, steht auf einem anderen Blatt.

nach Organisation und Verfahren besser als die Finanzverwaltung in der Lage ist, die optimale Auslegung der Steuergesetze zu gewährleisten<sup>16</sup>. Wenn sich der Gesetzgeber bei einer Gesetzesinitiative schon von der Finanzverwaltung „die Hand führen lässt“<sup>17</sup>, so muss er zumindest erwägen, ob die Argumente der Finanzverwaltung es rechtfertigen, die Auslegung durch das höchste Steuergericht zu verwerfen<sup>18</sup>. „Rechtsprechungsbrechende Steuergesetzgebung“ ist nicht per se bedenklich, aber jedenfalls dann, wenn sie zu einem fiskalisch motivierten Konflikt von Gesetz und Recht führt<sup>19</sup>. Die geschilderten Gesetzgebungsinitiativen werfen nicht nur einfachgesetzliche, sondern vor allem auch verfassungsrechtliche Fragen auf. Bereits im Ansatz erscheint fraglich, ob der vom Gesetzgeber beabsichtigte Bruch mit dem bisherigen System der Steuerentrichtungspflicht (dazu 2.) unter Einführung einer eigenständigen, nicht akzessorischen Entrichtungsschuld der Versicherer einfachrechtlich-systematisch, aber auch verfassungsrechtlich zulässig ist (dazu 3.). Jedenfalls erscheint die geplante Rückwirkung einer vom Steuerschuldner abgekoppelten Zahlungspflicht verfassungsrechtlich mehr als fragwürdig (dazu 4.).

## 2. Die herkömmliche Entrichtungsschuld im System des materiellen Steuerschuldrechts und des Steuerverfahrensrechts

### 2.1 Steuerschuld und Entrichtungspflicht de lege lata

Der II. Senat des BFH fasst die derzeitige Gesetzeslage prägnant zusammen<sup>20</sup>: Steuerschuldner der Versicherungsteuer ist der Versicherungsnehmer (§ 7 Abs. 1 Satz 1 VersStG)<sup>21</sup>. Der Versicherer haftet für die Steuer (§ 7 Abs. 1 Satz 2 VersStG) und hat die Steuer für Rechnung des Versicherungsnehmers zu entrichten (§ 7 Abs. 1 Satz 3 VersStG). Schon früh hat der BFH den vorrangigen Charakter der versicherungsteuerrechtlichen

<sup>16</sup> Überzeugend *Jachmann*, Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs als Ausübung der dritten Staatsgewalt, FS Spindler, 2011, S. 115, 124.

<sup>17</sup> Dazu kritisch wegen verschwimmender Grenzen zwischen Finanzverwaltung und Steuergesetzgebung *Spindler*, DStR 2007, 1061, 1062; ablehnend auch *Lang*, StuW 1992, 14, 15: „Ghostwriter-Funktion“ der Finanzverwaltung; antikritisch aber *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 68 f.

<sup>18</sup> Nach *Jachmann*, FS Spindler, 2011, S. 115, 124, ist die Vermutung für die Richtigkeit der Judikate des BFH zu widerlegen.

<sup>19</sup> Zutreffend differenzierend *Lang*, StuW 1992, 14, 18; diese zutreffende Differenzierung nur rechtspolitisch anerkennend *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 69.

<sup>20</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 15; v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 40.

<sup>21</sup> Gegen frühere abweichende Deutungen bereits *Ehlers*, Versicherungsteuer und der Begriff der Versicherung im Versicherungsrecht, 1968, S. 20.

Entrichtungspflicht betont, die keine bloß nachrangige Haftungsschuld ist<sup>22</sup>. Die Formulierung von § 7 Abs. 1 Satz 3 VersStG nimmt Bezug auf die steuerschuldrechtliche Norm zur Steuerentrichtungspflicht. Denn nach § 43 Satz 2 AO bestimmen die Steuergesetze „auch, ob ein Dritter die Steuer für Rechnung des Steuerschuldners zu entrichten hat“<sup>23</sup>. Damit ist die Versicherungsteuer ein Anwendungsfall der steuerschuldrechtlichen Steuerentrichtungspflicht<sup>24</sup>. Steuerentrichtungspflichten dienen der Sicherung des Steueraufkommens an der Quelle des Zahlungsflusses und verpflichten den Zahlungspflichtigen zum Steuerabzug. Die Steuerentrichtungspflicht klammert die sonst den Steuerschuldner treffende Zahlungspflicht<sup>25</sup> aus dessen Steuerrechtsverhältnis aus<sup>26</sup> und macht sie<sup>27</sup> zur Grundlage eines eigenen Steuerrechtsverhältnisses mit dem Steuerentrichtungspflichtigen (vgl. § 33 Abs. 1 AO)<sup>28</sup>. Steuerschuldrechtlich konstruiert das geltende Recht ein „Versicherungssteuerdreieck“ zwischen dem Versicherungsnehmer als Steuerschuldner, dem Versicherer als Steuerentrichtungspflichtigem und dem Fiskus als Steuergläubiger. Allerdings sind die steuerrechtlichen Dreiecksbeziehungen bei diesem „Spiel zu dritt“<sup>29</sup> nicht frei von Zweifeln. Symptomatisch ist bereits die jüngere Fragestellung von *Bernd Heuermann* „Was ist eigentlich eine Entrichtungsschuld?“<sup>30</sup>. Sie zielt auf das Verhältnis von der Steuerschuld zur Entrichtungsschuld<sup>31</sup> und ihrer Sanktionierung im Wege der Haftung. Im Ausgangspunkt ist gesichert, dass der Steuerentrichtungspflichtige nicht

<sup>22</sup> Vgl. bereits BFH v. 12.12.1973, II R 88/66, BStBl. II 1974, 310, Rn. 6; ebenso *Bayer*, Steuerlehre, 1998, Rn. 873; *Bruschke*, Grunderwerbsteuer, Kraftfahrzeugsteuer und andere Verkehrsteuern<sup>6</sup>, 2011, S. 358.

<sup>23</sup> § 43 AO soll nur deklaratorische Bedeutung und „rahmengesetzlichen“ Charakter haben (so *Blesinger*, in Kühn/v. Wedelstädt, AO/FGO<sup>20</sup>, 2011, § 43 Rn. 1).

<sup>24</sup> *Bruschke*, Grunderwerbsteuer, Kraftfahrzeugsteuer und andere Verkehrsteuern<sup>6</sup>, 2011, S. 358. Weitere wichtige Anwendungsfälle der Steuerentrichtungspflicht sind im Ertragsteuerrecht die Steuerabzugspflicht des Arbeitgebers hinsichtlich der Lohnsteuer (§§ 38 Abs. 3, 41a Abs. 1 EStG), die der Schuldner der Kapitalerträge bzw. der auszahlenden Stelle hinsichtlich der Kapitalertragsteuer (§§ 44 Abs. 1, 45a EStG), die der Schuldner der Aufsichtsratsvergütungen und Vergütungen an beschränkt Steuerpflichtige hinsichtlich der Einkommensteuer auf diese Vergütungen (§ 50a Abs. 5 Satz 2 EStG i.V.m. § 73e EStDV) und die der Leistungsempfänger von Bauleistungen hinsichtlich der sog. Bauabzugsteuer (§§ 48 Abs. 1 Satz 1, 48a EStG).

<sup>25</sup> *Pahlke/Koenig*, Abgabenordnung<sup>2</sup>, 2009, § 43 Rn. 6.

<sup>26</sup> Der Versicherungsnehmer hat die Steuer grundsätzlich trotz seiner Steuerschuldnerschaft nicht selbst zu entrichten (*Rose/Watrin*, Umsatzsteuer mit Grunderwerbsteuer und kleinen Verkehrsteuern<sup>17</sup>, 2011, S. 261 f.).

<sup>27</sup> Für *Scheffler*, Besteuerung von Unternehmen I<sup>12</sup>, Ertrag-, Substanz- und Verkehrsteuern, 2012, S. 389, ist der Versicherer aufgrund der Entrichtungspflicht schlicht „der Steuerzahler“. Dagegen sieht *Ehlers*, Versicherungsteuer und der Begriff der Versicherung im Versicherungssteuerrecht, Diss. iur. Hamburg, 1968, S. 21 f., im Versicherer nur den „tatsächlich Zahlenden“ als „verlängerten Arm“ des Versicherungsnehmers, der „einzig ... die Steuer zahlt“.

<sup>28</sup> *Driën*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 33 AO Tz. 8 f. (Jan. 2010).

<sup>29</sup> So *Trzaskalik*, Die Steuererhebungspflichten Privater, DStJG 12 (1989), S. 157, 160.

<sup>30</sup> *Heuermann*, StuW 2006, 332.

<sup>31</sup> In Abgrenzung zur eher missverständlichen „Entrichtungssteuerschuld“ (kritisch auch *Boeker*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 43 AO Rn. 9 [März 2008]), die es (bisher) nicht gibt (*Heuermann*, StuW 2006, 332, 333, 338; *Kempf/Schmidt*, DStR 2003, 190, 192).

zugleich Steuerschuldner ist<sup>32</sup>. Den Steuerentrichtungspflichtigen trifft vielmehr eine eigene und primäre Leistungspflicht, bei deren Verletzung er einen Haftungstatbestand verwirklicht<sup>33</sup>. Für Verunsicherung der steuerschuldrechtlichen Lage sorgt indes die durchaus „verfahrensrechtliche“ verfahrensrechtliche Durchsetzung der Entrichtungsschuld.

## 2.2 Entrichtungspflicht und Nacherhebung nach § 167 Abs. 1 AO

Der Steuerentrichtungspflichtige hat die Steuer zu berechnen und im Wege der Steueranmeldung anzumelden (§ 150 Abs. 1 Satz 3 AO). Nach § 167 Abs. 1 Satz 1 AO ist „eine Festsetzung der Steuer nach § 155 AO nur erforderlich, wenn ... der Steuer- oder Haftungsschuldner die Steueranmeldung nicht abgibt“. Was der Gesetzgeber bezweckte, ist klar, was er mit seinem systemwidrigen Eingriff ausgelöst hat, dagegen umstritten<sup>34</sup>. Der Gesetzgeber wollte der Finanzverwaltung zur Verwaltungsvereinfachung die Möglichkeit eröffnen, den Entrichtungspflichtigen bei unterlassener oder unvollständiger Steueranmeldung nicht allein durch Haftungsbescheid, sondern auch im Wege eines Steuerbescheides in Anspruch nehmen zu können<sup>35</sup>. Darauf baut auch die Rechtsprechung des II. Senats des BFH auf<sup>36</sup>. Damit hat die Rechtsprechung die im Gesetz angelegte Verwischung von Steuerschuld und Entrichtungsschuld hingenommen<sup>37</sup>. Diese Rechtsprechung hat zum Teil Gefolgschaft gefunden<sup>38</sup>, die Kritik an ihr ist aber nicht verstummt<sup>39</sup>. Die Generalkritik hält den Erlass eines „Steuerbescheides“ oder „Nachforderungsbescheides“<sup>40</sup> für unzulässig, so dass trotz § 167 Abs. 1 Satz 1 AO stets ein Haftungsbescheid gegen den Entrichtungspflichtigen zu

<sup>32</sup> Vgl. nur *Heuermann*, *StuW* 2006, 332; *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*<sup>20</sup>, 2010, § 7 Rn. 10; zuletzt *Driën*, in *Tipke/Kruse*, *AO/FGO*, § 43 AO Tz. 7 (Jan. 2012) m.w.N.

<sup>33</sup> *Heuermann*, *StuW* 2006, 332, 338.

<sup>34</sup> Frühzeitige Kritik bei *Trzaskalik*, *StuW* 1993, 371, 378 f. Später *Driën*, *DB* 2005, 299 ff.; zuletzt *Sauer*, *Die rechtliche Stellung des zur Einbehaltung von Steuern Verpflichteten*, 2010, S. 118 ff.

<sup>35</sup> Begründung der Bundesregierung v. 23.3.1988 zum Entwurf des Steuerreformgesetzes 1990, BR-Drucks. 100/88 S. 401 f. (wortgleich Begründung der Regierungskoalitionen v. 19.4.1988, BT-Drucks. 11/2157 S. 194: „Die Änderung dient der Verfahrensvereinfachung und stellt klar, dass der Steuerpflichtige auch dann im Weg einer Steuerfestsetzung und nicht lediglich im Weg eines Haftungsbescheides in Anspruch genommen werden kann, wenn er die Steuer für Rechnung eines anderen einzubehalten hat und dies nicht oder nicht ordnungsgemäß tut“.

<sup>36</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 12; v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 37, jeweils unter Hinweis auf BFH v. 18.3.2009, I B 210/08, BFH/NV 2009, 1237.

<sup>37</sup> Kritisch bereits *Kruse*, *GS Trzaskalik*, 2005, S. 169, 178 f.

<sup>38</sup> So zunächst auch noch *Nacke*, *Die Haftung für Steuerschulden*<sup>2</sup>, 2007, Rn. 174 f., der sich aber jüngst der Kritik angeschlossen hat (*Nacke*, *Die Haftung für Steuerschulden*<sup>3</sup>, 2012, Rn. 174a).

<sup>39</sup> Eingehend zuletzt *Heuermann*, in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, *AO/FGO*, § 167 AO Rn. 12 ff. (Nov. 2010). Umgekehrt entspricht es nach *Schulze-Osterloh*, *GS Trzaskalik*, 2005, S. 151, 154 f., eher der Systematik des Gesetzes, die Finanzbehörde ausschließlich auf den Steuerbescheid zu verweisen, so dass danach kein Wahlrecht zwischen Steuerbescheid und Haftungsbescheid eröffnet ist.

<sup>40</sup> Zur begrifflichen Klarheit sollte der Terminus der „Nachforderung“ auf das Verhältnis zwischen FA und Steuerschuldner reserviert bleiben und im Verhältnis zum Steuerentrichtungspflichtigen vom Nacherhebungsbescheid als Instrument der „Nacherhebung“ gesprochen werden.

erlassen ist<sup>41</sup>. Für diese strikte Position sprechen die Formenklarheit der verschiedenen Handlungsformen und die Systematik der Abgabenordnung<sup>42</sup>, die indes der Gesetzgeber selbst durch die Änderung von § 167 Abs. 1 Satz 1 AO verunklart hat<sup>43</sup>. Da neben der Rechtsprechung auch der Gesetzgeber an diesem Wahlrecht festhalten will<sup>44</sup>, muss der Rechtsanwender den unsystematischen Willen des Gesetzgebers akzeptieren<sup>45</sup>. Anstatt die Wahlmöglichkeit der Finanzbehörde zwischen Haftungs- und Nacherhebungsbescheid als solche zu negieren, gilt es, sie inhaltlich und verfahrensrechtlich auf die Haftungsinanspruchnahme auszurichten<sup>46</sup>.

### 2.3 Nacherhebung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen als materielle Haftungsinanspruchnahme

Trotz der – im Kern berechtigten – Kritik an der Handlungsform der Nacherhebung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen versteht die Rechtsprechung diese als materielle Haftungsinanspruchnahme<sup>47</sup>. Deutlich betont der II. Senat des BFH im Einklang mit anderen Senaten, der Erlass eines Nachforderungsbescheids ändere nichts daran, dass durch diesen materiell-rechtlich ein Haftungsanspruch geltend gemacht wird. Die Steuerfestsetzung nach § 167 Abs. 1 Satz 1 AO i.V.m. § 155 AO erfasse damit denjenigen, der die Steuer als Entrichtungssteuerschuldner nicht angemeldet hat, gerade in seiner Funktion als Haftungsschuldner<sup>48</sup>. Damit wird die Rechtsprechung zumindest der inhaltlichen Kritik an der Anerkennung der Nacherhebung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen gerecht<sup>49</sup>. Denn die Rechtsprechung macht deutlich, dass es sich trotz der Handlungsform der Nacherhebung „materiell-rechtlich nicht nur um die Geltendmachung einer Entrichtungsschuld handele, sondern um die eines Haftungsanspruchs“ mit der „Folge, dass die tatbestandlichen

<sup>41</sup> So bereits *Stadie*, Allgemeines Steuerrecht. Ein systematischer Grundriß, 2003, Rn. 532, 581; näher nunmehr *Sauer*, Die rechtliche Stellung des zur Einbehaltung von Steuern Verpflichteten, 2010, S. 121 ff., 125.

<sup>42</sup> Zutreffend *Stadie*, ebenda, Rn. 531.

<sup>43</sup> Zur Problematik vgl. nur *Heuermann*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 167 AO Rn. 8 (Nov. 2010). Zum Appell für eine Klarheit schaffende Gesetzesänderung jüngst *Nacke*, Die Haftung für Steuerschulden<sup>3</sup>, 2012, Rn. 174a.

<sup>44</sup> So zumindest der Bundesrat, BR-Drs. 302/12, S. 106.

<sup>45</sup> Allerdings aktualisiert die jüngste Gesetzesinitiative die Fragestellung, ob die Rechtsprechung dem Gesetzgeber und der Finanzverwaltung mit der Anerkennung der systemwidrigen Formfreiheit zur Nacherhebung der Entrichtungsschuld nicht zu bereitwillig die Hand gereicht hat!

<sup>46</sup> Dazu bereits eingehend unter Einschluss der verfassungsrechtlichen Dimension, *Driën*, DB 2005, 299, 306 f.; zustimmend *Ellers*, Die gesetzliche Verpflichtung privater Arbeitgeber zum Lohnsteuereinbehalt, 2010, S. 102 f. Zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangt grundsätzlich auch *Heuermann*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 167 AO Rn. 13 (Nov. 2010).

<sup>47</sup> Insoweit übereinstimmend *Schulze-Osterloh*, GS Trzaskalik, 2005, S. 151, 155 sowie *Kempf/Schmidt*, DStR 2003, 190, 192.

<sup>48</sup> BFH, v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 12; v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 37.

<sup>49</sup> Zuletzt *Nacke*, Die Haftung für Steuerschulden<sup>3</sup>, 2012, Rn. 174b.

Erfordernisse der Haftungsnorm – hier § 7 Abs. 1 VersStG – zu beachten sind“<sup>50</sup>. Wörtlich und überzeugend leitet der BFH daraus folgende Konsequenzen ab<sup>51</sup>:

„Das hat zur Folge, dass die *tatbestandlichen Erfordernisse der materiell-rechtlichen Haftungsnorm* zu beachten sind (vgl. BFH-Urteil vom 13. September 2000 I R 61/99, BFHE 193, 286, BStBl II 2001, 67, zu § 44 Abs. 5 des Einkommensteuergesetzes). Wegen der *Akzessorietät des Haftungsanspruchs* ist hierfür im Regelfall weiter erforderlich, dass auch die Steuerschuld, für die gehaftet werden soll, entstanden ist und noch besteht (vgl. BFH-Urteil vom 15. Oktober 1996 VII R 46/96, BFHE 181, 392, BStBl II 1997, 171; vgl. auch Kempf/Schmidt, Deutsches Steuerrecht 2003, 190, 192). *Ist der Steueranspruch durch Verjährung erloschen (§ 47 AO), kann ein Haftungsanspruch nicht mehr geltend gemacht werden* (vgl. BFH-Beschluss vom 11. Juli 2001 VII R 28/99, BFHE 195, 510, BStBl II 2002, 267). Dementsprechend kann gegenüber dem Versicherer ein Nachforderungsbescheid nicht mehr ergehen, wenn der Steueranspruch gegenüber dem Versicherungsnehmer festsetzungsverjährt ist“.

Da gerade diese Deutung durch den Gesetzesentwurf (§ 7 Abs. 2 VersStG-E) mit der Etablierung einer eigenständigen Entrichtungsschuld ohne Rücksicht auf die abzusichernde Steuerschuld korrigiert werden soll, ist ihre dogmatisch-systematische Überzeugungskraft zu würdigen.

## 2.4 Das haftungsrechtliche Prinzip der Akzessorietät

Die Rechtsprechung des II. Senats ist keineswegs ein „überraschender Ausreißer“, sondern sie knüpft explizit an die Rechtsprechung anderer BFH-Senate an und steht damit im Einklang. Der Grundsatz der Akzessorietät der Haftung ist in der Rechtsprechung<sup>52</sup> und der Literatur anerkannt<sup>53</sup>. Der Steuerentrichtungspflichtige, namentlich der Versicherer<sup>54</sup>, haftet für die von ihm zu entrichtenden Steuern. Dabei bedeutet Steuerhaftung das Entstehen für eine fremde Schuld und wegen der Akzessorietät richtet sich der Haftungsanspruch in Grund und Höhe nach

<sup>50</sup> So bereits die Vorinstanz zur BFH-Entscheidung II R 52/09 FG Hamburg v. 27.8.2009, 2 K 12/09, EFG 2010, 184, Rn. 26.

<sup>51</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 13; v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 38, Hervorhebungen durch den Verf.

<sup>52</sup> Z.B. BFH v. 11.7.2001, VII R 28/99, BStBl. II 2002, 267, Rn. 11 f.: „Ein Haftungsanspruch kann wegen der Akzessorietät der Haftung nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der zu Grunde liegende Steueranspruch erloschen ist. Als Ausfluss der Akzessorietät ist grundsätzlich auch die Regelung des § 191 Abs. 5 AO 1977 anzusehen, wonach ein Haftungsbescheid nicht mehr ergehen kann, wenn der Steueranspruch verjährt ist. Die Vorschrift des § 191 Abs. 5 AO 1977 erfasst dabei sowohl die Festsetzungs- als auch die Zahlungsverjährung. Nach seinem Inhalt regelt § 191 Abs. 5 AO 1977 Fälle, in denen zwar die Leistung nicht erbracht, die Erstschuld aber gleichwohl erloschen ist. Die Finanzbehörde darf daher außer in dem hier nicht gegebenen Fall der Steuerhinterziehung oder Steuerhehlerei keinen --erstmaligen-- Haftungsbescheid erlassen, soweit die Steuer gegen den Steuerschuldner noch nicht festgesetzt worden ist und wegen Ablaufs der Festsetzungsfrist auch nicht mehr festgesetzt werden kann (§ 191 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 AO 1977) oder soweit die Steuer verjährt oder erlassen worden ist (§ 191 Abs. 5 Nr. 2 AO 1977)“.

<sup>53</sup> Explizit zuletzt *Boeker*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 191 AO Rn. 19 (März 2012) m.w.N.; ebenso namentlich *Birk*, Steuerrecht<sup>14</sup>, 2012, Rn. 305 ff.

<sup>54</sup> *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 7 Rn. 55.



dem Steueranspruch<sup>55</sup>. Nach Erlöschen der Steuerschuld darf kein Haftungsbescheid mehr ergehen<sup>56</sup>, sofern nicht die Haftung auf Steuerhinterziehung oder Steuerhehlerei des Haftenden beruht (§ 191 Abs. 5 Satz 2 AO)<sup>57</sup>. Bei Erlass des Haftungsbescheides darf die Steuerschuld noch nicht festsetzungsverjährt sein<sup>58</sup>. Durch das Erlöschen der Steuerschuld erlischt auch die Haftungsschuld<sup>59</sup>. *Wolfgang Jakob* spricht darum mit Recht vom „elementaren haftungsrechtlichen Prinzip der Akzessorietät“<sup>60</sup>. Auf diesem Prinzip baut die Rechtsprechung des II. Senats aus dogmatischer und systematischer Sicht überzeugend auf. Darum überrascht es, dass in der Gesetzesbegründung zur Rechtfertigung der Übergangsregelung des § 12 VersStG-E das Urteil des BFH vom 13. Dezember 2011 als „insoweit generell überraschend“ bezeichnet wird<sup>61</sup>. Auf der Basis der bisherigen Literatur war diese Rechtsansicht vorhersehbar<sup>62</sup> und sie reiht sich steuerschuldrechtlich zudem bruchlos in Judikate anderer Senate zur Haftungsinanspruchnahme ein<sup>63</sup>.

Mit dem Prinzip der Akzessorietät brechen indes beide Gesetzesvorhaben. Spezialgesetzlich soll § 7 Abs. 8 Satz 2 VersStG-E das bisher einhellig vertretene Konzept der Akzessorietät verwerfen, indem er die Steuerentrichtungsschuld im Verhältnis zur Steuerschuld des Versicherungsnehmers als „nicht akzessorisch“ erklärt. Durch den vorgeschlagenen neuen Satz 3 in § 191 Abs. 5 AO sollen die dortigen speziellen Akzessorietätsregelungen<sup>64</sup> allgemein dadurch eingeschränkt werden, dass nunmehr die Geltendmachung der Entrichtungsschuld bis zum Ablauf der gegenüber dem Entrichtungspflichtigen geltenden Festsetzungsfrist ergehen darf.

<sup>55</sup> *Jakob*, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 371 f.

<sup>56</sup> *Birk*, Steuerrecht<sup>14</sup>, 2012, Rn. 307; *Jakob*, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 419, 421; *Seer*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 21 Rn. 138.

<sup>57</sup> *Kruse*, Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I, 1991, S. 159.

<sup>58</sup> *Boeker*, in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO/FGO, § 191 AO Rn. 170 (März 2012); ebenso *Kempf/Schmidt*, DStR 2003, 190, 192.

<sup>59</sup> So *Jatzke*, in *Beermann/Gosch*, AO/FGO, § 191 AO Rn. 9 (Juni 2009); ebenso für Erlöschen durch Erfüllung *Nacke*, Die Haftung für Steuerschulden<sup>3</sup>, 2012, Rn. 710.

<sup>60</sup> *Jakob*, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 371.

<sup>61</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 31.

<sup>62</sup> Hinsichtlich der Akzessorietät übereinstimmend *Kempf/Schmidt*, DStR 2003, 190, 192 („allgemein als selbstverständlich angesehen ...“), die indes abstrakt den Meinungsstand zur „Entrichtungssteuerschuld“ (ebenda, 191) als „vielfältig und widersprüchlich“ einstufen.

<sup>63</sup> Dissens innerhalb der Rechtsprechung und zwischen Rechtsprechung und Literatur bestand nur in der verfahrensrechtlichen Frage, ob der Erlass eines Steuerbescheides gegenüber dem Entrichtungsschuldner von Ermessensabwägungen und Ermessensbegründungen dispensiert (zusammenfassend *Heuermann*, in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO/FGO, § 167 AO Rn. 9 ff., 11 [Nov. 2010]).

<sup>64</sup> *Jakob*, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 421; *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 7 Rn. 65.

Diese geplanten Änderungen sind ein Eingriff in die bisherige materielle Ausgestaltung des steuerschuldrechtlichen Dreiecksverhältnis. Denn die Akzessorietät und ihre Reichweite<sup>65</sup> ist eine materiell-rechtliche Frage<sup>66</sup>, wengleich sie – systematisch deplaziert – neben § 44 AO gesetzlich auch im Haftungsverfahren in § 191 Abs. 5 AO geregelt ist<sup>67</sup>. Diese Qualifikation hat auch für die Frage der Zulässigkeit der rückwirkenden Einführung Bedeutung (dazu 4.).

### **3. Der geplante Übergang von der absichernden Entrichtungsschuld zur eigenständigen Zahlungsgarantie des Versicherers**

Der Gesetzgeber soll im Wege rechtsprechungsbrechender Korrekturgesetzgebung die herkömmliche Entrichtungsschuld gesetzlich verändern. Darum kommt den Gesetzesbegründungen für die legislativen Eingriffe eine zentrale Bedeutung zu. Sie werden zunächst geschlossen für die Änderungen des Versicherungsteuergesetzes und der Abgabenordnung wiedergegeben und sodann systematisch analysiert (3.1), bevor verfassungsrechtliche Einwände erhoben werden (3.2).

Der Regierungsentwurf nimmt die Rechtsprechung zum Anlass für eine grundlegende Neuregelung der Vorschrift. Die Gesetzesbegründung nimmt ausdrücklich auf das Urteil des BFH vom 13. Dezember 2011 mit dem Aktenzeichen II R 52/09 Bezug, wonach der im Versicherungsteuergesetz bisher als „Haftender“ Erfasste nur solange wegen fehlerhafter Steueranmeldung in Anspruch genommen werden könne, wie die Festsetzungsfrist gegenüber dem Steuerschuldner noch nicht abgelaufen sei. Dieses Urteil werde „den tatsächlichen Verhältnissen im Bereich des Versicherungsteuerrechts nicht gerecht“<sup>68</sup>. Darum bestimme § 7 Abs. 2 VersStG-E<sup>69</sup> „nunmehr auch terminologisch eindeutig, dass aus der Pflicht zur Entrichtung der Steuer eine eigenständige, von der Steuerschuld des Versicherungsnehmers zu unterscheidende Schuld des Entrichtungspflichtigen – regelmäßig der Versicherer – resultiert“<sup>70</sup>. Die Gleichstellung von Steuerentrichtungsschuld und Steuerschuld in § 7 Abs. 8

<sup>65</sup> Dazu *Birk*, Steuerrecht<sup>14</sup>, 2012, Rn. 307 „strenge Akzessorietät“; *Kruse*, Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I, 1991, S. 158 f.: „teils akzessorisch, teils verselbständigt“; *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 7 Rn. 65; *Seer*, ebenda, § 21 Rn. 138: „limitierte Akzessorietät“; *Stadie*, Allgemeines Steuerrecht, 2003, Rn. 132, 583: „weitgehend akzessorisch“.

<sup>66</sup> *Stadie*, Allgemeines Steuerrecht, 2003, Rn. 583; ebenso *Jakob*, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 419: „materiell-rechtliche Verknüpfung“.

<sup>67</sup> Zutreffend *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 7 Rn. 65.

<sup>68</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>69</sup> Der Entwurf zu § 7 Abs. 2 VersStG lautet: „Steuerentrichtungsschuldner ist der Versicherer, soweit in den Absätzen 3 bis 5 kein anderer zum Steuerentrichtungsschuldner bestimmt ist oder nach Absatz 6 der Versicherungsnehmer als Steuerschuldner die Steuer zu entrichten hat. *Der Steuerentrichtungsschuldner hat als eigenständige Schuld die Steuer für Rechnung des Versicherungsnehmers zu entrichten.*“ (BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 6, Hervorhebung durch Verf.).

<sup>70</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 25.

Satz 2 VersStG-E<sup>71</sup> „beseitigt etwaige nach altem Recht vorhandene Ausstrahlungen des Haftungsrechts auf die Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen“<sup>72</sup>. Mithin geht es ausschließlich darum, ob dieser seinen Entrichtungspflichten vollständig nachgekommen ist und ob dieser zu wenig abgeführte Steuer nachzuentrichten hat. Es mache keinen Sinn und widerspreche den Zwecken der Versicherungsteueraußenprüfung, die verfahrensmäßigen Voraussetzungen für eine Außenprüfung beim Versicherer an eine gegenüber einer anderen Person (Versicherungsnehmer) laufende Festsetzungsfrist zu koppeln, deren Ablauf durch den Beginn einer Außenprüfung beim Entrichtungspflichtigen nicht gehemmt werde<sup>73</sup>.

Die eigens konzipierte neue Übergangsvorschrift des § 12 VersStG-E soll nach der Begründung der Bundesregierung eine „entstehende Anwendungslücke in der Vergangenheit“ schließen und verhindern, dass damit dem Fiskus geschätzte rd. 215 Mio. Euro an Versicherungsteuer verloren gehen. Dabei betont auch die Bundesregierung den „echt rückwirkenden Charakter“ der Übergangsvorschrift, hält diese jedoch gleichwohl für im Einklang mit der Verfassung<sup>74</sup> (dazu 4.). Diesen Vorschlag begründet der Bundesrat damit, dass die Rechtsauffassung des BFH zur Folge habe, „die Abzugsteuer betreffende Außenprüfungen oder andere verjährungshemmende Umstände i.S.d. § 171 AO bei Steuerabzugsverpflichteten“ liefen „ins Leere“, sofern sich die Ablaufhemmung nicht ausnahmsweise (auch) auf die Festsetzungsfrist beim Steuerschuldner auswirke. Die Ergänzung von § 191 Abs. 5 AO soll bewirken, „dass der Erlass eines Haftungsbescheides bis zum Ablauf der für den Entrichtungspflichtigen geltenden Festsetzungsfrist zulässig bleibt, auch wenn die für den Steuerpflichtigen geltende Festsetzungsfrist bereits abgelaufen ist. Hierdurch wird sichergestellt, dass ein Steuerabzugsverpflichteter sich der Haftung nicht allein dadurch entziehen kann, dass er den Abschluss einer die Abzugsteuer betreffenden Außenprüfung lange genug hinauszögert“<sup>75</sup>. Die Anwendungsregelung zur „Ablaufhemmung

---

<sup>71</sup> Der Entwurf zu § 7 Abs. 8 VersStG lautet: „Der Steuerschuldner, der Steuerentrichtungsschuldner und jeder Haftende sind echte Gesamtschuldner. *Die Steuerentrichtungsschuld steht der Steuerschuld gleich; sie ist im Verhältnis zur Steuerschuld des Versicherungsnehmers nicht akzessorisch.* Die Inanspruchnahme eines Haftenden ist mittels Steuerbescheid oder mittels Haftungsbescheid zulässig. Für die Bestimmung der Festsetzungsfrist nach den §§ 169 bis 171 der Abgabenordnung bei einem Steuerpflichtigen sind jeweils die Umstände maßgeblich, die in Bezug auf seine Person vorliegen; insbesondere ist für die Inanspruchnahme des Steuerentrichtungsschuldners der Ablauf der Festsetzungsfrist beim Versicherungsnehmer sowie für die Inanspruchnahme des Haftenden der Ablauf der Festsetzungsfrist beim Steuerentrichtungsschuldner unbeachtlich.“ (BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 6 f., Hervorhebung durch Verf.).

<sup>72</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>73</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 27.

<sup>74</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 30 f.

<sup>75</sup> BR-Drs. 302/12 v. 25.5.2012, S. 107.

in § 191“ sieht der Entwurf zu Artikel 97 § 10 Absatz 11 – neu – Einführungsgesetz zur Abgabenordnung (EAO) vor<sup>76</sup>.

### 3.1 Systematische Kritik an den geplanten Änderungen der Steuerentrichtungspflicht

#### 3.1.1 Das primäre Fiskalziel des Verkehrsteueränderungsgesetzes

Die Änderung des Versicherungsteuergesetzes dient nach der Gesetzesbegründung an erster Stelle der Zielsetzung der „Sicherung des Versicherungsteueraufkommens“, unter das sie zutreffend auch die „Konkretisierung der Regelungen zur Steuerentrichtungspflicht“ auführt<sup>77</sup>. Allein die „Anwendungslücke in der Vergangenheit“, die durch die Übergangsregelung zu § 7 Abs. 8 Satz 4 VersStG-E in § 12 VersStG-E geschlossen werden soll, beziffert die Gesetzesbegründung auf „geschätzte rd. 215 Mio. Euro an Versicherungsteuer“<sup>78</sup>. Die dauerhafte „Sicherung des Versicherungsteueraufkommens“ dürfte weit darüber hinausgehen. Aus systematischer Sicht rechtfertigen allein fiskalische Gründe keinen Systemeingriff.

#### 3.1.2 Das vermeintliche Ziel „systematischer Transparenz“

Das in der Gesetzesbegründung zu § 7 VersStG-E proklamierte Ziel „systematischer Transparenz“ schafft die spezialgesetzliche Trennung von Steuerschuldner (§ 7 Abs. 1 VersStG-E), Steuerentrichtungsschuldner (§ 7 Abs. 2 VersStG-E) und Haftenden (§ 7 Abs. 7 VersStG-E) nur bedingt. Denn einerseits führt § 7 Abs. 8 VersStG-E Steuerschuldner, Steuerentrichtungsschuldner und Haftende als „echte Gesamtschuldner“ wieder zusammen und andererseits bleibt die alte Streitfrage offen, ob die Entrichtungsschuld ein Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis im Sinne von § 37 AO ist<sup>79</sup>. Der systematisch zutreffende Ort zur Herstellung der wünschenswerten Transparenz wäre freilich auch das allgemeine Steuerschuldrecht (§§ 37, 43 AO).

Die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 8 VersStG-E verwischt zudem die erstrebte Transparenz wieder und wirft Fragen auf. Nach der Begründung zu Satz 2 hat die Inanspruchnahme des

<sup>76</sup> BR-Drs. 302/12 v. 6.7.2012, S. 106: „§ 191 Absatz 5 Satz 3 der Abgabenordnung in der Fassung des Artikels ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ... [einsetzen: Datum und Fundstelle des vorliegenden Änderungsgesetzes]) gilt für alle Haftungsansprüche, soweit die Festsetzungsfrist hinsichtlich der Entrichtungsschuld gegenüber dem Entrichtungsschuldner bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht abgelaufen war.“

<sup>77</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 12.

<sup>78</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 30.

<sup>79</sup> Dafür – entgegen der h.M. – Stadie, Allgemeines Steuerrecht, 2003, Rn. 125, 155 m.w.N.

Entrichtungspflichtigen durch Steuerbescheid zu erfolgen<sup>80</sup>. Das widerspricht der Rechtsprechung, Verwaltungspraxis und herrschenden Ansicht zur Auslegung von § 167 Abs. 1 AO, wonach die Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen wahlweise durch Haftungsbescheid oder aber durch Steuerbescheid möglich ist (s. bereits 2.2). Das widerspricht zugleich der zweiten Gesetzesinitiative des Bundesrates zu § 191 Abs. 5 Satz 3 AO-E, wonach explizit „ein Haftungsbescheid oder ein Steuerbescheid nach § 167 Absatz 1 Satz 1“ AO „gegenüber dem Entrichtungspflichtigen“ ergehen kann<sup>81</sup>. Insoweit besteht also Abstimmungsbedarf. Auf die bisherige Verwaltungspraxis zur Entrichtungspflicht beruft sich im Folgenden die Begründung zu Satz 3<sup>82</sup>, der die Wahlmöglichkeit der Verwaltung im Hinblick auf die Form der Inanspruchnahme eines Haftenden sicherstellen soll<sup>83</sup>. Da indes nunmehr Steuerentrichtungsschuldner und Haftende spezialgesetzlich getrennt sind, und der Haftende nach § 7 Abs. 7 Einleitungshalbsatz VersStG-E nur für die Steuerentrichtung haftet, „sofern die in Nummern 1 bis 4 genannten Personen nicht selbst Steuerentrichtungsschuldner sind“, gilt das Formenwahlrecht der Finanzverwaltung offenbar nur noch für Haftende, nicht dagegen für Entrichtungspflichtige. Die Abkehr von dem Wahlrecht speziell im Versicherungssteuerrecht gegenüber anderen Entrichtungspflichten ist eher irritierend. Zugleich schreitet die Vermischung der systematisch zu trennenden Kategorien von Schuld und Haftung<sup>84</sup> im Versicherungssteuerrecht fort, indem nunmehr gegen eine versicherte Person, die gegen Entgelt aus einer Versicherung für fremde Rechnung Versicherungsschutz als Haftender (§ 7 Abs. 7 Nr. 4 VersStG-E) wahlweise ein Steuerbescheid erlassen werden kann. Darum ist insgesamt kein Fortschritt an „systematischer Transparenz“ auszumachen, das Gegenteil ist der Fall.

### **3.1.3 Das Mittel der eigenständigen Festsetzungsverjährung für die Versicherungssteuer-Entrichtungspflicht**

Um das erklärte Fiskalziel (s. 3.1.1.) zu erreichen, will der Gesetzgeber als Reaktion auf die Feststellung des BFH, der Ablauf der Festsetzungsfrist gegenüber dem Versicherungsnehmer werde durch eine Außenprüfung beim Versicherer nicht nach § 171 Abs. 4 Satz 1 AO

<sup>80</sup> Wörtlich BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26: „... auf die Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen. Letztere hat durch Steuerbescheid zu erfolgen“.

<sup>81</sup> BR-Drs. 302/12 v. 6.7.2012, S. 106.

<sup>82</sup> Vgl. nochmals § 7 Abs. 8 Satz 3 VersStG-E: „Die Inanspruchnahme eines Haftenden ist mittels Steuerbescheid oder mittels Haftungsbescheid zulässig“.

<sup>83</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>84</sup> Allgemein kritisch zur „Konturenverwischung zwischen Schuld und Haftung“ bereits *Brodersen*, Haftung und Schuld im Steuerrecht. Einige Aspekte zu Grundfragen steuerrechtlicher Inpflichtnahme für die Sicherung fremder Steuerschulden, Festschrift Thieme, 1993, S. 895, 901.

gehemmt<sup>85</sup>, die Festsetzungsverjährung für die Versicherungsteuer-Entrichtungspflicht verselbständigen und von der Festsetzungsverjährung der Steuerschuld abkoppeln. Dazu bestimmt § 7 Abs. 8 Satz 4 VersStG-E spezialgesetzlich, dass „für die Bestimmung der Festsetzungsfrist nach den §§ 169 bis 171 der Abgabenordnung bei einem Steuerpflichtigen<sup>86</sup> ... jeweils die Umstände maßgeblich (sind), die in Bezug auf seine Person vorliegen“. Nach der Gesetzesbegründung wird im zweiten Halbsatz von § 7 Abs. 8 Satz 4 VersStG-E „beispielhaft als typischer Anwendungsfall dieser Regelung“ bei einer Inanspruchnahme des Steuerentrichtungsschuldners der Ablauf der Festsetzungsfrist beim Versicherungsnehmer sowie für die Inanspruchnahme des Haftenden der Ablauf der Festsetzungsfrist beim Steuerentrichtungsschuldner für unbeachtlich erklärt, „weil der Ablauf dieser Frist nicht durch eine Außenprüfung bei einer anderen Person, die in Anspruch genommen werden soll (Steuerentrichtungsschuldner beziehungsweise Haftender) gehemmt wird“<sup>87</sup>.

Diese spezialgesetzliche Regelungstechnik im Entwurf zum Versicherungssteuergesetz mit der Schaffung personenbezogener Verjährungsnormen außerhalb der Abgabenordnung weicht von der vom Bundesrat vorgeschlagenen allgemeinen „Problemlösung“ in § 191 Abs. 5 Satz 3 AO-E ab. Auch dieser Vorschlag soll als Reaktion auf die inhaltsgleichen Judikate des II. Senats des BFH die Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen bis „zum Ablauf der gegenüber dem Entrichtungspflichtigen geltenden Festsetzungsfrist“ ermöglichen. Da der Bundesrat die Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen – anders als der Sonderweg im Versicherungssteuergesetz – weiterhin zweigleisig vorsieht (s. bereits 3.1.2.), wirkt seine Regelungstechnik zweifach: Für die Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen durch den Haftungsbescheid bewirkt § 191 Abs. 5 Satz 3 AO-E eine Aufweichung der Akzessorietät der Haftung als neue Ausnahme zu den Akzessoritätsregelungen<sup>88</sup> in § 191 Abs. 5 Satz 1 AO<sup>89</sup>. Für die Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen durch „Steuerbescheid“ bewirkt er eine Ablaufhemmung der Festsetzungsfrist bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist gegenüber dem Entrichtungspflichtigen. Die zweite Variante mag in vielen Fällen zu demselben Ergebnis führen wie die Spezialregelung des § 7 Abs. 8 Satz 4 VersStG-E, zwingend ist dies aber

<sup>85</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 41; v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 16.

<sup>86</sup> Also entsprechend § 33 Abs. 1 AO beim Steuerschuldner, Steuerentrichtungspflichtigen oder Haftenden.

<sup>87</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>88</sup> Jakob, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 421; Tipke/Lang, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 7 Rn. 65.

<sup>89</sup> Gemeinsames Ziel der verschiedenen Regelungen ist gerade die Anpassung des Fristablaufs für den Haftungsbescheid an denjenigen für den Steuerbescheid (*Risiken*, in Klein, AO<sup>11</sup>, 2012, § 191 Rn. 95).

wegen des dortigen personenbezogenen Ansatzes nicht. Wegen der unterschiedlichen Regelungsansätze und ihrer Folgen besteht auch insoweit Abstimmungsbedarf.

Wenngleich sich die vorgeschlagenen Regelungswege unterscheiden, so ist das Mittel der Ablösung der Festsetzungsfrist zu hinterfragen. Die Gesetzesbegründung hält sie unter Hinweis auf die bisherige Verwaltungspraxis für erforderlich, wonach „die Frage, ob in den Fällen, in denen diese Personen wegen Nichtanmeldung oder fehlerhafter Anmeldung der Steuer durch Steuerbescheid in Anspruch genommen wurden, die Festsetzungsfrist beim Steuerschuldner (Versicherungsnehmer) bereits abgelaufen ist, keine Rolle (spielte)“<sup>90</sup>. Diese Verwaltungspraxis war und ist indes – wie der BFH zutreffend ausgeführt hat – rechtswidrig. Wegen der beschriebenen Akzessorietät der Haftung erlischt der Haftungsanspruch mit dem Steueranspruch (s. bereits 2.4). Das gilt für die Versicherungsteuer ebenso wie für andere Steuerentrichtungspflichten. Der versicherungsteuerrechtliche Sonderweg, den die weitere Gesetzesbegründung unter Betonung vermeintlicher Besonderheiten der Versicherungsteuer einschlagen will, ist systematisch angesichts der Parallele der Versicherungsteuer zu den Abzugsteuern des Einkommensteuergesetzes<sup>91</sup> nicht gerechtfertigt. Die Gesetzesbegründung nimmt den Klammerverweis des II. Senats des BFH<sup>92</sup> auf den Lohnsteuerabzug zum Anlass, die Unterschiede beider Steuerentrichtungspflichten hervorzuheben<sup>93</sup>. Dazu und speziell zum Lohnsteuerabzug des Arbeitsgebers sowie zum Verhältnis der Entrichtungspflicht des Arbeitgebers zur Einkommensteuerschuld des Arbeitnehmers ließe sich Grundlegendes ausführen<sup>94</sup>. Dessen bedarf es aber an dieser Stelle nicht, weil der Verweis des II. Senats auf die Rechtsprechung zur Lohnsteuer nur der Illustration des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der persönlich limitierten Wirkung der Ablaufhemmung dient, wie der weitere Verweis auf die Kommentierung von *Heinrich Wilhelm Kruse* im *Tipke/Kruse* zum „persönlichen Umfang der Hemmung“<sup>95</sup> und die jeweiligen weiteren Nachweise belegen<sup>96</sup>. Die dortigen *allgemeinen* Aussagen zu sämtlichen Abzugsteuern mit exemplarischer Erwähnung der wichtigsten

<sup>90</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>91</sup> So *Kruse*, GS Trzaskalik, 2005, S. 169, 173; zur Vergleichbarkeit mit dem Lohnsteuerabzug bereits *Ehlers*, Versicherungsteuer und der Begriff der Versicherung im Versicherungsrecht, 1968, S. 22 f.  
<sup>92</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 41; v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 16: „(vgl. BFH-Urteil vom 1. Dezember 1995 VI R 76/91, BFHE 179, 312, BStBl II 1996, 239, zur Lohnsteuer; ...)“.

<sup>93</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26 f.

<sup>94</sup> Dazu *Driën*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, § 7, § 14 und §§ 16 f. (im Erscheinen).

<sup>95</sup> *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 171 AO Tz. 56 f. (April 2007), inzwischen aktualisiert (Stand Jan. 2012), Hervorhebung durch den *Verf.*

<sup>96</sup> BFH v. 13.12.2011, II R 26/10, DStR 2012, 406, Rn. 41; v. 13.12.2011, II R 52/09, BFH/NV 2012, 695, Rn. 16.

Erscheinungsformen<sup>97</sup> sind keineswegs „avantgardistisch“, sondern entsprechen der allgemeinen Rechtsansicht<sup>98</sup>. So erläutert *Reinhart Rüsken* speziell die Rechtslage zur Lohnsteuer-Außenprüfung und fügt abschließend hinzu: „Das Gleiche gilt für sonstige Abzugsteuern“<sup>99</sup>. Die beschränkt persönliche Reichweite des § 171 Abs. 4 AO, die sich aus der Prüfungsanordnung (§ 196 AO) ergibt<sup>100</sup>, ist Allgemeingut, das in Lehrbüchern als gesicherte Erkenntnis präsentiert wird<sup>101</sup>. *Kruse* betont auch in seinem Lehrbuch explizit, dass der Fristablauf nur gegenüber dem Steuerpflichtigen, gegen den die der Prüfung unterliegenden Steueransprüche gerichtet sind, gehemmt wird, nicht dagegen gegenüber Dritten<sup>102</sup>. Denn die Ablaufhemmung wirkt personenbezogen und selbst bei zusammenveranlagten Ehegatten ist die Festsetzungsverjährung für jeden Steuerpflichtigen gesondert zu prüfen<sup>103</sup>. Danach stand fest, dass der Ablauf der Steuerfestsetzungsfrist gegenüber dem Steuerschuldner nicht durch den Beginn einer Außenprüfung beim Entrichtungspflichtigen gehemmt wird.

Dass de lege lata ausgerechnet im Versicherungssteuerrecht dagegen eine personenübergreifende Wirkung der Ablaufhemmung des § 171 Abs. 4 AO gelten sollte, war auf nichts zu stützen. Im Gegenteil: In der Kommentierung von *Ulrike Banniza* ist neben der Lohnsteuer und der Kapitalertragsteuer ausdrücklich die Versicherungssteuer genannt<sup>104</sup>. Gegenstimmen in der Literatur sind nicht ersichtlich<sup>105</sup>. Selbst verkehrsteuerrechtliche Speziallehrbücher hielten ohne Hinweis auf etwaige Besonderheiten fest, dass bei der Versicherungssteuer „im Rahmen einer Außenprüfung festgesetzte Mehrsteuern ... bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist (§ 169 Abs. 2 Nr. 2 AO – vier Jahre) nach gefordert werden“

<sup>97</sup> Deutlich *Kruse*, ebenda Tz. 57: „(Arbeitnehmern, Gläubigern der Kapitalerträge usw.)“; Hervorhebung durch den Verf.

<sup>98</sup> Aus der Kommentarliteratur (neben den zuvor Zitierten) zur Wirkung der Ablaufhemmung in persönlicher Hinsicht ebenso *Balmes*, in Kühn/v. Wedelstädt, AO/FGO<sup>20</sup>, 2011, § 171 Rn. 73 f., 77; *Banniza*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 171 AO Rn. 114, 116 (Juni 2011), *Cöster*, in Pahlke/Koenig, AO<sup>2</sup>, 2009 § 171 Rn. 90; speziell zur Lohnsteuer-Außenprüfung auch *Baum*, in Koch/Scholtz, AO<sup>5</sup>, 1996, § 171 Rn. 19; *Schwarz/Frotscher*, AO, § 171 Rn. 56 (Juni 2009) und *Paetsch*, in Beermann/Gosch, AO/FGO, § 171 AO Rn. 92 (März 2012).

<sup>99</sup> *Rüsken*, in Klein, AO<sup>11</sup>, 2012, § 171 Rn. 61.

<sup>100</sup> Vgl. nur *Schwarz/Frotscher*, AO, § 171 Rn. 53 (Juni 2009); *Paetsch*, in Beermann/Gosch, AO/FGO, § 171 AO Rn. 89 (März 2012).

<sup>101</sup> *Birk*, Steuerrecht<sup>14</sup>, 2012, Rn. 272; *Jakob*, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 243 mit Note 63.

<sup>102</sup> *Kruse*, Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I, 1991, S. 207.

<sup>103</sup> *Seer*, in Tipke/Lang, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 21 Rn. 300 m.w.N.

<sup>104</sup> *Banniza*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 171 AO Rn. 116 (Juni 2011).

<sup>105</sup> Dass die Versicherungssteuer in manch beispielhaften Aufzählungen der Kommentare nicht explizit erwähnt wird (vgl. nur *Ratschow*, in Klein, AO<sup>11</sup>, 2012, § 43 Rn. 4), liegt nicht etwa an ihrer systematischen Sonderrolle, sondern vielmehr an ihrer auf die Versicherungsunternehmen beschränkten praktischen Bedeutung.



können<sup>106</sup>. Dass die rein deklaratorischen Urteile des BFH zur personenbezogenen Ablaufhemmung auch die Versicherungsteuer betreffen, war insgesamt Ausdruck einer steuersystematischen Selbstverständlichkeit. Der BFH musste unberücksichtigt lassen, dass „Außenprüfungen beim Steuerschuldner eher die Ausnahme darstellen“<sup>107</sup>, weil die Außenprüfung grundsätzlich nur bei Unternehmern (§ 193 Abs. 1 AO), regelmäßig aber nicht bei privaten Versicherungsnehmern eröffnet ist. Der Vorwurf, die jüngste Rechtsprechung werde „den tatsächlichen Verhältnissen im Bereich des Versicherungsteuerrechts nicht gerecht“<sup>108</sup>, trifft bei Lichte gesehen die bisherige Vollzugs- und Prüfungspraxis im Versicherungsteuerrecht.

### 3.1.4 Die rechtspolitisch verfehlte Hinnahme zeitferner Außenprüfungen

Die Gesetzesbegründung benennt deutlich die Alternative zur vorgeschlagenen Abkoppelung der Festsetzungsverjährung für die Versicherungsteuer-Entrichtungspflicht von der Versicherungssteuerschuld: „Alternativ müssten Außenprüfungen beim Steuerentrichtungspflichtigen zeitnah erfolgen, d. h. noch innerhalb der Festsetzungsfrist gegenüber dem Steuerschuldner“<sup>109</sup>. Damit hat die Gesetzesbegründung den Kern des Problems<sup>110</sup> und zugleich den richtigen Lösungsweg klar erkannt. Diesen Weg sollten Gesetzgeber und Verwaltung beherzt beschreiten. Der Bund kann nunmehr allein für zeitnahe Versicherungsteueraußenprüfungen sorgen, seitdem er seit 2010 über die alleinige Verwaltungshoheit über die Versicherungsteuer verfügt. Dagegen sollte er den vorgeschlagenen Alternativweg auch aus übergreifenden Erwägungen nicht weiter verfolgen. Denn die im Regierungsentwurf getroffene Aussage zur zeitnahen Außenprüfung, die „zwar dem allgemeinen Ziel der Betriebsprüfung (entspreche), aber grundsätzlich nicht geleistet werden (könne)“, steht erkennbar im Widerspruch zu den Aussagen des Koalitionsvertrages der Regierungskoalition<sup>111</sup>. Der Gesetzgeber sollte die negative Signalwirkung bedenken: Wenn schon der Bund die Außenprüfungen bei der überschaubaren Zahl von Versicherungsunternehmen hinsichtlich der Steuerentrichtungspflicht nach § 193 Abs. 2 Nr. 1

---

<sup>106</sup> *Bruschke*, Grunderwerbsteuer, Kraftfahrzeugsteuer und andere Verkehrsteuern<sup>6</sup>, 2011, S. 366, ohne Hinweis auf die Ablaufhemmung und etwaige Besonderheiten.

<sup>107</sup> So der Vorwurf der Gesetzesbegründung, BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>108</sup> Nochmals BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>109</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>110</sup> Denn nicht die begrenzte Wirkung der Ablaufhemmung, sondern zeitferne Außenprüfungen laufen den „Zwecken der Versicherungsteueraußenprüfung zuwider“. Dies zu BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26 f.

<sup>111</sup> Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP v. 26.10.2009, 17. Legislaturperiode, S. 12 f.; dies begrüßend *Drüen*, DStR 2010, 2, 5 f.

AO<sup>112</sup> nicht planmäßig innerhalb der Festsetzungsfrist der Versicherungsteuer von vier Jahren (§ 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO)<sup>113</sup> durchführen kann, so lässt dies nichts Gutes für die allgemeine Betriebsprüfung nach § 193 Abs. 1 AO befürchten.

Die Gesetzesinitiative konterkariert mit der faktischen Extension von Ablaufhemmungen das nicht nur rechtspolitisch begrüßenswerte, sondern im Kern auch verfassungsrechtlich fundierte Ziel zeitnaher Betriebsprüfungen<sup>114</sup>. Ist die personenbezogene Ablaufhemmung als solche schon überlang und ein Fehlanreiz für zeitnähere Betriebsprüfungen<sup>115</sup>, so passt eine spezialgesetzliche Verlängerung der Verjährungsfristen für die Versicherungs-Entrichtungsschuld als erklärte Alternative zu zeitnaher Außenprüfung rechtspolitisch nicht ins Bild. Der Gesetzgeber sollte sich der Kritik an zu spät eintretender Festsetzungsverjährung<sup>116</sup> nicht verschließen. Das Beschleunigungsgebot bei der Außenprüfung betrifft in besonderem Maße die Versicherungsteuer, bei der – wie die Gesetzesbegründung klar erkennt<sup>117</sup> – die Nachbelastung des Versicherungsnehmers als Steuerschuldner regelmäßig ausscheidet<sup>118</sup>.

Der allgemeinen Sorge des Bundesrates, Steuerabzugsverpflichtete könnten sich der Haftung allein dadurch entziehen, dass sie den Abschluss einer die Abzugsteuer betreffenden Außenprüfung lange genug hinauszögern<sup>119</sup>, ist entgegenzuhalten, dass die Finanzbehörde Herrin des Verfahrens ist. Sie entscheidet über den frühen oder späten Beginn der

---

<sup>112</sup> Sowie nach § 10 Abs. 2 und 3 VersStG (vgl. *Seer*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 193 AO Tz. 31 [Sept. 2009]).

<sup>113</sup> Es ist daran zu erinnern, dass in der AO 1977 eigentlich eine Regelverjährungsfrist von drei Jahren erwogen wurde und die seither geltende vierjährige Festsetzungsfrist für Besitz- und Verkehrsteuern 1977 nur als Übergangsregelung mit Rücksicht auf die starke Arbeitsbelastung der Finanzbehörden eingeführt wurde (Regierungsentwurf einer Abgabenordnung (AO 1974), BR-Drs. 23/71, S. 93 f.)!

<sup>114</sup> *Drüen*, Modelle und Rechtsfragen zeitnaher Betriebsprüfung, IFSt-Schrift Nr. 469, 2011, S. 11 ff.

<sup>115</sup> Zur Kritik zuletzt *Wünnemann*, Ubg 2011, 197, 202 f. m.w.N.

<sup>116</sup> Deutlich *Tipke/Kruse*, AO/FGO, Vor § 169 AO Tz. 5 (Febr. 2011): Die Vorschriften der Festsetzungsverjährung werden ihrem Zweck, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen „insgesamt nicht gerecht, weil sie auf die Finanzbehörde nicht genügend Druck ausüben, die Ansprüche gegen den Steuerpflichtigen möglichst zügig zu verwirklichen und nicht zu verschleppen“. Dieser Kritik folgend *Banniza*, in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO/FGO, Vor § 169 AO Rn. 7 (Aug. 2010).

<sup>117</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 13: „insbesondere im Interesse der Steuerentrichtungspflichtigen, die die Steuer für Rechnung des Steuerschuldners abzuführen haben und im Fall einer nachträglichen Beanstandung oftmals vor dem Problem stehen, die Steuerschuldner nicht nachbelasten zu können.“ sowie S. 27: „... der Versicherungsnehmer (kann) vom Versicherer in den meisten Fällen aufgrund der Vielzahl der Versicherungsnehmer und eingenommenen Kleinbeträgen nicht nachträglich (für nicht oder zu gering eingeforderte Steuer) in Anspruch genommen werden“.

<sup>118</sup> Rechtspolitisch ist darum – angesichts der wirtschaftlich den Verbrauchsteuern vergleichbaren Belastung des Versicherungsnehmers und einer fehlenden eigenständigen steuersystematischen Rechtfertigung der Versicherungsteuer (vgl. nur *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II<sup>2</sup>, 2003, S. 1030 f.) – gerade nach der Begründung der neuen Zuständigkeit des Bundes zu erwägen, die einjährige Verjährungsfrist des § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO auf die Versicherungsteuer zu übertragen.

<sup>119</sup> Vgl. BR-Drs. 302/12 v. 6.7.2012, S. 107.

Außenprüfung und kann auch ihre Dauer beeinflussen. Gerade mit dem neuen Sanktionsinstrument des Verzögerungsgeldes kann die Finanzbehörde die gebotene Beschleunigung der Außenprüfung forcieren<sup>120</sup>. Darum besteht insgesamt auch kein unabweisbares Bedürfnis für verjährungsaushebelnde Regelungen bei der Steuerentrichtungspflicht.

### 3.1.5 Die systematisch fragwürdige eigenständige Zahlungsgarantie des Entrichtungspflichtigen

Schließlich ist aus systematischer Sicht der Systemausbruch bedenkenswert, der spezialgesetzlich mit der Einführung einer „eigenständigen, von der Steuerschuld des Versicherungsnehmers zu unterscheidende Schuld des Entrichtungspflichtigen“<sup>121</sup> einhergeht. Indem der Gesetzesentwurf „etwaige nach altem Recht vorhandene Ausstrahlungen des Haftungsrechts auf die Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen (beseitigt)“<sup>122</sup>, beschneidet er die bestehende Akzessorietät und damit die „materiell-rechtliche Verknüpfung“ zwischen dem Haftungsanspruch und dem zugrundeliegenden Steueranspruch<sup>123</sup>. Zwar ist die steuerrechtliche Akzessorietät bereits de lege lata nicht streng ausgestaltet<sup>124</sup>, weswegen die Haftung im Steuerrecht nicht der zivilrechtlichen Bürgschaft als abhängiger Hilfsschuld zur Sicherung der Hauptschuld<sup>125</sup> entspricht<sup>126</sup>. Allerdings steht der Sicherungsgedanke traditionell hinter der Haftung im Steuerrecht. Die Haftung dehnt das Steuerschuldverhältnis persönlich zur Absicherung des Fiskus aus<sup>127</sup>. Für diese Ausdehnung des Steuerschuldverhältnisses bedarf der Gesetzgeber aber spezifischer Gründe, dagegen reicht alleine der konturenlose Gedanke der Sicherung des Steueraufkommens nicht aus<sup>128</sup>. Erforderlich ist vielmehr ein besonderer Zurechnungsgrund, der es rechtfertigt, eine bestimmte Person in bestimmten Fällen als Haftenden für diese Sicherung des Steueraufkommens in Anspruch zu nehmen<sup>129</sup>. So ist die Haftung bei Steuerhinterziehung oder Steuerhehlerei des Haftenden unabhängig vom Fortbestand der Steuerschuld berechtigt

<sup>120</sup> So die ganz h.M. zum Verzögerungsgeld nach § 146 Abs. 2b AO (zuletzt *Hopp/Bruns*, DStR 2012, 1485 m.w.N.).

<sup>121</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 25.

<sup>122</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 26.

<sup>123</sup> *Jakob*, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 419, 421.

<sup>124</sup> Zur Reichweite der Akzessorietät s. bereits Nachweise in Note 74.

<sup>125</sup> *Sprau*, in Palandt, BGB<sup>71</sup>, 2012, Einf v § 765 Rn. 1 f.

<sup>126</sup> *Kruse*, Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I, 1991, S. 159.

<sup>127</sup> So schon *Hensel*, *Steuerecht*<sup>3</sup>, 1933, S. 69, 73; ebenso *Kruse*, Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I, 1991, S. 151 „Steuerverhältnis auf mehrere Füße gestellt“.

<sup>128</sup> So *Brodersen*, FS Thieme, 1993, S. 895, 902.

<sup>129</sup> *Brodersen*, FS Thieme, 1993, S. 895, 901 f.

(§ 191 Abs. 5 Satz 2 AO)<sup>130</sup>. Ohne ein solches sanktionswürdiges Verhalten des Haftenden erscheint die Haftung trotz dem endgültigen Erlöschen der Steuerschuld<sup>131</sup> als überschießend.

Die neue eigenständige Entrichtungspflicht abgekoppelt von der Steuerschuld stempelt den Versicherer zum *Zahlungsgaranten* unabhängig vom Bestehen der Steuerschuld<sup>132</sup>. Durch die Auflösung der Akzessorietät der Haftung geht der absichernde Charakter der haftungsbewehrten Entrichtungspflicht verloren<sup>133</sup>. Mit diesem Systemausbruch betritt der Gesetzgeber Neuland, was ihm einfach-gesetzlich freilich möglich ist<sup>134</sup>. Der Gesetzgeber führt speziell im Versicherungssteuerrecht eine neue Figur des Zahlungsgaranten ein, der unabhängig vom Erlöschen der Steuerschuld zur Zahlung verpflichtet bleibt. Damit verlässt er den rechtfertigenden Boden des bisherigen Haftungskonzepts und gerät zugleich ins verfassungsrechtliche Grenzgebiet. Damit ist bereits die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit aufgeworfen, der nunmehr nachzugehen ist.

### 3.2 Verfassungsrechtliche Grenzen einer autonomen Entrichtungsschuld

Auf die umstrittene Frage, ob „rechtsprechungsbrechende Steuergesetzgebung“ nicht nur rechtspolitisch fragwürdig, sondern zugleich verfassungswidrig ist (s. 1.), kommt es nicht an, wenn die geplanten Gesetzesänderungen auch ohne Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Korrekturgesetzgebung gegen das Grundgesetz verstoßen<sup>135</sup>. Nach einer Kammerentscheidung des BVerfG zur Mehrmütterorganschaft soll sogar nur das sonstige Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechte der Steuerpflichtigen, die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers begrenzen<sup>136</sup>.

Die geplanten Neuregelungen stoßen an diese allgemeinen verfassungsrechtlichen Grenzen. Denn zu Recht betont *Carsten Brodersen*, dass es verfassungsrechtliche Vorgaben für Begründung und Ausgestaltung einfachgesetzlicher Haftung gibt und die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch im Haftungsrecht auf verfassungsrechtliche Grenzen stößt<sup>137</sup>. Dasselbe gilt freilich auch für die verbreiteten und in jüngerer Zeit intensivierten

<sup>130</sup> Boeker, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 191 AO Rn. 172 (März 2012).

<sup>131</sup> Ratschow, in Klein, AO<sup>11</sup>, 2012, § 47 Rn. 7.

<sup>132</sup> Von einem „Steuergaranten“ kann keine Rede mehr sein, soweit die Steuerschuld bereits erloschen ist.

<sup>133</sup> Bisheriges Kennzeichen der Entrichtungspflicht war es, dass der Schuldner „nicht die Abgabe selbst schuldet, sondern nur für deren Begleichung zu sorgen hatte“ (vgl. BGH v. 16.6.1994, IX 94/93, NJW 1994, 2893, 2894 m.w.N.).

<sup>134</sup> Ähnlich bereits zur formellen Frage der Inanspruchnahme *Sauer*, Die rechtliche Stellung des zur Einbehaltung von Steuern Verpflichteten, 2010, S. 123.

<sup>135</sup> So auch *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 71 m.w.N.

<sup>136</sup> BVerfG v. 15.10.2008, 1 BvR 1138/06, HFR 2009, 187, Rn. 20.

<sup>137</sup> *Brodersen*, FS Thieme, 1993, S. 895, 897 ff., 900.

Steuerentrichtungspflichten<sup>138</sup>. Ich habe vor einigen Jahren bereits unter Auswertung der verfassungsgerichtlichen Judikatur die „Grenzen der Steuerentrichtungspflichten“ aufgezeigt<sup>139</sup>. Die Schaffung immer neuer Steuerentrichtungspflichten und die Kumulation der steuerlichen Verfahrenslasten Dritter<sup>140</sup> stößt inzwischen an die Grenze der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit<sup>141</sup>. Nach *Andreas Voßkuhle*, dem heutigen Präsidenten des BVerfG, dürfte die Grenze der Zumutbarkeit mittlerweile erreicht sein<sup>142</sup>. Die verfassungsrechtliche Sensibilität gegenüber derartigen Formen der Indienstnahme für den Steuervollzug<sup>143</sup> ist in jüngerer Zeit gewachsen<sup>144</sup>, wengleich die Bedenken gegenüber weiterer Intensivierung und Kumulation von Steuerentrichtungspflichten bisweilen recht apodiktisch unter Hinweis auf ältere Rechtsprechung beiseitegeschoben werden<sup>145</sup>. Entgegen dieser Ansicht ist aber selbst die Verfassungskonformität der traditionsreichen und als Modell für andere Steuerentrichtungspflichten fungierenden Arbeitgeberpflichten beim Lohnsteuerabzug vom BVerfG bisher nicht mit bindender Wirkung entschieden<sup>146</sup>. Obwohl das BVerfG Steuerentrichtungspflichten in mehreren Entscheidungen als Garantie für einen gegenwartsnahen, gleichmäßigen und effizienten Steuervollzug versteht<sup>147</sup>, ist ihre Ausgestaltung keineswegs verfassungsresistent. Vielmehr betont das BVerfG zum Modellfall explizit, „das Lohnsteuerabzugsverfahren (sei) nur in dem Umfang verfassungsgemäß, in dem nicht Einzelheiten seiner Ausgestaltung ihrerseits gegen Verfassungsrecht verstoßen“<sup>148</sup>. Das gilt selbstredend auch für andere Steuerentrichtungspflichten, die im Einklang mit dem Verfassungsrecht ausgestaltet sein müssen<sup>149</sup>.

<sup>138</sup> Zu Grenzen der Zulässigkeit der Einbeziehung Dritter zur Sicherung von Steueransprüchen bereits *Hey*, FS Kruse, 2001, S. 269, 286 f.

<sup>139</sup> *Drüen*, FR 2004, 1134 ff.

<sup>140</sup> Dazu näher *Geißler*, Der Unternehmer im Dienste des Steuerstaats, 2001, S. 25 ff., 184 ff.

<sup>141</sup> *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 43 AO Tz. 8 f. (Jan. 2012).

<sup>142</sup> *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (292 f., Note 106).

<sup>143</sup> Dazu näher *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012 (im Erscheinen).

<sup>144</sup> Auf verfassungsrechtliche Bedenken von Steuerentrichtungspflichten zumindest verweisend *Boeker*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 43 AO Rn. 10 (März 2008); diese hinsichtlich der Kumulation aufgreifend *Ratschow*, in Klein, AO<sup>11</sup>, 2012, § 43 Rn. 4.

<sup>145</sup> Vgl. *Buciek*, in Beermann/Gosch, AO/FGO, § 43 AO Rn. 32 (Okt. 2010); *Pahlke/Koenig*, AO<sup>2</sup>, 2009, § 43 Rn. 6.

<sup>146</sup> *Drüen*, FR 2004, 1134, 1144; ebenso *Brodersen*, FS Otto, 2008, S. 29, 33 f.

<sup>147</sup> BVerfG v. 9.3.2004, 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 (114 f., 134); in Anschluss an BVerfG v. 27.6.1991, 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (281).

<sup>148</sup> BVerfG v. 8.10.1991, 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (363).

<sup>149</sup> Auf verfassungsrechtliche Grenzen verweist auch *Heuermann*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 167 AO Rn. 15 (Nov. 2010) m.w.N.

### 3.2.1 Haftungsregime im Spiegel der Verfassung

Verfassungsmaßstab für die Ausgestaltung von Steuerentrichtungspflichten sind die Finanzverfassung und die Grundrechte. Dabei geht das tradierte und von Art. 106 GG vorausgesetzte Bild der Versicherungsteuer wie selbstverständlich von der Steuerschuld des Versicherten<sup>150</sup> und der Entrichtungspflicht des Versicherers aus. Allerdings ist diese Rollenverteilung bei den Verkehrsteuern nicht typusprägend und darum für den Steuertypus nicht verfassungsrechtlich zwingend vorgegeben. Lässt die Finanzverfassung dem Gesetzgeber bei den Verkehrsteuern personelle Ausgestaltungsspielräume, wie die Steuerschuldnerschaft bei der Schenkungsteuer in § 20 Abs. 1 ErbStG illustriert<sup>151</sup>, die – parallel zur Feuerschutzsteuer – sogar die Steuerschuldnerschaft des Versicherers rechtfertigen könnten, so verstößt die Ausgestaltung der Versicherungsteuer als eigenständige und nichtakzessorische Entrichtungsschuld jedenfalls nicht gegen Vorgaben der Finanzverfassung.

Grundrechtliche Ausgestaltungsgrenzen für die Steuerentrichtungspflicht ergeben sich indes aus dem Gleichheitssatz und den Freiheitsrechten. Am Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ist zu messen, dass der Steuerentrichtungspflichtige in Durchbrechung des tragenden Grundsatzes der Akzessorietät trotz Festsetzungsverjährung gegenüber dem Steuerschuldner weiterhin in Anspruch genommen werden kann. Der darin liegende Systemverstoß (s. 2.4.) begründet als solcher noch keinen Verfassungsverstoß, ist aber an der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum Gebot der Folgerichtigkeit zu messen<sup>152</sup>. Es bedarf mithin besonderer sachlicher Gründe zur Rechtfertigung der systemwidrigen Inanspruchnahme<sup>153</sup>. Allein fiskalische Gründe reichen zur Rechtfertigung nicht aus<sup>154</sup>.

Haftungsbewehrte Steuerentrichtungspflichten von Unternehmen greifen zudem in das Freiheitsrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)<sup>155</sup> und zugleich in die Eigentümerfreiheit (Art. 14 GG) ein<sup>156</sup>. Die Steuerentrichtungspflicht der Versicherer als

<sup>150</sup> *Hidien*, BK, Art. 106 GG Rn. 1425 (Dez. 2002).

<sup>151</sup> *Brodersen*, FS Thieme, 1993, S. 895, 900, deutet § 20 ErbStG zu Recht als Beleg für „fließende Übergänge“ zwischen Schuld und Haftung.

<sup>152</sup> Dazu eingehend *Englisch*, FS Lang, 2010, S. 167, 170 ff.; zuletzt *Mellinghoff*, Ubg 2012, 369, 370 ff.

<sup>153</sup> Dazu und zur faktischen Darlegungslast des Gesetzgebers *Driën*, Systembildung und Systembindung im Steuerrecht, FS Spindler, 2011, S. 29, 42 ff. m.w.N.

<sup>154</sup> Deutlich BVerfG v. 9.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, BVerfGE 122, 210 (Pendlerpauschale), Rn. 61.

<sup>155</sup> *F. Kirchhof*, in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, 2009, § 59 Rn. 68.

<sup>156</sup> Vgl. nur *Heuermann*, StW 2006, 332, 336; *Lücke*, DVBl. 2001, 1469, 1475.

solche ist wegen des Konzentrationseffektes trotz der damit verbundenen Lasten<sup>157</sup> sicherlich noch zumutbar. Ist aber bereits eine verschuldensunabhängige Haftung des Steuerentrichtungspflichtigen umstritten<sup>158</sup> und nach gut begründeter Ansicht unverhältnismäßig und darum verfassungswidrig<sup>159</sup>, so führt jedenfalls die Ausgestaltung der Versicherungsteuer-Entrichtungspflicht als Zahlungsgarantie der Versicherer zu einem verfassungskritischen Pflichtenüberhang. Denn – wie die Gesetzesbegründung klar erkannt hat<sup>160</sup> – scheidet in diesen Fällen regelmäßig die offene Überwälzung der Versicherungsteuer auf den Versicherungsnehmer<sup>161</sup>, die indes finanzverfassungsrechtlich<sup>162</sup> und steuersystematisch vorausgesetzt wird<sup>163</sup>. Aufgrund der Verjährung der Steuerschuld steht dem Entrichtungspflichtigen kein Rückgriffsrecht auf den Steuerschuldner zu<sup>164</sup>. Infolge des geplanten Systembruchs mutiert die Versicherungsteuer von der Steuerlast des Versicherten zu einer Sonderlast der Versicherer. Der Versicherer muss die Nach- und Höherversteuerung gewisser Versicherungsverträge „aus seiner Tasche bezahlen“<sup>165</sup>, obwohl der Steueranspruch erloschen ist. Insoweit wandelt sich aber die Versicherungsteuer von der Leistungsfähigkeitssteuer der Versicherten<sup>166</sup> voraussehbar zu einer Sonder-Unternehmensteuer der Versicherer<sup>167</sup>. Eine branchenspezifische Sonderbelastung bedarf freilich besonderer verfassungsrechtlicher Rechtfertigung. Verfassungsrechtlich ist die Belastung einer Privatperson mit der Steuerentrichtung aber nur gerechtfertigt, wenn im Dreiecksverhältnis ein Ausgleich funktioniert, wonach im Ergebnis der Steuerschuldner

<sup>157</sup> Dazu *Gambke/Flick*, Versicherungsteuergesetz<sup>4</sup>, 1966, § 7 Anm. 4; *Pohlmann*, DB 1996, 2359, 2360.

<sup>158</sup> So ist beim Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber die von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung angenommene verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers (vgl. nur *Kirchhof/Eisgruber*, EStG<sup>11</sup>, 2012, § 42d Rn. 18; *Blümich/Wagner*, EStG/KStG/GewStG, § 42d Rn. 58 ff. [Sept. 2010] m.w.N.) verfassungsrechtlich mit guten Argumenten in Zweifel gezogen worden (*Gersch*, in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 42d EStG Anm. 23 [April 2012]; *Sauer*, Die rechtliche Stellung des zur Einbehaltung von Steuern Verpflichteten, 2010, S. 91 ff.).

<sup>159</sup> So allgemein *Hey*, FS Kruse, 2001, S. 269, 286; *Stadie*, Allgemeines Steuerrecht, 2003, Rn. 140.

<sup>160</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 13, 27.

<sup>161</sup> Dazu bereits *Gambke/Flick*, Versicherungsteuergesetz<sup>4</sup>, 1966, § 7 Anm. 2, 4.

<sup>162</sup> *Hidien*, BK, Art. 106 GG Rn. 1425 (Dez. 2002): „Steuerträger ist der Versicherungsnehmer“.

<sup>163</sup> Deutlich *Reiß*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 15 Rn. 45: „Der Versicherer überwälzt die Steuer in der Prämienrechnung offen auf den Versicherten“. Ebenso von der „offenen Überwälzung“ der Versicherungsteuer ausgehend *Flämig*, Versicherungsteuer, Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften<sup>2</sup>, 1981, S. 1563. Differenzierend zur Steuerüberwälzung bei der Versicherungsteuer aber *Ehlers*, Versicherungsteuer und der Begriff der Versicherung im Versicherungsteuerrecht, 1968, S. 24 ff.

Zutreffend bereits *Kempf/Schmidt*, DStR 2003, 190, 192.

<sup>165</sup> So bereits *Gambke/Flick*, Versicherungsteuergesetz<sup>4</sup>, 1966, § 7 Anm. 4.

<sup>166</sup> Zu diesem – freilich fragwürdigen – historischen Rechtfertigungsansatz *Schrinner*, Versicherungsteuer als Standortproblem, IFSt-Schrift Nr. 352, 1997, S. 15 ff. sowie *Ehlers*, Versicherungsteuer und der Begriff der Versicherung im Versicherungsteuerrecht, 1968, S. 50, der selbst die finanzpolitische Rechtfertigung in der Besteuerung des „Sicherheitsgefühls der Versicherungsnehmer als wirtschaftlichem Wert“ sieht (ebenda, S. 57 f.).

<sup>167</sup> Dagegen bereits hinsichtlich betrieblicher Versicherungsteuern *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II<sup>2</sup>, 2003, S. 1031 f.

belastet wird<sup>168</sup>. Dieser Ausgleich ist aber – wie auch die Gesetzesbegründung hervorhebt<sup>169</sup> – bei der geplanten Entrichtungspflicht trotz verjährter Steuerschuld typischerweise ausgeschlossen. Darum begegnet die Einführung einer autonomen Zahlungspflicht des Steuerentrichtungspflichtigen trotz Verjährung der zugrundeliegenden Steuerschuld ersten grundrechtlichen Einwänden.

### 3.2.2. Grenzen der Indienstnahme Privater

Sowohl die spezialgesetzliche Vorschrift des § 7 VersStG-E als auch die allgemeine Extension der Haftungsanspruchnahme durch § 191 Abs. 5 Satz 3 AO-E stellt sich in Widerspruch zu gut begründeten und letztlich verfassungsgeleiteten Versuchen, die Entrichtungsschuld eng an die Steuerschuld zu binden<sup>170</sup>. Selbst wenn die Rechtsprechung dies tolerieren sollte, geben die Gesetzesvorhaben den greifbaren Anstoß für verfassungsrechtliche Folgediskussionen. Denn der Gesetzgeber macht ein „verfassungsrechtliches Fass“ auf, dessen Boden keinesfalls gesichert ist. Der legislatorische Vorstoß belebt die nie verstummte Forderung, den Steuerentrichtungspflichtigen angesichts der ihm auferlegten und erheblichen Verwaltungslasten<sup>171</sup> für die Indienstnahme für den Steuervollzug zu entschädigen. Dabei plädiert die Literatur zum Teil für einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Kostenersatz für Steuerentrichtungspflichtige<sup>172</sup>. Der Gesetzgeber strapaziert mit den Gesetzesvorhaben das ohnehin fragile Gleichgewicht, wenn er die Entrichtungspflicht von der zu sichernden Steuerschuld abkoppelt<sup>173</sup>. Die durch die

---

<sup>168</sup> Darauf zu Recht abstellend *Heuermann*, *StuW* 2006, 332, 336; *ders.*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 167 AO Rn. 15 (Nov. 2010).

<sup>169</sup> Vgl. nochmals BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 13, 27 (vgl. bereits Note 123).

<sup>170</sup> Zuletzt Schmidt/*Krüger*, *ESTG*<sup>31</sup>, 2012, § 38 Rn. 1, § 42d Rn. 2 m.w.N. (in Fortführung der Kommentierung von *Drenseck*) zum Verhältnis von Lohnsteuer und Einkommensteuerschuld des Arbeitnehmers.

<sup>171</sup> Zur Belastung der Unternehmen vgl. nur *Drißen*, *FR* 2004, 1134, 1137 f.; *Breithecker/Garden/Thönnies*, *DStR* 2007, 361, 363 ff.; zuletzt *Eichfelder*, *StuW* 2011, 38, 41 ff.

<sup>172</sup> Namentlich *G. Kirchhof*, *Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren*, 2005, S. 131 ff., 187, 195 ff., 213 f., wegen der derzeitigen Überforderung des Arbeitgebers durch die Pflicht zur Anwendung der komplizierten Vorschriften des Lohnsteuerabzugs mit Rücksicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein staatliches Entgelt zur Mäßigung der Belastung für geboten, solange nicht der Gesetzgeber die Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers durch eine pauschale Lohnbesteuerung auf ein sachgerechtes Maß reduziere. Für ein verfassungsrechtliches Gebot des Kostenersatzes bereits *Burgi*, *GewArch* 1999, 393, 399 ff.; *Schirra*, *Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips*, 2002, S. 143 ff.; *Ellers*, *Die gesetzliche Verpflichtung privater Arbeitgeber zum Lohnsteuereinbehalt*, 2010, S. 68 f.; einen Anspruch aus Gleichheitsgründen erwägend bereits *Puhl*, *DStR* 1991, 1173, 1175; ablehnend aber jüngst allgemein *Sauer*, *Die rechtliche Stellung des zur Einbehaltung von Steuern Verpflichteten*, 2010, S. 165 ff., 173.

<sup>173</sup> Besonders angreifbar ist die geplante Neuregelung des § 191 Abs. 5 Satz 3 AO-E bei der Lohnkirchensteuer, wenn offenbar auch der konfessionsverschiedene oder -lose Arbeitgeber trotz seiner negativen Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) eine Kirchensteuer nachentrichten muss, obwohl die Kirchensteuerschuld gegenüber dem Arbeitnehmer als Kirchenmitglied durch Festsetzungsverjährung erloschen ist. Dies gesetzgeberisch in Kauf zu nehmen, erscheint angesichts der an Boden gewinnenden



Änderung deutlich zu Tage tretende „fiskalische Schlagseite“ der Steuerentrichtungspflicht wird sicherlich alsbald die Gerichte beschäftigen.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ernste verfassungsrechtliche Zweifel an den systembrechenden Gesetzesvorhaben greifbar sind. Diese ließen sich noch vertiefen und näher begründen. Diese sind m.E. durchaus gewichtig. Dass sich die Gerichte ihnen anschließen werden, erscheint nicht ausgeschlossen<sup>174</sup>.

#### 4. Rückwirkende Einführung der steuerschuldautonomen Entrichtungsschuld

Erscheinen die beabsichtigten Änderungen der Steuerentrichtungspflicht im Allgemeinen und speziell der Versicherer nach den bisherigen Überlegungen bereits als verfassungskritisch (s. 3.2.2), so steigern sich die Zweifel hinsichtlich ihrer rückwirkenden Einführung. Die Gesetzesbegründung zur Übergangsregelung von § 12 VersStG-E<sup>175</sup> hält zwar eine echte Rückwirkung für ausnahmsweise gerechtfertigt<sup>176</sup>. Dies erscheint indes sehr fraglich.

##### 4.1 § 12 VersStG-E und Artikel 97 § 10 Absatz 11 EGAO-E als echte Rückwirkung belastender Steuergesetze

Die für § 12 VersStG-E in der Gesetzesbegründung erfreulicherweise zugestandene echte Rückwirkung geht gleichermaßen von Artikel 97 § 10 Absatz 11 EGAO-E aus. § 12 VersStG-E fingiert als Übergangsregelung – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – eine personenübergreifende Erstreckung der Ablaufhemmung<sup>177</sup> und wirkt darum echt zurück. Darin liegt nicht etwa eine ununterbrochene echte Rückwirkung, vielmehr setzt die

---

Kritik (*Korioth*, in Maunz/Dürig GG, Art. 140/Art. 136 WRV Rn. 122 [Febr. 2003]; zuletzt *Drißen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 43 AO Tz. 8 [Jan. 2012] m.w.N.) durchaus gewagt.

<sup>174</sup> Zu erinnern ist daran, dass die im Jahre 1996 eingeführten Pflicht der Arbeitgeber zur Auszahlung des Kindergeldes (§ 73 EStG 1996), unmittelbar nachdem der BFH in seinem Beitrittsbeschluss an das BMF in Frage gestellt hatte, „ob jedenfalls die zusätzliche Belastung der Arbeitgeber mit den Leistungspflichten bei der Auszahlung des Kindergeldes noch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu vereinbaren (sei)“ (so BFH v. 26.5.1998, VI R 58/97, BStBl. II 1998, 517, 518), durch das Steuerentlastungsgesetz 1999 vom 19.12.1998, BGBl. I 1998, 3779 zum Ende des Jahres 1998 wieder aufgehoben wurde.

<sup>175</sup> Die Übergangsvorschrift des § 12 lautet: „Für Zwecke der Inanspruchnahme der Person, die die Steuer für Rechnung des Versicherungsnehmers anzumelden und zu entrichten hat, gilt der Ablauf der Festsetzungsfrist gegenüber dem Steuerschuldner in entsprechender Anwendung des § 171 der Abgabenordnung als gehemmt, soweit vor dem ... [einsetzen: Datum des Tages nach der Verkündung des vorliegenden Änderungsgesetzes] einer der in dieser Vorschrift genannten Gründe für eine Ablaufhemmung hinsichtlich der oben genannten anmelde- und entrichtungspflichtigen Person vorliegt. Unbeachtlich ist hierbei, ob seit der Anmeldung der Steuer ein Steuerbescheid ergangen ist oder ergehen wird.“ (BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 9).

<sup>176</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 30 f.

<sup>177</sup> Die Fiktion wirkt wie eine analoge Anwendung der Bestimmungen des § 171 AO zu Lasten des Steuerpflichtigen, die allgemein als unzulässig eingestuft wird (vgl. *Banniza*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 171 AO Rn. 7 [Juni 2011] m.w.N.).

Übergangsregelung genau an der unliebsamen Rechtsprechung an, dass die Ablaufhemmung nur beim geprüften Steuerabzugspflichtigen den Eintritt der Verjährung hemmt (s. bereits 2.1). Liegt dagegen kein Grund für eine Ablaufhemmung beim Entrichtungspflichtigen vor, findet die Übergangsregelung keine Anwendung. Auch wenn die Formulierung von § 12 VersStG-E, wonach „Ablauf der Festsetzungsfrist gegenüber dem Steuerschuldner ... als gehemmt gilt“, den Eindruck erwecken könnte, dass die Rückwirkung sowohl gegenüber dem Steuerpflichtigen (dem Versicherungsnehmer) als auch gegenüber dem Entrichtungspflichtigen (dem Versicherer) greift, so ist dem deutlich zu widersprechen. Zunächst widerspricht eine derartige Rückwirkung gegenüber dem Steuerschuldner dem ausdrücklichen Regelungswillen der Gesetzesbegründung, der allein auf den Entrichtungspflichtigen gerichtet ist<sup>178</sup>. Dieser beschränkte Regelungswille kommt durch den Einleitungssatz von § 12 VersStG-E „Für Zwecke der Inanspruchnahme der Person, die die Steuer für Rechnung des Versicherungsnehmers anzumelden und zu entrichten hat, ...“ hinreichend klar zum Ausdruck. Aus systematischer Sicht kommt hinzu, dass die Übergangsvorschrift des § 12 VersStG-E nur die „Anwendungslücke“ zur für die Zukunft geltenden Regelung des § 7 VersStG-E per Rückwirkungsfiktion eröffnen soll und darum nicht über diese hinausgehen kann. Darum erfasst die echte Rückwirkung des § 12 VersStG-E nur den Steuerentrichtungspflichtigen.

Zu derselben, auf den Entrichtungspflichtigen beschränkten echten Rückwirkungsfolge führt mit dem anderen Ansatz einer Erweiterung der Haftungsinanspruchnahme auch die Anwendungsregelung zu § 191 Abs. 5 Satz 3 AO-E in Artikel 97 § 10 Absatz 11 EGAO-E. Sie erlaubt – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – die Festsetzung der Entrichtungsschuld bis zu ihrer Festsetzungsverjährung ohne Rücksicht auf die Verjährung der Steuerschuld. Art. 97 § 10 EGAO-E gilt, soweit der mit der Steuerentrichtungspflicht korrespondierende Anspruch des Fiskus bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht verjährt ist. Damit wirkt auch Artikel 97 § 10 Absatz 11 EGAO-E in den Fällen echt zurück, in denen bereits die Steuerschuld erloschen war.

#### 4.2 Verfassungsrechtsprechung zum echten Rückwirkungsverbot

<sup>178</sup> Vgl. nochmals BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 30 (Hervorhebung durch den Verf.): „Mit der Übergangsvorschrift wird sichergestellt, dass *der Steuerentrichtungspflichtige* wegen nicht oder nicht vollständig entrichteter Steuer auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn eine Steuerfestsetzung gegenüber dem Steuerschuldner (Versicherungsnehmer) wegen Ablaufs der Festsetzungsfrist nicht mehr möglich ist. ... *Der Steuerschuldner (Versicherungsnehmer) selbst ist von dieser Regelung nicht betroffen*; d. h. er hat - wie bisher - eine Inanspruchnahme nur innerhalb der ihm gegenüber laufenden Festsetzungsfrist zu gewärtigen.“

§ 12 VersStG-E und Artikel 97 § 10 Absatz 11 EGAO-E sind an den einschlägigen Kriterien der Verfassungsrechtsprechung zur echten Rückwirkung zu messen. In der Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1961 zur rückwirkenden Steuergesetzgebung hat das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem daraus hergeleiteten Grundsatz der Rechtssicherheit ein generelles Verbot der rückwirkenden Inkraftsetzung belastender Steuerrechtsnormen entwickelt<sup>179</sup>. Diese Grundentscheidung hat es in einer Vielzahl von Entscheidungen wiederholt, bestätigt und ausgebaut<sup>180</sup>. Die jüngste Rechtsprechung des BVerfG zur Rückwirkung von Steuergesetzen aus Juli 2010<sup>181</sup> hat dabei den Schutzstandard für echte Rückwirkungen beibehalten<sup>182</sup>. Nach ständiger Verfassungsrechtsprechung ist eine echte Rückwirkung von Gesetzen ausnahmsweise unter anderem in vier Fallgruppen<sup>183</sup> zulässig, nämlich wenn

1. der Bürger nach der rechtlichen Situation in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge zurückbezogen wird, mit dieser Regelung rechnen musste,
2. das geltende Recht unklar und verworren war,
3. von einer ungültigen Rechtsnorm nur ein Rechtsschein ausgeht oder
4. wenn zwingende Gründe des gemeinen Wohls die Rückwirkungsanordnung rechtfertigen<sup>184</sup>.

Gerade im Sonderfall der Korrekturgesetzgebung begegnet die rückwirkende Anwendbarkeit eines Steuergesetzes nach Ansicht des BVerfG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Neuregelung nur die Rechtslage wiederherstellt, die bis zu den korrekturwürdig erscheinenden Entscheidungen des BFH der allgemeinen Rechtsauffassung entsprach. Denn in der kurzen Zeit bis zum Erlass dieser Neuregelung könne wegen deren unverzüglicher Ankündigung kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen<sup>185</sup>. Dagegen hat das BVerfG schon früh abgelehnt, den zitierten Katalog der ausnahmsweise zulässigen Fallgruppen zu

---

<sup>179</sup> BVerfG v. 19.12.1961, 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261.

<sup>180</sup> Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR), Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79 Rn. 34.

<sup>181</sup> Vgl. dazu Drüen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Tz. 26 (Okt. 2011) m.w.N.

<sup>182</sup> So Desens, StuW 2011, 113, 117, 129, der zutreffend betont, dass die neuen Grundlageneinscheidungen den Vertrauensschutz bei *unechten* Rückwirkungen stärken.

<sup>183</sup> Grundlegend wiederum BVerfG v. 19.12.1961, 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261, 272.

<sup>184</sup> Zusammenschau einschlägiger Judikate bei Drüen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Tz. 20 ff. (Okt. 2011) m.w.N.

<sup>185</sup> So BVerfG v. 23.1.1990, 1 BvL 4/87, 1 BvL 5/87, 1 BvL 6/87, 1 BvL 7/87, BVerfGE 81, 228, 239, zum steuerlichen Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 f EStG.

erweitern<sup>186</sup>, wenn die Rechtslage völlig klar, aber nur in der Rechtsprechung der unteren Gerichte teilweise verkannt worden ist. Wörtlich führte das BVerfG aus<sup>187</sup>:

„Der Versuch des Gesetzgebers, die Rechtsprechung rückwirkend zu korrigieren, sie gleichsam für die Vergangenheit ins Unrecht zu setzen, gibt keinen Anlaß, den Bereich einer verfassungsrechtlich zulässigen Rückwirkung belastender Gesetze zu erweitern“.

### 4.3 Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der geplanten Rückwirkungen

Zur ausnahmsweisen Rechtfertigung der beiden echten Rückwirkungen durch § 12 VersStG-E und Artikel 97 § 10 Absatz 11 EGAO-E kommen – außer dem allgemeinen Gemeinwohlvorbehalt (dazu 4.3.3.) – ernsthaft nur die Fallgruppen in Betracht, dass das geltende Recht unklar und verworren war oder aber eine Neuregelung vorhersehbar war.

#### 4.3.1 Keine mangelhafte oder brüchige Rechtsgrundlage

Wenn das geltende Recht unklar oder verworren war, fehlt es bereits an der erforderlichen Vertrauensgrundlage. In dieser Fallgruppe der „mangelhaften oder brüchigen Rechtsgrundlage“ ist gerade zweifelhaft, was gelten soll, so dass Vertrauensschutz nicht entstehen kann<sup>188</sup>. Indes war im hiesigen Fall das geltende Recht weder unklar noch verworren. Die Rechtslage war vielmehr klar. Die unbestrittene und durch mehrere Gerichtsentscheidungen bekräftigte Rechtsüberzeugung war, dass im Falle der Verjährung der Steuerschuld ein Haftungsbescheid gegen den Steuerentrichtungspflichtigen ausscheidet (s. bereits 3.2) und eine Außenprüfung beim Steuerentrichtungspflichtigen die Festsetzungsverjährung gegenüber dem Steuerschuldner nicht hemmt (s. bereits 3.1.3). Die systematische Analyse hat gezeigt, dass die als korrekturbedürftig erachteten Urteile des BFH vom 13. Dezember 2011 völlig auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung liegen, der veröffentlichten Rechtsansicht entsprechen und logische Folge der beschränkt persönlichen Reichweite der Ablaufhemmung des § 171 Abs. 4 AO sind. Möglicherweise war diese klare Rechtslage in der Praxis nicht hinreichend bewusst. Dass die Rechtsanwendungspraxis die allgemeine Überzeugung, die in zahlreichen Kommentaren und Lehrbüchern zum Steuerrecht nachlesbar war<sup>189</sup>, möglicherweise ignoriert hat, schlägt jedoch nicht auf die gesetzliche Grundlage zurück und macht sie ihrerseits mangelhaft<sup>190</sup>. Von mangelhaften oder brüchigen Rechtsgrundlagen kann

<sup>186</sup> Auf diesen Aussagegehalt der Verfassungsgerichtsentscheidung abstellend auch BFH, v. 14.3.2006, I R 1/04, BStBl. II 2006, 549, Rn. 34 zur Mehrmütterorganschaft.

<sup>187</sup> BVerfG v. 31.3.1965, 2 BvL 17/63, BVerfGE 18, 429, 439, zur Verschollenheitsrente.

<sup>188</sup> Treffend *Maurer*, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79 Rn. 45.

<sup>189</sup> S. Nachweise in Noten 101 ff.

<sup>190</sup> Ein verfassungsrechtlicher „Rückschlag“ kommt nur bei strukturellen Vollzugsdefiziten in der Verwaltungspraxis in Betracht, auf die sich aber auch die Gesetzesbegründung zu Recht nicht beruft.

also keine Rede sein, so dass der vom BVerfG mit Blick auf zum Teil diffuse rechtliche Vorschriften der Nachkriegszeit entwickelte Ausnahmefall echter Rückwirkung<sup>191</sup> nicht greift.

Dieses Ergebnis bestätigt die Kontrollüberlegung des Hinwegdenkens der geplanten Gesetzeskorrekturen: Verzichtet der Gesetzgeber auf die Umsetzung der Änderungsvorschläge, so bleibt das Rechtsgebiet ohne Einbußen an Rechtsklarheit und -systematik anwendbar und umsetzbar. Die einzige Folge wäre, dass die – Fiskus und Finanzverwaltung unliebsame – Verjährung der Steuerschuld weiterhin zur Verjährung der Entrichtungsschuld führen würde. Das belegt aber nochmals, dass erstrebtes Ziel der Gesetzesänderungen nur vordergründig ein Plus an Rechtsklarheit, tatsächlich allein fiskalische Effekte sind.

Zu Unrecht erweckt die Gesetzesbegründung den Eindruck einer fehlenden Vertrauensgrundlage, indem es den vom BFH ausgesprochenen Inhalt des bislang geltenden Rechts als „eine für die Anwendungspraxis durch Verwaltung und unterinstanzliche Gerichte neue Erkenntnis“ einstuft, die „insoweit generell überraschend“ kam<sup>192</sup>. Die Gesetzesbegründung setzt – durchaus kunstvoll – an die Stelle des Gesetzes als Vertrauensgrundlage „ein schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung“, das allenfalls bei gefestigter, langjähriger Rechtsprechung entstehen“ kann<sup>193</sup>. *Vertrauensgrundlage ist aber* – abgesehen vom nicht einschlägigen Fall des Rechtsprechungswechsels (dazu 4.3.2) – nicht die Rechtsprechung, sondern *das Gesetz selbst*. Davon geht auch der in der Gesetzesbegründung zitierte Beschluss des BVerfG zum Fremdrentengesetz aus, der zwar – worauf die Gesetzesbegründung zutreffend abhebt – den Vertrauensschutz als „Grund und Grenze“ des Rückwirkungsverbotes bekräftigt<sup>194</sup>, aber explizit ausführt<sup>195</sup>:

„Das grundsätzliche Verbot der echten Rückwirkung greift daher nur ein, wenn *eine gesetzliche Regelung* dazu geeignet war, Vertrauen auf ihren Fortbestand in vergangenen Zeiträumen zu erwecken ...“.

<sup>191</sup> Maurer, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79 Rn. 45.

<sup>192</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 31.

<sup>193</sup> Wiederum BR-Drs. 301/12 vom 25.5.2012, S. 31 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 21.7.2010, 1 BvL 11/06, 1 BvL 12/06, 1 BvL 13/06, 1 BvR 2530/05, BVerfGE 126, 369 (395 f.).

<sup>194</sup> Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass der Ansatz des BVerfG, das Rückwirkungsverbot (auch) mit dem Vertrauensschutz zu begründen und Ausnahmen hiervon ebenfalls mit Hilfe des Vertrauensschutzes zu entwickeln, durchaus angreifbar ist (zur Kritik vgl. nur Maurer, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79 Rn. 35 ff., 56 ff.).

<sup>195</sup> BVerfG v. 21.7.2010, 1 BvL 11/06, 1 BvL 12/06, 1 BvL 13/06, 1 BvR 2530/05, BVerfGE 126, 369, Rn. 75, Hervorhebung durch den Verf.

Die gesetzlichen Vorschriften über Festsetzungsverjährung und die personell limitierte Wirkung der Ablaufhemmung waren und sind aber eindeutig zur Begründung dieses Vertrauens geeignet. Das Erlöschen von Steueransprüchen tritt wie das Entstehen nach dem elementaren Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung unabhängig vom Wissen und Wollen der Beteiligten ein<sup>196</sup>. Die Verjährung führt kraft Gesetzes zum Erlöschen des Steueranspruchs (§ 47 AO). Sie begründet anders als im Zivilrecht nicht nur die Einrede eines dauernden Leistungsverweigerungsrechts (§ 214 Abs. 1 BGB). Die Verjährung dient der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden<sup>197</sup> und damit objektiven Zwecken. Verjährung im Steuerrecht steht darum nicht zur Disposition der Beteiligten und hängt auch nicht von deren Kenntnis ab<sup>198</sup>. Sie ist von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen<sup>199</sup>. Darum musste sich – entgegen der Gesetzesbegründung – keineswegs positiv ein Vertrauen darauf herausbilden, „dass eine Festsetzung der Steuer gegenüber dem Versicherer als Entrichtungspflichtigen nur solange möglich ist, wie die – in der Praxis grundsätzlich bedeutungslose – Festsetzungsfrist gegenüber dem Versicherungsnehmer noch nicht abgelaufen ist“<sup>200</sup>. Vertrauensgrundlage sind allein die gesetzlichen Regelungen zur Festsetzungsverjährung. Demgegenüber bedurfte es keiner gefestigten, langjährigen Rechtsprechung als Vertrauensgrundlage.

Wenn die Praxis der gesetzlichen Festsetzungsfrist gegenüber dem Versicherungsnehmer keine Bedeutung zugemessen haben soll, dann hat sie – ggfs. gemeinschaftlich – das Gesetz (§ 169 Abs. 1 Satz 1 AO) missachtet<sup>201</sup>. Dadurch erodiert indes nicht die Vertrauensgrundlage der gesetzlichen Verjährungswirkung. Selbst wenn die Praxis über Jahre und „flächendeckend“ die gesetzliche Verjährungswirkung verkannt hätte, wird das Gesetz selbst auch dadurch weder unklar noch verworren. Da diese Ausnahmefallgruppe auch keine

<sup>196</sup> Vgl. Drißen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 38 AO Tz. 3 f. (Febr. 2011).

<sup>197</sup> Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 169 AO Tz. 5 (Febr. 2011); ebenso Birk, Steuerrecht<sup>14</sup>, 2012, Rn. 267.

<sup>198</sup> Darum kommt es auch nicht darauf an, ob „die Steuerentrichtungspflichtigen, denen gegenüber die gesetzliche Festsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, in der Vergangenheit, in die die Übergangsregelung zurückwirkt, ihr Verhalten an der damalig bekannten und der langjährigen Rechtspraxis ausgerichtet haben“ (vgl. aber BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 31).

<sup>199</sup> Jakob, Abgabenordnung<sup>5</sup>, 2010, Rn. 231.

<sup>200</sup> BR-Drs. 301/12 vom 25.5.2012, S. 31.

<sup>201</sup> Zur Rechtswidrigkeit nach Ablauf der Festsetzungsfrist ergehender Steuerbescheide vgl. nur Seer, in Tipke/Lang, Steuerrecht<sup>20</sup>, 2010, § 21 Rn. 296. Zur Amtshaftung der Steuerverwaltung (vgl. die bei Sprau, in Palandt, BGB<sup>71</sup>, 2012, § 839 Rn. 141 unter „Steuerverwaltung“ nachgewiesene Judikatur) bei Missachtung der gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.5.1994 – 18 U 191/93, NVwZ 1995, 200, Rn. 3: „Die Beamten des Finanzamtes handeln bei der Verfolgung des Steueranspruches in Ausübung öffentlicher Gewalt. Ihre Pflicht, Veranlagung, Erhebung und Beitreibung unter den gesetzlichen Voraussetzungen und im Rahmen des gesetzlich Zulässigen vorzunehmen, obliegt ihnen gegenüber dem Steuerschuldner als Amtspflicht“ (Hervorhebung durch den Verf.).

„allgemeine Fehlerbereinigung“ eröffnet<sup>202</sup>, scheidet sie im hiesigen Kontext zur Rechtfertigung einer echten Rückwirkung aus.

### 4.3.2 Keine Vorhersehbarkeit der Neuregelung

Der Ausnahmefallgruppe, dass der Betroffene mit der Regelung rechnen musste, kommt bei „rechtsprechungsbrechenden Nichtanwendungsgesetzen“ eine besondere Bedeutung zu, weil der Gesetzgeber häufig versucht ist, fehlenden Vertrauensschutz damit zu begründen<sup>203</sup>. Diesem Muster folgend beruft sich die Gesetzesbegründung zur Übergangsregelung des § 12 VersStG-E auf Präjudizien zum Rechtsprechungswechsel. Einzuräumen ist, dass das BVerfG und auch der BFH keine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung darin sehen, dass der Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes eine Rechtslage rückwirkend fest schreibt, die vor einer Rechtsprechungsänderung einer gefestigten Rechtsprechung und einheitlichen Rechtspraxis entsprach<sup>204</sup>. Dem Rechtfertigungsgrund des „Rechnenmüssens“ im Allgemeinen hält die Literatur „schwerwiegende Bedenken“ entgegen<sup>205</sup> und gerade beim Rechtsprechungswechsel ist der richtige Bezugspunkt für das schutzwürdige Vertrauen der Betroffenen umstritten<sup>206</sup>. Auf diese Streitpunkte kommt es indes bei der in Rede stehenden Korrekturgesetzgebung gar nicht an. Denn die Gesetzesbegründung beruft sich mit dem vagen Hinweis „vgl.“ zu Unrecht auf den Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 15. Oktober 2008 zur Mehrmütterorganschaft<sup>207</sup>. In diesem Fall konnte „der Steuerpflichtige gegenüber einer rückwirkenden gesetzlichen Festschreibung“ für seine „hiervon abweichende Rechtsauffassung“ „grundsätzlich kein schutzwürdiges Vertrauen für sich reklamieren“<sup>208</sup>. Das Vertrauen der nunmehr Betroffenen beruht aber auf dem Gesetz (s. bereits 4.3.1.) in seiner unveränderten Auslegung durch den BFH, ohne dass sich jemand auf eine von der früheren Rechtsprechung abweichende Rechtsauffassung berufen müsste. Die Ausgangslage ist erkennbar anders gelagert.

<sup>202</sup> Zutreffend *Maurer*, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79 Rn. 45 m.w.N.

<sup>203</sup> So *Völker/Ardizzoni*, NJW 1994, 2413, 2415.

<sup>204</sup> Zuletzt BVerfG-Beschluss vom 21.7.2010 – 1 BvL 11/06, 1 BvL 12/06, 1 BvL 13/06, 1 BvR 2530/05, BVerfGE 126, 369 (Fremdrentengesetz); dem folgend jüngst BFH, Urteil vom 19.4.2012 – VI R 74/10, DStR 2012, 1269, Rn. 23, zur wiederherstellenden Regelung des Nachweises der Zwangsläufigkeit von Aufwendungen im Krankheitsfall durch das Steuervereinfachungsgesetz 2011; ebenso aus den Reihen des „rückkorrigierten“ Senats des BFH *Geserich*, Der Nachweis der Zwangsläufigkeit von Krankheitskosten nach der Neuregelung im StVereinfG 2011, DStR 2012, 1490, 1491 f.

<sup>205</sup> So *Maurer*, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79 Rn. 50 f. m.w.N.

<sup>206</sup> Dazu näher *Völker/Ardizzoni*, NJW 1994, 2413, 2415 f. m.w.N.

<sup>207</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 31.

<sup>208</sup> BVerfG v. 15.10.2008, 1 BvR 1138/06, HFR 2009, 187, Rn. 17.

Insgesamt sind die Judikate, die sich auf die Korrektur einer Rechtsprechungsänderung durch den Gesetzgeber beziehen, kein Maßstab für die in casu einschlägige *Korrekturgesetzgebung ohne Rechtsprechungsänderung*. Im Gegensatz zum aktuellen Fall der gesetzlichen Regelung des Nachweises der Zwangsläufigkeit von Aufwendungen im Krankheitsfall<sup>209</sup> geht es im konkreten Fall nicht darum, dass der Gesetzgeber die Rechtslage auch mit Wirkung für die Vergangenheit so regelt, wie sie bis zur Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung einer gefestigten Rechtsprechung und der einhelligen Praxis der Finanzverwaltung und der allgemeinen Rechtsanwendungspraxis auch auf Seiten der Steuerpflichtigen entsprach. Denn anders als in diesem jüngsten auch vom BFH anerkannten Fall echt rückwirkender Rechtsprechungskorrektur geht es bei der vorgeschlagenen echt rückwirkenden Gesetzesänderung nicht um die Rückkehr zum Status quo ante als „Wiederherstellung“ der bisherigen Rechtsprechung, sondern um die belastende Abweichung von der Rechtsprechung verschiedener Senate zur Steuerentrichtungspflicht. Denn die Rechtsprechung des II. Senats zur Festsetzungsverjährung der Entrichtungsschuld ist lediglich deklaratorisch, folgt ausdrücklich der bisherigen Rechtsprechung des BFH und spricht nur aus, was bislang in der Rechtslehre common sense war. Im Gegensatz zum in der Regierungsbegründung erweckten Eindruck geht es bei § 12 VersStG-E nicht darum, nahtlos den Zustand wiederherzustellen, der der Rechtsüberzeugung und der allgemeinen Rechtsanwendungspraxis vor der besagten Entscheidung des BFH entsprach<sup>210</sup>. Denn einerseits fielen Rechtsüberzeugung und allgemeine Anwendungspraxis<sup>211</sup> offenbar auseinander<sup>212</sup>. Andererseits geht es bei den Gesetzesvorhaben gerade nicht um die Festschreibung früherer, vom BFH überraschend aufgebener Rechtsprechung, sondern um die *Korrektur fortgesetzter Rechtsprechung*. Dass die Verwaltungspraxis zum Versicherungssteuerrecht die vom BFH lediglich bestätigte, allgemein verbreitete und systematisch fundierte Rechtsansicht offenbar übersehen hat, rechtfertigt nicht ihre rückwirkende Fortschreibung im Wege der Gesetzeskorrektur<sup>213</sup>.

Sind die Verfassungsjudikate zum fachgerichtlichen Rechtsprechungswechsel danach allgemein bereits keine Referenzentscheidungen für den konkreten Fall der beabsichtigten Fortschreibung einer von der Rechtsprechung und Rechtsüberzeugung divergierenden

<sup>209</sup> BFH v. 19.4.2012, VI R 74/10, DStR 2012, 1269.

<sup>210</sup> Vgl. aber BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 30 f.

<sup>211</sup> Von „Rechtsanwendungspraxis“ kann bei Missachtung einer gesetzlichen Verjährungsvorschrift keine Rede sein.

<sup>212</sup> Sofern die Gesetzesbegründung eine Art gewohnheitsrechtlich verfestigte Rechtspraxis suggerieren will, ist dem entgegen zu halten, dass sich Gewohnheitsrecht nicht gegen eine verbreitete Rechtsüberzeugung bilden kann.

<sup>213</sup> Anders freilich BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 30: „Damit wird nahtlos der Rechtszustand wieder hergestellt, der vor der genannten Entscheidung des BFH der allgemeinen Rechtspraxis entsprach“.



Anwendungspraxis der Finanzverwaltung, so überzeugt speziell die Berufung auf den weiteren Nichtannahmebeschluss des BVerfG zur Mehrmütterorganschaft nicht, wonach die gesetzliche Rückwirkungsanordnung insofern keine Schlechterstellung begründe<sup>214</sup>. Durch den in Frage stehenden Gesetzgebungsakt wird indes eine Inanspruchnahme des Versicherers trotz Verjährung der Steuerschuld angeordnet, was evident zu einer Verschlechterung gegenüber der bisherigen Gesetzeslage führt. Davon geht auch die Gesetzesbegründung aus, wenn sie die „Anwendungslücke in der Vergangenheit“<sup>215</sup> beschreibt. Nach der bisherigen Gesetzeslage wären die „geschätzten rd. 215 Mio. Euro an Versicherungsteuer“ wegen Verjährung für den Fiskus „verloren“<sup>216</sup>. Indem die rückwirkende Übergangsvorschrift dies verhindert, stellt sie die Versicherer natürlich gegenüber dem Status quo schlechter.

Aus den genannten Gründen mussten die Betroffenen nicht mit einer belastenden Gesetzesänderung rechnen. Auf das abstrakt bedenkenswerte Argument der Folgewirkung für den Steuervollzug<sup>217</sup> kommt es darum konkret nicht an.

#### 4.3.3 Kein Anwendungsfall des Gemeinwohlvorbehalts

Nach der Rechtsprechung soll echte Rückwirkung ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn zwingende Gründe des gemeinen Wohls die Rückwirkungsanordnung rechtfertigen<sup>218</sup>. Diese Einschränkung wird zur Achillesferse des Rückwirkungsverbots, wenn ihre Anwendung nicht auf ganz extreme Ausnahmefälle beschränkt wird<sup>219</sup>. Bei den geplanten Gesetzesänderungen greift der Gemeinwohlvorbehalt offensichtlich nicht ein<sup>220</sup>. Liegt kein Rechtsprechungswechsel vor (s. 4.3.2), so rechtfertigt allein die Absicht des Gesetzgebers, die höchstrichterliche Rechtsprechung rückwirkend zu korrigieren, keine echte Rückwirkung. War die Rechtslage klar, so rechtfertigt „der Versuch des Gesetzgebers, die Rechtsprechung rückwirkend zu korrigieren, sie gleichsam für die Vergangenheit ins Unrecht zu setzen“, keine verfassungsrechtlich zulässige echte Rückwirkung belastender Gesetze<sup>221</sup>.

<sup>214</sup> Vgl. BVerfG v. 10.7.2009, 1 BvR 1416/06, HFR 2009, 1030, Rn. 15.

<sup>215</sup> BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 30.

<sup>216</sup> Wiederum BR-Drs. 301/12 v. 25.5.2012, S. 30.

<sup>217</sup> Aus Gründen der Verfahrens- und Prozessökonomie ist es ein fragwürdiger Fehlanreiz, wenn rückwirkende Gesetzesänderungen nur dann ausgeschlossen wären, wenn sich jeder nachteilig Betroffene zuvor gegen die rechtswidrige Anwendungspraxis wehren müsste (vgl. bereits *Völker/Ardizzoni*, NJW 1994, 2413, 2415 m.w.N.).

<sup>218</sup> Z.B. BVerfG v. 3.12.1997, 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67, 79 f. (Schiffbauverträge).

<sup>219</sup> *Drüen*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 4 AO Tz. 23 (Okt. 2011).

<sup>220</sup> Die Gesetzesbegründung beruft sich auch nicht auf ihn.

<sup>221</sup> Deutlich bereits BVerfG v. 31.3.1965, 2 BvL 17/63, BVerfGE 18, 429, 439 zur Verschollenheitsrente.

Auch der Fiskalzweck rechtfertigt keine echte Rückwirkung aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls<sup>222</sup>. Allein die Möglichkeit von Einnahmeausfällen rechtfertigt eine Durchbrechung des echten Rückwirkungsverbots nicht<sup>223</sup>. Das gilt selbst für einen akuten Finanzbedarf des Staates<sup>224</sup>. Eine echte Rückwirkung mag allenfalls zulässig sein, wenn andernfalls „der Staatsbankrott droht“<sup>225</sup>. Dieser droht aber beim verjährungsbedingten „Verlust“ von geschätzten rd. 215 Mio. Euro an Versicherungsteuer nicht und zudem würde die Summe zur Abwendung auch nicht ausreichen.

#### 4.3.4 Ergebnis: Keine Rechtfertigung echter Rückwirkung

Auch wenn die Ausnahmefallgruppen nicht abschließend sind, gibt es insgesamt keinen sachlichen Grund<sup>226</sup>, der eine echte Rückwirkung der geplanten Gesetzesänderungen legitimieren könnte. Die Gesetzeslage war klar und die Betroffenen mussten nicht mit ihrer Änderung rechnen. Der BFH hat voraussehbar und ohne Ansatz eines Rechtsprechungswechsels nur die systematische Selbstverständlichkeit richterlich bestätigt, dass die Festsetzungsverjährung der Steuerschuld auch bei der Versicherungsteuer die gesetzliche Erlöschenswirkung nach sich zieht. Dass die von der Gesetzesbegründung bemühte „allgemeine Rechtsanwendungspraxis“ sich dieser – keineswegs überraschenden – Einsicht offenbar verschlossen hat, rechtfertigt es nicht, allein aus fiskalischen Gründen die Missachtung der gesetzlichen Verjährung mittels einer Fiktion rückwirkend zur Grundlage einer Zahlungsgarantie des Entrichtungsschuldners zu machen. Der Gesetzgeber sollte dem Ansinnen, frühere Gesetzesbrüche echt rückwirkend für unbeachtlich zu erklären, aus allgemeinem Respekt vor „seinem“ Gesetz eine Absage erteilen. Da keine sachlichen Gründe für eine nur ausnahmsweise zulässige echte Rückwirkung sprechen, scheidet diese aus, ohne dass es auf eine Abwägung zwischen dem Vertrauensinteresse der Gesetzesadressaten und dem Rückwirkungsinteresse des Gesetzgebers ankommt.

---

<sup>222</sup> Zutreffend *Maurer*, in *Isensee/Kirchhof, HStR*, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79 Rn. 54 m.w.N.; ebenso *Tipke*, *Die Steuerrechtsordnung*, Bd. I<sup>2</sup>, 2000, S. 161 f.

<sup>223</sup> BVerfG v. 5.2.2002, 2 BvR 305/93, 2 BvR 348/93 BVerfGE 105, 17. 45 (Sozialpfandbrief).

<sup>224</sup> *Driën*, in *Tipke/Kruse, AO/FGO*, § 4 AO Tz. 23 (Okt. 2011).

<sup>225</sup> So *Maurer*, in *Isensee/Kirchhof, HStR*, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79 Rn. 54.

<sup>226</sup> Darauf zu Recht allgemein im Wege einer „objektiven Ausrichtung“ der Ausnahmen vom echten Rückwirkungsverbot abstellend *Maurer*, in *Isensee/Kirchhof, HStR*, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 79n. 56 ff.

## 5. Fazit

- 5.1. Die geplanten neuen Regelungen im Versicherungsteuergesetz und in der Abgabenordnung brechen mit dem bisherigen Prinzip der Akzessorietät der Haftung, wie es im Gesetz angelegt und von Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist<sup>227</sup>. Die Bundesregierung beabsichtigt, diese anerkannte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (BFH) mit dem Gesetzentwurf zu überschreiben. Eine derartige „**rechtsprechungsbrechende Steuergesetzgebung**“ ist zwar nicht per se bedenklich, aber immer dann, wenn sie – wie hier – zu einem Konflikt von Gesetz und Recht führt.
- 5.2. Die beabsichtigten Korrekturen der Rechtsprechung des BFH durch § 7 VersStG-E und allgemein durch § 191 Abs. 5 Satz 3 AO-E betreffen keineswegs nur bloß verfahrensrechtlichen Fragen. Sie sind materieller Natur und **greifen tief in die bisherige Systematik der Steuerentrichtungspflicht ein**. Aus systematischer Sicht rechtfertigen allein fiskalische Gründe keinen Systemeingriff. Das in der Gesetzesbegründung zu § 7 VersStG-E proklamierte Ziel, systematische Transparenz zu schaffen, wird durch die spezialgesetzliche Trennung von Steuerschuldner (§ 7 Abs. 1 VersStG-E), Steuerentrichtungsschuldner (§ 7 Abs. 2 VersStG-E) und Haftenden (§ 7 Abs. 7 VersStG-E) nur bedingt erreicht. Der versicherungsteuerliche Sonderweg, den die Gesetzesbegründung unter Berufung auf vermeintliche Besonderheiten der Versicherungsteuer einschlagen will, ist systematisch angesichts der Parallele der Versicherungsteuer zu den Abzugssteuern des Einkommensteuergesetzes nicht gerechtfertigt. Für einen Bruch des Prinzips der Akzessorietät der Haftung besteht im Übrigen kein Bedürfnis, weil Außenprüfungen beim Steuerentrichtungspflichtigen zeitnah erfolgen können. Bei der Versicherungsteuer hat der Bund aufgrund der auf ihn übergangenen Verwaltungshoheit die Durchführung von Außenprüfungen sogar ganz allein in der Hand.
- 5.3. Einfach-gesetzlich ist die systemwidrige Aufgabe der Akzessorietät der Haftung im Falle einer Steuerentrichtungspflicht zwar zulässig, sie wirft zugleich aber ernste **verfassungsrechtliche Zweifel** auf. M.E. verlassen die Gesetzesvorschläge das verfassungsrechtlich noch unbedenkliche Konzept der Entrichtungsschuld und führen planmäßig zu Steuerlasten (insbesondere der Versicherer), obwohl die eigentlich abzusichernde Steuerschuld bereits erloschen ist. Besonders gravierend ist, dass der

---

<sup>227</sup> Ablehnend auch jüngst *Nacke*, DB 2012, 2117, 2129.

Entrichtungsteuerpflichtige in Zukunft eine Steuer abführen soll, für die ihm aufgrund der Verjährung der Steuerschuld kein Rückgriffrecht auf den Steuerschuldner (den Versicherungsnehmer) zusteht. Damit mutiert die Versicherungsteuer von einer Steuerlast des Versicherungsnehmers zu einer **Sonderlast der Versicherer**. Dies ist unverhältnismäßig und führt zu einem **verfassungskritischen Pflichtenüberhang**.

- 5.4. Die geplanten Regelungen des § 12 VersStG-E und Artikel 97 § 10 Absatz 11 EGAO-E wirken für die betroffenen Steuerentrichtungspflichtigen echt zurück. Verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sind echte Rückwirkungen von geplanten Gesetzesänderungen rein aus fiskalischen Gründen. **Die ausnahmsweise von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen einer verfassungsrechtlich erlaubten echten Rückwirkung liegen erkennbar nicht vor:** So ist insbesondere die Rechtslage zur akzessorischen Verjährung einer Entrichtungsschuld weder unklar noch verworren. Die in den Begründungen beider Gesetzesvorschläge als korrekturbedürftig erachteten Urteile des II. Senats des BFH waren keineswegs überraschend, sondern fügen sich nahtlos in die bisherige Rechtsprechung zu Steuerentrichtungspflichten ein. Dass die Rechtsanwendungspraxis die allgemeine Auffassung in Rechtsprechung und Literatur möglicherweise ignoriert hat, schlägt nicht auf die gesetzliche Grundlage zurück. Mangels Rechtsprechungswechsels ist die Berufung auf eine rechtsprechungswiederherstellende Gesetzeskorrektur verfehlt. Bei den Gesetzesvorhaben geht es gerade nicht um die Festschreibung früherer, vom BFH überraschend aufgebener Rechtsprechung, sondern um die Korrektur fortgesetzter Rechtsprechung. Da die Betroffenen nicht mit einer belastenden Gesetzesänderung rechnen mussten, ist die echte Rückwirkung verfassungsrechtlich nicht zulässig.

