

Prof. Dr. Roman Seer, Bochum

Neuregelung der Vollverzinsung – kritische Reflexion des 2. AOÄndG

Univ.-Prof. Dr. Roman Seer, Lehrstuhl für Steuerrecht, Direktor des Instituts für Steuerrecht und Steuervollzug, Ruhr-Universität Bochum.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Am 22.07.2022 ist das 2. Gesetz zur Änderung der AO und des EGAO vom 12.07.2022 in Kraft getreten. Es enthält die nach dem Beschluss des BVerfG vom 08.07.2021 notwendige Herabsetzung des Zinssatzes der Vollverzinsung sowie diese Korrektur begleitende Regelungen. Zeitgleich hat das BMF zwei Anwendungsschreiben erlassen (DB 2022 S. 1807 und S. 1809). Der nachfolgende Beitrag erläutert den Inhalt des Änderungsgesetzes und stellt die Änderungen mit kritischem Blick in den Gesamtkontext des Verzinsungssystems der AO. Zusammenfassend werden in 10 Thesen Mängel der Neuregelung aufgelistet.

I. Anlass der Neuregelung

Ungeachtet des jeweiligen Kapitalmarktzinsniveaus betrug der Zinssatz bisher für alle Verzinsungstatbestände der Abgabenordnung nach § 238 Abs. 1 Satz 1 AO einheitlich 0,5% pro vollen Monat des Zinslaufs.¹ Spätestens seit der Finanzkrise war dieser statische Zinssatz wegen seiner Kapitalmarktferne in die verfassungsrechtliche Kritik geraten. In einer nicht geringen Anzahl von Fällen schöpfte der Zins bisher nicht bloß den bei dem Stpfl. eintretenden Liquiditätsvorteil ab, sondern ging deutlich darüber hinaus und begründete so eine gleichheitswidrige Zusatzlast.² Dies hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 08.07.2021 bezogen auf die Vollverzinsung nach § 233a AO für Verzinsungszeiträume ab 2014 ebenso gesehen und den Gesetzgeber verpflichtet, bis zum 31.07.2022 rückwirkend für Verzinsungszeiträume nach 2018 eine verfassungskonforme Rechtslage herzustellen.³ Diesem Reformauftrag ist der Gesetzgeber nun mit dem 2. Gesetz zur Änderung der AO und des Einführungsgesetzes zur AO nachgekommen.⁴

II. Inhalt der Neuregelung

1. Rückwirkende Reduzierung des Vollverzinsungssatzes auf 0,15% p.m. (§ 238 Abs. 1a AO n.F.)

Der Kern der Neuregelung findet sich in § 238 Abs. 1a AO n.F., wonach die Zinsen abweichend von § 238 Abs. 1 Satz 1 AO ab dem 01.01.2019 0,15% p.m., d.h. 1,8% p.a. betragen. Damit hat der Gesetzgeber an einem festen (starken) Zinssatz festgehalten und ist den in der Literatur entwickelten Vorschlägen, die

Verzinsung an den sog. Basiszinssatz des § 247 BGB variabel zu koppeln,⁵ nicht gefolgt. Der vom Gesetzgeber gewählte Zinssatz soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Verzinsung nach § 233a AO sowohl für Steuernachforderungen als auch für Steuererstattungen gilt und aus Praktikabilitätsgründen nach wie vor ein fester Zinssatz berechnet wird.⁶

Der Zinssatz von 1,8% p.a. war bereits in dem auf der Webseite des BMF veröffentlichten ursprünglichen RefE enthalten. Nach dessen Begründung sollte sich der Zinssatz vom Basiszins nach § 247 BGB mit einem „sachgerechten“ Zuschlag von ca. 2,7% ableiten.⁷ Dieser Zuschlag lag deutlich unter dem Verzugszins nach § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB (Basiszins zzgl. 5%) und sollte einen „angemessenen Mittelwert zwischen Guthabenzinsen und Verzugszinsen“ bilden. Diese Ableitung findet sich in der finalen Gesetzesbegründung der Bundesregierung jedoch nicht mehr.⁸ Hinsichtlich der Höhe nennt sie nun auf der Grundlage von Daten der Deutschen Bundesbank folgende Eckwerte: Habenzins 0%, Darlehenszins für gesicherte Konsumentenkredite 2,4% und Darlehenszins für unbesicherte Konsumentenkredite 5,3%.⁹ Wie sich der zum Gesetz erhobene Zinssatz 1,8% p.a. aus diesen Eckwerten konkret ermittelt, verschweigt die Regierungsbegründung aber. Es darf vermutet werden, dass sich das Gesetz am Mittelwert zwischen 0% Habenzins und 3,85% Konsumentenkreditzins (seinerseits als Mittelwert zwischen 2,4% für besicherte und 5,3% für unbesicherte Konsumentenkredite), also schließlich 1,925% orientiert und diesen kurzerhand auf 1,8% abgerundet hat.¹⁰ Ob der gegenüber dem RefE vorgenommene Ableitungsparadigmenwechsel eine materielle Bedeutung besitzt, wird im Zusammenhang mit der Evaluationsklausel des § 238 Abs. 1c AO n.F. noch zu erörtern sein (dazu nachfolgend unter II. 2.).

Das BVerfG hat die Wahl eines starren Zinssatzes grds. zugelassen und zur Rechtfertigung die Weite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums, die eine zurückhaltende verfassungsgerichtliche Kontrolldichte bedingt, betont.¹¹ Die materielle Kontrolle des Zinssatzes beschränkt sich danach darauf, ob dieser evident unzureichend ist, den durch die Vollverzinsung ausgleichenden Vorteil realitätsgerecht abzubilden. Auch verlangt das BVerfG nicht, zwischen Nachzahlungs- und Erstattungszins zu unterscheiden. Am Maßstab dessen bewegt sich ein typisierender Zinssatz von 0,15% p.m. in der Bandbreite zumindest vertretbarer Zinssätze. Im historischen Rückblick hat sich der in § 238 Abs. 1 Satz 1 AO verankerte

1 Dieses Zinsniveau lässt sich auf Art. 16 des Steueränderungsgesetzes 1961 vom 13.07.1961, BGBl. I 1961 S. 981 (993 f.) zurückführen: Neufassung des Steuersäumnisgesetzes (StSäumG) vom 24.12.1934, insb. § 5 Abs. 1 Satz 1 StSäumG 1961 mit der Vereinheitlichung des Zinssatzes auf 0,5% p.m. Zur Entwicklung ausführlich Dust, Der Zinssatz im Steuerschuldverhältnis, Diss., 2019, S. 171 ff.

2 Seer, DB 2014 S. 1945 (1949); DWS Arbeitskreis Steuerrecht, DStR 2021 S. 1265 (1266 ff.); „verdeckte Steuerlast“; vgl. Schindler/Hoppe, DStR 2020 S. 2570 (2573 ff.).

3 BVerfG vom 08.07.2021 – 1 BvR 2237/14, 1 BvR 2422/17, BVerfGE 158 S. 282, Rn. 115 ff., 197 ff., 253 ff.

4 2. Gesetz zur Änderung der AO und des EGAO vom 12.07.2022, BGBl. I 2022 S. 1142.

5 So bereits Loose, StuW 2004 S. 377 (383); i.E. s. Seer/Klemke, ifst 490 S. 110 ff.; Seer, DB 2014 S. 1945 (1951); DWS Arbeitskreis Steuerrecht, DStR 2021 S. 1265 (1270 f.).

6 So die RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 8, 12 f.

7 BMF, RefE vom 14.02.2022, S. 17 (zu Abs. 1a), s.u. <https://fmos.link/17554> (Abruf: 12.07.2022).

8 Siehe Fn. 9.

9 RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 22 (zu Abs. 1a – neu).

10 Einleuchtender wäre es aber gewesen, 1,925% durch 12 zu teilen, um dann auf einen Monatszins von abgerundeten 0,16 zu gelangen.

11 BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 146, 153, 245.

Zinssatz von 0,5% ursprünglich an einem Zuschlag von 2% auf den früheren Diskontsatz der Deutschen Bundesbank orientiert.¹² Diesem Ansatz entspricht heute Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. dd Bayr. KAG für die Verzinsung kommunaler Abgabeforderungen durch einen 2%igen Zuschlag auf den Basiszins. Je nachdem, welchen Vergleichsmaßstab man anlegt, können für Nachzahlungszinsen aber auch höhere Zuschlagsätze in Betracht kommen.¹³ Daher hält sich eine Zinsbemessung, die bei ca. 2,7% über dem Basiszins verbleibt, jedenfalls im Rahmen des Vertretbaren.

2. Pflicht zur turnusmäßigen Evaluation des Zinssatzes (§ 238 Abs. 1c AO n.F.)

Allerdings kann dies nur eine Momentaufnahme im Zeitpunkt der Einführung des Gesetzes sein. Die Schwäche eines starren (festen) Zinssatzes ist, dass er Kapitalmarktveränderungen keine Rechnung trägt und daher die Gefahr einer im Laufe der Zeit realitätsfernen Bemessung des Zinssatzes begründet, wie die bisherige Erfahrung mit der Regelung des § 238 Abs. 1 Satz 1 AO eindrucksvoll lehrt. Anstatt eine zumindest jährliche automatische Anpassung an die Entwicklung des Basiszinses (zum 01.01.) vorzunehmen, hat der Gesetzgeber in § 238 Abs. 1c AO n.F. eine turnusmäßige Evaluationspflicht statuiert. Die erste Evaluierung hat dabei spätestens zum 01.01.2024, danach wenigstens alle zwei Jahre stattzufinden.¹⁴ Bei Einführung automatischer Anpassungen befürchtet der Gesetzgeber eine Verkomplizierung und Unverständlichkeit von Zinsbescheiden bei häufigen Zinsänderungen sowie einen erheblichen Programmieraufwand, der die fristgemäße Umsetzung der vom BVerfG geforderten Rechtsänderungen zur Vollverzinsung hätte gefährden können.¹⁵ Stattdessen hat er den Hinweis des BVerfG auf die gesetzgeberische Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht aufgegriffen¹⁶ und eine *Evaluationsklausel* geschaffen. Für die Frage einer Anpassung ist nach § 238 Abs. 1c AO n.F. die Entwicklung des Basiszinses i.S.d. § 247 BGB entscheidend. Eine Anpassung soll nach der Regierungsbegründung erst dann erfolgen, wenn der zum 01.01. des Jahres der Evaluation geltende Basiszins um mehr als einen Prozentpunkt von dem bei der letzten Festlegung oder Anpassung des Zinssatzes geltenden Basiszins abweicht.¹⁷ Mit dieser allerdings nicht im Gesetz, sondern nur in den Motiven zum Ausdruck gebrachten Handlungsanweisung soll eine allzu häufige und zugleich geringfügige Anpassung des Zinssatzes vermieden werden. Vor dem Hintergrund der Regelung des § 238 Abs. 1c AO n.F. bleibt unverständlich, warum die Regierungsbegründung zur Rechtfertigung des Zinssatzes i.H.v. 1,8% – anders als der Refe – nicht auf den Basiszins als Referenzgröße mit einem Aufschlagsatz, sondern auf das Niveau von Guthabenzinsen auf der einen Seite und Konsumentenkrediten auf der anderen Seite rekurriert hat (siehe vorstehend unter II. 1.). Soll es bei einer einheitlichen Behandlung von Erstattungs- und Nachzahlungszinsen um das Mittel

zwischen Guthaben- und Kreditzinsen gehen, hätte sich das Verhältnis auch durch den Mittelwert der Zuschlagsätze für diese Größen zum Ausdruck bringen können.¹⁸

Da der Basiszins in § 238 Abs. 1c AO n.F. zum gesetzlichen Orientierungsmaßstab der Evaluierung erhoben worden ist, ist für den dann anzustellenden Vergleich von dem bei Einführung des Gesetzes geltenden Basiszins von -0,88% auszugehen. Der Basiszins ist als Nachfolger des Diskontsatzes der Deutschen Bundesbank die mittlerweile im Rechtsverkehr gängige und akzeptierte Bezugsgröße für die Bemessung kapitalmarktgerechter Zinssätze. Seine Bezugsgröße ist nach § 247 Abs. 1 Satz 3 BGB der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der EZB vor dem ersten Kalendertag eines Halbjahres. Dementsprechend verändert er sich zum 01.01. und 01.07. um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist (§ 247 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Deutsche Bundesbank gibt ihn zu den genannten Stichtagen im Bundesanzeiger jew. bekannt, sodass er für die Öffentlichkeit transparent und nachvollziehbar ist. Damit ist es sachgerecht, sich auch für die Verzinsung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis daran zu orientieren.

Nicht gebunden ist ein zukünftiger Gesetzgeber, der den in § 238 Abs. 1c AO n.F. an ihn gestellten Anpassungsauftrag erfüllen will, an den derzeitigen Abstand von 2,68 Prozentpunkten zwischen dem in § 238 Abs. 1a AO genannten Zins von 1,8% p.a. und dem Basiszins von -0,88%. Ihm bleibt es unbenommen, einen anderen, ggf. sachgerechteren Aufschlag zu wählen. Vor dem Hintergrund, dass es zu Nachforderungszinsen ganz überwiegend im *unternehmerischen Bereich nach Außenprüfungen* kommt,¹⁹ ergibt es wenig Sinn, an das Zinsniveau von besicherten/unbesicherten Konsumentenkrediten anzuknüpfen. Stattdessen bietet sich als typisches Leitbild die kurzfristige, ungesicherte Ausleihung an Unternehmen an.²⁰ Rückblickend lässt sich für durchschnittliche Kredite an nichtfinanzielle KapGes. ein Zuschlagsniveau von 3,2 Prozentpunkten ausmachen.²¹ Das Mittel zwischen diesem Wert und dem durchschnittlichen Zuschlag für die Verzinsung kurzfristiger Guthaben bei Kreditinstituten (ca. 0,8 Prozentpunkte) liegt bei zwei Prozentpunkten, also exakt bei dem Wert, der historisch den Ausgangspunkt für die steuerliche Verzinsung gebildet hat und heute als Zuschlagsgröße in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. dd Bayr. KAG zur Anwendung gelangt. Dieser Zuschlag erscheint rechtspolitisch überzeugender als der vom Gesetzgeber letztlich gegriffene Zuschlag. Auf ihn könnte der zukünftig die Verzinsung evaluierende Gesetzgeber (wieder) zurückgreifen.

3. Berücksichtigung freiwilliger Zahlungen bei der Zinsberechnung (§ 233a Abs. 8 AO n.F.)

Auch wenn der Zinssatz für Nachzahlungszinsen für Verzinsungszeiträume ab dem 01.01.2019 von 6% auf 1,8% signifikant gesunken ist, besitzen Stpfl. nach wie vor ein legitimes Inter-

12 Dust, a.a.O. (Fn. 1), S. 209 ff.

13 So plädiert etwa der DWS Arbeitskreis Steuerrecht, DStR 2021 S. 1265 (1271), in Anknüpfung an Seer/Klemke, ifst 490 S. 133, Tab. 3, auf Grundlage der Statistik bei Krediten an nichtfinanzielle KapGes. für einen Zuschlag zum Basiszins i.H.v. 3,2 Prozentpunkten.

14 Der RegE (Fn. 6) ging noch von einem Evaluierungsturnus von drei Jahren, beginnend zum 01.01.2016, aus. Er wurde dann vom Finanzausschuss des Deutschen Bundestages auf zwei Jahre, beginnend am 01.01.2024, verkürzt (s. BT-Drucks. 20/2387 S. 6 – Vorabfassung).

15 RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 8 (10).

16 BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 245.

17 RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 23.

18 Nach der Untersuchung von Seer/Klemke, ifst 490 S. 131 (135), Tab. 2, 4, betrug in einem Zehnjahreszeitraum der Abstand zwischen dem Effektivzinssatz für Spareinlagen und dem Basiszins ca. 0,9% und der Abstand zwischen durchschnittlichen Konsumentenkreditzinsen und dem Basiszins ca. 3,7%. Auf dieser Basis wäre von einem Zuschlag im Mittelwert von 2,3 Prozentpunkten auszugehen.

19 Diese Hauptanwendungsfälle hat auch das BVerfG ausgemacht, s. BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 177, 213.

20 Seer, StuW 2019 S. 212 (223).

21 So auch DWS Arbeitskreis Steuerrecht, DStR 2021 S. 1265 (1271).

esse, über längere Zeiträume kumulierende Nachzahlungszinsen zu vermeiden. Dies betrifft vor allem solche Stpfl., die über mehrere Jahre mit der Unsicherheit etwaiger Außenprüfungen leben müssen. Zwar existiert die Möglichkeit einer nachträglichen Anpassung der Vorauszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 3 EStG (i.V.m. § 31 KStG), § 19 Abs. 3 Satz 2, 3 GewStG bis zum Ablauf des auf den Veranlagungs-/Erhebungszeitraum folgenden 15. Kalendermonats, also innerhalb der Karenzzeit des § 233a Abs. 2 AO. Wegen dieser zeitlich knappen Befristung reicht dies aber nicht aus, Nachzahlungszinsen, die durch spätere Außenprüfungen potenziell entstehen, zu begrenzen. Zudem wird der Stpfl. im Wege des Antrags auf Festsetzung einer „fünften“ Vorauszahlung nur den Gewinn/Gewerbeertrag ansetzen, den er nach den eigenen Berechnungen verwirklicht hat. Einen Zuschlag für potenzielle Nachforderungen aufgrund der Unwägbarkeit späterer Betriebsprüfungen lässt sich in dem Verfahren nicht sachgerecht einpflegen. Dasselbe gilt für den Bereich der USt-Anmeldungen. Daher besteht vor allem für liquiditätsstarke Stpfl. ein Bedürfnis, auch noch nach Ablauf der Karenzzeit vor Fälligkeit der letztendlichen Steuerschuld im Vorgriff auf die endgültige Prüfung des Steuerfalls durch die Finanzbehörde freiwillige Zahlungen an den Fiskus mit dem Ziel der Verhinderung eines Zinslaufs leisten zu können.²²

Schon bisher hatte die Finanzverwaltung die Möglichkeit, in solchen Fällen im Wege eines Erlasses der Zinsen aus sachlichen Billigkeitsgründen (§ 227 AO) oder eines Zinsfestsetzungsverzichts (§ 239 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 163 AO) freiwillig geleistete Steuerzahlungen zinsmindernd zu berücksichtigen.²³ Diese bisher nur auf der Ebene einer Verwaltungsvorschrift eröffnete Erlass-/Verzichtsmöglichkeit stellt § 233a Abs. 8 AO n.F. nun auf eine spezielle gesetzliche Grundlage und statuiert dabei im Ausgangspunkt eine *Verzichts- bzw. Erlasspflicht*. Danach sind Nachzahlungszinsen entweder von vornherein nicht festzusetzen oder zu erlassen, soweit Zahlungen oder andere Leistungen auf eine später wirksam gewordene Steuerfestsetzung erbracht werden, die Finanzbehörde diese Leistungen annimmt und auf die festgesetzte und zu entrichtende Steuer anrechnet. Allerdings steht diese Verzichts-/Erlasspflicht unter der Bedingung, dass die Finanzbehörde die freiwillige Zahlung auch annimmt und anrechnet. Damit liegt der Zinsverzicht/-erlass letztlich mittelbar im *plichtgemäßen behördlichen Ermessen* (§ 5 AO).

Da der Gesetzgeber für die Festsetzung von Nachzahlungszinsen am sog. *Sollprinzip* festgehalten hat (dazu kritisch unter III. 3.), können kraft Gesetzes unverändert Nachzahlungszinsen entstehen, obwohl der Stpfl. Zahlungen geleistet hat, sodass es bei freiwilligen Steuerzahlungen überhaupt eines Zinsverzichts/-erlasses bedarf. § 233a Abs. 3 Satz 1 AO bezieht nach wie vor die Verzinsung nicht auf die tatsächlichen Zahlungsströme, sondern auf den Unterschiedsbetrag zwischen festgesetzter Jahressteuer und den bis zum Beginn des Zinslaufs festgesetzten Vorauszahlungen sowie anzurechnenden Steuerabzugsbeträgen. Dieser zu verzinsende Soll-Unterschiedsbetrag begrenzt sich nur im Erstattungsfall gem. § 233a Abs. 3 Satz 3 AO höchstens auf den tatsächlich zu leistenden Erstattungsbetrag, wobei die Verzinsung dann

nach Ist-Grundsätzen frühestens am Tag der Zahlung beginnt. Dieser Regelungszusammenhang bewirkt auch unter der Neuregelung, dass ein Stpfl., der über die gegen ihn festgesetzten Vorauszahlungen hinaus (freiwillig) zusätzliche Leistungen erbringt, dadurch nicht bewirken kann, dass seine Erstattungen gegen den Willen der Finanzbehörde zu verzinsen sind. Die in der Regierungsbegründung zur Begründung des *Annahmeermessens* geäußerte Befürchtung, dass der Stpfl. die Finanzbehörde bzw. im Bereich der GewSt die Gemeinde ohne sachliche Rechtfertigung der Zahlung als „Sparkasse“ missbrauchen könnte,²⁴ ist daher unberechtigt.

Vor diesem Hintergrund ist die Fassung des § 233a Abs. 8 Satz 1 AO n.F. in mehrfacher Hinsicht missglückt. Sie bedingt den mit der freiwilligen Leistung begründeten Zinsverzicht/-erlass durch die Annahme und Anrechnung dieser Leistung auf die festgesetzte und zu entrichtende Steuer seitens der Finanzbehörde. Für die ESt sieht § 36 Abs. 2 EStG indessen gar keine Anrechnung von Steuerzahlungen vor, die außerhalb der nach § 37 EStG festgesetzten Vorauszahlungen und zusätzlichen Steuerabzüge geleistet werden. Das gilt nach § 31 Abs. 1 KStG sinngemäß für die KSt. Ebenso lässt § 20 Abs. 1 GewStG nur die Anrechnung der nach § 14 GewStG geleisteten Vorauszahlungen zu. Auf den Steuerbetrag lt. USt-Jahreserklärung, die nach § 18 Abs. 3 Satz 1 UStG den Charakter einer Steueranmeldung hat, sind nach § 18 Abs. 4 UStG nur die in den Voranmeldungen ausgewiesenen und abgeführten USt-Beträge anrechenbar. Letztlich muss § 233a Abs. 8 Satz 1 AO n.F. daher als sachlicher Billigkeitsgrund sowohl im Hinblick auf die wirksame Anrechnung von außerordentlichen, freiwilligen Steuerzahlungen als auch für den damit verbundenen Verzicht oder Erlass der nach dem Gesetz ungeachtet der freiwilligen Zahlung entstehenden Nachzahlungszinsen verstanden werden.

Die Regierungsbegründung behauptet, dass die Annahme und Anrechnung nach wie vor im pflichtgemäßen Ermessen der Finanzbehörde läge.²⁵ Dies ist im Ausgangspunkt richtig. Da es zu Erstattungszinsen – wie gezeigt – aber auch bei einer Überzahlung durch den Stpfl. gar nicht kommen kann, wird nicht ersichtlich, aus welchem legitimen Grund die Finanzbehörde die Annahme der vor der endgültigen Festsetzung und Fälligkeit der Steuer geleisteten außerordentlichen Zahlungen verweigern können sollte. Die vorgebrachte Sorge eines „Missbrauch des Fiskus als Sparkasse“ kann es jedenfalls nicht sein. Dies sieht das BMF-Schreiben vom 22.07.2022 wohl anders und will offenbar nur solche Zahlungen und Leistungen annehmen, die erkennbar zur Tilgung einer in naher Zukunft voraussichtlich fällig werdenden Steuerschuld geleistet werden.²⁶ In Außenprüfungsfällen wäre die Annahme freiwilliger Leistungen damit erst nach konkreten Prüfungsfeststellungen, die auf eine Mehrsteuer hindeuten, auszusprechen.²⁷ Es bleibt aber unverständlich, wieso nicht schon früher freiwillige Leistungen des einer Außenprüfung potenziell unterliegenden Stpfl. möglich sein sollen. Entgegenstehende schutzwürdige Belange des Staates sind – wie gerade gezeigt – nicht erkennbar. Dass die Finanzbehörde ggf. Schwierigkeiten hat, die außerordentliche Leistung des Stpfl. (kassentechnisch von den regulären Vorauszahlungen getrennt) richtig zu verbuchen,

²² Siehe die Forderung des DWS Arbeitskreises Steuerrecht, DStR 2021 S. 1265 (1271).

²³ Siehe Anwendungserlass zur AO (AEAO) vom 31.01.2014, BStBl. I 2014 S. 290, Nr. 70.1 zu § 233a (im Wege der Selbstbindung der Verwaltung); dazu BFH vom 31.05.2017 – I R 92/15, BStBl. II 2019 S. 14 = DB 2018 S. 35, Rn. 13 f.

²⁴ RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 21.

²⁵ RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 21.

²⁶ BMF vom 22.07.2022 – IV a 3 – S 1910/22/10040 :010, DB 2022 S. 1807, Rz. 8.

²⁷ Siehe BMF vom 22.07.2022, a.a.O. (Fn. 26).

kann angesichts des vom Gesetz verfolgten Zwecks ebenfalls kein hinreichender Ablehnungsgrund sein. Vielmehr ist es der Finanzverwaltung zumutbar, ihr Erhebungsprogramm so auszugestalten, dass außerordentliche Leistungen auch insofern angenommen werden können, als die Beträge noch nicht „zum Soll gestellt“ worden sind. Daher ist von einer *Ermessensreduzierung auf Null* auszugehen, sodass der Stpfl. einen *gesetzlichen Anspruch auf Annahme und Anrechnung* des geleisteten Steuerbetrags besitzt. Dabei muss sich der Stpfl. aber im Klaren sein, dass sich ein dadurch etwa ergebender Erstattungsanspruch nicht zu seinen Gunsten verzinst.

4. Verlängerung der Festsetzungsfrist auf zwei Jahre (§ 239 Abs. 1 Satz 1 AO n.F.)

Der Gesetzgeber hat die vom BVerfG verlangte Reduzierung des Vollverzinsungssatzes – auf Betreiben der Finanzverwaltung – genutzt, die für die Zinsfestsetzungen geltende spezielle Festsetzungsverjährungsfrist des § 239 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 AO von einem Jahr auf zwei Jahre zu verdoppeln. Diese Neuregelung gilt nicht nur für Vollverzinsungen i.S.d. § 233a AO, sondern für alle Zinsbescheide, also auch solche, die auf anderen Zinstatbeständen beruhen. Zur Begründung dieser Maßnahme führt die Regierungsbegründung an,²⁸ dass die bisherige einjährige Festsetzungsfrist nicht immer ausreiche und der Gesetzgeber sich an den Regelungen der § 171 Abs. 10, 10a AO orientiere. Konkrete Beispiele für die Insuffizienz der bisherigen Jahresfrist nennt die Begründung allerdings nicht. Angesichts der weitreichenden *Anlaufhemmungstatbestände* des § 239 Abs. 1 Satz 2 AO liegen sie auch nicht gerade auf der Hand. Zudem sieht § 239 Abs. 1 Satz 3 AO für die Zinsfestsetzung in den Fällen des § 233a AO eine spezielle *Ablaufhemmung* vor, die gewährleistet, dass die Zinsfestsetzung nicht vor der Steuerfestsetzung verjährt.

5. Vertrauensschutz bei Erstattungszinsen nach § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO (Art. 97 § 15 Abs. 14 EGAO n.F.)

Das BVerfG hatte den Gesetzgeber zu einer rückwirkenden Absenkung des Zinssatzes für Vollverzinsungen i.S.d. § 233a AO für Verzinsungszeiträume ab dem 01.01.2019 verpflichtet. Mit Rücksicht auf angeblich erhebliche haushaltswirtschaftliche Einbußen hat es für die Verzinsungszeiträume vom 01.01.2014 bis 31.12.2018 eine Fortgeltungsanordnung getroffen, obwohl es bereits ab dem 01.01.2014 von der Unvereinbarkeit der Regelung mit Art. 3 Abs. 1 GG ausgegangen ist.²⁹ Das BVerfG hält die Unterscheidung zwischen den Verzinsungszeiträumen bis zum 31.12.2018 und ab dem 01.01.2019 für sachgerecht, weil spätestens nach dem Beschluss des BFH vom 25.04.2018³⁰ angesichts der großen Anzahl zunehmend kritischer Stimmen in der Literatur sowie verschiedener gesetzgeberischer Initiativen nicht nur den gesetzgebenden Organen und der Finanzverwaltung, sondern auch den Stpfl. bewusst werden musste, dass die Realitätsferne des damals geltenden Zinssatzes zu erheblichen Ungleichheiten geführt hatte, die mit großer Wahrscheinlichkeit verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigen waren.³¹ Mit dieser Relativierung

des schutzwürdigen Vertrauens in den Bestand der bisher geltenden Rechtslage eröffnet das BVerfG für den Gesetzgeber die Möglichkeit, nicht nur Nachzahlungszinsen zugunsten der Betroffenen, sondern auch *Erstattungszinsen zulasten der Begünstigten* abzusenken. Dabei weist es ausdrücklich darauf hin, dass die Finanzbehörden und Gemeinden einfach-gesetzlich zu prüfen haben, ob die Vertrauensschutzregel des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 239 Abs. 1 Satz 1 AO anzuwenden ist.³²

Diesem durch das BVerfG nahegelegten rückwirkenden Änderungskonzept folgt das Gesetz. Die Absenkung des Zinssatzes von 0,5% auf 0,15% p.m. für Verzinsungszeiträume ab dem 01.01.2019 bezieht sich gem. § 238 Abs. 1a AO n.F. sowohl auf Nachzahlungs- als auch auf Erstattungszinsen. Die Übergangsregelung des Art. 97 § 15 Abs. 14 Satz 1 EGAO n.F. ordnet dabei aber an, dass diese Regelung *vorbehaltlich des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO* in allen anhängigen Verfahren anzuwenden ist. Zwar beschränkt sich der Wortlaut des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO auf Nichtigkeitsfeststellungen des BVerfG. Jedoch ist dem die Unvereinbarkeitsfeststellung, die sich aus der Eigenart des Art. 3 Abs. 1 GG und der haushaltspolitischen Rücksichtnahme durch das Gericht erklärt,³³ gleichzustellen.³⁴ Der Zweck des § 176 AO besteht darin, den Stpfl. in seinem Vertrauen auf ein bestehendes (aber zur verfassungsrechtlichen Überprüfung gestelltes) Gesetz zumindest dann zu schützen, wenn auf der Grundlage dieses Gesetzes ein Steuerbescheid gegen ihn ergangen ist. Dieses Vertrauen ist sicher nicht weniger schutzwürdig, wenn das BVerfG das Gesetz später nicht für nichtig, sondern nur für mit der Verfassung unvereinbar erklärt. Das Vertrauen des Stpfl. ist nach § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO bis zur Bekanntgabe der Entscheidung des BVerfG, die am 18.08.2021 erfolgte,³⁵ zu schützen. Das bedeutet, dass der niedrigere Erstattungszins i.H.v. 0,15% p.m. nur rückwirkend zur Anwendung gelangt, soweit für Verzinsungszeiträume ab dem 01.01.2019 am 18.08.2021 noch keine Erstattungszinsen festgesetzt worden waren oder sind (*erstmalige* Zinsfestsetzungen).³⁶ Soweit bis zum 18.08.2021 Erstattungszinsen i.H.v. 0,5% p.m. festgesetzt worden sind, dürfen diese Zinsbescheide trotz der nach § 238 Abs. 1a AO n.F. rückwirkenden Anwendung des niedrigeren Zinssatzes wegen der Sperre des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO nicht geändert werden. Der Vertrauensschutz in den bisherigen Zinsbescheid blockiert eine Änderung auch dann, wenn der Zinsbescheid unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) steht oder wegen der beim BVerfG anhängigen Verfahren nach § 165 AO für vorläufig erklärt worden ist.³⁷ Zwar ist mit dem Änderungsgesetz die Ungewissheit beseitigt, sodass nach § 165 Abs. 2 Satz 2 AO an sich die vorläufige Zinsfestsetzung zu ändern wäre. Wenn aber bis zum 18.08.2021 ein vorläufiger Zinsbescheid ergangen ist, steht dem § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO entgegen. Dies gilt auch, wenn

32 BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 258.

33 Seer, NJW 1996 S. 285 (286 ff.).

34 BFH vom 24.05.2000 – II R 25/99, BStBl. II 2000 S. 378 (379 f.) = DB 2000 S. 1382; v. Groll, in: HHSp (Hrsg.), § 176 AO Rn. 143 (Feb. 2015).

35 BVerfG, PM Nr. 77/2021 vom 18.08.2021, s.u. <https://fmos.link/17555> (Abruf: 12.07.2022).

36 Kurze Zeit nach der Veröffentlichung der Entscheidung des BVerfG hat das BMF verfügt, dass erstmalige Zinsfestsetzungen gem. § 165 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AO (u. § 239 Abs. 1 Satz 1 AO) auszusetzen sind (s. BMF vom 17.09.2021, BStBl. I 2021 S. 1759 = DB 2021 S. 2465).

37 Siehe BFH vom 23.11.1987 – GrS 1/86, BStBl. II 1988 S. 180 (183) = DB 1988 S. 587; BFH vom 08.12.1998 – IX R 49/95, BStBl. II 1999 S. 468 (472); BFH vom 10.06.2008 – VIII R 79/05, BStBl. II 2008 S. 863 (866) = DB 2008 S. 2057; ausführlich Leisner, DStZ 1999 S. 358.

28 RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 23.

29 BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 249 ff.; zur fundamentalen Kritik an Weitergeltungsanordnungen bei materieller Verfassungswidrigkeit s. Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 22.287; bereits ders., NJW 1996 S. 285 (289 ff.).

30 BFH vom 25.04.2018 – IX B 21/18, BStBl. II 2018 S. 415 = DB 2018 S. 1190.

31 BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 255 ff.

der Zinsbescheid nach dem 18.08.2021 – z.B. aufgrund einer Außenprüfung – geändert und der Vorläufigkeitsvermerk von § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO auf § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AO „umetikettiert“ worden sein sollte.³⁸ Das durch den Ausgangszinsbescheid verfestigte Vertrauen in die vor Veröffentlichung des BVerfG-Beschlusses bestandene Zinshöhe wird durch den Änderungsbescheid, in dem der bisherige Zinsbescheid aufgeht, nicht berührt. Vorstellbar ist es aber, dass der nach dem 18.08.2021 ergangene oder ergehende Änderungsbescheid eine erhöhte Steuererstattung zu verzinsen hat. In einem solchen Fall beschränkt sich das durch den Ausgangszinsbescheid geschützte Vertrauen in die Zinshöhe auf den der Verzinsung zugrunde gelegten ursprünglich niedrigeren Erstattungsbeitrag. Die Sperre des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO kann in einem solchen Fall die Zinsfestsetzung, soweit sie auf die erhöhte Erstattung entfällt, nicht mehr erfassen. Folgerichtig verzinst sich die ursprüngliche Erstattung mit 0,5% p.m., der Zuwachs an Erstattung aber nur mit 0,15%. In umgekehrter Richtung (Senkung der Erstattung) bleibt es dagegen bei der 0,5%igen Verzinsung.³⁹

Im zweiten BMF-Schreiben vom 22.07.2022 hat die Finanzverwaltung die vorläufige Aussetzung der an sich nun zu erlassenden Zins(änderungs)bescheide verfügt.⁴⁰ Die Finanzverwaltung beruft sich darauf, dass die Umstellung der Zinsberechnungsprogramme aufgrund der damit verbundenen erheblichen technischen und organisatorischen Auswirkungen nicht sofort nach Inkrafttreten der Neuregelungen durchzuführen sei. Diese Hinauszögerung der Abwicklung fußt auf Art. 97 § 15 Abs. 16 EGAO n.F., der für diesen Fall die entsprechende Anwendung der § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 AO anordnet. „Zu gegebener Zeit“ sollen die ausgesetzten Zinsfestsetzungen nachgeholt, die noch offenen Zinsfestsetzungen rückwirkend angepasst und alle neuen oder ausgesetzten Zinsfestsetzungen nach neuem Recht durchgeführt bzw. nachgeholt werden.⁴¹ Soweit Stpfl. aufgrund der rückwirkenden Regelung Zinserstattungsansprüche besitzen und diese sich ohne Weiteres berechnen lassen, wird die Finanzverwaltung diese auf der Grundlage des BVerfG-Beschlusses berechtigten Ansprüche aber allenfalls nur für eine kurze Zeit von einigen Wochen „auf die lange Bank“ schieben dürfen. Dass die generelle IT-Implementierung der Neuregelung etwas dauern kann, ist zwar nachvollziehbar. Art. 97 § 15 Abs. 16 EGAO n.F. kann der Finanzverwaltung im Lichte des bewusst vom BVerfG als äußerste Frist für die gesetzliche Implementierung gesetzten Datums (31.07.2022) aber keinen Freibrief für eine hinhaltende Behandlung von ihrerseits unverzinslichen Erstattungsansprüchen geben. Notfalls sind die Zins(änderungs)bescheide eben manuell zu erlassen.

III. Abschließende Kritik an der Neuregelung

1. Starrer Zinssatz statt flexibler Bindung an den Basiszins

Wie unter II. 1. gezeigt, ist unklar, welcher Maßstab den starren Zinssatz des § 238 Abs. 1a AO n.F. i.H.v. 0,15% p.m. begründet. Statt den Zins klar und eindeutig an den Basiszins zu koppeln, begnügt sich die Neuregelung des § 238 Abs. 1c AO n.F. mit

einer Evaluierungsklausel, die ein turnusmäßiges Handeln des Gesetzgebers verlangt. Immerhin nennt die Norm als Anpassungsmaßstab die Entwicklung des Basiszinses, sagt dabei aber nicht, ab welcher Schwelle es in welcher Weise zur Anpassung kommen muss (s.u. II. 2.). Der in der Regierungsbegründung bekundeten Sorge, dass es zu sehr häufigen Zinssatzänderungen mit einem erheblichen Programmieraufwand kommen könnte, hätte auch bei einer eindeutigen, variablen Koppelung des Zinssatzes an den Basiszins Rechnung getragen werden können. Der Gesetzgeber hätte den Zins etwa mit dem Basiszins zzgl. eines sachlich gerechtfertigten Zuschlags von 2% (s.u. II. 2.) bemessen und diesen für eine monatliche Berechnung auf eine durch den Faktor 12 leicht teilbare Größe aufrunden können (z.B. auf 1,2% p.a. und damit 0,1% p.m.). Um eine unterjährige Veränderung auszuschließen, hätte aus Vereinfachungsgründen bei der automatischen Anpassung an die Entwicklung des Basiszinses nur auf den 01.01. des jeweiligen Kalenderjahres abgestellt werden können. Die in der Regierungsbegründung genannte Anpassungsschwelle von einem Prozentpunkt⁴² ließe sich ohne Weiteres ebenfalls in die Regelung mit der Folge implementieren, dass es nur zu einer Änderung des Zinssatzes käme, wenn sich der zum 01.01. jew. gültige Basiszins um mindestens 1% gegenüber dem Basiszins, welcher der jew. geltenden Verzinsung zugrunde liegt, nach oben oder unten verändert. Bei einer solchen variablen Regelung wären sowohl der Maßstab als auch die Anpassungsregel rechtssicher und sowohl für die Finanzverwaltung als auch für die Stpfl. transparent. Einer jew. erneuten Befassung des Parlaments und besondere Evaluierung bedürfte es nicht.

2. Identischer Zinssatz für Nachzahlungs- und Erstattungsinsen

Im Hinblick auf die Höhe des Zinssatzes unterscheidet die Neuregelung – wie bisher – nicht zwischen Nachzahlungs- und Erstattungsinsen. Dies trägt immerhin zur Vereinfachung bei. Allerdings erschwert dies, den Maßstab und die Perspektive für die Bemessung des Zinses eindeutig zu bestimmen. Die sog. Vollverzinsung soll den Nutzungsvorteil oder -nachteil des Stpfl. abschöpfen bzw. ausgleichen, der sich daraus ergibt, dass die Steuern bei den einzelnen Stpfl. zu unterschiedlichen Zeitpunkten festgesetzt und fällig werden.⁴³ Die Vollverzinsung dient damit der Herstellung der *Belastungsgleichheit in der Zeit*.⁴⁴ Für die typisierende Bemessung des Nutzungsvorteils/-nachteils lassen sich grob zwei Typen von Stpfl. unterscheiden. Zum einen der kapitalinnehabende Stpfl., dem durch die späte Veranlagung die Möglichkeit einer alternativen Kapitalanlage im Nachzahlungsfall gegeben oder im Erstattungsfall genommen wird. Zum anderen der fremdkapitalabhängige Stpfl., dem durch die späte Veranlagung im Nachzahlungsfall die Aufnahme von Fremdkapital erspart oder im Erstattungsfall die Reduzierung des Fremdkapitals versagt wird. Insoweit ergibt es Sinn, einerseits auf marktübliche Habenzinsen für kurzfristige Kapitalanlagen und andererseits auf marktübliche Sollzinsen für kurzfristige Kredite abzustellen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Nachzahlungszinsen ganz überwiegend nach Außenprüfungen anfallen, leitet jedoch der Hinweis auf Konsumentenkredite fehl; stattdessen wäre es besser, auf kurzfristige Unternehmenskredite abzustellen (s.u. II. 1.).

38 So auch Hendricks/Wedel, Ubg 2021 S. 661.

39 Tritt an die Stelle des ursprünglichen Erstattungsinsens aufgrund der Änderung ein Nachzahlungszins, findet § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO keine Anwendung, weil sich die rückwirkende Absenkung des Zinssatzes im Ergebnis zugunsten des Zinsschuldners auswirkt.

40 BMF vom 22.07.2022 – IV A 3 – S 0338/19/10004 :007, DB 2022 S. 1809.

41 RegBegr., a.a.O. (Fn. 6), BT-Drucks. 20/1633 S. 25.

42 RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 23.

43 BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 123 ff.

44 Seer, DB 2014 S. 1945 (1947).

Unter der Prämisse eines einheitlichen Zinses ist es folgerichtig, für den Zuschlag auf einen Mittelwert zwischen kurzfristigen Kapitalanlagen und kurzfristigen Unternehmenskrediten abzustellen. Bei Letzteren könnte dann – wie es offenbar der Gesetzgeber auch getan hat (s.u. II. 1.) – durch eine Mittelwertbildung zwischen gesicherten und ungesicherten Krediten unterschieden werden. Soll i.S. der Belastungsneutralität möglichst zu keiner Zinsarbitrage angereizt werden, wirft der einheitliche Zinssatz indessen Probleme auf. Der im Mittel zwischen Haben- und Kreditzins angesiedelte Erstattungszins liegt über dem marktüblichen Habenzins und reizt daher den kapitalinnehabenden Stpfl. zur frühen Überzahlung an. Dagegen liegt der deckungsgleiche Nachzahlungszins unter den marktüblichen Kreditzinsen und reizt den fremdkapitalabhängigen Stpfl. daher zur Hinauszögerung der Veranlagung mit einer späten Zahlung an. Um hier Fehlanreize zu vermeiden, hätte zwischen Erstattungs- und Nachzahlungszins im öffentlichen Haushaltsinteresse in der Weise unterschieden werden können, dass sich der Erstattungszins am Habenzins und der Nachzahlungszins am Kreditzins orientiert.⁴⁵ Wenn Stpfl. jederzeit freiwillige Zahlungen leisten dürfen, können sie die Festsetzung von Nachzahlungszinsen zum Fremdkapitalniveau vermeiden. Bei Überzahlungen könnten sie dann ohne Weiteres durch Erstattungszinsen, die dem Kapitalmarktniveau entsprechen, entschädigt werden. Daher könnte eine Unterscheidung zwischen Nachzahlungs- und Erstattungszinsen mit den vorgenannten Koordinaten den gesetzgeberischen Zweck der Belastungsgleichheit in der Zeit noch zielgenauer verwirklichen. Allerdings ist einzuräumen, dass diese Differenzierung zulasten der Vereinfachung ginge.

3. Beibehaltung der verkomplizierenden Kombination von Soll- und Ist-Verzinsung

Die Neuregelung hat am *Sollprinzip* für die Vollverzinsung festgehalten und durchbricht dieses weiterhin aus fiskalischen Gründen durch *Ist-Verzinsungsausnahmen*.⁴⁶ Die Zinsen werden auf den Unterschiedsbetrag zwischen festgesetzter Steuer (Soll) und zuletzt festgesetzter Steuer (Vorauszahlungen, Vorsoll) berechnet. Ob der Stpfl. die Beträge tatsächlich entrichtet hat, spielt grds. keine Rolle. Davon macht aber § 233a Abs. 3 Satz 3 AO eine Ausnahme in Erstattungsfällen. Dort richtet sich die Höhe des Erstattungszinses auf die Differenz zwischen festgesetztem Steuerbetrag und tatsächlich entrichteter Steuer, wobei die Verzinsung frühestens mit dem Tag der Zahlung beginnt. Es findet hier also abweichend das Ist-Prinzip Anwendung. Dasselbe gilt nach § 233a Abs. 2a, 7 AO für die Berücksichtigung rückwirkender Ereignisse i.S.d. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO und den Verlustrücktrag nach § 10d Abs. 1 EStG.

Die Verbindung von Soll- und Ist-Prinzip widerspricht dem materiellen Ansatz der Gleichbehandlung von Nachzahlung und Erstattung durch einen einheitlichen Zins (dazu s.u. III. 2.), ist hochkomplex, bloß fiskalisch motiviert und zudem schwer verständlich. Sie ist auch nicht erforderlich. Ein modernes EDV-System sollte in der Lage sein, die Kassendaten vollständig zu erfassen, ohne dass darin ein unzumutbarer Verwaltungsaufwand läge. Das Sollprinzip ist daher gerade auch unter Praktikabilitätserwägungen nicht mehr zeitge-

45 So die Vorschläge von Seer/Klemke, ifst 490 S. 114 ff.; Seer, DB 2014 S. 1945 (1951); DWS Arbeitskreis Steuerrecht, DStR 2021 S. 1265 (1270).

46 Dazu kritisch Seer/Klemke, ifst 490 S. 63 ff.; DWS Arbeitskreis Steuerrecht, DStR 2021 S. 1265 (1268 f.).

mäß⁴⁷ und kann zugunsten einer konsequenten Anwendung des Ist-Prinzips mit der Möglichkeit jederzeit freiwilliger Zahlung (dazu s.o. II. 3.) aufgegeben werden. Gleichzeitig ist die Verzinsung von der Steuerfestsetzung zu entkoppeln und sollte mit der Entstehung der von § 233a AO umfassten Steuern, d.h. jew. am 01.01. des Folgejahres, beginnen. Damit würde die verkomplizierende Differenzierung zwischen Vor- und Nachfälligkeit zins eingeebnet und die Möglichkeit zur *Ver-einheitlichung des Zinssystems* geschaffen.⁴⁸ Will man an der Karenzzeit i.S.d. § 233a Abs. 2 AO festhalten, um für die Masse der Steuerfälle Verzinsungsbescheide zu vermeiden, ließe sich die Karenzzeit nach Art einer *Freigrenze* ausgestalten. Dies vermied die derzeitige strukturelle Ungleichheit in der Zeit, die dadurch entsteht, dass die Höhe des effektiven Zinssatzes wegen der Karenzzeit von 15 Monaten entscheidend davon abhängt, wie lange der Zinslauf wirkt.⁴⁹

4. Beibehaltung des bisherigen Zinssatzes von 0,5% p.m. bei allen anderen Zinstatbeständen

a) Zinsen bei AdV (§ 237 AO)

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 08.07.2021 die Unvereinbarkeitserklärung auf den Vollverzinsungstatbestand des § 233a AO beschränkt und sie sogar ausdrücklich von der Anwendung auf andere Verzinsungstatbestände ausgeschlossen.⁵⁰ Die sich auf konkret umschriebene Liquiditätsvorteile des Stpfl. beziehenden Teilverzinsungstatbestände bedürften einer eigenständigen verfassungsrechtlichen Wertung. Sie unterscheiden sich nach Auffassung des BVerfG von der Vollverzinsung dadurch, dass die Verwirklichung des Zinstatbestandes und Entstehung der Zinsen grds. auf einen Antrag der Stpfl. zurückzuführen seien oder – wie im Fall der Hinterziehungszinsen – jedenfalls bewusst in Kauf genommen würden.⁵¹ Dies gelte auch im Fall sog. aufgedrängter AdV,⁵² da sich der Stpfl. jederzeit durch Zahlung des ausgesetzten Steuerbetrags von der Verzinsungspflicht befreien könne. An diese und weitere zur Eingrenzung der Unvereinbarkeitserklärung vom BVerfG geäußerte Gründe knüpft die Regierungsbegründung unmittelbar an⁵³ und verschließt sich so einer Zinssatz-Reduzierung, die über die Vollverzinsung hinausgeht.⁵⁴

Zunächst einmal ist zu bemerken, dass es einen Unterschied bildet, als Gericht den Gegenstand der verfassungsrechtlichen Überprüfung einzugrenzen oder als Gesetzgeber ein Teilrechtsgebiet sinnhaft und konsistent auszugestalten. Daher reicht es für die gesetzgeberischen Organe nicht aus, einfach die insoweit einschlägige Randziffer des BVerfG-Beschlusses vom 08.07.2021 wiederzugeben. Vielmehr bedarf es dazu eigenständiger Überlegungen. Zunächst einmal wird nicht recht erkennbar, warum für die Bemessung des Aussetzungszinses nach § 237 AO ein anderer Maßstab als im Fall des § 233a AO gelten sollte. Demgegenüber hat das FG Berlin-

47 Ebenso Tartler, in: FS Kirchhof, 2013, Bd. II, § 155 Rn. 17; Drüen, FR 2014 S. 218 (219); Dust, a.a.O. (Fn. 1), S. 370 f.

48 Seer/Klemke, ifst 490 S. 60.

49 DWS Arbeitskreis Steuerrecht, DStR 2021 S. 1265 (1268).

50 BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 242, nennt namentlich Stundungs-, Hinterziehungs- und Aussetzungszinsen nach §§ 234, 235 und 237 AO.

51 BVerfG vom 08.07.2021, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 243.

52 Dazu kritisch Seer, Ubg 2008 S. 249 (250 ff.); Seer/Klemke, ifst 490 S. 71 ff.

53 RegBegr. zum Entwurf eines 2. AÖAndG, BT-Drucks. 20/1633 S. 11.

54 Sie war eingangs des Gesetzgebungsverfahrens von der Bundestagsfraktion der CDU/CSU gefordert worden, s. BT-Drucks. 20/685.

Brandenburg⁵⁵ gemeint, dass in der Praxis vor allem solche Stpfl. Aussetzungsanträge stellen, die mit Kredit arbeiteten und deren Kreditlinie bei ihrer Hausbank nicht mehr erhöht werden könnte. In ähnlicher Richtung argumentiert *Melan*, dass der solvente Stpfl. im Fall eines Rechtsbehelfs die Steuer sofort zahlen würde, um sich die Aussicht auf die (hohen) Erstattungszinsen zu erhalten.⁵⁶ Ebenso würde ein Stpfl. mit guter Bonität die sofortige Steuerzahlung mit einem unterhalb des Erstattungszinses liegenden Kreditzins finanzieren, sodass Aussetzungsanträge i.S.d. § 361 Abs. 2 AO regelmäßig von Stpfl. mit schlechter Bonität gestellt würden.

Zunächst besteht für die behauptete schlechte Bonität von Aussetzungsantragstellern keinerlei empirische Evidenz. Der ausschlaggebende Grund für die AdV eines mit einem Rechtsbehelf angefochtenen Verwaltungsakts besteht gem. § 361 Abs. 2 Satz 2 AO, § 69 Abs. 2 Satz 2 FGO in den *ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit* des Verwaltungsakts und nicht in einer schlechten Bonität des Steuerschuldners. Anders als die Stundung i.S.d. § 222 AO (dazu s.u. III. 4. b)) geht es bei der AdV daher nicht um eine Billigkeitsmaßnahme zur Überwindung einer Liquiditätsschwäche, sondern um eine Maßnahme des *vorläufigen Rechtsschutzes* im Interesse effektiven Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG. Dieser muss sowohl dem solventen als auch dem weniger solventen Stpfl. in gleicher Weise offenstehen. Daher ist ein Festhalten an einem kapitalmarktfern-hohen Zinssatz, der den solventen Rechtsbehelfsführer von einem legitimen Antrag auf AdV aus Zinsarbitrage-Überlegungen abhält, sachfremd.⁵⁷ Vor diesem Hintergrund besteht keine Rechtfertigung, den Aussetzungszins bei 0,5% p.m. nach § 238 Abs. 1 AO zu belassen. Vielmehr ist er auf dieselbe Höhe wie der Vollverzinsungssatz i.S.d. § 238 Abs. 1a AO n.F. zu bringen. Den Adressaten von Zinsbescheiden über Aussetzungszinsen ist zu empfehlen, unter Berufung auf die verfassungswidrige Ungleichbehandlung gegen die Festsetzung der Aussetzungszinsen Einspruch und Klage zu erheben.

b) Stundungszinsen (§ 234 AO)

Anders ist dies für die Festsetzung von Stundungszinsen zu beurteilen. Eine Stundung setzt eine vorübergehende Liquiditätsschwäche voraus, welche die sofortige Einziehung der Forderung vorübergehend (kurzfristig) als unbillig erscheinen lässt.⁵⁸ Angesichts der Voraussetzungen des § 222 AO muss hier typisierend unterstellt werden, dass die Bonität schlecht ist und der Antragsteller auf dem Kapitalmarkt nicht ohne Weiteres Kredit erhält, mit dem er die Steuerschuld tilgen kann. Deshalb liegt es nahe, für die Verzinsung an den Zinssatz für kurzfristige, nicht gesicherte Kredite anzuknüpfen. Insoweit läge der Zinssatz von 0,5% p.m. wohl noch im typisierend-vertretbaren Rahmen. Allerdings passt dazu nicht die Regelung des § 222 Satz 2 AO, wonach die Stundung in der Regel (d.h. typischerweise) *nur gegen Sicherheitsleistung* gewährt werden soll. Erhält der Fiskus eine Sicherheitsleistung, kann der Vergleichsmaßstab nur die Verzinsung gesicherter kurzfristiger Kredite sein. Wenn für besicherte Konsumentenkredite – wie die Regierungsbegründung ausführt – Darlehenszinsen von ca. 2,4% anfallen,⁵⁹ ist das

Festhalten an einem Stundungszins von 6% der Höhe nach wohl kaum mehr vertretbar. Dass die Stundung gem. § 222 Satz 2 AO regelmäßig nur auf Antrag des Steuerschuldners zu gewähren ist und sich der Steuerschuldner damit entscheiden kann, ob er die Steuerschuld durch eine anderweitige Kreditierung tilgt, mag verfassungsrechtlich den gesetzgeberischen Spielraum für die typisierende Bemessung des Zinses nach oben hin erweitern. Jedenfalls stellt sich mindestens rechtspolitisch im Zuge der Senkung der Vollverzinsung die Frage nach einer Reduzierung ebenfalls des Stundungszinses.

c) Hinterziehungszinsen (§ 235 AO)

Der Hinterziehungszins soll den erlangten Zinsvorteil beim Nutznießer einer Steuerhinterziehung abschöpfen.⁶⁰ Er besitzt keinen darüber hinausreichenden Strafcharakter.⁶¹ Deshalb ist die Erhebung von Hinterziehungszinsen auch mit dem sowohl verfassungs- (Art. 103 Abs. 3 GG) als auch unionsrechtlich (s. Art. 50 GrCh) fundierten Grundsatz *ne bis in idem* (Doppelbestrafungsverbot) vereinbar. Die Begründung des RegE sah sich auch deshalb außerstande, den Zinssatz für sämtliche Zinstatbestände abzusenken, weil dies bei Hinterziehungszinsen in der Öffentlichkeit den (unzutreffenden) Eindruck erwecken könnte, dass die Steuerhinterziehung weniger als bisher verfolgt und geahndet werden soll.⁶² Diese Begründung überzeugt allerdings nicht. Wenn der Hinterziehungszins im Lichte des Doppelbestrafungsverbots keinen Strafverfolgungszweck verfolgen darf, ist er auch nicht geeignet, der Öffentlichkeit einen Hinweis über die Art und Weise der Strafverfolgung zu vermitteln. Der Gesetzgeber sollte sich bei der Ausgestaltung von Regelungen weniger um populistische Wirkungen sorgen, sondern mehr um eine konsistente, möglichst widerspruchsfreie Regelung kümmern.

Für eine andere Bemessung des Hinterziehungszinses als der für die Vollverzinsung geltende Zins spricht aber, dass ein Steuerhinterzieher, der einen Steuerschaden verursacht, vorsätzlich die rechtzeitige Festsetzung und Erhebung des an sich gesetzlich geschuldeten Steuerbetrags vereitelt. Auch wenn seine tatbestandliche Handlung nicht in der nicht rechtzeitigen Zahlung von fälligen Steuern liegt,⁶³ kann der Belastungsgrund für die Festsetzung von Hinterziehungszinsen in der zumindest *verzugsähnlichen Wirkung* der Steuerhinterziehung gesehen werden.⁶⁴ Der Nutznießer der Steuerhinterziehung erhält einen eigenmächtig auf rechtswidrige Weise bewirkten Kredit. Er ist damit vergleichbar mit einem Schuldner, der eine fällige Schuld willkürlich nicht zahlt. Für zivilrechtliche Schuldverhältnisse sieht § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB in solchen Fällen einen variablen Verzugszinssatz vor, der 5% über dem jeweiligen Basiszins liegt. An diesen Zinssatz, der den als sachgerecht anzusehenden Aufschlag für den Stundungszins übersteigt (dazu s.u. III. 4. b)), könnte sich der Gesetzgeber folgerichtig orientieren. Der dadurch entstehende Unterschied zum Stundungszins rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass es ein Unterschied ist, ob ein Stpfl. dem Staat eigenmächtig die nach dem Gesetz geschuldete Steuer

55 FG Berlin-Brandenburg vom 15.01.2014 – 3 K 3079/13, EFG 2014 S. 724 (725 f.) mit Anm. Kuhfús.

56 *Melan*, FR 2018 S. 577 (580).

57 *Drüen*, FR 2014 S. 218 (220).

58 *Seer*, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 21.315.

59 *So RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG*, BT-Drucks. 20/1633 S. 22.

60 *Loose*, in: *Tipke/Kruse*, § 235 AO Rn. 1 (Mai 2022).

61 *Heuermann*, in: *HHSp*, § 235 AO Rn. 8 (Apr. 2021).

62 *So RegBegr. zum Entwurf eines 2. AOÄndG*, BT-Drucks. 20/1633 S. 11.

63 *Heuermann*, in: *HHSp*, § 235 AO Rn. 9.

64 *In der Rspr. zum früheren StSäumnisG* ist die Rechtsnatur der Hinterziehungszinsen sogar ausdrücklich als Verzugszinsen bezeichnet worden: *BFH* vom 07.11.1973 – I R 92/72, *BStBl.* II 1974 S. 125 = *DB* 1974 S. 416.

vorenthält (vgl. zum Säumniszuschlag noch unter III. 5.) oder ihm diese auf einen gestellten Antrag hin im Wege einer staatlichen Billigkeitsmaßnahme gestundet wird.

d) Prozesszinsen auf Erstattungsbeträge (§ 236 AO)

Die Neuregelung hat auch an den Prozesszinsen auf Erstattungsbeträge nichts geändert. Diese können gem. § 236 Abs. 1 Satz 1 AO für den Zeitraum vom Tag der Rechtshängigkeit der Klage bis zum Auszahlungstag der Erstattung entstehen. Der Normanwendungsbereich bezieht sich grds. auf alle Arten von Steuern i.S.d. § 3 Abs. 1 AO und damit auch auf die derzeit von der Vollverzinsung erfassten Steuern (ESt, KSt, GewSt, USt). § 236 AO gewährt dem Erstattungs- oder Vergütungsgläubiger zumindest für die Zeit ab Rechtshängigkeit der Klage eine besondere Entschädigung für das Vorenthalten des Kapitals.⁶⁵ Eine Rechtfertigung für die Beibehaltung des hohen Erstattungszinses von 0,5% p.m. könnte darin liegen, dass Prozesszinsen im Zivilrecht gem. § 291 Satz 2 i.V.m. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB grds. wie Verzugszinsen bemessen werden. Die Idee ist, den Gläubiger durch einen dem Verzugszins entsprechenden Risikozuschlag dafür zu entschädigen, dass ihn der Schuldner zu einem ggf. mit Kosten belasteten Prozess gezwungen hat, um die berechtigte Forderung durchzusetzen.⁶⁶ Will man dem folgen, wäre es konsequent, den Zuschlagsatz mit fünf Prozentpunkten zum variablen Basiszins zu bemessen.

Die Regelung führt im Bereich der vollverzinsten Steuerarten dazu, dass derselbe Anspruch aus dem Schuldverhältnis unterschiedlich verzinst wird, je nachdem, in welcher Phase sich das Verfahren befindet. Im Verhältnis zur Vollverzinsung genießen die Prozesszinsen auf Erstattungen gegenüber der Vollverzinsung Vorrang; sollten Zinsen i.S.d. § 233a AO festgesetzt worden sein, sind diese gem. § 236 Abs. 4 AO anzurechnen. Solange die Frage nach der richtigen Steuerfestsetzung sich noch im außergerichtlichen Verfahren (einschließlich des Einspruchsverfahrens) befindet, findet ein Zinssatz von 0,15% Anwendung. Ab Rechtshängigkeit des gerichtlichen Verfahrens erhöht er sich dann plötzlich auf 0,5%. Noch krasser ist der Unterschied bei anderen Steuerarten, wo Erstattungsansprüche außerhalb des Gerichtsverfahrens überhaupt nicht verzinst werden. Zudem gilt § 236 AO nur für Erstattungs-, nicht aber für Nachzahlungszinsen des Staates. Ob der Risikoausgleichsgedanke des § 291 BGB diese isolierte, privilegierende Sonderbehandlung von Erstattungszinsen gegenüber Nachzahlungszinsen trägt, ist fraglich. Jedenfalls führt sie zu einer Verkomplizierung, die durch generelle Übernahme des Zinssatzes des § 238 Abs. 1a AO n.F. vermieden werden könnte.

5. Säumniszuschlag (§ 240 AO)

Unangetastet geblieben ist schließlich auch der Säumniszuschlag, der nach § 240 Abs. 1 Satz 1 AO für jeden angefangenen Monat der Säumnis 1% beträgt. Auch wenn der Säumniszuschlag gesetzessystematisch in einem von den Zinsen getrennten Unterabschnitt platziert worden ist und gern als „Druckmittel eigener Art“ bezeichnet wird,⁶⁷ besitzt er dane-

ben einen *Zinersatzcharakter*.⁶⁸ Ob dieser Zweck nun ein Haupt- oder nur ein Nebenzweck⁶⁹ ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls enthält der Säumniszuschlag einen finanziellen Ausgleich dafür, dass der Steuerschuldner trotz Fälligkeit der Steuerschuld nicht zahlt. Dies ist genau die Situation, in der an sich ein Verzugszins i.S.d. § 288 Abs. 1 BGB greifen müsste. An dessen Stelle tritt im Steuerschuldrecht der Säumniszuschlag, der die Funktion des Verzugszinses zumindest mitübernimmt. Wird die Fälligkeit durch Stundung oder AdV hinausgeschoben, greifen die Zinstatbestände der §§ 234, 237 AO. Der Fall der Nichtzahlung trotz Fälligkeit ist, vom Fall der Steuerhinterziehung (Hinterziehungszins nach § 235 AO) abgesehen, in keinem Zinstatbestand geregelt, sondern wird im Anschluss daran durch den Säumniszuschlag mit *Verzugszinsfunktion* durch § 240 AO erfasst.

Auf der Grundlage dieser Konzeption des Säumniszuschlags hat der BFH (auch) nach der Veröffentlichung des Beschlusses des BVerfG vom 08.07.2021 mehrfach ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Höhe des Säumniszuschlags geäußert, weil dem Säumniszuschlag nicht nur die Funktion eines Druckmittels, sondern auch eines Zinersatzes zukommt.⁷⁰ Die Zweifel beziehen sich darauf, dass die Rspr. typischerweise davon ausgeht, dass der 1%ige Säumniszuschlag einen Zinsanteil von typischerweise 0,5% p.m. enthält. Wenn der Zinssatz für die Vollverzinsung i.H.v. 0,5% kapitalmarktfrem und gleichheitswidrig zu hoch bemessen ist, spreche einiges dafür, dies auch für den im Säumniszuschlag enthaltenen Zinsanteil anzunehmen. Dabei ist der BFH in seinen Beschlüssen der Auffassung, dass der Säumniszuschlag nur in vollem Umfang verfassungswidrig oder verfassungskonform sein könne, und versagt sich damit einer geltungserhaltenden Reduktion der Höhe des Säumniszuschlags.

Da der Säumniszuschlag i.S.d. § 240 AO zu seiner hoheitlichen Durchsetzung gem. § 218 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 AO keines Verwaltungsakts bedarf, kann Steuerschuldner, die von einem Säumniszuschlag nach dem 01.01.2019 betroffen sind, ein Antrag auf Erlass eines Abrechnungsbescheids nach § 218 Abs. 2 AO, der angefochten werden kann und nach § 361 Abs. 2 AO aussetzungsfähig ist, empfohlen werden. Dadurch lässt sich die Last der Säumniszuschläge unter Berufung auf die Beschlüsse des FG Münster zumindest aufschieben. Angesichts des Verzinsungsverbots des § 233 Satz 2 AO wird eine später zu erfüllende Forderung auf die Säumniszuschläge nicht verzinst, sodass kein mit dem Aussetzungsantrag verbundener Nachteil zu befürchten ist.⁷¹

Bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Lage ist zu berücksichtigen, dass der Säumniszuschlag funktional einen Verzugszins ersetzt. Orientiert man sich an der zivilrecht-

68 St. Rspr.: BFH vom 23.05.1985 – V R 124/79, BStBl. II 1985 S. 489 (492); BFH vom 22.06.1990 – III R 150/85, BStBl. II 1991 S. 864 (866) = DB 1990 S. 2052; BFH vom 16.07.1997 – XI R 32/96, BStBl. II 1998 S. 7 (8) = DB 1998 S. 116; BFH vom 24.04.2014 – V R 52/13, BStBl. II 2015 S. 106 = DB 2014 S. 1661, Rn. 13.

69 Heuermann, in: HHSp, § 240 AO Rn. 13, spricht von einem „sekundären“ Zweck; Loose in: Tipke/Kruse, § 240 AO Rn. 1 (Okt. 2019), gar nur von einem „Nebeneffekt“.

70 BFH vom 30.06.2020 – VII R 63/19, BStBl. II 2021 S. 191, Rz. 23; BFH vom 31.08.2021 – VII B 69/21, n.v.; BFH vom 23.05.2022 – V B 4/22, DB 2022 S. 1812, Rz. 46 f.

71 Wer den Antrag auf Erlass eines Abrechnungsbescheids i.S.d. § 218 Abs. 2 AO nicht stellt, verliert mangels bestandskräftigen Verwaltungsakts nicht die Möglichkeit späteren Rechtsschutzes. Falls das BVerfG auch den Säumniszuschlag in Musterverfahren (rückwirkend) für verfassungswidrig erklären sollte, könnte auch später noch ein Erstattungsanspruch geltend gemacht werden. Dieser auf eine steuerliche Nebenleistung gerichtete Erstattungsanspruch würde aber nicht verzinst. Zudem wäre darauf zu achten, dass keine Zahlungsverjährung i.S. der §§ 228 ff. AO eintritt.

65 BFH vom 16.11.2000 – I R 31/00, BStBl. II 2002 S. 119 (120); BFH vom 29.08.2012 – II R 49/11, BStBl. II 2013 S. 104 Rn. 10.

66 Feldmann, in: Staudinger, 2019, § 291 BGB Rn. 1, 21.

67 So etwa Heuermann, in: HHSp, § 240 AO Rn. 11 (Aug. 2021).

lichen Regelung des § 288 BGB über Verzugszinsen, wäre der Basiszins zzgl. 5% (derzeit also $-0,88\% + 5\% = 4,12\%$ p.a., also ca. $0,35\%$ p.m.) zur Berücksichtigung des Zinsanteils angemessen. Der darüber hinausgehende Druckmittelanteil betrüge bei dieser Betrachtungsweise $0,65\%$ p.m. Dieser Anteil liegt jedenfalls nicht evident außerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums, um säumige Schuldner zur Zahlung von Steuerschulden zu bewegen. Die Verfassungswidrigkeit der Regelung kann daher m.E. weniger aus der Höhe des Säumniszuschlags, sondern mehr aus seiner intransparenten Ableitung folgen. Mindestens de lege ferenda sollte das Gesetz Zins- und Druckmittelanteil eindeutig und getrennt ausweisen. Dies könnte etwa durch einen weiteren Zuschlag zum am Basiszins orientierten Verzugszins geschehen. Auf dieser Grundlage gelänge man derzeit zu einer Summe aus Verzugszins von $0,35\%$ p.m. + $0,5\%$ p.m. Druckmittel = $0,85\%$ p.m.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Der Vollverzinsungssatz des § 238 Abs. 1a AO n.F. i.H.v. $0,15\%$ p.m. ist eine verfassungsrechtlich vertretbare Typisierung des durch eine spätere Steuerfestsetzung entstehenden wirtschaftlichen Vor- oder Nachteils des Stpfl. Unschärf bleibt allerdings seine Ableitung als Mittelwert zwischen marktüblichen Haben- und Sollzinsen. Statt mit der Regierungsbegründung für Sollzinsen auf den Mittelwert von besicherten/unbesicherten Konsumtenkrediten abzustellen, hätte die Anknüpfung an kurzfristige Unternehmenskredite näher gelegen.
2. Der Vollverzinsungssatz unterscheidet weiterhin nicht zwischen Nachzahlungs- und Erstattungsinsen. Dies trägt zur Verwaltungsvereinfachung bei und ist verfassungsrechtlich zulässig. Allerdings nimmt die Regelung damit Zinsarbitragewirkungen in Kauf, die sich durch eine unterschiedliche Bemessung von Nachzahlungs- und Erstattungsinsen hätten verringern lassen.
3. Im Kontrast zur einheitlichen Zinshöhe für Nachzahlungs- und Erstattungsinsen steht es, dass § 233a AO an der verkomplizierenden Sollverzinsung bei Nachzahlungszinsen mit einschränkender Ist-Verzinsung für Erstattungsinsen festhält. Die Sollverzinsung sollte durch eine konsequente Ist-Verzinsung der Steueransprüche ersetzt werden, die rechnerisch bereits mit der Steuerentstehung greift. Die verwaltungsvereinfachende Karenzzeitregelung ließe sich zu einer programmierbaren Freigrenzenregelung umgestalten, die die verzerrende Effektivzinswirkung der derzeitigen Karenzzeitregelung vermeidet.
4. Die vom BVerfG geforderte regelmäßige Anpassung an die Kapitalmarktentwicklung verwirklicht § 238 Abs. 1c AO n.F. nicht durch eine an sich sachgerechte variable (automatische) Anknüpfung an den Basiszins i.S. des § 247 BGB, sondern nur durch eine turnusmäßige Evaluierung. Immerhin hat diese sich dann aber an der Entwicklung des Basiszinses zu orientieren. Unklar bleiben dabei aber die konkreten Kautelen der Anpassung, die in der Gesetzesbegründung nur angedeutet werden. Diese hätten sich in einer jew. zum 01.01. wirkenden, automatischen Anpassungsklausel mit einem eindeutigen Zuschlagsatz und einer Schwellengröße auf kalkulierbare und zugleich vollzugspraktische Weise ohne Weiteres einbinden lassen.
5. § 233a Abs. 8 AO n.F. erlaubt nun ausdrücklich außerhalb der Fälligkeit freiwillige Zahlungen des Stpfl., die einen potenziellen Nachzahlungszins mindern. Insoweit statuiert die Vorschrift nunmehr eine Zinsverzichts- bzw. Zinserslasspflicht. Allerdings steht diese ihrerseits nach dem Wortlaut der Norm unter dem

pflichtgemäßen Annahmeerlassen der Finanzbehörde. Entgegen der Regierungsbegründung ist aber kein legitimes Interesse des Staates zur Annahmeverweigerung erkennbar, sodass sich das pflichtgemäße Ermessen – jedenfalls im Regelfall – auf Null reduziert.

6. Erstattungsinsen i.H.v. $0,5\%$ p.m., die bis zur Veröffentlichung des Beschlusses des BVerfG vom 08.07.2021 (= 18.08.2021) durch einen Zinsbescheid zugunsten des Steuerschuldners festgesetzt worden sind, unterfallen der den Erstattungsgläubiger schützenden Regel des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO. Der Vertrauensschutz wirkt auch, wenn und soweit die Bescheide nach § 164 AO unter dem Vorbehalt der Nachprüfung oder nach § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO vorläufig ergangen sind. Darin ändert auch eine z.B. nach einer Außenprüfung später erfolgende Korrektur des zinsauslösenden Steuerbescheids nichts. Nur soweit sich der Erstattungsinsen nach dem 18.08.2021 erhöht oder erstmals festgesetzt wird, findet (ggf. rückwirkend zum 01.01.2019) der reduzierte Zinssatz i.H.v. $0,15\%$ p.m. gem. § 238 Abs. 1a AO n.F. Anwendung.
7. Die Beibehaltung des Zinssatzes von $0,5\%$ nach § 238 Abs. 1 AO ist für Aussetzungszinsen i.S.d. § 237 AO sachlich nicht gerechtfertigt und verfassungswidrig. Dagegen ist ein gegenüber der Vollverzinsung erhöhter Stundungszins (§ 234 AO) vor dem Hintergrund zulässig, dass der Vergleichsmaßstab für den Vorteilsausgleich kein Habenzins, sondern nur ein Sollzins sein kann. Angesichts des in § 222 Satz 2 AO für den Regelfall statuierten Sicherheitenanfordernisses ist dabei aber von einer besicherten kurzfristigen Finanzierung auszugehen.
8. Ein erhöhter Hinterziehungszins (§ 235 AO) ist vor dem Hintergrund einer vorsätzlichen, eigenmächtigen Kreditierung durch den Steuerhinterzieher gerechtfertigt. Maßgröße kann dafür der Verzugszins i.S.d. § 288 BGB sein. Im Lichte des Doppelbestrafungsverbots (Art. 103 Abs. 3 GG Art. 50 GrCh) ist ein zusätzliches pönalisierendes Element aber unzulässig.
9. Der Säumniszuschlag (§ 240 AO) besitzt eine Verzugszinsfunktion. Darüber hinaus ist er aber auch ein besonderes verwaltungsrechtliches Druckmittel. Er darf daher in seiner Höhe über dem Verzugszins i.S.d. § 288 BGB liegen. Aufgrund der Verzugszinsfunktion müssen sich aber zumindest signifikante Kapitalmarktänderungen auch auf die Höhe des Säumniszuschlags auswirken. Dem widerspricht es, wenn der Säumniszuschlag über Jahrzehnte hinweg unabhängig von der Kapitalmarktentwicklung kurzerhand mit 1% für jeden angefangenen Monat der Säumnis bemessen wird. Vorzugswürdig ist eine transparente Regelung, die zwischen einem variablen Verzugszins und einem festen Druckmittelzuschlag unterscheidet.
10. Wenig überzeugend ist es schließlich, an der hohen Verzinsung von Erstattungsansprüchen der Stpfl. (§ 236 AO) ab Rechtshängigkeit in einem gerichtlichen Verfahren festzuhalten. Sie mag die Rechtfertigung des § 291 Satz 2 BGB aufgreifen, wäre dann aber konsequenterweise ebenfalls an den Verzugszins nach § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB zu knüpfen. Aus Vereinfachungsgründen kann aber auch der für die Vollverzinsung geltende Zinssatz übernommen werden.

Redaktionelle Hinweise:

- Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verzinsung ab 01.01.2019 vgl. *Dräger/Dorn*, DB 2022 S. 569 = DB1400463;
- zur Verfassungswidrigkeit der Verzinsung von Steuernachforderungen ab 2014 und zur Kritik an der möglichen rückwirkenden Anwendung einer Neuregelung vgl. *Eppler/Dorn*, DB 2021 S. 1986 = DB1376231.