

RECHTSGUTACHTEN

zu

Verfassungsfragen inkongruenter (nachgelagerter) Besteuerung von Alterseinkünften aus der gesetzlichen Rentenversicherung

erstattet

für

IG Metall

Wilhelm-Leuschner-Str. 79

60329 Frankfurt am Main

von

Univ.-Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen

Ordinarius für Steuerrecht und Öffentliches Recht
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

unter Mitarbeit von

Ass. iur. **Fabian Janisch**

Februar 2019

Inhaltsverzeichnis

A. Problemstellung und Gutachtauftrag	1
B. Verfassungsrechtliches Verbot der doppelten Besteuerung.....	2
I. Begriff der doppelten Besteuerung	3
II. Verfassungsrechtliche Herleitung	4
1. Ableitung des Verbots aus Art. 3 Abs. 1 GG	4
a) Leistungsfähigkeitsprinzip und Folgerichtigkeit.....	4
b) Zeitbezug der Leistungsfähigkeit: intertemporale Korrespondenz	6
2. Ableitung des Verbots aus Art. 14 GG	7
III. Prüfungsmaßstäbe zur verfassungsrechtlichen Beurteilung.....	8
IV. Beobachtungs- und Anpassungspflicht des Gesetzgebers	10
C. Auswirkungen der neuen, nachgelagerten Besteuerung	10
I. Gesetzliche Normierung und Folgen der nachgelagerten Besteuerung	11
1. Modell der nachgelagerten Besteuerung	11
2. Gesetzliche Grundlagen	12
a) Besteuerung der Rente	12
b) Rentenversicherungsbeiträge als beschränkt abziehbare Sonderausgaben	14
aa) Rechtsnatur der Altersvorsorgeaufwendungen.....	14
bb) Betragsmäßige Begrenzung der Abzugsfähigkeit	15
3. Verfassungsgemäßheit der nachgelagerten Besteuerung als solcher	16
II. Rechnerische Ermittlung der Vergleichsgrößen und einer doppelten Besteuerung.....	17
1. Bewertung: Nominalwertprinzip.....	18
2. Beitragsphase: Ermittlung der bereits versteuerten Rentenversicherungsbeiträge ..	18
a) Beitragsleistungen in der Erwerbsphase	19
b) Arbeitgeberanteil als steuerfreie Beitragsleistung.....	20
c) Sonderausgabenabzug für (Alters-)Vorsorgeaufwendungen	20
aa) Veranlagungszeiträume ab 2005 – nach Inkrafttreten des AltEinkG	21
bb) Veranlagungszeiträume bis 2004 – vor Inkrafttreten des AltEinkG	21

(1)	Ermittlung der unversteuerten Altersvorsorgeaufwendungen.....	22
(a)	Rangfolge der gesetzlichen Sozialversicherung	22
(b)	Berücksichtigung von (kapitalbildenden) Lebensversicherungen	24
(c)	Berücksichtigung von sonstigen Vorsorgeaufwendungen.....	25
(d)	Zwischenfazit	26
(2)	Sonderfragen bei zusammenveranlagten Steuerpflichtigen	26
(a)	Zuordnung des verdoppelten Sonderausgabenabzugs	27
(b)	Zuordnung der geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen beim Tod.....	28
(c)	Zuordnung der geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen bei der Scheidung.....	28
cc)	Veranlagung zur Einkommensteuer von 0 DM/Euro	29
3.	Rentenbezugsphase: Ermittlung des steuerfreien Rentenzuflusses.....	31
a)	Jahresbetrag der Rente	31
b)	Ermittlung des steuerfreien Rentenzuflusses	31
aa)	Werbungskosten-Pauschbetrag (§ 9a Satz 1 Nr. 3 EStG)	32
bb)	Sonderausgaben-Pauschbetrag (§ 10c EStG)	33
cc)	Grundfreibetrag (§ 32a Abs. 1 Nr. 1 EStG).....	34
dd)	Sonderausgabenabzug (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 und 3a EStG).....	35
ee)	Steuerbefreiter Zuschuss zur Krankenversicherung (§ 3 Nr. 14 EStG)	37
ff)	Zwischenfazit.....	37
c)	Rentenbezugsdauer.....	38
4.	Bagatellgrenze und Verfassungswidrigkeit wegen doppelter Besteuerung	39
a)	Verfassungsverstoß wegen doppelter Besteuerung	39
b)	Keine Bagatellgrenze bei der individuellen Besteuerung des Einzelfalls.....	43
III.	Zusammenfassung	45
D.	Leitlinien für die Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs.....	45
I.	Zeitpunkt der Rügemöglichkeit.....	46
II.	Nachweisfragen	47

III. Rechtsschutz: Rechtsbehelfe und notwendigen Unterlagen zum Nachweis	48
1. Antrag auf Erlass einer Billigkeitsmaßnahme.....	48
2. Notwendigkeit des „doppelten“ Einspruchs.....	50
3. Keine verfassungsrechtliche Überprüfung beim Billigkeitserlass	50
4. Notwendige Unterlagen zum Nachweis der doppelten Besteuerung	51

Literaturverzeichnis

Birk, Dieter / Desens, Marc / Tappe, Henning, Steuerrecht, 21. Aufl. 2018 (zitiert: *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht²¹, 2018)

Blümich, Walter (Begr.), EStG/KStG/GewStG Kommentar, hrsg. von Bernd Heuermann und Peter Brandis, 143. Ergänzungslieferung August 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in Blümich)

Brall, Natalie / Bruno-Latocha, Gesa / Lohmann, Albert, Abschlussbericht der Besteuerungskommission – Kritik und Lösungsvorschläge –, DRV 2003, 465-487

Brall, Natalie / Bruno-Latocha, Gesa / Lohmann, Albert, Steuerliche Behandlung der Altersvorsorge nach dem Entwurf des Alterseinkünftegesetzes, DRV 2003, 673-692

Brühl, Manuel / Süß, Christian, Die neuen §§ 163 und 89 AO: Alte Probleme beseitigt – neue geschaffen?, DStR 2016, 2617-2623

Desens, Marc, Einkommensbegriffe und Einkunftsarten – Wie kann eine Reform gelingen?, in DStJG 38 (2014): Erneuerung des Steuerrechts, hrsg. von Monika Jachmann, S. 95-136 (zitiert: *Desens*, in DStJG 38 (2014))

Dorenkamp, Christian, Nachgelagerte Besteuerung von Einkommen, Diss., 2004 (zitiert: *Dorenkamp*, Nachgelagerte Besteuerung, 2004)

Drüen, Klaus-Dieter, Typus und Typisierung im Steuerrecht, StuW 1997, 261-274

Drüen, Klaus-Dieter, Periodengewinn und Totalgewinn: Zum Einfluss des Totalgewinngedankens auf die steuerrechtliche Gewinnermittlung, Diss. 1998 (zitiert: *Drüen*, Periodengewinn und Totalgewinn, 1998)

Drüen, Klaus-Dieter, Haushaltsvorbehalt bei der Verwerfung verfassungswidriger Steuergesetze?, FR 1999, 289-294

Drüen, Klaus-Dieter, Zum Gutglaubensschutz im Umsatzsteuerrecht, DB 2010, 1847-1850

Drüen, Klaus-Dieter, Bemessungsgrundlage, in Festschrift für Paul Kirchhof: Leitgedanken des Rechts, hrsg. von Hanno Kube, Rudolf Mellinghoff, Gerd Morgenthaler, Ulrich Palm, Thomas Puhl und Christian Seiler, 2013, S. 1709-1720, § 158 (zitiert: *Drüen*, in FS Kirchhof, § 158)

Drüen, Klaus-Dieter, Verfassungsrechtliche Positionen zur Mindestbesteuerung, FR 2013, 393-401

Drüen, Klaus-Dieter, Richterseminar K: Effektiver Rechtsschutz für Steuerpflichtige – Garantie und Herausforderungen, IStR 2015, 609-616

Eichenhofer, Eberhard / Rische, Herbert / Schmähl, Winfried (Hrsg.), Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung SGB VI, 2. Aufl. 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in E/R/S², Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung SGB VI², 2012)

Epping, Volker / Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 39. Edition 15.11.2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG)

Fischer, Peter, Altersvorsorge und Altersbezüge, in DStJG 24 (2001): Besteuerung von Einkommen, hrsg. von Iris Ebling, S. 463-506 (zitiert: *Fischer*, in DStJG 24 (2001)).

Förster, Jutta, Das Alterseinkünftegesetz auf dem Prüfstand des Bundesfinanzhofs, DStR 2009, 141-147

Förster, Jutta, Begrenzte Abziehbarkeit der Altersvorsorgeaufwendungen: verfassungsgemäß trotz aller Bedenken, DStR 2010, 137-144

Gräber, Fritz (Begr.), Finanzgerichtsordnung mit Nebengesetzen, Kommentar, 8. Aufl. 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in *Gräber*, FGO⁸, 2015)

Gröpl, Christoph, Intertemporale Korrespondenz und konsumorientierte Betrachtungsweise im System des geltenden Einkommensteuerrechts, FR 2001, 568-576

Gröpl, Christoph, Verfassungsrechtliche Vorgaben für intertemporale Korrespondenz und konsumorientierte Betrachtungsweise im Einkommensteuerrecht, FR 2001, 620-628

Heine, Wolfgang, Die Neuordnung der Besteuerung systemvermittelter Altersrenten, ZRP 2002, 479-487

Herrmann, Carl / Heuer, Gerhard / Raupach, Arndt, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz Kommentar, 287. Lieferung September 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in *H/H/R*)

Hey, Johanna, Verfassungswidrige Doppelbesteuerung im Übergang zur nachgelagerten Besteuerung, DRV 2004, 1-14

Hopf, Nadine, Das Verbot der doppelten Besteuerung bei Alterseinkünften, Diss., 2008 (zitiert: *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008)

Hübschmann, Walter / Hepp, Ernst / Spitaler, Armin, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 250. Aktualisierung 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*)

Intemann, Jens / Cöster, Thilo, Altersvorsorgeaufwendungen als Werbungskosten? - Eine Diskussion aus steuersystematischer Sicht, DStR 2005, 1921-1926

Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts V, 3. Aufl. 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in *Isensee/Kirchhof*, HdbStR V³, 2007)

Ismer, Roland, Prinzipien der Einkünfteermittlung – Periodizitätsprinzip, in DStJG 34 (2011): Einkünfteermittlung, hrsg. von Johanna Hey, S. 91-120 (zitiert: *Ismer*, in DStJG 34 (2011))

Jachmann, Monika, Nachhaltige Entwicklung und Steuern, 2003

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl. 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in *Jarass/Pieroth*, GG¹⁵, 2018)

Karrenbrock, Holger, Ermittlung der Doppelbesteuerung, DStR 2018, 844-851

Kirchhof, Paul (Hrsg.), Einkommensteuergesetz. Kommentar, 17. Aufl. 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in *Kirchhof*¹⁷, 2018)

Kirchhof, Paul / Söhn, Hartmut / Mellinshoff, Rudolf, Einkommensteuergesetz Kommentar, 292. Aktualisierung November 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in *K/S/M*)

Kirchhof, Paul, Bundessteuergesetzbuch: ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts, 2011 (zitiert: *P. Kirchhof*, Bundessteuergesetzbuch)

- Klein, Franz* (Begr.), Kommentar der Abgabenordnung einschließlich Steuerstrafrecht, 14. Aufl. 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in Klein, AO¹⁴, 2018)
- Knichrehm, Sabine / Kreikebohm, Ralf / Waltermann, Raimund* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 5. Auflage 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in K/K/W, Kommentar zum Sozialrecht⁵, 2017)
- König, Ulrich* (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in König, AO³, 2014)
- Körner, Anne / Leitherer, Stephan / Mutschler, Bernd / Rolfs, Christian* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 101. Ergänzungslieferung September 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in K/L/M/R, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht)
- Kube, Hanno*, Die intertemporale Verlustverrechnung - Verfassungsrechtlicher Rahmen und legislativer Gestaltungsraum, DStR 2011, 1781-1792
- Kulosa, Egmont*, Verfassungsfragen der Rentenbesteuerung – bereits geklärte und noch offene Frage, DStR 2018, 1413-1417
- Lehner, Moris*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Grundfreibetrages in den Jahren 1978 bis 1984, 1986, 1988 und 1991, DStR 1992, 1641-1644
- Levedag, Christian*, Das Alterseinkünftegesetz vor dem BFH, NWB 2009, 1330-1338
- Littmann, Eberhardt / Bitz, Horst / Pust, Hartmut*, Kommentar zum Einkommensteuerrecht, 130. Ergänzungslieferung, September 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in L/B/P)
- Mayer, Christian*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1999
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, 84. Lieferung, August 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in Maunz/Dürig)
- Mellinghoff, Rudolf*, Das Verhältnis der Erbschaftsteuer zur Einkommen- und Körperschaftsteuer, in DStJG Band 22 (1999): Steuern auf Erbschaft und Vermögen, hrsg. von Dieter Birk, S. 127-176 (zitiert: *Mellinghoff*, in DStJG 22 (1999))
- Mentzel, Moritz*, Das Periodizitätsprinzip und alternative Besteuerungsmodelle, Diss., 2016 (*Mentzel*, Periodizitätsprinzip, 2016)
- Mittelsten Scheid, Stephan*, Reform der Altersbesteuerung: Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen, Diss., 2004 (zitiert: *Mittelsten Scheid*, Reform der Altersbesteuerung, 2004)
- Modrzejewski, Matthias*, Existenzsicherung in Ehe und Familie im Einkommensteuerrecht: Eine Neuausrichtung des subjektiven Nettoprinzips, Diss., 2018 (zitiert: *Modrzejewski*, Existenzsicherung in Ehe und Familie im Einkommensteuerrecht, 2018)
- Moes, Christoph*, Die Steuerfreiheit des Existenzminimums vor dem Bundesverfassungsgericht, Diss., 2011 (zitiert: *Moes*, Steuerfreiheit des Existenzminimums vor dem Bundesverfassungsgericht, 2011)
- Musil, Andreas*, Verfassungs- und europarechtliche Probleme des Alterseinkünftegesetzes, StuW 2005, 278-288

- Ring, Gerhard*, Grundzüge des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung in Deutschland, JA 2018, 87-95
- Risthaus, Anne*, Die Änderungen in der privaten Altersversorgung durch das Alterseinkünftegesetz (Teil I), DB 2004, 1329-1340
- Risthaus, Anne*, Die Änderungen in der privaten Altersversorgung durch das Alterseinkünftegesetz (Teil II), DB 2004, 1383-1388
- Ruland, Franz*, Zur Neuordnung der steuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, in Festschrift für Peter Selmer: Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, hrsg. von Lerke Osterloh, Karsten Schmidt und Herman Weber, 2004, S. 889-910 (zitiert: *Ruland*, in FS Selmer).
- Ruland, Franz / Rürup, Bert* (Hrsg.), Alterssicherung und Besteuerung, 1. Aufl. 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008)
- Rürup, Bert / Altenhoefer, Klaus / Bareis, Peter / Rische, Herbert / Schreiber, Hans / Söhn, Harmut*, Abschlussbericht der Sachverständigenkommission zur Neuordnung der steuerlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, BMF-Schriftenband 74, 2003 (zitiert: Abschlussbericht der Sachverständigenkommission, BMF-Schriftenband 74, 2003)
- Rürup, Bert / Rische, Herbert*, Stellungnahme zum Problem der Zweifachbesteuerung im Alterseinkünftegesetz an das Bundesministerium der Finanzen, 2007 (zitiert: *Rürup/Rische*, Stellungnahme zum Problem der Zweifachbesteuerung im Alterseinkünftegesetz, 2007)
- Schaumburg, Harald* (Hrsg.), Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017
- Schild, Stefanie*, Sonderausgaben als Kategorie des Einkommensteuerrechts, Diss., 2017 (zitiert: *Schild*, Sonderausgaben als Kategorie des Einkommensteuerrechts, 2017)
- Schmidt, Einkommensteuergesetz. Kommentar, hrsg. von Heinrich Weber-Grellet, 37. Aufl. 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in Schmidt³⁷, 2018)
- Scholz, Stephan*, Besteuerung der betrieblichen Altersversorgung in Europa, 2006 (zitiert: *Scholz*, Besteuerung der betrieblichen Altersvorsorge, 2016)
- Schuster, Silvia*, Doppelte Besteuerung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, jM 2017, 119-122
- Schuster, Silvia*, Besteuerung der Sozialversicherungsrenten – Verbot der doppelten Besteuerung, DStR 2018, 2106-2111
- Schwarz, Bernhard / Pahlke, Armin* (Hrsg.), AO/FGO Kommentar, 182. Aktualisierung 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in Schwarz/Pahlke)
- Seer, Roman*, Die Besteuerung der Alterseinkünfte und das Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG), StuW 1996, 323-336
- Seiler, Christian*, Prinzipien der Einkünfteermittlung – Objektives Nettoprinzip, in DStJG 34 (2011): Einkünfteermittlung, hrsg. von Johanna Hey, S. 61-89 (zitiert: *Seiler*, in DStJG 34 (2011)]

Siepe, Günter / Siepe, Werner, Studie zur Doppelbesteuerung von Neurenten ab 2015 – Analyse, Kritik und Handlungsoptionen für eine Neuordnung, 2016, Berlin (zitiert: *Siepe/Siepe*, Studie zur Doppelbesteuerung von Neurenten ab 2015, 2016)

Söhn, Hartmut, Verfassungsrechtliche Bindungen bei der Beschränkung der Abzugsfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen durch Höchstbeträge, *StuW* 1990, 356-363

Stellungnahme des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen (Alterseinkünftegesetz) vom 9. Dezember 2003 anlässlich der Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 28. Januar 2004 (zitiert: Stellungnahme des VDR, 28.1.2004)

Stiftung Warentest, Finanztest 7/2006, abgerufen unter: <https://www.test.de/Gesetzliche-Rentenversicherung-Die-Generationensteuer-1386810-2386810/> am 27.11.2018 (zitiert: Stiftung Warentest, Finanztest 7/2006)

Stützel, Dieter, Gleichheitswidrige und doppelte Besteuerung der Renten festgeschrieben? Kritische Anmerkung zum BFH-Urteil vom 18.11.2009, X R 6/08, *DStR* 2010, 1545-1553

Tipke, Klaus / Kruse, Heinrich Wilhelm (Begr.), Kommentar zur AO und FGO, 153. Aktualisierung September 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in Tipke/Kruse)

Tipke, Klaus, Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. 2003 (zitiert: *Tipke*, *StRO II*², 2003)

Tipke/Lang, fortgeführt von Roman Seer, Johanna Hey, Heinrich Montag, Joachim Englisch und Joachim Hennrichs, *Steuerrecht*, 23. Aufl. 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in Tipke/Lang, *Steuerrecht*²³, 2018)

von Maydell, Bernd Baron / Ruland, Franz / Becker, Ulrich (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 5. Aufl. 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in v.M/R/B, *Sozialrechtshandbuch*⁵, 2012)

Weber-Grellet, Heinrich, Das Alterseinkünftegesetz, *DStR* 2004, 1721-1729

Weber-Grellet, Heinrich, Rentenbesteuerung im Lichte der neueren BFH-Rechtsprechung - Bestandsaufnahme und Systematisierung, *DStR* 2012, 1253-1259

Wittmann, Rolf, Das Markteinkommen: einfachgesetzlicher Strukturbegriff und verfassungsdirigierter Anknüpfungsgegenstand der Einkommensteuer?, Diss., 1992 (zitiert: *Wittmann*, *Das Markteinkommen*, 1992)

Zaumseil, Peter, Die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, *NJW* 2016, 2769-2774

A. Problemstellung und Gutachtenauftrag

Mit dem Gesetz zur Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen (Alterseinkünftegesetz – AltEinkG)¹ vom 5. Juli 2004 hat der Gesetzgeber die Besteuerung u.a. von Renten der gesetzlichen Rentenversicherung mit Wirkung zum 1. Januar 2005 umgestaltet und dabei die nachgelagerte Besteuerung eingeführt. Nachgelagerte Rentenbesteuerung bedeutet, dass einerseits sämtliche Rentenversicherungsbeiträge als Vorsorgeaufwendungen in der Erwerbsphase steuerlich abzugsfähig sind, andererseits sämtliche Renteneinnahmen als Versorgungsbezüge im Alter der Besteuerung unterliegen. Die nachgelagerte Besteuerung löst die bis dahin geltende Ertragsanteilsbesteuerung sukzessive ab. Während der Anteil der ansatzfähigen Altersvorsorgeaufwendungen, beginnend mit 60 Prozent im Jahr 2005, bis zum Kalenderjahr 2025 um je 2 Prozentpunkte je Kalenderjahr steigt, wachsen die Altersbezüge in einem Übergangszeitraum von 35 Jahren sukzessive in die volle Steuerpflicht hinein. Eine Zweifachbesteuerung von Einkünften soll dabei – nach der Gesetzesbegründung² – weitgehend ausgeschlossen werden, indem Rentenzahlungen in einem Umfang steuerunbelastet zufließen, der mindestens dem Umfang der aus versteuertem Einkommen geleisteten Beiträge entspricht. Der Gesetzgeber hat sich entschieden, eine typisierende und pauschalierende Regelung einzuführen und nimmt dabei – unter Hinweis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) – im Einzelfall auftretende Härten hin, weil die getroffene typisierende und pauschalierende Regelung aus seiner Sicht in ihrer Grundausrichtung für die Masse der betroffenen Fälle sachgerecht sei³.

Allerdings ist bei der nachgelagerten Besteuerung der Betrag von vorgelagert abzugsfähigen Aufwendungen für die Altersvorsorge und nachgelagert zu steuernden Altersbezügen nicht kongruent, weil rechnerisch nicht deckungsgleich. Das belegen finanzwissenschaftliche Untersuchungen⁴. In juristischer Hinsicht besteht nach einem neueren Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) erhebliche Rechtsunsicherheit. Der X. Senat des BFH postuliert in seiner Entscheidung vom 21. Juni 2016 zwar, dass eine doppelte Besteuerung in jedem Fall zu vermeiden sei, relativiert aber diesen Grundsatz insoweit, als er eine regelungsimmanente Ungleich-

¹ BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554.

² BT-Drucks. 15/2150, S. 22 ff.

³ BT-Drucks. 15/2150, S. 22 ff.

⁴ *Siepe/Siepe*, Studie zur Doppelbesteuerung von Neurenten ab 2015, 2016, und die Stellungnahme von *Rürup/Rische* zum Problem der Zweifachbesteuerung im Alterseinkünftegesetz aus dem Jahr 2007; siehe auch die Berichterstattung der ARD – Skandal um Doppelsteuer: Wie der Staat bei Rentnern zweimal kassiert (<https://www.daserste.de/information/wirtschaft-boerse/plusminus/rentenbesteuerung-100.html>, abgerufen am 28.11.2018).

behandlung fordert⁵. Außerdem wirft der Senat darüber hinaus einige zentrale Fragestellung in Bezug zur Ermittlung einer doppelten Besteuerung auf⁶, die er jedoch größtenteils unbeantwortet lässt. Zwar ist die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Vermeidung einer doppelten Besteuerung höchstrichterlich anerkannt, jedoch sind hinsichtlich der konkreten Ermittlung noch zahlreiche Frage offen. Das liegt vor allem daran, dass der BFH – auch aus Sicht des Senatsmitglieds *Kulosa*⁷ – bisher über keinen geeigneten Fall zu urteilen hatte bzw. die relevanten Fragen mangels Entscheidungserheblichkeit offenließ⁸. Soweit ersichtlich ist in diesem Zusammenhang gegenwärtig auch kein Verfahren beim X. Senat anhängig.

Aus unserer Sicht ist die Ungewissheit (endgültig) nur dann beseitigt, wenn ein höchstrichterliches Urteil zur Ermittlung der doppelten Besteuerung vorliegt. Insoweit soll dieses Rechtsgutachten Grundlage eines Musterverfahrens sein, welches zu der Gewissheit in den Rechtsfragen führen soll. Nach der verfassungsrechtlichen Herleitung des Verbots der doppelten Besteuerung (dazu sub B.) ist die (konkrete) gesetzliche Regelung zur nachgelagerten Besteuerung der Sozialversicherungsrenten darzulegen und daran zu messen (dazu sub C.). Dafür ist zu untersuchen, wie die Berechnungsgrundlagen zur Feststellung einer doppelten Besteuerung zu ermitteln sind (dazu sub C.II.). Darauf aufbauend sollen Leitlinien erarbeitet werden, die es ermöglichen, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob ein Einspruch und ggf. eine Klage Aussicht auf Erfolg hat (dazu sub D.). Im Folgenden stehen die Fragen bezüglich des sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers bzw. Rentners im Fokus, während Besonderheiten des in der gesetzlichen Rentenversicherung freiwillig versicherten Selbstständigen außen vor bleiben.

B. Verfassungsrechtliches Verbot der doppelten Besteuerung

Das Verbot der doppelten Besteuerung wird im Folgenden aus den Verfassungsvorgaben des Grundgesetzes dogmatisch hergeleitet und daraus – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG – der Prüfungsmaßstab zur verfassungsrechtlichen Beurteilung entwickelt. Zunächst bedarf es aber einer terminologischen Grundlegung.

⁵ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 23 f.

⁶ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 42, 45.

⁷ *Kulosa*, DStR 2018, 1413 (1417).

⁸ In der Entscheidung vom 21.6.2016 – X R 44/14 verwies der X. Senat des BFH zur weiteren Sachverhaltsermittlung an das FG Baden-Württemberg zurück und konnte daher viele Fragen offenlassen.

I. Begriff der doppelten Besteuerung

Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Aktivität war eine Entscheidung des BVerfG vom 6. März 2002, in der das Gericht die damals geltende (unterschiedliche) Besteuerung der gesetzlichen Renten und der Beamtenpensionen als unvereinbar mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG erklärte und dabei den Gesetzgeber aufforderte, die Besteuerung der Alters-einkünfte bis zum 1. Januar 2005 neu zu regeln⁹. In den Leitlinien, die das BVerfG dem Gesetzgeber für die Neuregelung vorgab, postulierte es das Gebot, dass „in jedem Fall die Besteuerung von Vorsorgeaufwendungen für die Alterssicherung und die Besteuerung von Bezügen aus dem Ergebnis der Vorsorgeaufwendungen so aufeinander abzustimmen sind, dass eine doppelte Besteuerung vermieden wird“¹⁰. Dabei hat das BVerfG den Begriff der doppelten Besteuerung zwar weder begrifflich noch rechnerisch konkretisiert. Es hat jedoch festgehalten, dass etwas, „was bereits der Einkommensteuer unterlegen hat, [...] kein zweites Mal, also doppelt, besteuert werden [darf]“¹¹. Mit anderen Worten dürfen dieselben Einkommensbestandteile bei demselben Steuerpflichtigen nicht wiederholt in die Bemessungsgrundlage einer bestimmten Steuerart eingehen¹². Demzufolge wird eine doppelte Besteuerung (nur) dann vermieden, wenn die Summe der steuerunbelastet bleibenden bzw. die nicht in die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer eingehenden Teile des Rentenzufusses mindestens der Summe der aus versteuertem Einkommen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen entspricht¹³. Insoweit besteht kein Unterschied zu der Berechnungstechnik des Gesetzgebers (s. bereits A.)¹⁴. Allerdings unterscheiden sich die Berechnungsgrundlagen (dazu sub C.II).

Hinsichtlich der Bezeichnung des Verbots sind neben dem der doppelten Besteuerung sowohl die Begriffe der Doppelbesteuerung¹⁵ als auch der Doppelbelastung¹⁶ geläufig. Während der Begriff der Doppelbelastung die Thematik zutreffend beschreibt, weil es sich um eine steuer-

⁹ BVerfG, Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73.

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 224.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 189.

¹² *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (846); ähnlich *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (478).

¹³ BFH, Urt. v. 5.4.2017 – X R 50/14, BStBl. II 2017, 1187, Rn. 32; BFH, Urt. v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733, Rn. 52; BFH, Urt. v. 23.10.2013, X R 3/12, BStBl. II 2014, 58, Rn. 52; *Lüsch*, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 130 (Feb. 2013); *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (846); *Kulosa*, DStR 2018, 1413 (1416); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 341 (Dez. 2017); *Weber-Grellet*, DStR 2012, 1253 (1257); *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1552); *Intemann/Cöster*, DStR 2005, 1921(1925).

¹⁴ So auch explizit BFH, Beschl. v. 27.5.2015 – X B 168/14, BFH/NV 2015, 1369, Rn. 14 f.; noch offengelassen in BFH, Urt. v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, Rn. 87 ff.; anders jedoch *Lüsch*, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 130 f. (Feb. 2013); *Levedag*, NWB 2009, 1330 (1336); *Förster*, DStR 2009, 141 (146).

¹⁵ So *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (846); *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (484); *Heine*, ZRP 2002, 479 (481, 483); *Hey*, DRV 2004, 1 (1, 5).

¹⁶ So *Hey*, DRV 2004, 1 (3); *P. Kirchhof*, Bundessteuergesetzbuch, 2011, Rn. 58.

liche Mehrfachbelastung innerhalb eines Staates (Identität des Steuerberechtigten) handelt¹⁷, passt der Begriff der Doppelbesteuerung für das hiesige Problem nicht. Unter Doppelbesteuerung wird regelmäßig¹⁸ eine mehrfache steuerliche Belastung eines Steuerpflichtigen durch verschiedene Hoheitsträger (mithin mit grenzüberschreitendem Bezug) verstanden¹⁹. Vielfach wird dies auch durch die Terminologie der internationalen Doppelbesteuerung²⁰ zum Ausdruck gebracht. Vereinzelt findet sich außerdem die zulässige Beschreibung der Thematik als inkongruente Besteuerung²¹ oder als Zweifachbesteuerung²².

II. Verfassungsrechtliche Herleitung

Ein explizites Verbot der doppelten Besteuerung sehen weder das Grundgesetz noch (einfache) Gesetze vor. Das BVerfG hat dieses Verbot allerdings in seiner Entscheidung vom 6. März 2002 postuliert und damit dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich nachprüfbar Grenzen für eine Neuregelung der Rentenbesteuerung mit folgender Formel aufgezeigt: „Was bereits der Einkommensteuer unterlegen hat, darf nicht ein zweites Mal, also doppelt, besteuert werden.“²³

1. Ableitung des Verbots aus Art. 3 Abs. 1 GG

Als Verfassungsmaßstab für ein Verbot der doppelten Besteuerung gilt hierbei vor allem der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Daraus folgt nach der Rechtsprechung des BVerfG das Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der Folgerichtigkeit, die bei der Einkommensteuer eng miteinander verbundene Leitlinien darstellen²⁴.

a) Leistungsfähigkeitsprinzip und Folgerichtigkeit

Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist die Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gebots gleicher steuerlicher Lastenverteilung²⁵. Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) fordert nicht einen identischen Beitrag von jedem Steuerpflichtigen, son-

¹⁷ *Mellinghoff*, in DStJG 22 (1999), 127 (132); *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht⁴, 2017, Rn. 15.3.

¹⁸ Anders *Seer*, in Tipke/Lang, Steuerrecht²³, 2018, § 6 Rn. 54 ff., bei dem die Doppelbesteuerung auch demselben Steuergläubiger zugutekommen kann.

¹⁹ *Mellinghoff*, in DStJG 22 (1999), 127 (131 f.); *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht⁴, 2017, Rn. 15.2.

²⁰ So *Mellinghoff*, in DStJG 22 (1999), 127 (131); i.E. *Seer*, in Tipke/Lang, Steuerrecht²³, 2018, § 6 Rn. 57.

²¹ So *Weber-Grellet*, DStR 2012, 1253 (1257), Fn. 43.

²² So Abschlussbericht der Sachverständigenkommission, BMF-Schriftenband 74, 2003.

²³ BVerfG, Ur. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 189.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, Rn. 94; BVerfG, Ur. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 197; ferner *Driien*, in Tipke/Kruse, § 3 AO Rn. 50a (April 2016).

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 5.2.2002 – 2 BvR 305/93, BVerfGE 105, 17, Rn. 88; *Driien*, in Tipke/Kruse, § 3 AO Rn. 43, 50a (April 2016); *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht²¹, 2018, Rn. 174; *Waldhoff*, in Isensee/Kirchhof, HdbStR V³, 2007, § 116 Rn. 100.

dem verlangt, dass jeder Steuerpflichtige je nach seiner finanziellen Leistungsfähigkeit gleichmäßig herangezogen wird²⁶. Es gebietet (in horizontaler Richtung) bei gleicher Leistungsfähigkeit gleich hohe Steuern zu erheben und (in vertikaler Richtung) die Steuerbelastung bei ungleicher Leistungsunfähigkeit entsprechend angemessen auszugestalten, auch wenn es keine absolute Aussage über die Höhe oder den Tarifverlauf der Besteuerung aussagt²⁷.

Demzufolge können dieselben Einkommensbestandteile bei demselben Steuerpflichtigen nur einmal der Einkommensteuer unterliegen²⁸. Ansonsten würde die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen zweimal beansprucht werden, indem die bereits besteuerte und dadurch geschmälerte Leistungsfähigkeit erneut mit derselben Steuer belastet wird. Es würde ein davon betroffener Steuerpflichtiger gegenüber den übrigen Beziehern von Alterseinkünften ungleich höher beansprucht werden²⁹. Diesen Grundsatz der Einmalbesteuerung³⁰ hat der Gesetzgeber einfachgesetzlich in § 2 EStG geregelt. Er hat die Systemscheidung getroffen, die in § 2 Abs. 1 EStG abschließend aufgeführten Einkunftsarten nur einmal steuerlich zu erfassen³¹. In diesem Zusammenhang steht auch das objektive Nettoprinzip, eine Konkretisierung des Leistungsfähigkeitsprinzips als Subprinzip³², welches insoweit verletzt ist, als die spätere Besteuerung über den früher abgezogenen Teil der Aufwendungen hinausgeht³³. Anders gesprochen: Sofern Einkünfte steuerbar sind, müssen entsprechende Aufwendung abziehbar sein³⁴. Waren sie es nicht und sind sie somit aus versteuertem Einkommen geleistet worden, dürfen die daraus resultierenden Einnahmen auch nicht der Steuer unterworfen werden³⁵. Der Gesetzgeber ist dann aufgrund des Gebots der Folgerichtigkeit dahingehend gebunden, diese getroffene Belastungsentscheidung der Einmalbesteuerung konsequent und

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, Rn. 96.

²⁷ *Kischel*, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 GG Rn. 147 (38. Ed. Aug. 2018); *Drüen*, in Tipke/Kruse, § 3 AO Rn. 50a (April 2016).

²⁸ *P. Kirchhof*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 161 (Sept. 2015): „Nur einmalige Ausschöpfung ‚derselben Quelle wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit‘“; *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 211 (Mai 2017).

²⁹ Ebenso *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 73; *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 211 (Mai 2017), *Schild*, Sonderausgaben als Kategorie des Einkommensteuerrechts, 2017, S. 162.

³⁰ So auch *Hey*, DRV 2004, 1 (4); *Scholz*, Besteuerung der betrieblichen Altersvorsorge, 2006, S. 19; *Seer*, StuW 1996, 323 (335); *Musil*, StuW 2005, 278 (283); als verfassungsrechtliches Subprinzip ablehnend *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 74 ff.

³¹ *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 76.

³² Dazu und zum (umstrittenen) Verfassungsrang des objektiven Nettoprinzips näher *Mentzel*, Periodizitätsprinzip, 2016, S. 54 ff.

³³ A.A. *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 211 (Mai 2017), die Altersvorsorgeaufwendungen als Sonderausgaben und nicht als Werbungskosten qualifizieren, so dass das objektive Nettoprinzip nicht die Quelle des Doppelbesteuerungsverbots sein könne. Anders dagegen die wohl herrschende Ansicht, die Altersvorsorgeaufwendungen steuersystematisch den Werbungskosten zuordnen (dazu sub C.I.2.b.aa.).

³⁴ BFH v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, Rn. 82.

³⁵ *Weber-Grellet*, DStR 2004, 1721 (1723).

folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen³⁶. Daraus folgert das BVerfG zutreffend das (postulierte) Verbot der doppelten Besteuerung, verzichtet indes auf eine präzise Herleitung.

b) Zeitbezug der Leistungsfähigkeit: intertemporale Korrespondenz

Allerdings ist die Konkretisierung des Leistungsfähigkeitsprinzip in zeitlicher Hinsicht umstritten und Gegenstand langjähriger wissenschaftlicher Auseinandersetzungen³⁷. Es stellt sich grundlegend die Frage, ob das Leistungsfähigkeitsprinzip wegen der steuerrechtlichen Abschnittsbesteuerung (im Einkommensteuerrecht in Jahren, § 2 Abs. 7 EStG) und dem damit einhergehenden Periodizitätsprinzip auf die Periode³⁸ oder in Anbetracht der Lebenszeit des Steuerpflichtigen überperiodisch anzuwenden ist³⁹. Dem (strikten) Periodizitätsprinzip folgend wäre es nur dann unzulässig, dieselben Einkommensbestandteile des Steuerpflichtigen innerhalb eines einzigen Veranlagungszeitraums mehrmals der Einkommensbesteuerung zu unterwerfen. Jedoch belegt – wie vom BFH zutreffend hervorgehoben – bereits die periodenübergreifende Verlustabzugsmöglichkeit in § 10d EStG, dass „die ertragsteuerliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen insoweit durchaus abschnittsübergreifend ermittelt wird“⁴⁰. Aus diesem Gedanken der „periodenübergreifenden Verflechtungen“⁴¹ kann das Gebot der intertemporalen Korrespondenz gefolgert werden, welches von dem Prinzip ausgeht, dass das gesamte (Markt-)Einkommen⁴², das ein Steuerpflichtiger in den verschiedenen Phasen seines Lebens erzielt, nur einmal besteuert wird. Dieses Gebot gilt jedenfalls bei der Besteuerung von Altersbezügen⁴³. Dementsprechend legte das BVerfG den zeitlichen Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung auch insoweit fest, als dass sowohl die Aufbau- als auch die Aus-

³⁶ Zum Gebot der Folgerichtigkeit *Mentzel*, Periodizitätsprinzip, 2016, S. 59 f. m.w.N.

³⁷ Näher *Drüen*, FR 2013, 393 (398 ff.); *Drüen*, Periodengewinn und Totalgewinn, 1999, S. 85 ff.; *Dorenkamp*, Nachgelagerte Besteuerung, 2004, S. 120 ff.; *Ismer*, DStJG 34 (2011), 91 (98 ff.) jeweils m.w.N.; *Tipke*, StRO II², 2003, S. 754 ff.

³⁸ So *P. Kirchhof*, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 2 EStG Rn. 122, der im Jahresprinzip ein materielles Besteuerungsprinzip sieht; ähnlich aber auf die Art der Einkünfteerzielung Rücksicht nehmend *Kube*, DStR 2011, 1781 (1784 f.).

³⁹ So *Musil*, in H/H/R, § 2 EStG Rn. 900 (Juli 2015); *Seer*, StuW 1996, 323 (335); *Ratschow*, in Blümich, § 2 EStG Rn. 186 (Jan. 2018), *Mentzel*, Periodizitätsprinzip, 2016, S. 53 f.; die in dem Periodizitätsprinzip ein rein technisches Prinzip sehen.

⁴⁰ BFH, Beschl. v. 26.8.2010 – I B 49/10, BStBl. II 2011, 826, Rn. 21.

⁴¹ So *Seiler*, DStJG 34 (2011), 61 (81).

⁴² Näher zur Markteinkommenstheorie *Tipke*, StRO II², 2003, S. 628 ff.; ausführlich *Wittmann*, Das Markteinkommen, 1992.

⁴³ BFH, Urt. v. 9.12.2009 – X R 28/07, BStBl. II 2010, 348, Rn. 35; *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 210 (Mai 2017); *Birk/Wernsmann*, in Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 9; *Förster*, DStR 2010, 137 (138); *Musil*, StuW 2005, 278 (279); *Ismer*, DStJG 34 (2011), 91 (107 f.); *Hey*, DRV 2004, 1 (4) m.w.N.; *Seer*, StuW 1996, 323 (335); ausführlich zum Prinzip der intertemporalen Korrespondenz *Gröpl*, FR 2001, 568 (568 ff.); a.A. *Fischer*, DStJG 24 (2001), 463 (477 f.), der dies insoweit ablehnt als er keine Pflicht zur Besteuerung der Altersbezüge annimmt, die bei der intertemporalen Korrespondenz bestehen würde.

zahlungsphase von Alterseinkünften in den Blick genommen werden muss, mithin veranlagungszeitraumübergreifend erfolgt⁴⁴. Das Verbot der doppelten Besteuerung kann schließlich entweder durch eine Steuerfreistellung von Altersvorsorgeaufwendungen (in der Aufbauphase) oder durch Nichtbesteuerung von Alterseinkünften, die aus versteuertem Einkommen stammen, (in der Auszahlungsphase) beachtet werden kann⁴⁵. Eine Aussage über den konkreten Besteuerungszeitpunkt ist mit dem Gebot der intertemporalen Korrespondenz daher nicht verbunden⁴⁶. Allerdings verbietet sich, unabhängig des Systems der Besteuerung, identische Einkommensbestandteile bei demselben Steuerpflichtigen mehrfach zu besteuern⁴⁷. Es darf intertemporal nur einmal derselben Steuer unterworfen werden (intertemporales Korrespondenzprinzip)⁴⁸.

2. Ableitung des Verbots aus Art. 14 GG

Das BVerfG hat zuletzt ausdrücklich offengelassen, „ob und inwieweit das Rentenstammrecht oder die tatsächlich gezahlten Renten als wiederkehrende Bezüge, soweit sie auf eigenen Beiträgen beruhen, überhaupt durch Art. 14 GG vor dem Zugriff des Steuergesetzgebers geschützt sind.“⁴⁹ Umstritten ist, ob Art. 14 Abs. 1 GG eine individuelle Bestandsgarantie insofern enthält, als dass Vermögen, das der Einkommensbesteuerung unterlegen hat, gegen einen erneuten einkommensteuerlichen Zugriff gesichert ist⁵⁰. Dafür spricht, dass die Bestandteile der Altersbezüge, die aus versteuertem Einkommen angespart wurden, zum „konsolidierten“ Vermögen gehören und nach der Konzeption des BVerfG im sog. Vermögensteuerbeschluss vom 22. Juni 1995⁵¹ eigentumsrechtlichen Substanzschutz genießen⁵². Bei diesem Verfassungsverständnis tritt neben die gleichheitsrechtliche Fundierung zudem die freiheitsrechtliche Ableitung des Verbots der doppelten Besteuerung aus Art. 14 Abs. 1 GG⁵³. Indes lässt sich für die verfassungsrechtliche Überprüfung des AltEinkG aus Art. 14 Abs. 1 GG kein

⁴⁴ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310, Rn. 35.

⁴⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310, Rn. 35.

⁴⁶ Gröpl, FR 2001, 568 (569); Scholz, Besteuerung der betrieblichen Altersvorsorge, 2006, S. 19.

⁴⁷ So auch Schild, Sonderausgaben als Kategorie des Einkommensteuerrechts, 2017, S. 162.

⁴⁸ Hey, DRV 2004, 1 (4) m.w.N.; Musil, StuW 2005, 278 (279).

⁴⁹ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78, Rn. 55.

⁵⁰ Offengelassen in BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78, Rn. 55; dafür Gröpl, FR 2001, 620 (626), Hey, DRV 2004, 1 (4); Seer, StuW 1996, 323 (331); a.A. Wernsmann/Neudenberger, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 211 (Mai 2017); Schild, Sonderausgaben als Kategorie des Einkommensteuerrechts, 2017, S. 160 ff.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121, Rn. 49 f.

⁵² So auch Gröpl, FR 2001, 620 (626); Hey, DRV 2004, 1 (4); Hopf, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 79.

⁵³ Ebenso Dorenkamp, Nachgelagerte Besteuerung, 2004, S. 107.

intensiverer Kontrollmaßstab als durch Art. 3 Abs. 1 GG gewinnen⁵⁴. Denn dem Versuch, die im Vermögensteuerbeschluss aufgestellte Belastungsobergrenze in Höhe des Halbteilungsgrundsatzes⁵⁵ auf Einkommensteuerbelastungen zu übertragen⁵⁶, wurde durch die Entscheidung des BVerfG vom 18. Januar 2006⁵⁷ eine deutliche Absage erteilt, so dass dem Gesetzgeber bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung parallel zur sachlichen Begründungsfähigkeit einer Gleich- oder Ungleichbehandlung – wie im Folgenden auszuführen sein wird – weite Gestaltungsspielräume eröffnet sind⁵⁸.

III. Prüfungsmaßstäbe zur verfassungsrechtlichen Beurteilung

Generell hat der Steuergesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstandes und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen weitreichenden Spielraum und ist in der Gestaltung hinsichtlich der Erschließung von Steuerquellen weitgehend frei⁵⁹. Die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums werden bestimmt durch den Regelungsgegenstand und die Differenzierungskriterien und reichen vom Willkürverbot bis zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen⁶⁰. Der Gesetzgeber ist insoweit zwar zum „optimalen Gesetz“ verpflichtet, die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts ist aber eingeschränkt⁶¹.

Auch in der Entscheidung des BVerfG vom 6. März 2002 räumte das Gericht dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum zur Neuregelung der Besteuerung von Alterseinkünften ein: „... für die Abwägung zwischen den Erfordernissen folgerichtiger Ausrichtung der Einkommensbesteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen und den Notwendigkeiten einfacher, praktikabler und gesamtwirtschaftlich tragfähiger Lösungen [ist] ein weiter gesetzgeberischer Entscheidungsraum eröffnet“⁶². Insoweit betont das BVerfG mit „Notwendigkeit einfacher, praktikabler und gesamtwirtschaftlich tragfähiger Lösungen“ die Zulässigkeit gesetzlicher Typisierung. Schließlich muss – wie das BVerfG weiter ausführt – jede gesetzliche Regelung notwendigerweise verallgemeinern, so dass der Gesetzgeber bei der Ordnung von Massenerscheinungen berechtigt ist, generalisierende, typisierende

⁵⁴ *Musil*, *StuW* 2005, 278 (283); *Hopf*, *Verbot der doppelten Besteuerung*, 2008, S. 85 ff.; *Moes*, *Steuerfreiheit des Existenzminimums vor dem Bundesverfassungsgericht*, 2011, S. 230; *P. Kirchhof*, in *Maunz/Dürig, GG*, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 246 (Sept. 2015): „Freiheitsrecht und Gleichheitssatz bedingen und vervollständigen sich gegenseitig“.

⁵⁵ BVerfG, *Beschl. v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91*, BVerfGE 93, 121, Rn. 52.

⁵⁶ Näher *Hey*, in *Tipke/Lang, Steuerrecht*²³, 2018, § 3 Rn. 191 ff. m.w.N.

⁵⁷ BVerfG, *Beschl. v. 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99*, BVerfGE 115, 97, Rn. 27, 29 ff.

⁵⁸ *Hopf*, *Verbot der doppelten Besteuerung*, 2008, S. 95.

⁵⁹ BVerfG, *Beschl. v. 5.2.2002 – 2 BvR 305/93*, BVerfGE 105, 17, Rn. 88.

⁶⁰ *Drüen*, in *Tipke/Kruse*, § 3 AO Rn. 44 (April 2016); näher zur Entwicklung des bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsumfangs *Hopf*, *Verbot der doppelten Besteuerung*, 2008, S. 80 ff.

⁶¹ *Drüen*, *Periodengewinn und Totalgewinn*, 1999, S. 96 ff.

⁶² BVerfG, *Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99*, BVerfGE 105, 73, Rn. 224.

und pauschalierende Regelungen zu treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen⁶³. Bei einer gesetzlichen Typisierung tritt die individuelle hinter der generellen Gleichmäßigkeit zurück, weil individuell gestaltete Besonderheiten im Rahmen einer typisierenden Pauschalisierung durch den Gesetzgeber unberücksichtigt bleiben dürfen⁶⁴. Typisierungen und Pauschalierungen sind somit zwar grundsätzlich zulässig, verletzen indes den Gleichheitssatz, wenn sie sich praktisch dahin auswirken, dass ganze Gruppen von Steuerpflichtigen wesentlich stärker als andere belastet werden und dadurch in eine empfindlich ungünstigere Wettbewerbslage geraten⁶⁵. Die Grenze zulässiger Typisierung ist somit dann erreicht, wenn die Verwaltungsvereinfachung im Massenverfahren nicht mehr im Verhältnis zu der mit der Typisierung verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung steht⁶⁶. Der Gesetzgeber muss sich bei jeder Typisierung am Regelfall und nicht an einem atypischen Fall als Leitbild orientieren⁶⁷. Auch wenn die Rechtsprechung bezüglich des Abgabenrechts von einer typengerechten Ausgestaltung ausgeht, wenn nicht mehr als 10 % der erfassten Fälle atypisch ist⁶⁸, kann dies allenfalls als Anhaltspunkt dienen, aber eine umfassende Einzelfallabwägung nicht entbehrlich machen⁶⁹. Treten eklatante Benachteiligung in Einzelfällen auf, kann das Fehlen von abmildernden Härteklauseln zur Verfassungswidrigkeit des Typisierungsvorgehens führen⁷⁰.

Ob eine doppelte Besteuerung gemessen am Maßstab der Rechtsprechung des BVerfG zur typisierenden und pauschalierenden Regelung und der Hinnahme auftretender Härten im Einzelfall gerechtfertigt werden kann, ist im Folgenden zu untersuchen (dazu sub C.II.4.a). Der Gesetzgeber geht von der Zulässigkeit aus. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, „dass hinsichtlich der Problematik ‚doppelte Besteuerung‘ auch das [damals] geltende Recht keine

⁶³ St. Rspr., BVerfG, Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 201.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 126, 268, Rn. 38; *Drüen*, in Tipke/Kruse, § 3 AO Rn. 51 (April 2016).

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 20.12.1966 – 1 BvR 320/57, BVerfGE 21, 12, Rn. 60.

⁶⁶ *Drüen*, in Tipke/Kruse, § 3 AO Rn. 51 (April 2016).

⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164, Rn. 75; ferner *Drüen*, in Tipke/Kruse, § 3 AO Rn. 51 (April 2016).

⁶⁸ BVerwG, Beschl. v. 19.9.1983 – 8 N 1/83, BVerwGE 68, 36, LS; BVerwG, Beschl. v. 28.8.2008 – 9 B 40/08, NVwZ 2009, 255, LS.

⁶⁹ *Modrzejewski*, Existenzsicherung in Ehe und Familie im Einkommensteuerrecht, 2018, S. 105 f.

⁷⁰ Zu Härtefallklauseln im Rahmen der Abwägung des Art. 3 Abs. 1 GG näher BVerfG, Beschl. v. 9.2.1982 – 2 BvL 6/78, BVerfGE 60, 16, Rn. 62; *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 106; explizit zur doppelten Besteuerung von Altersbezügen wohl auch *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 340 (Dez. 2017).

100prozentige Einzelfallgerechtigkeit verlangt, sondern mit Typisierungen arbeitet, die eine fallweise doppelte Besteuerung in Einzelfällen nicht prinzipiell ausschließt.“⁷¹

IV. Beobachtungs- und Anpassungspflicht des Gesetzgebers

Den Gesetzgeber trifft allerdings allgemein⁷² und gerade bei einer gesetzlichen Typisierung eine Beobachtungs-, Prüfungs- und Nachbesserungspflicht⁷³. Diese Pflicht folgt daraus, dass der Gesetzgeber von Verfassungen wegen grundsätzlich gehalten ist, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes sobald als möglich zu beseitigen. Sie ist vor allem dann von Bedeutung, wenn ein bei Erlass verfassungsgemäßes Gesetz nachträglich verfassungswidrig wird, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse grundlegend gewandelt haben oder sich die bei Erlass des Gesetzes verfassungsrechtlich unbedenkliche Einschätzung später als ganz oder teilweise falsch erweist⁷⁴. Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung erschöpft sich nicht in der Verpflichtung, bei Erlass eines Gesetzes die verfassungsrechtlichen Grenzen einzuhalten; sie umfasst auch die Verantwortung dafür, dass die erlassenen Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben⁷⁵. Hat der Gesetzgeber eine Prognoseentscheidung getroffen und tritt die Prognose nicht ein, wird die Regelung verfassungswidrig⁷⁶. Der typisierende Gesetzgeber unterliegt daher einem ständigen Anpassungszwang⁷⁷. Das gilt auch für die Regelung zur Besteuerung von Alterseinkünften.

C. Auswirkungen der neuen, nachgelagerten Besteuerung

Nachfolgend wird zunächst die durch das AltEinkG neu geschaffene gesetzliche Grundlage zur Besteuerung der Alterseinkünfte im Modell der nachgelagerten Besteuerung erläutert. Daraufhin wird auf die Fragen der rechnerischen Ermittlung einer doppelten Besteuerung (im Rahmen der Neuregelung) eingegangen.

⁷¹ BT-Drucks. 15/2150, S. 23; ferner *Schild*, Sonderausgaben als Kategorie des Einkommensteuerrechts, 2017, S. 163 f.; *Wernsmann/Neudenberger*, in *K/S/M*, § 22 EStG Rn. B 212 (Mai 2017); *Musil*, *StuW* 2005, 278 (283 f.).

⁷² Allgemein zur Beobachtungs- und Anpassungspflicht des Gesetzgebers *C. Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1999, S. 19 ff., 114 ff.

⁷³ BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 203, Rn. 308 f.; BVerfG, Beschl. v. 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287, Rn. 49; FG Köln, Vorlagebeschl. v. 12.10.2017 – 10 K 977/17, DStR 2017, 2792, Rn. 81; *Drüen*, in *Tipke/Kruse*, § 3 AO Rn. 51 (April 2016); *Seer*, *StuW* 1996, 323 (329).

⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 203, Rn. 308.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 203, Rn. 308.

⁷⁶ FG Köln, Vorlagebeschl. v. 12.10.2017 – 10 K 977/17, DStR 2017, 2792, Rn. 56.

⁷⁷ *Drüen*, *StuW* 1997, 261 (270).

I. Gesetzliche Normierung und Folgen der nachgelagerten Besteuerung

Nach der Erläuterung des grundsätzlichen Modells der nachgelagerten Besteuerung soll der Blick auf das durch AltEinkG geschaffene Regelwerk, insbesondere auf die Übergangsregelung, gerichtet und dessen Verfassungsgemäßheit beurteilt werden.

1. Modell der nachgelagerten Besteuerung

Das Konzept der nachgelagerten Besteuerung ersetzt die bisherige Ertragsanteilsbesteuerung von Altersrenten. Während vor dem Inkrafttreten des AltEinkG die Beiträge in der Erwerbsphase grundsätzlich der Steuerpflicht unterlagen, waren die Alterseinkünfte steuerlich nur insoweit relevant, als sie einen über das angesparte Kapital hinausgehenden Zinsanspruch aufwiesen (Ertragsanteil)⁷⁸. Die Rückzahlung des eingezahlten Kapitals (Kapitalanteil) war steuerfrei. Durch die nachgelagerte Besteuerung werden nunmehr die Aufwendungen für die Altersvorsorge während der Erwerbsphase von der Besteuerung freigestellt (sog. Sparbereinigung der Einkünfte), aber dafür die Versorgungsleistungen im Alter in voller Höhe der Einkommensteuer unterworfen⁷⁹. Die nachgelagerte Besteuerung geht somit von einem Vermögensaufbau und nicht mehr von einer Vermögensumschichtung aus⁸⁰. Sie beruht auf dem Prinzip der intertemporalen Korrespondenz (s. bereits B.II.1.b) und verschiebt die Besteuerung investierter Reinvermögensmehrungen in zukünftige Veranlagungszeiträume, was als Steuerstundungseffekt bezeichnet wird⁸¹. Im Grundsatz entspricht dies dem Leistungsfähigkeitsprinzip, weil das Einkommen erst im Zeitpunkt der Konsumierbarkeit und des Zuflusses erfasst wird⁸². Die Tatsache, dass ansonsten Sparkapital aus versteuertem Einkommen gebildet werden muss und anschließend auch die Erträge aus diesem Kapital erneut zu versteuern sind, während die zwischenzeitliche Entwertung durch die Inflation unberücksichtigt bleibt, bietet die Begründung für die Behauptung, dass konsumiertes Einkommen langfristig betrachtet weniger steuerlich belastet wird und die nachgelagerte Besteuerung demnach vorzugswürdig erscheint⁸³.

⁷⁸ Näher *Fischer*, in DStJG 24 (2001), 463 (473 f.); *Ruland*, in FS Selmer, 889 (890 f.).

⁷⁹ Grundlegend *Dorenkamp*, Nachgelagerte Besteuerung, 2004, S. 53 ff.

⁸⁰ BFH, Urt. v. 23.10.2013 – X R 3/12, BStBl. II 2014, 58, Rn. 32.

⁸¹ *Dorenkamp*, Nachgelagerte Besteuerung, 2004, S. 47; *Musil*, StuW 2005, 278 (279); *Ruland*, in FS Selmer, 889 (897); *Lüsch*, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 121 (Feb. 2013).

⁸² *Birk/Wernsmann*, in Ruland/Rürup, 2008, § 9 Rn. 9; *Dorenkamp*, Nachgelagerte Besteuerung, 2004, S. 47 ff., 64 ff.; *Musil*, StuW 2005, 278 (279).

⁸³ Anschaulich *Dorenkamp*, Nachgelagerte Besteuerung, 2004, S. 45 ff., 63 und 67; ferner *Mentzel*, Periodizitätsprinzip, 2016, S. 104; zu Überlegungen zur Einführung einer konsumorientierten Einkommensteuer *Densens*, DStJG 38 (2014), 95 (100 ff.) m.w.N.; anders jedoch *Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern, 2003, S.152 f. die eine nachgelagerte Besteuerung nur für die Alterseinkünfte für praktikabel und fiskalisch zumutbar erachtet.

2. Gesetzliche Grundlagen

Die Altersvorsorge ist vom Gesetzgeber in drei Schichten mit unterschiedlichen steuerrechtlichen Regelungen eingeteilt worden. Sie beruht im Wesentlichen auf dem von der Sachverständigenkommission vorgeschlagenen Drei-Schichten-Modell: Die drei Schichten sind die Basisvorsorge (1. Schicht), die kapitalgedeckte Zusatzversorgung (2. Schicht) und die Kapitalanlageprodukte (3. Schicht)⁸⁴. Die gesetzliche Rentenversicherung gehört zur ersten Schicht.

a) Besteuerung der Rente

Rentenleistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung⁸⁵ werden als Leibrenten, eine Unterart der wiederkehrenden Bezüge, nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) EStG den sonstigen Einkünften zugeordnet und sind als solche nach § 2 Nr. 7 EStG steuerbar. Mit Eintritt des Leistungsfalls entsteht ein eigenständiger Zahlungsanspruch gegenüber dem zuständigen Rentenversicherungsträger. Während eine sofortige vollständige Steuerfreistellung dieser Rentenzahlungen die öffentlichen Haushalte erheblich belastet hätte⁸⁶, hätte eine vollständige Versteuerung der Renten aufgrund der nur teilweisen Entlastung der Beiträge (dazu sub C.II.2.) zu einem Verstoß gegen das Verbot der doppelten Besteuerung (s. B.II.) geführt, so dass sich der Gesetzgeber für eine Übergangsregelung der Besteuerung entschieden hat⁸⁷. Die Umstellung auf die nachgelagerte Besteuerung gilt dabei für auch für Rentner, die bereits vor dem Jahr 2005 Rentenzahlungen bezogen haben (sog. Bestandsrentner).

Renten der Basisvorsorge werden seit der Neuregelung nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) EStG mit dem „der Besteuerung unterliegenden Anteil“ in Höhe von 50 % versteuert, wenn der Rentenbeginn vor dem Jahr 2006 lag. Der Besteuerungsanteil, der aus der gesetzlichen Tabelle in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) Satz 3 EStG zu entnehmen ist, steigt schrittweise für jedes spätere Jahr des Rentenbeginns, bis zum Jahr 2020 jährlich mit jeweils zwei Prozentpunkten und danach mit einem Prozentpunkt, mit der Folge einer Vollversteuerung von 100 % ab dem Jahr 2040. Der Prozentsatz bestimmt sich nach dem Jahr des Rentenbeginns, d.h. ab dem Zeitpunkt, ab dem die Rente laut Rentenbescheid

⁸⁴ Abschlussbericht der Sachverständigenkommission, BMF-Schriftenband 74, 2003, S. 16 ff.; ferner *Ruland*, in v.M/R/B, Sozialrechtshandbuch⁵, 2012, § 17 Rn. 223; *Hey*, in Tipke/Lang, Steuerrecht²³, 2018, § 8 Rn. 564 ff.

⁸⁵ Die verschiedenen Rentenarten (wegen Alters, wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und wegen Todes) sind in § 33 SGB VI geregelt.

⁸⁶ Der Gesetzgeber geht von Mindereinnahmen in zweistelliger Milliardenhöhe aus, BT-Drucks. 15/2150, S. 22.

⁸⁷ *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 196 (Mai 2017).

bewilligt wird (sog. Kohortenprinzip)⁸⁸. Bei einem Rentenbeginn im Jahr 2018 beträgt der Besteuerungsanteil bereits 76 %. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Bewilligung der Rente selbst dann, wenn sie aufgrund einer Einkommensanrechnung (§ 97 SGB VI) 0 Euro beträgt⁸⁹. Die Bemessungsgrundlage für den „der Besteuerung unterliegenden Anteil“ ist der Jahresbetrag der Rente, der auf das Jahr des Rentenbeginns folgt, d.h. die Summe der in diesem Kalenderjahr zugeflossenen⁹⁰ Rentenzahlungen einschließlich der bei Auszahlung einbehaltenen Beitragsanteile zur Kranken- und Pflegeversicherung⁹¹. Das gilt selbst dann, wenn bereits das erste Rentenbezugsjahr einen Zeitraum von vollen zwölf Monaten umfasst hat⁹². Für Bestandsrenten ist auf den Jahresbetrag der Rente im Jahr 2005 abzustellen⁹³.

Folglich errechnet sich der steuerfreie Teil der Rente aus dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Jahresbetrag der Rente, der auf das Jahr des Rentenbeginns folgt, und dem der Besteuerung unterliegenden Anteil der Rente und gilt als persönlicher Rentenfreibetrag grundsätzlich für die gesamte Laufzeit des Rentenbezugs (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) Sätze 4 und 5 EStG). Regelmäßige Anpassungen der Rente (§ 65 SGB VI) erhöhen zwar die Renteneinnahmen des Steuerpflichtigen, führen aber nicht zu einer Neuberechnung des steuerfreien Teils der Rente (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) Sätze 7 EStG). Spätere reguläre Rentenerhöhungen unterliegen daher in vollem Umfang der Besteuerung. Ziel der Regelung war es, eine erneute Vergrößerung der Besteuerungsunterschiede zwischen den Renten der gesetzlichen Rentenversicherung und den Beamtenpensionen in der Übergangsphase der Umstellung auf die nachgelagerte Besteuerung zu verhindern⁹⁴. Dadurch verschiebt sich allerdings das Verhältnis zwischen dem zu versteuernden Rentenzufluss und dem freigestellten Rückzahlungsanteil mit jeder Rentendynamisierung sukzessive zu Lasten des Steuerpflichtigen⁹⁵. Dies hat der BFH indes „als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“⁹⁶ gebilligt.

⁸⁸ Fischer, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 22 EStG Rn. 39; Cöster, in L/B/P, § 10 EStG Rn. 229 (Aug. 2017); Wernsmann/Neudenberger, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 196 (Mai 2017).

⁸⁹ Wernsmann/Neudenberger, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 197 (Mai 2017).

⁹⁰ Es gilt das Zuflussprinzip nach § 11 EStG, näher Hopf, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 155 f.

⁹¹ Fischer, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 22 EStG Rn. 39; Wernsmann/Neudenberger, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 201 (Mai 2017).

⁹² BFH, Urt. v. 17.11.2015 – X R 53/13, BFH/NV 2016, 549, Rn. 13 ff.

⁹³ BFH, Urt. v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, Rn. 100; BMF-Schreiben v. 24.2.2005, BStBl. I 2005, 429, 443, Rn. 114; Lüscher, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 97 (Feb. 2013).

⁹⁴ BT-Drucks. 15/2150, S. 41.

⁹⁵ Hopf, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 153.

⁹⁶ BFH, Urt. v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, Rn. 98.

b) Rentenversicherungsbeiträge als beschränkt abziehbare Sonderausgaben

Altersvorsorgeaufwendungen zur Basisversorgung werden in § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) EStG den Sonderausgaben zugeordnet, obwohl sie nach ihrer Rechtsnatur Werbungskosten darstellen (dazu sub aa). Sie sind nach § 10 Abs. 3, 4a EStG nur beschränkt abzugsfähig (dazu sub bb).

aa) Rechtsnatur der Altersvorsorgeaufwendungen

Bei den Rentenversicherungsbeiträgen handelt es sich nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur steuersystematisch um vorweggenommene Werbungskosten der (später zu versteuernden) sonstigen Einkünfte nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) EStG⁹⁷. Dem folgt nunmehr der BFH⁹⁸. Denn die Vorsorgeaufwendungen sind einkunftsbezogene Aufwendungen für den späteren Bezug der gesetzlichen Altersrente. Der für Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1 und 2 EStG) notwendige Veranlassungszusammenhang⁹⁹ zwischen den Altersvorsorgeaufwendungen und den Altersbezügen besteht dem Grunde nach zweifelsfrei. Indem der Gesetzgeber durch die Einführung der nachgelagerten Besteuerung das Prinzip der intertemporalen Korrespondenz (s. bereits B.II.1.b) zugrunde gelegt hat und somit alle Aufwendungen und Erträge zu berücksichtigen sind, sind Altersvorsorgeaufwendungen ihrer Rechtsnatur Erwerbsaufwendungen, soweit sie mit künftigen (steuerbaren) Renteneinnahmen im Zusammenhang stehen¹⁰⁰. Der X. Senat bekräftigt in seiner Entscheidung allerdings auch zutreffend, dass der Gesetzgeber durch die in § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG getroffene Regelung die Altersvorsorgeaufwendungen mit konstitutiver Wirkung den Sonderausgaben zugeordnet hat¹⁰¹. Der Gesetzgeber hat somit für diese Aufwendungen – unabhängig ihrer originären Rechtsnatur – eine Sonderregelung getroffen, die als *lex specialis* eine Sperrwirkung gegenüber der generellen Regelung des Vorrangs von Werbungskosten vor Sonderausgaben (§ 10 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG)¹⁰² entfaltet¹⁰³. Dies kann auch verfassungsrecht-

⁹⁷ *Söhn*, in K/S/M, § 10 EStG Rn. E 276 ff. (Nov. 2006); *Hutter*, in Blümich, § 10 EStG Rn. 150 (April 2017); *Ruland*, in FS Selmer, 889 (897 f.); *Weber-Grellet*, DStR 2004, 1721 (1725); *Förster*, DStR 2010, 137 (138 f.); *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (473 f.); *Cöster*, in L/B/P, EStG, § 10 Rn. 236 ff. (Aug. 2017); *Musil*, StuW 2005, 278 (280); a.A. *Birk/Wernsmann*, in Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 17; *Fischer*, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 10 EStG Rn. 19.

⁹⁸ BFH, Urt. v. 9.12.2009 – X R 28/07, BStBl. II 2010, 348 Rn. 34 ff.; noch offengelassen in BFH, Beschl. v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420, Rn. 23; sich der jüngeren Rechtsprechung des X. Senats anschließend BFH, Urt. v. 19.1.2017 – VI R 75/14, BStBl. II 2017, 684, Rn. 26 und BFH, Beschl. v. 16.9.2015 – I R 62/13, BStBl. II 2016, 205, Rn. 17.

⁹⁹ Zum Veranlassungsprinzip bei Werbungskosten: *Thürmer*, in Blümich, § 9 EStG Rn. 114 (Mai 2016) m.w.N.

¹⁰⁰ BFH, Urt. v. 9.12.2009 – X R 28/07, BStBl. II 2010, 348 Rn. 35.

¹⁰¹ BFH, Urt. v. 9.12.2009 – X R 28/07, BStBl. II 2010, 348 Rn. 37 ff.

¹⁰² Zum Vorrang der Werbungskosten: *Hutter*, in Blümich, § 10 EStG Rn. 15 (Jan. 2018).

lich gerechtfertigt werden, weil die Beiträge nicht ausschließlich Werbungskostencharakter haben¹⁰⁴. Die gegen diese grundlegende Entscheidung des BFH eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen¹⁰⁵. Darum ist der „Verfassungsgrund“ insoweit gesichert.

bb) Betragsmäßige Begrenzung der Abzugsfähigkeit

Bei den als Sonderausgaben abzugsfähigen Altersvorsorgeaufwendungen handelt es sich nach § 10 Abs. 1 Nr. 2a EStG um sämtliche Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, einschließlich der nach § 3 Nr. 62 EStG steuerfreien Arbeitgeberanteile und ein diesem gleichgestellter steuerfreier Zuschuss des Arbeitgebers (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 6 EStG). Mithin sind zunächst sowohl die Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberanteile zur gesetzlichen Rentenversicherung (dazu sub C.II.2.a.) zu berücksichtigen.

Die Altersvorsorgeaufwendungen sind allerdings nur beschränkt abzugsfähig. Bis 2014¹⁰⁶ war der Höchstbetrag des Sonderausgabenabzugs für Alleinstehende bei einem prozentualen Anteil von 20.000 Euro pro Jahr festgeschrieben (§ 10 Abs. 3 Satz 1 EStG a.F.). Mit dem ZollkodexAnpG vom 22.12.2014¹⁰⁷ ist mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2015 das Abzugsvolumen (dynamisch) an die knappschaftliche Rentenversicherung gekoppelt worden. So sind Altersvorsorgeaufwendungen entweder nach § 10 Abs. 3 EStG n.F. bis zu einem prozentualen Anteil des Höchstbeitrags zur knappschaftlichen Rentenversicherung oder nach § 10 Abs. 4a EStG für die Kalenderjahre 2013 bis 2019 mit dem ggf. höheren Vorwegabzug zu berücksichtigen. Der Höchstbeitrag in der knappschaftlichen Rentenversicherung ergibt sich anhand des Beitragssatzes (2018: 24,7 %) und der Beitragsbemessungsgrenze (2018: 8.000 Euro (West) pro Monat), die wiederum auf Verordnungen der Bundesregierung basieren¹⁰⁸. Dieser Betrag beläuft sich im Jahre 2018 auf insgesamt 23.712 Euro. Von diesem Höchstbetrag sind jedoch nur 86 Prozent steuerlich berücksichtigungsfähig, mithin 20.392 Euro. Bei

¹⁰³ Zustimmend *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (846); *Förster*, DStR 2010, 137 (139); i.E. *Cöster*, in L/B/P, EStG, § 10 Rn. 239 (Aug. 2017); zuvor bereits *Birk/Wernsmann*, in Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 16; *Söhn*, in K/S/M, § 10 EStG Rn. E 315 ff. (Nov. 2006).

¹⁰⁴ Zustimmend *Förster*, DStR 2010, 137 (139): „vertretbare gesetzgeberische Lösung“; ablehnend *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1552); zuvor bereits dagegen *Söhn*, in K/S/M, EStG, § 10 Rn. E 327 (Nov. 2006): „Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Folgerichtigkeit“.

¹⁰⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, DStR 2016, 1731.

¹⁰⁶ Vor 2004 wurden eine Vielzahl verschiedener Vorsorgeaufwendungen (Beiträge für Renten-, Kranken-, Lebensversicherung usw.) einheitlich bis zur gemeinsamen Höchstgrenzen steuerlich berücksichtigt (dazu sub C.II.2.c.bb.)

¹⁰⁷ BGBl. I 2014, 2417.

¹⁰⁸ Für den Beitragssatz: Verordnung zur Bestimmung der Beitragssätze in der gesetzlichen Rentenversicherung für das Jahr 2018 (Beitragssatzverordnung 2018 - BSV 2018); für die Beitragsbemessungsgrenze: Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2018 (Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2018).

zusammenveranlagten Steuerpflichtigen verdoppelt sich der Höchstbetrag (§ 10 Abs. 3 Satz 2 EStG). Die prozentuale Berücksichtigung steigt (beginnend vom Kalenderjahr 2005 mit 60 Prozent) bis zum Kalenderjahr 2025 um je 2 Prozentpunkte für jedes Kalenderjahr (§ 10 Abs. 3 Satz 6 EStG). Der schließlich als Sonderausgaben abziehbare Betrag ergibt sich, indem von den nach Anwendung der Übergangsregelung ermittelten zu berücksichtigenden Vorsorgeaufwendungen der nach § 3 Nr. 62 EStG steuerfreie Arbeitgeber-Anteil zur gesetzlichen Rentenversicherung oder ein diesem gleichgestellten steuerfreien Zuschuss des Arbeitgebers abgezogen wird¹⁰⁹.

Die begrenzte Abziehbarkeit der Vorsorgeaufwendungen ist aus Sicht der Rechtsprechung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden¹¹⁰. Die Entscheidungen des X. Senats des BFH¹¹¹ verweisen auf die Begründung des Gesetzgebers, der die Regelung des Höchstbetrags zur „Verhinderung missbräuchlicher Gestaltungen“ als geboten erachtet¹¹², und sind vom BVerfG bestätigt worden¹¹³.

3. Verfassungsgemäßheit der nachgelagerten Besteuerung als solcher

Zwar wurde die Verfassungsgemäßheit der Neuregelung in mehreren Entscheidungen des BVerfG nicht beanstandet¹¹⁴. Das BVerfG hat es grundsätzlich für zulässig erachtet, dass im Rahmen der Übergangsregelung bis zur endgültigen Umsetzung der nachgelagerten Besteuerung für die Festlegung des Besteuerungsanteils an den jeweiligen Rentenjahrgang angeknüpft wird, während ein jährlich steigender Sonderausgabenabzug zugelassen wird. Allerdings hat es in seinen (Nichtannahme-)Entscheidungen stets betont, dass eine doppelte Besteuerung „in jedem Fall“¹¹⁵ zu vermeiden bzw. „strikt verboten“¹¹⁶ ist. Sofern das AltEinkG

¹⁰⁹ Näher mit Berechnungsbeispielen *Hutter*, in Blümich, § 10 EStG Rn. 250 (Sept. 2016).

¹¹⁰ Dem u.a. zustimmend *Birk/Wernsmann*, in Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 25; krit. aber i.E. auch zustimmend *Risthaus*, DB 2004, 1329 (1330); a.A. *Söhn*, in K/S/M, § 10 EStG Rn. E 327 (Nov. 2006).

¹¹¹ BFH, Urt. v. 18.11.2009 – X R 6/08, BStBl. II 2010, 282, Rn. 45 f.; BFH, Urt. v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, Rn. 49 f.

¹¹² BT-Drucks. 15/2150, S. 22.

¹¹³ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801, Rn. 50 ff.; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, DStR 2016, 1731, Rn. 64 ff.

¹¹⁴ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 16, 310; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 30.9.2015 – 2 BvR 1961/10, NJW 2016, 469; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, DStR 2016, 1731; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801.

¹¹⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310, Rn. 49; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78, Rn. 58; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 30.9.2015 – 2 BvR 1961/10, NJW 2016, 469, Rn. 41; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801, Rn. 67; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 323/10, DStR 2016, 1731, Rn. 75.

¹¹⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310, Rn. 46.

somit nicht wegen des Modells der nachgelagerten Besteuerung oder wegen der Übergangsregelung als solcher verfassungswidrig ist, könnte dies zumindest durch eine regelungsimmanente Ungleichbehandlung von ganzen Rentnerkohorten und einer dadurch bedingten Typisierungsunschärfe der Fall sein (dazu sub C.II.4.a.). Dafür entscheidend ist, wie eine unzulässige doppelte Besteuerung zu ermitteln ist (dazu sub C.II.1.-3.).

II. Rechnerische Ermittlung der Vergleichsgrößen und einer doppelten Besteuerung

Die Berechnungstechnik selbst ist nach ständiger Rechtsprechung geklärt, weil „sämtliche vom jeweiligen Steuerpflichtigen in die Basisversorgung geleisteten Beiträge mit der Summe aller voraussichtlichen Rentenzuflüsse aus der Basisversorgung zu vergleichen (sind)“¹¹⁷. Demgegenüber stellen sich weiterhin zentrale Fragen bei den Rechengrößen zur Ermittlung einer doppelten Besteuerung. Daher sind nach der Beurteilung der Bewertung von Zahlungen und des Nominalwertprinzips (dazu sub 1.) die Berechnungsgrundlagen einer doppelten Besteuerung (dazu sub 2. und 3.) herauszuarbeiten und Detailfragen der Berechnung zu klären. Dabei ist insbesondere auf die in dem BFH-Urteil vom 21. Juni 2016 aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen, die der X. Senat bei der Zurückweisung an das FG Baden-Württemberg offenlies. Damit eröffnete der BFH dem FG die Möglichkeit, diese Streitfragen – je nach den Umständen des Einzelfalls – zu beantworten¹¹⁸, obwohl die Antworten von grundlegender Bedeutung für die Berechnung sind. Letztlich ist die Frage zu beurteilen, ob eine Bagatellgrenze hinzunehmen ist und ob die Regelungen des AltEinkG aufgrund des Verbots der doppelten Besteuerung verfassungswidrig ist (dazu sub 4.).

Entscheidend ist allein der Eintritt einer doppelten Besteuerung beim einzelnen Steuerpflichtigen nach Maßgabe der von ihm geleisteten Beiträge und bezogenen Renteneinnahmen. Darum kommt es nicht darauf an, wie sich der jeweilige Träger der Altersvorsorge finanziert¹¹⁹ und ob er Teile seiner Einnahmen für weitere Leistungen (zusätzlich zu den Altersrenten)

¹¹⁷ BFH, Urt. v. 23.8.2017 – X R 33/15, BStBl. II 2018, 62, Rn. 37.

¹¹⁸ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 42, 45.

¹¹⁹ In Betracht kommt das Umlage- oder Kapitaldeckungsverfahren oder eine Mischform. Die gesetzliche Rentenversicherung beruht auf einem Umlaufverfahren (§ 153 SGB VI) mit einem Versicherungs- (Beiträge) und Steuertransfersystem (Bundeszuschuss), näher *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 121 ff.; *Hüfken*, in E/R/S, Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung SGB VI², 2012, Kap. 23 Rn. 5 ff; zu den Problemen der zukünftigen Finanzierung *Ring*, JA 2018, 87 (94 f.).

verwendet¹²⁰. Daher ist insbesondere auch die Höhe des Bundeszuschusses zur gesetzlichen Sozialversicherung unbedeutend¹²¹.

1. Bewertung: Nominalwertprinzip

Der Gesetzgeber¹²², die ständige Rechtsprechung¹²³ und die überwiegende Literatur¹²⁴ geht bei der rechnerischen Überprüfung, ob eine doppelte Besteuerung vorliegt, vom Nominalwertprinzip aus. Danach werden Einkünfte und Gewinne als Differenz zwischen den nominalen Aufwendungen und Erlösen ermittelt, unabhängig davon, wie groß der zeitliche Abstand zwischen den verschiedenen Zeitpunkten ist, zu denen Zahlungen geleistet oder Erlöse vereinnahmt wurden. Die Veränderung des Geldwertes und der Kaufkraft bleibt dabei – wie allgemein bei der Einkommensbesteuerung – unberücksichtigt; es erfolgt keine Auf- oder Abzinsung der Wertbeträge. Die Geltung des Nominalwertprinzips für die Beurteilung einer doppelten Besteuerung ist wegen der Systematik des EStG, dem das Nominalwertprinzip zugrunde liegt¹²⁵, folgerichtig, auch wenn sie wegen der extremen Langfristigkeit der Betrachtung für den Steuerpflichtigen eine schwer hinzunehmende Härte darstellt. Der generelle Verzicht auf eine Berücksichtigung von Inflationseffekten bei der Einkommensbesteuerung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden¹²⁶, zumal ein technisch denkbarer Ausgleich von Geldwertentwicklungen durch Preisindexierung mit volkswirtschaftlichen Stabilitätsrisiken und erheblichem Verwaltungsaufwand verbunden wäre. Folglich ist auch bei der Berechnung einer unzulässigen doppelten Besteuerung an Nominalwertprinzip festzuhalten.

2. Beitragsphase: Ermittlung der bereits versteuerten Rentenversicherungsbeiträge

Indem die voraussichtlich steuerunbelastet zufließenden Rentenbezüge mit den aus versteuertem Einkommen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen zu vergleichen sind, stellt sich im

¹²⁰ Ebenso *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 347 (Dez. 2017); ausführlich *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 188 ff.; a.A. *Schuster*, jM 2017, 119 (121); *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 233 (Mai 2017); offengelassen in BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 45.

¹²¹ *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 188 ff.; a.A. *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 233 (Mai 2017); *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2106); in Bezug auf die Rechtfertigung der Ertragsanteilsbesteuerung nach altem Recht BVerfG, Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 213.

¹²² BT-Drucks. 15/2105, S. 23.

¹²³ St. Rspr., zuletzt BFH, Beschl. v. 5.2.2018 – X B 114/17, BFH/NV 2018, 614, Rn. 26; ausführlich BFH, Urt. v. 19.1.2010 – X R 53/08, BStBl. II 2011, 567, Rn. 70 ff.; ferner BVerfG, Beschl. v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310, Rz. 51 ff.; BVerfG, Beschl. v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, Rz. 60.

¹²⁴ *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2109); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 341 (Dez. 2017); a.A. *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1552); *Lüsch*, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 150 (Febr. 2013).

¹²⁵ BFH, Urt. v. 19.1.2010 – X R 53/08, BStBl. II 2011, 567, Rn. 74; *P. Kirchhof*, in: K/S/M, § 2 EStG Rn. A 500 (April 1992); *Karrenbock*, DStR 2018, 844 (846).

¹²⁶ Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 19.12.1978 – 1 BvR 335/76, BVerfGE 50, 57, Rn. 60 ff.; zuletzt BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.9.2015 – 2 BvR 2683/11, BStBl. II 2016, 310, Rn. 51; krit. *Hey*, in Tipke/Lang, Steuerrecht²³, 2018, § 8 Rn. 56 f. m.w.N.

Weiteren die Frage, welche Beitragsleistungen zur Rentenversicherung in der Erwerbsphase tatsächlich der Besteuerung unterlagen. Entscheidend ist dabei einzig, ob sie zu einer Verminderung der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage geführt haben oder nicht¹²⁷. Denn es „ist von einer tatsächlichen steuerlichen Belastung in der Erwerbsphase [...] immer dann auszugehen, wenn in der Erwerbsphase eine ‚Regelbesteuerung‘ ohne spezielle Vergünstigungen stattgefunden hat“¹²⁸. Das ist dann der Fall, wenn die Altersvorsorgeaufwendungen Bestandteil des zu versteuernden Einkommens gewesen sind, weil dies nach § 2 Abs. 5 EStG die Bemessungsgrundlage für die tarifliche Einkommensteuer, mithin die Grundlage der einkommensteuerrechtlichen „Regelbesteuerung“ ist. Es kommt daher nicht darauf an, ob die steuerliche Nichtabzugsfähigkeit von Beiträgen im Einzelfall eine höhere Steuerlast ausgelöst hätte.

a) Beitragsleistungen in der Erwerbsphase

Zunächst ist festzustellen, welche Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung während der Erwerbsphase abzuführen waren, um sodann den unversteuerten und den versteuerten Anteil zu bestimmen. Die Beiträge werden nach einem Vomhundertsatz (Beitragssatz) von der Beitragsbemessungsgrundlage erhoben, maximal jedoch nur bis zur jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze¹²⁹ (§ 157 SGB VI). Die Beitragsbemessungsgrenze dient dabei nicht nur einer Begrenzung der Einkommensbelastung, sondern auch der Beschränkung des möglichen Anwartschaftserwerbs und späteren Leistungsbezugs¹³⁰. Bei rentenversicherungspflichtigen Personen bemisst sich die Beitragsbemessungsgrundlage nach den beitragspflichtigen Einnahmen (§ 161 Abs. 1 SGB VI), die bei Arbeitnehmern dem Bruttoarbeitsentgelt entspricht (§ 162 Nr. 1 SGB IV i.V.m. § 14 SGB IV).

Der Beitragssatz in der allgemeinen Rentenversicherung beträgt für das Jahr 2018 18,6 Prozent¹³¹. Für Arbeitnehmer, die nicht nur geringfügig beschäftigt sind, wird er paritätisch, je zur Hälfte von dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, getragen (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI). Die jährliche Festlegung und Änderung oder Beibehaltung der Beitragssätze (§ 158 SGB VI) wirkt sich unmittelbar nicht nur auf die Höhe der Beiträge, sondern auch auf die

¹²⁷ Karrenbrock, DStR 2018, 844, (849 f.); Birk/Wernsmann, in Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 9.

¹²⁸ BVerfG, Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 207.

¹²⁹ Die Höhe der Beitragsbemessungsgrenze liegt für das Jahr 2018 bei 78.000 Euro (West) bzw. 69.600 Euro (Ost) und ist der Anlage 2 SGB VI (West) bzw. Anlage 2a SGB VI zu entnehmen.

¹³⁰ Dies ergibt sich aus den durch die Beitragsbemessungsgrundlage zu ermittelnden Entgeltpunkten (§ 70 Abs. 1 SGB VI), die wiederum – zusammen mit dem Rentenartfaktor und dem aktuellen Rentenwert – die Höhe der späteren Rente beeinflussen (§§ 63 Abs. 6, 64 SGB VI).

¹³¹ Beitragssatzverordnung 2018 vom 18.12.2017 (BGBl. I 2017, 3976).

Höhe der Zuschüsse des Bundes (§ 213 Abs. 2 SGB VI) und auf die Höhe der Rentenanpassungen (§§ 65, 68 SGB VI) aus. Die Beitragssätze und Beitragsbemessungsgrenzen werden nach § 160 SGB VI durch eine Rechtsverordnung der Bundesregierung festgesetzt.

b) Arbeitgeberanteil als steuerfreie Beitragsleistung

Beitragsleistungen, die steuerfrei waren, sind nicht aus versteuertem Einkommen gezahlt worden¹³². Unstreitig fallen darunter insbesondere die Arbeitgeberanteile zur gesetzlichen Rentenversicherung¹³³. Insofern kann der Streit um deren Steuerbarkeit und die (deklaratorische oder konstitutive) Wirkung des § 3 Nr. 62 EStG dahinstehen¹³⁴, weil der Arbeitgeberanteil in beiden Fällen nicht aus dem versteuerten Einkommen des Arbeitnehmers stammt. Entweder ist er – nach der wohl herrschenden Ansicht – mangels eines Zuflusses beim Arbeitnehmer bereits nicht steuerbar, weil die Arbeitgeberbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung keine Arbeitsleistung vergüten, sondern damit eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers erfüllt wird¹³⁵, oder er stellt – nach der Gegenauffassung – zwar grundsätzlich steuerbaren, aber nach § 3 Nr. 62 EStG (konstitutiv) steuerfrei gestellten Arbeitnehmerlohn dar¹³⁶.

c) Sonderausgabenabzug für (Alters-)Vorsorgeaufwendungen

Sofern Altersvorsorgeaufwendungen in der Erwerbsphase die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer gemindert haben, sind sie nicht aus versteuertem Einkommen geleistet worden (s. bereits C.II.). Wurden sie somit in der Vergangenheit als Sonderausgaben im jeweiligen Jahr der Veranlagung vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen (§ 2 Abs. 4 EStG), sind diese Zahlungen bei der Berechnung einer doppelten Besteuerung nicht zur berücksichtigen¹³⁷. Zu unterscheiden sind hierbei wegen der Änderung des Sonderausgabenabzugs durch das AltEinkG die Veranlagungsjahre bis 2004 und ab 2005. Während vor dem Jahr 2005 Altersvorsorgeaufwendungen innerhalb einer einheitlichen Höchstgrenze gemeinsamen mit anderen Vorsorgeaufwendungen (wie den Beiträgen zur Kranken-, Pflege-, Unfall-, Lebensversicherung usw.) als Sonderausgaben zu berücksichtigen waren (§ 10 Abs. 3 EStG a.F.), ist nunmehr zwischen Altersvorsorgeaufwendungen zur Basisversorgung (§ 10 Abs. 3 EStG) und

¹³² *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

¹³³ Stellvertretend *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2108); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

¹³⁴ Näher zum Streitstand *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 175.

¹³⁵ So BFH, Urt. v. 6.6.2002 – VI R 178/97, BStBl. II 2003, 34, LS; *Birk/Wernsmann*, in Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 2; *Hey*, in Tipke/Lang, Steuerrecht²³, 2018, § 8 Rn. 486.

¹³⁶ So *Mittelsten Scheid*, Reform der Altersbesteuerung, 2004, S. 53; wohl v. *Beckerath*, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 3 EStG Rn. 162.

¹³⁷ *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

sonstigen Vorsorgeaufwendungen (§ 10 Abs. 4 EStG) zu trennen, sofern nicht die alte Regelung für die Jahre vor 2005 günstiger für den Steuerpflichtigen ist (Günstigerprüfung des § 10 Abs. 4a EStG).

aa) Veranlagungszeiträume ab 2005 – nach Inkrafttreten des AltEinkG

Für die Veranlagungszeiträume ab 2005 sind die tatsächlich als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 EStG abzugsfähigen Teile der Altersvorsorgeaufwendungen (s. bereits C.I.2.b.bb.) zu ermitteln. Hierfür sind die sich aus dem Einkommensteuerbescheid ergebenden Beträge maßgeblich¹³⁸, so dass die nicht als Sonderausgaben abgezogenen und somit aus dem versteuerten Einkommen stammenden Altersvorsorgeaufwendungen problemlos berechnet werden können.

bb) Veranlagungszeiträume bis 2004 – vor Inkrafttreten des AltEinkG

Problematisch ist es jedoch, die Anteile der als Sonderausgaben geltend gemachten Altersvorsorgeaufwendungen bis einschließlich des Veranlagungszeitraums 2004 zu ermitteln. Neben den Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung¹³⁹ war es damals möglich im Rahmen des einheitlichen Höchstbetrags (§ 10 Abs. 3 EStG a.F.) die Beiträge zu privaten Kranken-, Pflege-, Unfall- und Haftpflichtversicherung sowie zu bestimmten Lebensversicherungen anzusetzen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG a.F.). Der Höchstbetrag der abzugsfähigen Vorsorgeaufwendungen setzte sich im Jahr 2004 aus einem Grundhöchstbetrag von 1.334 Euro (§ 10 Abs. 3 Nr. 1 EStG a.F.) und einem Vorwegabzug von 3.068 Euro (§ 10 Abs. 3 Nr. 2 EStG a.F.) zusammen, deren Beträge sich bei zusammenveranlagten Ehegatten verdoppelten¹⁴⁰. Zusätzlich wurde den Steuerpflichtigen, die nach dem 31.12.1957 geboren sind, eine Pflegeversicherungs-Zusatzhöchstbetrag von 184 Euro gewährt (§ 10 Abs. 3 Nr. 3 EStG a.F.). Bei Arbeitnehmern wurde der Vorwegabzug jedoch um 16 % des Bruttolohns gekürzt (§ 10 Abs. 3 Satz 2 EStG a.F.) mit der Folge, dass dieser im Jahr 2004 bei einem ledigen Arbeitnehmer bereits ab einem Bruttolohn von 19.175 Euro, mithin im Regelfall bei einer Vollzeittätigkeit, vollständig entfiel¹⁴¹. Die über den Höchstbetrag nach § 10 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EStG a.F. hin-

¹³⁸ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 54; *Kulosa*, DStR 2018, 1413 (1416); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

¹³⁹ Das Sozialversicherungsrecht basiert auf fünf Säulen der Vorsorge: Arbeitslosenversicherung (SGB III), Krankenversicherung (SGB V), Rentenversicherung (SGB VI), Unfallversicherung (SGB VII) und seit 1995 Pflegeversicherung (SGB XI).

¹⁴⁰ Siehe für einen Überblick über die Entwicklung der Höchstbeträge *Söhn*, in K/S/M, § 10 EStG Rn. S 11 ff. (Feb. 2007).

¹⁴¹ *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1551); *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 187 Fn. 1216; *Hey*, DRV 2004, 1 (13); *Ruland*, in FS Selmer, 889 (905).

ausgehenden Vorsorgeaufwendungen konnten zur Hälfte, höchstens jedoch bis zum hälftigen Grundhöchstbetrag abgezogen werden (§ 10 Abs. 3 Nr. 4 EStG a.F.).

(1) Ermittlung der un versteuerten Altersvorsorgeaufwendungen

Da der einheitliche Gesamtbetrag der Höhe nach völlig unzureichend für den umfassenden Katalog an Vorsorgeaufwendungen war und in vielen Fällen bereits durch Beitragsleistungen zu den einzelnen Sozialversicherungszweigen ausgeschöpft war¹⁴², ist im Detail noch nicht geklärt, wie die un versteuerten Altersvorsorgeaufwendungen zu ermitteln sind.

(a) Rangfolge der gesetzlichen Sozialversicherung

Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des X. Senats des BFH sind die Beiträge zu den verschiedenen Sparten der gesetzlichen Sozialversicherung anhand der Beitragssätze gleichrangig in die Berechnung des abziehbaren Teils der Altersvorsorgeaufwendungen einzubeziehen¹⁴³. Dies gilt nach der zutreffenden Ansicht von *Kulosa* auch für Beiträge zu privaten Kranken- oder Pflegeversicherungen, soweit sie der Erlangung eines mit dem Niveau der gesetzlichen Versicherung vergleichbaren Schutz dienen¹⁴⁴. Der Gesetzgeber erkennt dies in dem heutigen Sonderausgabenabzug für Beiträge der privaten Krankenversicherung (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a) Satz 3 EStG) auch an. Der Gleichrangigkeit der (Sozialversicherungs-)Beiträge ist allerdings nur insoweit zuzustimmen, als dass die gesetzliche Höchstgrenze des § 10 Abs. 3 EStG a.F. noch nicht überschritten ist¹⁴⁵, wobei sich hierbei die – unter (b) und (c) noch zu lösende – Problematik ergibt, welche Vorsorgeaufwendungen neben den Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung zu berücksichtigen sind.

Soweit die Höchstgrenze allerdings ausgeschöpft ist, stellt sich die Frage einer Rangfolge innerhalb der abzugsfähigen Vorsorgeaufwendungen. Der Gesetzeswortlaut gibt darauf jedenfalls keine Antwort¹⁴⁶. Die alte Fassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG bzw. die jeweilige Höchstgrenze nach § 10 Abs. 3 EStG a.F. trifft – anders als die Neureglung nach dem Alt-EinkG – keine Unterscheidung zwischen den einzelnen Vorsorgeaufwendungen. Erst ab dem Jahr 2005 gilt eine für die Altersvorsorgeaufwendungen separat geltende Höchstgrenze (§ 10

¹⁴² *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 181; *Ruland*, in FS Selmer, 889 (904 f.); *Söhn*, StuW 1990, 356 (362); *Seer*, StuW 1996, 323 (333 f.).

¹⁴³ BFH, Urt. v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, Rn. 84; BFH, Urt. v. 19.1.2010 – X R 53/08, BStBl. II 2011, 567, Rn. 37; BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 51; zustimmend *Förster*, DStR 2009, 141 (145); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

¹⁴⁴ *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

¹⁴⁵ *Knorrenbrock*, DStR 2018, 844 (849); *Hey*, DRV 2004, 1 (13).

¹⁴⁶ Ebenso *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 182; *Hey*, DRV 2004, 1 (11); *Ruland*, in FS Selmer, 889 (905); *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 216 (Mai 2017).

Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 10 Abs. 3 EStG). Allerdings ergibt sich aus den Gründen der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG eine Nachrangigkeit der Rentenversicherungsbeiträge, soweit der begrenzte Sonderausgabenabzug für Vorsorgeaufwendungen durch andere abzugsfähige und zu berücksichtigende Beiträge ausgeschöpft ist¹⁴⁷. Während bei Arbeitnehmern eine Pflicht zur Abführung von Beiträgen zur Rentenversicherung bestand, konnten Beamte den Grundhöchstbetrag und den hälftige Höchstbetrag mangels einer bestehenden Rentenversicherungspflicht¹⁴⁸ (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI) in voller Höhe für sonstige Vorsorgeaufwendungen nutzen. Beiden Personengruppen stand jedoch derselbe Höchstbetrag zur Verfügung, obwohl Beamte keine Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung leisten müssen¹⁴⁹. Eine Quotelung des Höchstbetrags auf die Beitragsarten würde diese Ungleichbehandlung vernachlässigen. Folglich sind die Beiträge zur (gesetzlichen) Rentenversicherung auch nur insoweit abzugsfähig, als der Grundhöchstbetrag und der hälftige Höchstbetrag in dem jeweiligen Veranlagungszeitraum nicht bereits durch den Abzug der sonstigen Vorsorgeaufwendungen verbraucht worden ist¹⁵⁰. Dies entspricht auch dem Reformauftrag des BVerfG die Beamtenpensionen und die Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung nicht mehr unterschiedlich zu besteuern¹⁵¹.

Letztlich rechtfertigt sich eine Gleichwertigkeit aller Beiträge auch nicht durch eine typisierende Betrachtung¹⁵². Eine Typisierung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG dann unzulässig, wenn der Verallgemeinerung ein atypischer Sachverhalt als Leitbild zugrunde liegt¹⁵³. Es müsste zumindest eine annähernde Gleichbehandlung erreicht und gewahrt werden¹⁵⁴, so dass Abweichungen weder in großer Zahl noch in besonderer Intensität auftreten dürfen (s. bereits B.III.). Problematisch ist dabei, dass die Beitragsbelastung der Sozialversicherungszweige an die Höhe des sozialversicherungspflichtigen Bruttoeinkommens gekoppelt sind¹⁵⁵, während der Sonderausgabenabzug in § 10 Abs. 3 EStG a.F. auf einen festen Höchst-

¹⁴⁷ So auch *Ruland*, in FS Selmer, 889 (904 f.); *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (478); *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 182 ff.; *Hey*, DRV 2004, 1 (13 f.).

¹⁴⁸ Es gilt das sog. Alimentationsprinzip, näher *Pieroth*, in Jarass/Pieroth, GG¹⁵, 2018, Art. 33 Rn. 63 ff.; BVerfG, Beschl. vom 30.3.1977 – 2 BvR 1039/75, BVerfGE 44, 249, Rn. 52.

¹⁴⁹ *Hey*, DRV 2004, 1 (13), *Ruland*, in FS Selmer, 889 (890).

¹⁵⁰ Ebenso *Knorrenbrock*, DStR 2018, 844 (849); *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 182 ff.; ähnlich *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1551), der von vornherein die Einbeziehung des Grundhöchstbetrags und des hälftigen Höchstbetrags ablehnt a.A. *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017) für den kein Grund der Nachrangigkeit ersichtlich ist.

¹⁵¹ Näher BVerfG, Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73.

¹⁵² So aber *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

¹⁵³ BVerfG, Beschl. v. 7.10.1969 – 2 BvR 555/67, BVerfGE 27, 142, Rn. 26; BVerfG, Beschl. v. 6.5.1975 – 1 BvR 332/72, BVerfGE 39, 316, Rn. 53.

¹⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, BVerfGE 89, 15, Rn. 38.

¹⁵⁵ §§ 226 ff. SGB V, § 57 SGB XI, §§ 342, 344 f. SGB III i.V.m. §§ 14 f. SGB IV.

betrag begrenzt ist. Wegen der großen Streubreite unterschiedlich hoher Arbeitslöhne ist es – wenn überhaupt möglich¹⁵⁶ – schwierig hierbei zu typisieren. Bei typisierender Betrachtung ist es eher der typische Fall, dass Rentenversicherungsbeiträge nicht als Sonderausgaben abgezogen werden konnten. Denn bereits ab einem Jahresbruttogehalt von ca. 23.700 Euro wurde der Höchstbetrag eines ledigen Arbeitnehmers durch vorrangige Aufwendungen ausgeschöpft, so dass bereits Bezieher mittlerer Einkommen den Höchstbetrag vollständig durch vorrangige Vorsorgeaufwendungen aufbrauchten¹⁵⁷. Auch wenn nicht auf den Durchschnitt des Bruttoverdiensts von vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern abgestellt werden kann¹⁵⁸, kann dies zumindest als Richtschnur dienen. Im Jahr 2004 lag das sozialversicherungsrechtliche Durchschnittsentgelt mit 29.060 Euro (West)¹⁵⁹ bzw. 24.355 Euro (Ost)¹⁶⁰ deutlich über diesem Betrag. Zumindest für nahezu der Hälfte aller in das System der gesetzlichen Rentenversicherung einbezogenen Steuerpflichtigen bleibt die Absetzbarkeit ihrer Rentenbeiträge wegen der Ausschöpfung durch vorrangige Vorsorgeaufwendungen versagt¹⁶¹. Lediglich für eine verhältnismäßig kleine Gruppe von Steuerpflichtigen mit geringen Einkommen bestand daher die Möglichkeit, Rentenversicherungsbeiträge voll oder zumindest anteilig im Rahmen des Höchstbetrags zum Abzug zu bringen¹⁶².

(b) Berücksichtigung von (kapitalbildenden) Lebensversicherungen

Umstritten ist, wie die Beiträge zu kapitalbildenden Lebensversicherungen in Bezug zu den Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung einzuordnen sind. Während der BFH diese Frage in seinen Entscheidungen vom 26. November 2008 und vom 21. Juni 2016 offenließ¹⁶³, urteilte er am 23. August 2017 (in Bestätigung der Vorentscheidung¹⁶⁴), dass diese Beiträge nachrangig seien, weil es sonst zu einer nicht gerechtfertigten doppelten Begünstigung käme¹⁶⁵. Denn die Leistungen aus der Lebensversicherung werden auch nach dem Inkrafttreten des AltEinkG nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. bb) nur mit dem Ertragsanteil

¹⁵⁶ Dies verneinend *Hey*, DRV 2004, 1 (13); *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 187 f.

¹⁵⁷ *Hey*, DRV 2004, 1 (13); *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 187; *Ruland*, in FS Selmer, 889 (905).

¹⁵⁸ *Hey*, DRV 2004, 1 (13).

¹⁵⁹ Siehe SGB VI – Anlage 1.

¹⁶⁰ Siehe SGB VI – Anlage 10 i.V.m. Anlage 1.

¹⁶¹ *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 188; explizit das Jahr 2001 betreffend *Ruland*, in FS Selmer, 889 (905): 46 Prozent aller Pflichtversicherten hatten ein versicherungspflichtiges Entgelt über 25.000 Euro.

¹⁶² *Hey*, DRV 2004, 1 (13).

¹⁶³ BFH, Urt. v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, Rn. 86; BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 45, der zur weiteren Sachverhaltsermittlung an das FG Baden-Württemberg zurückverwies und dabei diese Frage dem FG gegenüber offenließ, ohne eine Vorgabe zur Beantwortung gemacht zu haben.

¹⁶⁴ FG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.9.2015 – 5 K 1075/13, EFG 2016, 572, Rn. 55 f.

¹⁶⁵ BFH, Urt. v. 23.8.2017 – X R 33/15, BStBl. II 2018, 62, Rn. 29 ff.

besteuert, so dass es nach Ansicht des X. Senats zu einer doppelten – und somit systemwidrigen – Entlastung käme, wenn die Beiträge durch eine Einbeziehung in den Sonderausgabenabzug ebenfalls (teilweise) steuerfrei gestellt würden¹⁶⁶. Zwar trifft es zu, dass es zu einer doppelten Begünstigung kommt. Allerdings würde dadurch der gesetzlich vorgesehene Sonderausgabenabzug für diese Vorsorgeaufwendungen nachträglich wieder rückgängig gemacht werden¹⁶⁷ und das AltEinkG rückwirkend Anwendung finden. Das stellt einen Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes dar¹⁶⁸, der sich auch nicht durch den hinter dem AltEinkG stehenden Rechtsgedanken und im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG rechtfertigen lässt¹⁶⁹. Vielmehr spricht Art. 3 Abs. 1 GG für eine Berücksichtigung dieser Beiträge im Rahmen des damals geltenden Sonderausgabenabzugs. Schließlich konnten sie ebenso von Beamten als Sonderausgaben geltend gemacht werden. Sie wären dadurch ebenso doppelt begünstigt, was eine Benachteiligung der in der Sozialversicherung pflichtversicherten Arbeitnehmer bedeuten würde (s. bereits C.II.2.c.bb.(1)(a)]. Folglich sind auch Beiträge zu (kapitalbildenden) Lebensversicherungen in die Aufteilung des Sonderausgabenabzugs einzubeziehen¹⁷⁰.

(c) Berücksichtigung von sonstigen Vorsorgeaufwendungen

Ebenso sind die sonstigen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG a.F. als Sonderausgaben abzugsfähigen Vorsorgeaufwendungen zu beurteilen¹⁷¹. Eine Vernachlässigung dieser Beiträge lässt sich auch nicht aus der Praktikabilität der Berechnungen oder aufgrund etwaiger Ermittlungsschwierigkeiten rechtfertigen¹⁷². Der Typisierungsspielraum ist durch die verfassungsrechtliche Pflicht zur Gleichbehandlung von Beamten und Arbeitnehmern sowie aufgrund des Vor-

¹⁶⁶ Der Entscheidung zustimmend *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017); *Kulosa*, DStR 2018, 1413 (1417).

¹⁶⁷ Dies erkennt auch das FG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.9.2015 – 5 K 1075/13, EFG 2016, 572, Rn. 56 sowie *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017) bezüglich der sonstigen Vorsorgeaufwendungen.

¹⁶⁸ Ebenso *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 217 (Mai 2017).

¹⁶⁹ So aber das FG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.9.2015 – 5 K 1075/13, EFG 2016, 572, Rn. 56, bestätigt durch BFH, Urt. v. 23.8.2017 – X R 33/15, BStBl. II 2018, 62, Rn. 30.

¹⁷⁰ So auch *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 217 (Mai 2017); *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (849); a.A. BFH, Urt. v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710, Rn. 86; *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017); *Förster*, DStR 2009, 141 (145); *Schuster*, jM 2017, 119 (121); wohl BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 30.9.2015 – 2 BvR 1066/10, FR 2016, 78, Rn. 46.

¹⁷¹ Für Beiträge zu Unfall- und Haftpflichtversicherungen explizit von BFH, Urt. v. 23.8.2017 – X R 33/15, BStBl. II 2018, 62, Rn. 33 offengelassen, während die Vorinstanz (FG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.9.2015 – 5 K 1075/13, EFG 2016, 572, Rn. 55) diese Beiträge ausdrücklich einbezog; wie hier auch *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 216, 219 (Mai 2017); *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (849); a.A. *Förster*, DStR 2009, 141 (145); *Schuster*, jM 2017, 119 (121); i.E. *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

¹⁷² So aber *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

rangs des Gesetzes (siehe bereits C.II.2.c.bb.(1)(c)] insoweit nicht gegeben¹⁷³. Bestehen schließlich Schwierigkeiten bei dem Nachweis der tatsächlich getätigten Aufwendungen, deren Feststellungslast der Steuerpflichtige trägt (dazu sub D.II.), sind diese nach § 162 AO zu schätzen¹⁷⁴.

Auch das BVerfG scheint eher zu einer gleichmäßigen Aufteilung zu tendieren, indem es ausführt, es sei „zusätzlich zu beachten, dass die Entlastungsquote durch den Sonderausgabenabzug auch bei anteiliger Berücksichtigung sonstiger möglicher Vorsorgeaufwendungen sinkt, die nicht zu den Sozialversicherungsbeiträgen gehören, wie etwa Beiträge zur Kraftfahrzeug- oder zur privaten Haftpflichtversicherung“¹⁷⁵.

(d) Zwischenfazit

Es ist festzuhalten, dass bei der Ermittlung der einkommensteuerrechtlichen (Vor-)Belastung in der Beitragsphase der Höchstbetrag des § 10 Abs. 3 a.F. grundsätzlich auf sämtliche Vorsorgeaufwendungen gleichmäßig zu verteilen ist, während beim Überschreiten der Höchstgrenze die Altersvorsorgeaufwendung in Anbetracht des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG lediglich nachrangig zu berücksichtigen sind.

Indes vertritt die Rechtsprechung, dass nur die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung anhand der Beitragssätze gleichrangig in die Berechnung des abziehbaren Teils der Altersvorsorgeaufwendungen einzustellen sind. Hingegen sind die Beiträge zu (kapitalbildenden) Lebensversicherungen nachrangig. Die Einordnung der sonstigen Vorsorgeaufwendungen ist noch nicht höchstrichterlich entschieden.

(2) Sonderfragen bei zusammenveranlagten Steuerpflichtigen

Hinsichtlich der rechnerischen Ermittlung der bereits versteuerten Rentenversicherungsbeiträge stellen sich außerdem – die im Folgenden zu beantwortenden – Sonderfragen in Bezug auf zusammenveranlagte Steuerpflichtige nach §§ 26, 26b EStG (ggfs. i.V.m. § 2 Abs. 8 EStG)¹⁷⁶.

¹⁷³ A.A. *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

¹⁷⁴ BFH, Urt. v. 21.6.2016 –X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 57 f.; *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 219 (Mai 2017).

¹⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 120.

¹⁷⁶ Wenn im Folgenden die Begriffe der Ehe und Ehegatten verwendet werden, geltend die Ausführungen auch für zusammenveranlagte Lebenspartner nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG), sofern die Regelung des § 2 Abs. 8 EStG bereits anwendbar ist. § 2 Abs. 8 ist am 19.7.2013 in Kraft getreten (BGBl. I, 2397) und war nach § 52 Abs. 2a EStG a.F. in allen Fällen anzuwenden, in denen die Einkommensteuer noch nicht bestandskräftig festgesetzt war.

(a) Zuordnung des verdoppelten Sonderausgabenabzugs

Indem sich der Grundhöchstbetrag und der Vorwegabzug (§ 10 Abs. 3 EStG Nr.1 und 2 EStG a.F.) bei zusammenveranlagten Ehegatten bis zum Inkrafttreten des AltEinkG verdoppelte und von ihnen gemeinsam genutzt werden konnte, stellt sich die Frage, welchem Ehegatten der Sonderausgabenabzugs zuzuordnen ist. Obwohl der X. Senat des BFH diese Frage in seiner Entscheidung vom 21. Juni 2016 selbst aufwarf¹⁷⁷, ließ er sie – mangels Entscheidungserheblichkeit – bisher unbeantwortet. Lediglich in einem *obiter dictum* des Urteils vom 23. August 2017 wies er darauf hin, dass er für einen vorrangigen Abzug der Vorsorgeaufwendungen des (anderen) Ehegatten, wie dies von der Vorinstanz berechnet worden war¹⁷⁸, keinen Grund erkenne¹⁷⁹.

Die Frage stellt sich nur, wenn die (Alters-)Vorsorgeaufwendungen beider Ehegatten über die verdoppelten Höchstbeträge hinausgeht und daher nicht vollumfänglich abziehbar waren. Nur in diesem Fall ist ein Teil der Beiträge aus versteuertem Einkommen geleistet worden. Wegen des Grundsatzes der Individualbesteuerung erscheint es dabei sachgerecht davon auszugehen, dass der gemeinsame Höchstbetrag gleichmäßig – also grundsätzlich hälftig – durch beide Ehegatten ausgenutzt wurde, selbst wenn der Vorwegabzug nach § 10 Abs. 3 Satz 2 EStG a.F. gekürzt wurde, obwohl nur einer der Ehegatten die Voraussetzung für die Kürzung erfüllt hat¹⁸⁰. Dafür spricht außerdem, dass die Ehegatten die Zusammenveranlagung dahingehend bewusst wählten, als ihnen der dadurch bedingte Vorteil des Ehegattensplittings wohl höher erschien als der Nachteil der Kürzung des Vorwegabzugs. Jeder Ehegatte hätte indes „seinen“ Vorwegabzug in Anspruch nehmen können¹⁸¹. Soweit ein Ehegatte die auf ihn entfallende Hälfte nicht ausgeschöpft hat, entweder weil er keinerlei oder lediglich geringere Beiträge geleistet hat, ist der verbleibende Betrag dem anderen Ehegatten – bis hin zum vollständigen Höchstbetrag – zuzuordnen¹⁸². Die darüberhinausgehenden Beiträge sind aus versteuertem Einkommen geleistet.

¹⁷⁷ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 45, der zur weiteren Sachverhaltsermittlung an das FG Baden-Württemberg zurückverwies und dabei diese Frage dem FG gegenüber offenließ, ohne eine Vorgabe zur Beantwortung gemacht zu haben.

¹⁷⁸ FG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.9.2015 – 5 K 1075/13, EFG 2016, 572.

¹⁷⁹ BFH, Urt. v. 23.8.2017 – X R 33/15, BStBl. II 2018, 62, Rn. 34.

¹⁸⁰ Ebenso *Wernsmann/Neudenberger*, in *K/S/M*, § 22 EStG Rn. B 218 (Mai 2017); *Kulosa*, in *H/H/R*, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017); *Karrenbrock*, *DStR* 2018, 844 (850): „größte Plausibilität“; *Schuster*, *JM* 2017, 119 (121); näher zur „überspringenden“ Kürzung bei Ehegatten BFH, Urt. v. 21.6.1989 – X R 19/85, *FR* 1989, 651; ferner *Söhn*, in *K/S/M*, § 10 EStG Rn. S 342 f. (Feb. 2007); *Kulosa*, in *H/H/R*, § 10 EStG Rn. 363 (Dez. 2017); *Hutter*, in *Blümich*, § 10 EStG Rn. 297 (Sept. 2016).

¹⁸¹ Ebenso *Schuster*, *JM* 2017, 119 (121).

¹⁸² I.E. *Wernsmann/Neudenberger*, in *K/S/M*, § 22 EStG Rn. B 218 (Mai 2017).

(b) Zuordnung der geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen beim Tod

Weiterhin ist ungeklärt, wie der Umstand zu berücksichtigen ist, dass bei verheirateten Steuerpflichtigen nicht nur der unmittelbar rentenversicherte Ehegatte, sondern auch der länger lebende andere Ehegatte einen Anspruch auf (Hinterbliebenen-)Rente nach § 46 SGB VI hat, ohne dass er hierfür eigens zusätzliche Beiträge gezahlt hat¹⁸³.

Zwar werden die Rentenversicherungsbeiträge auch zur Vorsorge des Ehegatten geleistet. Der primäre Fokus liegt jedoch in dem Erwerb eigener Rentenansprüche. Schließlich handelt es sich um das subjektive Rentenstammrecht des verstorbenen Ehegatten¹⁸⁴, welches der Hinterbliebene als höchstpersönliche Recht nicht übernimmt, sondern von dessen Rentenstammrecht Ansprüche ableitet¹⁸⁵. Das zeigt sich auch in der Funktion der Hinterbliebenenrente als Unterhaltersatz¹⁸⁶. Einerseits ist der Anspruch in seinem Bestand an die Ehe gekoppelt¹⁸⁷ und in seiner Höhe wegen der Einkommensanrechnung nach § 97 SGB VI vom eigenen Einkommen des überlebenden Ehegatten abhängig. Daher sind die Altersvorsorgeaufwendungen nicht zu kürzen und als kalkulatorischer Anteil an den anderen Ehegatten abzuspalten¹⁸⁸, zumal ein solcher Anteil in seiner Höhe nicht bestimmt werden könnte. Es kommt folglich nur auf die Altersvorsorgeaufwendungen an, die der Steuerpflichtige allein geleistet hat. Mangels eigens geleisteter Beiträge bei einer Hinterbliebenenrente kann insoweit auch keine verfassungswidrige doppelte Besteuerung vorliegen¹⁸⁹.

(c) Zuordnung der geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen bei der Scheidung

Eine ähnliche Problematik stellt sich, wenn die Ehe des rentenversicherten Ehegatten nicht durch den Tod, sondern durch ein Scheidungsurteil (§ 1564 BGB) beendet wird. Denn nach Maßgabe des Versorgungsausgleichsgesetzes (VersAusglG) findet zwischen den geschiedenen Ehegatten ein Ausgleich von im In- oder Ausland bestehenden Anrechten insbesondere aus der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1587 BGB) statt. Grundsätzlich sind dabei die in der Ehezeit erworbenen Anteile von Anrechten (Ehezeitanteile) jeweils zur Hälfte zwischen den geschiedenen Ehegatten zu teilen (§ 1 Abs. 1 VersAusglG). Daher können infolge des

¹⁸³ Offengelassen in BFH, Beschl. v. 5.2.2018 – X B 114/17, BFH/NV 2018, 614, Rn. 27.

¹⁸⁴ *Gürtner*, in K/L/M/R, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 34 SGB VI Rn. 4 (Mai 2017).

¹⁸⁵ Ähnlich *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 347 (Dez. 2017).

¹⁸⁶ Näher zur Funktion der Hinterbliebenenrente *Gürtner*, in K/L/M/R, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 97 SGB VI Rn. 2 (Sept. 2015).

¹⁸⁷ Der Anspruch besteht nach § 46 SGB VI nur, wenn zum Zeitpunkt des Todes eine wirksame Ehe mit dem Verstorbenen bestand (grundsätzlich von mind. einem Jahr) und seitdem keine neue Ehe eingegangen wurde.

¹⁸⁸ Dafür aber *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2109 f.); wie hier *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 347 (Dez. 2017); *Kulosa*, DStR 2018, 1413 (1417).

¹⁸⁹ *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 347 (Dez. 2017); a.A. *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2109 f.).

Versorgungsausgleichs Rentenanwartschaften ohne eigene Beitragsleistung auf den Steuerpflichtigen übertragen oder aber trotz eigener Beitragsleistung vom Steuerpflichtigen auf den geschiedenen Ehegatten übertragen worden sein. Bislang ist nicht geklärt, wie ein solcher „Rententransfer“ unter Ehegatten in Bezug auf das Verbot einer doppelten Besteuerung zu beurteilen ist¹⁹⁰. Der BFH hat sich mangels geeigneter Fälle noch nicht damit beschäftigt.

Die Rente der geschiedenen Ehegatten beruht nach Durchführung des Versorgungsausgleichs nur noch auf einem Teil der aus eigenem versteuertem und unversteuertem Einkommen entrichteten Beiträge. Indem die Anteile von Anrechten zwischen den Eheleuten grundsätzlich zu gleichen Teilen aufzusplitten sind, können beide zwar gleichermaßen von den Anwartschaften auf Altersvorsorge profitieren. Sofern jedoch Anrechte gleicher Art bei demselben Versorgungsträger auszugleichen sind, ist der Ausgleich – im Regelfall der internen Teilung – nur in Höhe des Wertunterschieds nach Verrechnung zu vollziehen (§ 10 Abs. 2 VersAusglG), z.B. bei Rentenanwartschaften in der gesetzlichen (allgemeinen) Rentenversicherung (§ 120f SGB VI). Für die gesetzliche Rentenversicherung wirkt sich das bei dem Ausgleichsberechtigten durch einen Zuschlag und bei dem Ausgleichspflichtigen durch einen Abschlag an Entgeltpunkten (§ 76 SGB VI) bzw. an Entgeltpunkten (Ost) (§ 264a SGB VI) aus. Dabei ist nicht ersichtlich, ob die Anrechte den Beiträgen entstammen, die aus versteuertem oder unversteuertem Einkommen geleistet worden sind¹⁹¹. Aufgrund der Rangfolge innerhalb des Sonderausgabenabzugs (s. bereits C.II.2.c.bb(1)) und aus Gründen der Praktikabilität spricht einiges dafür, dass die Beiträge aus versteuertem Einkommen geleistet worden sind. Demzufolge sind die aus versteuertem Einkommen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen in entsprechender Höhe des Versorgungsausgleichs beim ausgleichspflichtigen Ehegatten zu kürzen und beim Anderen mit dessen eigenen Altersvorsorgeaufwendungen zu addieren.

cc) Veranlagung zur Einkommensteuer von 0 DM/Euro

Der BFH hat in seiner Entscheidung vom 21. Juni 2016 ebenfalls die Frage aufgeworfen, ob in Veranlagungszeiträumen, in denen die Einkommensteuer auf 0 DM/Euro festgesetzt worden ist, überhaupt ein Teil der Altersvorsorgeaufwendungen aus versteuertem Einkommen geleistet worden ist¹⁹². Diese Frage ist in der Literatur umstritten, wird aber zutreffend von

¹⁹⁰ *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 347 (Dez. 2017): „nur unter Inkaufnahme erheblicher Komplizierung ‚in den Griff zu bekommen““.

¹⁹¹ Dieses Problem spricht *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2010) nicht an und stellt pauschal auf Beitragszahlungen aus versteuertem Einkommen ab; insoweit auch offen *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG, Rn. 347 (Dez. 2017).

¹⁹² BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 45, der zur weiteren Sachverhaltsermittlung an das FG Baden-Württemberg zurückverwies und dabei diese Frage offenließ, ohne dem FG jedoch eine Vorgabe zur Beantwortung gemacht zu haben.

der wohl herrschenden Meinung dahingehend beantwortet, dass die Altersvorsorgeaufwendungen in solchen Veranlagungszeiträumen (zumindest teilweise) aus versteuertem Einkommen geleistet worden sind¹⁹³. Schließlich ist das entscheidende Kriterium zur Berechnung einer doppelten Besteuerung, ob der bemessungsgrundlagenerhöhenden Erfassung der Renten in der Bezugsphase eine bemessungsgrundlagemindernde Berücksichtigung der Beitragszahlungen in der Ansparphase gegenübersteht (s. bereits C.II.). Es kommt nicht darauf an, ob die steuerliche Nichtabzugsfähigkeit von Beiträgen im Einzelfall eine höhere Steuerlast auslösen würde, sondern ob sie die Bemessungsgrundlage verringern würde. Selbst wenn aufgrund eines (vertikalen und/oder horizontalen) Verlustausgleichs die Summe der Einkünfte (§ 2 Abs. 2 EStG) und mithin das zu versteuernde Einkommen nicht mehr positiv (also größer als 0) ist, ist ein Arbeitnehmer durch die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung belastet. Die Bemessungsgrundlage zur Bestimmung der Beitragshöhe ist hierbei schließlich nicht das zu versteuernde Einkommen, sondern das Bruttoarbeitsentgelt (s. bereits C.II.2.a.). Auf Werbungskosten oder einen etwaigen Verlustausgleich kommt es für die Beitragslast folglich nicht an¹⁹⁴. Sonderausgaben können jedoch nur bis zu einem Gesamtbetrag der Einkünfte von 0 DM/Euro abgezogen werden¹⁹⁵ und gehen mangels einer periodenübergreifenden Verlustverrechnung (wie in § 10d EStG) im Veranlagungsjahr verloren¹⁹⁶. Folglich müssen Altersvorsorgeaufwendungen bei einer Steuerfestsetzung von 0 DM/Euro (vollständig) aus versteuertem Einkommen geleistet worden sein, wenn diese Steuerfestsetzung aus einem negativen Gesamtbetrag der Einkünfte bzw. der Geltendmachung eines Verlustabzugs resultierte. Für den Fall eines positiven Gesamtbetrags der Einkünfte können die Altersvorsorgeaufwendungen allerdings (zumindest teilweise) berücksichtigt und insoweit nicht versteuert worden sein, selbst wenn die Einkommensteuer auf 0 DM/Euro festgesetzt worden ist, weil erst diese Sonderausgaben zu einem zu versteuernden Einkommen unterhalb des Grundfreibetrags (§ 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG) führten. Sie verringerten dann insoweit die Bemessungsgrundlage. Folglich lässt sich die vom BFH aufgeworfene Frage nicht pauschal, sondern nur differenziert beantworten¹⁹⁷.

¹⁹³ Dafür: *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017); *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 227 (Mai 2017); wohl auch *Birk/Wernsmann*, in Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 9; dagegen: *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2108 f.); *Schuster*, jM 2017, 119 (121); differenzierend: *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (850 f.).

¹⁹⁴ v. *Koppenfels-Spies*, in K/K/W, Kommentar zum Sozialrecht⁵, 2017, § 14 SGB IV Rn. 5.

¹⁹⁵ *Hutter*, in Blümich, § 10 EStG Rn 32 (Sept. 2016); *Fischer*, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 10 EStG Rn. 1.

¹⁹⁶ *Schlenker*, in Blümich, § 10d EStG Rn. 84 (Aug. 2017); *Fischer*, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 10 EStG Rn. 3.

¹⁹⁷ Ebenso *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (850 f.); aus Praktikabilitätsgründen nicht auf die konkrete ertragsteuerliche Auswirkung abstellend *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 342 (Dez. 2017).

3. Rentenbezugsphase: Ermittlung des steuerfreien Rentenzuflusses

Nachdem zuvor die Ermittlung der während der Beitragsphase bereits versteuerten Rentenversicherungsbeiträge beleuchtet wurde, soll im Folgenden der Begriff des steuerfreien Rentenzuflusses untersucht werden. Dabei gilt es vor allem herauszuarbeiten, welche Anteile der Rentenzahlungen in der Rentenbezugsphase als steuerfrei gelten. Dabei ist vom Jahresbetrag der Rente auszugehen, dessen steuerfreie Anteile durch die Multiplikation mit der (voraussichtlichen) Rentenbezugsdauer die Vergleichsgröße für die Berechnung einer doppelten Besteuerung ergibt.

a) Jahresbetrag der Rente

Mit dem Eintritt des Leistungsfalls, z.B. bei der Regelaltersrente nach § 35 SGB VI für den Fall des Erreichens der Regelaltersgrenze mit Vollendung des 67. Lebensjahrs und des Erfüllens der allgemeinen Wartezeit von grundsätzlich fünf Jahren (§ 50 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI), entsteht eine eigenständiger Zahlungsanspruch gegenüber dem zuständigen Rentenversicherungsträger. Die Höhe des Anspruchs richtet sich dabei vor allem nach den während des Versicherungslebens geleisteten Rentenversicherungsbeiträgen (s. bereits C.II.2.a), die in Entgeltpunkte umgerechnet werden (§ 63 Abs. 1, 2 SGB VI). Exakt errechnet wird die Rentenzahlungen (Monatsbetrag der Rente), indem die unter Berücksichtigung des Zugangsfaktors ermittelten persönlichen Entgeltpunkte (§§ 66, 70 ff. SGB VI) mit dem Rentenartfaktor (§ 67 SGB VI) und dem aktuellen Rentenwert (§§ 68, 69 Abs. 1 SGB VI) vervielfältigt werden (§§ 63 Abs. 6, 64 SGB VI). Die Summe der im Kalenderjahr nach § 11 Abs. 1 EStG zugeflossenen Rentenzahlungen einschließlich der bei Auszahlung einbehaltenen Beitragsanteile zur (gesetzlichen) Kranken- und Pflegeversicherung (dazu sub C.II.3.a.dd) ist folglich der Jahresbetrag der Rente¹⁹⁸.

b) Ermittlung des steuerfreien Rentenzuflusses

Als steuerfreier Rentenzufluss ist jedenfalls unstrittig der – nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) Sätze 3 ff. EStG während der Übergangsphase zur nachgelagerten Besteuerung gewährte – persönliche Rentenfreibetrag zu bewerten, der jedoch bei der einkommensteuerlichen Veranlagung über die gesamte Bezugsdauer der Rente (nur) als undynamischer Eurobetrag steuermindernd berücksichtigt wird und kein flexibler Freibetrag ist (s. bereits C.I.2.a). Nichtsdestotrotz liegt dessen Zweck gerade darin, dass die Beiträge während der

¹⁹⁸ Fischer, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 22 EStG Rn. 39.

Übergangsphase nicht in vollem Umfang von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden konnten¹⁹⁹.

Ob daneben der Werbungskosten-Pauschbetrag nach § 9a Satz 1 Nr. 3 EStG, der Grundfreibetrag nach § 32a Abs. 1 Nr. 1 EStG, der Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 EStG für die aus der Rente zu zahlenden Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge sowie die nach § 3 Nr. 14 steuerfrei bleibenden Zuschüsse der Rentenversicherungsträger zu den Krankenversicherungsbeiträgen, die dem Steuerpflichtigen während der Zeit des Rentenbezugs zustehen, ebenso als steuerunbelasteter Anteile der Rente einzuordnen sind, ist umstritten. Der BFH hat in der bereits erwähnten Entscheidung vom 21. Juni 2016 auch diese Frage aufgeworfen, ohne sie jedoch hierbei²⁰⁰ oder in neueren Entscheidungen²⁰¹ zu beantworten.

Um eine Antwort darauf zu finden, ist die jeweilige Regelung auszulegen. Die jeweilige Norm müsste dazu dienen, die Altersvorsorgeaufwendungen, die in der Beitragsphase der Besteuerung unterlegen haben, zu kompensieren, damit sie bei der Vergleichsrechnung als steuerfreier Rentenzufluss berücksichtigt werden kann. Ziel der Übergangsregelung war es, eine zweimalige Erfassung von Einkommensbestandteilen in der Beitrags- und Rentenbezugsphase zu vermeiden (s. bereits C.II.2.a). Entsprechend sind als steuerfreier Rentenzufluss nur solche Beträge anzusehen, die durch rentenspezifische Vergünstigungen von der Besteuerung verschont bleiben²⁰².

aa) Werbungskosten-Pauschbetrag (§ 9a Satz 1 Nr. 3 EStG)

Als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) EStG sind die Renteneinkünfte als Überschuss der Renteneinnahmen über den Werbungskosten zu ermitteln (§ 2 Satz 1 Nr. 2 EStG). Als Werbungskosten ist der gesetzliche Pauschbetrag in Höhe von 102 Euro abzuziehen, sofern keine höheren Werbungskosten nachgewiesen werden, jedoch zur Vermeidung negativer Einkünfte nur maximal bis zur Höhe der Einnahmen (§ 9a Satz 1 Nr. 3, Satz 2 Halbsatz 2 EStG). Ob der Abzug des gesetzlichen Pauschbetrags einen steuer-

¹⁹⁹ Wernsmann/Neudenberger, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 221 (Mai 2017).

²⁰⁰ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 42.

²⁰¹ Bzgl. des Werbungskosten-Pauschbetrags BFH, Beschl. v. 5.2.2018 – X B 114/17, BFH/NV 2018, 614, Rn. 31.

²⁰² Brall/Bruno-Latocha/Lohmann, DRV 2003, 673 (679 f.); Ruland, in FS Selmer, 889 (901); ähnlich Hey, DRV 2004, 1 (8).

freien Rentenzufluss darstellt, ist umstritten²⁰³. Der BFH hat dies jedenfalls bisher offengelassen²⁰⁴.

Der Werbungskosten-Pauschbetrag dient der vereinfachten (pauschalen) Berücksichtigung von Aufwendungen zur Erlangung der Renteneinnahmen und damit der Verwirklichung des objektiven Nettoprinzips²⁰⁵. Durch Werbungskosten werden lediglich die Aufwendungen in Zusammenhang mit dem laufenden Rentenbezug (z.B. Kreditkosten oder Gewerkschaftsbeiträge) berücksichtigt, wobei der Pauschbetrag zur Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens beiträgt, nicht dagegen zur Kompensation von Rentenversicherungsbeiträgen, die in der Ansparphase der Besteuerung unterlegen haben²⁰⁶. Es entstände zwar in Höhe der Differenz zwischen dem Pauschbetrag und den tatsächlichen (niedrigeren) Werbungskosten ein Begünstigungseffekt, der aber letztlich dem Vereinfachungszweck der Norm geschuldet ist²⁰⁷. Außerdem ist es nicht unwahrscheinlich, dass die tatsächlichen Werbungskosten den Pauschbetrag – etwa bei einer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft – übersteigen²⁰⁸. Im Übrigen würde sich in tatsächlicher Hinsicht die Schwierigkeit ergeben, dass der Pauschbetrag für die Einkünfte aus § 22 Nr. 1, 1a und 5 EStG einheitlich gilt²⁰⁹. Insgesamt ist der Werbungskosten-Pauschbetrag aus diesen Gründen nicht in die Vergleichsrechnung der doppelten Besteuerung einzubeziehen.

bb) Sonderausgaben-Pauschbetrag (§ 10c EStG)

Unproblematisch ist der Sonderausgaben-Pauschbetrag nach § 10c EStG in Höhe von 36 Euro bzw. 72 Euro bei zusammenveranlagten Steuerpflichtigen. Für den BFH kam in seiner Entscheidung vom 21. Juni 2016²¹⁰ gar nicht erst in Frage, ihn bei der Vergleichsrechnung zu

²⁰³ Dagegen *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 225 (Mai 2017); *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (848); *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1551); *Hey*, DRV 2004, 1 (7 f.); dafür *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (482); *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 673 (680); *Levedag*, NWB 2009, 1330 (1337); *Lütsch*, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 144 (Feb. 2013); *Ruland*, in FS Selmer, 89 (901); *Schuster*, jM 2017, 119 (121); *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2109); wohl *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 161 f.

²⁰⁴ BFH, Urt. v. 23.8.2017 – X R 33/15, BStBl. 2018, 62, Rn. 38, während die Vorinstanz (FG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.9.2015 – 5 K 1075/13, EFG 2016, 572, Rn. 64) den Werbungskostenpauschbetrag ausdrücklich nicht berücksichtigt hat.

²⁰⁵ So auch *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); a.A. *Schuster*, jM 2017, 119 (121).

²⁰⁶ *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1551); *Hey*, DRV 2004, 1 (7 f.); *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 225 (Mai 2017).

²⁰⁷ So auch *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (848); aus dem Grund der Begünstigung a.A. *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017).

²⁰⁸ So aber *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2109). Der Mitgliedsbeitrag bei IG Metall als Rentner beträgt 0,5 Prozent der Rente, so dass der Pauschbetrag ab einer Rente von 20.400 Euro – ohne weitere Werbungskosten – überschritten ist.

²⁰⁹ *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 225 (Mai 2017).

²¹⁰ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 42.

berücksichtigen. Denn bereits seinem Anwendungsbereich nach weist der (heutige) Sonderausgaben-Pauschbetrag keinen rentenspezifischen Bezug auf und ist somit bei der Ermittlung der voraussichtlich zufließenden Rentenbezüge außer Betracht zu lassen²¹¹. Er dient der pauschalen Erfassung von anderen Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 4, 5, 7 und 9, Abs. 1 EStG und nach § 10b EStG und nicht (mehr) nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG.

cc) Grundfreibetrag (§ 32a Abs. 1 Nr. 1 EStG)

Weiterhin herrscht Streit darüber, ob der in den Tarif integrierte Grundfreibetrag nach § 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG einzubeziehen ist. Der Gesetzgeber geht jedenfalls in der Begründung des AltEinkG davon aus²¹². Richtigerweise ist dies allerdings mit der herrschenden Literaturansicht abzulehnen²¹³. Dafür spricht zum einen die Funktion des Grundfreibetrags und zum anderen der steuersystematische Zusammenhang.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt der aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) abgeleitete²¹⁴ Grundsatz der Steuerfreiheit des Existenzminimums, dem durch die Regelung des Grundfreibetrags Rechnung getragen werden soll²¹⁵. Der existenznotwendige Bedarf, der sich nach dem im Sozialhilferecht jeweils anerkannte Mindestbedarf bemisst, bildet von Verfassungswegen die Untergrenze für den Zugriff durch die Einkommensteuer²¹⁶. Folglich stellt der Grundfreibetrag ein absolutes Besteuerungsverbot²¹⁷ dar. Er gilt für alle Steuerpflichtigen, so dass be-

²¹¹ Ebenso *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 226 (Mai 2017); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); *Hey*, DRV 2004, 1 (7); *Intemann/Cöster*, DStR 2005, 1921(1925); i.E. *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1551); a.A. Abschlussbericht der Sachverständigenkommission, BMF-Schriftenband 74, 2003, S. 56; *Lütsch*, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 145 (Feb. 2013).

²¹² BT-Drucks. 15/2150, S. 23 ff., so auch *Lütsch*, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 148 (Feb. 2013); *Schuster*, jM 2017, 119 (121 f.); *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2109).

²¹³ *Birk/Wernsmann*, in: Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 24; *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); *Hey*, DRV 2004, 1 (7); *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1551); *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (848); *Ruland*, in FS Selmer, 889 (901 f.); *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 673 (680); *Intemann/Cöster*, DStR 2005, 1921(1925); wohl auch Förster, DStR 2009, 141 (146); *Musil*, StuW 2005, 278 (282); zuvor auch schon Abschlussbericht der Sachverständigenkommission, BMF-Schriftenband 74, 2003, S. 58 f.

²¹⁴ In BVerfG, Beschl. v. 25.9.1992 – 2 BvL 5/91, BVerfGE 87, 153, Rn. 64 wird dies aus dem Freiheitsrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und dessen Ausprägung im vermögensrechtlichen und im beruflichen Bereich in Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitet; dem zustimmend *Wagner*, in Blümich, § 32a EStG Rn. 26 f. (Juni 2018); *Lehner*, DStR 1992, 1641 (1642 f.); näher zur Herleitung der Steuerfreiheit des Existenzminimums *Moes*, Steuerfreiheit des Existenzminimums vor dem Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 106 ff.; *Modrzejewski*, Existenzsicherung in Ehe und Familie im Einkommensteuerrecht, 2018, S. 67 ff.

²¹⁵ St. Rspr., seit BVerfG, Beschl. v. 29.5.1990 – 1 BvL 20/84, BStBl. II 1990, 653, Rn. 99; seitdem BVerfG, Beschl. v. 12.6.1990 – 1 BvL 72/86, BVerfGE 82, 198; BVerfG, Urt. v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, Rn. 104; BFH, Urt. v. 27.7.2017 – III R 1/09, BStBl. II 2018, 96, Rn. 13.

²¹⁶ St. Rspr., BVerfG, Beschl. v. 25.9.1992 – 2 BvL 5/91 u.v.m., BVerfGE 87, 153, Rn. 65, 67; BFH, Urt. v. 27.7.2017 – III R 1/09, BStBl. II 2018, 96, Rn. 13.

²¹⁷ *Ruland*, in FS Selmer, 889 (901 f.); *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 170.

reits der mangelnde rentenspezifische Bezug gegen die Berücksichtigung bei der Berechnung einer doppelten Besteuerung spricht²¹⁸. Sofern ein Rentner darüber hinaus Einkünfte aus mehreren Einkunftsarten hat, was auch der Gesetzgeber als überwiegend wahrscheinlich ansah²¹⁹, wäre es nicht möglich, den Grundfreibetrag (anteilig) den Renteneinkünften zuzuordnen²²⁰. Denn nach der in § 2 EStG vorgegebenen Systematik kommt der als Tarifvorschrift²²¹ ausgestaltete Grundfreibetrag erst dann zur Anwendung, wenn die Summe der Einkünfte bereits gebildet ist, und kann daher keiner einzelnen Einkunftsart (mehr) zugeteilt werden. Dabei würde sich ferner das praktische Problem der prognostizierten Betrachtungsweise einer doppelten Besteuerung (frühestens) zum Rentenbeginn (dazu sub D.I.) und der nicht immer gegebenen Vorausssehbarkeit der Entwicklung anderer Einkunftsarten stellen.

Letztlich unterliegt steuerpflichtiges Einkommen auch dann in voller Höhe der Besteuerung, wenn für dieses Einkommen aufgrund des Grundfreibetrags effektiv keine Steuer fällig wird²²². Denn es ist als zu versteuerndes Einkommen in die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer eingegangen (§ 2 Abs. 5 EStG). Bei dem Grundfreibetrag handelt es sich schließlich nicht um eine sachliche Steuerbefreiung, sondern (nur) um eine Tarifvorschrift, die der Frage des zu versteuernden Einkommens nachgeschaltet ist²²³. Die Renten werden also selbst bei der Anwendung des Grundfreibetrags doppelt besteuert, wenn auch mit einem Tarif von 0 %²²⁴.

Folglich darf der Grundfreibetrag nach § 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG nicht in die Vergleichsrechnung einer doppelten Besteuerung einbezogen werden.

dd) Sonderausgabenabzug (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 und 3a EStG)

Grundsätzlich sind Rentner der gesetzlichen Rentenversicherung – auch ohne einer (abhängigen) Beschäftigung in der Rentenbezugsphase – in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung pflichtversichert (§ 5 Abs. 1 Nr. 11, 11a, 11b oder 12 SGB V und § 20 Abs. 1

²¹⁸ Ebenso *Stützel*, DStR 2010, 1545 (1551); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 222 (Mai 2017); *Ruland*, in FS Selmer, 889 (902); *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (848); *Birk/Wernsmann*, in: Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 24.

²¹⁹ Nach BT-Drucks. 15/2150, S. 24 beziehen 65% der Rentner weitere Einkünfte.

²²⁰ *Ruland*, in FS Selmer, 889 (902); ebenso kritisch *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 222 (Mai 2017); *Birk/Wernsmann*, in: Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, 2008, § 9 Rn. 24; *Hey*, DRV 2004, 1 (9); *Karrenbrock*, DStR 2018, 844 (848).

²²¹ Krit. zur Einordnung des Grundfreibetrags als Tarifvorschrift *Hey*, in Tipke/Lang, Steuerrecht²³, 2018, § 8 Rn. 87; *Lehner*, DStR 1992, 1641 (1644) m.w.N.

²²² *Ruland*, in FS Selmer, 889 (902); *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 222 (Mai 2017).

²²³ *Pfaffmann*, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 32a EStG Rn. 8; *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 222 (Mai 2017).

²²⁴ *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 222 (Mai 2017).

Nr. 11 SGB XI) und müssen daher entsprechende Beiträge leisten. Für deren Bemessung ist der Zahlbetrag der Renten entscheidend (§§ 226 Abs. 1 Nr. 2, 228 SGB V und § 57 Abs. 1 SGB XI). Es gilt der allgemeine Beitragssatz, wobei der Träger der Rentenversicherung die Hälfte des Beitrages zur gesetzlichen Krankenversicherungsbeitrags trägt (§ 249a SGB V)²²⁵. Wiederum einen Zuschuss in Höhe des hälftigen Beitragssatzes, erhält der Rentner, der – mangels einer Krankenversicherungspflicht – freiwillig gesetzlich oder privat krankenversichert ist (§ 106 SGB VI). Der von den Rentenversicherungsträgern getragene Beitrag bzw. gezahlte Zuschuss zur Krankenversicherung ist nach § 3 Nr. 14 EStG steuerbefreit.

Die vom Rentner selbst erbrachten Beiträge²²⁶ können nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 EStG als Sonderausgaben, maximal bis zum Höchstbetrag nach § 10 Abs. 4 EStG bzw. (für den Fall einer einschlägigen Günstigerprüfung) nach § 10 Abs. 4a EStG, abgezogen werden. Dies ist allerdings nicht als steuerfreier Rückfluss zu werten²²⁷, weil der Zweck des Sonderausgabenabzugs nicht darin besteht, eine doppelte Besteuerung zu vermeiden, sondern die verfassungsrechtlich indisponible Steuerfreiheit des Existenzminimums zu bewerkstelligen²²⁸ (s. bereits C.II.3.b.cc). Er dient zur Gewährleistung des subjektiven Nettoprinzips²²⁹. Deutlich wird das, wenn man sich vor Augen führt, dass der Spielraum einer (doppelten) Rentenbesteuerung deshalb steigen würde, weil sich die Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung erhöhen²³⁰. Eine Erhöhung der Beitragssätze erfolgt jedoch zur Finanzierung der Versicherungen²³¹ und nicht zur Kompensation der einkommensteuerlichen Vorbelastung von Rentenversicherungsbeiträgen aus der Beitragsphase. Dies belegt den fehlenden Zusammenhang. Letztlich steht die Abzugsmöglichkeit für Sonderausgabenabzug allen Steuerpflichtigen zur Verfü-

²²⁵ Mit Wirkung zum 1.4.2004 sind die Beiträge zur Pflegeversicherung vom Rentner allein zu tragen (§ 59 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI), näher *Häusler*, in E/R/S, Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung SGB VI², Kap. 17 Rn. 75.

²²⁶ Steuerfreie Zuschüsse und Beitragsrückerstattungen mindern den als Sonderausgaben abziehbaren Betrag, *Fischer*, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 10 EStG Rn. 29.

²²⁷ So auch *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 224 (Mai 2017); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); *Stützel*, DSStR 2010, 1545 (1551); *Karrenbrock*, DSStR 2018, 844 (848); *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (479 f.); *Hey*, DRV 2004, 1 (9 f.); *Ruland*, in FS Selmer, 889 (902 f.); *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 168; a.A. *Lüsch*, in L/B/P, § 22 EStG Rn 146 (Febr. 2013); *Schuster*, DSStR 2018, 2106 (2109); *Schuster*, jM 2017, 119 (122).

²²⁸ Explizit zum Prinzip der Steuerfreiheit des Existenzminimums in Bezug zu Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen BVerfG, Beschl. v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, LS; die Lehre vom indisponiblen Einkommen ablehnend *Moes*, Steuerfreiheit des Existenzminimums vor dem Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 161 ff.

²²⁹ Näher dazu *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 163 ff; krit. *Modrzejewski*, Existenzsicherung in Ehe und Familie im Einkommensteuerrecht, 2018, S. 53 ff.

²³⁰ So zutreffend *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (480); dem zustimmend *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017).

²³¹ Näher zur Finanzierung der Sozialversicherung allgemein *Axer*, in v.M/R/B, Sozialrechtshandbuch⁵, 2012, § 14 Rn. 1 ff und speziell der Krankenversicherung *Ebsen*, in v.M/R/B, Sozialrechtshandbuch⁵, 2012, § 15 Rn. 185 ff. sowie der Pflegeversicherung *Igl*, in v.M/R/B, Sozialrechtshandbuch⁵, 2012, § 18 Rn. 146 ff.

gung und weist keine rentenspezifische Vergünstigung auf, weil Sonderausgaben vom Gesamtbetrag der Einkünfte und mithin nicht vom Betrag der Rente und dieser bestimmten Einkunftsart abgezogen werde²³².

ee) Steuerbefreiter Zuschuss zur Krankenversicherung (§ 3 Nr. 14 EStG)

Auch der nach § 3 Nr. 14 EStG steuerbefreite von den Rentenversicherungsträgern hälftig getragene Krankenversicherungsbeitrag (§ 249a SGB V) bzw. gezahlte Zuschuss (§ 106 SGB VI) ist bei der Ermittlung der voraussichtlich steuerunbelastet zufließenden Renten nicht zu berücksichtigen²³³. Denn die Steuerfreiheit bezweckt keine Kompensation der in der Vergangenheit versteuerten Altersvorsorgeaufwendungen, sondern gewährleistet das steuerfreie Existenzminimum in Bezug zu aktuellen Krankenversicherungsbeiträgen des Rentners. Die Regelung des § 3 Nr. 14 EStG hat insoweit nur eine klarstellende und vereinfachende Funktion²³⁴, als dass die Beitragszahlungen zur Krankenversicherung ansonsten im Rahmen der Sonderausgaben in vollem Umfang abzugsfähig wären, wenn sie nicht nach § 3 Nr. 14 EStG steuerfrei wären²³⁵. Die Beiträge zur Krankenversicherung dürfen somit unabhängig davon, ob sie vom Rentner selbst oder als Zuschuss vom Rentenversicherungsträger geleistet werden, als aktuell existenzsichernde Aufwendung keiner Steuer unterliegen²³⁶.

ff) Zwischenfazit

Die vom BFH in der Entscheidung vom 21. Juni 2016 aufgeworfene Frage ist somit dahingehend zu beantworten, dass der Werbungskosten-Pauschbetrag (§ 9a Satz 1 Nr. 3 EStG), der Grundfreibetrag (§ 32a Abs. 1 Nr. 1 EStG), der Sonderausgabenabzug für die aus der Rente zu zahlenden Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 EStG) sowie die nach § 3 Nr. 14 steuerfrei bleibenden Zuschüsse der Rentenversicherungsträger zu den Krankenversicherungsbeiträgen nicht im Rahmen der Ermittlung des steuerfrei gestellten Rententeilbetrags zu berücksichtigen sind. Das gilt auch für den Sonderausgaben-Pauschbetrag (§ 10c EStG).

²³² Stützel, DStR 2010, 1545 (1551); Ruland, in FS Selmer, 889 (903 f.); Brall/Bruno-Latocha/Lohmann, DRV 2003, 465 (480); Hey, DRV 2004, 1 (10).

²³³ So auch Wernsmann/Neudenberger, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 224 (Mai 2017); Hey, DRV 2004, 1 (10); Kulosa, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); Karrenbrock, DStR 2018, 844 (848) und Schuster, DStR 2018, 2106 (2109 f.), die jedenfalls eine Berücksichtigung in der Rentenbezugsphase verneint; a.A. Lüscher, in L/B/P, § 22 EStG Rn. 147 (Feb. 2013).

²³⁴ v. Beckerath, in Kirchhof¹⁷, 2018, § 3 EStG Rn. 34; Kulosa, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017).

²³⁵ Kulosa, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); Karrenbrock, DStR 2018, 844 (848); Levedag, in Schmidt³⁷, 2018, § 3 EStG Rn. 61.

²³⁶ Wernsmann/Neudenberger, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 224 (Mai 2017); Hey, DRV 2004, 1 (10).

c) Rentenbezugsdauer

Zu Beginn des Rentenbezugs kann eine doppelte Besteuerung (gerichtlich) überprüft werden (dazu sub D.I.). In diesem Zeitpunkt ist folglich eine Prognose des Zuflusses der steuerunbelasteten Rententeile zu treffen, nachdem die in der Vergangenheit liegenden, bereits versteuerten Altersvorsorgeaufwendungen zumindest rechnerisch ohne Probleme (zu den Nachweisen sub D.II.) ermittelt werden können.

Bei der Prognoseentscheidung behilft sich die Rechtsprechung, indem sie typisierend auf die mittlere statistische Lebenserwartung nach der letzten zum Zeitpunkt des Rentenbeginns verfügbaren Sterbetafel abstellt²³⁷. Zutreffend ist wegen des Grundsatzes der Individualbesteuerung dabei auf die statistische Lebenserwartung des Steuerpflichtigen und nicht auf die des Ehegatten abzustellen, auch wenn sie höher sein sollte²³⁸. Allerdings soll es dann auch nicht darauf ankommen, ob der Steuerpflichtige davor verstirbt. Beim gesetzlich festgelegten Anteil der Besteuerung handelt es sich – nach Ansicht der Rechtsprechung – um eine verfassungsrechtlich zulässige Typisierung, bei dem sich für den Fall des verfrühten Todes lediglich das typische Rentenrisiko verwirklicht²³⁹. Dies zeigt allerdings bereits, dass die These eines strikten und in jedem Einzelfall zu beachtendem Verbot der doppelten Besteuerung (von der Rechtsprechung) nicht durchgängig beachtet wird²⁴⁰. In einem solchen Fall sollte jedoch zumindest eine Milderung des Steuerzugriffs (dazu sub C.II.4.b) und folglich eine Rückerstattung gewährt werden, wenn es tatsächlich zur doppelten Besteuerung kommt, weil die Summe der nicht versteuerten Rentenbezüge beim verstorbenen Steuerpflichtigen nicht die Summe der versteuerten Altersvorsorgeaufwendungen entspricht.

Folglich sind die steuerfreien Teile des Jahresbetrags der Rente mit der durchschnittlichen statistischen Lebenserwartung des Steuerpflichtigen nach der im Zeitpunkt des Renteneintritts letztverfügbaren Sterbetafel zu multiplizieren. Maßgeblich ist (ausschließlich) die Summe aller Rentenfreibeträge nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) Sätze 3 ff. EStG, die dem Steuerpflichtigen während der Zeit seines voraussichtlichen Rentenbezugs zustehen,

²³⁷ BFH, Urt. v. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733, Rn. 56; BFH, Beschl. v. 18.8.2010 – X B 50/09, BFH/NV 2010, 2270, Rn. 12 ff.; BFH, Beschl. v. 27.5.2015 – X B 168/14, BFH/NV 2015, 1369, Rn. 26.

²³⁸ Offengelassen in BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 42; wie hier *Karrenbrock*, DSStR 2018, 844 (847); *Schuster*, DSStR 2018, 2106 (2109); *Schuster*, jM 2017, 119 (121); *Kulosa*, DSStR 2018, 1413 (1417).

²³⁹ BFH, Urt. 6.4.2016 – X R 2/15, BStBl. II 2016, 733, Rn. 56; BFH, Beschl. v. 18.8.2010 – X B 50/09, BFH/NV 2010, 2270, Rn. 15; zustimmend *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 344 (Dez. 2017); krit. *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 228 (Mai 2017)

²⁴⁰ Ebenso *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 228 (Mai 2017).

weil keine der anderen „Abzugsposten“ als steuerfreier Rentenzufluss zu werten sind (s. bereits C.II.3.b).

4. Bagatellgrenze und Verfassungswidrigkeit wegen doppelter Besteuerung

Der X. Senat des BFH stellt in seiner Entscheidung vom 21. Juni 2016 in Frage, ob eine doppelte Besteuerung bis zu einer gewissen Bagatellgrenze hinzunehmen sei²⁴¹. Bei der Beurteilung dieser Frage ist zwischen der Verfassungswidrigkeit der (abstrakt-generell geltenden) gesetzlichen Regelung des AltEinkG (dazu sub a) und der individuellen Besteuerung des Einzelfalls (dazu sub b) zu trennen.

a) Verfassungsverstoß wegen doppelter Besteuerung

Schuster ist der Ansicht, dass eine geringfügige doppelte Besteuerung nicht zur Verfassungswidrigkeit führt, so dass eine Bagatellgrenze – von vielleicht unterhalb der im Ertragssteuerrecht häufig üblichen 10 % – akzeptiert werden müsse²⁴². Dem entgegnet *Kulosa* zutreffend, dass eine solche Bagatellgrenze nicht gerechtfertigt wäre, zumal die Anwendung des Nominalwertprinzips bereits zulasten des Steuerpflichtigen wirke²⁴³. Außerdem existiert keine allgemeine, starre Grenze einer typengerechten Ausgestaltung, die eine Einzellabwägung entbehrlich macht (s. bereits B.III). Zumindest auf Ebene der persönlichen Einkommensteuer schuld des Sozialversicherungsrentners ist in Anbetracht des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG eine Bagatellgrenze nicht hinzunehmen (dazu sub C.II.4.b.). Das BVerfG fordert schließlich eine „strikte“ Einhaltung des Verbots der doppelten Besteuerung (s. bereits C.I.3.). Eine andere – zunächst zu beantwortende – Frage ist die Beurteilung der Verfassungsgemäßheit der Norm in Anbetracht von Typisierungsunschärfen.

Vorab ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber auch bei der Besteuerung der Altersbezüge zur typisierenden und pauschalierenden Regelung berechtigt ist, selbst wenn das BVerfG in seinen Entscheidungen stets betont, dass eine doppelte Besteuerung „in jedem Fall“ zu vermeiden bzw. „strikt verboten“ ist (s. bereits C.I.3.). Denn eine besondere Ausnahme zur grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit und Typisierungsmöglichkeit (s. bereits B.III.) für den Bereich der Besteuerung von Altersbezügen lässt sich verfassungsrechtlich nicht begründen²⁴⁴. Vielmehr wurde die legislatorische Typisierungsbefugnis vom BVerfG hinsichtlich der Doppelbe-

²⁴¹ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHW 254, 545, Rn. 46; ebenso BFH, Beschl. v. 5.2.2018 – X B 114/17, BFH/NV 2018, 614, Rn. 30.

²⁴² *Schuster*, jM 2017, 119 (122).

²⁴³ *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 341 (Dez. 2017).

²⁴⁴ So auch *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, EStG, § 22 Rn. B 212 (Mai 2017).

lastung mit Erbschaft- und Einkommensteuerung auch ausdrücklich anerkannt²⁴⁵. Insoweit wäre in abstrakter Betrachtung der Regelungen des AltEinkG eine Bagatellgrenze der doppelten Besteuerung – aufgrund der Typisierungsmöglichkeit des Gesetzgebers – zulässig. Allerdings gelten insoweit auch die allgemeinen Grenzen zulässiger Typisierung. Sie sind dann erreicht, wenn die Verwaltungsvereinfachung im Massenverfahren nicht mehr im Verhältnis zu der mit der Typisierung verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung steht und der Gesetzgeber – anstatt des Regelfalls – den atypischen Fall regelt (s. bereits B.III.). Aus der Rechtsprechung des BVerfG folgert *Kulosa* diesbezüglich, dass an die Eignung der gesetzlichen Übergangskonzeption zur Vermeidung einer doppelten Besteuerung ein strenger Maßstab anzulegen sei²⁴⁶. Nach *Förster* „bedarf [es] daher keiner prophetischen Gaben, um festzustellen, dass ein nur in den meisten Fällen beachtetes Verbot der Doppelbesteuerung in den Augen des X. Senats keine Gnade finden dürfte.“²⁴⁷

Bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung des AltEinkG ist in Bezug zu der Übergangsregelung zwar zu beachten, dass es sich um Regelungen für einen begrenzten Zeitraum bzw. um eine vorläufige Maßnahme handelt und es sich um die Regelung komplexer Lebenssachverhalte handelt²⁴⁸. Die Doppelbelastung erscheint für die Rentner des Ruhestandseintritts zwischen 2018 und 2066 allerdings eher die Regel als die Ausnahme²⁴⁹. Je nachdem welche Berechnungsgrundlagen angenommen werden, tritt – in Abhängigkeit des individuellen Arbeitseinkommens während der Beitragsphase – eine doppelte Besteuerung der Alterseinkünfte früher oder später ein²⁵⁰. Während die Berechnung der Sachverständigenkommission seinerzeit (noch) zu dem Ergebnis kam, dass nur einzelne Rentnerjahrgänge voraussichtlich einer doppelten Besteuerung unterliegen²⁵¹, sind die Mitglieder dieser Kommission (*Rürup, Bareis, Rische und Söhn*) bereits im Jahr 2007 – aufgrund von geänderten tatsächlichen Umständen – zu dem Ergebnis gekommen, dass die Regelung „in erheblichem Umfang gegen das Verbot

²⁴⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 7.4.2015 – 1 BvR 1432/10, HFR 2015, 695, Rn. 19.

²⁴⁶ *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 340 (Dez. 2017).

²⁴⁷ *Förster*, DStR 2010, 137 (142).

²⁴⁸ *Förster*, DStR 2010, 137 (141).

²⁴⁹ *Siepe/Siepe*, Doppelbesteuerung von Neurenten ab 2015, 2016; *Birk/Wernsmann*, in Ruland/Rürup, Alterssicherung und Besteuerung, § 9 Rn. 24; *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, EStG, § 22 Rn. B 234 (Mai 2017); *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 464 (482); *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, S. 217; *Ruland*, in FS Selmer 889 (907, 909).

²⁵⁰ Frühestmöglicher Zeitpunkt einer doppelten Besteuerung nach *Siepe/Siepe*, Doppelbesteuerung von Neurenten ab 2015, 2016, ab VZ 2015; nach *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 345 (Dez. 2017), ab VZ 2016; nach *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, EStG, § 22 Rn. B 234 (Mai 2017), ab VZ 2018; nach der Stiftung Warentest, Finanztest 7/2006, ab VZ 2025.

²⁵¹ Nach dem Abschlussbericht der Sachverständigenkommission, BMF-Schriftenband 74, 2003, S. 59 sind nur Arbeitnehmer mit Renteneintritt in den Jahren 2039 bis 2043 von einer doppelten Besteuerung betroffen.

der Zweifachbesteuerung verstößt.²⁵² Besonders deutlich wird die doppelte Besteuerung für Rentner, die im Jahr 2040 in Rente gehen²⁵³. Denn sie haben ihre Beiträge ab dem Jahr 2025 und damit insgesamt für nur 15 Jahre voll von der Steuer absetzen können, müssen andererseits ihre Rentenbezüge vollumfänglich versteuern. Eine doppelte Besteuerung der Altersbezüge wird sich jedoch auch bereits für frühere Rentnerjahrgänge einstellen²⁵⁴. *Siepe/Siepe* kommen in einer finanzwissenschaftlichen Studie zur „Doppelbesteuerung von Neurenten“ aus dem Jahr 2016 zu dem Ergebnis, dass eine doppelte Besteuerung bei einem Standardrentner mit einem Durchschnittsverdienst bereits ab dem Jahr 2015 vorliegt²⁵⁵. Der Gesetzgeber hat die Besteuerung der Altersbezüge somit realitätsfremd ausgestaltet. Von einer doppelten Besteuerung sind schließlich ganze Gruppen von Steuerpflichtigen betroffen²⁵⁶, indem bereits der Standardfall eines Sozialversicherungsrentners, mit einem Durchschnittsverdienst während seines 45jährigen Berufslebens, ab dem Jahr 2015 doppelt besteuert wird.

Dass die Besteuerung in der Beitrags- und Rentenbezugsphase nicht aufeinander abgestimmt ist, war dem Gesetzgeber bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AltEinkG bekannt. *Reimann*, ehemals stellvertretender Geschäftsführer im Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR) und danach Präsident der Deutschen Rentenversicherung, stellte bereits in den Beratungen zum AltEinkfG (bei der Sitzung des Finanzausschusses des Bundestages am 28. Januar 2004) fest, dass eine doppelte Besteuerung in etwa ab dem Jahr 2015 eintritt und sich über einen längeren Zeitraum bis etwa 2070 erstrecken wird²⁵⁷. Entgegen der herrschenden Ansicht, vor allem entgegen der eigens eingesetzten Sachverständigenkommission, wertet der Gesetzgeber allerdings den Grundfreibetrag unzutreffend als steuerfreien Rentenzufluss (s. bereits C.II.3.b.cc.) und verzerrt dadurch das Ergebnis seiner Berechnung einer doppelten Besteuerung. In der Berechnung des Bundesministeriums der Finanzen, die der Gesetzesbegründung des AltEinkG zugrunde liegt, wird bei einem Rentenbeginn im Jahr 2040 ein steuer-

²⁵² *Rürup/Rische*, Stellungnahme zum Problem der Zweifachbesteuerung im Alterseinkünftegesetz, 2007, S. 1. Sie prognostizieren in dieser an den damaligen Bundesfinanzminister Peer Steinbrück und Bundesarbeitsminister Franz Müntefering adressierte Stellungnahme vom 20.7.2007 – das Vorliegen einer doppelten Besteuerung für die Rentenzugangsjahrgänge von 2021 bis 2058.

²⁵³ *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 233 (Mai 2017); mit Berechnungsbeispielen *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (479); *Rürup/Rische*, Stellungnahme zum Problem der Zweifachbesteuerung im Alterseinkünftegesetz, 2007, Anlage 2a.

²⁵⁴ *Brall/Bruno-Latocha/Lohmann*, DRV 2003, 465 (482 ff.); *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 233 (Mai 2017); *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 345 (Dez. 2017).

²⁵⁵ *Siepe/Siepe*, Doppelbesteuerung von Neurenten ab 2015, 2016, S. 10, Tabelle 2. Ihrer Berechnung liegt die zutreffende Annahme zugrunde, dass ausschließlich der nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) EStG zu ermittelnde steuerfreie Teil des Rentenbezugs heranzuziehen ist (s. bereits C.II.3.b.).

²⁵⁶ Nach *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 234 (Mai 2017) ist das bereits dann der Fall, wenn auch nur ein einziger Rentnerjahrgang doppelt besteuert werden sollte.

²⁵⁷ Finanzausschuss Wortprotokoll 15/47, S. 27.

freier Rentenzufluss über 20 Jahre in Höhe von 240.860 Euro angenommen²⁵⁸, wobei dabei allein 217.140 Euro für das 20fache des auf 10.857 Euro im Jahr 2040 hochgerechneten Grundfreibetrag enthalten sind²⁵⁹. Letztlich wird die bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AltEinkG bestehende Diskrepanz der Besteuerung durch geänderte tatsächliche Umstände, die von *Rürup/Rische* in der Stellungnahme im Jahr 2007 hervorgehoben wurden, verstärkt: Einerseits trägt eine schwächere Dynamisierung des aktuellen Rentenwerts zu einem geringeren Rentenzufluss bei und andererseits führt die Anhebung der Altersgrenze durch das RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz von 2007²⁶⁰ zu einer längeren Beitragsphase²⁶¹. Aufgrund der demographischen Entwicklung ist es außerdem überwiegend wahrscheinlich, dass entweder seitens der Beitragsphase die Beitragslast erhöht und/oder die Beitragszeit verlängert wird oder seitens der Rentenbezugsphase die Rentenhöhe verringert wird, damit die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung im Umlageverfahren weiterhin möglich bleibt²⁶². Letztlich bleibt das Problem einer doppelten Besteuerung auf Dauer bestehen, weil auch in der Endstufe der Umstellung auf die nachgelagerte Besteuerung der Sonderausgabenabzug – nach derzeitiger Gesetzeslage – der Höhe nach beschränkt ist, so dass Altersvorsorgeaufwendungen des Steuerpflichtigen aufgrund der Höchstbetragsgrenze nicht als Sonderausgaben abzugsfähig sein können²⁶³. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn bei einer vorzeitigen Inanspruchnahme einer Rente wegen Alters nach § 187 SGB VI Wiederauffüllungsbeiträge geleistet werden²⁶⁴.

Daher sind die Grenzen der typisierenden Gestaltungsmöglichkeit überschritten und die Regelungen des AltEinkG insgesamt verfassungswidrig. Die derzeitige Ausgestaltung der Besteuerung von Alterseinkünften verstößt – jedenfalls in Bezug zur Besteuerung der Sozialversicherungsrenten – gegen das Verbot der doppelten Besteuerung (s. bereits B.II.) und kann nicht durch die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers gerechtfertigt werden. Die Verfassungswidrigkeit gilt umso mehr als dass eine verfassungskonforme Härteregelung für Sozialversicherungsrentner fehlt²⁶⁵ und das Fehlen von abmildernden Härteklauseln zur Verfassungswidrigkeit des Typisierungsvorgehens führen kann (s. bereits B.III.). Die bereits geltende Härtefall-

²⁵⁸ BT-Drucks. 15/2150, S. 24.

²⁵⁹ *Siepe/Siepe*, Doppelbesteuerung von Neurenten ab 2015, 2016, S. 8.

²⁶⁰ BGBl. I 2007, 554.

²⁶¹ Näher *Rürup/Rische*, Stellungnahme zum Problem der Zweifachbesteuerung im Alterseinkünftegesetz, 2007, S. 3 ff.

²⁶² Näher zur finanziellen Situation der Rentenversicherung und zur Leistungsfähigkeit des jetzigen Rentensystems in absehbarer Zukunft *Ring*, JA 2018, 87 (94 f.).

²⁶³ So auch *Risthaus*, DB 2004, 1383 (1388).

²⁶⁴ Ebenso *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 234 (Mai 2017).

²⁶⁵ Ebenso *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 340 (Dez. 2017).

klausel des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchst. bb) EStG gilt jedenfalls nicht für den typischen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer, sondern nur dann, wenn ergänzend oder ausschließlich in Versorgungssysteme außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung eingezahlt wurde, weil sonst die Höchstbeiträge der gesetzlichen Rentenversicherung nicht überstiegen werden können²⁶⁶.

Darum ist der Gesetzgeber aufgrund seiner ständigen Anpassungspflicht (s. B.III.) gehalten, die Besteuerung in der Anspar- und Rentenbezugsphase entsprechend so zu ändern und aufeinander abzustimmen, dass voraussichtlich keine doppelte Besteuerung oder zumindest nur eine kleine Anzahl an Fällen einer doppelten Besteuerung auftritt. *Rürup/Rische* schlugen damals in ihrer Stellungnahme im Jahr 2007 eine beschleunigte volle steuerliche Freistellung der Rentenbeiträge bereits bis zum Jahr 2015 vor²⁶⁷, zu der es jedoch nicht gekommen ist.

b) Keine Bagatellgrenze bei der individuellen Besteuerung des Einzelfalls

Selbst wenn man – trotz der gewichtigen Argumente – nicht zu dem Schluss kommen sollte, dass das AltEinkG verfassungswidrig ist und es tatsächlich nur zu einer doppelten Besteuerung in Einzelfällen kommt, wird der Steuerpflichtige in diesem Fall vor einer Doppelbelastung geschützt. Denn nach der Rechtsprechung des BFH hat er „aus verfassungsrechtlichen Gründen (Gebote der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der folgerichtigen Ausgestaltung der Besteuerung, Verbot einer Übermaßbesteuerung) ein Anspruch auf eine Milderung des Steuerzugriffs in der Rentenbezugsphase.“²⁶⁸

Dabei stellt sich die Frage wie dieser Anspruch verfahrensmäßig umgesetzt werden kann. Einzig kommt hierbei die Möglichkeit des Billigkeitserlasses – je nach Stand des Besteuerungsverfahrens²⁶⁹ – im Festsetzungsverfahren (§ 163 AO) oder im Erhebungsverfahren (§ 227 AO) in Betracht²⁷⁰. Voraussetzung jeder Billigkeitsmaßnahme ist, dass die Festsetzung (bzw. Erhebung) der Steuer nach Lage des einzelnen Falls aus sachlichen oder persönlichen Gründen unbillig wäre²⁷¹. Sie ist dann aus sachlichen Gründen unbillig, wenn sie zwar dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, aber den Wertungen des Gesetzes zuwiderläuft²⁷². Andererseits ist dagegen keine Billigkeitsmaßnahme gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber eine für

²⁶⁶ *Hopf*, Verbot der doppelten Besteuerung, 2008, S. 200.

²⁶⁷ *Rürup/Rische*, Stellungnahme zum Problem der Zweifachbesteuerung im Alterseinkünftegesetz, 2007, S. 7 f.

²⁶⁸ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHW 254, 545, Rn. 24.

²⁶⁹ Näher dazu *Rüsken*, in Klein, AO¹⁴, 2018, § 163 Rn. 5 ff.

²⁷⁰ Dagegen *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 340 (Dez. 2017), der in verfassungsrechtlicher Hinsicht dem Gesetzgeber das Fehlen einer solchen Härtefallklausel vorhält und daher einen Anspruch auf Milderung verneint.

²⁷¹ *Loose*, in Tipke/Kruse, § 163 AO Rn. 7 f. (April 2017).

²⁷² St. Rspr., zuletzt BFH, Beschl. v. 11.7.2018 – XI R 33/16, DStRE 2018, 1328, Rn. 31.

den Steuerpflichtigen ungünstige Rechtsfolge bewusst angeordnet oder in Kauf genommen hat²⁷³. Zwar verweist der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zum AltEinkG darauf, dass (bereits) das damals geltende Recht eine „fallweise doppelte Besteuerung in Einzelfällen nicht prinzipiell ausschließt“²⁷⁴. Allerdings geht er auf der Grundlage der Ergebnisse der Sachverständigenkommission und der ergänzenden Berechnungen des Bundesministeriums der Finanzen davon aus, dass „den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Vermeidung einer doppelten Besteuerung in allen realitätsgerechten Fällen entsprochen wird“²⁷⁵. Folglich wollte der Gesetzgeber bei der Neugestaltung der Besteuerung von Alterseinkünften eine doppelte Besteuerung vermeiden.

Sollten die Regelungen des AltEinkG somit – entgegen der Ausführungen (s. bereits C.II.4.a) – verfassungsgemäß sein, führt die doppelte Besteuerung in den Einzelfällen zu einer unangemessenen Doppelbelastung des Steuerpflichtigen, so dass abweichende Steuerfestsetzungen aus Gründen der sachlichen Billigkeit geradezu notwendig sind, um als flankierende Maßnahme zur Typisierung die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sicherzustellen²⁷⁶. Aus dem verfassungsrechtlich verankerten Verbot der doppelten Besteuerung (s. bereits B.II.) ergibt sich sogar eine Pflicht zum Steuererlass²⁷⁷. Die Billigkeitsmaßnahme nach §§ 163, 227 AO darf aber nur insoweit ergehen, als damit eine fallweise Korrektur und keine strukturelle Gesetzeskorrektur erfolgt²⁷⁸, auch wenn die Beschlüsse des BVerfG in Sachen des Kinderexistenzminimums²⁷⁹ zu einer „verfassungsrechtlichen Aufladung der Billigkeitsvorschriften von atypischen Einzelfällen auf typische Massenfälle“²⁸⁰ führte. Wenn notwendige Billigkeitsmaßnahmen ein derartiges Ausmaß erreichen, dass sie die allgemeine Geltung des Gesetzes aufheben, ist das Gesetz als solches verfassungswidrig²⁸¹. Dafür spricht zumindest vorliegend,

²⁷³ St. Rspr., zuletzt BFH, Beschl. v. 11.7.2018 – XI R 33/16, DStRE 2018, 1328, Rn. 31.

²⁷⁴ BT-Drucks. 15/2150, S. 23.

²⁷⁵ BT-Drucks. 15/2150, S. 25.

²⁷⁶ Zur Billigkeitsmaßnahme im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer Typisierung BFH, Urt. v. 20.9.2012 – IV R 29/10, BStBl. II 2013, 505, Rn. 21; BFH, Urt. v. 20.9.2012 – IV R 36/10, BStBl. II 2013, 498, Rn. 57; wohl auch BVerfG, Beschl. v. 28.2.2017 – 1 BvR 1103/15, NVwZ 2017, 954, Rn. 12; *Frotscher*, in Schwarz/Pahlke, § 163 AO Rn. 125 (Jan. 2016).

²⁷⁷ Näher zur bestehenden Pflicht zum Steuererlass kraft Verfassungsrechts *Loose*, in Tipke/Kruse, § 227 AO Rn. 77 (Juli 2017).

²⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 28.2.2017 – 1 BvR 1103/15, NVwZ 2017, 954, Rn. 11; BVerwG, Urt. v. 19.2.2015 – 9 C 10/14, DStR 2016, 1022, Rn. 24; *Brühl/Süß*, DStR 2016, 2617 (2619); *Loose*, in Tipke/Kruse, § 227 AO Rn. 77 (Juli 2017).

²⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 2 BvL 42/93, BVerfGE 99, 246; BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 2 BvR 1852/97, 2 BvR 1853/97, BVerfGE 99, 273; BVerfG, Beschl. v. 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, 280.

²⁸⁰ *Driien*, FR 1999, 289 (292).

²⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 28.2.2017 – 1 BvR 1103/15, NVwZ 2017, 954, Rn. 11; *Loose*, in Tipke/Kruse, § 227 AO Rn. 77 (Juli 2017).

dass eine Vielzahl von Steuerpflichtigen absehbar einer doppelten Besteuerung der Alterseinkünfte unterliegen werden (s. bereits C.II.4.a.).

III. Zusammenfassung

Die Kriterien einer doppelten Besteuerung, die in der Rechtsprechung noch unklar geblieben sind, lassen sich wie folgt zusammenfassen: In der Beitragsphase ist die Summe der aus versteuertem Einkommen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen zu ermitteln. Bis 2004 ist zur Bestimmung des versteuerten Anteils der Höchstbetrag des § 10 Abs. 3 EStG a.F. grundsätzlich auf sämtliche Vorsorgeaufwendungen gleichmäßig zu verteilen ist, während beim Überschreiten der Höchstgrenze die Altersvorsorgeaufwendung in Anbetracht des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG lediglich nachrangig zu berücksichtigen sind, so dass sie komplett aus dem zu versteuernden Einkommen geleistet wurden. Für die seit 2005 geleisteten Beiträge ergibt sich der Anteil an versteuerten (eigens geleisteten) Altersvorsorgebeiträgen aus dem Einkommensteuerbescheid. In der Rentenbezugsphase gilt, die Summe der steuerunbelasteten bzw. die nicht in die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer eingehenden Teile des Rentenzuflusses zu bestimmen. Das ist ausschließlich der steuerfreie Teil des Rentenbezugs, der sich durch das Abstellen auf die statistische Lebenserwartung des Steuerpflichtigen als Gesamtsumme darstellen lässt und mit der Summe der aus versteuerten Einkommen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen zu vergleichen ist.

Für die Verfassungswidrigkeit der geltenden Rechtslage zur Besteuerung der Sozialversicherungsrenten sprechen die aufgezeigten Gründe. Sollten diese von der Rechtsprechung jedoch nicht anerkannt werden, besteht bei einer doppelten Besteuerung zumindest die Möglichkeit den Steuerminderungsanspruch geltend zu machen, weil im Einzelfall keine doppelte Besteuerung aufgrund einer Bagatellgrenze hinzunehmen ist. Der Steuerpflichtige kann dann – auch ohne vorherige Anfechtung der Steuerfestsetzung – eine Billigkeitsmaßnahme beantragen²⁸².

D. Leitlinien für die Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs

Es ist angesichts der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Unsicherheiten und „Bewertungsstellschrauben“ nicht ausgeschlossen, dass das BVerfG die geltende Besteuerung der Altersbezüge nicht als verfassungswidrig erklärt. Dann ergibt sich jedoch zumindest für den einzelnen Betroffenen die Möglichkeit, bei einer doppelten Besteuerung seinen individuellen Steu-

²⁸² BFH, Urt. v. 20.9.2012 – IV R 29/10, BStBl. II 2013, 505, LS; Loose, in Tipke/Kruse, § 227 AO Rn. 77 (Juli 2017).

erminderungsanspruch – im Rahmen einer Billigkeitsmaßnahme – geltend zu machen. Das Risiko einer doppelten Besteuerung steigt umso mehr, je näher der Renteneintritt am Jahr 2040 liegt und je höher der Arbeitslohn vor 2005 war²⁸³. Dabei kommt es auf den Einzelfall an²⁸⁴. Davon losgelöst lässt sich indes allgemein klären, wann der einzelne Steuerpflichtige eine solche Doppelbelastung geltend machen kann (dazu sub I.) und wer dies nachzuweisen hat (dazu sub II.).

I. Zeitpunkt der Rügemöglichkeit

Hinsichtlich des frühestmöglichen Zeitpunktes einer (gerichtlichen) Überprüfung eines eventuellen Verstoßes gegen das Verbot der doppelten Besteuerung ist bereits geklärt, dass dies nicht schon in demjenigen Veranlagungszeitraum gerügt werden kann, in dem aufgrund der Übergangsregelung des § 10 Abs. 3 EStG der volle Abzug der Beiträge versagt wird. Der Rechtsschutz greift nicht in der Beitragsphase, sondern erst dann, wenn die späteren Altersbezüge in zu großem Umfang als steuerpflichtige Einnahmen in der Rentenbezugsphase erfasst werden sollen²⁸⁵. Darin liegt kein Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG, aus der sich zwar ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz in angemessener Zeit ergibt²⁸⁶. Hieraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Problematik einer sich erst zu einem späteren Zeitpunkt stellenden Frage in der Weise zu lösen ist, dass die verfassungsrechtliche Prüfung zu einem Zeitpunkt (vor)verlagert wird, in dem für sich betrachtet noch keine Beeinträchtigung vorliegt²⁸⁷. Schließlich wäre die Überprüfung in der Beitragsphase von erheblichen Unsicherheiten behaftet, nachdem sowohl die tatsächlichen Umstände, insbesondere der (zukünftige) Verdienst, als auch der Bestand der gesetzlichen Regelungen aufgrund der langfristigen Prognose ungewiss sind²⁸⁸. Art. 19 Abs. 4 GG umfasst zwar einen Anspruch auf vorläufigen Rechtsschutz²⁸⁹, nicht aber rein prognostischen Rechtsschutz über zukünftige Entwicklungen mit offenen Rechtswirkungen.

²⁸³ *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 345 (Dez. 2017).

²⁸⁴ Wie eine solche doppelte Besteuerung zu berechnen ist, ist den vorhergehenden Ausführungen (s. bereits C.II.) zu entnehmen.

²⁸⁵ BFH, Urt. v. 18.11.2009 – X R 6/08; BStBl. II 2010, 282, Rn. 80 ff.; BFH, Urt. v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, Rn. 84 ff.; BVerfG, Beschl. v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169, Rn. 29; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801, Rn. 57 ff.; *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 234 (Mai 2017); krit. *Kulosa*, DStR 2018, 1413 (1416).

²⁸⁶ Näher zur Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 *Enders*, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 GG Rn. 71 ff. (38. Ed. Aug. 2018) und zum zeitnahen Rechtsschutz *Schmidt-Aßmann*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 262 ff. (Juli 2014).

²⁸⁷ BFH, Urt. v. 18.11.2009 – X R 6/08; BStBl. II 2010, 282, Rn. 82; BFH, Urt. v. 18.11.2009 – X R 34/07, BStBl. II 2010, 414, Rn. 86.

²⁸⁸ So auch BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 290/10, BStBl. II 2016, 801, Rn. 60.

²⁸⁹ Näher dazu *Schmidt-Aßmann*, in Maunz/Dürig, Art. 19 GG Abs. 4 Rn. 273 ff. (Juli 2014).

Indem Art. 3 Abs. 1 GG nicht auf eine fiktive Berechnungsgrundlagen, d.h. eine rein virtuelle oder rechnerische Ungleichbehandlung, abstellt, sondern eine Belastungsgleichheit fordert²⁹⁰, wäre bei strikter Lesart eine doppelte Besteuerung erst mit dem ersten zu viel versteuerten Rentenzufluss verfassungsrechtlich rügefähig. Die Rechtsprechung gewährt dem Steuerpflichtigen allerdings die Möglichkeit die doppelte Besteuerung bereits zu Beginn des Rentenbezugs zu rügen, weil nicht unterstellt werden kann, dass zu diesem Zeitpunkt zunächst nur solche Rentenzahlungen geleistet werden, die sich aus steuerentlasteten Beiträgen speisen²⁹¹.

II. Nachweisfragen

Nachdem die Fragen der Ermittlung einer doppelten Besteuerung geklärt sind (s. bereits C.II.), stellt sich nunmehr das praktische Problem, wer den dafür erforderlichen Nachweis zu führen hat und wie dieser zu erbringen ist.

In Steuersachen gilt grundsätzlich der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 88 Abs. 1 AO)²⁹², wobei weitgehende Mitwirkungs- und Auskunftspflichten des Steuerpflichtigen bzw. der Beteiligten (§§ 90 ff. AO) bestehen. Sollte dabei eine bestimmte Tatsache – nach Ausschöpfung der amtlichen bzw. gerichtlichen Ermittlungsmöglichkeiten – nichterweislich sein, stellt sich die Frage der objektiven Beweislast (Feststellungslast), d.h. zu wessen Lasten die Nichterweislichkeit der Tatsache im Fall einer non liquet-Situation gehen soll. Grundsätzlich trägt derjenige die Beweislast für die Voraussetzungen der Rechtsnorm, auf die er sein Begehren stützt²⁹³. Daraus folgt, dass der in Anspruch genommene Steuerpflichtige für Tatsachen, die Steuerbefreiungen oder -ermäßigungen begründen oder den Steueranspruch aufheben oder einschränken, die Feststellungslast trägt²⁹⁴.

Dies zugrunde legend entschied der BFH, dass die Feststellungslast für das Vorliegen einer doppelten Besteuerung bei dem Steuerpflichtigen liegt, weil er eine für sich günstige Rechtsfolge (Milderung der Besteuerung seiner Altersbezüge) beansprucht²⁹⁵. Zwar handelt es bei der Klage gegen die Steuerfestsetzung einer doppelten Besteuerung von Altersbezügen – in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Zweifel (s. bereits C.II.4.a.) – vielmehr um die Abwehr

²⁹⁰ Zuletzt *Driien*, in FS Kirchhof, § 158 Rn. 18; ausführlich *Driien*, Periodengewinn und Totalgewinn, S. 122 f.

²⁹¹ BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, LS.

²⁹² Zur Neufassung des Untersuchungsgrundsatzes im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.7.2016 (BGBl. I 2016, 1679) näher *Zaumseil*, NJW 2016, 2769 (2771 f.).

²⁹³ BFH, Urt. v. 5.11.1970 – V R 71/67, BStBl. II 1971, 220, Rn. 32.

²⁹⁴ St. Rspr., seit BFH, Urt. v. 5.11.1970 – V R 71/67, BStBl. II 1971, 220, Rn. 33.

²⁹⁵ Dazu und zum Folgenden: BFH, Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14, BFHE 254, 545, Rn. 52 ff.; zustimmend *Kulosa*, in H/H/R, § 10 EStG Rn. 343 (Dez. 2017); *Kulosa*, DStR 2018, 1413, (1417); *Schuster*, DStR 2018, 2106 (2110); *Wernsmann/Neudenberger*, in K/S/M, § 22 EStG Rn. B 234 (Mai 2017).

eines verfassungswidrigen staatlichen Eingriffs als um eine Steuervergünstigung. Allerdings liegen die Tatsachen in der Sphäre des Steuerpflichtigen²⁹⁶, so dass es vertretbar erscheint, insoweit dem Steuerpflichtigen die Feststellungslast zuzuweisen, zumal ihm die notwendigen Unterlagen in der Regel bereits vorliegen oder von ihm relativ problemlos beschaffen werden können²⁹⁷. Der Steuerpflichtige muss zum einen seine Erwerbsbiographie und seinen Rentenversicherungsverlauf darlegen, was sich aus seinem Rentenbescheid ergibt. Zum anderen muss er die frühere einkommensteuerliche Behandlung der Altersvorsorgeaufwendungen darlegen. Dafür ist nicht die lückenlose Vorlage von Einkommensteuerbescheiden aus der Beitragsphase notwendig, was mangels einer steuerrechtlichen Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten im Privatbereich²⁹⁸ auch nicht gefordert werden könnte. Vielmehr kann er die Höhe seiner Beitragszahlungen zur gesetzlichen Rentenversicherung (und auch die des Ehegatten) mit den Rentenversicherungsverläufen nachweisen, woraus sich das beitragspflichtige Einkommen und der Gesamtbeitrag zur Sozialversicherung ermitteln und berechnen lässt²⁹⁹. Notfalls kann der Anteil der aus versteuertem Einkommen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen nach sachgerechten Maßstäben geschätzt werden³⁰⁰.

III. Rechtsschutz: Rechtsbehelfe und notwendigen Unterlagen zum Nachweis

Da die jüngste Rechtsprechung des BFH zum Anspruch auf Milderung bei einer doppelten Besteuerung von Alterseinkünften (s. bereits C.II.4.b)) noch nicht umgesetzt wurde, existiert nach derzeitigem Kenntnisstand noch kein praktisch erprobter Leitfaden für den erfolgreichen Rechtsschutz gegen eine solche Doppelbelastung. Nicht der Anspruch auf Milderung, sondern allein Einspruch und die darauffolgende Anfechtungsklage gegen den Steuerbescheid waren bisher Gegenstand der streitigen Verfahren.

1. Antrag auf Erlass einer Billigkeitsmaßnahme

Zumindest ist geklärt, dass die Frage der doppelten Besteuerung erst zu Beginn des Rentenbezugs beurteilt werden kann und zuvor kein erfolgsversprechender Rechtsschutz eröffnet ist (s. bereits D.I.). Es gibt indes kein direktes Recht des Steuerpflichtigen, in diesem Zeitpunkt sogleich (unmittelbar) die gesetzliche Regelung überprüfen zu lassen, selbst wenn seine Alterseinkünfte tatsächlich doppelt besteuert werden, weil es für eine verfassungsgerichtliche

²⁹⁶ Zur Beweislast mittels der Sphärenverantwortlichkeit näher *Seer*, in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*²³, 2018, § 22 Rn. 190.

²⁹⁷ So auch BFH, *Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14*, BFHE 254, 545, Rn. 53.

²⁹⁸ *Driien*, in *Tipke/Kruse*, § 147 AO Rn. 1, § 147a Rn. 2 (April 2018).

²⁹⁹ BFH, *Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14*, BFHE 254, 545, Rn. 54 ff.

³⁰⁰ BFH, *Urt. v. 21.6.2016 – X R 44/14*, BFHE 254, 545, Rn. 57 f.

Überprüfung an der Beschwerdebefugnis und an der Ausschöpfung des Rechtswegs fehlt³⁰¹. Vielmehr muss er den Steuerbescheid anfechten, der die (doppelte) Besteuerung der Rente festsetzt, und den Erlass einer Billigkeitsmaßnahme „beantragen“, bestenfalls bereits mit Abgabe der Steuererklärung³⁰². Denn beim Steuerbescheid wird nicht ohne Weiteres über eine abweichende Steuerfestsetzung aufgrund von Billigkeit, die jedoch im Einzelfall erforderlich sein könnte (s. bereits C.II.4.b), entschieden, auch wenn es dafür an sich keines Antrags bedarf³⁰³. Bei der Billigkeitsmaßnahme handelt es sich nämlich um einen besonderen Verwaltungsakt, der in einem separaten Verfahren ergeht und nur äußerlich mit der Steuerfestsetzung verbunden werden kann (§ 163 Abs. 2 AO)³⁰⁴. Eine Verfahrensverbinding ist möglich, solange der Steuerbescheid noch nicht bekannt gegeben wurde³⁰⁵. Die Verbindung ist grundsätzlich zweckmäßig, weil die abweichende Steuerfestsetzung von dem Verwaltungsakt, der die Billigkeitsmaßnahme zulässt, abhängt; er ist Grundlagenbescheid i.S.d. § 171 Abs. 10 AO³⁰⁶. In dem Fall einer doppelten Besteuerung von Alterseinkünften, bei dem der materielle Billigkeitsbegriff des § 163 AO verfassungsrechtlich determiniert ist (s. bereits C.II.4.b), ist zudem das nach § 163 Abs. 2 AO an sich gegebene Ermessen einer Verfahrensverbinding beschränkt. Unter diesen besonderen Voraussetzungen spricht viel dafür, dass das Festsetzungs- und Billigkeitsverfahren zwingend miteinander zu verbinden sind, um eine zeitgleiche Entscheidung der Finanzbehörde im Festsetzungs- und Billigkeitsverfahren zu treffen, gegen die eine einheitliche Kontrolle im finanzgerichtlichen Verfahren offensteht³⁰⁷. Dafür streitet Art. 19 Abs. 4 GG. Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes wirkt sich bereits auf die Ausgestaltung und Handhabung des Verfahrensrechts aus, weshalb das Verwaltungsverfahren mit Blick auf die Effektivität des Rechtsschutzes auszulegen ist³⁰⁸. Wird eine Billigkeitsmaßnahme indes erst nach Erlass des Steuerbescheids zugelassen oder geändert (§ 155 Abs. 2 AO), muss der Steuerbescheid als Folgebescheid nach § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO angepasst wer-

³⁰¹ Näher *Morgenthaler*, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 93 Rn. 61 ff. (39. Ed. Nov. 2018).

³⁰² Eine ähnliche Problematik besteht im Umsatzsteuerrecht, indem der gute Glaube des Leistungsempfängers an die Erfüllung der Vorsteuerabzugsvoraussetzungen nur außerhalb des Steuerfestsetzungsverfahrens im Rahmen des Billigkeitsverfahrens berücksichtigt wird, dazu näher *Drüen*, DB 2010, 1847.

³⁰³ BFH, Urt. v. 21. 21.7.2016 – X R 11/14, BStBl. II 2017, 22 Rn. 16; *Frotscher*, in Schwarz/Pahlke, § 163 AO Rn. 125 (April 2017).

³⁰⁴ BFH, Urt. v. 21.7.2016 – X R 11/14, BStBl. II 2017, 22 Rn. 21 ff.; *Loose*, in Tipke/Kruse, § 163 AO Rn. 20 f. (April 2017).

³⁰⁵ Nach Bekanntgabe der Steuerfestsetzung soll eine Verbindung nicht mehr möglich sein BFH, Urt. v. 22.7.2015 – V R 23/14, BStBl. II 2015, 914 Rn. 46; *Loose*, in Tipke/Kruse, § 163 AO Rn. 21 (April 2017).

³⁰⁶ St. Rspr., zuletzt BFH, Urt. v. 21.7.2016 – X R 11/14, BStBl. II 2017, 22; *Loose*, in Tipke/Kruse, § 163 AO Rn. 21, 21b; *Cöster*, in König, AO³, 2014, § 163 Rn. 38; krit. *Rüsken*, in Klein, AO¹⁴, 2018, § 163 Rn. 147.

³⁰⁷ Dafür bereits *Drüen*, DB 2010, 1847 (1850) zur zwingenden Verfahrensverbinding im Umsatzsteuerrecht aufgrund europarechtlicher Vorgaben des Gutglaubensschutzes.

³⁰⁸ *Drüen*, IStR 2015, 609 (610).

den³⁰⁹. Die Anpassung bleibt wegen § 171 Abs. 10 AO weiterhin möglich. Statt der Billigkeitsmaßnahme nach § 163 AO mit anschließender Folgeänderung kann die Steuer aber auch nach § 227 AO erlassen werden³¹⁰, wobei das Verfahren nach § 163 AO Vorrang hat, solange die Steuer noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist³¹¹.

2. Notwendigkeit des „doppelten“ Einspruchs

Der Steuerbescheid und die Billigkeitsentscheidung können allerdings nach § 44 Abs. 1 FGO – vorbehaltlich der Besonderheiten einer Sprung- (§ 45 FGO) oder Untätigkeitsklage (§ 46 FGO) – nur dann zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens gemacht werden, wenn das Vorverfahren über den außergerichtlichen Rechtsbehelf des Einspruchs (§§ 347 ff. AO) ganz oder zum Teil erfolglos geblieben ist. Die Erfolglosigkeit ist unverzichtbare Sachentscheidungsvoraussetzung³¹². Demzufolge muss der Steuerpflichtige die doppelte Besteuerung seiner Rentenbezüge zunächst mit dem Einspruch (§§ 347 ff. AO) anfechten. Dabei gilt die sog. Zweigleisigkeit der beiden Verfahren, d.h. es handelt sich um getrennte Rechtsbehelfsverfahren, einerseits gegen den Steuerbescheid und andererseits gegen die Billigkeitsmaßnahme bzw. die Ablehnung der Billigkeitsmaßnahme³¹³. Sollte der Antrag auf die Billigkeitsmaßnahme somit nicht bereits bei der Abgabe der Steuererklärung gestellt worden sein, sollte dies jedenfalls im Rahmen der Begründung des Einspruchs gegen den Steuerbescheid erfolgen, damit das Einspruchsverfahren gegen den Steuerbescheid ausgesetzt werden kann³¹⁴, auch wenn das nicht zwingend ist³¹⁵, und eine Entscheidung über die Billigkeitsmaßnahme erfolgt, die wiederum zum Gegenstand eines Rechtsbehelfsverfahrens gemacht werden kann.

3. Keine verfassungsrechtliche Überprüfung beim Billigkeitserlass

Im Rahmen der Entscheidung über die Billigkeitsmaßnahme wird allerdings nur beurteilt werden, wie die Rechengrößen zur Ermittlung einer doppelten Besteuerung zu bestimmen sind (s. bereits C.II.) und ob eine doppelte Besteuerung vorliegt, die durch die Entscheidung vermieden wird. Eine verfassungsrechtliche Überprüfung des AltEinkG (s. bereits C.II.4.a) erfolgt nicht. Denn nach Art. 100 Abs. 1 GG hat ausschließlich das Bundesverfassungsgericht

³⁰⁹ St. Rspr., BFH, Urt. v. 21.7.2016 – X R 11/14, BStBl. II 2017, 22.

³¹⁰ FG Saarland, Urt. v. 19.1.1999 – 1 K 133/97, EFG 1999, 367; *Cöster*, in König, AO³, 2014, § 163 Rn. 38.

³¹¹ *Loose*, in Tipke/Kruse, § 163 AO Rn. 21 (April 2017).

³¹² BFH, Urt. v. 16.11.1984 – VI R 176/82, BStBl. II 1985, 266; *Levedag*, in Gräber, FGO⁸, 2015, § 44 Rn. 1.

³¹³ BFH, Urt. v. 21.1.1992 – VIII R 51/88, BStBl. II 1993, 3; v. *Groll*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 163 AO Rn. 145 (Mai 2016); *Cöster*, in König, AO³, 2014, § 163 Rn. 53.

³¹⁴ Ein Verfahren über den Folgebescheid ist grundsätzlich auszusetzen, um den Erlass des Grundlagenbescheids herbeizuführen (BFH, Urt. v. 7.11.1996 – IV R 72/95, BFH/NV 1997, 574; BFH, Urt. v. 8.9.1993 – I R 30/93, BStBl. II 1994, 81).

³¹⁵ Möglich ist auch die Aussetzung des Billigkeitsverfahrens (*Rüsken*, in Klein, AO¹⁴, 2018, § 163 Rn. 147; BFH, Urt. v. 31.5.1995 – I R 163/94, IStR 1995, 535).

die Möglichkeit formelle nachkonstitutionelle Gesetze zu verwerfen (sog. Verwerfungsmonopol). Das gilt nicht nur gegenüber den Fachgerichten, sondern auch gegenüber der (Finanz-)Verwaltung³¹⁶, weil die Finanzbehörden aufgrund der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung³¹⁷ an die gesetzliche Regelung gebunden sind und die Anwendung des Gesetzes nicht unter Berufung auf dessen Verfassungswidrigkeit unterlassen dürfen³¹⁸. Erst das Finanzgericht hat nach Art. 100 Abs. 1 GG die Möglichkeit die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen.

4. Notwendige Unterlagen zum Nachweis der doppelten Besteuerung

Bei dem Verfahren zum Nachweis einer doppelten Besteuerung und zur Durchsetzung des Anspruchs auf Milderung des Steueranspruchs ist ein Antrag auf Erlass einer Billigkeitsmaßnahme zu stellen und bei einem bereits bekannt gegebenen Steuerbescheid ist gegen diesen zugleich Einspruch einzulegen. Auch wenn durch die Billigkeitsmaßnahme das AltEinkG verfassungsrechtlich nicht überprüft wird, wird auf diesem Wege für den (einzelnen) Steuerpflichtigen der wirksamste und effektivste Rechtsschutz gewährleistet, weil der Erlass eine unmittelbare Rechtsfolge für den Steuerpflichtigen hat, entweder wie bei § 227 AO direkt oder bei § 163 AO durch (zwingende) Folgeänderung des Steuerbescheids.

Für den Nachweis einer doppelten Besteuerung sind folgende Unterlagen vorzulegen:

- Rentenbescheid aus dem sich der Rentenversicherungsverlauf ergibt (bei Zusammenveranlagung nach §§ 26, 26b EStG auch der Rentenbescheid des Ehegatten oder Lebenspartners)
 - Ggf. (aber nicht notwendigerweise) Einkommensteuerbescheide
 - Ggf. Nachweis sonstiger Vorsorgeaufwendungen wie etwa Beiträge zur Kraftfahrzeug- oder zur privaten Haftpflichtversicherung (bis 2004)
 - Ggf. Nachweis geleisteter Beiträge zu (kapitalbildenden) Lebensversicherungen (bis 2004).

Insgesamt erweist sich der Kampf gegen eine verfassungswidrige doppelte Besteuerung der Alterseinkünfte aus der gesetzlichen Rentenversicherung als steiniger Weg. Für diesen Weg

³¹⁶ Str., näher *Huster/Rux*, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 GG Rn. 168 (39. Ed. Nov. 2018); *Grzeszick*, in Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn. 49 (Dez. 2007).

³¹⁷ Aus Art. 20 Abs. 3 GG sind die Grundsätze des Vorbehalts und Vorrangs des Gesetzes abzuleiten (näher *Grzeszick*, in Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn. 72 ff. [Dez. 2007]).

³¹⁸ *Huster/Rux*, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 GG Rn. 168 (39. Ed. Nov. 2018).

