

Abhandlungen

Mehr oder weniger Gestaltungsfreiheit für den Steuergesetzgeber?

Erörtert unter besonderer Berücksichtigung zweier Beiträge von Prof. Dr. Michael Droege und Prof. Dr. Andreas Musil über Zukunftsfragen der deutschen Steuergesetzgebung

Von Prof. em. Dr. KLAUS TIPKE, Köln

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Vorbemerkung II. Zu Michael Droege's Beitrag „Die Kodifikationsidee in der Steuerrechtsordnung“ <ul style="list-style-type: none"> 1. Thesen und Argumente von Michael Droege 2. Stellungnahme III. Zu Andreas Musil's Beitrag „Die Sicht der Steuerrechtswissenschaft auf das Verfassungsrecht“ <ul style="list-style-type: none"> 1. Thesen und Argumente von Andreas Musil 2. Stellungnahme <ul style="list-style-type: none"> a) Über das Ausmaß der Gestaltungsfreiheit für den Steuergesetzgeber | <ul style="list-style-type: none"> b) Vom Versuch der Befreiung des Gesetzgebers von Rationalismus und Konstitutionalismus c) Zum Vorwurf der Sonderdogmatik von Steuerrechtswissenschaftlern – Abhängigkeit der Dogmatik von der Eigenart einer Teilrechtsordnung d) Über die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Steuerrechtsordnung e) Über „gesetzgeberische Begründungspflichten“ IV. Ein Beispiel für reale Steuerpolitik: Die „kalte Progression“ V. Paradigmenwechsel in der Steuerrechtswissenschaft? |
|---|---|

I. Vorbemerkung

Auf Initiative von *Wolfgang Schön* werden die MPI Studies in Tax Law and Public Finance herausgegeben. In dieser Reihe erscheinen auch die „Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts“. Unter diesem Sammeltitle werden Vorträge veröffentlicht, die „führende Steuerrechtswissenschaftler der jüngeren Generation“ auf Einladung des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht und öffentliche Finanzen gehalten haben. Diese Vorträge dürften auch für ältere Generationen von Steuerrechtswissenschaftlern von Interesse sein. Schließlich bestimmen vor allem die jüngeren Steuerrechtswissenschaftler die Zukunft unserer Wissenschaft mit ihrer Art zu denken und für Erkenntnisfortschritt im Steuerrecht zu sorgen. Ich bin jedenfalls immer neugierig zu erfahren, wie die jüngere Generation von Steuerrechtswissenschaftlern argumentiert und wie sie die Zukunft der Steuerrechtswissenschaft einschätzt.

Auf Anregung des Herausgebers dieser Zeitschrift rezensiere ich hier zwei Beiträge zur Zukunft der Steuergesetzgebung. *Michael Droege* (Universität Osnabrück) hat das Thema „Die Kodifikationsidee in der Steuerrechtsordnung“ gewählt, *Andreas Musil* (Universität Potsdam) das Thema „Die Sicht der Steuerrechtswissenschaft auf das Verfassungsrecht“. Den Rezensenten darf man schon zu den Uralten zählen. Er hat bereits sein 90. Lebensjahr begonnen, ist aber bereit, sich von der jüngeren Generation überzeugen zu lassen. Allerdings bittet er um Verständnis und Nachsicht dafür, dass er an seinem *sapere aude* festhält. Sollten die jüngeren Autoren oder andere Kollegen meinen, dass meine Rezension den beiden Autoren nicht gerecht werde, so mögen diese oder andere sich streitbar gegen mich äußern.

II. Zu Michael Droege's Beitrag „Die Kodifikationsidee in der Steuerrechtsordnung“¹

1. Thesen und Argumente von Michael Droege

Die Zusammenfassung des Ergebnisses des Beitrags ist nicht einfach. Sie wird aber dadurch erleichtert, dass *Droege* seinem Beitrag eine Zusammenfassung vorangestellt hat (S. 70).

Er wendet sich zunächst der Frage zu, ob der Entwurf eines Steuergesetzbuchs von *Paul Kirchhof* (auch als „Heidelberger Entwurf“ bezeichnet) als „ein neues Kapitel in der Kodifikationsgeschichte“ angesehen werden kann. *P. Kirchhof* möchte seinen Entwurf wohl als Kodifikation verstanden wissen.

Droege nimmt *P. Kirchhofs* Entwurf zum Anlass einer Erörterung darüber, ob die Kodifikation „eine tragfähige wissenschaftliche Strategie zur Reform des deutschen Steuerrechts ist“ und fragt, warum gerade im Steuerrecht Kodifikationen so attraktiv (S. 74), so verführerisch seien. Schließlich will er prüfen, ob die Kodifikation eine brauchbare Methode der Gesetzgebung ist, ein geeignetes Instrument der zukünftigen Gestaltung des deutschen Steuerrechts sein kann oder sogar sein sollte (S. 72).

Zunächst wendet sich *Droege* unter Verwendung seiner Lesefrüchte kurz der Frage zu, ob wir es gegenwärtig mit einer Kodifikationskrise zu tun haben oder mit einer Renaissance des Kodifikationsgedankens (S. 72 ff.). Danach behandelt er die Attribute (Merkmale, Voraussetzungen) des Kodifikationsbegriffs. Er führt fünf Merkmale auf, von denen der systematische Aufbau des Stoffes mit Prinzipien und Regeln wohl das zentrale Merkmal ist. Er bescheinigt *P. Kirchhof*, dass er zutreffend von einem „kodifikationsreifen“ Zustand des deutschen Steuerrechts ausgegangen sei und dass sein Entwurf alle Merkmale

¹ Dieser Beitrag ist abgedruckt in: Schön/Röder, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts II, 2014, S. 69–93. Die Sei-

tenangaben des Verfassers beziehen sich auf diesen Beitrag.

der Kodifikation erfülle (S. 74 ff.). Er befasst sich danach mit den „Gelingensvoraussetzungen“ einer Steuerkodifikation unter den Bedingungen der „tiefgreifenden Konstitutionalisierung [...] der Steuerrechtsordnung“ (S. 70, 80). Er stellt fest: „Auch als kontrafaktische Utopie [was mag damit gemeint sein?] sind Kodifikationsentwürfe als Brennglas wissenschaftlicher Systembildung zukunfts-fähig. Die Steuerrechtswissenschaft bleibt aufgerufen zur Arbeit am Mythos“ (S. 90). Und der Schlusssatz lautet: „Des Helden Lohn, das Elysium des Steuerrechts“ (S. 90). Zur Frage, ob die Kodifikation, zumal im Steuerrecht, zukunfts-fähig sei, beruft er sich zunächst auf einen Satz des Zivilrechtlers *Wolfgang Ernst*, der festgestellt haben soll: Kodifikationen sind Gemeinschaftswerke von Rechtswissenschaft und Gesetzgeber.² Darauf folgt der Satz: „Ob Letzterer [sc. der Gesetzgeber] seine Rolle annehmen wird, darf eher bezweifelt werden“ (S. 90). Warum es bezweifelt werden darf, erfahren wir nicht.

2. Stellungnahme

Hat *Droege* unter dem Zukunftsfragen-Aspekt vielleicht das Thema verfehlt? Ich möchte nicht ausschließen, dass er das bewusst getan hat, dass er bewusst den Titel „Die Kodifikationsidee in der Steuerrechtsordnung“ gewählt hat statt des Titels „Hat die Kodifikation im Steuerrecht eine Zukunft?“ oder „Hat die Kodifikationsidee in der real existierenden Demokratie eine Zukunft?“

Der behandelte Kodifikationsbegriff ist mit seinen einzelnen Merkmalen m.E. keine Zukunftsfrage. Dass der Kirchhof-Entwurf Kodifikationscharakter hat, dürfte ebenfalls keine Zukunftsfrage sein. M.E. unterscheidet *Droege* übrigens nicht zwischen der Meinung von Steuerrechtswissenschaftlern und der Meinung von Politikern. Diese Meinungen können durchaus auseinanderfallen. Ob etwa die Kodifikationsidee sich in der Krise befindet oder in der Renaissance, mögen Rechtswissenschaftler und Politiker durchaus unterschiedlich beantworten. Steuerrechtswissenschaftler mögen wollen und wünschen, dass eine Steuerrechtskodifikation als Gemeinschaftswerk von Wissenschaft und Politik zustande kommt. Politiker machen aber nicht den Eindruck, dass sie eine Steuerrechtskodifikation wollen. Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wollen sie das nicht – das lehrt die Erfahrung. Das müssen die Wissenschaftler hinnehmen. Sie mögen noch so wortmächtig sein, wirkungsmächtig sind sie nicht, es sei denn, sie wären Verfassungsrichter. *P. Kirchhof* hat das bitter erfahren müssen. Die Frage, warum die Steuerpolitik *P. Kirchhofs* Gesetzentwurf als nicht diskussionswürdig ansieht, erörtert *Droege* nicht.

Ich habe mich gefragt: *Warum* begründet *Droege* seine Zweifel, ob der Gesetzgeber seine Rolle als Kodifikator annehmen werde, nicht? Ich möchte ihm nichts unterstellen, auch keine Vermutungen anstellen. Aber feststellen darf man doch wohl: Er weicht im Schlusskapitel ins Mystische, ins Lyrische, ins Vage

aus. Helden wird es im Steuerrecht m.E. auch in Zukunft nicht geben (mögen sie auch noch so viel Steuern zahlen) und ein Elysium des Steuerrechts wird auch nicht auf uns zukommen, nicht einmal als „kontrafaktische Utopie“.

Es hilft nichts, sich an gelungenen Kodifikationen in früheren Jahrhunderten zu erquicken. In der Gegenwart haben wir es mit der Gesetzgebung der real existierenden parlamentarischen Demokratie zu tun. Also wäre zu fragen, ob diese kodifikationsfähig und -willig ist. Für Angepasste mag das eine Tabuangelegenheit sein („Über die Demokratie nur Gutes – oder nichts!“). M.E. sprechen folgende Gründe dagegen, dass eine Steuerkodifikation zur real existierenden Demokratie passt.

(1) Politiker wollen *politisch entscheiden*, d.h. ohne Bindungen an Rechtssystematik oder Wertungslogik, konkreter: ohne Bindung an Sachgerechtigkeit, an Prinzipien und Regeln, ohne Bindung an die Gebote der Verallgemeinerung, der Folgerichtigkeit und der Widerspruchsfreiheit. Steuerrechtswissenschaftler, die einen rechts- oder wertungslogischen Steuerrechtskodex wollen, stören den von der Politik beanspruchten „Primat der Steuerpolitik“, sie stören die politische Ungebundenheit. Ein Störfaktor ist auch der Gleichheitssatz, soweit Steuerrechtswissenschaftler ihn als Magna Charta des Steuerrechts ansehen, statt den Gleichheitssatz im Interesse der Politik zu minimieren, zur Minimalcharta zu machen. Es scheint auch gar nicht möglich zu sein, die vielen Wünsche und Forderungen, die an die Steuerpolitik herangetragen werden, zu einem stimmigen System zu verarbeiten, in ein System einzupassen.

(2) Politiker wollen ungestört von Bindungen *Stimmenfangpolitik* treiben dürfen, dies auch mit Hilfe der vielen Interessenverbände, die für ihre Klientel Sondervorteile (Steuervergünstigungen, Steuerprivilegien) erreichen möchten. Verfasser von Kodifikationsentwürfen, die alle Vergünstigungen und Privilegien streichen, stoßen auf den Widerstand nicht nur der Parteien, sondern auch auf die Ablehnung der Interessenverbände. Die Parteien meinen, zum Zwecke der Stimmenfangpolitik auf die Interessenverbände angewiesen zu sein. Sie lehnen es ab, die Mitwirkung der Interessenverbände an der Gesetzgebung transparent zu machen, zu regulieren und zu restringieren.

(3) Auch die Forderung von Steuerrechtswissenschaftlern, der Gesetzgeber möge für *stabile, kontinuierliche* Gesetze sorgen, er möge auf die ständigen Gesetzesänderungen verzichten, passt nicht zur realdemokratischen Gesetzgebung.

Aufgrund der Wahlen (sie sorgen für Herrschaft auf Zeit) pflegen die Mehrheitsverhältnisse in Parlament, Regierung und Opposition sich immer wieder zu ändern. Verständlicherweise möchten die neuen „Machthaber“ ihre politischen Vorstellungen alsbald umsetzen, auch durch Gesetzesänderungen absichern. Die Interessenverbände möchten zu jeder Zeit auf Gesetzesänderungen hinwirken können.

² Die wird mit Fußnotenangabe *Ernst*, in: Engel/Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 15 ff., zuge-

schrieben. Leider ist diese Aussage dort nicht zu finden.

Ich verstehe nicht, warum eine Scheu besteht, diese Wahrheiten (oder sind es etwa keine?) auszusprechen. Steuerreformer pflegen ausführlich die Reformnotwendigkeit zu begründen, und zwar insbesondere mit der schlechten Qualität der Steuergesetze. Das ist nicht nur in Deutschland so. Als z.B. der US-amerikanische Präsident *George W. Bush* sich 2005 an eine Reform des Internal Revenue Code heranmachte, begründete eine Kommission die Reformnotwendigkeit so:

„The tax code is riddled with tax provisions that treat similarly situated taxpayers differently and create perceptions of unfairness. Since the last major reform effort in 1986 there have been more than 14 000 changes to the tax code, many adding special provisions and targeted tax benefits [...] This myriad of changes decreases the stability, consistency and transparency of our current tax system while making it drastically more complicated, unfair and economically wasteful [...]“

Erörtert wurde auch in den USA nicht, welche demokratischen Institutionen und Abläufe, welche Kräfte in der Demokratie den miserablen Zustand der Steuergesetze bewirken und zu verantworten haben, was dazu führt, dass die Steuergesetze dringend reformbedürftig sind. Solange diese Frage nicht erörtert und beantwortet wird, muss doch damit gerechnet werden, dass auch nach einer gelungenen Reform nach kurzer Zeit der miserable status quo ante wieder hergestellt wird. Es geht wahrlich nicht darum, die Demokratie abzuschaffen, sondern nachteiligen Begleiterscheinungen dieser Staatsform kritisch zu begegnen.

Mein Ergebnis: Die *Kodifikationsidee*, daran habe ich keine Zweifel, hat in unserer parlamentarischen Demokratie *keine Zukunft*. Je mehr Gestaltungsfreiheit dem parlamentarischen Gesetzgeber eingeräumt wird, desto mehr wird er sich von der Kodifikationsidee entfernen. Dazu tragen auch Staatsrechtslehrer bei, die die Kodifikation als *unpolitische* Gesetzesgestaltung des 19. Jahrhunderts ansehen, nicht passend zur „politischen Natur einer interessengeleiteten und instrumentellen Gesetzgebung“ unserer Demokratie.³ Das Problem liegt nicht im Kodifikationsbegriff. Der Kodifikationsentwurf von *P. Kirchhof* ist von der Politik nicht aufgrund von Kodifikationsmängeln verschmäht worden, sondern weil eine Kodifikation von der realexistierenden Steuerpolitik und Steuergesetzgebung als ein beträchtlicher Störfaktor angesehen wurde. Eine Kodifikation ist für die Steuerpolitik und die Steuergesetzgebung alles andere als attraktiv. Es ist für Steuerrechtswissenschaftler jetzt angebracht, zu erkennen, dass es eine Renaissance der Kodifikationsidee in absehbarer Zeit nicht geben wird, dass große Systematisierungsleistungen, die früher bewun-

dert wurden, der Steuerpolitik heute nichts mehr bedeuten.

In dem Beitrag von *Droege* vermisste ich noch etwas anderes, nämlich einen *Rechtswertvergleich*, einen Vergleich des Rechtswerts (bzw. Rechtsunwerts) der Kodifikation einerseits und der möglichst frei gestalteten Gesetzgebung andererseits. Welcher der beiden Gesetzgebungstypen den höheren Rechtswert hat, wäre m.E. zu erörtern gewesen. Hätte sich ergeben, dass die in den parlamentarischen Demokratien westlicher Prägung praktizierte Gesetzgebung der Kodifikation im Rechtswert unterlegen ist, so hätte das zur Kenntnis genommen werden müssen. M.E. ist die Kodifikation rechtlich schon insofern überlegen, als sie das Steuersystem als Ganzes denkt, nicht separiert nach einzelnen Steuern.

II. Zu Andreas Musils Beitrag „Die Sicht der Steuerrechtswissenschaft auf das Verfassungsrecht“

Vorbemerkung: Die Überschrift zu dem Beitrag⁴ von *Musil*⁵ lässt nicht erkennen, was das eigentliche Anliegen des Verfassers ist. Das ergibt sich besser aus der Abschnittsüberschrift „Konstitutionalisierung und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“.

1. Thesen und Argumente von Andreas Musil

In seiner Einleitung beschreibt er zunächst den beklagenswerten Zustand der Steuergesetze. Im Anschluss an den Präsidenten des BFH *Rudolf Mellinghoff*⁶ bezeichnet er den Zustand als „desolat“. Dazu erwähnt er „komplexe Regelungsmaterie“, „Normenflut“, die „sich ständig ändernde [...] Rechtslage“. In der Steuerrechtswissenschaft sei eine gewisse Tendenz zu verzeichnen, „politische Konflikte verfassungsrechtlich zu umhegen“. Im Übrigen habe die „Steuerrechtswissenschaft teilweise eine verfassungsrechtsdogmatische Positionierung vorgenommen [...], die gegenüber der allgemeinen Verfassungsrechtsdogmatik eine Sonderrolle einnimmt“ (S. 146). Wörtlich: „Insbesondere Vertreter der Staatsrechtslehre, die das Verfassungsrecht nicht nur mit Blick auf das Steuerrecht betrachten, warnen vor der Ausbildung einer Sonderdogmatik im Steuerrecht“ (S. 133). Der Gleichheitssatz werde überfordert, wenn er mit ökonomischen und ethischen Prinzipien aufgeladen werde.⁷ Dadurch werde der Gesetzgeber in unzulässiger Weise eingeeignet (S. 133 f.). Es reiche aus, so *Musil*, „die allgemeingültigen Kategorien des Verfassungsrechts konsequent auf das Steuerrecht anzuwenden“ (S. 146 f.). Die Steuerrechtswissenschaft sei kein Ersatzgesetzgeber (S. 145).

Sein Kernsatz lautet: „Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist eine Grundbedingung des demokrati-

³ In diesem Sinne *Lepsius*, JZ 2009, 260 (262 re. Sp.).

⁴ Dieser Beitrag ist abgedruckt in: Schön/Röder, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts II, 2014, S. 129-148. Meine Seitenangaben beziehen sich auf diesen Beitrag.

⁵ *Musil* ist Träger eines berühmten Namens, s. *Robert Musil*, öster. Schriftsteller.

⁶ Als Vorsitzender der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft bezeichnete *R. Mellinghoff* auf der Jahrestagung der

Gesellschaft die Steuergesetze erneut als „desolat“ (DStJG Bd. 37, 2014, S. 4 o.).

⁷ Dieser Satz wird mit Fußnotenangabe *Kischel*, Gleichheitssatz und Steuerrecht. Gefahren eines dogmatischen Sonderwegs, in: *Mellinghoff/Palm*, Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, S. 184, und *Lepsius*, JZ 2009, 260 (261 f.), zugeschrieben. Leider ist der mitgeteilte Satz an den angegebenen Stellen nicht zu finden.

schen Staats und daher in ihrer Bedeutung für dessen Funktionsfähigkeit nicht hoch genug einzuschätzen" (S. 135).

Musil bekennt sich aber zum Leistungsfähigkeitsprinzip und zum Gebot der Folgerichtigkeit (S. 136 ff.). „Die Forderung nach Systemgerechtigkeit und nach verfassungsrechtlicher Durchdringung des einfachen Rechts“ beschneide aber „die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in zu weit gehender Weise“ (S. 137). Das Leistungsfähigkeitsprinzip und das Folgerichtigkeitsgebot bezeichnet er als „unsichere Maßstäbe“ (s. Überschrift zu 3.1).

Er führt mehrere Beispiele an, die unzulässige oder unnötige Eingriffe in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers belegen sollen (S. 139 ff.). Wie andere Staatsrechtslehrer hält auch *Musil* den Gesetzgeber nicht für verpflichtet, seine Gesetze zu begründen (S. 138 f.).

2. Stellungnahme

a) Über das Ausmaß der Gestaltungsfreiheit für den Steuergesetzgeber

Musils Eintreten für mehr Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist insofern nicht schlüssig, als sie den von ihm beschriebenen „desolaten“ Zustand der Steuergesetze nicht verbessern, sondern im Laufe der Zeit erfahrungsgemäß verschlechtern wird. Der desolote Zustand ist doch die Folge, das Ergebnis von zu viel Gestaltungsfreiheit. Nehmen wir einmal an, die Steuergesetze seien chaotisch. Würden wir dann diesen Zustand wohl dadurch überwinden wollen, dass wir den Chaoten noch mehr Chaotenfreiheit verschaffen? Wenn es um Freiheit geht, muss immer gefragt werden: Freiheit wozu? Wenn die Freiheit als Freiheit von Prinzipien und Regeln, Freiheit von Rechtslogik, Freiheit, Sonderinteressen zu privilegieren, verstanden wird, dann entsteht m.E. eben der Gesetzeszustand, der von *Musil* eingangs beschrieben worden ist.

Ebenso wie andere Apologeten einer möglichst uneingeschränkten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers stellt auch *Musil* die Misere der Steuergesetzgebung nicht vollständig dar. Er erwähnt z.B. nicht die Auswirkungen der Mitwirkung der vielen Interessenverbände an der Gesetzgebung, auch nicht die Gewährung von Privilegien zum Zwecke des Stimmengangs. Nicht erwähnt wird die Partei- und Klientelpolitik, die nicht berücksichtigt, dass die Abgeordneten „Vertreter des ganzen Volkes“ sein sollen (Art. 38 Abs. 1 GG). Umfassender wird der Zustand beschrieben von *Mellinghoff*.⁸ M.E. gehört es zum Ethos der Wissenschaft, die Wirklichkeit nicht zu verfälschen, nicht zu beschönigen und nicht zu verkürzen.

P. Kirchhof sieht es so: „Im Kampf gegen diese Hydra stetig wachsender Steuerprivilegien und eines entsprechenden Steuerübermaßes muss der Verfassungsstaat seine Waffen neu schärfen. Sein Schwert der parlamentarisch-demokratischen Steuerbewilligung versagt, weil die Abgeordneten dieses Schwert nicht für maßvolle und gleichmäßige Steuerlasten führen, sich dem Wähler vielmehr durch neue Staatsleistungen, also als Vordenker für Steuererhöhungen empfehlen.“⁹ Und *Friedrich A. von Hayek*¹⁰ fragt: „Wer würde denn im Ernst vorgeben, daß die demokratischen Legislativen in der Neuzeit alle die speziellen Subventionen, Privilegien und anderen Vorteile, deren sich so viele Sonderinteressen erfreuen, deshalb gewährt haben, weil sie diese Forderungen als gerecht ansehen?“

Da es im Steuerrecht um Wertungen geht, hat der Gesetzgeber allerdings Wertungsspielräume zur Verfügung (darauf ist zurückzukommen); aber von Gestaltungsfreiheit würde ich jedenfalls im Steuerrecht nicht sprechen. Zwar entscheidet *der Gesetzgeber* grundsätzlich darüber, welche Gesetze wann mit welchem Inhalt beschlossen werden sollen. Nur ist er, was den Gesetzesinhalt betrifft, nicht frei; er ist nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden. Diesen so wichtigen Artikel erwähnt *Musil* nicht.¹¹ Es ist nicht verwunderlich, dass Art. 1 Abs. 3 GG in der Gesetzgebungspraxis nicht besonders ernst genommen wird. Dabei haben die Schöpfer des Grundgesetzes ihn für rechtsstaatlich so wichtig gehalten, dass sie ihn für unaufhebbar erklärt haben (s. Art. 79 Abs. 3 GG). Die Schöpfer des Grundgesetzes wussten, dass es die Parlamentsmehrheit war, die 1933 für das Ermächtigungsgesetz gestimmt hat und Hitler dadurch den Weg an die Macht freigemacht hat. Art. 1 Abs. 3 GG erlaubt keine Willkür der Mehrheit.

Auch im Steuerrecht wird die Macht der Gestaltungsfreiheit erheblich durch den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) eingeschränkt. Es gibt nicht nur die Gestaltungsfreiheit, sondern auch die Gestaltungsgleichheit, die Gleichgestaltung. Der Gleichheitssatz betrifft jedes Steuergesetz, und er sorgt für Steuergerechtigkeit.

Die Ethiker deduzieren aus dem Gebot der Gerechtigkeit den Gleichheitssatz, die Gleichbehandlung. Das BVerfG induziert aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) das Gebot der Steuergerechtigkeit.¹² Das läuft im Ergebnis auf das Gleiche hinaus.

„Die Steuergleichheit“ – so *Walter Leisner* – „ist die wichtigste Ausprägung der Egalität im modernen Gemeinwesen. Dem modernen Steuerstaat ist begrifflich die Gleichheit der Belastung eigen.“¹³ *Roman Herzog* – er war Präsident des BVerfG und Bundespräsident – bezeichnet den Gleichheitssatz als die Magna Charta des Steuerrechts.¹⁴ *Klaus Vogel/Christian Waldhoff* stel-

8 DStJG Bd. 37 (2014), S. 1 ff. Hinweis auch auf Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht²¹, 2013, § 3 Rz. 1 ff.

9 *P. Kirchhof*, Das Gesetz der Hydra, 2006, S. 282.

10 *Von Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 3, 1981, S. 25.

11 Andere Proponenten der Gestaltungsfreiheit erwähnen ihn auch nicht, z.B. *Kischel*, in: *Mellinghoff/Palm* (FN 7),

S. 175 ff.; *Lepsius*, JZ 2009, 260 (260 ff.).

12 Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 50, 57 (94); BVerfGE 43, 108 (118); BVerfGE 117, 1 (30).

13 *Leisner*, Der Gleichheitsstaat, 1980, S. 158.

14 Bund der Steuerzahler (Hrsg.), Deutscher Steuerzahlerkongress, 1991, S. 11.

len fest, dass „der Gleichheitssatz der Hauptprüfungsmaßstab zur Beurteilung der Verfassungswidrigkeit von Steuergesetzen ist“.¹⁵ P. Kirchhof konstatiert: „Nur die gleiche Besteuerung ist erträglich.“¹⁶ Nach Dieter Birk ist „der allgemeine Gleichheitssatz die Fundamentalnorm staatlicher Verteilungsgerechtigkeit“.¹⁷ Lukas Widmer qualifiziert den Gleichheitssatz als das „Maß aller Dinge“ im schweizerischen Steuerrecht.¹⁸ Werner Doralt/Hans G. Ruppe nennen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung „ein zentrales rechtspolitisches Anliegen an die Steuerrechtsordnung“ und heben hervor, dass der Gleichheitssatz Gesetzgebung und Vollziehung binde.¹⁹ Guy Gest/Gilbert Tixier bezeichnen das principe d'égalité als eine der piliers du droit fiscal.²⁰ Die argentinische Verfassung fügt durch Art. 16 dem Gleichheitssatz ausdrücklich den Satz hinzu, dass Gleichheit die Grundlage der Besteuerung sei. Eine tragende Rolle nimmt der Gleichheitssatz in der Habilitationsschrift von Joachim Englisch ein.²¹ Der Gleichheitssatz sorgt dafür, dass die Mehrheit nicht immer Recht hat, dass nicht alles Recht ist, wofür sich eine Mehrheit entscheidet, auch wenn diese Mehrheit durch Wahlen zustande gekommen ist. Gerechtigkeit und Rechtsgleichheit gehen vor Mehrheitsmacht.

Dem von Musil den Staatsrechtslehrern Uwe Kischel und Oliver Lepsius zugeschriebenen Satz, dass der Gleichheitssatz überfordert werde, wenn er ökonomisch und ethisch aufgeladen werde (S. 133 unten), darf man wohl kein großes Gewicht beimessen, zumal er an den angegebenen Belegstellen nicht zu finden ist. Aber von welchem Autor der Satz auch stammt: Der Gleichheitssatz ist ethisch fundiert und der Vergleichsmaßstab muss es auch sein, wenn es um eine gerechtigkeitsbezogene Teilrechtsordnung wie das Steuerrecht geht.

Berücksichtigt man Art. 1 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG so gilt nicht der Primat der Steuerpolitik und der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, sondern der Primat der Steuergerechtigkeit durch Gleichbelastung. An die Stelle der Gestaltungsfreiheit tritt danach die Gleichgerechtigkeit.

Wer zum Schutze der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers Art. 1 Abs. 3 GG übergeht, wird damit jedenfalls beim BVerfG keinen Erfolg haben. Der Gleichheitssatz darf auch nicht so zurechtgestutzt oder so minimiert werden, dass aus der Magna Charta des Steuerrechts eine Leerformel wird. Der ethisch fundierte Gleichheitssatz benötigt in einer gerechtigkeitsbezogenen Teilrechtsordnung einen ethischen Vergleichsmaßstab. Als solcher ist das Prinzip gleichmäßiger Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit anerkannt, und zwar weltweit. Welcher ent-

ethisierte, ethisch entladene Vergleichsmaßstab könnte denn auch an die Stelle des Leistungsfähigkeitsprinzips treten? Der Gleichheitssatz lässt sich auch nicht unter Berufung auf das Demokratieprinzip herunterspielen. Er gehört zur Essenz der Demokratie. Im 18./19. Jahrhundert war die Steuergleichheit das klassische Thema der Anhänger der Rechtsgleichheit.

Da Musil das Leistungsfähigkeitsprinzip und seinen Verfassungsrang akzeptiert, könnte ich hier abbrechen, stellte er dem Abschnitt über das Leistungsfähigkeitsprinzip (3.1) nicht Ausführungen voran (2.5), die er nicht darauf untersucht, ob sie dem Leistungsfähigkeitsprinzip entsprechen. Dadurch entsteht der Eindruck, dass der Gleichheitssatz unter den Vorbehalt der Gestaltungsfreiheit gestellt werden solle.

Musil meint, vom demokratischen Gesetzgeber könne nicht von vornherein verlangt werden, dass er immer gerecht handeln müsse. Wovon soll es aber abhängen, ob der Gesetzgeber gerecht entscheidet oder ob er davon absieht. Musil stellt die Gesetzgebungswirklichkeit zutreffend, aber auch hier nicht vollständig dar. Politiker und Politikwissenschaftler neigen dazu, möglichst alles für Politik, für ein Politikum zu halten und folgern daraus, dass das Verfassungsgericht sich heraushalten solle.

Der Politikwissenschaftler Stephan Heichel belehrte mich wie folgt: „Finanzpolitik mag man sich rational wünschen. Sie ist es aber nicht und kann es im politischen Geschäft moderner Parteiendemokratien westlicher Prägung auch gar nicht sein. Warum? Finanzpolitik ist eben in erster Linie genau dies: Politik [...] Daher wird die Steuerpolitik in allen wichtigen Aspekten auf höchster Ebene bestimmt, im Koalitionsvertrag [...], zuvor innerparteilich und nicht zuletzt im Kabinett oder in den Arbeitsgremien.“²²

Musil weist auf folgende Äußerung des Staatsrechtslehrers Lepsius hin:

„In kaum einem Politikfeld muss die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers größer sein. Denn beim Steuerrecht handelt es sich um ein eminent politisches Rechtsgebiet, das einerseits instrumentell, andererseits interessengeleitet eingesetzt, immer im Zentrum der politischen Auseinandersetzung stehen und nicht selten wahlentscheidend sein wird. [...] Hier, wo sonst, regiert der Kompromiss.“²³

Auch diese Beschreibung entspricht der politischen Wirklichkeit. Es geht um das Geld der Wähler, ohne welches Politik nicht zu machen ist. Allerdings, was Musil als „politische Aushandlung“ bezeichnet, was Heichel „Politik auf höchster Ebene“, Lepsius „politische Auseinandersetzung mit Kompromisszwängen“ nennt, ist für den Nobelpreisträger von Hayek „Schachern“, ist „Schacherdemokratie“.²⁴

15 Vogell/Waldhoff, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, 1999, Rz. 500.

16 P. Kirchhof, Der Weg zu einem neuen Steuerrecht, 2005, S. 119.

17 Birk, Steuerrecht¹², Rz. 186.

18 Widmer, Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, 1988, S. 56.

19 Doralt/Ruppe, Grundriss des österreichischen Steuerrechts II³, 2006, S. 185.

20 Gest/Tixier, Manuel de droit fiscal⁴, Paris 1986, S. 36.

21 Englisch, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreiten-

den Handel, 2008, S. 71 ff., 105 ff., 138 ff., 142 ff., 150 ff., 168 ff., 520 ff., 812 ff.

22 Heichel, Steuer und Politik, FAZ v. 5.12.2009, S. 10.

23 Lepsius, JZ 2009, 260 (261 re. Sp.).

24 Von Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 2, 1981, S. 191 („politisches Schachern“); Bd. 3, S. 26 („Schachern“), S. 138 („Eine derartige Schacherdemokratie hat nichts mit den Vorstellungen zu tun, die einmal das Prinzip der Demokratie rechtfertigen sollten.“). Auch in FAZ-Artikeln taucht neuerdings die Bezeichnung „Geschacher“ auf.

Gravierender ist aber etwas anderes: Die Vertreter einer möglichst uneingeschränkten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers schildern, wenn auch unvollständig, nur das Ist, das politische Sosein, das politisch Seiende. Im Steuerrecht geht es aber um etwas Gesolltes, nämlich um die auch vom Verfassungsgericht verlangte Erfüllung des Gebotes der Steuergerechtigkeit. „Gerechtigkeit“ ist indessen eine Vokabel, die die erwähnten Apologeten der legislativen Gestaltungsfreiheit nicht benutzen, die bei ihnen nicht vorkommt. Einen Bereich *unpolitischer*, gerechtigkeitsbezogener Gesetzgebung können sie sich offenbar gar nicht vorstellen. Verstehen sie etwa unter Gestaltungsfreiheit insbesondere: Freisein von Gerechtigkeit?

Im Vordergrund steht in der Politik immer wieder nicht die Gerechtigkeit, sondern das Heil der Staatskasse („*Salus fisci, suprema lex*“). Die Staatskasse ließe sich aber auch ohne weiteres aufgrund von *gerechten* Gesetzen füllen. Durchweg geht es auch nicht um Rechtsrationalität, sondern um das Wecken von Emotionen mit Hilfe von markigen Worten und groben Vereinfachungen.²⁵ Auch den demokratischen Gesetzgeber muss man an seinen Früchten erkennen. Sie bestehen auch in dem, was als Steuerchaos, Steuerdickicht, Steuerdschungel, Steuerlabyrinth, Steuerwirrwarr, Steuersalat bezeichnet wird, zumal von denen, die die Steuergesetze anwenden müssen, deren Qualität durch die Missachtung von Prinzipien und Regeln leidet. Prinzipien und Regeln sind aber unerlässlich für die gesetzliche Ordnung sowie für Übersicht und Einsicht in Steuergerechtigkeit. *Lepsius* sieht das wieder anders; er beklagt ein „Dickicht“, ein „Geflecht“ von Prinzipien.²⁶ Da staunt der Fachmann! Welcher Wähler will denn wirklich prinzipienloses Stück- und Flickwerk?

b) Vom Versuch der Befreiung des Gesetzgebers von Rechtsrationalismus und Konstitutionalismus

Nach meinem Eindruck wollen zumal jüngere Wissenschaftler des öffentlichen Rechts den demokratischen Gesetzgeber auch von Rechtsrationalismus (oder Systemrationalismus) und Konstitutionalismus befreien. Als Rechtsrationalisten werden insbesondere Wissenschaftler angesehen, die für die Beachtung des Gebots der Folgerichtigkeit durch den Gesetzgeber eintreten, für folgerichtiges Denken. Als Konstitutionalisten oder Konstitutionalisierer werden diejenigen bezeichnet, die das einfache Recht verfassungsrechtlich durchdringen wollen (S. 137), einfaches Recht in den Verfassungsrang erheben wollen – jeweils angeblich zu Lasten der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber soll möglichst frei

schalten und walten können, insbesondere auch die Freiheit haben, nicht folgerichtig denken zu müssen.

Musil dazu: „Die Forderung nach Systemgerechtigkeit und nach verfassungsrechtlicher Durchdringung des einfachen Rechts beschneidet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in zu weitgehender Weise. Demgegenüber lässt die Folgerichtigkeitskonzeption mehr Raum. Ihr kann allerdings der Nachteil ihrer relativen Maßstabslosigkeit vorgeworfen werden. Gleichwohl ist der Folgerichtigkeitskonzeption der Vorzug zu geben. Sie ist letztlich [...] Ausdruck der allgemeinen Gleichheitsdogmatik [...]“ (S. 137)

Dagegen ist einzuwenden: Das *Folgerichtigkeitsgebot* ist *kein Maßstab* (wie das Leistungsfähigkeitsprinzip); es sorgt im Steuerrecht dafür, dass mit dem Maßstab und seiner Konkretisierung nicht beliebig oder nicht folgerichtig umgegangen wird. Der Maßstab muss folgerichtig zu Ende gedacht, d.h. er muss *verallgemeinert* werden.²⁷ Im Übrigen muss der Maßstab, das Leitprinzip, wegen seiner Unbestimmtheit konkretisiert werden, und zwar folgerichtig²⁸ und widerspruchsfrei²⁹. Wird das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht folgerichtig und widerspruchsfrei, d.h. nicht gleichmäßig umgesetzt, so verletzt das den Gleichheitssatz. Die verfassungsrechtliche Relevanz der Gebote der Folgerichtigkeit und der Widerspruchsfreiheit entfällt nicht deshalb, weil – so aber *Musil* – sonst die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers „in zu weitgehender Weise“ beschnitten würde. Statt zu untersuchen, wie weit die Gestaltungsfreiheit geht, nimmt *Musil* das gewünschte Ergebnis durch Berufung auf die Gestaltungsfreiheit vorweg. Dadurch würde dem Verfassungsgericht die Möglichkeit abgeschnitten, gewisse Gesetzgebungsallüren von der Gestaltungsfreiheit auszunehmen. Als solche nennt *P. Kirchhof* die „systematische Schwäche“, die „Kompromissanfälligkeit“ und die „punktuellen Verbandsinterventionen“.³⁰

Auch bei Verstößen des Gesetzgebers gegen das Folgerichtigkeits- und Widerspruchsfreiheitsgebot kann das Verfassungsgericht angerufen werden. Das ist im Falle der Pendlerpauschale auch mit Erfolg geschehen.³¹ Zur Gestaltungsfreiheit gehört eben *nicht* die Freiheit, nicht folgerichtig und nicht widerspruchsfrei denken und entscheiden zu müssen, nicht die Freiheit, gegen die Denkgesetze verstoßen zu dürfen.

Aus dem Prozessrecht wissen wir, dass die Revisionsgerichte den Instanzgerichten *Verstöße gegen Denkgesetze* nicht durchgehen lassen. Das ist so selbstverständlich, dass es in den Prozessgesetzen nicht einmal erwähnt wird. M.E. besteht kein Grund, einem Parlament etwas anderes zu erlauben.³²

25 Das hat *P. Kirchhof* im Wahlkampf 2005 bitter erfahren müssen.

26 *Lepsius*, JZ 2009, 260 (261 li. Sp.).

27 Dazu *G. Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 18 ff., 35 f., 160 ff., 504 ff. – mit einem besonderen Abschnitt auch zum Steuerrecht (S. 521 ff.); s. auch *Singer*, Verallgemeinerung in der Ethik, 1975.

28 *G. Kirchhof*, Allgemeinheit (FN 27), 302 ff., 321 ff., 470 ff., 541 f., 567 f.; *Englisch*, Wettbewerbsfreiheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 11 ff., 132 ff., 735 f., 814. S. auch schon *P. Kirchhof*, StuW 2000, 317 (322 re. Sp.) „Grundentscheidung und folgerichtige Umsetzung“.

29 Dazu *G. Kirchhof*, Allgemeinheit (FN 27), S. 42 f., 269 f., 321 ff., 402 ff., 470 ff., 541 f. Siehe auch schon *P. Kirchhof*, StuW 2000, 317 (322 ff.).

30 *P. Kirchhof*, StuW 2000, 317, (322 re. Sp.).

31 BVerfGE 122, 210.

32 „The king can do no wrong“; „A parliament can do anything, but make a man a woman, and a woman a man“; „Anything goes“, soweit sich dafür eine Mehrheit finden lässt – das sind überholte Quotations. Unsere Abgeordneten sind rechtlich keine „kings“ und sie sind nicht allmächtig (s. Art. 1 Abs. 3 GG und das Rechtsstaatsprinzip).

Damit keine Missverständnisse entstehen: Das Folgerichtigkeitsgebot kann man nicht an beliebigen Stellen einsetzen. Es ist z.B. nicht dazu gedacht, Unrecht konsequent umzusetzen. Im Steuerrecht dient es dazu, das Leistungsfähigkeitsprinzip zu konkretisieren. Ist dabei das Folgerichtigkeitsgebot verletzt worden, so kann diese Verletzung nicht dadurch geheilt werden, dass das Unterprinzip wiederum folgerichtig konkretisiert wird.

Musil nennt das Folgerichtigkeitsgebot zutreffend unsicher (unbestimmt). Das ist so, weil es im Recht nicht um mathematisch-naturwissenschaftliche Logik geht, sondern um *Wertungslogik mit Wertungsspielräumen*. Der Wertungsppluralismus braucht Wertungsspielräume. Davon gibt es im Steuerrecht viele.³³

Die Gebote der Wertungslogik beschränken sich keineswegs auf das Steuerrecht. Sie gelten für *alle Rechtsdisziplinen* oder Teilrechtsordnungen, in denen gewertet werden muss. Übrigens muss in jeder Wissenschaft, soll sie diesen Namen verdienen, folgerichtig gedacht werden.

Ein engagierter Gegner folgerichtigen Denkens zu Lasten der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist der Staatsrechtslehrer *Lepsius*. In der Rezension des Verfassungsgerichtsurteils zur Pendlerpauschale nennt er dieses Urteil eine „erneute [...] Einengung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit im Namen eines richterrechtlich erfundenen Prinzips der Folgerichtigkeit“. Gegen das „diffuse“³⁴ Folgerichtigkeitsgebot sprechen nach *Lepsius* die Eigenheiten des politischen Prozesses mit seinen Kompromisszwängen. Politik werde durch das Folgerichtigkeitsgebot erschwert.³⁵

Dazu ist festzustellen: Im Steuerrecht geht es darum, das Grund- oder Leitprinzip folgerichtig zu konkretisieren. Es geht, wie bereits erwähnt, im Steuerrecht nicht darum, Unterprinzipien oder Regeln, die dem Grundprinzip der Leistungsfähigkeit *nicht* entsprechen, folgerichtig zu konkretisieren. Der Gesetzgeber hat bei der Realisierung des Folgerichtigkeitsgebots den nötigen Spielraum. Besteht dieser nicht, so muss das zu konkretisierende Grundprinzip erneuert werden, aber welches Grundprinzip könnte wohl an die Stelle des Leistungsfähigkeitsprinzips treten? Das Gebot der Folgerichtigkeit ist keineswegs die Erfindung eines Richters, es ist so alt wie die Ethik, und es ist erforderlich, um gerechte Lösungen herbeizuführen. In den 1960er Jahren finden wir den Begriff „Folgerichtigkeit“ ständig angewendet von *Claus-Wilhelm Canaris*³⁶; ich selbst habe in meiner Steuergerechtigkeitschrift das in der Ethik gebräuchliche Wort „Konsequenz“ vorgezogen.³⁷ Aber wie darf man es sich erklären, dass die Proponenten großer Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überhaupt nicht von Gerechtigkeit sprechen? Von Gerechtigkeit sprechen sie ebenso we-

nig wie Steuerpolitiker und Gesetzgeber. Das Wohl der Staatskasse und Stimmenfang spielen eine weit-aus größere Rolle als die Steuergerechtigkeit. Im Übrigen ist es nicht so, dass *Lepsius* für „die“ Staatsrechtslehrer sprechen könnte. *Beind Grzeszick* z.B. folgt in seinem Vortrag vor der Vereinigung der Staatsrechtslehrer über „Rationalitätsanforderungen“ an die parlamentarische Rechtssetzung im demokratischen Rechtsstaat *Lepsius* nicht.³⁸

Das Folgerichtigkeitsprinzip gehört im *Rechtsstaat* zu den Rationalitätsanforderungen, die auch der parlamentarische Gesetzgeber erfüllen muss.

c) *Zum Vorwurf der Sonderdogmatik von Steuerrechtswissenschaftlern – Abhängigkeit der Dogmatik von der Eigenart einer Teilrechtsordnung*

Auf den Vorwurf der steuerrechtlichen Sonderdogmatik gehe ich ohne Rücksicht darauf ein, ob es im Steuerrecht eine Sonderdogmatik³⁹ überhaupt wirklich gibt. Als Sonderdogmatik bezeichnet *Musil* eine Dogmatik, „die nur einen Teil der Rechtsordnung abdeck[t]“ (S. 135). Bezogen auf das Steuerrecht spricht er davon, „dass die Steuerrechtswissenschaft teilweise eine verfassungsrechtsdogmatische Positionierung vorgenommen hat, die gegenüber der allgemeinen Verfassungsrechtsdogmatik eine Sonderrolle einnimmt.“ Die Sonderdogmatik, so empfiehlt er, sollte künftig nur „mit Vorsicht verfolgt werden“ (S. 146). *Musil* folgt mit dieser Empfehlung Vertretern der Staatsrechtslehre, „die das Verfassungsrecht nicht nur mit Blick auf das Steuerrecht betrachten“ und „vor der Ausbildung einer Sonderdogmatik im Steuerrecht“ warnen (S. 133).⁴⁰ Kann man aber von *allgemeiner* Verfassungsrechtsdogmatik sprechen, wenn nur wenige einen bestimmten Standpunkt vertreten? Auch wenn eine bestimmte Dogmatik von einer Mehrheit von Staatsrechtslehrern getragen würde: Eine Bindung der Steuerrechtslehre an die Staatsrechtslehre gilt in Verfassungsfragen nicht. Das letzte Wort hat immer das Verfassungsgericht.

Eine „Einheit der Rechtsordnung“ sollte es in dem Sinne geben, dass die Rechtsordnung keine ungerechtfertigten Wertungswidersprüche enthält. Im Übrigen ist aber zu berücksichtigen, dass fast jede Teilrechtsordnung ihre Eigenart, ihr Proprium hat. Diese Eigenart kann auch eine Sonderdogmatik rechtfertigen, sie sogar veranlassen.

Das Steuerrecht hebt sich von anderen Teilrechtsordnungen durch folgende *Eigenarten* oder *Besonderheiten* ab:

(1) Da das Steuerrecht *gerechtigkeitsbezogenes Recht* ist, wird die Steuerrechtswissenschaft auch als Gerechtigkeitswissenschaft⁴¹ bezeichnet. Sie ist eine *besondere* Gerechtigkeitswissenschaft. Allgemeine Ge-

33 Zu den Wertungsspielräumen im Einkommensteuerrecht *Drüen*, DStJG Bd. 37 (2014), S. 45 ff.

34 *Lepsius*, JZ 2009, 260 li. Sp.

35 Ausführlicher *Lepsius*, JZ 2009, 262. An *Lepsius* schließt sich auch *Kemprny*, StuW 2014, 185 (198 f.), an.

36 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, insbesondere S. 12, 13 ff., 97 ff.

37 *Tipke*, Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis, 1981,

S. 26 f., 43, 56. Den Begriff „wertungsmäßige Folgerichtigkeit“ habe ich allerdings auch schon verwendet (s. S. 56).

38 VVDStRL Bd. 71 (2012), S. 55 ff.

39 Dazu *Kischel*, in: *Mellinghoff/Palm* (FN 7), S. 175 ff.

40 Zitiert werden dazu Grundgesetzkommentatoren, die keine Steuerjuristen sind.

41 Diese Bezeichnung hat *Klaus Vogel* wohl als erster eingeführt (JZ 1993, 1123).

rechtlichkeitswissenschaft ist die Ethik oder Moralphilosophie. Die Steuergerechtigkeitswissenschaft ist Wertungswissenschaft; diese ist freilich auch auf Empirie angewiesen, auf Tatsachenwissen. Die Erforschung des Empirischen pflegen Juristen gern Ökonomen, Kriminologen oder Soziologen zu überlassen.

Wer sich auf Gerechtigkeit beruft, hat es zunächst mit dem Einwand zu tun, die Moral- und Rechtsphilosophen seien sich in der Frage, was Gerechtigkeit ist, nicht einig. Das trifft zu. Auch Moral- und Rechtsphilosophen von Weltruf (wie z.B. in der Neuzeit *Marcus Singer, Friedrich A. v. Hayek, John Rawls, Robert Nozick, Ronald Dworkin, Michael Walzer, Jürgen Habermas*) sind in der Tat mit je eigenen Gerechtigkeitstheorien hervorgetreten.

Auch die Steuerrechtswissenschaftler haben unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen. Daraus muss aber nicht der Schluss gezogen werden, dass allein der demokratische Gesetzgeber frei darüber zu bestimmen habe, was Steuergerechtigkeit ist. Schon seit *Aristoteles* ist anerkannt, dass Lasten, die von einer Vielzahl von Betroffenen zu tragen sind, nicht irgendwie, sondern gerecht, d.h. entsprechend einer sachgerechten Regel auf die Belastbaren zu verteilen sind. Weitgehend einig ist man sich auch in der Ethik und in der Rechtsphilosophie darüber, dass Gerechtigkeit wesentlich in Rechtsgleichheit besteht. Im Steuerrecht besteht immerhin weitgehend Übereinstimmung auch darüber, dass die Steuergerechtigkeit am Prinzip finanzieller Leistungsfähigkeit (das ist durchaus kein willkürliches, an den Haaren herbeigezogenes Prinzip) zu messen ist. Und wie viele meinen, muss dieses Prinzip *rechtslogisch* umgesetzt werden, nicht aber entsprechend politischer Opportunität. Mit Gerechtigkeitsfragen, so scheint mir, gehen Richter kompetenter um als Politiker.

In der (deutschen) Literatur über Ethik oder Gerechtigkeit findet sich über Steuergerechtigkeit kaum etwas, nicht selten aber etwas über *Strafgerechtigkeit*. Wenn ich mit Moralphilosophen oder Rechtsphilosophen über die Ursache sprach, wurde mir durchweg mitgeteilt, man finde keinen Zugang zu den komplizierten Steuergesetzen. Das spricht nicht für die Einsichtigkeit und Durchsichtigkeit des Steuerkonglomerats. So mussten Steuerrechtswissenschaftler sich mit dem Thema „Steuergerechtigkeit“ befassen. Diese Aufgabe wurde ihnen durch Steuerökonomien erleichtert. Als Ökonomen der Neuzeit lassen sich z.B. nennen: Die Steuersystematiker *Fritz Neumark, Heinz Haller, Richard Musgrave, Stefan Homburg*. Ich selbst habe auch von dem Wirtschaftswissenschaftler *von Hayek* (der übrigens in Wien Rechtswissenschaften studiert hat) profitiert.

(2) Steuerrecht ist im besonderen Maße auf *Rechtssicherheit angewiesen*, auf Steuerplanungssicherheit zumal, auch auf wirksamen Schutz vor der Rückwirkung von Steuergesetzen. Das ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip. Die Planungssicherheit verlangt nach einem stark dispositionsbezogenen Verständnis für Sicherheit gegen Rückwirkung. Auf den Bestand *erkennbar* verfassungswidriger und europarechtswidriger Rechtsnormen darf freilich niemand vertrauen.⁴²

(3) Steuerrecht besteht weithin aus besonderem *öffentlichem Schuldrecht*. Das Allgemeine Verwaltungsrecht ließe sich auch durch allgemeines öffentliches Schuldrecht ergänzen. Die Verwaltungsrechtler behelfen sich indessen bis heute mit Analogien zum Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. *Enno Becker* musste bei der Erarbeitung der Reichsabgabenordnung von 1919 ohne staats- und verwaltungsrechtliche Vorarbeiten auskommen. So kam es zur Sonderdogmatik auch des (öffentlichen) Steuerschuldrechts.⁴³

(4) *Steuergesetze* sind insofern *hybrid*, als sie nicht nur Fiskalzwecknormen enthalten, sondern auch *Lenkungsnormen*. Der Staatsrechtslehrer *Kischel*, auf den auch *Musil* wiederholt hinweist, ist der Meinung, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip des Steuerrechts keinen besonderen Stellenwert, kein besonderes Gewicht, keinen Vorrang vor anderen sachgerechten Gründen habe. Auch die Lenkungsnormgründe seien gleichwertig.⁴⁴

Dem Leistungsfähigkeitsprinzip, das die einzelnen Steuern rechtfertigt, entspricht nicht der Lenkungszweck (dieser entspricht dem Steuerzweck), sondern das *Bedürfnisprinzip* oder das *Verdienstprinzip* als Gemeinwohlprinzipien. Dem Gemeinwohl wird gedient, wenn die Lenkungsmaßnahme einen gesamtgesellschaftlichen Nutzen hat, einen mehr oder weniger großen Nutzen *für alle*. Dem Gemeinwohl wird nicht gedient, wenn die Lenkungsmaßnahme für den Lenkungszweck nicht erforderlich, nicht geeignet oder unverhältnismäßig ist. Steuern hingegen können schwerlich darauf geprüft werden, ob sie für ihren Gemeinwohlzweck erforderlich, geeignet und verhältnismäßig sind. Wenn ich *Kischel* richtig verstehe, will er auch Lenkungsnormen nicht darauf prüfen, ob sie für ihren Zweck erforderlich, geeignet und verhältnismäßig sind. Obwohl eine solche Prüfung möglich ist. Der Verzicht auf diese Kontrolle führt jedoch zu Steuermittelverschwendungen zum Schaden des Gemeinwohls. Lenkungsnormen müssen übrigens dringend darauf geprüft werden, ob sie dem Gleichheitssatz entsprechen.

Das BVerfG hält keine klare Linie, es ist aber anzunehmen, dass der I. Senat sich in den Gründen des Erb-

42 Probleme der Steuerplanungssicherheit behandelt aus rechtsstaatlicher Sicht umfassend und systematisch *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002.

43 Der Staatsrechtslehrer *Nawiasky* monierte, die Verfasser der Abgabenordnung seien „mit beinahe fröhlicher Unbefangenheit ans Werk gegangen“. Aber, so *Nawiasky*; „ut desint vires, tamen est voluntas“. Er fügte hinzu, die Wissenschaft des öffentlichen Rechts sei nun vor die Aufgabe gestellt, „ein wirklich tragfähiges System des deutschen Finanzrechts von Grund auf zu errichten“ (Nachweise

dazu in *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. III², 2012, S. 1283). Aber *Nawiasky* hat sich dieser Aufgabe nie gestellt. Mit *Otto Mayers* Lehren hätte sich diese Aufgabe auch ohnehin nicht bewältigen lassen. Bis heute macht die große Mehrheit der über 600 Wissenschaftler des öffentlichen Rechts einen großen Bogen um das Steuerrecht. Imponierende Ausnahmen gibt es aber.

44 *Kischel*, in: *Mellinghoff/Palm* (FN 7), S. 175, 179 ff.: „Die Gretchen-Frage: Leistungsfähigkeit und Lenkungssteuer.“

schaftsteuerurteils klar von *Kischel* unterscheiden wird. Grundsätzlich ist festzustellen: Ein Gesetzgeber, der privilegiert, diskriminiert auch!

Ich breche hier ab, weil *Musil* sich mit dem Problem der Lenkungsvorschriften nicht näher befasst hat und weil ich die Problematik an anderer Stelle ausführlich behandelt habe.⁴⁵

Kischels Sondermeinung ist von der Steuerrechtswissenschaft kaum zur Kenntnis genommen worden. Er sollte seine Meinung in einer *Steuerrechtszeitschrift* veröffentlichen und sich insbesondere mit den Meinungen von *Wolfgang Schön*⁴⁶, *Johanna Hey*⁴⁷ und *Joachim Englisch*⁴⁸ auseinandersetzen.

d) Über die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Steuerrechtsordnung

Das wäre ein Thema, mit dem man ein ganzes Buch füllen könnte. *Musil* behandelt es aber auf weniger als vier Seiten mit nur zwei Gegenständen, dem Rückwirkungsverbot und dem Treaty Override. Er behandelt nicht das Thema „Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“ und Rechtsstaatsprinzip. *Musil* kritisiert, dass das Verfassungsgericht die Rechtsprechung zum Rückwirkungsverbot in 2010 verschärft hat.⁴⁹ Ich möchte seiner Kritik gar nicht widersprechen, meine aber, dass diese Änderung der Rechtsprechung keine Zukunftsfrage des deutschen Steuerrechts ist. Das gleiche gilt für das Thema „Treaty Override“ und Rechtsstaatsprinzip, über das *Musil* seine Dissertation geschrieben hat.

e) Über „gesetzgeberische Begründungspflichten“

Dieses Thema behandelt *Musil* nicht im Abschnitt „Rechtsstaatsprinzip“ (S. 5), sondern erstaunlicherweise in dem Abschnitt „Die begrenzende Kraft des Gleichheitssatzes“. Er begründet diese Positionierung mit dem Satz: „Teilweise wird versucht, die bereits zutage tretende materielle Maßstabsarmut bei der Anwendung des Gleichheitssatzes durch die Statuierung gesetzgeberischer Begründungspflichten auszugleichen.“ (S. 138) „Teilweise“, damit bin ich gemeint. *Musil* verweist auf *Klaus Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. III², 2012, S. 1254. Ich bin aber nie von einer „Maßstabsarmut bei der Anwendung des Gleichheitssatzes“ ausgegangen, kann also diese „Maßstabsarmut“ auch nicht durch „Statuierung“ von Begründungspflichten habe ausgleichen wollen.

Meine Gründe für eine Gesetzesbegründungspflicht sind andere, nämlich rechtsstaatliche. Abweichend von *Musil* schließe ich mich nicht der Meinung von Staatsrechtslehrern an, Verwaltungsakte und Gerichtsurteile müssten grundsätzlich begründet werden, für Gesetze sei eine Begründung aber nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Staatsrechtslehrer meinen, der Gesetzgeber schulde nur das Gesetz, er schulde auch kein System.⁵⁰ Das passt mehr zu Untertanen als

zu mündigen Bürgern, mehr zu Steueruntertanen als zu Steuerbürgern.

Ich sehe das anders. Wenn die Begründungspflicht Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist,⁵¹ so muss sie auch für Gesetze gelten; auch der Gesetzgeber unterliegt dem Rechtsstaatsprinzip. Mehr noch: Was für Verwaltungsakte und Urteile gilt, muss für Steuergesetze wegen ihrer großen Breitenwirkung *erst recht* gelten. Das ist ein wertungslogischer Schluss a minore ad maius. Ein demokratischer Rechtsstaat sollte keinen Grund haben, vor seinen Bürgern, vor seinen Wählern zumal, etwas zu verheimlichen, zu verbergen. Vor allem den Wählern sollten die Gesetzgeber (die Abgeordneten) ihre Gesetzesmotive offenbaren. Aber auch für die unterlegene Minderheit ist es wichtig, die Gründe, aus denen heraus sie überstimmt worden ist, darauf prüfen zu können, ob die Mehrheitsentscheidung dem Gleichheitssatz entspricht oder ihn verletzt. Gerade die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers kann zu Gestaltungsmissbrauch oder -missbrauch führen. Die Begründung soll aber auch bereits dazu dienen, dass die Abgeordneten wirklich nachdenken müssen.

Ich sehe auch, dass es schwierig sein kann, mit Interessenkollisionen und Interessenkonflikten umzugehen. Aber wenn nicht nur gefeilscht, gepokert oder gekungelt, wenn nicht sachfremd gekoppelt wird, müsste m.E. eine Begründung möglich sein. Sicher ist es einfacher und bequemer, sich über Prinzipien und Regeln hinwegzusetzen und das nicht begründen zu müssen. Sicher ist es auch bequemer, das, was *Musil* „politische Aushandlung“ nennt, v. *Hayek* als „Schachern“ bezeichnet, nicht rechtfertigen zu müssen. Zu einem *Rechtsstaat* gehört indessen Rechtsrationalität. Werden Ausnahmen beschlossen, werden die Denkgesetze der Folgerichtigkeit und der Widerspruchsfreiheit nicht beachtet, so müsste auch das gerechtfertigt werden. Besonders sorgfältig begründet werden müssten Steuervergünstigungen. Die Steuerpflichtigen haben ein Recht darauf zu erfahren, welche Gemeinwohlgründe eine Vergünstigung rechtfertigen. Und nicht zuletzt sollte mitgeteilt werden, warum welche Interessenverbände aus welchem Grunde und in welcher Weise an einem Gesetz mitgewirkt haben.

Auch Kompromisse lassen sich begründen. Was nicht begründbar ist oder was man dem Wähler nicht offenbaren möchte, sollte der Gesetzgeber nicht beschließen. Die Gesetzgebung einer wirklichen rechtsstaatlichen Demokratie muss transparent sein. Die gewählten Vertreter des Volkes sind dem Volk Rechenschaft schuldig, nicht zuletzt über Gesetzesmotive. „Wir haben die Mehrheit“, heißt nur: „Wir haben die Macht“. Mit der Macht hat man aber noch nicht das zu begründende Recht. Gesetze, die nicht begründet werden oder gar unbegründbar sind, sind keine *Rechtsgesetze*, sondern nur *Zwangsgesetze*. Von solchen Zwangsgesetzen kann man nicht erwarten, dass sie verinner-

45 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. I², 2000, S. 336 ff.

46 *Schön*, in: Mellinghoff/Schön/Viskorf, FS Spindler, 2011, S. 189 ff.

47 *Hey*, in: *Tipke/Lang* (FN 8), § 3 Rz. 21 und § 19 Rz. 74.

48 *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit (FN 21), S. 71 ff.

49 Kritisiert worden ist das auch schon von *Musil/Lammers*, BB 2011, 155 (159 f.).

50 So auch *M. Droege*, S. 81 (zu 3.2 a.E.).

51 BVerfGE 49, 66.

licht werden. Eine Begründungspflicht könnte auch der „Normenflut“ entgegenwirken.

IV. Ein Beispiel für reale Steuerpolitik: Die „kalte Progression“

Über die „kalte Progression“ wurde bereits in der schwarz-gelben Koalition von 2009 – 2013 heftig gestritten („geschachert?“). Eine wesentliche Rolle spielte dabei immer der Finanzminister. Spät ließ er sich von der FDP dazu drängen, die Wirkungen der kalten Progression wenigstens abzuschwächen. Damit stieß er aber nicht nur auf den Widerstand der SPD und der Grünen, sondern auch auf Opposition von Ministerpräsidenten der CDU. Überhaupt mischten sich fast alle Ministerpräsidenten als „Sachverständige“ ein. Auch CDU-Ministerpräsidenten verlangten mindestens eine Gegenfinanzierung. SPD-Politiker sahen einen Ausgleich in Erhöhung des Spitzensteuersatzes oder Einführung einer Reichensteuer. Das lehnte die CDU/CSU ab. Mit einem Sondervorschlag wurde der bayerische Ministerpräsident vorstellig. Er wollte statt einer Mäßigung der „kalten Progression“ den Soli reduzieren und eine Pkw-Maut einführen. Er fand damit jedoch keinen Beifall. Die Generallinie blieb: Solange der Staat hoch verschuldet ist, ist die Abschaffung der „kalten Progression“ unverantwortlich, unseriös. Der Abbau wurde von hohen Politikern auch als „Steuervergünstigung“, auch als „Steuergeschenk“ bezeichnet, was nicht gerade für Kompetenz spricht. *Sigmar Gabriel* machte für die SPD geltend, der Wegfall der „kalten Progression“ werde den Staat sehr viel kosten, den Steuerzahlern aber wenig bringen. *Claudia Roth*, die für die Grünen sprach, zeichnete sich einmal mehr nicht bloß durch Unsachlichkeit aus. Sie äußerte: Die Kanzlerin wolle in der Eurokrise einen Luftballon steigen lassen, sie mache sich zur *Lady Gaga* der deutschen Steuerpolitik. Das Ende: SPD und Grüne ließen mit ihrer Bundesratsmehrheit das Anliegen der Regierung stoppen, wohl um der Opposition Willen. Sozialdemokratisch war diese Aktion bei richtigem Verständnis „der kalten Progression“ nämlich nicht.

Als 2013 die schwarz-rote Koalition an die Macht gekommen war, erneuerte unerwartet der Deutsche Gewerkschaftsbund die Debatte, und zwar mit Gerechtigkeitsargumenten. In Anbetracht der Rekord-Steuer-einnahmen hielten die Fiskalisten sich zunächst zurück. Es ging jetzt nicht mehr nur einseitig darum, wie hoch die Steuerausfälle bei Abschaffung oder Mäßigung der kalten Progression sein würden. Nun wurde auch vorgerechnet, was den Steuerzahlern durch die „kalte Progression“ als ungerechtfertigte Belastung zugemutet werde. Die Kanzlerin allerdings behauptete wiederum, es gebe keinen Spielraum für „Steuerentlastungen“. Der Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU *Volker Kauder* hatte einen anderen Einfall: Die „kalte Progression“ komme in den Koalitionsvereinbarungen gar nicht vor. So beschloss die große Koalition, zunächst den Koalitionsvertrag „abzuarbeiten“. Das heißt: Gerechtigkeit kann nicht hergestellt werden, wenn sie im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen ist. Das Abarbeiten der Koalitionsvereinbarung wird höchst wahrscheinlich diese Legislaturperiode in An-

spruch nehmen. Die Presse nahm diese Lösung allerdings nicht gerade freundlich auf. So konnte man lesen von „Arroganz der Macht“ und von „taktischen Spielchen“. Ein Blatt schrieb: Wegen der politischen Auseinandersetzung über die „kalte Progression“ komme einem „das kalte Grausen“. Die kalte Progression wurde auch als „ungerechtfertigte Bereicherung des Staates“ bezeichnet.

Im Sommer 2014 stellten sich die CDU-Mittelstandsvereinigung und der Arbeitnehmerflügel der CDU gegen die Parteiführung. Als die Kanzlerin Anfang August 2014 in Urlaub ging, verkündete sie standfest, es gebe weiterhin keine finanziellen Spielräume für den Abbau der kalten Progression. Die Konsolidierung des Haushalts müsse weiterhin Priorität haben. Der Vorsitzende der Arbeitnehmergruppe der CDU-Bundestagsfraktion verlangte, dass die Gegenfinanzierung stimmen müsse. Die Erhöhung des Spitzensteuersatzes sei jedoch kein geeignetes Mittel der Gegenfinanzierung. Der Metall-Arbeitgeberpräsident stellte jedoch unverblümt fest, der Abbau der kalten Progression sei keine Frage der Finanzen, sondern allein eine Frage des politischen Willens. Es gehe nicht um ein großes Steuerentlastungsprogramm, sondern um *mehr Gerechtigkeit* für die Leistungsträger unserer Gesellschaft.

Der SPD-Vorsitzende *Gabriel* nahm nun einen anderen Standpunkt als zurzeit der Oppositionsrolle der SPD ein, die während der CDU/CSU-FDP-Koalition dafür gesorgt hatte, dass das Anliegen dieser Koalition, nämlich der Abbau der kalten Progression, im Bundesrat abgelehnt wurde. Im August 2014 sah *Gabriel* für die Gegenfinanzierung aber neue Gestaltungsmöglichkeiten, bestehend in Minderausgaben und Mehreinnahmen. Ihm pflichteten drei SPD-Landesfinanzminister bei. Sie betonten nunmehr auch, dass es sich um eine Frage der *Gerechtigkeit* handele, wenn Lohnerhöhungen durch automatisch steigende Steuertarife aufgeessen würden. Zur Gegenfinanzierung meinten die Minister, es könnten Steuervergünstigungen gestrichen werden. *Gabriel* schob noch folgende Begründung nach: „Tariferhöhungen müssen zu allererst in den Taschen der Arbeitnehmer und nicht in der Tasche des Finanzministers landen. Es macht Sinn, mit dem Abbau der kalten Progression noch in dieser Legislaturperiode zu *beginnen* und bei den unteren Einkommen anzufangen.“ Eine Vorsitzende der „Grünen“ erklärte eine Senkung der Einkommensteuertarife für absurd.

Die CDU-Spitze sieht in der Erhaltung der kalten Progression wohl das kleinere Übel im Vergleich zu den Gegenfinanzierungsvorstellungen der SPD. Sie möchte weder eine Erhöhung des Spitzensteuersatzes noch einen Abbau von Steuervergünstigungen zu Lasten ihrer Klientel. Ein Streit über die Vergünstigungen, die abgebaut werden könnten, ist bisher noch nicht entbrannt. Die Diskussion über die Abschaffung der kalten Progression würde wohl auch von der SPD schnell begraben, wenn CDU/CSU die Abschaffung der Steuerfreiheit der Sonntags- und Nachtarbeitszuschläge verlangen würde. Dann würde es wieder zu einer emotionalen Mitleidskundgebung zugunsten von

Nachtschwestern kommen.⁵² Aber das ist eher nicht zu befürchten. Der CDU/CSU-Fraktionsvorsitzende *Kauder* lehnte Ende August 2014 die Forderung, die kalte Progression zu mildern, nochmals als unrealistisch ab. Zentrales Anliegen der Koalition sei ein ausgeglichener Bundeshaushalt. Daher sei die Milderung der kalten Progression im Koalitionsvertrag nicht vereinbart worden. Die finanziellen Spielräume seien nicht größer geworden. Ob für ein Projekt finanzielle Spielräume bestehen, das entscheidet nicht das Parlament, auch nicht der Finanzausschuss oder der Haushaltsausschuss des Parlaments und schon gar nicht der Bund der Steuerzahler, sondern darüber befinden offenbar nur wenige Personen, nämlich der Finanzminister und der CDU/CSU-Fraktionsvorsitzende *Kauder*, mit dem Segen der Kanzlerin. Der Hinweis auf die Haushaltslage ist zum „Totschlag-Argument“ geworden. Steuergerechtigkeit hat politisch kein Gewicht.

V. Paradigmenwechsel in der Steuerrechtswissenschaft?

Nach meinem Eindruck versuchen jüngere Staats- und Steuerrechtslehrer einen Paradigmenwechsel, jedenfalls eine dogmatische Alternative in der Steuerrechtswissenschaft herbeizuschreiben, unterstützt von einigen Staatsrechtslehrern. Man möchte weg von den Idealen einer *Steuergerechtigkeitswissenschaft*, die vom Primat der Steuergerechtigkeit, insbesondere von einem Primat der Steuergleichbelastung ausgeht. Und man möchte hin zu einer *Steuerpolitikwissenschaft* mit dem Primat der Gestaltungsfreiheit der Steuergesetzgebung. Das verlangt nach Anpassung an die reale Steuerpolitik, an die Besteuerungswirklichkeit. Diese Wirklichkeit sollten Wissenschaftler allerdings korrekt darstellen.

Wie groß die Divergenz zwischen systematisch-rationalem Gerechtigkeitsdenken und steuerpolitikwissenschaftlichem Denken sein kann, wird deutlich, wenn man die Positionen von *Vogel* und *Lepsius* miteinander vergleicht. *Vogel* beklagte 1988 in einem Vortrag vor der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft den „Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht“. Er sah darin eine „Herausforderung des BVerfG“. *Vogel* setzte auf die *Rechtsmacht* des BVerfG, und von seinem Schüler *P. Kirchhof* als Verfassungsrichter wurde er auch nicht enttäuscht. Der von *Vogel* gewählte Titel mag provokant sein, so dass man hätte erwarten können, dass Steuerpolitiker auf *Klaus Vogels* Kritik etwas erwidern würden. Das geschah jedoch nicht. Die politische Macht kann sich das

Schweigen leisten; sie muss ihr Schweigen auch nicht begründen.

Lepsius vertritt in der Rezension eines Verfassungsgerichtsurteils in jeder Hinsicht eine Gegenposition.⁵⁴ Im Mittelpunkt steht bei ihm nicht der Rechtsgedanke, sondern der politische Gedanke. Nicht der Steuergesetzgeber wird von ihm kritisiert, sondern das Verfassungsgericht. Kaum ein Politikfeld sei „so sehr auf Gestaltungsfreiheit angewiesen wie das eminent politische Steuerrecht“, meint *Lepsius*. Er sieht auch in der Orientierung an Prinzipien wohl eher einen Nachteil als einen Vorteil, er spricht jedenfalls vom „Dickicht“ und vom „Geflecht von Prinzipien“ (S. 261 li. Sp.). Damit ist er in die Nähe von *Axel Nawrath* gerückt, der in der Amtszeit von Finanzminister *Peer Steinbrück* beamteter Staatssekretär im Bundesministerium der Finanzen war. Er meinte: „So genannte Steuerrechtsprinzipien können für den Gesetzgeber immer nur ‚Referenzpositionen‘ sein.“ Kein demokratischer Gesetzgeber könne gezwungen werden, „die Wirkung von Steuerprinzipien uneingeschränkt gegen sich gelten zu lassen, wenn in ihrem Windschatten dem Staat die fiskalische Basis entzogen wird“.⁵⁵ Wie darf man sich das vorstellen, dass die fiskalische Basis dem Staat im Windschatten von Prinzipien entzogen wird? Es tut mir leid: Das ist ein absurder Gedanke. *Nawrath* soll auch geäußert haben, manche trügen steuersystematische Prinzipien wie „Tätowierungen auf dem Oberarm“.⁵⁶ M.E. ein deplatziertes Vergleich!⁵⁷ Eines Eingehens auf Sinn und Zweck von Prinzipien bedarf es hier nicht erneut.⁵⁸

Musil folgt *Lepsius* nicht in allem, weitgehend aber in der Tendenz, vor allem aber, was die Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers betrifft.⁵⁹ *Musil* gehört zu denen, die – wie *Lepsius*⁶⁰ –, das Justizielle zugunsten des Politischen zurückdrängen wollen (s. S. 145, 146), man könnte wohl auch sagen, das Rechtsstaatliche zugunsten des Demokratischen. Der letzte Satz des Beitrags von *Musil* lautet: „Zu beobachtende Fehlentwicklungen der Gesetzgebung sind dann vorrangig politisch, nicht gerichtlich zu bekämpfen.“ (S. 146). Er sagt uns aber nicht, welche *wirksamen* politischen Mittel die Steuerzahler anwenden könnten, um etwas zu erreichen.

In der Überschrift des letzten Absatzes stellt *Musil* fest: „Steuerrechtswissenschaft (ist) kein Ersatzgesetzgeber“. Im Text finden sich dazu keine Erläuterungen. Überschrift und Text passen nicht zueinander. Soll vielleicht gesagt werden: „Steuerrechtswissenschaftler, die Gesetzentwürfe konzipieren, versuchen dem Gesetzgeber seine Gestaltungsfreiheit zu nehmen“? Das kann wohl nicht gemeint sein. Die Entwurfsver-

52 Über die Mitleids-Emotionen um die Nachtschwester s. *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. II², 2003, S. 849; Bd. III², 2012, S. 1263, 1826.

53 *Vogel*, DStJG Bd. 12 (1989), S. 123 ff.

54 *Lepsius*, JZ 2009, 260 ff.

55 *Nawrath*, DStR 2009, 3.

56 *Nawrath*, FR 2008, 847.

57 Zu *Nawrath* auch *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. III², 2012, S. 1452, 1813.

58 Dazu *Moessner*, Prinzipien im Steuerrecht, in: FS für J. Lang, 2010, S. 83 ff., 99. *Moessner* spricht auch von Prinzipien als „Wege aus dem Chaos“ (S. 86 f.). Über Prinzipien

auch *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. I², 2000, Stichwörter Prinzipien, Prinzipiendurchbrechung, Prinzipienhaftigkeit, Prinzipienhierarchie, Prinzipienlosigkeit; Bd. III², 2012, Stichwörter Prinzipien und Regeln, Prinzipien und Regellosigkeit; *Hey*, in: *Tipke/Lang* (FN 8), § 3 Rz. 11 ff.

59 Auch dazu beruft er sich in FN 29 seines Beitrags u.a. auf *Lepsius*.

60 *Lepsius*, JZ 2009, 260 (262 li. Sp.), rät zu „Vertrauen in die Selbstkontrolle“ des Gesetzgebers. Die Berufung auf das „diffuse“ Gebot der Folgerichtigkeit sieht er eher als „richterrechtlichen Irrtum“ an (JZ 2009, 260, 263 re. Sp.).

fasser wollen den Gesetzgeber doch nicht ersetzen, sondern ihm lediglich mit Anregungen dienen.

Die Lektüre der Beiträge der Apologeten weitgehender Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hat bei mir folgenden Eindruck hinterlassen: Die steuerpolitische Macht des Gesetzgebers soll durch weitgehende Gestaltungsfreiheit gestärkt werden, die Rechtsmacht der Gerichte soll eingeschränkt werden. Man wird wohl auch sagen dürfen, das demokratische Prinzip⁶¹ soll zu Lasten des Rechtsstaatsprinzips gestärkt werden, und zwar durch folgende Annahmen oder Maßnahmen:

- Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, eine gerechtigkeitsorientierte, systematische Ordnung zu schaffen.
- Der Gesetzgeber muss sich insbesondere nicht an Prinzipien und Regeln orientieren, auch nicht am Gerechtigkeitsgebot.
- Der Gesetzgeber ist freigestellt von einem Verständnis des Gleichheitssatzes als Magna Charta des Steuerrechts.
- Der Gesetzgeber ist freigestellt von rechtslogischem, insbesondere von folgerichtigem Denken, von Beachtung der Denkgesetze.
- Obwohl alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 1 GG), soll der Gesetzgeber nicht verpflichtet sein, seine im Namen des Volkes ergehenden Gesetze zu begründen; auch Lenkungsnormen sollen nicht gerechtfertigt werden müssen.
- Der Gesetzgeber soll frei sein, sich mit Interessenverbänden zu verbandeln und intransparent deren Sonderinteressen zu bedienen.
- Der Gesetzgeber darf davon ausgehen, dass das Wohl der Staatskassen Priorität hat vor allen anderen steuerpolitischen Anliegen.

Ich hoffe, dass mein erster Eindruck mindestens partiell falsch ist.

Von dem neuen Paradigma (wenn es denn als solches gemeint ist) bin ich nicht überzeugt worden. Als ich in den 1970er und 1980er Jahren versuchte, ein prinzipienorientiertes Steuerrecht zu konzipieren, war ich noch so naiv anzunehmen, ich könnte damit der Steuerpolitik dienen. Längst weiß ich, dass die Politik die systematische Arbeit als „nicht hilfreich“, eher als störend empfindet. Dass der Gesetzgeber Spielräume zur Verfügung hat, die von einer Wertungswissenschaft nicht wegdiskutiert werden können, ist mir als Pluralisten durchaus bewusst. Aber Wertungsspielräume und ihre Grenzen sind etwas anderes als Gestaltungsfreiheit.

Hey fasst den Standpunkt der Rationalisten kompakt so zusammen: „Das geltende Steuerrecht befindet sich in Unordnung, in einem *Steuerchaos* [...] Folge der *Unordnung* des Steuerrechts ist nicht nur Steuerunrecht, sondern auch erhebliche Steuerunsicherheit [...] Der Bürger empfindet den Steuerstaat nicht als Rechts-

staat, sondern als unersättlichen Leviathan. [...] Eine *gerechte und rechtssichere Ordnung des Steuerrechts* müsste eigentlich in allseitigem Interesse liegen, nicht nur im rechtlichen, sondern auch im ökonomisch-ordnungspolitischen Streben nach Effizienz der Wirtschaftsordnung und der Finanzverwaltung. Für die Agenten und Vertreter des Staates (Steuerpolitiker, Finanzbeamte, Finanzrichter) erhebt sich die Forderung, dass der Rechtsstaat sein Handeln rechtfertigt, wo er dem Bürger alltäglich begegnet und ihm dabei etwas wegnimmt.“⁶²

Die Leser wird es nicht verwundern, dass ich mit Hey konform gehe. Die Beachtung der Regeln und Gebote der Steuerrechtsrationalität ist sehr wohl eine Angelegenheit des Rechts, auch des Verfassungsrechts, nicht nur eine Frage der Politik.

Über das Verfassungsgericht denke ich so wie Vogel, nicht so wie Lepsius. Wir hatten das Glück, nach dem 2. Weltkrieg, sozusagen in der Stunde null, ein Verfassungsgericht zu bekommen, das die Macht der Politik begrenzen, die Gesetze, die die Politik beschließt, auf ihre Verfassungsmäßigkeit kontrollieren darf und soll.

Indessen muss man wohl einräumen: Realistisch gesehen haben Steuerrechtswissenschaftler, die das Steuerrecht primär politisch sehen, sich auch an die Politik anlehnen und die reale Politik und ihre Gesetzesprodukte zu rechtfertigen wissen, zurzeit durchaus bessere Chancen als gerechtigkeits- und prinzipienorientierte Steuerrechtswissenschaftler. Die Mehrheit der Abgeordneten vertritt bekanntlich die Auffassung, dass die *politische* Korruption nicht strafwürdig sei und dass das ebenso für die Missachtung der Steuerzahler durch schwere Fälle offensichtlicher Steuerverschwendung gelte. Für die Politik wäre es sicherlich hilfreich, wenn Rechtswissenschaftler die von der Mehrheit der Abgeordneten verneinte Strafwürdigkeit zusätzlich mit Gründen unterstützen würden, etwa mit der Begründung, dass in der Demokratie die Achtung vor den gewählten und dadurch demokratisch legitimierten Abgeordneten verlange, dass allein die Abgeordnetenmehrheit über die Strafwürdigkeit zu befinden habe, und zwar auch in eigener Sache.

Die Vertreter des Steuerrechtsrationalismus haben allerdings auch keine Veranlassung, aufzugeben, ihren Standpunkt zu ändern. Schließlich haben sie das BVerfG auf ihrer Seite. Der Staatsrechtslehrer Grzeszick spricht von einem von der Judikatur eingeläuteten Paradigmenwechsel – hin zu einer umfassenden Pflicht zu rationaler und konsistenter Gesetzgebung.⁶³ Rationalität werde „als Hauptversprechen moderner Rechtsstaatlichkeit gesehen“.⁶⁴ Nach meinem Eindruck will das Gros der Wähler keineswegs weniger Schutz durch das Verfassungsgericht. Bekanntlich liegen in der Wertschätzung der Bevölkerung die Verfassungsrichter weit vor den Politikern. Das Verfassungsgericht hat wegen der Kritik einiger Staatsrechtslehrer keinen Grund, seine rationale Linie zu

61 Hinweis auch auf Ismer: „Demokratie verlangt Achtung vor dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber [...] (und dessen Gesetz), bevor es mit dem – harten! – Verdikt der Verfassungswidrigkeit belegt wird“ (FR 2014, 784).

62 Hey, in: Tipke/Lang (FN 8), § 3 Rz. 1–3. S. auch schon P. Kirchhof, StuW 2000, 316.

63 VVDStRL Bd. 71 (2012), S. 53.

64 VVDStRL Bd. 71 (2012), S. 52 oben.

verlassen. Der Rationalismus ist und bleibt die rechtsstaatliche Alternative (s. dazu III.2.b).

Auch für Rationalisten bleibt noch viel zu tun. Wir haben gesehen: Es genügt nicht, aus Steuergesetzentwürfen die Ausnahmevorschriften (Steuervergünstigungen und Steuerprivilegien eingeschlossen) herauszustreichen. Es muss genau geklärt werden, inwieweit man schon von Regellosigkeit im Steuerrecht sprechen kann, inwieweit man noch Regeln und Ausnahmen unterscheiden kann und inwieweit die Ausnahmen sich rechtfertigen lassen. Dass einzelne Kollegen solche Arbeiten möglicherweise für politisch nicht hilfreich oder für politisch überflüssig oder sinnlos halten, muss Pluralisten nicht stören.

Im Übrigen könnte ein Arbeitskreis gebildet werden, der alle geplanten oder in Kraft getretenen Steuergesetze darauf untersucht, inwieweit sie den Rechtsmaßstäben des Arbeitskreises entsprechen. Geprüft werden sollte nicht zuletzt, ob die geplanten Gesetze zu einer Vereinfachung oder zu einer Komplizierung des Steuerrechts führen. Für die Veröffentlichung der Ergebnisse müsste eine angesehene Zeitung gefunden werden.

An die Proponenten der legislativen Gestaltungsfreiheit habe ich diese abschließenden Fragen: (1) Was verstehen sie unter „Steuerrechtswissenschaft“, worin sehen sie das Wissenschaftliche ihres Steuerrechtsdenkens? Würden sie ihre wissenschaftlichen Bemühungen statt als „Gerechtigkeitswissenschaft“ als „empirische Steuerpolitikwissenschaft“ bezeichnen? Verdient eine Wissenschaft, die systematisches Denken ablehnt, überhaupt ihren Namen? Führt der von mir angenommene Paradigmenwechsel nicht zu Entwissenschaftlichung und Entrechtlichung? (2) Wie stellen sie sich ein akademisches, aber unsystematisches Steuerrechtslehrbuch vor, das die Gesetzesprodukte der legislativen Gestaltungsfreiheit korrekt verarbeitet?

Unsere Steuergesetze sind nicht schlechter, aber auch nicht besser als die anderer parlamentarischer Demokratien. Im Vergleich mit anderen Demokratien westlicher Prägung kann man den Zustand der deutschen Steuergesetze als *normal* bezeichnen. Dass die Politiker sich bei jedem Gesetzentwurf fragen, wie sich der Entwurf auf die nächste Wahl auswirken könnte, ist auch verständlich. Aber was verständlich ist, muss nicht vernünftig sein. Von dem früheren Präsidenten

des BVerwG *Fritz Werner* stammt das Diktum: „Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht.“⁶⁵ Wie Verwaltungsrechtswissenschaftler heute über dieses zum geflügelten Wort gewordene Diktum denken, mag dahinstehen. Für das Steuerrecht jedenfalls könnte die Verankerung von verbindlichen Besteuerungsgrundsätzen im Grundgesetz rechtlich sehr förderlich sein. Als den Politikern bewusst wurde, dass sie – nicht zuletzt durch teure Wahlversprechen – das Land in eine immer tiefere Verschuldung hineinführen, haben sie sich aufgerafft, sich selbst Zügel anzulegen – durch eine verfassungsrechtliche Schuldenbremse (sie muss allerdings auch noch ihre Bewährung bestehen). Es fehlen Zügel, die von der einseitigen, oft unvernünftigen Wählerorientierung ablenken, z.B. durch Prinzipienbindung mit Verfassungsrang, auch durch Regulierung und Restriktion der Mitwirkung von Interessenverbänden an der Gesetzgebung.⁶⁶ Dieser Vorschlag mag utopisch sein, er darf aber gedacht werden. Utopisch sein dürfte er aus mehreren Gründen: (1) Von den Steuerrechtsanwendern geht auf die Steuerpolitik und das Parlament keinerlei Steuerrechtsreformdruck, schon gar nicht ein Druck auf Verfassungsergänzung aus. (2) Die Staatskassen werden unter Mitwirkung von Arbeitgebern, Banken und Steuerberatern gut gefüllt. (3) Parlamentarische Demokratien des Auslands liefern keinerlei Vorbilder für gelungene Steuerrechtsreformen.

Auch wenn Staatsrechtslehrer sich gegen steuerrechtliche Dogmatik wenden: Steuerrechtslehrer sollten sich über jeden Staats- oder Zivilrechtslehrer freuen, der Interesse auch für das Steuerrecht zeigt; es sind viel zu wenige. *Klaus* und *Hans Röhl* stellen in ihrem Lehrbuch „Allgemeine Rechtslehre“ fest: „Steuerrecht gilt außerhalb der Fachkreise als exotisch.“⁶⁷ Sie gehen offenbar selbst auch davon aus, dass das Steuerrecht für eine Allgemeine Rechtslehre nichts zu bieten habe. Das sehen aber wohl nur Steuerrechtslaien so.

M.E. ist es zu begrüßen, dass *Schön* auch denen ein Podium zur Verfügung stellt, die gegen den Strom der wohl (noch?) herrschenden Meinung in der Steuerrechtswissenschaft schwimmen. Auch die Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft sollte das tun. Dafür, dass jüngere oder junge Kollegen nicht in den Spuren der alten oder uralten Kollegen wandeln wollen, habe ich durchaus Verständnis. Aber nicht immer ist das Neue das Bessere.

65 DVBl. 1959, 517.

66 Es gibt bekanntlich Interessenverbände, die so stark sind, dass es ihnen gegen die Politik immer wieder gelingt,

auch absurde Gesetzesvorschriften am Leben zu erhalten. 67 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre³, 2008, S. 453.

Was von einer Idee übrig blieb – Analyse systematischer Defizite der Investmentbesteuerung vor dem Hintergrund aktueller Reformüberlegungen

Dr. STEFAN TRENCSEK, Frankfurt/O.*

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einleitung II. Investmentbesteuerung nach gegenwärtiger Rechtslage <ul style="list-style-type: none"> 1. Besteuerung auf Ebene des Investmentvermögens 2. Besteuerung auf Anlegerebene <ul style="list-style-type: none"> a) Laufende Besteuerung b) Abschlussbesteuerung c) Verlustsituation III. Durchbrechungen des investmentsteuerlichen Transparenzprinzips sowie sachliche Inkonsistenzen <ul style="list-style-type: none"> 1. Steuersubjekteigenschaft und Steuerbefreiung des offenen Investmentvermögens 2. Ertragsermittlung, Verlustverrechnung sowie anrechenbare Steuern | <ul style="list-style-type: none"> 3. Umfang der auf Anlegerebene steuerpflichtigen Erträge <ul style="list-style-type: none"> 4. Einkunftsart und Steuersatz 5. Zwischenfazit IV. Reformüberlegungen zur Neukonzeption der Investmentbesteuerung <ul style="list-style-type: none"> 1. Reformvorschlag der Bund-Länder Arbeitsgruppe <ul style="list-style-type: none"> a) Besteuerung auf Ebene des Investmentvermögens b) Besteuerung auf Anlegerebene c) Würdigung 2. Alternative Ausgestaltungsansätze V. Zusammenfassung |
|--|---|

I. Einleitung

Trotz der jüngsten Verwerfungen an den weltweiten Finanz- und Kapitalmärkten erfreut sich im weiten Spektrum der Sparmöglichkeiten das Investmentsparen weiterhin großer Beliebtheit.¹ Ursächlich hierfür ist das Vertrauen der Anleger, die dieser Anlageform einen spezifischen Inhalt zuordnen, der untrennbar mit einer bestimmten Sparvorstellung verbunden ist: Gelder zahlreicher Anleger werden zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage eingesammelt und gemäß einer vorgegebenen Anlagestrategie und dem Grundsatz der Risikomischung zur Werterhaltung bzw. -steigerung über ein Investmentvermögen investiert.² Dies sind die Wurzeln, aus denen der Investmentgedanke im 19. Jahrhundert hervorgegangen ist³ und auf denen er noch heute ruht.⁴

In Deutschland hingegen gewann die Investmentidee erst mit dem wirtschaftlichen Aufschwung nach dem Zweiten Weltkrieg an Bedeutung⁵ und erhielt schließ-

lich mit der Einführung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG)⁶ im Jahre 1957 einen rechtlichen und organisatorischen Rahmen.⁷ Daneben verfolgte dieses Gesetz zwei weitere Zwecke.⁸ Zum einen sollte auch Sparern ohne notwendige Fachkenntnisse die Möglichkeit eröffnet werden, an der Entwicklung der Kapitalmärkte zu partizipieren.⁹ Gleichzeitig sollte die Zwischenschaltung eines Investmentvermögens grundsätzlich keine höhere oder niedrigere steuerliche Belastung im Vergleich zur Direktanlage mit sich bringen.¹⁰ Eine Zusatzbelastung wäre zudem mit der Grundidee der Investmentanlage unvereinbar und könnte dem wirtschaftlichen und sozialpolitischen Erfolg des Investmentsparens entgegenstehen.¹¹

Die Investmentbesteuerung in Deutschland gibt daher seit den Anfängen ein spezielles Transparenzprinzip als obersten Grundsatz aus, das in sämtlichen Gesetzesnovellen und Nachfolgegesetzen¹² nicht aufgegeben wurde.¹³ Auf Basis dieses Transparenzgrundsatzes

* Dr. Stefan Trencsik, Lehrstuhl für BWL, insb. Finanzwirtschaft und Steuerlehre, Europa-Universität Viadrina Frankfurt/O., Postfach 1786, 15207 Frankfurt/O., Deutschland, E-Mail: trencsik@europa-uni.de. Der Verfasser dankt Prof. Dr. Christina Elschner, Inhaberin der Professur für BWL, insbesondere Finanzwirtschaft und Steuerlehre an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt/O., für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie für die zahlreichen fruchtbaren Diskussionen.

1 Nach Statistiken des Branchenverbands BVI verzeichnet die deutsche Investmentwirtschaft stetige Wertzuwächse und verwaltet Stand 2012 ein Vermögen von ca. 2 000 Mrd. €. Die Statistiken sind im Internet abrufbar unter: <http://www.bvi.de/statistik/> (letzter Aufruf: 22.9.14).

2 *Altfelder*, FR 2000, 299 (299 f.).

3 Eine Darstellung der historischen Entwicklung des Investmentsystems in Europa und den USA können *Wechsler*, Betriebswirtschaftliche und steuerliche Probleme eines Immobilien-Investmentfonds, 1966, 40 ff. entnommen werden.

4 Speziell in der EU war das Investmentwesen in den letzten Jahren Gegenstand umfassender Harmonisierungs- und Re-

gulierungsmaßnahmen im Rahmen der OGAW IV-Richtlinie (RL 2009/65/EG) und AIFM-Richtlinie (RL 2011/61/EU).

5 *Heiss/Samm*, BB 1971, 19 (19).

6 Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) vom 10.1.1957, BGBl. I 1957, 378.

7 Zuvor waren Investment-Fonds als Kapitalgesellschaften ausgestaltet, die Anteilszertifikate ausgaben und damit den Anlegern die Stellung eines Miteigentümers nach Bruchteilen verbrieften, vgl. *Dürhammer*, DB 1953, 537 (538).

8 BT-Drs. 2/973 (neu), 1 f.

9 *Kerscher*, StuW 1964, 479 (482); *Steinberg*, DB 1957, 196 (196).

10 *Brosch*, BB 1967, 792 (792).

11 *Baur* (Hrsg.), *Investmentgesetze*², 1997, Vor § 37a KAGG Rz. 22.

12 Für einen Abriss der historischen Entwicklung des gesetzlichen Rahmens für das Investmentgeschäft in Deutschland, vgl. *Baur*, in: *Assmann/Schütze*, *Handbuch des Kapitalanlagerechts*³, 2007, § 20 Rz. 7 ff.

13 *Hechtner/Wenzel*, DStR 2013, 2370 (2371).

soll der Anleger im Ergebnis steuerlich so gestellt werden, als wenn er die zugrunde liegenden Einkünfte (z.B. in- und ausländische Dividenden, Zinsen, Erträge aus Termingeschäften, Mieteinkünfte etc.) ohne Zwischenschaltung des Investmentvermögens erwirtschaftet hätte.¹⁴

Allerdings ist die Investition über ein Investmentvermögen weder in rechtlicher noch in ökonomischer Hinsicht vollständig mit einer Direktanlage vergleichbar.¹⁵ Während ein Anleger bei einer Direktinvestition unmittelbar die Einkünfte erzielt und versteuert, ist es bei der Fondsanlage zunächst der Finanzintermediär als eigenständiges Körperschaftsteuersubjekt.¹⁶ Die Anlage in ein Investmentvermögen ist daher mit einem Wechsel von einer direkten Besteuerung, hin zu einer grundsätzlich dem Trennungsprinzip entsprechenden Besteuerung verbunden.¹⁷ Aus diesem Grund muss der Gesetzgeber explizit die Sachverhalte regeln, in denen das Trennungsprinzip zugunsten einer „transparenten“ Besteuerung durchbrochen werden soll.¹⁸ Eine über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehende Ergänzung zur Durchsetzung des Transparenzgrundsatzes ist unzulässig.¹⁹ Im Laufe der Zeit hat daher durch zahlreiche Einzelfallregelungen und Subventionen²⁰ die Investmentbesteuerung an außerordentlicher Komplexität gewonnen.²¹ Allerdings wurde hierbei weder eine völlige Gleichstellung zwischen einem Direkt- und Fondsanleger erreicht noch ist das Regelungsnetzwerk in sich konsistent.²²

Vor diesem Hintergrund hat die Finanzministerkonferenz im Jahr 2011 eine Arbeitsgruppe mit dem Ziel eingesetzt, das Investmentbesteuerungssystem aufkommensneutral zu vereinfachen sowie systembedingte Ungleichbehandlungen von in- und ausländischen Investmentvehikeln zu vermeiden.²³ Die dargelegten Vorschläge sind mit einem vollständigen Paradigmenwechsel des jahrzehntelang gewachsenen Investmentsteuerrechts verbunden²⁴ und wurden bislang nicht umgesetzt. Stattdessen wurde das InvStG im Rahmen des StAnpG²⁵ nur marginal angepasst, um bestimmten Gestaltungen entgegenzuwirken.²⁶ Allerdings steht die Investmentbesteuerung weiterhin in

Verdacht, in essenziellen Teilen europarechtswidrig zu sein.²⁷ Ferner bat der Vermittlungsausschuss die Bundesregierung, grundsätzlich an einer Neukonzeption der Investmentbesteuerung festzuhalten und einen entsprechenden Gesetzesentwurf in der neuen Legislaturperiode vorzulegen.²⁸ Es stellt sich daher die Frage, ob die im gegenwärtigen Besteuerungsregime bestehenden Inkonsistenzen und potentiellen Europarechtswidrigkeiten beseitigt werden können und wie ein reformiertes Investmentbesteuerungssystem ausgestaltet werden könnte.

Um diese Frage zu beantworten, gliedert sich der nachfolgende Beitrag in fünf Abschnitte. In dem dieser Einleitung folgenden zweiten Abschnitt werden die Grundzüge des Investmentsteuerrechts sowie des darin verankerten Transparenzgedankens dargestellt. Hierauf aufbauend zeigt der dritte Abschnitt die wesentlichen systematischen Defizite der Investmentbesteuerung und die daraus resultierenden Problemfelder. Zentraler Bewertungsmaßstab für diese Analyse bildet das investmentsteuerliche Transparenzprinzip sowie dessen Durchbrechungen.²⁹ Im vierten Abschnitt erfolgt eine Darstellung sowie kritische Auseinandersetzung mit den in Literatur und durch den Gesetzgeber vorgebrachten Vorschlägen zur Neukonzeption der Investmentbesteuerung. Der Beitrag endet mit einer kurzen Zusammenfassung.

II. Investmentbesteuerung nach gegenwärtiger Rechtslage

Offene Investmentvermögen bieten einer Vielzahl von Anlegern die Möglichkeit, bei nur geringen Kapitaleinsätzen von einem professionellen Fondsmangement zu profitieren.³⁰ Charakteristisch für ein offenes Investmentvermögen ist ferner die Tatsache, dass sowohl die Anzahl der Anleger als auch die Höhe des Kapitals nicht festgelegt ist.³¹ Durch die Ausgabe weiterer Anteilsscheine fließen dem Investmentvermögen immer mehr liquide Mittel zu, die nach einer festgelegten Anlagestrategie reinvestiert werden.³²

14 Lübbchüsen, in: Berger/Steck/Lübbchüsen, InvG/InvStG¹, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG, Rz. 20; Sorgenfrei, IStR 1994, 465 (467).

15 Patzner, in: Feyerabend, Besteuerung privater Kapitalanlagen¹, 2009, B Rz. 1; Schulz/Petersen/Keller, DStR 2004, 1853 (1854) m.w.N.

16 Vgl. Abschnitt II.1.

17 Petersen, DStR 2006, 1674 (1674).

18 BFH v. 11.10.2000 - IR 99/96, BStBl. II 2001, 22.

19 BFH v. 4.3.1980 - VIII R 48/76, BStBl. II 1980, 453.

20 BFH v. 7.4.1992 - VIII R 79/88, BStBl. II 1992, 786.

21 Vgl. Terhümel/Otto, DStR 2013, 2037 (2037) mit Verweis auf das BMF-Schreiben zum Investmentsteuergesetz (BMF v. 18.8.2009 - IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931), das 303 Randziffern sowie sieben Anhänge enthält.

22 Engl, Erträge aus Investmentvermögen, 2009, 222 ff.; Otto, Die Besteuerung von Erträgen aus Investmentfondsanteilen bei privaten Kapitalanlegern, 2013, 177 ff. Vgl. auch die Ausführungen zu den systematischen Defiziten der Investmentbesteuerung in Abschnitt III.

23 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“, Entwurf, Stand 24.2.2012, Hessisches FinMin, 2.3.2012, S1980 A-025-1124. Der Bericht ist abrufbar, in DB 2012, 20 f.

24 Terhümel/Otto, DStR 2013, 2037 (2039).

25 Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz - AIFM-StAnpG), 18.12.2013, BGBl. I 2013, 4318 (Nr. 76).

26 Einen Überblick über die neuen Regelungen geben: Patzner/Wiese, IStR 2013, 73.

27 Vgl. hierzu II.2.a.

28 Reislhuber, in: Pelka/Niemann, Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2013/2014¹⁴, 2013, G Investmentsteuer, Rz. 450.

29 Zwar hat der Gesetzgeber durch diverse Subventionen zum Ausdruck gebracht, dass eine vollständige Durchsetzung des Transparenzprinzips nicht angestrebt wird. Allerdings stellt dieses Prinzip seit den Anfängen die oberste Leitidee der Investmentbesteuerung dar, die tief mit dem Investmentgedanken verwurzelt ist. Aus diesem Grund sollte eine Durchbrechung dieses fundamentalen Grundsatzes nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein. Vgl. Schulz/Petersen/Keller, DStR 2004, 1853 (1854).

30 Bau, in: Assmann/Schütze, Kapitalanlage recht (FN 12), § 20 Rz. 6.

31 Amort/Blum, DStR 2009, 1772 (1773).

32 Köndgen, in: Berger/Steck/Lübbchüsen (FN 14), Einl. InvG Rz. 5.

Die Anleger sind damit nicht direkt, sondern nur mittelbar über ein Investmentvermögen an den Investitionsobjekten beteiligt. Aus steuerlicher Perspektive ist daher vereinfacht³³ zwischen der Besteuerung auf Ebene des Investmentvermögens und der Anleger zu unterscheiden.³⁴ Die Besteuerungsfolgen auf diesen beiden Ebenen werden nachfolgend erläutert, wobei sich die Darstellung nur auf die für die Untersuchung relevanten Rechtsfolgen beschränkt.³⁵

1. Besteuerung auf Ebene des Investmentvermögens

Gemäß dem Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB³⁶) dürfen offene inländische (Publikums-³⁷) Investmentvermögen nur als (1) Sondervermögen, (2) Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (Inv-AG)³⁸ oder (3) als Investment-Kommanditgesellschaft (Inv-KG)³⁹ aufgelegt werden (§ 91 Abs. 1 und Abs. 3 KAGB). Sondervermögen sind inländische offene Investmentvermögen in Vertragsform, die von einer Verwaltungsgesellschaft (§ 17 KAGB) für Rechnung der Anleger nach Maßgabe des KAGB und den Anlagebedingungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis der Verwaltungsgesellschaft zu den Anlegern bestimmt, verwaltet werden (§ 1 Abs. 10 KAGB). Ein Anleger beteiligt sich nicht an einer Gesellschaft, sondern an einem aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages zwischen einer Verwaltungsgesellschaft und dem Anleger gebildeten Vermögen.⁴⁰ Das Sondervermögen ist daher eine nichtrechtsfähige Vermögensmasse, die aus den eingelegten Geldern sowie den angeschafften Vermögensgegenständen besteht.⁴¹

Ohne eine Spezialregelung wäre ein Sondervermögen auf Basis dieser Konstruktion nicht als ein Körperschaftsteuersubjekt zu qualifizieren.⁴² Dies hätte eine transparente Besteuerung nach den allgemeinen ertragsteuerlichen Regelungen zur Folge. In diesem Fall ist es jedoch umstritten, ob eine einheitliche und gesonderte Feststellung bei den Anlegern zu erfolgen hat⁴³ oder die Erträge steuerlich der Kapitalverwaltungsgesellschaft zuzurechnen sind.⁴⁴ Ein Verfahren zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Anlegereinkünfte wäre jedoch angesichts einer permanent wechselnden Anlegerstruktur praktisch nicht administrierbar.⁴⁵ Um diesem Problem aus dem Weg zu gehen, gilt das inländische Sondervermögen daher als Zweckvermögen i.S.d. Körperschaftsteuerrechts (§ 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG). Es ist damit ein eigenständiges Steuersubjekt und mit den aus dem Vermögen der Anleger erzielten Einkünften grundsätzlich körperschaft- und gewerbesteuerpflichtig.⁴⁶

Um nunmehr eine unerwünschte steuerliche Doppelbelastung auf Ebene des Sondervermögens und auf Ebene der Anteilhaber bzw. Aktionäre zu vermeiden, wird das Sondervermögen bedingungslos⁴⁷ und persönlich⁴⁸ von sämtlichen Ertragsteuern⁴⁹ befreit (§ 11 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 InvStG).⁵⁰ Infolge dieser Steuerbefreiung bedarf es keiner gesonderten Einkünfteermittlung auf Ebene des Sondervermögens.⁵¹ Stattdessen sind die Besteuerungsgrundlagen investorenpezifisch von der Kapitalverwaltungsgesellschaft

33 Grundsätzlich ist für ein vollständiges Entscheidungsverfahren auch die Besteuerung auf Ebene der Anlageobjekte miteinzubeziehen. Diese wirken sich mittelbar auf die Investitionsentscheidung aus, wenn eine gezahlte Steuer auf Ebene des Investmentvermögens definitiv wird. Im Folgenden wird diese Ebene allerdings nicht berücksichtigt und der Fokus auf die beiden anderen Besteuerungsebenen gelegt.

34 *Altfelder*, FR 2000, 299 (300).

35 Für eine detailliertere Darstellung dieses komplexen Rechtskreises sei z.B. auf *Patzner*, in: Feyerabend (FN 15), Kapitel B verwiesen.

36 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) vom 4.7.2013, BGBl. I 2013, 1981. Das KAGB wurde zur Umsetzung der AIFM-Richtlinie geschaffen, das an die Stelle des Investmentgesetzes (InvG) trat. Es stellt ein einheitliches Regelwerk zur Regulierung kollektiver Kapitalanlagen in Deutschland dar. Vgl. *Haisch/Helios*, BB 2013, 1687 (1687) m.w.N.

37 Auf die Besonderheiten bei Spezialfonds wird nicht weiter eingegangen.

38 Inv-AG sind Investmentfonds des sog. Gesellschaftstyps, die ebenfalls im Rahmen des InvStG der Besteuerung unterliegen. Vgl. *Haase/Brändel*, BB 2011, 927 (927). Die marginalen Unterschiede in der Besteuerung zwischen diesen beiden Fondsarten sind für den vorliegenden Beitrag nicht relevant, so dass auf die Inv-AG nicht weiter eingegangen wird.

39 Die Inv-KG steht nur professionellen und semiprofessionellen Anlegern zur Verfügung. Der folgende Beitrag lässt diese neue Rechtsform außer Betracht, da die Besteuerung – sofern die Inv-KG nicht als Investmentfonds qualifiziert – nach den allgemeinen Regeln der Personengesell-

schaftsbesteuerung erfolgt (§ 18 InvStG). Vgl. *Freitag*, NZG 2013, 329; *Patzner/Wiese*, IStR 2013, 73 (75).

40 *Obermann/Brill/Heeren*, DSTZ 2009, 152 (154).

41 *Sorgenfrei*, IStR 1994, 465 (465).

42 *Wechsler*, Immobilien-Investmentfonds (FN 3), 172 ff.

43 So die h.M. *Hechtner/Wenzel*, DStR 2013, 2370 (2373); *Schick/Bickert*, BB 2006 1999 (2000); *Wassermeyer*, IStR 2001, 193 (194).

44 *Schulz/Petersen/Keller*, DStR 2004, 1853 (1854).

45 *Steinberg*, DB 1957, 196 (196); *Sorgenfrei*, IStR 1994, 465 (466). Demgegenüber wird eine vollständig transparente Besteuerung beispielsweise bei bestimmten schweizerischen Investmentvermögen vollzogen. Vgl. IBFD, Switzerland, Individual Taxation, Rz. 1.6.

46 BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 – S 1980 – 1/08/10019, BStBl. I 2009 931, Rz. 212; *Kroschewski/Reiche*, IStR 2006, 730 (731).

47 *Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbelshausen* (FN 14), § 11 InvStG Rz. 7; *Reichel/Frotscher*, in: *Haase*, InvStG¹, 2012, § 11 InvStG Rz. 20.

48 *Petzschke*, in: *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment-Handbuch, Erg.-Lfg. 11/13, § 11 InvStG Rz. 4.

49 Die Steuerbefreiung erstreckt sich nicht auf die indirekten Steuern, wie beispielsweise GrESt oder USt, vgl. *Patzner/Kempf* (Hrsg), InvStG¹, 2012, § 11 InvStG Rz. 1.

50 Auf Antrag wird offenen Investmentvermögen zudem die auf inländische Dividenden einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer unter Einschaltung der Depotbank erstattet (§ 11 Abs. 2 Satz 1 InvStG). Ferner wird für bestimmte Kapitalerträge des Investmentvermögens, insbesondere Zinserträge, vom Zinsabschlag Abstand genommen (§ 44a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG).

51 *Schulz/Petersen/Keller*, DStR 2004, 1853 (1854 f.).

zu ermitteln und den Anlegern bekannt zu geben (§ 5 Abs. 1 InvStG, § 13 Abs. 2 InvStG).⁵²

Die Steuerbefreiung ist allerdings nur auf inländische Investmentvermögen beschränkt, weswegen die Norm vor dem Hintergrund der jüngeren EuGH-Rechtsprechung⁵³ potentiell europarechtswidrig ist.⁵⁴ Sollten sich die deutschen Regelungen als unvereinbar mit dem Europarecht erweisen,⁵⁵ droht eine völlige Neuordnung der Investmentbesteuerung.⁵⁶

2. Besteuerung auf Anlegerebene

a) Laufende Besteuerung

Ausgangspunkt bei der Ermittlung der Besteuerungsgrundlage ist die Berechnung der Höhe der steuerbaren Erträge des Investmentvermögens (§ 3 Abs. 1 InvStG). Diese „Erträge“ werden grundsätzlich im Rahmen einer Einnahmenüberschussrechnung ermittelt (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG).⁵⁷ Hierbei ist prinzipiell das Zu- und Abflussprinzip anzuwenden (§ 3 Abs. 2 Satz 1 InvStG), wobei Werbungskosten des Investmentfonds, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stehen, bei den jeweiligen Einnahmen abzuziehen sind (§ 3 Abs. 3 Satz 1 InvStG).

Allerdings wird in der investmentsteuerlichen Ertragsermittlung nicht nur auf das Zu- und Abflussprinzip zurückgegriffen, sondern auch auf Elemente der Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich.⁵⁸ Dies betrifft beispielsweise bestimmte Einnahmen⁵⁹ und Werbungskosten, die periodengerecht abzugrenzen sind (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 – 3 InvStG). Ferner können auch die Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung angesetzt werden, soweit diese die nach § 7 EStG zulässigen Beträge nicht übersteigen (§ 3 Abs. 3 Satz 2 InvStG). Auch Zinserträgen i.S.d. § 4h Abs. 3 Satz 3 EStG werden für Zwecke der Zins-schranke an die Anleger weitergereicht (§ 2 Abs. 2a InvStG).

Der Abzug der Werbungskosten, die nicht in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stehen, wurde im StAnpG neu geregelt.⁶⁰ Diese werden zunächst den nach einem DBA freizustellenden ausländischen Einkünften zugeschlüsselt (§ 3 Abs. 3 Nr. 1 InvStG). Danach verbleibende Allgemeinkosten sind den Einnahmen zuzuordnen, die auf Ebene des Anteilinhabers grundsätzlich dem Teileinkünfteverfahren bzw. körperschaftsteuerlichen Schachtelprivileg unterliegen (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 InvStG). Abschließend sind die restlichen Allgemeinkosten von den verbleibenden laufenden Einnahmen und Gewinnen und Verlusten aus Veräußerungsgeschäften abzugsfähig (§ 3 Abs. 3 Nr. 3 InvStG).

Die um direkte und mittelbare Werbungskosten reduzierten Einnahmen werden anschließend den Anlegern zugerechnet und auf dieser Ebene besteuert.⁶¹ Hierbei sind nach dem InvStG sämtliche ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge aus dem Investmentanteil sowie der Zwischengewinn⁶² auf Anlegerebene steuerpflichtig⁶³ (§ 2 Abs. 1 Halbs. 1 InvStG).⁶⁴ *Ausgeschüttete Erträge* sind die vom Sondervermögen zur Ausschüttung verwendeten Erträge aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 und Abs. 2 EStG), der Vermietung und Verpachtung von in- und ausländischen Immobilien und grundstücksgleichen Rechten (§ 21 EStG), Veräußerungsgewinnen i.S.v. § 23 EStG sowie die sonstigen Erträge als Auffangtatbestand⁶⁵ (§ 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG).

Bei den *ausschüttungsgleichen Erträgen* handelt es sich um diejenigen Erträge, die vom Investmentvermögen thesauriert werden und somit nicht zur Ausschüttung gelangen.⁶⁶ Unter diese Definition fallen neben den Erträgen aus der Vermietung und Verpachtung, sonstigen Erträgen und Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften im Zusammenhang mit Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG (§ 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 InvStG) auch bestimmte Kapitalerträge (§ 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG). Ausschüttungsgleiche Erträge gelten grundsätzlich⁶⁷ mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in dem

52 Erfolgt eine nur unvollständige Bekanntmachung der investmentsteuerlichen Besteuerungsgrundlagen, werden bestimmte steuerliche Privilegien (vgl. hierzu II.2.) nicht gewährt (§ 5 Abs. 1 Satz 1 InvStG). Bei einer nicht fristgerechten oder fehlenden Bekanntmachung werden die Erträge aus dem Investmentanteil pauschal besteuert (§ 6 InvStG). Vgl. hierzu *Egner/Wöllert*, DStR 2013, 381.

53 EuGH v. 20.5.2008 – Rs. C-194/06 – Orange European Smallcup Fund NV, Slg. 2008, I-3786; v. 3.6.2010 – Rs. C-487/08 – Fokus-Bank, Slg. 2010, I-04843; v. 18.6.2009 – Rs. C-303/07 – Aberdeen Property Fininvest Alpha, Slg. 2009, I-5145; v. 20.10.2011 – Rs. C-284/09 – Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2011, I-09879; v. 10.5.2012 – verb. Rs. C-338/11 bis C-347/11 – FIM Santander u.a., IStR 2012, 432; v. 10.4.2014 – Rs. C-190/12 – Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, IStR 2014, 334.

54 *Linn*, IStR 2012, 455 (457); *Schönbach/Gnutzmann*, BB 2010, 30 (32 ff.).

55 Der deutsche Gesetzgeber spricht von einem „hohen Prozess- und Haushaltsrisiko“, Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 16.

56 Vgl. Abschnitt IV.

57 Der investmentsteuerliche Begriff des Ertrages ist dem

nach abweichend von dem des Ertragsteuerrechts als Nettogröße zu verstehen, vgl. *Zeller*, DStR 2005, 899 (901).

58 *Petersen*, DStR 2006, 1674 (1674).

59 Hierzu zählen Dividenden, Zinsen und Mieterträge.

60 *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2012, 2060 (2066 f.); *Patzner/Wiese*, IStR 2013, 73 (76).

61 *Grabbe/Lübbehüsen*, DStR 2004, 981 (982).

62 Vgl. Abschnitt II.2.b.

63 Eine darüber hinausgehende Steuerpflicht nach dem EStG ist ausgeschlossen, weil das InvStG als *lex specialis* die allgemeinen Vorschriften des Ertragsteuerrechts verdrängt. Vgl. BFH v. 11.10.00 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22; v. 24.11.09 – VIII R 30/06, BStBl. II 2010, 647.

64 Ebenfalls steuerpflichtig ist der im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter untersuchte Ertragsausgleich (§ 9 InvStG). Vgl. hierzu *Heller*, DStZ 2003, 261.

65 *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 14), § 1 InvStG Rz. 308; *Elser/Jetter*, in: *Beckmann/Scholtz/Vollmer* (FN 48), § 1 InvStG Rz. 165.

66 *Bauderer/Coenenberg*, in: *Haase* (FN 47), § 1 InvStG Rz. 350.

67 Ausnahmen bestehen für Leistungen i.S.v. § 22 Nr. 1 Satz 3 lit. a) lit. aa) EStG i.V.m. § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) EStG oder § 22 Nr. 5 EStG.

sie vereinnahmt worden sind, als zugeflossen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 InvStG).⁶⁸ Im Ergebnis wird durch diese Einschränkung des Zuflussprinzips die Besteuerung, trotz Steuersubjektfähigkeit des Sondervermögens, auf die Anlegerebene verlagert und der investmentsteuerliche Transparenzgedanke umgesetzt.⁶⁹ Schließlich wären die Einkünfte bei einer Direktinvestition ebenfalls beim Anleger steuerpflichtig.⁷⁰ Allerdings widerspricht dieses Vorgehen zunächst dem Leistungsfähigkeits-⁷¹ und Realisationsprinzip, denn der Gesetzgeber unterstellt, dass der Anleger diese Erträge durch eine Veräußerung jederzeit in seine Sphäre überführen könnte. Betriebliche Anleger können jedoch einen Ausgleichsposten in der Bilanz bilden, um eine Doppelbesteuerung bei Rückgabe der Anteile zu vermeiden.⁷² Privatanleger haben bei Veräußerung die bereits versteuerten ausschüttungsgleichen Erträge nicht erneut zu versteuern.⁷³

Alle steuerpflichtigen ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge werden auf Anlegerseite den Betriebseinnahmen oder den Kapitaleinkünften i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zugeordnet (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 InvStG).⁷⁴ Der Steuersatz beträgt bei einem Privatanleger 25 % zzgl. Solidaritätszuschlag und wird sowohl bei Ausschüttung als auch bei Thesaurierung im Wege des Steuerabzugs erhoben (§ 7 Abs. 1 und Abs. 4 InvStG). Bei betrieblichen Anlegern sind das Teileinkünfteverfahren sowie das körperschaftsteuerliche Schachtelprivileg grundsätzlich⁷⁵ nicht anzuwenden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 InvStG).

Zur Umsetzung des investmentsteuerlichen Transparenzprinzips wird jedoch nicht nur der Zeitpunkt der Steuerpflicht modifiziert, sondern auch die Höhe der steuerpflichtigen Einkünfte. Investiert beispielsweise ein Investmentvermögen im Ausland, kommt es regelmäßig zu einer Besteuerung der Einkünfte im Quellen- bzw. Ansässigkeitsstaat. Weil allerdings die DBA keine unmittelbare Wirkung auf Ebene der Anteilseigner entfalten,⁷⁶ bestimmt das InvStG, dass für diese Einkünfte die abkommensrechtlichen Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung sinngemäß⁷⁷ auf Anlegerebene anzuwenden sind (§ 4 Abs. 1 und 2 InvStG).⁷⁸

Daneben bestehen noch weitere sachliche Steuerbefreiungen, die Ausfluss des Transparenzgedankens sind. So sind zum einen ausgeschüttete Erträge steuerbefreit, soweit sie auf Veräußerungsgewinne außerhalb der zehnjährigen Spekulationsfrist entfallen und keine Betriebseinnahmen des Steuerpflichtigen darstellen (§ 2 Abs. 3 InvStG).⁷⁹ Betriebliche Anleger hingegen können somit von dieser Steuerbefreiung nicht profitieren.⁸⁰ Zum anderen kommt im Falle von natürlichen Personen, die ihre Anteile im Betriebsvermögen halten, das Teileinkünfteverfahren zur Anwendung, soweit in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen u.a.⁸¹ in- und ausländische Dividenden und Veräußerungsgewinne aus Körperschaftbeteiligungen enthalten sind (§ 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 InvStG). Bei juristischen Personen ist das körperschaftsteuerliche Schachtelprivileg demgegenüber im Wesentlichen⁸² nur dann anwendbar, soweit die ausgeschütteten Erträge⁸³ Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften enthalten (§ 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG). Sind in den ausgeschütteten Erträgen demgegenüber Dividenden enthalten, ist hierauf das körperschaftsteuerliche Schachtelprivileg nicht anwendbar.⁸⁴

b) Abschlussbesteuerung

Gewinne aus der Rückgabe oder Veräußerung von Investmentanteilen gehören grundsätzlich⁸⁵ zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, sofern sie nicht Betriebseinnahmen des Anlegers sind (§ 8 Abs. 5 InvStG). Die Höhe des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns wird nach investmentsteuerlichen Grundsätzen ermittelt und derogiert somit die allgemeinen ertragsteuerlichen Regelungen.⁸⁶ Er berechnet sich nach folgendem Schema.⁸⁷

Ausgehend vom Veräußerungserlös sind zunächst die unmittelbaren Veräußerungskosten (z.B. Bankprovisionen) sowie die Anschaffungsnebenkosten (z.B. Ausgabeaufschläge) abzuziehen. Anschließend werden die Zinserträge und Zinssurrogate, die den Anlegern weder tatsächlich noch fiktiv zugeflossen sind (sog. *Zwischengewinn*), bei unterjähriger Rückgabe

68 *Isensee*, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer (FN 48), § 2 InvStG Rz. 35 f.

69 *Petersen*, DStR 2006, 1674 (1675).

70 *Elser/Jetter*, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer (FN 48), § 1 InvStG Rz. 174.

71 Vgl. hierzu *Kirchhof*, in: FS Joachim Lang, 2011, 451 ff.

72 *Rockell/Patzner*, DStR 2007, 1546 (1549 f.).

73 Vgl. Abschnitt II.2.b.

74 Stammen die Erträge aus Verträgen zur Basisversorgung, erfolgt eine Zuordnung zu den sonstigen Einkünften gem. § 22 Nr. 1 Satz 3 lit. a) lit. aa) EStG. Erträge aus zertifizierten inländischen und ausländischen Altersvorsorgeverträgen werden als sonstige Einkünfte gem. § 22 Nr. 5 EStG klassifiziert.

75 Ausnahmen bestehen für bestimmte Einkünfte, die auf Anlegerebene bei einer Direktanlage zur Anwendung dieser Steuerbefreiungen berechtigen würden (§ 2 Abs. 2 InvStG).

76 *Birker*, DB 2011, 2226 (2227); *Ebner/Helios*, BB 2010, 1631 (1631) jeweils m.w.N.

77 Infolge der Steuerbefreiung des Sondervermögens scheidet eine Anrechnung am Anrechnungshöchstbetrag.

78 *Haase*, in: Haase (FN 47), § 4 InvStG Rz. 4.

79 *Isensee*, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer (FN 48), § 2 InvStG Rz. 77; *Reiche/Frotscher*, in: Haase (FN 47), § 2 InvStG Rz. 177.

80 BMF v. 18.8.2009 - I V C - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931 Rz. 38.

81 Allgemein ist das Teileinkünfteverfahren bei Erträgen i.S.v. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 1a und Nr. 6 sowie Satz 2 EStG und § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 sowie Satz 2 EStG anwendbar.

82 Das körperschaftsteuerliche Schachtelprivileg ist auch auf weitere Erträge i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 und Satz 2 EStG anwendbar.

83 Veräußerungsgewinne aus Anteilen an Körperschaften gehören nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen.

84 *Hillebrand/Klamt/Migirov*, DStR 2013, 1646 (1647).

85 Ausnahmen bestehen für Einkünfte gem. § 22 Nr. 1 oder Nr. 5 EStG.

86 *Kayser/Bujotzek*, FR 2006, 49 (54); *Petersen*, DStR 2006, 1674 (1677).

87 BMF v. 18.8.2009 - I V C - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931, Anhang 6.

bzw. Veräußerung des Investmentanteils zum Veräußerungsgewinn hinzugerechnet (§ 1 Abs. 4 InvStG und § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 InvStG). Spiegelbildlich kann der Anleger die beim Erwerb im Kaufpreis enthaltenen Zwischengewinne grundsätzlich⁸⁸ als negative Einnahme berücksichtigen (§ 2 Abs. 5 InvStG).

Ebenfalls aus dem Veräußerungserlös ist der sog. besitzanteilige Anleger-Aktiengewinn zu kürzen (§ 8 Abs. 5 Satz 6 InvStG). Hierdurch soll die Steuerfreiheit bestimmter Erträge und Gewinne, die im Rücknahmepreis der Fondsanteile enthalten aber steuerlich noch nicht zugewiesen wurden, auch im Veräußerungsfall erhalten bleiben.⁸⁹ Der Aktiengewinn setzt sich daher aus sämtlichen Einkünften zusammen, die aufgrund eines DBA freizustellen sind oder auf die das Teileinkünfteverfahren Anwendung findet (§ 8 Abs. 1 Satz 1 InvStG). Der Aktiengewinn wird ins Verhältnis zum Wert des Investmentanteils gesetzt und als Prozentsatz mit dem Rücknahmepreis veröffentlicht (sog. *Fonds-Aktiengewinn*) (§ 5 Abs. 2 Satz 1 InvStG). Vom Aktiengewinn auf Ebene des Sondervermögens ist der zur Berechnung des Veräußerungsgewinns maßgebliche *Anleger-Aktiengewinn* zu trennen. Er ermittelt sich durch die Gegenüberstellung des Fonds-Aktiengewinns zum Zeitpunkt der Veräußerung und des Erwerbs und stellt damit eine besitzzeitanteilige Berücksichtigung der positiven und negativen Wertveränderungen im Investmentvermögen sicher.⁹⁰ Unterbleibt eine bewertungstägliche Aufschlüsselung über die Zusammensetzung des Veräußerungsgewinns, ist dieser voll auf Anlegerebene steuerpflichtig (§ 5 Abs. 2 Satz 4 InvStG).

Schließlich ist der Veräußerungserlös noch um die Summe der ausschüttungsgleichen Erträge zu kürzen, denn diese wurden bereits aufgrund der Zuflussfiktion beim Anleger besteuert (§ 8 Abs. 5 Satz 3 InvStG). Abschließend wird der Veräußerungsgewinn noch um steuerneutrale Substanz Ausschüttungen bereinigt, bevor die Anlegerbesteuerung vollzogen werden kann.

c) *Verlustsituation*

In der Investmentbesteuerung ist keine Zurechnung von Verlusten auf Anlegerebene vorgesehen. Stattdessen sind negative Erträge des Investmentvermögens bis zur Höhe der positiven Erträge gleicher Art mit diesen zu verrechnen (§ 3 Abs. 4 Satz 1 InvStG). Nicht ausgeglichene negative Erträge sind in den folgenden Geschäftsjahren auszugleichen (§ 3 Abs. 4 Satz 2 InvStG). Ein Anteilsscheininhaber kann den

Verlust somit lediglich durch eine Anteilsveräußerung, bzw. Rückgabe realisieren.

III. Durchbrechungen des investmentsteuerlichen Transparenzprinzips sowie sachliche Inkonsistenzen

1. *Steuersubjekteigenschaft und Steuerbefreiung des offenen Investmentvermögens*

Aus bilanzieller Perspektive stellen Anteilsscheine an einem Investmentvermögen ein selbständig zu bilanzierendes Wirtschaftsgut in der Handels- und Steuerbilanz dar.⁹¹ Eine anteilige Zurechnung der Wirtschaftsgüter des Sondervermögens und Einkünfte, wie bei einer Direktbeteiligung, unterbleibt.⁹² Aus diesem Grund erfolgt unabhängig von der Gewinnverwendung keine zeitkongruente Versteuerung der Erträge auf Fonds- und Anlegerebene.⁹³ Ausschüttungen eines Investmentvermögens sind daher im Regelfall ein Jahr später als bei Direktanlage bei den Anlegern steuerlich zu erfassen.⁹⁴ Bei Thesaurierung gelten die ausschüttungsgleichen Erträge erst mit Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie vom Sondervermögen vereinnahmt wurden, als zugeflossen.⁹⁵ Der Besteuerungszeitpunkt von Fonds- und Direktanlage ist in diesem Fall nur dann identisch, wenn das Geschäftsjahr des Sondervermögens mit dem Kalenderjahr übereinstimmt.⁹⁶

Abweichungen in der Besteuerung bei Direktanlage ergeben sich auch bei Immobilienfonds. So werden einem Anleger durch die Zwischenschaltung des Investmentvermögens keine Zählobjekte im Sinne eines gewerblichen Grundstückshandels⁹⁷ vermittelt.⁹⁸ Dies gilt unabhängig⁹⁹ vom Ausmaß der Veräußerungstätigkeit.¹⁰⁰ Ferner sind die Anteilsscheine an einem Immobilienfonds für Zwecke der ErbSt mit dem am Bewertungsstichtag maßgeblichen Rücknahmepreis anzusetzen (§ 11 Abs. 4 BewG). Bei einer Direktbeteiligung wäre das Grundvermögen mit dem Einheitswert (bei inländischen Grundvermögen, § 129 BewG) bzw. mit dem gemeinen Wert (bei ausländischem Grundvermögen, § 31 BewG) zu bewerten.¹⁰¹

2. *Ertragsermittlung, Verlustverrechnung sowie anrechenbare Steuern*

Weitere Unterschiede zwischen der Direkt- und Fondsanlage ergeben sich hinsichtlich der Ertragsermittlung. Während der private Direktanleger keinerlei Kosten im Zusammenhang mit Einkünften aus Ka-

88 Voraussetzung ist, dass das Investmentvermögen einen Ertragsausgleich rechnet. Diese Einschränkung ist unter systematischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten als problematisch zu beurteilen. Vgl. zur Kritik hieran *Schönbach/Welzel*, IStR 2009, 675 (678 f.); *Sradj/Schmitt/Krause*, DStR 2009, 2283 (2286 f.).

89 *Patzner/Kempf* (Hrsg.), InvStG (FN 49), § 8 Rz. 3.

90 *Schick/Bickert*, BB 2006, 1999 (2000 f.).

91 *Hammer/Thees*, DStZ 2006, 338 (338).

92 *Schulz/Petersen*, DStR 2008, 335 (335); *Sorgentfrei*, IStR 1994, 465 (468) m.w.N.

93 *Meinhardt*, DStR 2003, 1234 (1234).

94 Zu den Besonderheiten des Realisierungszeitpunkts von Investmentfondserträgen bei bilanzierenden Anlegern

vgl. *Hammer/Thees*, DStZ 2006, 338.

95 Vgl. Abschnitt II.

96 *Baur* (Hrsg.), Investmentgesetze (FN 11), Vor § 37a KAGG Rz. 33; *Sorgentfrei*, IStR 1994, 465 (467).

97 H. 9.2 Abs. 2 GewStR, „Gewerblicher Grundstückshandel“ m.w.N.

98 *Schmidt*, in: *Feyerabend* (FN 15), C Rz. 51.

99 Allerdings bedarf eine Veräußerung stets der Zustimmung der Verwahrstelle (§ 84 Abs. 1 Nr. 3 KAGB) sowie in bestimmten Konstellationen der BaFin (§ 239 Abs. 2 KAGB).

100 *Kayser/Bujotzek*, FR 2006, 49 (55).

101 *Baur* (Hrsg.), Investmentgesetze (FN 11), § 44 KAGG Rz. 12.

pitalvermögen berücksichtigen darf,¹⁰² sind diese Kosten infolge der saldierenden Betrachtung des InvStG¹⁰³ voll abzugsfähig.¹⁰⁴ Demgegenüber kann ein Direktanleger von Sonderabschreibungen profitieren, während bei der Fondsanlage Abschreibungen auf die in § 7 EStG genannten Abschreibungssätze beschränkt sind.¹⁰⁵

Auch bei der Verlustverrechnung weicht die Investmentbesteuerung von den allgemeinen Grundsätzen der Direktanlage ab. Es findet zum einen weder ein horizontaler Verlustausgleich statt,¹⁰⁶ noch können die Verluste direkt auf Anlegerebene verrechnet werden. Dies hat zweierlei Konsequenzen. Erstens kommt eine Realisierung der Verluste nur durch Rückgabe oder Veräußerung des Anteils in Betracht. In diesem Fall ist eine vollständige Verlustverrechnung allerdings nur nach Maßgabe der speziellen Verlustverrechnungsbeschränkungen für Einkünfte aus Kapitalvermögen möglich (§ 20 Abs. 6 EStG, § 15b EStG i.V.m. § 8 Abs. 7 InvStG).¹⁰⁷ Diese Problematik ist zwar seit Einführung der Abgeltungsteuer bei reinen Wertpapier- bzw. Rentenfonds weniger relevant, sie besteht allerdings weiterhin bei Immobilien- und Mischfonds fort. Zweitens erfolgt bei einer hohen Anlegerfluktuation nicht mehr die steuerliche Verlustnutzung bei den Anlegern, die im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Entstehung des Verlustes investiert waren. Stattdessen können Neuanleger die „alten“ Verlustvträge ihrer Vorgänger auf Ebene des Investmentvermögens nutzen.¹⁰⁸

Schließlich sind bei einem Direktengagement in ausländische Wertpapiere die Höchstbeträge der anrechenbaren ausländischen Steuern nach der sog. *per-country limitation* für jeden einzelnen Staat gesondert zu berechnen (§ 34c EStG, § 26 KStG i.V.m. § 68a Abs. 2 EStDV). Demgegenüber wird auf Ebene eines Sondervermögens der Höchstbetrag der anrechenbaren ausländischen Quellensteuern aus Vereinfachungsgründen zusammengefasst berechnet (§ 4 Abs. 2 Satz 3 InvStG).¹⁰⁹

3. Umfang der auf Anlegerebene steuerpflichtigen Erträge

Im Vergleich zum Ausschüttungsfall ist der Umfang der steuerpflichtigen Erträge bei einer Thesaurierung zudem auch deutlich geringer.¹¹⁰ Sie umfasst insbesondere weder die Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG),¹¹¹ noch Veräußerungsgewinne außerhalb der zehnjährigen Spekulationsfrist für Immobilien.¹¹² Abzustellen ist hierfür auf die Haltedauer der Immobilien durch das Immobilien-Sondervermögen und nicht auf die Anleger.¹¹³ Erträge, die nicht als ausschüttungsgleich zu qualifizieren sind, gelten im Falle einer Thesaurierung nicht als zugeflossen und sind somit auf Anlegerebene nicht steuerbar.¹¹⁴ Dies gilt auch für betriebliche Anleger, obwohl diese bestimmte Einkünfte bei Direktanlage gar nicht erzielen können.¹¹⁵ Die Besteuerung wird in diesem Fall erst bei Ausschüttung oder bei Rückgabe bzw. Veräußerung der Anteile nachgeholt.¹¹⁶ Dieses sog. Fondsprivileg bewirkt damit eine Steuerstundung, die bei einer Direktanlage nicht vorgesehen ist.¹¹⁷ Es stellt ferner eine unterschiedliche Behandlung zwischen thesaurierenden und ausschüttenden Investmentvermögen her.¹¹⁸ Diese Durchbrechung des Transparenzprinzips ist eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung zur Förderung des Investmentsparens.¹¹⁹

Ein weiteres Problem der ausschüttungsgleichen Erträge ist außerdem, dass sie zum Ablauf des Geschäftsjahres des Investmentfonds vollständig als zugeflossen gelten. Eine zeitanteilige Berücksichtigung dieser Erträge beim Anteilsscheininhaber findet somit nicht statt.¹²⁰ Veräußert beispielsweise ein Immobilienfonds nach neun Jahren eine Immobilie, so hat auch ein Neuanleger diesen privaten Veräußerungsgewinn in Höhe seiner Anteile zu versteuern, obwohl er diese Wertsteigerung im Anteilspreis bezahlt hat.¹²¹

102 Mit Ausnahme des Sparer-Pauschbetrags i.H.v. 801 € bzw. 1 602 € (§ 20 Abs. 9 Satz 1 und Satz 2 EStG).

103 Vgl. Abschnitt II.2.a.

104 Vgl. *Altfelder*, FR 2000, 299 (303); Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 6.

105 *Schulz/Petersen/Keller*, DStR 2004, 1853 (1855).

106 Diese Beschränkung ist notwendig, weil die Einkünfte nach ihrer „Quelle“ unterschiedliche Rechtsfolgen auf Anlegerebene auslösen.

107 Unter welchen Voraussetzungen ein Investmentvermögen ein Steuerstundungsmodell darstellen kann, vgl. *Birker*, BB 2011, 1495.

108 *Sradj/Mertes*, DStR 2004, 201 (203).

109 *Baur* (Hrsg.), Investmentgesetze (FN 11), § 37a KAGG Rz. 40; *Sorgenfrei*, IStR 1994, 465 (468).

110 *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 14), § 1 InvStG Rz. 316.

111 Keine ausschüttungsgleichen Erträge sind ferner Erträge aus Stillhalterprämien (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 EStG), Gewinne im Zusammenhang mit Termingeschäften (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG), Gewinne aus der Veräußerung mit sonstigen Kapitalforderungen (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7

EStG) soweit sie nicht auf vereinnahmte Stückzinsen entfallen und wenn es sich um sonstige Kapitalforderungen handelt, die alternativ eine der Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 1 lit. a) – lit. f) InvStG erfüllen. Zu diesen Ausnahmen im Einzelnen, vgl. *Ebner/Helios*, BB 2010, 1565 (1569) m.w.N.

112 Vgl. Abschnitt II.2.a.

113 *Kayser/Bujotzek*, FR 2006 49 (55).

114 *Feyerabend/Vollmer*, BB 2008, 1088 (1090).

115 Insbesondere die Immobilienveräußerungsgewinne außerhalb der zehnjährigen Spekulationsfrist.

116 *Wellisch/Quast/Lenz*, BB 2008, 490 (491).

117 *Spengel/Ernst*, DStR 2008, 835 (837).

118 *Altfelder*, FR 2000, 299 (308).

119 *Petersen*, DStR 2004, 1853 (1855) m.w.N. Zu den Anfangszeiten der Investmentbesteuerung mag diese unterschiedliche Behandlung auch auf Vereinfachungsgründe zurückzuführen sein, vgl. *Brosch*, BB 1967, 792 (793). Hier von kann angesichts des hohen Detaillierungsgrades des InvStG derzeit jedoch keine Rede mehr sein.

120 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 39.

121 *Altfelder*, FR 2000, 299 (308).

4. Einkunftsart und Steuersatz

Weitere Unterschiede zwischen der Direkt- und der Fondsanlage bestehen auch hinsichtlich der Einkünftequalifikation auf der sog. „Fondsausgangsseite“. Ohne Rücksicht auf die tatsächlich zugrunde liegenden Erträge auf der „Fondseingangsseite“ werden sämtliche Erträge aus dem Investmentanteil beim Privatanleger grundsätzlich in Dividendeneinkünfte umqualifiziert (§ 2 Abs. 1 InvStG).¹²² Privatanleger eines Immobilien-Sondervermögens erzielen daher keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG), sondern Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG).¹²³ Dies ist mit direkten Auswirkungen auf den anzuwendenden Steuersatz, die Gewinnermittlung sowie den Sparerfreibetrag verbunden.¹²⁴

Ferner wird durch diese allgemeine Qualifikation der Katalog der inländischen Einkünfte vergrößert und umfasst damit auch Einkünfte, die bei einer Direktanlage in Deutschland nicht steuerbar gewesen wären.¹²⁵ Umgekehrt kann diese allgemeine Umqualifikationspflicht dazu führen, dass im Inland steuerpflichtige Einkünfte gänzlich unversteuert bleiben. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein ausländisches (steuerbefreites) Investmentvermögen inländische Zinseinkünfte erwirtschaftet und unter Inanspruchnahme eines DBA-Schachtelprivilegs steuerfrei repariert.¹²⁶

Diese Transformation der Einkünfte auf der Fondsausgangsseite lässt sich historisch auf folgende zwei Gründe zurückführen. Erstens hätten sich die vom Sondervermögen erzielten Erträge so weit von der ursprünglichen Quelle entfernt, dass eine derartige Umqualifikation sachgerecht erscheint.¹²⁷ Zweitens war es bei Einführung des KAGG umstritten, ob die Auskehrungen eines Sondervermögens überhaupt den Einkünften aus Kapitalvermögen¹²⁸ oder einer der anderen sechs Einkunftsarten zugeordnet werden können.¹²⁹ Aus Klarstellungsgründen¹³⁰ und womöglich in Anlehnung an die US-Trust Regelungen als historischem Vorbild des KAGG,¹³¹ wurde daraufhin die Zuordnung zu den Dividendeneinkünften vorgeschrieben.

Damit befindet sich die Besteuerung auf der Fondsausgangsseite allerdings in einem Dilemma. Obwohl

Auskehrungen eines Sondervermögens ihrer Natur und Sache nach keine Dividenden darstellen,¹³² lösen sie zunächst sämtliche Rechtsfolgen aus, die mit originären Dividenden verbunden sind. Die damit entstehenden Unterschiede zur Direktanlage werden allerdings durch Einzelfallmaßnahmen¹³³ nur teilweise wieder beseitigt.

5. Zwischenfazit

An den vorgestellten Beispielen¹³⁴ wird offenkundig, dass die Herstellung eines administrativ vergleichsweise einfachen Besteuerungsverfahrens und die Gleichstellung zwischen der Fonds- und Direktanlage konträre Zielkonflikte sind. Der Grundsatz der Transparenz im InvStG ist daher in einigen Fällen zu durchbrechen, um der Anonymität der Anleger Rechnung zu tragen und eine aufwendige (vollständig) transparente Besteuerung zu vermeiden. So ist es zu erklären, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Einkünfteermittlung ein standardisiertes Berechnungsschema vorschreibt, hinsichtlich des Besteuerungszeitpunkts jedoch wieder zu einer grundsätzlich transparenten Besteuerung zurückkehrt.¹³⁵ Teilweise sind die Durchbrechungen des Transparenzprinzips aber auch auf historische Begebenheiten sowie auf bewusste Subventionen zurückzuführen. Dennoch bleibt festzuhalten, dass infolge dieser semi-transparenten steuerlichen Behandlung inkonsistente Ergebnisse erzielt werden, die z.T. vermeidbar wären.¹³⁶

Demgegenüber kommt der Entwurf zur Neukonzeption der Investmentbesteuerung nach einer Analyse des derzeitigen InvStG zum Ergebnis, dass die bestehenden Probleme nur durch eine völlige Neuordnung der Investmentbesteuerung lösbar sind. Einzelfallmaßnahmen hingegen würden die Komplexität weiter erhöhen und die Besteuerungspraxis zusätzlich erschweren.¹³⁷ Zur Neuordnung werden im Entwurf daher insgesamt drei Lösungsalternativen vorgestellt: (1) Eine abschließende Besteuerung auf Fondsebene, (2) eine rein zahlungsbasierte Besteuerung sowie (3) die Einführung eines neuen intransparenten Besteuerungssystems als Zwischenlösung. Während die ersten beiden Alternativen verworfen wurden, weil sie zu „unerwünschten Ergebnissen“ führen, bildet das

122 Haase/Brändel, Investmentsteuerrecht, 2011, 125; Lübbehüsen, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (FN 14), § 2 InvStG Rz. 32.

123 Sorgentrei, IStR 1994, 465 (467).

124 Altfelder, FR 2000, 299 (305).

125 Dies betrifft Zinseinkünfte im Falle eines Tafelgeschäfts (§ 49 Nr. lit. b) lit. bb) EStG i.V.m. § 7 Abs. 1, 2 und 4 InvStG i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 lit. a) lit. bb) EStG), vgl. Altfelder, FR 2000, 299 (305).

126 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 9 f.; Eberhardt, IStR 2013, 377 (378).

127 So die Gesetzesbegründung zum Änderungsgesetz des KAGG, 28.7.1969, BT-Drucks. V/3840, 6 f.

128 Auskehrungen eines Sondervermögens führen originär nicht zu Gewinnanteilen, Ausbeuten und sonstigen Bezügen aus Aktien sowie Genussrechten (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Ferner ist es umstritten, ob sie unter einer der anderen in § 20 Abs. 1 EStG enumerativ aufgelisteten Kapitaleinkünfte subsumiert werden können, vgl. Kerscher,

StuW 1964, 479 (487). Allerdings besteht heutzutage noch weiterhin ein Meinungsstreit dahingehend, ob § 20 Abs. 1 EStG eine abschließende Aufzählung der Einkünfte aus Kapitalvermögen enthält oder „Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art“ (Nr. 7) eine Auffangvorschrift darstellt. Vgl. hierzu Jochum/Wassermeyer, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Erg.-Lfg. 12/13, § 20A 18.

129 Steinberg, DB 1957, 196 (198).

130 Baur (Hrsg.), Investmentgesetze (FN 11) § 39 KAGG Rz. 6.

131 Sorgentrei, IStR 1994, 465 (467) m.w.N.

132 Baur (Hrsg.), Investmentgesetze (FN 11) § 39 KAGG Rz. 7 m.w.N.

133 Vgl. Abschnitt II.2.a. und b.

134 Für weitere, hier nicht thematisierte Beispiele und Problemfelder, vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 4 ff.

135 Petersen, DStR 2006, 1674 (1675).

136 Vgl. Abschnitt IV. 2.

137 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 17.

neue intransparente Besteuerungssystem das Kernstück der Reform. Dieses wird im folgenden Abschnitt im Detail analysiert und gewürdigt.

IV. Reformüberlegungen zur Neukonzeption der Investmentbesteuerung

1. Reformvorschlag der Bund-Länder Arbeitsgruppe

In diesem vorgeschlagenen intransparenten System¹³⁸ richtet sich die Besteuerung danach, ob das Investmentvermögen als ein Aktien- oder Immobilienfonds zu qualifizieren ist. Die Einordnung soll anhand der Fondskategorien-Richtlinien der BaFin erfolgen.¹³⁹ Hiernach setzt die Verwendung einer Fondskategorie voraus, dass nach den Anlagebedingungen mindestens 51 % des Wertes des Investmentvermögens in den die Fondskategorie bezeichnenden, d.h. namensgebenden Vermögensgegenstand, angelegt sein müssen.¹⁴⁰ Wie nach derzeitiger Rechtslage wäre zwischen der Besteuerung auf Ebene des Investmentvermögens und der Anleger zu unterscheiden.¹⁴¹

a) Besteuerung auf Ebene des Investmentvermögens

Das inländische Investmentvermögen soll zunächst weiterhin unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig bleiben. Die persönliche Körperschaftsteuerbefreiung soll jedoch aufgegeben und durch eine sachliche Steuerbefreiung für bestimmte Einkünfte ersetzt werden. Wäre das Investmentvermögen als Aktienfonds zu qualifizieren, wären Zinserträge, Veräußerungsgewinne sowie ausländische Dividenden- und Mieterträge steuerfrei. Handle es sich hingegen um einen Immobilienfonds, wären zusätzlich noch Erträge aus „Beteiligungskapitalgesellschaften“¹⁴² steuerbefreit. Steuerpflichtig wären daher insbesondere inländische Dividenden, Mieteinkünfte sowie Immobilienveräußerungsgewinne, für die eine inländische Besteuerung sichergestellt sein soll. Vergleichbare ausländische In-

vestmentvermögen wären beschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Die Besteuerung erfolge grundsätzlich brutto, d.h. ohne Berücksichtigung von Aufwendungen. Lediglich bei Einkünften aus Immobilien soll am Nettoprinzip festgehalten werden. Das Investmentvermögen wäre zudem weiterhin von der Gewerbesteuer befreit.

b) Besteuerung auf Anlegerebene

Auf Anlegerebene sieht der Vorschlag grundsätzlich eine Besteuerung nach dem Zu- und Abflussprinzip vor. Der Anleger würde nur mit den ihm zufließenden Dividenden bzw. realisierten Veräußerungsgewinnen besteuert. Ohne weitere Maßnahmen könnten dann allerdings kapitalisierende Investmentvermögen die Besteuerung eines Anlegers beliebig weit in die Zukunft verlagern.¹⁴³ Dieser Umstand war 1960 für den Gesetzgeber ausschlaggebend dafür, auch bei Thesaurierung eine Besteuerung beim Anleger vorzunehmen.¹⁴⁴ Um auch in diesem Regime einer Steuerstundung entgegenzuwirken, soll daher die zahlungsbasierte Besteuerung um eine Mindestbesteuerung in Form einer sog. „Vorabpauschale“ ergänzt werden. Wie im bestehenden System wäre dann erneut, zwischen ausschüttenden und thesaurierenden Investmentvermögen zu unterscheiden.

Ausschüttungen des Investmentvermögens sollen im Rahmen einer neuen Unterkategorie der Einkünfte aus Kapitalvermögen auf Anlegerebene steuerpflichtig sein („Einkünfte aus Investmentvermögen“).¹⁴⁵ Hierdurch sollen zahlreiche Probleme, insbesondere bei Auslandssachverhalten,¹⁴⁶ beseitigt werden. Die Steuerbefreiungen des § 8b KStG sowie das Teileinkünfteverfahren könnten vom Anleger nicht in Anspruch genommen werden.¹⁴⁷ Weil jedoch in- und ausländische Dividenden und Mieterträge steuerlich vorbelastet sein können,¹⁴⁸ wird eine pauschale Anteilfreistellung i.H.v. 20 % bzw. Immobilienteilfreistellung i.H.v. 40 % bzw. 60 %¹⁴⁹ gewährt.¹⁵⁰ Die Anwen-

138 Der Vorschlag soll nur für Publikumsfonds Anwendung finden. Bei Spezialfonds hingegen soll weiterhin das bisherige Regime angewendet werden.

139 Richtlinie zur Festlegung von Fondskategorien gem. § 4 Abs. 2 KAGB und weitere Transparenzanforderungen an bestimmte Fondskategorien, 22.7.2013, im Internet abrufbar unter: http://www.bafin.de/SharedDocs/Aufsichtsrecht/DE/Richtlinie/rl_130722_fondskategorien.html;jsessionid=AB59CA590C47E1688F3D8DD2A5CA3502.1_cid390?nn=2798666#doc4111824bodyText5 (letzter Aufruf: 22.9.2014).

140 Art. 2 Abs. 1 BaFin Richtlinie zur Festlegung von Fondskategorien.

141 Die folgenden Ausführungen beziehen sich, sofern nicht ausdrücklich angegeben, auf den Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 21 ff.

142 Mit der Einführung des Begriffs „Beteiligungskapitalgesellschaft“ löst sich der Entwurf von der Begriffswelt des § 2 Abs. 4 Nr. 6 InvG bzw. § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB („Immobilien-Gesellschaften“). Abgrenzungs- und Auslegungsprobleme wären unvermeidlich.

143 Vgl. *Terhühne/Otto*, DStR 2013, 2037 (2040). Nach vorläufigen Schätzungen der Arbeitsgruppe würden sich die damit verbundenen Steuermindereinnahmen in einem

„hohen dreistelligen Millionenbetrag“ bewegen, vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 23.

144 BT-Drucks. 3/1909, 2 f.; *Brosch*, BB 1967, 792 (793).

145 Betriebliche Anleger erzielen demgegenüber Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

146 Vgl. die dargelegte Problematik der allgemeinen Einkünftezuordnung in Abschnitt III.4.

147 Dies ergibt sich unmittelbar aus der Tatsache, dass Auskehrungen des Investmentfonds einer neuen Einkünftekategorie zugeordnet werden und damit eben keine Bezüge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 lit. a) EStG darstellen. Ob diese Aussage somit nur Klarstellungscharakter hat oder ob es sich weiterhin um fiktive Dividenden handelt, erörtert der Entwurf nicht.

148 Inländische Dividenden und Mieteinkünfte werden i.H.d. Körperschaftsteuersatzes belastet. Derartige ausländische Einkünfte können dem ausländischen Steuerniveau bzw. Quellensteuern unterliegen.

149 Bei Immobilienfonds (Anteil von Immobilien am Gesamtvermögen $\geq 51\%$) beträgt sie 40 %, bei im Ausland tätigen Immobilienfonds (Anteil von ausländischen Immobilien am Immobilienvermögen $\geq 51\%$) beträgt sie 60 %.

150 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 30 f. und 36 f.

dung dieser Prozentsätze soll bei der Ausschüttung, bei der anzusetzenden Vorabpauschale und bei der Veräußerungsgewinnbesteuerung erfolgen.

Im Thesaurierungsfall hätten die Anleger eine Vorabpauschale in Höhe einer „risikolosen“ Marktverzinsung zu versteuern. Diese entspräche dem Basiszins i.S.v. § 203 Abs. 2 BewG, welcher von der Deutschen Bundesbank aus den Zinsstrukturdaten für öffentliche Anleihen ermittelt und vom BMF veröffentlicht wird.¹⁵¹ Weil allerdings diese Vorabpauschale die Kostenstruktur des Investmentvermögens unberücksichtigt lässt, wird ein durchschnittlicher Kostenanteil von 20 % unterstellt, der den Basiszins entsprechend mindert. Auch Ausschüttungen reduzieren die Vorabpauschale ggf. bis auf null. Darüber hinaus wird die Vorabpauschale nur bei einer positiven Wertsteigerung des Fondsanteils im Veranlagungszeitraum angesetzt. Das folgende Beispiel soll die Berechnung verdeutlichen:¹⁵²

Der Privatanleger X erwirbt Anfang 2014 insgesamt 100 Investmentanteile zu einem Preis von je 50 €. Ende 2014 steigt der Wert des Investmentanteils auf je 51 € an. Zudem erfolgt eine Ausschüttung i.H.v. 0,50 € je Investmentanteil. X hätte nach dem vorgeschlagenen Regime die Ausschüttung i.H.v. 40 €¹⁵³ sowie eine Vorabpauschale¹⁵⁴ i.H.v. 32,88 €¹⁵⁵ als Einkünfte aus Investmentvermögen zu versteuern.

Die während der Haltedauer des Investmentanteils bereits versteuerten Vorabpauschalen sollen bei der Veräußerung wie nachträgliche Anschaffungskosten behandelt werden, um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden. Bei einer unterjährigen Veräußerung fände zudem die Vorabpauschale keine Anwendung.

c) Würdigung

Die Arbeitsgruppe hat sich zum Ziel gesetzt, die Investmentbesteuerung aufkommensneutral zu vereinfachen. Der dargelegte Vorschlag stellt einen radikalen Gegenentwurf zum bestehenden System dar. Anstelle der investmentsteuerlichen Transparenz tritt eine grundsätzliche Besteuerung nach dem Zu- und Abflussprinzip, womit der Fondsanleger zunächst wie ein Aktionär besteuert wird. Um das Investmentsparen dennoch weiterhin steuerlich attraktiv zu machen, bedient sich der Entwurf zahlreicher Pauschalie-

rungen und Fiktionen. Das bislang verfolgte Ziel einer weitestgehend steuerlichen Gleichbehandlung von Anteilsscheininhaber und Direktanleger ist dabei nur noch in Ansätzen erkennbar. Zudem ergeben sich einige Kritikpunkte, die im Folgenden dargestellt werden.

Erstens werden an die Qualifikation des Investmentvermögens unterschiedliche Rechtsfolgen im Rahmen der Teilfreistellung geknüpft. Sinn und Zweck dieser Begünstigung ist es, eine potentielle in- und ausländische steuerliche Vorbelastung abzumildern.¹⁵⁶ Diese Regelung ist allerdings nur auf Aktien- bzw. Immobilienfonds anwendbar. Maßgebend für eine solche Einordnung wäre die Namensgebung durch die BaFin, die allerdings nicht auf den tatsächlichen Anlage-schwerpunkt des Investmentvermögens, sondern auf die in den Anlagebedingungen beschriebenen Anlagekataloge und -grenzen abstellt.¹⁵⁷ Ein Investmentvermögen könnte daher bewusst zu einem bestimmten Steuerregime optieren, indem es die Anlagebedingungen bei Auflage des Investmentvermögens entsprechend festschreibt. Es kommt dann nicht mehr darauf an, wie sich der Gesamtertrag zusammensetzt oder ob und in welcher Höhe eine steuerliche Vorbelastung vorliegt, denn die Teilfreistellung wird unabhängig von diesen Faktoren gewährt. Diese Pauschalierung dient damit zwar der Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens,¹⁵⁸ sie bricht jedoch nicht nur mit fundamentalen Grundsätzen des Ertragsteuerrechts,¹⁵⁹ sondern führt auch zu einer strukturellen Schlechterstellung von Investmentvermögen, die nicht in den Genuss dieses Steuerregimes kommen.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die sachliche Steuerpflicht inländischer Miet- und Dividendeneinkünfte. Ziel dieser Vorschrift ist es, das inländische Steuer-substrat vor ausländischen, steuerbefreiten Investmentvermögen zu schützen.¹⁶⁰ Allerdings ist diese Steuerbelastung zum einen bei einem steuerbefreiten Anleger definitiv.¹⁶¹ Zum anderen unterliegen inländische Dividenden nun einer dreifachen Besteuerung, so dass die Investition über ein Investmentvermögen aus steuerlicher Perspektive gegenüber der Direktanlage unattraktiv wird.¹⁶²

Schließlich ist auch das neu vorgeschlagene Konzept der Vorabpauschale in mehrfacher Hinsicht kritisch

151 Für das Jahr 2014 beträgt er beispielsweise 2,59 % (vgl. BMF v. 2.1.2014 - IV D 4 - S 3102/07/0001).

152 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 24. Das Berechnungsbeispiel der Arbeitsgruppe ist allerdings zumindest ungenau und berücksichtigt die Aktienteilfreistellung im Gegensatz zum vorliegenden Beispiel nicht.

153 $100 \text{ Anteile} \times 0,50 \text{ € Dividende} \times 80 \% \text{ Aktienteilfreistellung} = 40 \text{ €}$.

154 Rücknahmepreis des Investmentanteils bei Erwerb $\times 80 \% \text{ Basiszins} \times \text{gehaltene Investmentanteile des Investors} \times 80 \% \text{ Aktienteilfreistellung} - \text{Ausschüttungen}$.

155 $50 \text{ €} \times 80 \% \times 2,59 \% \times 100 \times 80 \% - 50 \text{ €} = 82,88 \text{ €} - 50 \text{ €} = 32,88 \text{ €}$.

156 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 30.

157 Vgl. aus der Begründung zu der inhaltsgleichen Vorgängerregelung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung

des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentmodernisierungsgesetz), BT-Drucks. 15/1553, 77.

158 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 31.

159 Interpretiert man die Teilfreistellung als eine fiktive Anrechnung der ausländischen Steuer, wird dadurch der Anrechnungshöchstbetrag ad absurdum geführt.

160 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 21 und 34.

161 Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 32.

162 Es mag demgegenüber verwundern, dass die Arbeitsgruppe betont, die Fondsanlage weiterhin im Vergleich zur Direktanlage und zu ausländischen Alternativprodukten steuerlich wettbewerbsfähig zu halten. Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 17 und 30.

zu beurteilen.¹⁶³ Erstens unterstellt die Vorabpauschale unabhängig vom Fondstyp und dessen Rendite- und Risikoprofil eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals und unterwirft diese fiktiven Zinsen der Besteuerung. Problematisch hieran ist zudem, dass der Basiszins während des Jahres einer starken Volatilität ausgesetzt sein kann. Das Abstellen auf den Zinssatz am Jahresende provoziert daher eine gewisse Willkürlichkeit.¹⁶⁴

Zweitens wird stets eine ganzjährige Marktverzinsung unterstellt, so dass ein Anleger unabhängig vom Erwerbszeitpunkt des Anteilsscheins, stets die auf das gesamte Jahr gerechnete Vorabpauschale versteuern muss. Zwar ist die Vorabpauschale auf die „Wertsteigerung“ des Investmentvermögens im Veranlagungszeitraum begrenzt, um eine Übermaßbesteuerung zu verhindern. Allerdings wird diese nicht anlegerspezifisch, sondern aus der Differenz zwischen Rücknahmepreis des Fondsanteils zum Jahresanfang und Jahresende berechnet. Erwirbt ein Anleger nunmehr am Ende des Jahres einen Anteilsschein, hat er sämtliche bis zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Wertsteigerungen im Anteilspreis mitbezahlt. Er muss dann dennoch entweder die Vorabpauschale oder zumindest die unterstellte (Fonds-)Wertsteigerung versteuern. In dieser Situation hätte das System Charakterzüge einer (temporären) Sollertragsteuer, sofern dieser Umstand nicht durch einen Veräußerungsvorgang¹⁶⁵ korrigiert würde.¹⁶⁶

Drittens ist eine zeitgewichtete Berechnung der Vorabpauschale nicht vorgesehen. Fällt beispielsweise der Rücknahmepreis im Vergleich zum Vorjahr, bleibt dieser Wertverlust bei der Berechnung der Vorabpauschale unberücksichtigt.

Es ist daher festzuhalten, dass das vorgeschlagene System zwar eine Vereinfachung gegenüber dem Status quo herstellt, allerdings sowohl aus systematischer als auch aus wirtschaftlicher Sicht problembehaftet ist. Im Folgenden sollen daher einzelne Ansatzpunkte zur Reformierung der Investmentbesteuerung aufgezeigt und zur weiteren Diskussion gestellt werden.

2. Alternative Ausgestaltungsansätze

Grundsätzlich könnte das gegenwärtige Besteuerungsregime beibehalten, aber an entscheidenden Stellen systemgerechter und teilweise vereinfacht ausgestaltet werden. Eine solche Reform könnte drei Ansatzpunkte umfassen. Erstens sollten die zu veröffentlichenden Ertragskomponenten gem. § 5 InvStG

auf die zwingend notwendigen Erträge reduziert werden, um Fehler bei der Ertragsermittlung zu minimieren und die Besteuerungsgrundlagen für den Steuerpflichtigen verständlicher zu machen.¹⁶⁷ Zweitens sollten sämtliche Ausnahmen in der Definition der ausschüttungsgleichen Erträge gestrichen werden. Dies würde sowohl zur Systemkongruenz beitragen als auch Ausweichgestaltungen entgegenwirken. Drittens sollten Auskehrungen eines Investmentvermögens nicht mehr beim Anleger als fiktive Dividendeneinkünfte qualifiziert werden, weil dies insbesondere seit Einführung der Schedulenbesteuerung zu verzerrenden Effekten führt. Stattdessen wäre der Arbeitsgruppe dahingehend zuzustimmen, die Erträge aus einem Investmentanteil einer eigenen Einkunfts-kategorie zuzuordnen. Diese „Einkünfte aus Investmentvermögen“ würden grundsätzlich zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören, jedoch das steuerliche Schicksal der zugrunde liegenden Einkünfte teilen. Erzielte das Investmentvermögen dann beispielsweise Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und schütete diese an die Privatanleger aus, wären diese „Dividenden“ dann bei ihnen wie originäre Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu versteuern.

Alternativ könnte das bestehende System auch zugunsten eines völlig neuen Ansatzes aufgegeben werden. Unterstellt man hierbei, dass der Gesetzgeber weiterhin die Investmentanlage steuerlich nicht schlechterstellen will als die Direktanlage, wäre eine steuerliche Entlastung entweder auf Ebene der Anleger oder des Investmentvermögens geboten. Würde man den ersten Ansatz verfolgen, käme beispielsweise eine abschließende Besteuerung auf Ebene des Investmentvermögens in Betracht. Der Vorteil dieses Ansatzes läge neben der einfachen Handhabbarkeit insbesondere auch in der Sicherung des Steuersubstrats bei inländischen Miet- und Dividendeneinkünften. Dieses Modell wurde jedoch von der Arbeitsgruppe verworfen, weil durch die Abkehr von der Steuerfreiheit des Investmentfonds die Attraktivität dieses Produkts im internationalen Vergleich sinken könnte.¹⁶⁸ Auch für steuerbefreite Anleger würde die abschließende Besteuerung zu einer Definitivbelastung führen. Um dieses Problem zu beseitigen, könnten allerdings für diese Anlegertypen spezielle Investmentfonds geschaffen werden, die vollständig steuerbefreit sind.

Demgegenüber könnte auch weiterhin an der Steuerbefreiung des Investmentvermögens festgehalten und die Anlegerbesteuerung nach dem Zu- und Abflussprinzip wie bei einem Aktionär durchgeführt werden.

¹⁶³ Vgl. auch die weiteren Kritikpunkte hieran, die die Arbeitsgruppe nennt. Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 39.

¹⁶⁴ Zu dieser Thematik bei der steuerlichen Bewertung von Unternehmen, vgl. *Eisele*, in: Rössler/Troll, BewG, Erg.-Lfg. 10/13, § 203 BewG Rz. 8 m.w.N.

¹⁶⁵ Die während der Haltedauer des Investmentanteils bereits versteuerten Vorabpauschalen sollen bei der Veräußerung wie nachträgliche Anschaffungskosten behandelt werden. Würde der Anleger somit unmittelbar nach dem Erwerb die Vorabpauschale versteuern müssen und anschließend die Anteile wieder veräußern, entstünde ein grundsätzlich nicht verrechenbarer Veräußerungs-

verlust.

¹⁶⁶ Zwar besteht diese Problematik auch nach der gegenwärtigen Rechtslage, allerdings wird diese durch den Entwurf nicht beseitigt, sondern zusätzlich noch verschärft. Schließlich gelten derzeit nur realisierte ausschüttungsgleiche Erträge als zugeflossen. In dem vorgeschlagenen System würden aber auch vom Investmentvermögen noch unrealisierte Erträge versteuert, sofern sie Auswirkungen auf den Rücknahmepreis hätten.

¹⁶⁷ Entsprechende Vorschläge unterbreiten *Terhühne/Otto*, DStR 2013, 2037 (2039).

¹⁶⁸ Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 23), 17.

Um den unerwünschten Zinsvorteil bei Thesaurierung zu beseitigen, sollte aber das Konzept der Vorabpauschale verworfen werden. An dessen Stelle könnte jedoch eine spezielle Kapitalertragsteuer treten, die an den Fiskus abgeführt wird und eine Steuervorauszahlung der Anleger darstellt.¹⁶⁹ Schüttet der Investmentfonds anschließend seine Erträge aus oder veräußert der Anleger seine Anteile, kann diese spezielle Kapitalertragsteuer auf die reguläre Steuerschuld angerechnet werden.¹⁷⁰ Gleiches gilt ebenfalls für die im Ausland gezahlten Quellensteuern. Dieses Verfahren würde ebenfalls eine deutliche Vereinfachung zum jetzigen System darstellen und den unerwünschten Steuerstundungseffekt beseitigen. Großer Schwachpunkt dieses Ansatzes ist jedoch, dass die inländische Steuerbefreiung ggf. auch ausländischen Investmentfonds gewährt werden muss. Sind die Fondsanleger in diesem Fall aber nicht in Deutschland ansässig, besteht die Gefahr, dass inländisches Steuersubstrat unversteuert ins Ausland abfließt.

Aus diesem Grund käme auch eine Zwischenlösung der beiden genannten Alternativen in Betracht. Diese würde zunächst eine moderate Besteuerung auf Ebene des Investmentvermögens vorsehen und könnte sich beispielsweise bei inländischen Immobilien- und Dividendeneinkünften auf 15 % und bei allen anderen Erträgen auf 1 % bemessen. Die Anlegerbesteuerung könnte dann am Zu- und Abflussprinzip erfolgen, wobei die Steuersätze auf Dividenden und Veräußerungsgewinne des Investmentvermögens so angepasst werden sollten, dass hieraus dieselbe Steuerbelastung wie bei Direktanlage resultiert. Allerdings müsste auch bei diesem Ansatz eine Speziallösung für steuerbefreite Anleger gefunden werden.

V. Zusammenfassung

Oberster Leitgedanke der deutschen Investmentbesteuerung ist die Herstellung einer sog. „investmentsteuerlichen Transparenz“. Hiernach soll ein Fondsanleger, trotz Zwischenschaltung eines Investmentvermögens, idealerweise so besteuert werden, als wenn er direkt in die zugrunde liegenden Vermögensgegenstände investiert wäre. Um dies zu gewährleisten, ist zum einen das inländische Investmentvermögen von sämtlichen Ertragsteuern steuerbefreit. Zum anderen bedient sich der Gesetzgeber bei der Anlegerbesteuerung zahlreicher Fiktionen, um den Fondsanleger mit einem Direktanleger steuerlich gleichzustellen. Allerdings wurde trotz dieser Maßnahmen weder eine völlige Gleichstellung zwischen einem Direkt- und

Fondsanleger erreicht, noch ist die Investmentbesteuerung vollständig konsistent. Zudem steht das Investmentsteuerrecht in Verdacht potentiell europarechtswidrig zu sein, weil ausländischen Investmentfonds nicht die inländische Steuerbefreiung gewährt wird.

Vor diesem Hintergrund wurde eine Arbeitsgruppe mit dem Ziel eingeschaltet, die Investmentbesteuerung aufkommensneutral zu vereinfachen und europarechtskonform auszugestalten. Nach diesem Neuansatz würden die steuerlichen Vorschriften des InvStG gänzlich wegfallen. Das Investmentvermögen wäre nur noch (sachlich) mit bestimmten Einkünften steuerbefreit. Die Anlegerbesteuerung würde grundsätzlich, wie bei einem Aktionär, nach dem Zu- und Abflussprinzip erfolgen. Thesauriert das Investmentvermögen aber seine Erträge, haben die Anleger eine sog. Vorabpauschale in Höhe der risikolosen Marktverzinsung zu versteuern. Hierdurch wird verhindert, dass Erträge unversteuert auf Ebene des Investmentvermögens verbleiben und Steuerstundungseffekte generiert werden. Um zudem einer übermäßigen Besteuerung der Erträge entgegenzuwirken, werden sowohl steuerliche Vorbelastungen als auch die Kostenstruktur pauschaliert und zugunsten der Anleger berücksichtigt. Von der bislang verfolgten Idee, einer weitestgehend steuerlichen Gleichbehandlung von Fonds- und Direktanleger, ist dabei nicht mehr viel übrig geblieben. Im Detail offenbaren sich aber auch systematische Schwächen, eine höhere Steuerbelastung als bei Direktanlage sowie eine steuerliche Diskriminierung bestimmter Fondstypen.

Im Ergebnis ist damit fraglich, ob eine derartige Reformierung einen deutlichen Fortschritt zum bestehenden System bringen würde. Zu bedenken ist ferner, dass die Grundprinzipien der derzeitigen Investmentbesteuerung seit den Anfängen des Investmentsparens in Deutschland bestehen und trotz kontinuierlicher Kritik nie aufgegeben wurden. Zwar steht „das Transparenzprinzip [...] in einem nicht auflösbaren Widerspruch zu der Forderung nach Schaffung eines einfachen Steuerrechts. Seine Abschaffung [...] würde aber, da es das international übliche Besteuerungsverfahren ist, zu fühlbaren Wettbewerbsnachteilen der deutschen Fondsindustrie bei bestimmten Fondstypen führen.“¹⁷¹ Aus diesem Grund sollten bei einem vollständigen Paradigmenwechsel, die Folgewirkungen der angedachten Änderungen sorgfältig analysiert werden. Entsprechende Alternativansätze sind zur Diskussion gestellt worden. Es wäre dann eine politische Grundsatzentscheidung zu fällen, wie die Investmentbesteuerung der Zukunft aussehen soll.

169 Um die Nachteile für Neuanleger bei einem unterjährigen Erwerb der Fondsanteile zu minimieren, sollte diese Kapitalertragsteuer vierteljährlich erhoben werden.

170 Das körperschaftsteuerliche Schachtelprivileg sowie das Teileinkünfteverfahren sollten weiterhin versagt werden.

171 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentmodernisierungsgesetz), BT-Drucks. 15/1553, 120.

Betriebsstättenbegriff und Besteuerung des E-Commerce

Prof. Dr. ANNA LEISNER-EGENSPERGER, Jena*

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einleitung II. Gewinnverlagerung als Ausdruck steuerlicher Gestaltungsfreiheit <ul style="list-style-type: none"> 1. Steuern sparen – eine Rechtspflicht für Manager 2. Die Wahl des Ortes der Betriebsstätte als Dreh- und Angelpunkt III. Die Entwicklung des Betriebsstättenbegriffs <ul style="list-style-type: none"> 1. Betriebsstätte als zentraler Ordnungsbegriff für die Steuerverteilung zwischen Staaten 2. Rezeption im OECD-MA | <ul style="list-style-type: none"> IV. Betriebsstätten beim E-Commerce V. Erweiterung des Betriebsstättenbegriffs? <ul style="list-style-type: none"> 1. Ein Ansatz: Entbehrlichkeit des Personaleinsatzes 2. Zweiter Ansatz: Betrieb des Unternehmens als Betriebsstätte 3. Dritter Ansatz: Wirkungsort der unternehmerischen Tätigkeit 4. Erweiterung des Betriebsstättenbegriffs als Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip VI. Resümee |
|---|---|

I. Einleitung

Neue technologische Entwicklungen stellen Fragen an das Recht – auch an das Steuerrecht. Im internationalen Steuerrecht gilt dies vor allem für grenzüberschreitende Formen von Geschäftsabschlüssen. Lange Zeit schien sein wohl wichtigster Rechtsbegriff – die Betriebsstätte – einigermaßen gesichert: Unterhielt ein auslandsansässiges Unternehmen hierzulande eine feste Geschäftseinrichtung, eine Betriebsstätte, so sollte Deutschland seinen Anteil am grenzüberschreitenden Besteuerungskuchen erhalten, aber eben auch nur dann.¹ Beim elektronischen Geschäftsverkehr, dem sog. E-Commerce, werden Geschäfte nun aber nicht real abgewickelt, sondern rein elektronisch.² Märkte – wie Handelsplattformen und Online-shops, aber auch Produkte wie Software, Musiktitel oder Videos – sind virtualisiert, das Wirtschaftsleben wird zunehmend entörtlicht.³ Wie wirkt sich dies auf die traditionelle Betriebsstätte aus, kann es ohne Ort überhaupt eine feste Geschäftseinrichtung geben?

II. Gewinnverlagerung als Ausdruck steuerlicher Gestaltungsfreiheit

1. Steuern sparen – eine Rechtspflicht für Manager

Vor allem dem Internetgiganten Google⁴ ist es gelungen, seine Gewinne aus dem Europageschäft – bis Ende 2012 waren das 33 Milliarden Dollar – praktisch unverteuert in Steueroasen umzuleiten.⁵ Facebook und Amazon⁶ eifern ihm nach – mit jeweils eigenen Geschäftsmodellen.⁷

In Gefahr gerät damit der steuerliche Zugriff: Die amerikanischen Großunternehmen, die im Internethandel tätig sind, erzielen ihre hohen Gewinne in Niedrigsteuerländern und leiten sie sodann durch geschickte gesellschaftsrechtliche Konstruktionen⁸ in Steueroasen.⁹ Hochsteuerländern – wie etwa Deutschland und Frankreich – entgehen durch derartige Verschiebungen eines Gewinns, der immerhin durch ihre Staatsbürger vermittelt wird, jährlich Milliardenbeträge an Steuereinnahmen. Schon 2004 hatte die OECD neue Regeln für die Besteuerung des E-Commerce angemahnt, die dann allerdings am Veto der USA scheiterten.¹⁰

* Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Steuerrecht und Öffentliches Recht an der Friederich-Schiller-Universität Jena.

1 J. Schönfeld in M. Achatz, Internationales Steuerrecht, DStJG Bd. 36 (2013), S. 233 ff.; W. Schön, StuW 2012, 213 m.w.N.

2 H. Tappe, IStR 2011, 870 (870); vgl. dazu neuerdings auch A. Musil in W. Hübschmann/E. Hepp/A. Spitaler, AO/FGO, § 12 AO Rz. 43 bis 43h (März 2013).

3 Das Zivilrecht ist dafür einigermaßen vorbereitet, vgl. die Übernahme des Fernabsatzrechts ins BGB, §§ 312b ff. BGB.

4 Vgl. zur nach wie vor marktbeherrschenden Stellung von Google (70, 5 % der Marktanteile der Suchmaschinenbetreiber) J. Löhr/C. Knop, FAZ v. 19.10.2013, S. 18.

5 R. Pinkernell, IStR 2013, 17 (17).

6 Hier findet der Versandhandel über Luxemburg unter Einschaltung lokaler Logistikzentren statt, die nur Hilfstätigkeiten ausüben, vgl. dazu R. Pinkernell, FR 2013, 737.

7 J. Löhr/C. Knop, FAZ v. 19.10.2013, S. 18.

8 Zur „Google-Struktur“ mit je einer doppelt ansässigen und

einer hybriden irischen Gesellschaft („Double Irish“) und einer niederländischen Durchlaufgesellschaft („Dutch Sandwich“) vgl. L. Richter/S. Hontheim, DB 2013, 1260 (1260 ff.); R. Pinkernell, StuW 2013, 369 (369 ff.).

9 Genauer als anhand des Körperschaftsteuersatzes lässt sich die steuerliche Attraktivität eines Landes anhand des von D. Schanz entwickelten, sog. Tax Attractiveness Index (TAI) bewerten. Zugrunde gelegt werden dort 18 Kriterien wie etwa der Körperschaft- und Einkommensteuersatz, die Besteuerung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen, Vorschriften gegen die Steuerumgehung, die Hinzurechnungsbesteuerung sowie die Anzahl der Doppelbesteuerungsabkommen eines Landes.

10 So verblieb es bei der Anwendung der bestehenden DBA-Verteilungsregeln auf E-Commerce-Einkünfte: Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits, Final Report: Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Appropriate for E-Commerce?, 2004.

So konnte der Google-Manager Eric Schmidt zum steueroptimierten Aufbau des Konzerns vielbeachtet bemerken: „Das nennt man eben Kapitalismus“.¹¹

Auch nach deutschem Recht steht ein Freiraum bei der steuerlichen Optimierung seiner Geschäftstätigkeit, die sog. steuerliche Gestaltungsfreiheit, jedem Steuerpflichtigen zu – und zwar grundrechtlich geschützt.¹² Einfachgesetzlich ist der Vorstand einer börsennotierten Aktiengesellschaft, wie jüngst betont wurde¹³, sogar dazu verpflichtet, den Gewinn des Unternehmens zu steigern, was auch die Ersparnis von Steuern einschließt.¹⁴

2. Die Wahl des Ortes der Betriebsstätte als Dreh- und Angelpunkt

Grenzüberschreitende Gewinnverschiebungen müssen von den Hochsteuerländern hingenommen werden – aber nur in den Grenzen des Internationalen Steuerrechts: Nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 OECD-Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung (kurz OECD-MA) ist das Besteuerungsrecht für Einkünfte aus elektronischer Geschäftstätigkeit (für den Regelfall der Unternehmensgewinne¹⁵) grundsätzlich dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen. Dem Staat, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, steht also das Besteuerungsrecht zu. Dieses Prinzip liegt auch dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Deutschland und den USA¹⁶ zugrunde. Für die Google-Konzernmutter haben die USA das Besteuerungsrecht.

Eine Ausnahme von der vorgenannten Regel besteht nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz OECD-MA, wenn das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit im anderen Vertragsstaat (beispielsweise Deutschland) durch eine hier gelegene Betriebsstätte ausübt – eine Betriebsstätte i.S.d. Art. 5 Abs. 1 OECD-MA. Dann können nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 OECD-MA die Gewinne, die dieser Betriebsstätte zuzurechnen sind, nur im anderen Staat (d.h. in Deutschland) besteuert werden. Aus Sicht des deutschen Steuerrechts wären die amerikanischen Unternehmen beschränkt steuerpflichtig nach § 49 Abs. 1 Nr. 2a EStG i.V.m. § 12 AO.

Dies lenkt den Blick auf den im Titel bereits erwähnten, zentralen Begriff des Internationalen Steuerrechts, insbesondere im Ertragssteuerrecht: die Betriebsstätte. Die Betriebsstätte entscheidet, welchem Staat das Besteuerungsrecht zusteht.

Zu fragen ist also: (1) Können sich Google und Co., wie es im Folgenden abkürzend heißen soll, darauf berufen, dass sie eine reale Betriebsstätte in Deutsch-

land nicht unterhielten? (2) Wenn dies zutreffen sollte, könnte dann nicht der Begriff der Betriebsstätte erweitert werden?

So ließe sich die oben erwähnte Gerechtigkeitslücke schließen, und zwar genau zum richtigen Zeitpunkt: Erst vor kurzem hat die OECD, unter dem Eindruck des spektakulären Google-Falls, die Besteuerung des E-Commerce wieder entdeckt und als drängendes Problem bis auf den Gipfel von St. Petersburg getragen. Der Aktionsplan der OECD gegen internationale Gewinnverlagerung – Base Erosion and Profit Shifting – vom 19.7.2013¹⁷ sieht speziell für den E-Commerce, als Maßnahme 1, zunächst bis Ende 2014 nur die Erstellung eines Berichts vor. Darin soll der elektronische Geschäftsverkehr steuerrechtlich untersucht werden, und zwar mit Blick gerade auf mögliche Anknüpfungspunkte für eine Besteuerung durch Quellenstaaten. Diese Verknüpfungspunkte nennt die OECD nexus – vom lateinischen *nectere* – binden, verknüpfen.¹⁸ Nahe liegt es, eine solche Verknüpfung zwischen einem ausländischen IT-Unternehmen und Deutschland als Quellenstaat in einer Erweiterung des Betriebsstättenbegriffs zu suchen.

III. Die Entwicklung des Betriebsstättenbegriffs

1. Betriebsstätte als zentraler Ordnungsbegriff für die Steuerverteilung zwischen Staaten

„Betriebsstätte“ war ursprünglich kein internationaler Rechtsbegriff. Er sollte zunächst innerhalb Preußens, dann in den Grenzen des Deutschen Reiches, die Besteuerungsgewalt lokaler Einheiten sowie der Bundesstaaten begrenzen.¹⁹ Durch preußische und deutsche Doppelbesteuerungsabkommen in das Internationale Steuerrecht eingeführt,²⁰ ist er dort zum zentralen Ordnungsbegriff für die Steuerverteilung geworden: zwischen dem Ansässigkeitsstaat eines Unternehmens, in dem es dessen völkerrechtlich begründeter Personalhoheit unterliegt, und dem anderen Staatsgebiet, auf dem es eine Betriebsstätte unterhält. Dieser Betriebsstättenstaat – auch Quellenstaat genannt – darf hier die Territorialsouveränität in Form seiner Besteuerungsgewalt ausüben; auch sie ist völkerrechtlich begründet.

In der Regel verzichtet der Ansässigkeitsstaat auf die Besteuerung von Einkünften, die über seine ausländische Betriebsstätte erwirtschaftet werden, indem er die im Quellenstaat anfallende Steuer inländisch anrechnet²¹ oder die dort erwirtschafteten Gewinne von

11 Spiegel Online v. 13.12.2012, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/google-boss-eric-schmidt-ist-sehr-stolz-auf-steuertricks-a-872702.html>.

12 BFH v. 7.7.1998 – VIII R 10/96, BStBl. II 1999, 729.

13 W. Schön in FS Michael Hoffmann-Becking, 2013, S. 1085 (1089 f.).

14 Zur Unterscheidung von legaler Steuerplanung und illegaler Steuerhinterziehung vgl. auch J. Hey in FS Paul Kirchhof, Bd. II, 2013, § 153 Rz. 5.

15 Auf die seltener anzutreffenden Lizenzgebühren findet Art. 12 Abs. 1 OECD-MA Anwendung.

16 Aus dem Jahre 1989.

17 OECD-Aktionsplan v. 19.7.2013; ähnlich der Aktionsplan der EU-Kommission v. 6.12.2012 „Aggressive Tax Planning“ (ATP); s. dazu auch R. Pinkernell, ifst-Schrift Nr. 494 (2014),

S. 170 ff.

18 Vgl. zu dieser Maßnahme Nr. 1 des Aktionsplans R. Pinkernell, FR 2013, 737.

19 E. H. Brunner, Die Betriebsstätte und ihre internationale Bedeutung als Steuerart, 1954, S. 22 ff. m.w.N.

20 J. M. Mössner in FS Klaus Vogel, 2000, S. 945 (948).

21 Zu den Nachteilen der „bei höherem Steuersatz im Ansässigkeitsstaat protektionistisch wirkende(n) Anrechnungsmethode“ M. Lehner in FS Paul Kirchhof, Bd. II, 2013, § 151 Rz. 16 ff., sowie insbesondere das Vorabentscheidungsersuchen des BFH an den EuGH wegen der Nachteile der Anrechnungsmethode für die steuerliche Berücksichtigung privat veranlasster Aufwendungen: BFH v. 9.2.2011 – I R 71/10, BFH/NV 2011, 915.

vorneherein freistellt.²² Begründen lässt sich diese Aufteilung der Besteuerungsgewalt wie folgt: Beide Staaten – Ansässigkeitsstaat wie Quellenstaat – bieten dem Unternehmen, jeweils für ihren territorialen Bereich, die Vorteile ihres Standorts: Infrastruktur und Ressourcen sowie allgemeine technologische und wirtschaftliche Standards.

Die jeweiligen Steueransprüche von Ansässigkeits- und Quellenstaat lassen sich damit aber nur insoweit begründen, als diese auch eine gewisse Standortbindung zu den betreffenden Einkünften aufweisen. Herkömmlich erfolgt diese im Betriebsstättenstaat durch eine örtlich feste Geschäftseinrichtung, durch die Einkünfte erzielt werden. Die Betriebsstätte stellt also etwas dar wie einen zweiten Firmensitz im weiteren Sinne, wenn auch mit begrenzter Auswirkung auf gerade im Quellenstaat erzielte Einkünfte.

2. Rezeption im OECD-MA

Wie oben schon angesprochen, folgen viele Doppelbesteuerungsabkommen dem OECD-MA. Für die Steuerverteilung findet – im Regelfall, dass ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, welches dem OECD-MA folgt – der Betriebsstättenbegriff des Art. 5 Abs. 1 OECD-MA Anwendung. Dieser ist abkommensautonom auszulegen, so dass ein Rückgriff auf den innerstaatlichen Begriff des § 12 AO²³ an sich ausscheidet. Ungeachtet des unterschiedlichen Wortlauts beider Betriebsstättenbegriffe geht die Rechtspraxis aber davon aus, dass sie im Wesentlichen deckungsgleich sind,²⁴ so dass also bei der Auslegung des Art. 5 OECD-MA die inzwischen umfangreiche Rechtsprechung zu § 12 AO²⁵ zu berücksichtigen ist.²⁶ Danach ist der Begriff der Betriebsstätte durch zwei Merkmale definiert:

(1) Das Unternehmen muss im Ausland eine feste Geschäftseinrichtung unterhalten. Festigkeit verlangt räumliche Abgrenzbarkeit und örtliche Fixierung. Zwar ist hier keine auf Dauer fest bleibende physische Verbindung nötig wie etwa bei Gebäuden.²⁷ Gefordert wird aber eine sog. Belegenheit der Einrichtung: Sie muss sich also für eine gewisse Dauer an einem bestimmten Ort befinden.²⁸

(2) Das zweite Kriterium der Betriebsstätte ist die Verfügungsmacht des Unternehmens über diese feste Geschäftseinrichtung. Dem Unternehmen muss also – vertraglich oder aufgrund tatsächlicher Überlassung – eine auf einen Raum bezogene Rechtsposition einge-

räumt sein, die ihm ohne seine Mitwirkung nicht ohne weiteres entzogen werden kann.²⁹

Legt man nun diese Kriterien zugrunde, stellt sich die Frage, ob die amerikanischen IT-Unternehmen Betriebsstätten in Deutschland unterhalten, so dass sie der deutschen Besteuerungsgewalt unterfallen.

IV. Betriebsstätten beim E-Commerce

Das Merkmal der festen Geschäftseinrichtung ist beim E-Commerce fraglich. Google und Co. sind sog. Kundenunternehmen. Sie bieten Informationen, Dienstleistungen oder Waren über das Medium Internet an. Abgesehen von den Großkonzernen mit eigenen Rechenzentren (die aber auch nur bloße Hilfsfunktion haben und zudem oft außerhalb Deutschlands stehen) erfolgt das Geschäft nur noch ausnahmsweise mit eigenen Computersystemen. In der Regel greifen die Kundenunternehmen auf EDV-Dienstleister zurück, sog. Provider-Unternehmen, die Geräte, Leitungen und Wartungspersonal zur Verfügung stellen. Ein Internetserver ist nach klassischem Verständnis ein mit spezieller Software ausgestatteter Computer, der für bestimmte Kundenunternehmen reserviert ist. Man spricht insoweit auch vom dedizierten Server (dedicated Server). Seine Hardware bildet eine feste Geschäftseinrichtung mit hinreichender örtlicher Fixierung. Mangels Körperlichkeit sind dagegen Website und Software keine Betriebsstätten.³⁰ Die Verfügungsmacht über diesen Internetserver – also die Möglichkeit, die Anlage nach seinen Bedürfnissen zu nutzen und die dafür erforderlichen Entscheidungen zu treffen³¹ – steht dem Kundenunternehmen als bloßem Anbieter von Inhalten allerdings nicht zu. Es ist vielmehr das Providerunternehmen, das die Systeme seines Rechenzentrums jederzeit abschalten, also „den Stecker ziehen“ kann.³² Begründet wird eine Betriebsstätte mithin am Sitz des Providerunternehmens – im Googlefall in Irland, nicht aber in Deutschland, wo das Unternehmen physisch ja nicht präsent ist.

Die zentrale Frage ist nun: Lässt sich eine ausländische Betriebsstätte von Google als Kundenunternehmen wenigstens dann annehmen, wenn dieses über ein Passwort Zugriff auf gemieteten Speicherplatz hat? Ein Teil der Literatur will dies bejahen – immerhin erlange hier Google ein virtuelles Zutrittsrecht zu den Räumen des dedizierten Servers.³³ Die bloße Nut-

22 Die deutsche Steuerpraxis folgt i.d.R. der Freistellungsmethode; im innerstaatlichen Anwendungsbereich der Anrechnungsmethode (§§ 34c, 34d EStG; § 26 KStG) bestehen wesentliche Defizite, etwa die mangelnde Anrechnungsmöglichkeit bei der Gewerbesteuer; vgl. hierzu S. Brunsbach/D. Endres/J. Lüdicke/A. Schnitger, ifst-Schrift Nr. 492 (2013), S. 12.

23 Vgl. Art. 3 Abs. 2 OECD-MA.

24 Durchbrochen wird die Deckungsgleichheit nur durch Ausklammerung der Hilfs- und Vorbereitungstätigkeiten in Art. 5 OECD-MA, so BFH v. 30.10.1996 – I R 4/96, BStBl. II 1997, 15.

25 Innerstaatlich liegt die Bedeutung des § 12 AO in der Steuerpflichtbestimmung, § 49 EStG, sowie im Zusammenhang des Gewerbebetriebs, §§ 2 Abs. 1 Satz 3, Abs. 6 EStG.

26 So auch die Betriebsstättendefinition in der deutschen Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen, vgl. dazu S. Brunsbach/D. Endres/J. Lüdicke/A. Schnitger, ifst-Schrift Nr. 492 (2013), S. 106.

27 Die Geschäftseinrichtung muss also nicht festgemauert, festgeschraubt oder einbetoniert sein, BFH v. 9.10.1974 – I R 128/73, BStBl. II 1975, 203.

28 R. Möller, StuB 2005, 351.

29 Vgl. BFH v. 17.3.1982 – I R 189/79, BStBl. II 1982, 625.

30 OECD-Musterkommentar 2010, Art. 5 Anm. 42.2.

31 BFH v. 3.2.1993 – I R 80/91, BStBl. II 1993, 462.

32 Vgl. hierzu H. Tappe, IStR 2011, 870 (873).

33 W. Loewenstein/C. Looks, Betriebsstättenbesteuerung, 2003, Rz. 1425 ff.; H. Kahle/S. Ziegler, DStZ 2009, 834 (841).

zung von Speicherplatz begründet aber noch keine physische Präsenz im Sinne der Verwurzelung eines Unternehmens im Ort der unternehmerischen Tätigkeit. Zu leicht würde auch sonst die Möglichkeit eröffnet, durch geschickte Vertragsgestaltungen Betriebsstätten ohne wirtschaftliche Substanz zu schaffen.³⁴ Eine Betriebsstätte liegt auch hier nur beim Internetserver – im Googlefall in Irland. Die Nutzung von Speicherplatz eröffnet Google einen Wirkungsraum ins Inland – nach Deutschland. Dies erfolgt aber nicht in Deutschland. Ein dedizierter Server bildet also in keinem Fall eine inländische Betriebsstätte, auch wenn Google und Co. per Passwort aus der Ferne einen Vollzugriff haben.

Eine Verortung in Deutschland könnte aber vielleicht bei den neuen Informationstechnologien anzunehmen sein, die sich seit einigen Jahren herausgebildet haben: beim virtuellen Server und beim hierauf aufbauenden Cloud Computing.³⁵ Hier benötigt ein Kundenunternehmen wie Google – anders als beim dedizierten Server – keine feste Netzanbindung an ein fremdes Rechenzentrum. Es genügt ihm vielmehr ein internetfähiger Rechner, mit dem es sich Zugang verschafft zu einem virtualisierten Rechenzentrum. Beim Cloud Computing werden in den virtualisierten Rechenzentren automatisch – also ohne Einfluss des Kundenunternehmens – virtuelle Computersysteme bereitgestellt. Virtuelle Server sind mangels Körperlichkeit keine festen Geschäftseinrichtungen, als Betriebsstätten kommen sie also nicht in Betracht.³⁶ Für jedes virtuelle System gibt es aber mindestens ein physisches System, das die Software ausführt.³⁷ Für dieses physische System gilt das oben Gesagte entsprechend: Der Cloudeigentümer stellt Hardware zur Verfügung und erwirtschaftet seinen Gewinn unmittelbar mit dieser Dienstleistung während das Kundenunternehmen bei virtuellen Systemen in der Lage ist, diese von einem Land ins andere umzuschalten oder auch ganz abzuschalten.³⁸ Begründet wird beim Cloud Computing eine Betriebsstätte also beim Provider, nicht aber in Deutschland.

Die Selbstsicherheit, mit der sich Vertreter der IT-Unternehmen gegen jede Besteuerung ihrer Gewinne durch die Steuergewalt der Nutzerländer geschützt sehen, ist also durchaus berechtigt. Ihre Unternehmen wirken zwar nach Deutschland oder Frankreich hinein; sie sind dort jedoch mit ihren Anlagen örtlich nicht so verwurzelt, wie es der Betriebsstättenbegriff

verlangt – weder als Kundenunternehmen mit ihren inhaltlichen Angeboten, noch über ihre Provider.

V. Erweiterung des Betriebsstättenbegriffs?

1. Ein Ansatz: Entbehrlichkeit des Personaleinsatzes

Immerhin lassen sich – gerade in neuerer Zeit – bereits gewisse Ansätze zu einer Ausweitung des Betriebsstättenbegriffs feststellen mit dem erklärten Ziel, den Zugriff der Quellenstaaten auf das Steuersubstrat zu erleichtern. Seit dem Pipelineurteil des BFH aus dem Jahr 1996³⁹ steht fest: Der Einsatz von Personen ist in einer Betriebsstätte nicht erforderlich. Eine vollautomatisch arbeitende Anlage, die aus dem Ausland ferngesteuert wird, erfüllt noch immer den Betriebsstättenbegriff.⁴⁰ Entschieden wurde dies für § 12 AO, bald ist dem das Bundesfinanzministerium in seinem Betriebsstättenenerlass gefolgt.⁴¹ Auch dem abkommensrechtlichen Betriebsstättenbegriff liegt inzwischen dieses Verständnis zugrunde.⁴² Literaturstimmen, die in dem Begriff „Ausübung“, wie er in Art. 5 OECD-MA verwendet wird, eine personale Komponente und damit eine notwendig menschliche Tätigkeit sahen,⁴³ konnten sich nicht durchsetzen. Der Begriff der Betriebsstätte sollte innerstaatlich und abkommensrechtlich für neue technologische Errungenschaften gerüstet sein, in denen menschliche Arbeitskraft immer seltener wird.⁴⁴ Im Fall des E-Commerce hilft der bloße Verzicht auf Personaleinsatz im Inland jedoch noch nicht weiter. Bei dedizierten wie virtuellen Servern bleibt die Hardware der Provider als örtlich feste Geschäftseinrichtung im Ausland aufgestellt, so dass sich im Inland nicht einmal eine personallose feste Betriebseinrichtung befindet.

2. Zweiter Ansatz: Betrieb des Unternehmens als Betriebsstätte

Auch eine andere Entwicklung hat zu einer erheblichen Erweiterung des Betriebsstättenbegriffs geführt. Aus dem Text des OECD-MA ist sie zwar nicht ersichtlich, denn dieser blieb unverändert. Ohne Beteiligung der nationalen Parlamente wurden jedoch sukzessive mehrere Modifikationen in dem für seine Auslegung politisch höchst bedeutsamen OECD-Musterkommentar vorgenommen.⁴⁵ Nach der Revision des OECD-Musterkommentars 2003 soll der Wortlaut des Art. 5

34 So i.Erg. auch OECD-Musterkommentar 2010, Art. 5 Anm. 42.3.

35 Ausführlich zum Cloud Computing O. Heinsen/O. Voß, DB 2012, 1231.

36 Zu § 12 Satz 2 Nr. 6 AO (Verkaufsstelle) und dem dort ebenfalls erforderlichen Merkmal der festen Geschäftseinrichtung vgl. BFH v. 17.9.2003 – I R 12/02, BStBl. II 2004, 396.

37 Nach dem bisherigen Stand der Technik erscheint die Möglichkeit, Server-Systeme von Satelliten aus zu betreiben, theoretisch, vgl. dazu BFH v. 17.2.2000 – I R 130/97, BFH/NV 2000, 1182.

38 In diesem Sinne auch H. Tappe, IStR 2011, 870 (873), sowie A. Musil in W. Hübschmann/E. Hepp/A. Spitaler (FN 2), § 12 Rz. 43g, 43h.

39 BFH v. 30.10.1996 – II R 12/92, BStBl. II 1997, 12; ebenso V. Käbisch, DStR 2001, 373 (376).

40 V. Böhme-Neßler, FR 2001, 1089 (1091) m.w.N., der auch die Unterschiede zum umsatzsteuerrechtlichen Betriebsstättenbegriff (§ 3a UStG) herausstellt, der Personaleinsatz verlangt; s. dazu V. Böhme-Neßler, MMR 2001, 203 (205).

41 Siehe dazu den sog. Betriebsstättenenerlass der Bundesfinanzverwaltung, BMF v. 24.12.1999 – IV B 4 - S 1300 - 111/99, BStBl. I 1999, 1076.

42 Vgl. dazu OECD-Musterkommentar 2010, Art. 5 Anm. 42.2, 42.6.

43 F. Wassermeyer in H. Debatin/F. Wassermeyer, DBA, Art. 5 MA Rz. 31; V. Buciek, DStZ 2003, 142.

44 Krit. zum Pipelineurteil des BFH v. 30.10.1996 (FN 39) als bedenkliche Erweiterung des traditionellen Betriebsstättenbegriffs J. M. Mössner in FS Klaus Vogel (FN 20), 961.

45 Vgl. hierzu auch den Überblick bei R. Pinkemell, ifst-Schrift Nr. 494 (2014), S. 85 f.

Abs. 1 OECD-MA „feste Geschäftseinrichtung, durch die die Tätigkeit eines Unternehmens (...) ausgeübt wird“⁴⁶ weit auszulegen sein: Der Unternehmer muss nicht mehr notwendig Verfügungsmacht über eine feste Geschäftseinrichtung haben. Vielmehr begründen auch bloße Dienstleistungen eine Betriebsstätte, selbst wenn sie an einer fremden Geschäftseinrichtung erfolgen, etwa in den Räumen des Auftraggebers. Beispiel dafür ist die im OECD-Musterkommentar ausdrücklich behandelte, sog. Anstreicherbetriebsstätte: Ein deutscher Maler, der im Rahmen eines Großauftrags zwei Jahre lang wöchentlich drei Tage im ausländischen Bürokomplex eines Kunden tätig ist, soll nur durch Ausübung dieser Dienstleistungstätigkeit eine ausländische Betriebsstätte begründen.

Hierin liegt nicht nur die behauptete weite Auslegung des Wortlauts des Art. 5 OECD-MA. Das Kriterium der festen Geschäftseinrichtung, über die der Unternehmer Verfügungsmacht haben muss, ist vielmehr aufgegeben. Was eine Betriebsstätte ist, bestimmt nicht mehr – wie bisher – die örtliche Lokalisierung, die „Stätte“. Maßgeblich ist vielmehr die Tätigkeit des Unternehmers, der Betrieb. Insofern hat sich im OECD-Musterkommentar bereits ein Wandel von der Stätte zum Betrieb vollzogen.⁴⁷

In der Revision des OECD-Musterkommentars 2008 setzte sich diese Entwicklung fort mit der Einführung der sog. Dienstleistungsbetriebsstätte: Hier wird eine ausländische Betriebsstätte fingiert, wenn ein Unternehmer im Rahmen eines Großprojekts an mindestens 183 Tagen im Jahr in einem ausländischen Staat tätig ist. Für 2014 ist eine weitere Revision des OECD-Musterkommentars geplant – mit gleicher Zielrichtung: Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsbetriebsstätte soll noch erweitert werden, insbesondere durch Einbezug von Kurzzeitbetriebsstätten; danach soll eine Dienstleistungstätigkeit von nur vier Monaten im Ausland genügen, um dort eine Betriebsstätte zu begründen.

Kritisch gesehen wird diese Entwicklung nicht nur von der deutschen Finanzverwaltung sondern insbesondere auch vom BFH: Zu § 12 AO, der ja deckungsgleich mit Art. 5 OECD-MA auszulegen sein soll, heißt es in einer neueren Grundsatzentscheidung: „Das bloße Tätigwerden in den Räumlichkeiten des Vertragspartners genügt für sich genommen nicht, um die erforderliche Verfügungsmacht zu begründen. Das gilt selbst dann, wenn die Tätigkeit zeitlich wiederholt oder sogar dauerhaft erbracht wird. Neben der zeitli-

chen Komponente muss vielmehr auch eine örtliche Verwurzelung des Unternehmens mit dem Ort der unternehmerischen Tätigkeit vorliegen.“⁴⁸

Von der Bundesregierung wurde die Dienstleistungsbetriebsstätte dennoch in zahlreichen revidierten und neuen Doppelbesteuerungsabkommen vereinbart,⁴⁹ u.a. 2008 mit Südafrika,⁵⁰ 2011 mit China⁵¹ und Taiwan⁵² sowie 2012 mit der Türkei.⁵³ Für international tätige Unternehmen führt diese Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit.⁵⁴ Denn auf Grundlage der Dienstleistungsbetriebsstätte müssen sie bei einem Auftrag in einem dieser Vertragsstaaten befürchten, dass bei längerer Aufenthaltsdauer rückwirkend eine Steuerpflicht im Tätigkeitsstaat begründet wird. Auch für die betroffenen Steuerverwaltungen im In- und Ausland führt die Dienstleistungsbetriebsstätte bereits jetzt zu erheblichem Mehraufwand.

Google und Co. können sich von dieser Entwicklung an sich unbeeindruckt zeigen. Anders als ein chinesischer Computerspezialist mit Greencard werden sie selbst in Deutschland ja nicht tätig, den Ort ihrer Tätigkeit und den ihrer Provider können sie selbst bestimmen. Die Tendenz zur Aufgabe des Kriteriums der örtlichen Verwurzelung und seine vollständige Ersetzung durch das Kriterium der Tätigkeit, eben des Betriebs des Unternehmens, braucht sie im Grundsatz nicht zu interessieren.

Einen Weg gäbe es aber vielleicht, auf der Grundlage dieser neuen, tätigkeitsbezogenen Auslegung eine Betriebsstätte von IT-Unternehmen auch in Deutschland anzunehmen: den Einbezug der deutschen Google-User in ein globales elektronisches Leistungssystem. Zu konstruieren wäre dieses wie folgt: Durch Google-Anfragen setzen die Nutzer die Geschäftstätigkeit dieses IT-Unternehmens in Lauf, sie können gewissermaßen als Nachfrageagenten der US-Unternehmen verstanden werden, indem durch die eigene Tätigkeit der Nutzer – die Inanspruchnahme des Systems – sie für Google und Co. deren Einkünfte mitgenerieren. Auch könnte die Mitwirkung inländischer Nutzer darin gesehen werden, dass sie Google ihre eigenen Daten überlassen und diesem Unternehmen dadurch Betriebsstätten vermitteln – so hat dies für Frankreich der sog. Collin-Colin-Report versucht.⁵⁵ Google und Co. würden damit über unzählige Betriebsstätten in Deutschland tätig: User wären Teile des Server-Systems – „User als Server“ – „User als Servierer von Einkünften an Google ins Niedrigsteuerland“.

Diese Vorstellungen würden die IT-Giganten zwar nach Deutschland holen, aber um welchen Preis? Die

46 Fixed place of business through which the business of an enterprise is carried on.

47 Vgl. zum Begriff des Betriebs § 1 Abs. 2 HandwO, wo eine feste Geschäftseinrichtung, eine Stätte, nicht erforderlich ist.

48 BFH v. 4.6.2008 – I R 30/07, BStBl. II 2008, 922.

49 Jeweils in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe b.

50 Revisionsabkommen vom 9.9.2008, noch nicht in Kraft getreten; vgl. C. Hensel, IWB 2013, 82.

51 Revisionsabkommen vom 12.7.2011, vgl. C. Hensel, IWB 2013, 82.

52 Erstmaliges Abkommen vom 28.12.2011. Das DBA-Taiwan stellt keinen völkerrechtlichen Vertrag dar, da Deutschland Taiwan nie als souveränen Staat anerkannt hat. Die

innerstaatliche Umsetzung des Abkommens erfolgt daher nicht durch Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG, sondern durch nationales Steuergesetz, vgl. BR-Drucks. 169/12.

53 In Kraft getreten am 1.8.2012, nach dessen Art. 30 Abs. 2 bereits ab dem 1.1.2011 anzuwenden.

54 Diese beginnt bereits bei den variierenden Definitionen des Betriebsstättenbegriffs, vgl. dazu S. Brunsbach/D. Endres/J. Lüdicke/A. Schnitger, ifst-Schrift Nr. 492 (2013), S. 162.

55 Gutachten von P. Collin/N. Colin, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique vom Januar 2013, abrufbar unter: http://www.economie.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf.

Konstruktion eines globalen elektronischen Leistungssystems liefe gerade dem Sinn und Zweck des Betriebsstättenprinzips zuwider, Besteuerungsansprüche verschiedener Staaten voneinander abzugrenzen⁵⁶ – eine Aufgabe, die dem Betriebsstättenbegriff schon immer zukommt – seit seinen Anfängen in Preußen.

Denn ein globales Leistungssystem wäre ubiquitär – und damit gerade kein Zuordnungskriterium im Sinne des Internationalen Steuerrechts.

Für die Besteuerung der IT-Unternehmen bleibt das Ergebnis unbefriedigend: Ihre Betriebsstätte liegt am Ort der festen Geschäftseinrichtung ihrer Provider, nicht am Ort ihrer Tätigkeit, damit jedenfalls nicht in Deutschland.

3. Dritter Ansatz: Wirkungsort der unternehmerischen Tätigkeit

Nachdem eine Verschiebung der Betriebsstätte von der festen Geschäftseinrichtung zum Leistungserbringungsort ausscheidet, könnte man den E-Commerce steuerlich dadurch zu erfassen suchen, dass man auf die Wirkungen der Tätigkeit der US-Unternehmen abstellt. Versucht wird dies über den Begriff des Marktzugangs, den US-Unternehmen mit ihren Datenströmen im Inland bewirken. Besteuert würde der Nutzen des Marktzugangs, den die IT-Unternehmen ermöglichen. Ihre Einkünfte für den wirtschaftlichen Nutzen ihrer Leistungen würden dann als in Deutschland erwirtschaftet gelten, wo eine Betriebsstätte (im Sinne einer Wirkstätte) läge. Abgehoben würde dabei auf die durch den jeweiligen Markt örtlich begrenzte Wirkung der Google-Leistungen im Inland, eben auf deren Markt-Wirksamkeit.

Doch auch diese Erweiterungskonstruktion begegnet entscheidenden Bedenken. Zwar mag der Bezug auf einen Markt eine gewisse lokale Anbindung der Google-Leistung bewirken, ihrer Entörtlichung also entgegenwirken. Dies erfolgt aber über deren Wirkung im Inland, nicht über den Produktionsvorgang der Leistung selbst, der nach wie vor im Ausland stattfindet. Eine Verlagerung der Steuerpflicht vom Aufwand an einer Leistungsproduktionsstätte auf die Wirkung der von dort aus erbrachten Leistung brächte vielmehr eine Veränderung des Steuerobjekts mit sich. Gegenstand der Besteuerung in Deutschland wären nicht mehr die Erträge, die Google als Preis für seine Leistung aus Deutschland erzielt, sondern die Wirkungen dieser Leistungen. Hier aber führen die Google-Leistungen selbst gerade nicht zu Einkünften. Die deutschen Nutzer ermöglichen nur die Geschäfte von Google und Co. Nicht Gewinne aus den Datenübertragungsgeschäften selbst wären dann Besteuerungsgegenstand im Sinne einer Einkommensteuer des „Betriebs eines Internet-Commerce-Gewerbes“; vielmehr

wären die Datenströme selbst Besteuerungsgegenstand.

Der Wirtschaftsfluss als solcher ist aber nicht Besteuerungsgegenstand der Einkommensteuer, sondern Steuerobjekt der Umsatzsteuer. Die Besteuerung des Electronic Commerce müsste dann auch in dieser Form durchgeführt werden.

Der Entwicklung zu einer solchen Umsatzbesteuerung stehen entscheidende Bedenken, vor allem steuerpolitischer Art, entgegen. Eine solche Steuer trifft nicht wie eine an einer Betriebsstätte erhobene Ertragsteuer die Gewinne. Belastet würde vielmehr der grenzüberschreitende, von den US-Firmen vermittelte, nationale Geschäftsverkehr. Deutsche Exporte würden teurer – ein höchst unerfreuliches Ergebnis für die Wirtschaft des Exportlandes Deutschland.⁵⁷ Die Gerechtigkeitslücke, die bei Electronic Commerce beklagt wird, würde gerade nicht geschlossen, anstatt Google und Co. würden deutsche Firmen zur Kasse gebeten.

Aus dieser Einsicht heraus hält sich das Bundesfinanzministerium bei der Besteuerung der Internet-Geschäfte auch zurück. Die IT-Unternehmen wirken als Teil, als Motor der deutschen Exportwirtschaft. Soll man diese drosseln und damit gar unser Wirtschaftssystem gefährden?

4. Erweiterung des Betriebsstättenbegriffs als Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip

Eine Erweiterung des Betriebsstättenbegriffs – im Sinne eines Abstellens auf die unternehmerische Tätigkeit oder gar auf die Wirkungen unternehmerischen Handelns – verbietet sich aber noch aus einem weiteren Grund, der aus Sicht der Steuerrechtswissenschaft sogar der entscheidende ist: Sie verstieße gegen ein Fundamentalprinzip des Internationalen Steuerrechts, das sog. Äquivalenzprinzip. Der jeweilige Staatsbeitrag für eine Einkünfteerzielung einerseits und die dafür von den Unternehmen zu bezahlenden Steuern auf der anderen Seite müssen sich wechselseitig entsprechen. *Klaus Vogel* begründete das Äquivalenzprinzip – unter Rückgriff auf einen Aufsatz von *Georg von Schanz* aus dem Jahre 1892⁵⁸ – mit einem (von ihm so bezeichneten) nutzentheoretischen Argument: Der im Ausland tätige Unternehmer nutze die Arbeitskräfte, die natürlichen Gegebenheiten, die Infrastrukturleistungen, die Rechtsordnung und den Markt des Quellenstaats.⁵⁹ Der Wohnsitzstaat trage zur Erzielung dieser Einkünfte praktisch nichts bei; dass er seinen im Ausland tätigen Staatsbürgern Schutz gewähre, sei nicht mehr hoch zu veranschlagen. Dieser Grundgedanke ist es, der den Betriebsstättenbegriff nach Art. 5 OECD-MA trägt: Nur wenn ein Unternehmer Verfügungsmacht über eine feste Geschäftseinrichtung hat, nutzt er die genannten Ressourcen des Quellenstaates.

⁵⁶ Die begrenzende Funktion des Betriebsstättenbegriffs betont insbesondere *J. M. Mössner* in FS Klaus Vogel, 2000, 947.

⁵⁷ Vgl. hierzu auch die deutsche „Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen“ vom 22.8.2013, sowie S.

Brunsbach/D. Endres/J. Lüdicke/A. Schnitger, ifst-Schrift Nr. 492 (2013), S. 11.

⁵⁸ *G. Schanz*, FinArch. Bd. 9 (1892), S. 365 ff.

⁵⁹ *K. Vogel* in *K. Vogel*, Grundfragen des Internationalen Steuerrechts, DStJG Bd. 8 (1985), S. 27.

Dieser Grundgedanke ist es, der den Betriebsstättenbegriff nach Art. 5 OECD-MA trägt: Nur wenn ein Unternehmer Verfügungsmacht über eine feste Geschäftseinrichtung hat, nutzt er die Arbeitskräfte, die natürlichen Gegebenheiten, die Infrastrukturleistungen und die Rechtsordnung des Quellenstaates. Übt er dagegen nur Dienstleistungen aus, kommen ihm immerhin – auch bei längerer und insbesondere bei kürzerer Tätigkeit im Ausland – die Leistungen des Wohnsitzstaats im Rahmen seines Privatlebens zugute: Für die Konstruktion einer Betriebsstätte besteht weder Grund noch Rechtfertigung. Maßgeblich für das Verhältnis zwischen Wohnsitz- und Quellenstaat bleibt also die räumliche Belegenheit von Vermögen. Daher sind sämtliche Bemühungen, die Betriebsstätte von der Stätte zur Tätigkeit zu verschieben, von vorne herein zum Scheitern verurteilt. Dies betrifft die 2003 eingeführte Anstreicherbetriebsstätte, die später aufgekommene Dienstleistungsbetriebsstätte sowie auch die von einer Arbeitsgruppe des OECD-Fiskalausschusses geplante Revision des OECD-Musterabkommens im Jahre 2014. Erst recht muss dies für alle Versuche gelten, den Betriebsstättenbegriff auch auf die Wirkungen der unternehmerischen Tätigkeit zu erstrecken, auf ihre Inanspruchnahme des deutschen Marktes.

Ein deutscher Markt ist für den elektronischen Geschäftsverkehr – wie sich oben gezeigt hat – eine ohnehin problematische Konstruktion. Der Internetmarkt der Globalisierung ist ubiquitär – insoweit ist das nutzungstheoretische Argument zeitgemäß auszuliegen.

Gerade die Äquivalenztheorie und ihre nutzungstheoretische Begründung mahnen also zur Rückkehr – zur Besinnung auf den traditionellen Begriff der Betriebsstätte, wie er bereits vom Preußischen OVG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1902 beschrieben wurde: „Voraussetzung einer Betriebsstätte ist, wie schon der

ersten Hälfte des Wortes zu entnehmen ist, ein umgehender Betrieb, der nach der zweiten Hälfte des Wortes („Stätte“) auf einer mehr oder minder dauernd zum Betrieb gewidmeten und tatsächlich dienenden Stelle ausgeübt wird. Eine Betriebsstätte, der die Eigenschaft des bleibenden, örtlichen Mittelpunktes des auf sie angewiesenen Betriebes mangelt, gibt es nicht.“⁶⁰

VI. Resümee

Die Erweiterung des herkömmlichen Betriebsstättenbegriffs ist damit kein gangbarer Weg, die Gewinne amerikanischer IT-Unternehmen deutscher Besteuerung zu unterwerfen. Eine Besteuerung des E-Commerce sollte auch nicht in der Weise gestaltet werden, dass dies einer besonderen Form der Umsatzsteuer gleichkäme.

Die aktuellen Vorschläge der OECD zur allgemeinen Bekämpfung von Gewinnverlagerungen – die hier nicht im Einzelnen behandelt werden können – laufen letztlich auf eines hinaus: Die Staaten sollten die internationale Konzernbesteuerung zunächst über Doppelbesteuerungsabkommen, und sodann – so weitreichend wie möglich – durch multilaterale Umsetzungsvereinbarungen reformieren.⁶¹ In dieses Boot aber müssten vor allem die USA geholt werden: Nur ihre konsequent angewandte Hinzurechnungsbesteuerung⁶² könnte die Steueroasen endlich trocken legen.⁶³ Aus Wettbewerbsgründen haben die Amerikaner die Oasengewinne bisher aber bewusst nicht besteuert. Internationale Unternehmen sollen sich vielmehr verstärkt in den USA ansiedeln, und daher wird dort jede Diskussion über Oasengewinne abgeblockt.⁶⁴ Hier aber hören auch diese Überlegungen auf. Denn es endet das Steuerrecht, es beginnt die Steuerpolitik.

⁶⁰ Entscheidungen des Preuß. OVG in Staatssteuersachen 10, 121.

⁶¹ Vgl. zum weltweiten Netz von über 3000 DBA W. Schön, Internationales Steuerrecht in FS Paul Kirchhof, 2013, S. 1625 (1628).

⁶² Zu der „Laissez-Faire-Mentalität des amerikanischen Steuergesetzgebers“, insbesondere dem „repatriation tax holiday“ vgl. R. Pinkernell, FR 2013, 737 (738).

⁶³ In diesem Sinne auch der Präsident des BFH Rudolf Mellinghoff in Wirtschaftswoche vom 16.3.2013: Dass Google und Amazon nur eins bis drei Prozent Steuern auf ihre Ge-

winne zahlten seien „extreme Auswüchse“, eine erhebliche Benachteiligung für deutsche Unternehmen, die im internationalen Wettbewerb stünden. Abrufbar unter: <http://www.wiwo.de/politik/deutschland/rudolf-mellinghoff-bundesfinanzhof-kritisiert-extreme-auswuechse-bei-google-und-amazon/7934882.html>.

⁶⁴ Vgl. dazu Guardian vom 14.7.2013: US blocks crackdown on tax avoidance by net firms like Google and Amazon, abrufbar unter: <http://www.theguardian.com/business/2013/jul/14/us-tax-avoidance-google-amazon>.

Verdeckte Gewinnausschüttungen im Dreiecksverhältnis und wirtschaftliche Betrachtungsweise

JProf. Dr. KATRIN HAUSSMANN, Technische Universität Ilmenau

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einleitung II. Wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Rechtsfolgenbeurteilung III. Umsetzung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur Rechtsfolgenbeurteilung <ul style="list-style-type: none"> 1. Umqualifizierung und Vorteilsverbrauch 2. Einsatz von Fiktionen IV. Verdeckte Gewinnausschüttungen zwischen Schwestergesellschaften <ul style="list-style-type: none"> 1. Die Dreieckstheorie des BFH 2. Zuwendung eines einlagefähigen Wirtschaftsguts in Form einer Unterpreislieferung <ul style="list-style-type: none"> a) Sachverhalt b) Aktuelle Rechtsauffassung | <ul style="list-style-type: none"> c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Beurteilung 3. Zuwendung eines einlagefähigen Wirtschaftsguts in Form einer Überpreisleistung <ul style="list-style-type: none"> a) Sachverhalt b) Aktuelle Rechtsauffassung c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Beurteilung 4. Zuwendung eines (nicht einlagefähigen) Nutzungsvorteils in Form einer Unterpreisleistung <ul style="list-style-type: none"> a) Sachverhalt b) Aktuelle Rechtsauffassung c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Beurteilung V. Zusammenfassung und Ergebnis |
|--|---|

I. Einleitung

Im Zusammenhang mit Konzernstrukturen auftretende verdeckte Gewinnausschüttungen führen regelmäßig zu komplexen Rechtsfolgen, da hierbei im Gegensatz zum Grundfall der verdeckten Gewinnausschüttung nicht nur zwei, sondern mehrere Personen beteiligt sind.¹ Liegt das Konstrukt einer gemeinsamen Muttergesellschaft mit zwei Tochtergesellschaften vor, können verdeckte Gewinnausschüttungen im sog. Dreiecksverhältnis auftreten. Bereits im Jahr 1967 stellte *Meyer-Amdt* fest, dass diese Dreiecksverhältnisse ein Problem für sich seien.² Wenn man zudem berücksichtigt, dass verdeckte Gewinnausschüttungen bei der Betriebsprüfung eines der zentralen Themen und insbesondere im Bereich der GmbH die primäre steuerliche Risikoquelle darstellen, wird die Bedeutung dieses Rechtsinstituts offensichtlich.³

Eine wichtige Rolle bei der Beurteilung von verdeckten Gewinnausschüttungen im Dreiecksverhältnis spielen Fiktionen. Obwohl der BFH ausdrücklich davon Abstand genommen hat, eine Besteuerung auf der Grundlage eines unterstellten, fiktiven Sachverhalts vorzunehmen, wird im Dreiecksverhältnis regelmäßig angenommen, dass die nicht der Fremdüblichkeit genügende Transaktion zwischen den beiden Tochtergesellschaften über die gemeinsame Muttergesellschaft abgewickelt wird.⁴

Dieser ertragsteuerlichen Fiktion eines Laufwegs über den Gesellschafter, der den erhaltenen Vorteil an die nahe stehende Person weiterleitet, hat der BFH in seiner vieldiskutierten Rechtsprechung zur Schenkungsteuer bei verdeckten Gewinnausschüttungen jedoch eine Absage erteilt. Für die Schenkungsteuer hatte der BFH entschieden, dass diese auf einer Fiktion beruhende Betrachtungsweise des Ertragsteuerrechts auf das Schenkungsteuerrecht nicht anzuwenden sei. Insbesondere wurde die Abwicklung der verdeckten Gewinnausschüttung über den Gesellschafter abgelehnt, denn es sei nicht davon auszugehen, dass der Gesellschafter die verdeckte Gewinnausschüttung erhalten und diesen Vorteil an eine ihm nahe stehende dritte Person weitergegeben habe.⁵

Diese Ablehnung des Laufwegs über den Gesellschafter für die Schenkungsteuer schafft den Anlass, sich näher mit der in der gegenwärtigen Literatur kaum hinterfragten ertragsteuerlichen Würdigung von verdeckten Gewinnausschüttungen im Dreiecksverhältnis sowie dem Einsatz von Fiktionen in diesem Zusammenhang zu beschäftigen. Dabei wird deutlich, dass die vom BFH dargelegte Behandlung von verdeckten Gewinnausschüttungen im Dreiecksverhältnis in ihrem Ergebnis wirtschaftlich nicht überzeugen kann. Der nachfolgende Beitrag zeigt entsprechende Besteuerungsprobleme auf und stellt diesen eine systemgerechte Lösung für die Besteuerung von verdeckten Gewinnausschüttungen im Dreiecksverhältnis gegenüber.

1 Vgl. *F. Lang* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KStG, § 8 Abs. 3 Teil C, Rz. 800.

2 Vgl. *L. Meyer-Amdt*, DB 1967, 1281 (1285).

3 Vgl. *P. Zimmermann*, DB 2005, 1650, m.w.N.

4 Vgl. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348.

5 Vgl. BFH v. 7.11.2007 – II R 28/06, BStBl. II 2008, 258. Anfang

2013 präzisiert der BFH seine Rechtsprechung, indem er darlegt, dass nicht nur nicht zwischen Gesellschafter und nahe stehender Person, sondern ebenso wenig zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter eine freigebige Zuwendung vorliege, vgl. BFH v. 30.1.2013 – II R 6/12, BStBl. II 2013, 930.

II. Wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Rechtsfolgenbeurteilung

Bei der Gesetzesauslegung und Würdigung von Sachverhalten im Steuerrecht ist stets die wirtschaftliche Natur des Sachverhalts entscheidend.⁶ So erfordert der Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Sachverhalte im Zweifel nach dem wirtschaftlichen Ergebnis zu beurteilen. Dieser Grundsatz greift immer dann, wenn das wirtschaftliche Ergebnis eines Sachverhalts von der formalen Gestaltung des Sachverhalts abweicht. In der internationalen Rechnungslegung ist dieses Prinzip als ‚substance over form‘ bekannt. Hierbei wird klar, dass die äußere Form eines Sachverhalts im Zweifelsfall nicht entscheidend sein kann.

Eine solche Gegebenheit liegt auch bei verdeckten Gewinnausschüttungen vor: Nach der äußeren Form führt eine verdeckte Gewinnausschüttung zunächst zu einer Minderung (bzw. zu einer verhinderten Erhöhung) des Einkommens bei der leistenden Gesellschaft. Weil diese jedoch ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat und nicht auf dem Marktergebnis beruht, ist dieser Vorgang entsprechend zu korrigieren. Der vordergründig der Sphäre der Einkommenserzielung zuzurechnende Sachverhalt wird der Einkommensverwendung zugeschlagen.⁷ Es handelt sich damit um einen Akt der Einkommensverwendung, der in einen Mantel der Einkommenserzielung gekleidet ist.⁸

Zweck der Erfassung von verdeckten Gewinnausschüttungen ist es, Einkommensverlagerungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu verhindern und damit die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sicherzustellen. Nur Minderungen des Einkommens, die auf der Teilnahme am Marktgeschehen beruhen, sollen im Rahmen der Besteuerung berücksichtigt werden, nicht jedoch gesellschaftlich veranlasste.⁹ Damit soll nur das tatsächlich am Markt erwirtschaftete erfasst und der Besteuerung unterworfen werden. Auf die äußere Bezeichnung kann es nicht ankommen; vielmehr ist entsprechend der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der ‚wirtschaftliche Kern‘ der Besteuerung zuzuführen.¹⁰

III. Umsetzung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur Rechtsfolgenbeurteilung

1. Umqualifizierung und Vorteilsverbrauch

Um das wirtschaftliche Ergebnis des der verdeckten Gewinnausschüttung zugrunde liegenden Sachverhalts besteuern zu können, bedient man sich zweier

Instrumentarien, der Umqualifizierung und des Vorteilsverbrauchs.

Die Umqualifizierung dient dazu, eine mögliche Doppelbesteuerung beim empfangenden Gesellschafter zu verhindern. Beim Gesellschafter ist zu prüfen, ob die als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizierenden Bezüge dessen Einkommen nicht schon in anderer Weise erhöht haben; ggf. findet eine Umqualifizierung der ursprünglichen Einkünfte in Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG statt.

Beispiel 1: Umqualifizierung

Die M-GmbH gewährt ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer M ein Gehalt i.H.v. 180 000 €, das um 100 000 € überhöht ist.

Lösung:

Der überhöhte Betriebsausgabenabzug auf Ebene der M-GmbH wird gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG durch eine außerbilanzielle Hinzurechnung i.H.v. 100 000 € kompensiert. Bei M liegen Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG) i.H.v. 100 000 € vor; seine Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 EStG) mindern sich um 100 000 € auf 80 000 €. Im Ergebnis werden Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit in Einkünfte aus Kapitalvermögen umqualifiziert; es resultiert dasselbe Ergebnis, als wenn von Anfang an fremdübliche Bedingungen bei der Vereinbarung des Geschäftsführergehalts vorgelegen hätten.

Die wirtschaftliche Sichtweise ist auch im Falle einer verdeckten Gewinnausschüttung in Form einer verhinderten Vermögensmehrung anzuwenden. Bei einer solchen verdeckten Gewinnausschüttung erspart sich der Gesellschafter Aufwendungen (verbilligte Nutzungsüberlassung) bzw. Ausgaben (verbilligte Übertragung von Wirtschaftsgütern). Verbraucht der Gesellschafter diesen Vorteil für betriebliche Zwecke bzw. für eine andere Einkunftsquelle (sog. Vorteilsverbrauch), muss sich dies steuerlich auswirken können,¹¹ und es müssen die dem wirtschaftlichen Grundgehalt des Sachverhalts entsprechenden Rechtsfolgen eintreten.

Beispiel 2: Vorteilsverbrauch führt zu laufendem Aufwand

Die M-GmbH gewährt ihrem Gesellschafter M ein zinsloses Darlehen mit einem jährlichen Zinsvorteil i.H.v. 100 000 €. M hat das Darlehen zur Finanzierung eines Mietshauses verwendet.

Lösung:

Die verhinderte Vermögensmehrung auf Ebene der M-GmbH wird gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG durch

6 Vgl. H. Westerfelhaus/A. Glade, Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem, 1961, S. 3, 36.

7 Vgl. G. Frotscher in Frotscher/Maas, KStG/GewStG/UmwStG, Anhang zu § 8 KStG, Rz. 205a.

8 Vgl. H. Westerfelhaus/A. Glade, Verdeckte Gewinnausschüttung (FN 6), S. 12, 40; W. Steinberg, Die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung und des verdeckten Kapitals, StuR 1963 Band 16, 15; U. Niemann, Probleme der Gewinn-

realisierung innerhalb des Konzerns, 1968, S. 110, 127.

9 Vgl. F. Lang in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8 Abs. 3 Teil C, Rz. 4.

10 Vgl. H. Westerfelhaus/A. Glade, Verdeckte Gewinnausschüttung (FN 6), S. 25; vgl. H. Westerfelhaus, DB 1967, 1738.

11 Vgl. F. Lang in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8 Abs. 3 Teil C, Rz. 806.

eine außerbilanzielle Hinzurechnung i.H.v. 100 000 € kompensiert. Bei M liegen Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG) i.H.v. 100 000 € vor; er hat den Zinsvorteil für eine andere Einkunftsquelle ‚Mietshaus‘ verwendet (Vorteilsverbrauch), so dass Werbungskosten i.H.v. 100 000 € bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gem. § 21 EStG abziehbar sind. Im Ergebnis resultiert dasselbe Ergebnis, als wenn von Anfang an fremdübliche Bedingungen vorgelegen hätten.

Beispiel 3: Vorteilsverbrauch führt zu Anschaffungskosten

Die M-GmbH veräußert an ihren Gesellschafter M ein Grundstück zum Buchwert von 100 000 €. Das Grundstück hat einen gemeinen Wert von 200 000 €.

Lösung:

Auf Ebene der M-GmbH werden außerbilanziell 100 000 € hinzugerechnet. Bei M liegen Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG) i.H.v. 100 000 € vor; er hat die vGA für sein Grundstück verwendet (Vorteilsverbrauch), so dass zusätzliche Anschaffungskosten i.H.v. 100 000 € entstehen (die ggf. bei einer späteren Veräußerung den Veräußerungsgewinn gem. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG mindern). Im Ergebnis resultiert dasselbe Ergebnis, als wenn von Anfang an fremdübliche Bedingungen vorgelegen hätten.

Ebenso wie die Umqualifizierung der Einkunftsarten regelt der Vorteilsverbrauch damit die Rechtsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung beim Gesellschafter, die über die reine Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung als sonstiger Bezug gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG hinausgehen, und dient damit dazu, Doppelerfassungen zu vermeiden und den wirtschaftlichen Grundgehalt des Sachverhalts zu erfassen.

2. Einsatz von Fiktionen

Nach der älteren Rechtsprechung des BFH war eine verdeckte Gewinnausschüttung mit Hilfe der sog. Fiktionstheorie zu korrigieren. Es wurde nicht der formal verwirklichte, sondern ein fiktiver Sachverhalt besteuert. Unterstellt wurde derjenige Sachverhalt, der bei Vorliegen von fremdüblichen Bedingungen eingetreten wäre: Eine angemessene Gegenleistung vom Gesellschafter an die Kapitalgesellschaft, die eine logische Sekunde später wieder an den Gesellschafter

in Form einer offenen Ausschüttung ganz oder teilweise zurückfließt.¹²

Im Dreiecksverhältnis, beispielsweise bei der zinslosen Darlehensgewährung zwischen Schwestergesellschaften, wurden eine angemessene Zinszahlung des gemeinsamen Gesellschafters an die darlehensgewährende Tochtergesellschaft A, die Gewinnausschüttung dieser Tochter an den Gesellschafter und die Weitergabe des zinslosen Darlehens durch den Gesellschafter an die zweite Tochtergesellschaft B unterstellt.¹³

Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschluss vom 26.10.1987¹⁴ jedoch eine ausdrückliche Abkehr von der Fiktionstheorie vorgenommen.¹⁵ Er lehnt die Besteuerung auf der Grundlage einer fiktiven Sachverhaltsunterstellung ab. Eine Steuerpflicht könne nur auf einem tatsächlichen Geschehen beruhen, nicht auf einer im Gesetz nicht zum Ausdruck kommenden Sachverhaltsfiktion.

Aus dem Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung (§ 38 AO) ergibt sich, dass es für eine Besteuerung einer gesetzlichen Grundlage bedarf und nur der wirkliche, nicht aber ein nur unterstellter Sachverhalt besteuert werden kann. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG enthält jedoch keine Fiktion, noch lässt sich eine daraus ableiten, so dass keine gesetzliche Grundlage vorliegt.¹⁶ Insofern ist der vom BFH proklamiertere Abkehr von der Fiktionstheorie zuzustimmen.

Jedoch sind Fiktionen im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttungen nach wie vor notwendig. Nicht als Besteuerungsgrundlage, sondern als methodische Gedankenhilfe und Beurteilungsmaßstab. *Esser* bezeichnet die Fiktion bereits 1940 als ein „Werkzeug der Gleichsetzung des Ungleichen“¹⁷. Im Zusammenhang mit verdeckten Gewinnausschüttungen geht es darum, diese wie offene Gewinnausschüttungen zu behandeln. „Auch verdeckte Gewinnausschüttungen [...] mindern das Einkommen nicht“, legt Satz 2 des § 8 Abs. 3 KStG fest und stellt damit eine Verbindung zu Satz 1 her, der die Einkommensverteilung und damit die offene Gewinnausschüttung beinhaltet. Beide sollen also das Einkommen nicht mindern, der äußeren Form nach Ungleiches soll damit zum gleichen Ergebnis führen. Dieser gesetzliche Auftrag kann aber überhaupt nur ausgeführt werden, wenn das für die Gleichsetzung erforderliche Hilfsmittel – im Sinne *Essers* das Werkzeug –, nämlich der Vergleich der Situation bei Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung mit der hypothetischen Situation ohne Vorliegen einer Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis, eingesetzt werden darf. Denn der durch den Mantel der verdeckten Gewinnausschüttung verkleidete wirtschaftliche Gehalt des Sachverhalts muss erst einmal

12 Vgl. BFH v. 15.11.1960 – I 189/59 S, BStBl. III 1961, 80; BFH v. 25.9.1970 – VI R 122/67, BStBl. II 1971, 53; BFH v. 3.2.1971 – IR 51/66, BStBl. II 1971, 408.

13 Vgl. BFH v. 9.3.1962 – I 203/61 S, BStBl. III 1962, 338.

14 Vgl. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348.

15 Zur Auseinandersetzung mit der Fiktionstheorie vgl. z.B. *L. Meyer-Amdt*, DB 1967, 1281; *L. Meyer-Amdt*, DB 1967, 1739; *H. Westerfelhaus*, DB 1967, 1738; *G. Döllerer*, BB 1967, 1437 (1446); *G. Döllerer*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, 1990²,

S. 137 f.; *G. Döllerer*, JbFSt. 1972/1973, 142; *C. Herrmann*, StbJb. 1968/69, 177 (188 ff.); *A. Raupach*, JbFSt. 1973/1974, 112 (123 f.); *B. Knobbe-Keuk*, StuW 1975, 335 (340 f.); *K. Meßmer*, StbJb. 1977/1978, 65 (117 ff.); *K. Brezing*, FR 1979, 499; *J. Lang*, FR 1984, 629; *E. Rüd*, FR 2009, 703.

16 Vgl. *K. Meßmer*, StbJb. 1977/1978, 65 (123); *F. Wasseemeyer*, FR 1989, 218 (221 f.); *G. Döllerer*, vGA und vE (FN 15), S. 137 f.

17 *J. Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 1940, S. 5.

erfasst werden, um entsprechende steuerliche Folgen eintreten lassen zu können. Dazu muss ein Vergleich mit dem hypothetischen fremdüblichen Sachverhalt durchgeführt werden, denn nur so kann der ‚verkleidete‘, der wirtschaftlichen Wirklichkeit entsprechenden Zustand offengelegt werden.

Bei diesem Vorgehen handelt es sich gerade nicht um eine Fiktion, die statt des wirklichen Sachverhalts besteuert werden soll, sondern eben nur um einen hypothetischen Vergleich, um eine Gedankenhilfe und um einen Beurteilungsmaßstab bei der Darstellung der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung.¹⁸ Durch diesen Vergleich kann überhaupt nur das wirtschaftlich Zugrundeliegende und damit der ‚wirkliche‘ Sachverhalt herausgearbeitet werden; nur so kann eine Bevorzugung, aber auch eine Benachteiligung gegenüber dem fremdüblichen Sachverhalt ausgeschlossen werden und die gewollte, im Ergebnis gleiche Behandlung von offener und verdeckter Gewinnausschüttung erreicht werden.

IV. Verdeckte Gewinnausschüttungen zwischen Schwestergesellschaften

1. Die Dreieckstheorie des BFH

Grundsätzlich kann eine verdeckte Gewinnausschüttung nicht dadurch vermieden werden, dass der Vorteil nicht dem Gesellschafter selbst, sondern einer diesem nahe stehenden Person zugewandt wird. Der Begriff des Nahestehens ist sehr weit gefasst; Beziehungen, die zu einem Nahestehen führen, können familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder auch rein tatsächlicher Art sein.¹⁹ Auch juristische Personen können dem Gesellschafter nahe stehen.

Bei Vorteilsgewährungen zwischen Schwestergesellschaften entsteht eine Dreieckskonstellation: Es liegen typischerweise zwei Tochtergesellschaften und eine gemeinsame Muttergesellschaft vor; gewährt nun die eine Tochter- bzw. Schwestergesellschaft der anderen einen Vorteil, resultiert eine verdeckte Gewinnausschüttung zugunsten einer der Muttergesellschaft nahe stehenden Person. Da eine verdeckte Gewinnausschüttung aber nur zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vorliegen kann, kann diese nicht der Schwestergesellschaft als eigentlicher Leistungsempfängerin, sondern eben nur der Muttergesellschaft zugerechnet werden, denn zwischen den Schwestergesellschaften besteht kein Gesellschaftsverhältnis.

In seiner Dreieckstheorie orientiert sich der Große Senat des BFH im Beschluss vom 26.10.1987²⁰ am Lauf-

weg des Gesellschaftsverhältnisses.²¹ Die Vorteilsgewährung zwischen Schwestergesellschaften ist demnach ertragsteuerlich über die gemeinsame Muttergesellschaft und damit im Dreieck abzuwickeln; auf Ebene der Muttergesellschaft findet der Vorteilsverbrauch statt, obwohl sich die Transaktion in tatsächlicher Hinsicht nur zwischen den Schwestergesellschaften abspielt und obwohl der BFH ausdrücklich eine Abkehr von der Fiktionstheorie vornimmt.²² Welche Folgen bei der gemeinsamen Mutter und der vorteilsempfangenden Schwestergesellschaft eintreten, hängt schließlich davon ab, ob es sich beim zugewendeten Vorteil um ein einlagefähiges Wirtschaftsgut oder um einen bloßen Nutzungsvorteil handelt. Diese werden im Folgenden dargestellt und kritisch analysiert.

2. Zuwendung eines einlagefähigen Wirtschaftsguts in Form einer Unterpreislieferung

a) Sachverhalt

Die M-AG ist zu 100 % an der T1-GmbH und der T2-GmbH beteiligt. Die T1 veräußert an die T2 ein Grundstück zum Buchwert i.H.v. 100 000 €. Der gemeine Wert des Grundstücks beträgt 200 000 € (s. Abbildung 1 auf der folgenden Seite).

b) Aktuelle Rechtsauffassung

Um die aktuelle Rechtsauffassung zu verdeutlichen, ist die Dreiecksstruktur zunächst hinsichtlich der Beziehung zwischen der T1-GmbH und der M-AG und sodann hinsichtlich der Beziehung zwischen der M-AG und der T2-GmbH zu analysieren.

Es liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung i.H.v. 100 000 € von T1 an M vor; die bei der T1 zu einer außerbilanziellen Hinzurechnung gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG führt. Zwar ist die M als Gesellschafter der T1 nicht unmittelbare Nutznießerin der verbilligten Übertragung; eine verdeckte Gewinnausschüttung ist jedoch auch zugunsten einer nahe stehenden Person möglich (vgl. R 36 Abs. 1 Satz 3 KStR). Bei Konzernstrukturen wird regelmäßig ein Nahestehen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft angenommen. Die durch die verbilligte Übertragung begünstigte T2 stellt daher eine der M nahe stehende Person dar. Die Zurechnung der Einnahmen aus der verdeckten Gewinnausschüttung kann jedoch nur beim Gesellschafter erfolgen, denn nur an einen Gesellschafter sind Ausschüttungen, gleich welcher Art, möglich; nur M ist deshalb die verdeckte Gewinnausschüttung als Beteiligungsertrag gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zuzurechnen. Dieser Ertrag ist gem. § 8b KStG faktisch zu 95 % steuerfrei zu stellen.

18 *Westerfelhaus* spricht von einem „Hilfsmittel zur Erkennung des Tatbestandes“, *Herrmann* von einer „Verpflichtung, einen bürgerlich-rechtlichen Sachverhalt so zu beurteilen, wie wenn ein anderer Sachverhalt vorläge“, *Brezing* von einer „Methode der gedanklichen Aufbereitung des Sachverhalts“, *Lang* von „Fiktionen i.S. wirklichkeitsgewinnender Sachverhaltshypothesen“ und *Döllerer* von einer „Gedankenhilfe bei der Darstellung der Folgen der verdeckten Gewinnausschüttung“. *Rüd* merkt treffend an, die Fiktionstheorie hat „nichts mit einer Fiktion zu tun,

sondern ist nichts als die Subsumption unter den steuerrechtlichen Tatbestand ‚Verteilung des Einkommens‘; vgl. *H. Westerfelhaus*, DB 1967, 1738 (1739); *C. Herrmann*, StbJb. 1968/69, 177 (194); *K. Brezing*, FR 1979, 499 (501); *J. Lang*, FR 1984, 629 (636); *G. Döllerer*, vGA und vE (FN 15), S. 138; *E. Rüd*, FR 2009, 703 (708).

19 Vgl. BFH v. 18.12.1996 – I R 139/94, BStBl. II 1997, 301.

20 Vgl. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348.

21 Vgl. *W. Winter*, GmbHR 2004, 1268.

22 Vgl. *F. Wassermeyer*, DStR 2004, 749 (754).

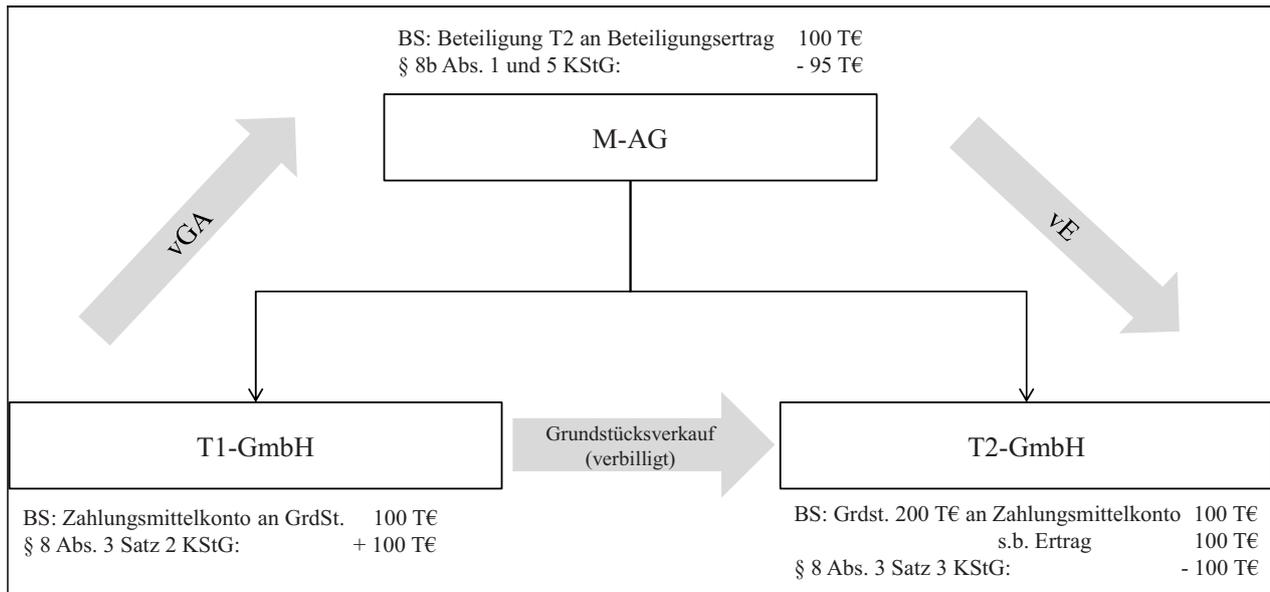


Abbildung 1: Verbilligte Übertragung eines Grundstücks (BS = Buchungssatz)

Die verbilligte Übertragung stellt eine verdeckte Einlage der M in T2 dar. Eine Einlage muss nicht zwingend durch den Gesellschafter selbst, sondern kann auch von einer diesem nahe stehenden Person vorgenommen werden (vgl. R 40 Abs. 1 KStR). Da Mutter- und Tochtergesellschaft grundsätzlich als nahe stehende Personen angesehen werden, wird hier die verdeckte Einlage durch T1 als der M nahe stehenden Person vollzogen. Entsprechend führt die verdeckte Einlage bei M zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung an der T2-GmbH. Bei letzterer führt sie zur Erfassung des Grundstücks mit Anschaffungskosten i.H.v. 200 000 € und damit zum Ansatz eines Ertrags, der außerbilanziell gem. § 8 Abs. 3 Satz 3 KStG als verdeckte Einlage zu kürzen ist. Zur Veranschaulichung der Auswirkungen vgl. Abbildung 1.

c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Beurteilung

Bei der Beurteilung der Besteuerungsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung ist stets auf den wirtschaftlichen Grundgehalt des Sachverhalts abzustellen. Hierzu ist als Denkhilfe die Situation zugrunde zu legen, die einem Fremdvergleich standhält: Bei einer marktüblichen Vertragsgestaltung hätte die T1-GmbH einen Veräußerungsgewinn in Höhe der im Grundstück beinhalteten stillen Reserven (100 000 €) realisiert und an die M-AG offen ausschütten können (gem. § 8b KStG ist der Beteiligungsertrag dort faktisch zu 95 % steuerfrei zu stellen). Bei T2 lägen um 100 000 € höhere Anschaffungskosten für das Grundstück vor.

Die aktuelle Rechtsauffassung führt grundsätzlich zu denselben Rechtsfolgen wie bei einer fremdüblichen Gestaltung und entspricht damit im Wesentlichen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.²³ Insbesondere kann die Erfassung des Grundstücks zum gemeinen

Wert auch als Ausdruck des in Kapitel III.1 dargestellten Vorteilsverbrauchs angesehen werden, der im vorliegenden Sachverhalt zu zusätzlichen Anschaffungskosten für das Grundstück führt.

Problematisch ist jedoch die Überlegung, die der BFH zur Abwicklung der Konstruktion über die gemeinsame Muttergesellschaft anstellt: Er geht davon aus, dass zunächst T1 der Muttergesellschaft M einen Vorteil gewährt. Da das verbilligt übertragene Wirtschaftsgut bei M jedoch physisch nicht vorhanden ist, geht der BFH in einem weiteren Schritt davon aus, dass das Wirtschaftsgut vom Gesellschafter M an die ihm nahe stehende Person T2 weitergegeben worden sei.²⁴

Dieser Gedankengang übersieht jedoch, dass es keineswegs notwendig noch zulässig ist, die Abwicklung dieses Sachverhalts über die gemeinsame Muttergesellschaft zu fingieren, der BFH sich ja sogar selbst ausdrücklich gegen Fiktionen als Besteuerungsgrundlage ausspricht. Entsprechend ihrer Definition liegen nämlich bereits sowohl eine verdeckte Gewinnausschüttung der T1 an M (mit der nahe stehenden Person T2 als Empfänger) als auch eine verdeckte Einlage der M in T2 (die von der nahe stehenden Person T1 geleistet wurde) vor. Die Fiktion der Abwicklung über die gemeinsame Muttergesellschaft (denn da das Wirtschaftsgut niemals bei M vorhanden war, kann es sich nur um eine Fiktion handeln) – auch wenn sie zufälligerweise zum gleichen Ergebnis führt – ist weder erforderlich noch zulässig. Aufgrund der verdeckten Gewinnausschüttung erfolgt bei T1 eine außerbilanzielle Hinzurechnung und bei M die entsprechende Erfassung eines Beteiligungsertrags; die verdeckte Einlage führt zur Erhöhung des Beteiligungsbuchwerts von T2 bei M und zur Erfassung der entsprechenden Anschaffungskosten bei T2 sowie ggf. einer außerbilanziellen Kürzung eines bilanziell erfassten Ertrags.

²³ Bei einer fremdüblichen Gestaltung wäre jedoch keine Erhöhung des Buchwertansatzes der Beteiligung an T2 bei M eingetreten. Dies ist jedoch notwendig, um eine Doppelbesteuerung der stillen Reserven des Grundstücks zu vermeiden: Zunächst durch die Hinzurechnung als verdeckte

Gewinnausschüttung und später bei einer Veräußerung der Anteile an der T2 im Rahmen eines höheren Veräußerungsgewinns.
²⁴ Vgl. G. Frotscher in Frotscher/Maas, KStG/GewStG/UmwStG, Anhang zu § 8 KStG, Rz. 235 f.

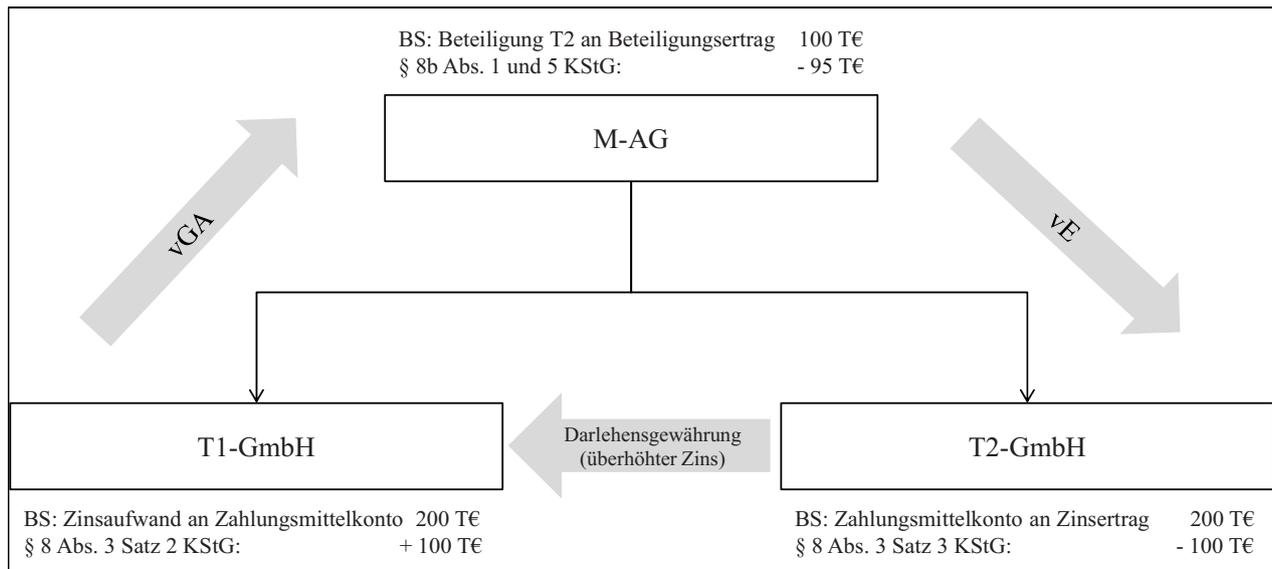


Abbildung 2: Darlehensgewährung zu überhöhtem Zins (BS = Buchungssatz)

3. Zuwendung eines einlagefähigen Wirtschaftsguts in Form einer Überpreisleistung

a) Sachverhalt

Die M-AG ist zu 100 % an der T1-GmbH und der T2-GmbH beteiligt. Die T2 gewährt der T1 ein Darlehen mit einem jährlichen Zins i.H.v. 200 000 €, der um 100 000 € überhöht ist (s. Abbildung 2).

b) Aktuelle Rechtsauffassung

Es resultieren die gleichen Rechtsfolgen wie bei der dargestellten Unterpreislieferung zwischen Schwes-tergesellschaften. Die überhöhte Zinszahlung von T1 an T2 führt zu einer verdeckten Gewinnausschüttung an M. Bei dieser ist ein Beteiligungsertrag gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zu erfassen, der gem. § 8b KStG faktisch zu 95 % steuerfrei zu stellen ist. Zwar ist M nicht die unmittelbare Nutznießerin der verdeckten Gewinnausschüttung. Diese kann jedoch auch zu- gunsten einer nahe stehenden Person – im vorliegen- den Fall T2 – vorgenommen werden.

Die Zahlung des überhöhten Zinses führt zu einer ver- deckten Einlage der M in T2, da in der Erhöhung des Zahlungsmittelkontos ein einlagefähiger Vermögens- vorteil zu sehen ist (vgl. H 40 KStH – Einlagefähiger Vermögensvorteil). Bei M resultiert ein höherer Betei- ligungsbuchwertansatz, bei T2 ein Zinsertrag, der auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht und insofern au- ßerbilanziell gem. § 8 Abs. 3 Satz 3 KStG zu kürzen ist. Zur Veranschaulichung der Auswirkungen vgl. Abbil- dung 2.

c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Beurteilung

Als gedankliches Hilfsmittel und Beurteilungsmaß- stab ist die Situation bei Vorliegen von fremdüblichen Bedingungen zugrunde zu legen: Bei einer marktüblichen Vertragsgestaltung hätte die T1-GmbH einen hö-

heren Gewinn, die T2-GmbH jedoch einen entspre- chend niedrigeren Gewinn realisiert, so dass die ak- tuelle Rechtsauffassung grundsätzlich zu denselben Rechtsfolgen wie bei einer fremdüblichen Gestalt- ung führt. Jedoch ist auch hier die Unterstellung der Ab- wicklung über die gemeinsame Muttergesellschaft unnötig, da definitionsgemäß eine verdeckte Gewinn- ausschüttung und eine verdeckte Einlage vorliegen. Letztlich entspricht die außerbilanzielle Kürzung des Zinsertrags bei T2 dem Gedanken der Umqualifizie- rung: Die zu hohe Zinszahlung an T2 wird nicht bei ihr als Zinsertrag, sondern bei M als Beteiligungser- trag erfasst.

4. Zuwendung eines (nicht einlagefähigen) Nutzungsvorteils in Form einer Unterpreisleistung

a) Sachverhalt

Die M-AG ist zu 100 % an der T1-GmbH und der T2-GmbH beteiligt. Die T1 gewährt T2 ein zinsloses Dar- lehen mit einem Zinsvorteil i.H.v. 100 000 € (s. Abbil- dung 3 auf der folgenden Seite).

b) Aktuelle Rechtsauffassung

Es liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung von T1 an M vor, die bei der T1 zu einer außerbilanziellen Hinzurechnung i.H.v. 100 000 € gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG führt. Diese führt beim Gesellschafter M ent- sprechend zu einem Beteiligungsertrag gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG, der gem. § 8b KStG zu 95 % steuerfrei ist.

Laut gefestigter Rechtsprechung sind bloße Nutzungsvorteile, wie sie durch die zinslose Überlassung von Dar- lehen entstehen, keine einlagefähigen Wirtschaftsgüter und können demzufolge auch nicht zu einer verdeckten Einlage führen.²⁵ Bei M findet damit keine Erhöhung des Beteiligungsbuchwerts an T2 statt.

²⁵ Vgl. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348, unter

C.I.3.b m.w.N.

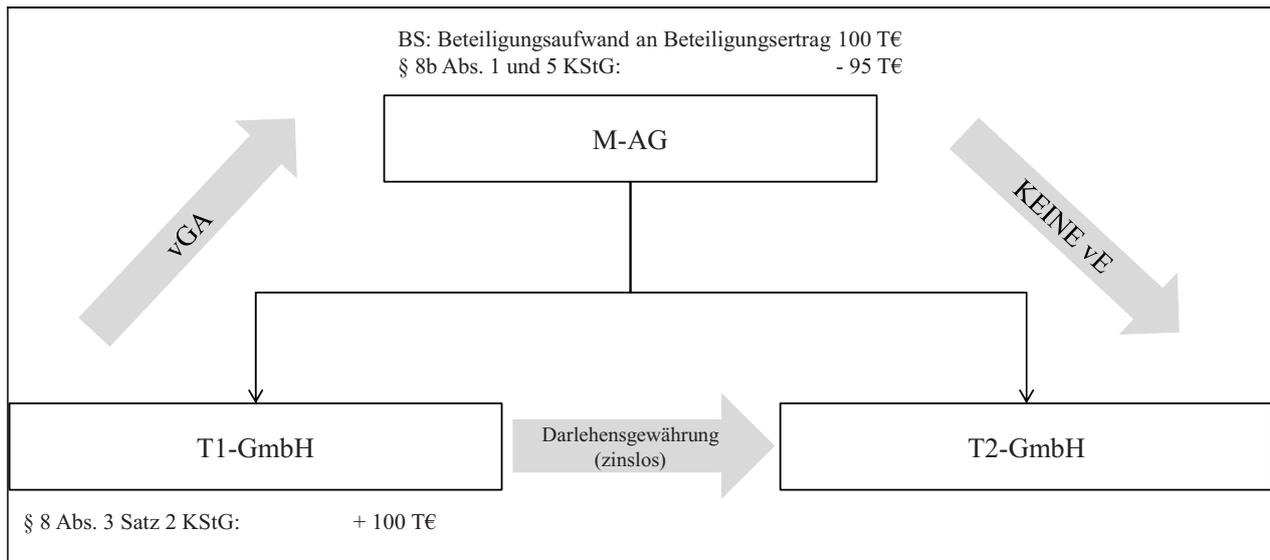


Abbildung 3: Zinslose Darlehensgewährung (BS = Buchungssatz)

Dies hätte zur Folge, dass sich der steuerliche Gewinn der T1 aufgrund der Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung erhöhte, diese zudem bei M als Beteiligungsertrag zu erfassen wäre, während darüber hinaus bei M und T2 der Gewinn unverändert belassen würde. Der Große Senat geht nun jedoch davon aus, dass – entsprechend den Grundsätzen des Vorteilsverbrauchs – M die erhaltene verdeckte Gewinnausschüttung für ihre Beteiligung an der T2 verbraucht hat, so dass bei M ein Beteiligungsaufwand i.H.v. 100 000 € entsteht, der voll als Betriebsausgabe abzugsfähig ist. Er begründet dies damit, dass M den von T1 zugewandten Vorteil tatsächlich erhalten, aber für Zwecke ihrer Beteiligung an T2 verbraucht habe; Ertrag und Aufwand stehen sich damit bei M in gleicher Höhe gegenüber.²⁶ Bei der T2 sind keine Korrekturen vorzunehmen. Zur Veranschaulichung der Auswirkungen vgl. Abbildung 3.

c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Beurteilung

Bei einer marktüblichen Vertragsgestaltung hätte T1 einen Zinsertrag i.H.v. 100 000 € realisiert und diesen an M ausschütten können. Bei T2 läge ein Zinsaufwand i.H.v. 100 000 € vor, der deren Ausschüttungspotential entsprechend vermindern würde.

Die aktuelle Rechtsauffassung führt dagegen zu einer Ergebnisverlagerung zwischen der M-AG und der T2-GmbH.²⁷ Während bei einer Sachverhaltsgestaltung zu fremdüblichen Bedingungen Zinsaufwand i.H.v. 100 000 € bei der T2-GmbH angefallen wäre, kommt es nun stattdessen zu Beteiligungsaufwand in gleicher Höhe auf Ebene der M-AG. Damit wird nicht nur Aufwand auf die Ebene der Muttergesellschaft transferriert, sondern es findet zugleich eine Veränderung des Charakters des Aufwands statt, der vom ursprünglichen Zins- zum Beteiligungsaufwand wird.

Diese Veränderung des Charakters des Aufwands ist m.E. kritisch zu betrachten. Insbesondere, wenn Regelungen zur Abzugsfähigkeit des ursprünglichen Aufwands-Typus greifen (z.B. Zinsschranke), erscheint eine Verwandlung in voll abzugsfähigen Beteiligungsaufwand zweifelhaft. Zudem sind durch die Verlagerung des Aufwandsträgers Steuergestaltungen denkbar, beispielsweise dann, wenn die T2 ohnehin nur Verluste generiert, so dass ein zusätzlicher Aufwand keine unmittelbare steuerliche Auswirkung hätte, bei der M-AG jedoch durch zusätzlichen Aufwand der Gewinn gemindert werden könnte.²⁸

Der BFH kommt zu diesem Ergebnis, indem er gedanklich die Transaktion zwischen den Schwestergesellschaften über die gemeinsame Mutter abwickelt und dort den Vorteilsverbrauch anwendet. Die jeweiligen Gesellschaftsverhältnisse zwischen T1 und M und zwischen M und T2 werden gewissermaßen zum fiktiven Laufweg der Vorteilsgewährung. Hierbei wird unterstellt – und das, obwohl der BFH der Fiktionstheorie längst eine Absage erteilt hat – dass der der M in Form einer verdeckten Gewinnausschüttung zugeflossene Vorteil von dieser für ihre Beteiligung an der T2 verwendet wurde. Über eine Fiktion begründet der BFH damit die Entstehung von Beteiligungsaufwand bei M, wohl deshalb, weil im Vergleich zur fremdüblichen Sachverhaltsgestaltung sonst die ‚Aufwandsposition‘ verloren ginge (im fremdüblichen Sachverhalt wäre bei der T2 Zinsaufwand zu berücksichtigen). Verbrauchte wurde der Vorteil aus der zinslosen Darlehensüberlassung tatsächlich jedoch von T2 für ihre gewerbliche Tätigkeit. Die Versagung des Abzugs von Zinsaufwand bei T2 begründet der BFH damit, dass in der Zinslosigkeit eines Darlehens bzw. allgemein in der verbilligten Überlassung eines Wirtschaftsgutes keine Einlage zu sehen sei.²⁹

Durch die Erfassung einer Nutzungseinlage könnten zweifelsohne die systematisch korrekten Rechtsfol-

26 Vgl. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348, unter C.II.2.b.

27 Vgl. F. Lang in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8 Abs. 3 Teil C, Rz. 832.

28 Näheres zum Einsatz von Nutzungsvorteilen als Gestaltungsmittel bei H. Engelke/M. Clemens, DStR 2002, 285.

29 Vgl. z.B. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348, unter C.I.; v. 9.3.1962 – I 203/61 S, BStBl. III 1962, 338.

gen gezogen werden.³⁰ Folgt man jedoch der Rechtsprechung und lässt nur bilanzierungsfähige Wirtschaftsgüter als Gegenstand einer Einlage zu,³¹ so ist trotzdem fraglich, warum der BFH, wenn er schon die Besteuerung von Nutzungsüberlassungen zwischen Schwestergesellschaften nur auf der Grundlage von Fiktionen vornehmen will, diese Fiktion nicht vollständig durchzieht.³² Der BFH geht nämlich davon aus, „dass M den von T1 zugewendeten Vorteil tatsächlich erhalten, aber für die Zwecke ihrer Beteiligung verbraucht hat, so dass sich bei ihr Ertrag und Aufwand in gleicher Höhe gegenüberstehen. Das Ergebnis kann nicht anders sein, als hätte M mit Mitteln der T1 einen Dritten zur Nutzungsüberlassung veranlasst.“³³ Führt man den Fiktionsgedanken jedoch auch auf der anderen Seite des Dreiecksverhältnisses fort, unterstellt man also, dass die Muttergesellschaft das Darlehen zu einem angemessenen Zinssatz an T2 weitergegeben hat, löst sich die gesamte Problematik und dem fremdüblichen Sachverhalt entsprechende Rechtsfolgen würden eintreten: Die verdeckte Gewinnausschüttung wäre bei T1 außerbilanziell hinzuzurechnen; bei M wären ein Beteiligungsertrag und zugleich fiktive, sich ausgleichende Zinsaufwendungen und Zinserträge zu erfassen (so dass faktisch nur eine außerbilanzielle Hinzurechnung der nach Anwendung von § 8b Abs. 1 und 5 KStG verbleibenden 5 % vorgenommen werden müsste). Bei T2 erfolgte ein außerbilanzieller Abzug in Höhe des ersparten Zinsaufwands. Ein Beteiligungsaufwand bei M, der nur über die einseitige Fiktion des BFH generiert werden kann, würde nicht erfasst. Diese zweiseitige Fiktion bildet das tatsächlich Geschehene – nämlich eine reine Transaktion zwischen T1 und T2 – besser ab, da sie zu den Steuerfolgen führt, die auch bei Vorliegen eines fremdüblichen Zinssatzes eingetreten wären.

Im Sachverhalt der Überpreisleistung zwischen Schwestergesellschaften entspricht die Erfassung einer verdeckten Einlage bei T2 dem Gedanken der Umqualifizierung. Insofern wäre es nur folgerichtig, im Sachverhalt einer Unterpreisleistung den Vorteilsverbrauch auf der richtigen Ebene, nämlich bei T2, anzusetzen. Diese Vorgehensweise wäre zudem konsistent mit der Auffassung des BFH im Urteil vom 28.9.2010.³⁴ Dort hatte die GmbH des Ehemanns die Renovierungskosten für ein Mietshaus der Ehefrau übernommen. Der BFH rechnete die verdeckte Gewinnausschüttung dem Ehemann als Gesellschafter zu, ließ jedoch bei der Ehefrau entsprechende Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu, denn es liege Drittaufwand in Form eines abgekürzten Vertragswegs vor. Die Grundsätze dieses Urteils sollten auch auf den Fall einer Dreieckskonstellation mit Schwestergesellschaften angewandt werden.

„Verbraucht“ wurde der gewährte Vorteil schließlich nicht beim Gesellschafter, sondern bei der nahe stehenden Person, so dass auch bei dieser der Vorteilsverbrauch zu berücksichtigen ist.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Obwohl der BFH ausdrücklich eine Abkehr von der Fiktionstheorie vorgenommen hat, legt er fest, dass eine Vorteilsgewährung zwischen Schwestergesellschaften stets entlang des Laufwegs des Gesellschaftsverhältnisses und damit über die gemeinsame Muttergesellschaft abgewickelt wird. Diese Vorgehensweise ist abzulehnen, beruht sie doch auf einer reinen Fiktion, wie der BFH in seiner vielbeachteten Entscheidung zur Schenkungsteuer festgestellt hat.

Grundsätzlich ist zur Beurteilung der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung zunächst der wirtschaftliche Grundgehalt des Sachverhalts herauszuschälen. Als gedankliches Hilfsmittel wird hierzu die Vereinbarung fremdüblicher Konditionen unterstellt; die Rechtsfolgen, die bei Fremdüblichkeit eintreten würden, werden als Beurteilungsmaßstab eingesetzt, denn schlussendlich sind offene und verdeckte Gewinnausschüttungen gleich zu behandeln.

Bei Gewährung eines Vorteils zwischen Schwestergesellschaften, der aus einem einlagefähigen Wirtschaftsgut besteht, wird die aktuelle ertragsteuerliche Behandlungsweise diesem Maßstab gerecht. Es treten die gleichen Rechtsfolgen wie bei Vereinbarung von fremdüblichen Konditionen auf. Allerdings ist dafür die Fiktion der Abwicklung über die Muttergesellschaft nicht notwendig, denn es liegen definitionsgemäß eine verdeckte Gewinnausschüttung an die Mutter und eine verdeckte Einlage der Mutter in die Tochtergesellschaft vor.

Bei Gewährung eines nicht einlagefähigen Wirtschaftsguts führt die ertragsteuerliche Laufwegfiktion jedoch zu Folgen, die nicht denen einer Transaktion zu fremdüblichen Konditionen entsprechen. Diese Abweichung sollte beseitigt werden: Zwar kann definitionsgemäß ein bloßer Nutzungsvorteil nicht als Einlage erfasst werden; es wäre jedoch zu überlegen, ob zumindest außerbilanziell die korrekten Rechtsfolgen zu erfassen wären, so dass auf Ebene der Muttergesellschaft lediglich eine außerbilanzielle Hinzurechnung der nach § 8b Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 KStG verbleibenden fünf Prozent, auf Ebene der vorteilsempfangenden Schwestergesellschaft eine außerbilanzielle Kürzung um den ersparten Aufwand vorgenommen würde. Insofern könnte eine Übereinstimmung mit den Rechtsfolgen einer Transaktion zu fremdüblichen Bedingungen hergestellt werden.

30 Vgl. die Lösungen von R. Thiel, DB 1962, 1482 (1485 ff.) und von J. Lang, FR 1984, 629 (637).

31 So bestünde das Problem, dass z.B. bei fortlaufenden Nutzungsüberlassungen eine Nutzungseinlage zu einer konstanten Erhöhung des Beteiligungsbuchwerts führen würde. Zudem führt eine Nutzungsüberlassung, anders als eine verbilligte Übertragung eines Wirtschaftsgutes, nicht zu einer Mehrung der stillen Reserven bei der begünstig-

ten Gesellschaft, die eine Erhöhung des Beteiligungsbuchwerts rechtfertigen könnte; vgl. BFH v. 8.11.1960 – I 131/59 S, BStBl. III 1960, 513; U. Niemann, Gewinnrealisierung (FN 8), S. 122 f.

32 Vgl. W. Steinberg, StuR 1963, 40.

33 BFH vom 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348, unter C.II.2.b.

34 Vgl. BFH v. 28.9.2010 – IX R 42/09, BStBl. II 2011, 271.

Aufsichts- und steuerrechtliche Wegbereitung für die Entwicklung des Pension-Asset-Pooling in Deutschland

Univ.-Prof. Dr. HEINZ KUßMAUL/FLORIAN KLOSTER, Universität des Saarlandes*

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einleitung II. Begriffsbestimmung und Ausgangslage <ul style="list-style-type: none"> 1. Begriffsbestimmung 2. Ausgangslage <ul style="list-style-type: none"> a) Wirtschaftliche Ausgangslage b) Aufsichts- und steuerrechtliche Ausgangslage III. Implementierung einer gesetzlichen Grundlage <ul style="list-style-type: none"> 1. Hintergrund der gesetzlichen Regelung | <ul style="list-style-type: none"> 2. Die Einführung der InvKGmvK durch das KAGB 3. Steuerliche Folgeregelungen durch das AIFM-StAnpG IV. Steuersystematisches Vorgehen <ul style="list-style-type: none"> 1. Alternativlösung: „Transparenz kraft Abkommen“ 2. Bedenken gegen „Transparenz kraft Rechtsform“ 3. Fazit V. Ausblickhafte Entwicklung |
|---|---|

I. Einleitung

Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMD; engl.: *Alternative Investment Fund Managers Directive*)¹ durch das Kapitalanlagegesetzbuch² (KAGB) und der in Folge dessen notwendig gewordenen Anpassung des Investmentsteuergesetzes (InvStG) durch das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz³ hat der Gesetzgeber die Möglichkeit genutzt, die lange geforderten Voraussetzungen für das sog. Pension-Asset-Pooling in Deutschland zu schaffen. Ziel ist es, in Deutschland der Bündelung von betrieblichen Altersvorsorgevermögen international tätiger Unternehmen Attraktivität zu verleihen. Der Beitrag zeigt die zuvor bestandenen, insb. steuerlichen, Hindernisse, die möglichen, im Gesetzgebungsverfahren diskutierten Lösungsalternativen sowie die letztendlich getroffenen aufsichts- und steuerrechtlichen Regelungen auf und weist auf mögliche Nachjustierungen hin, die geeignet sind, die Etablierung des Pension-Asset-Pooling weiter zu fördern bzw. zu beschleunigen.

II. Begriffsbestimmung und Ausgangslage

1. Begriffsbestimmung

Pension-Pooling (i.w.S.) bezeichnet allg. die Bündelung verschiedener Verpflichtungen und/oder Vermögen aus betrieblichen Vorsorgemodellen in einer rechtlichen Einheit. Das Pension-Asset-Pooling stellt eine Unterkategorie des Pension-Pooling i.w.S. dar und ist daher von den weiteren Unterkategorien, dem Pension-Pooling i.e.S. und dem Pension-Administration-Pooling, abzugrenzen. Das Pension-Administration-Pooling beinhaltet lediglich die Zusammenführung verwaltungstechnischer Prozesse.⁴

Werden sowohl die Pensionsverpflichtungen als auch das Pensions- bzw. Deckungsvermögen mehrerer Konzernunternehmen auf einen externen Versorgungsträger übertragen, spricht man von Pension-Pooling i.e.S. Zur Vereinheitlichung und Bündelung europäischer Pensionssysteme in ihrer Gesamtheit, dem Pension-Pooling i.e.S., wurde durch die IORP-Richtlinie 2003/41/EG⁵ im Zuge der europäischen Harmonisierung eine erste rechtliche „Plattform“ eingeführt, die einerseits auf Tätigkeiten innerhalb Europas

* Univ.-Professor Dr. Heinz Kußmaul ist Direktor des BLI (Betriebswirtschaftliches Institut für Steuerlehre und Entrepreneurship, Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, insb. Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, Institut für Existenzgründung/Mittelstand) an der Universität des Saarlandes. Florian Kloster, M.Sc., ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter; vgl. dazu auch <http://www.bli.uni-saarland.de>.

1 Richtlinie 2011/61/EU, ABl. Nr. L 174 v. 1.7.2011, 1.

2 Gesetz v. 4.7.2013, BGBl. I 2013, 1981.

3 Gesetz v. 18.12.2013, BGBl. I 2013, 4318.

4 Vgl. zur Abgrenzung insgesamt M. Bätzel/B. Holwegler, ZfgK 2011, 816 f. Das Pension-Administration-Pooling wird bereits in Form von sog. *Shared Service Centern* bspw. zur Ver-

waltung der Rentnerbestände oder der Anwartschaften grenzüberschreitend genutzt; vgl. o.V., Institutional Money, Pension Pooling: Neues Vehikel für Pensions-Pools?, Ausgabe 3/2011, abrufbar unter: <http://www.institutional-money.com/magazin/steuer-recht/artikel/pension-pooling-neues-vehikel-fuer-pensions-pools/>.

5 IORP-Richtlinie 2003/41/EG (engl.: *Directive on activities and supervision of institutions for occupational retirement provision*) über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (EbAV), die national im Gesetz über die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen (VAG) umgesetzt ist; vgl. M. Bätzel/B. Holwegler, ZfgK 2011, 816.

beschränkt ist und andererseits aufgrund der Komplexität, die derzeit durch die Zusammenführung verschiedener nationaler Pensionssysteme in ihrer Gesamtheit entsteht, bisher grenzüberschreitend noch nicht in gewünschtem Umfang genutzt wird.⁶ Die Europäische Kommission legte am 17.3.2014 einen Entwurf zur Überarbeitung der IORP-Richtlinie vor, der u.a. auf die Intensivierung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten abzielt.⁷ In Deutschland fallen als externer Versorgungsträger Pensionskassen⁸ i.S.d. § 118a VAG und Pensionsfonds⁹ i.S.d. § 112 VAG in den Anwendungsbereich der IORP-Richtlinie.¹⁰

Mehrere weitere Mitgliedstaaten haben bereits, mit dem Ziel als *First-Mover* durch den Aufbau von Erfahrungswerten und volumenbedingten Kostenvorteilen entscheidende Wettbewerbsvorteile aufbauen zu können, begonnen, ihre jeweilig entsprechenden Vehikel an die Anforderungen eines grenzüberschreitenden Pooling anzupassen. Beispielhaft für diese Entwicklung können der *Organisme de Financement des Pensions* (OFP) in Belgien, die *Premium Pension Institutions* (PPI) in den Niederlanden sowie die *Société d'épargne à capital variable* (SEPCAV) und *Association d'épargne-pension* (ASSEP) in Luxemburg angeführt werden.¹¹

Zur Vermeidung weiterer Komplexität beschränkt sich das Pension-Asset-Pooling, im Vergleich zum Pension-Pooling i.e.S., auf die Zusammenführung der Vermögenswerte der einzelnen Pensionsvermögen (Assets) zum Zweck der gemeinsamen Anlage; die Pensionsverpflichtungen werden hingegen nicht übernommen.¹²

2. Ausgangslage

a) Wirtschaftliche Ausgangslage

Derzeit werden von den meisten inländischen international tätigen Unternehmen für Arbeitnehmer, die im Ausland von dort ansässigen Tochtergesellschaften deutscher Konzernmütter beschäftigt werden, jeweils gesonderte Pensionssysteme geführt.¹³ Eine Bündelung von Pensionsvermögen findet derzeit meist nur innerhalb nationaler Grenzen statt.¹⁴ Diese dezentrale Struktur und Verwaltung der einzelnen Pensionsvermögen, die jeweils u.a. eine separate Buchhaltung, Berichterstattung sowie ein eigenes Asset- sowie Risikomanagement erfordern, birgt, gegenüber der Möglichkeit einer zentralen grenzüberschreitenden Bündelung und Verwaltung dieser Vermögen an einem Ort, Effizienzsteigerungs- und Kostensenkungspotentiale. Die Hebung dieser Effizienzsteigerungs- und Kostensenkungspotentiale ist durch eine Bündelung der auf die einzelnen Pensionssysteme verteilten Pensionsvermögenswerte bspw. mit Blick auf die i.d.R. volumenabhängigen Depotbank- und Transaktionsgebühren i.Fv. positiven Skaleneffekten bzw. einer Kostendegression erreichbar. Eine Konzentration der Pensionsvermögenswerte ermöglicht ferner die Zentralisation und Vereinheitlichung der Buchhaltung (inkl. einheitlicher Bewertungsstandards) und Berichterstattung.¹⁵ Ein in Folge der Zentralisation (Kosteneffekte) erreichtes einheitliches Reporting erleichtert die Gewinnung eines zentralen Gesamtüberblicks und schafft so die Voraussetzung für eine Verbesserung der zentralen Überwachung und des Risikomanagements.¹⁶ Gleichzeitig kann durch eine Konzentration

6 Der Erzielung von Skaleneffekten oder Effizienzgewinnen stehen bspw. die unterschiedlichen Lohnabrechnungs-, Auszahlungs- und Berichtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten entgegen, deren Bündelung tendenziell zur Komplexitätsakkumulation statt -reduktion führt; vgl. T. Bürger im Interview mit B. Nürk und P. Hadasch, in: Portfolio Institutionell v. 27.5.2013, abrufbar unter: <http://www.portfolio-institutionell.de/newsdetails/article/interview-nestle-pensionskasse-schlaegt-sich-praechtig.html>; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331. Von 2011 sank die Anzahl grenzüberschreitend tätiger IORPs von 84 auf 82 bis 2013; vgl. EIOPA-BoS-11/023 v. 14.7.2011, abrufbar unter: https://eiopa.europa.eu/fileadmin/tx_dam/files/publications/reports/IORP-Market-Development-Report-2011.pdf; EIOPA-BoS-13/134 v. 24.7.2013, abrufbar unter: https://eiopa.europa.eu/fileadmin/tx_dam/files/publications/reports/2013_Reportn_market_developments_in_cross-border_IORPs.pdf.

7 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (Neufassung), COM (2014) 167 final, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/pensions/docs/directive/140327_proposal_de.pdf.

8 Pensionskassen sind rechtsfähige Vorsorgeeinrichtungen i.S.d. § 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG, die der Aufsicht durch die BaFin unterliegen und meist als AG, SE oder VVaG betrieben werden; vgl. F. Kirschenmann, BB 2011, 1687 (1688); C. Rolfs, in: Blomeyer/Otto/Rolfs, BetrAVG⁵, § 1 BetrAVG Rz. 220–222.

9 Pensionsfonds sind versicherungsrechtliche Vehikel, die in der Rechtsform der AG, SE oder als PVaG gebildet werden können. Sie unterliegen dem VAG und unterstehen der Aufsicht durch die BaFin; vgl. ausführlich F. Kirschenmann, BB 2011, 1687 (1688); C. Rolfs, in: Blomeyer/Otto/Rolfs (FN 8), § 1 BetrAVG Rz. 247, 232.

10 Vgl. F. Baumeister, DB 2005, 2076 (2077).

11 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates, COM (2014) 167 final (FN 7), S. 3.

12 Die Pensionsverpflichtungen verbleiben grds. weiterhin beim Arbeitgeber; vgl. M. Bätzel/B. Holwegler, ZfgK 2011, 816 f.

13 Vgl. Hengeler Mueller, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG)“ – Drucksache 17/12603 – v. 12.4.2013, S. 1; Hengeler Mueller, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW-IV-Umsetzungsgesetz – OGAW-IV-UmsG)“ – Drucksache 17/4510 – v. 17.2.2011, S. 1; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331; T. Richter, ZfgK 2013, 824 (826); Verband der Firmenpensionskassen e.V., in: Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW-IV-Umsetzungsgesetz – OGAW-IV-UmsG)“ – Drucksache 17/4510 – v. 21.2.2011, S. 1.

14 Vgl. S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331.

15 Vgl. M. Bätzel/B. Holwegler, ZfgK 2011, 816 (817).

16 Vgl. M. Bätzel/B. Holwegler, ZfgK 2011, 816 (817); N. Schmidt-Narischkin/A. Drtil/M. Wolff, ZfgK 2014, 81; krit. S. Campagna, Pooling-Modell in der betrieblichen Altersvorsorge, Hans Böckler Stiftung 2012, S. 4, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/mbf_bav_pension%20asset%20pooling_2012.pdf.

der Pensionsvermögenswerte eine Erhöhung des Diversifizierungsgrades erreicht werden.¹⁷ Insb. erleichtert eine Konzentration der Vermögenswerte den Zugang zu den, in der aktuell vorherrschenden Niedrigzinsphase und aufgrund ihrer Langfristigkeit stark an Bedeutung gewonnenen, alternativen Investments (z.B. Erneuerbare Energien und Infrastruktur), da diese i.d.R. vergleichsweise hohe Investitionssummen erfordern.

Ob und inwieweit der Arbeitnehmer von der Hebung der Effizienzsteigerungs- bzw. Kostensenkungspotentiale profitieren kann, ist im Grunde abhängig von der Art der Beteiligung. Erfolgt die Beteiligung über eine sog. reine Leistungszusage¹⁸, wird der Arbeitnehmer von etwaig erzielten Skalen- bzw. Kosteneffekten nicht profitieren.¹⁹ Vielmehr werden daher die tendenziell in Folge der Kostenreduzierung zu erwartenden höheren Erträge auf Pooling-Ebene dazu beitragen, dass der Arbeitgeber die getroffenen Leistungszusagen mit weniger Kapitaleinsatz erfüllen kann. Der Arbeitnehmer wird daher nur an Skalen- bzw. Kosteneffekten partizipieren, wenn er über eine sog. beitragsorientierte Leistungszusage²⁰ beteiligt ist.²¹

Bislang erfolgte eine Bündelung vorwiegend innerhalb nationaler Grenzen, weitgehend unbeeinflusst von steuerlichen Einflussfaktoren. Innerhalb Deutschlands werden bislang Pensionsvermögenswerte i.d.R. in Spezialfonds²² von einer Master-KAG/KVG²³ verwaltet, an denen Altersversorgungseinrichtungen wie Pensionsfonds, Pensionskassen, Unterstützungskassen²⁴ oder auch Treuhänder in Form von sog. *contractual trust arrangements* (CTA²⁵) als Anleger beteiligt sind (Inlandsfälle²⁶).²⁷ Die im Ausland ansässigen Töchter deutscher Konzernmütter greifen dort auf entsprechende Strukturen zurück.²⁸ Eine weitere, weit höhere Kostendegression und Effizienzsteigerung verspricht die Zusammenführung der bislang dezentral im Ausland belegenen Pensionsvermögen. Bei einer grenzüberschreitenden, internationalen Bündelung der in den verschiedenen Staaten belegenen Pensionsvermögenswerte muss den Altersvorsorgeeinrichtungen, wie auch im Fall einer nationalen Bündelung, eine zentrale Bündelungseinheit (bspw. ein Sondervermögen oder eine InvAGmvK) vorgeschaltet werden (vgl. Abb. 1 auf der folgenden Seite).²⁹

Bei grenzüberschreitenden Strukturen spielt die steuerliche Effizienz der Struktur und der damit verbundenen Transaktionen generell und insb. im konkreten Fall des Pension-Asset-Pooling eine entscheidende Rolle.³⁰

Die zentrale Bündelung der Pensionsvermögenswerte erfordert einerseits, da die Anlage der Pensionsvermögenswerte grds. breit über eine Vielzahl von Staaten gestreut erfolgt, steuerlich vergleichsweise komplexe Dreiecksbeziehungen zwischen den Quellenstaaten, dem Ansässigkeitsstaat der Bündelungseinheit und den Ansässigkeitsstaaten der an der Bündelungseinheit beteiligten Anleger bzw. Gesellschafter (Altersvorsorgeeinrichtungen).³¹

Andererseits muss, soll eine international wettbewerbsfähige Struktur aufgebaut werden, stets auf deren steuerliche Effizienz geachtet werden. Eine solche

17 Vgl. N. Schmidt-Narischkin/A. Drtil/M. Wolff, ZfgK 2014, 81.

18 Eine reine Leistungszusage ist die Zusage auf eine von vornherein feststehende Leistung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) als Festbetrag oder als Prozentsatz in Abhängigkeit vom zuletzt bezogenen Gehalt und damit für den Arbeitgeber schwieriger zu kalkulieren und risikobehafteter. Mit Erteilung der Zusage steht fest, welche Leistung im Versorgungsfall beansprucht werden kann; vgl. U. Müller/D. Ververs, in: Doetsch u.a., Betriebliche Altersvorsorge, Gestaltungsmöglichkeit von Versorgungszusagen⁴, S. 21 (34 f.); R. Schwarz, Praxisleitfaden für die betriebliche Altersvorsorge – Alles Wichtige für den täglichen Einsatz, 2013, S. 50 f.

19 Vgl. S. Campagna, Pooling-Modell (FN 16), S. 4.

20 Mit der beitragsorientierten Leistungszusage (sog. *Defined-Contribution-Systeme*) verpflichtet sich der Arbeitgeber, bestimmte Beiträge (feststehender Betrag oder ein best. Prozentsatz des jeweils vereinbarten Bruttoentgeltes) für die Alters-, Invaliditäts- und/oder Hinterbliebenenversorgung des Arbeitnehmers aufzuwenden (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG). Die Zusage umfasst daher nur eine feststehende Beitragshöhe. Der Leistungsbetrag bestimmt sich dann für den Versorgungsfall nach dem Anlageergebnis. Bei Erteilung der Zusage steht damit die Höhe der Leistungen noch nicht fest; Anlagerisiken lagern die Unternehmen auf den Kapitalmarkt aus; vgl. R. Schwarz, Praxisleitfaden (FN 18), S. 51 f.

21 Vgl. S. Campagna, Pooling-Modell (FN 16), S. 3 f.

22 In Form eines Sondervermögens oder einer Investmentaktiengesellschaft mit variablem Kapital (InvAGmvK). Spezialfonds empfehlen sich u.a. aufgrund bestimmter Theaurierungsprivilegien.

23 Vgl. A. Kempf, Die Novellierung des Investmentrechts, 2004, S. 48 f. Zur Master-KVG nach KAGB vgl. F. Herring/D. Loff, DB 2012, 2029 ff.

24 Vgl. weiterführend U. Müller/D. Ververs, in: Doetsch u.a. (FN 18), S. 24 f.

25 Die sog. Pensionstreuhand (CTA) wird regelmäßig eingesetzt, um Pensionsverpflichtungen bzw. Pensionsrückstellungen inklusive des Deckungsvermögens aus Insolvenzschutzgründen oder zur Optimierung der Bilanzstruktur (Bilanzverkürzung) aus der Bilanz auf einen Treuhänder zu verlagern. CTAs werden i.d.R. als e.V. oder GmbH gegründet. Die Auslagerung erfolgt aufgrund § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO regelmäßig steuernneutral. Die handelsrechtliche Saldierung erfolgt nach § 246 Abs. 2 Satz 2 und 3 HGB. Die Pensionsrückstellung verbleibt nur in der Steuerbilanz; vgl. J. Helten/J. Sartoris, BB 2013, 1579 (1580); M. Keßler, Pensionsverpflichtungen nach neuem HGB und IFRS, 2010, S. 69 ff., 218 ff.; N. Löcher/J. Sartoris, BetrAV 2008, 641 (650); W. Scheffler, Besteuerung von Unternehmen II⁷, 2011, S. 289 f.

26 Vgl. Gliederungspunkt II.2.b)aa).

27 Vgl. Hengeler Mueller v. 17.2.2011, Stellungnahme Drs. 17/4510 (FN 13), S. 1 f.; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (331, 335); E. Wallach, in: Wortprotokoll zur 44. Sitzung des Finanzausschusses, Protokoll Nr. 17/44 v. 23.2.2011, S. 26; vgl. zu den einzelnen Altersvorsorgeeinrichtungen R. Laars, VAG2, 2013, § 112 VAG Rz. 3 f.; C. Rolfs, in: Bloemeyer/Otto/Rolfs (FN 8), § 1 BetrAVG Rz. 220 ff.

28 Vgl. T. Richter, Mit der Investment-KG zum Pension Pooling in Deutschland, in: dpn-online v. 2.4.2012, abrufbar unter: <http://www.dpn-online.com/Recht-Regulierung/Pensions-Management/Mit-der-Investment-KG-zum-Pension-Pooling-in-Deutschland>.

29 Vgl. E. Wallach, in: Protokoll Nr. 17/44 v. 23.2.2011 (FN 27), S. 26.

30 Vgl. N. Schmidt-Narischkin/A. Drtil/M. Wolff, ZfgK 2014, 81.

31 Vgl. zu diesen sog. Dreiecksfällen Gliederungspunkt: II.2.b)bb).

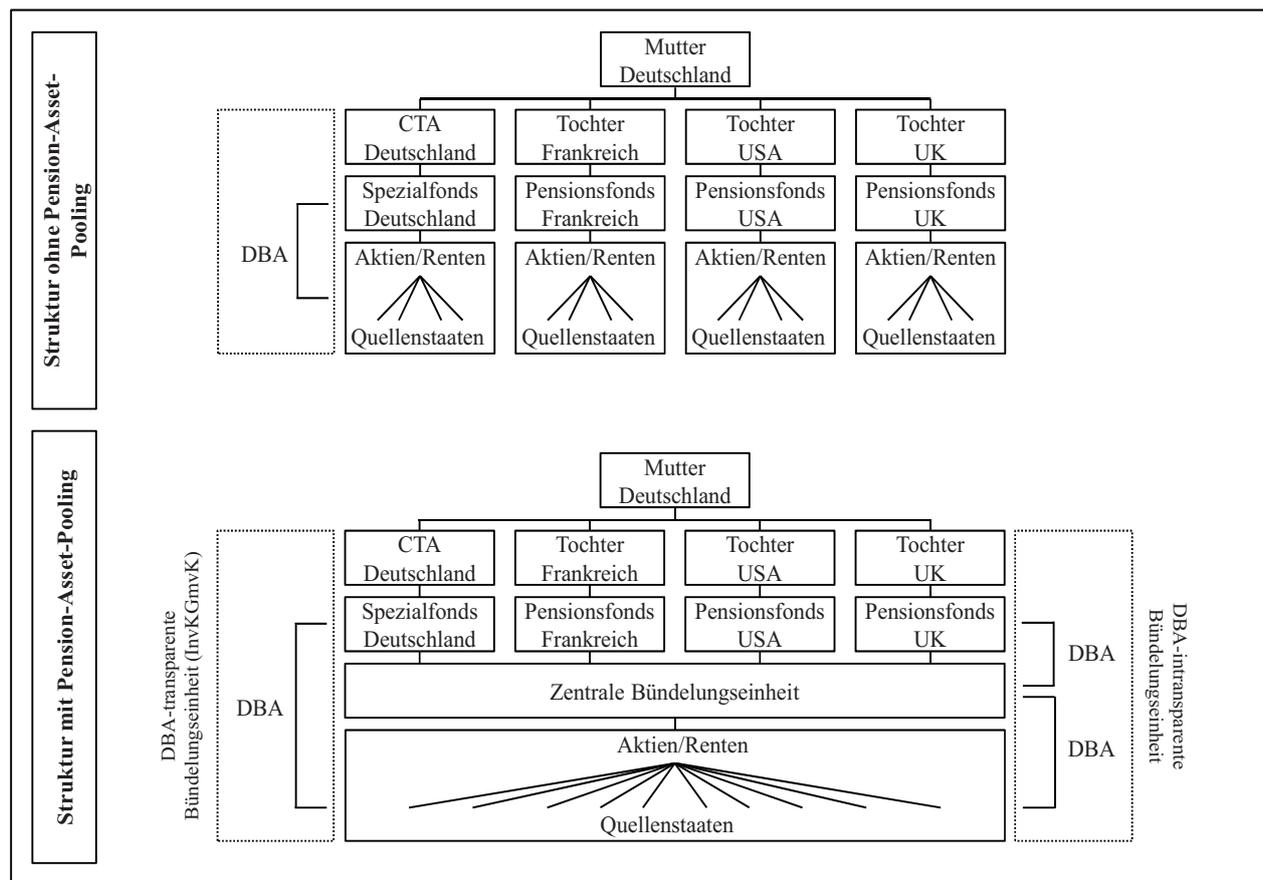


Abb. 1: Pension-Asset-Pooling in der Konzernstruktur*

*) Modifiziert entnommen aus T. Richter, ZfgK 2013, 824 (826).

Struktur ist mindestens dann steuerlich effizient, wenn die gerade in Folge der Bündelung erreichten, monetär messbaren Effizienzgewinne nicht durch eine im Vergleich zum Direktinvestment höhere Steuerbelastung abgeschöpft werden. Steuerlich darf daher aus der Zwischenschaltung einer zentralen Bündelungseinheit keine Schlechterstellung resultieren. Eine steuerliche Schlechterstellung ist ausgeschlossen, wenn der Status quo der steuerlichen Belastung eines Direktinvestments aufrechterhalten werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn trotz Zwischenschaltung einer zentralen Bündelungseinheit weiterhin die Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) zwischen dem Sitzstaat der Altersvorsorgeeinrichtung und den jeweiligen Quellenstaaten anzuwenden wären. Voraussetzung dafür ist, dass i.R.d. DBA-Anwendung nicht auf die zentrale Bündelungseinheit abzustellen ist, sondern auf die Anleger (Altersvorsorgeeinrichtungen), die hinter der zentralen Bündelungseinheit stehen.³² M.a.W. muss die zentrale Bündelungseinheit (Pooling-Vehikel) für die Anwendung der

DBA transparent sein (sog. DBA-Transparenz). Eine Bündelungseinheit ist i.d.R. DBA-transparent, wenn sie aufgrund fehlender Steuersubjektfähigkeit³³ nicht abkommensberechtigt ist.³⁴

b) Aufsichts- und steuerrechtliche Ausgangslage

aa) Betrachtung der nationalen Bündelung (sog. Inlandsfälle)

Zur Bildung einer zentralen Bündelungseinheit in Form eines Spezialfonds standen bis zum Inkrafttreten des Kapitalanlagegesetzbuchs in Deutschland die Rechtsformen des Sondervermögens und der Investmentaktiengesellschaft mit variablem Kapital (InvAGmV) zur Verfügung.³⁵ Die InvAGmV wird als vollwertige Aktiengesellschaft (Körperschaftsteuersubjekt gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG) im Rahmen eines DBA als abkommensberechtigt angesehen (DBA-Intransparenz).³⁶ Das deutsche Sondervermögen wird

32 Vgl. dazu BT-Drucks. 18/68 (neu), 61.

33 Vgl. R. Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht²¹, 2013, § 6 Rz. 30 ff. sowie beispielhaft für Personengesellschaften J. Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht²¹, 2013, § 10 Rz. 10.

34 Vgl. BT-Drucks. 18/68 (neu), 61. I.d.R. baut die Abkommensberechtigung auf der persönlichen Steuerpflicht im Vertragsstaat auf, gleichwohl bestehen Ausnahmen; vgl. F. Wassermeyer, IStR 2010, 683 ff.

35 Vgl. S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (332).

36 Vgl. F. Bacmeister, in: Haase, Investmentsteuergesetz, § 5 InvStG Rz. 290; R. Dremel, in: Schönfeld/Ditz, Doppelbesteuerungsabkommen, 2013, Art. 1 OECD-MA Rz. 81; F. Haase, in: Haase, Investmentsteuergesetz, Einleitung, Rz. 61; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (336); A. Patzner/L. J. Kempf, in: Patzner/Döser/Kempf, InvG/InvStG, 2012, § 4 InvStG Rz. 4.

zumindest aus deutscher Sicht³⁷, aber auch international i.d.R.³⁸ ebenfalls als abkommensberechtig und damit als DBA-intransparent behandelt.³⁹ Ein inländisches Sondervermögen wird steuerlich gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG als körperschaftsteuerpflichtiges Zweckvermögen i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG fingiert. In Folge der Fiktion ist das Sondervermögen als Gesellschaft ((steuerlicher) Rechtsträger, der für die Besteuerung wie eine juristische Person behandelt wird) und damit als Person i.S.d. Art. 3 Abs. 1 Buchst. a und b OECD-MA zu qualifizieren.⁴⁰ Sondervermögen sind im Inland ansässig, soweit der Ort der Geschäftsleitung oder der Sitz (ähnliches Merkmal i.S.d. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA) der Kapitalverwaltungsgesellschaft im Inland liegt.⁴¹ Die unbeschränkte Steuerpflicht ergibt sich aufgrund der Zweckvermögensfiktion des § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG. Die Steuerbefreiung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG ist unbeachtlich, da es nur abstrakt auf die Steuersubjektfähigkeit ankommt.⁴² Maßgeblich ist allein, ob das Investmentvermögen aufgrund der in Art. 4 Abs. 1 OECD-MA genannten ortsgebundenen Merkmale unbeschränkt steuerpflichtig werden könnte.⁴³ Ein inländisches Sondervermögen kann im Inland unbeschränkt steuerpflichtig sein, wenn es nicht oder nicht mehr als Investmentfonds i.S.d. § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG, sondern als Kapitalinvestitionsgesellschaft⁴⁴ i.S.d. § 1 Abs. 1c Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1-2 InvStG einzustufen ist.⁴⁵

Die Steuersubjekteigenschaft muss auch aus Sicht des ausländischen Anwenderstaates gegeben sein. Nach Art. 3 Abs. 2 OECD-MA ist jedoch im Grundsatz die Auslegung der in einem DBA nicht definierten Begriffe nach dem Recht des jeweiligen Anwenderstaates vorrangig.⁴⁶ Damit kommt es entscheidend darauf an, wie das inländische Sondervermögen aus Sicht des Quellenstaates behandelt wird.⁴⁷ Eine abweichende Qualifikation im Rahmen eines ggf. im Quellenstaat durchgeführten Rechtstypenvergleichs⁴⁸ oder aufgrund der Anwendung einer dem Rechtstypenvergleich gleichstehenden Methodik zur Qualifikation ausländischer Rechtsträger kann aufgrund der teils stark abweichenden nationalen Rechtsordnungen daher nicht ausgeschlossen werden.⁴⁹

Ein Rechtstypenvergleich⁵⁰ führt für Sondervermögen aufgrund der in den verschiedenen Rechtsräumen z.T. stark divergierenden Ausgestaltungen grds. zu keinem verwertbaren Ergebnis, so dass in diesen Fällen im Ergebnis auf die Ausgestaltung im Ansässigkeitsstaat (Deutschland) abzustellen ist.⁵¹ Demnach ist ein deutsches Sondervermögen grds. als abkommensberechtig zu behandeln.⁵² Ein grenzüberschreitend einheitliches Verständnis über dessen Behandlung besteht allerdings nicht.⁵³ Hingegen zeigen praktische Erfahrungen, dass die Quellenstaaten im Ergebnis eher dazu neigen zu versuchen, die Gewährung von

37 Die Behandlung von deutschen Sondervermögen ist international weder einheitlich noch unumstritten; vgl. nur *D. Eberhardt*, IStR 2013, 377 (378); *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, § 11 InvStG Rz. 82 ff.

38 Vgl. *S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel*, BB 2012, 331 (336); *K. Zinkeisen/A. Walter*, IStR 2007, 583.

39 Insb. für Publikums-Sondervermögen sichert die Anerkennung der Abkommensberechtigung die Geltendmachung der DBA-Vergünstigungen für die Anleger. Würde auf die einzelnen Anleger abgestellt werden müssen, wäre ein Scheitern der Geltendmachung aufgrund des enormen administrativen Aufwands wahrscheinlich. Hilfsweise könnte die KVG bevollmächtigt werden, die Erstattungsansprüche geltend zu machen; vgl. *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 37), § 11 InvStG Rz. 86 m.w.N.; *A. Patzner/L. J. Kempf*, in: *Patzner/Döser/Kempf* (FN 36), § 4 InvStG Rz. 4.

40 Vgl. *F. Bacmeister*, in: *Haase* (FN 36), § 5 InvStG Rz. 290 m.w.N.; *O. Schmidt/M. Heinsius*, IStR 2003, 235 (238); *P. Schmittmann/K. Gerdes*, IStR 2003, 541 (544); *U. Sorgenfrei*, IStR 1994, 465 (468); *K. Zinkeisen/A. Walter*, IStR 2007, 583.

41 Vgl. *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 37), § 11 InvStG Rz. 84 m.w.N.; *M. Hammer*, Spezialfonds im Steuerrecht aus Investorensicht, 2007, S. 26; *U. Sorgenfrei*, IStR 1994, 465 (472). Für Fälle der grenzüberschreitenden Verwaltung ist auf die Zulassung des Sondervermögens im Inland durch die BaFin abzustellen; vgl. BT-Drucks. 17/4510, 161.

42 Vgl. BFH v. 6.6.2012 – I R 52/11, IStR 2012, 772 ff.; *R. Dremel*, in: *Schönfeld/Ditz* (FN 36), Art. 1 OECD-MA Rz. 81; *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 37), § 11 InvStG Rz. 83 f.; *M. Geurts/F. Jacob*, IStR 2007, 737 (738); *F. Wassermeyer*, in: *Wassermeyer*, Doppelbesteuerung, Art. 1 OECD-MA Rz. 18, 23; *K. Zinkeisen/A. Walter*, IStR 2007, 583; zur sonstigen Abkommenspraxis im Überblick *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 37), § 11 InvStG Rz. 90 m.w.N.

43 Vgl. *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 37), § 11 InvStG Rz. 84 m.w.N.; *M. Lehner*, in: *Vogel/Lehner*, Doppelbesteuerungsabkommen⁵, Art. 4 OECD-MA Rz. 82 f.

44 Vgl. dazu ausführlich *C. Watrin/D. Eberhardt*, DB 2014, 795 ff.

45 Gleiches gilt in Bezug auf die InvAGmVK (§ 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG). Nutzungsberechtigter ist das durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft verwaltete Sondervermögen; vgl. *A. Patzner/L. J. Kempf*, in: *Patzner/Döser/Kempf* (FN 36), § 4 InvStG Rz. 8.

46 Dies ist strittig und wurde bislang insb. in Bezug auf die Abkommensberechtigung von Personengesellschaften diskutiert; vgl. dazu Gliederungspunkt III.2.

47 Vgl. *R. Prokisch*, in: *Vogel/Lehner* (FN 43), Art. 1 OECD-MA Rz. 55a; *K. Zinkeisen/A. Walter*, IStR 2007, 583.

48 Vgl. aus deutscher Sicht: *O. H. Jacobs u.a.*, Internationale Unternehmensbesteuerung⁷, 2011, S. 491 ff.; BFH v. 20.8.2008 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 266; grundlegend: RFH v. 12.2.1930 – VI A 899/27, RStBl. II 1930, 444. Auch international stellt der Rechtstypenvergleich das am häufigsten angewendete Verfahren zur Bestimmung der Steuersubjekteigenschaft ausländischer Rechtsträger dar; vgl. *A. Kopec/K. Mroz*, Ubg 2014, 164 (165).

49 Vgl. *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 37), § 11 InvStG Rz. 82 ff.; *M. Hammer*, Spezialfonds (FN 41), S. 26; *U. Sorgenfrei*, IStR 1994, 465 (468 f.).

50 Zu weiteren Methoden vgl. ausführlich *A. Kopec/K. Mroz*, Ubg 2014, 164 ff.

51 Vgl. *S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel*, BB 2012, 331 (336); *K. Zinkeisen/A. Walter*, IStR 2007, 583; auch *F. Bacmeister*, in: *Haase* (FN 36), § 5 InvStG Rz. 291.

52 Vgl. *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 37), § 11 InvStG Rz. 83 m.w.N.; *S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel*, BB 2012, 331 (336 f.); *A. Patzner/L. J. Kempf*, in: *Patzner/Döser/Kempf* (FN 36), § 4 InvStG Rz. 9; *K. Zinkeisen/A. Walter*, IStR 2007, 583. Zu Beispielen einer gegenläufigen Behandlung in der Praxis vgl. *J. Englisch*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen* (FN 37), § 11 InvStG Rz. 87 ff.; *A. Patzner/L. J. Kempf*, in: *Patzner/Döser/Kempf* (FN 36), § 4 InvStG Rz. 9; *K. Zinkeisen/A. Walter*, IStR 2007, 583 (585 ff.).

53 Vgl. *R. Dremel*, in: *Schönfeld/Ditz* (FN 36), Art. 1 OECD-MA Rz. 81.

Abkommensbegünstigungen zu vermeiden.⁵⁴ Häufig wird die Gewährung dieser auch von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht.⁵⁵ Eine international rechtssichere Behandlung wird nur durch die Aufnahme von entsprechenden Regelungen in die jeweiligen DBA herzustellen sein.⁵⁶

Aufgrund der grds. DBA-Berechtigung kann bspw. im Fall einer Dividendenausschüttung einer im Quellenstaat (Q) ansässigen Kapitalgesellschaft auf Ebene des deutschen Spezialfonds (D) eine Reduzierung der Quellensteuerlast durch die Anwendung des DBA D-Q auf i.d.R. 15 % erzielt werden.⁵⁷ Investiert bspw. ein inländischer Pensionsfonds⁵⁸ direkt im Ausland, kann er aufgrund seiner Abkommensberechtigung ebenfalls eine Reduzierung der Steuerlast auf i.d.R. 15 % erreichen.⁵⁹ Die in Abzug gebrachte ausländische Quellensteuer kann i.R.d. Körperschaftsteuerveranlagung angerechnet werden,⁶⁰ soweit der Pensionsfonds unter Berücksichtigung der ggf. nach § 21a KStG gebildeten Deckungsrückstellung über ein entsprechendes zu versteuerndes Einkommen verfügt.⁶¹

Ist dem Pensionsfonds ein Spezialfonds vorgeschaltet, wird die Anrechnung der im Ausland gezahlten Quellensteuer durch die Durchbrechung (§ 4 InvStG) des – aufgrund der zuvor festgestellten Steuersubjekteigenschaft (Zweckvermögen i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) – im Grunde vorliegenden Trennungsprinzips sichergestellt (sog. investmentsteuerliches bzw. eingeschränktes Transparenzprinzip⁶²). In einer solchen Konstellation eines Inland-Pooling können sich v.a. nachteilige steuerliche Effekte ergeben, wenn ein DBA für bestimmte Vorsorgeeinrichtungen wie Pensionsfonds besondere, begünstigende Regelungen vorsieht, diese aber vom zwecks Bündelung vorgeschalteten Spezialfonds nicht geltend gemacht werden können. Solche Vergünstigungen bis hin zu einer Reduzierung der Quellensteuerbelastung auf 0 % sind bspw. in dem DBA mit den USA (0 %),⁶³ den Niederlanden (10 % beschränkt auf niederländische Pensionsfonds)⁶⁴ sowie Großbritannien und Nordirland (10 %)⁶⁵ enthalten.

Um die im DBA gewährte Vergünstigung trotz Vorschaltung eines Spezial-Sondervermögens zu ermöglichen, wurde konkret für das DBA-USA von den Finanzbehörden im Wege des Konsultationsverfahrens nach Art. 25 Abs. 3 DBA-USA vereinbart, dass auch Personen, die zugunsten eines oder mehrerer Pensionsfonds Einkünfte erzielen oder Vermögen verwalten, die ausschließlich für die Erfüllung von Pensionsverpflichtungen verwendet werden dürfen, auch wenn das Vermögen nach § 39 Abs. 2 AO einer anderen Person bzw. dem Unternehmen zuzurechnen ist (CTA), als Pensionsfonds i.S.d. Abkommens gelten.⁶⁶ Ein Spezial-Sondervermögen, das ausschließlich zum Zweck errichtet wurde, um Vermögenswerte eines oder mehrerer Pensionsfonds zu verwalten, kann demnach ebenfalls eine Reduzierung der Quellensteuer auf im konkreten Fall 0 % beanspruchen.

Eine gleichgelagerte Problematik ergibt sich bei der inländischen Bündelung von Pensionsvermögen (partiell) steuerbefreiter Altersvorsorgeeinrichtungen. Zu nennen sind hier maßgeblich die gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG sachlich steuerbefreiten Pensions- oder Unterstützungskassen.⁶⁷ Sieht ein DBA keine speziellen Quellensteuersätze bzw. -vergünstigungen vor, kann der vorgeschaltete Spezialfonds wie die steuerbefreite Altersvorsorgeeinrichtung die Reduzierung des Quellensteuerabzugs gem. DBA beanspruchen und weiterreichen.⁶⁸ I.d.R. wird sich eine Definitivsteuerbelastung i.H.d. im Quellenstaat erhobenen Steuer einstellen (i.d.R. 15 %).⁶⁹ Sieht ein DBA hingegen bspw. für solche Altersvorsorgeeinrichtungen günstigere Regelungen vor, ist die Inanspruchnahme des günstigeren Quellensteuersatzes durch die Vorschaltung des Spezialfonds in aller Regel ausgeschlossen.⁷⁰

bb) Betrachtung der internationalen Bündelung (sog. Dreiecksfälle)

Die Etablierung eines Pension-Asset-Pooling-Vehikels in Deutschland zielt hingegen neben der ggf. ohnehin bereits vorhandenen nationalen Bündelung (Inlands-

54 Vgl. A. Patzner/L. J. Kempf, in: Patzner/Döser/Kempf, (FN 36), § 4 InvStG Rz. 5; K. Zinkeisen/A. Walter, IStR 2007, 583.

55 Vgl. A. Patzner/L. J. Kempf, in: Patzner/Döser/Kempf (FN 36), § 4 InvStG Rz. 9; K. Zinkeisen/A. Walter, IStR 2007, 583.

56 Bspw. schreibt Nr. 1 Abs. 1 und 2 des Protokolls zum DBA-Luxemburg (unter bestimmten Voraussetzungen) die Abkommensberechtigung eines deutschen Sondervermögens fest; vgl. BGBl. II 2012, 1412; vgl. dazu sowie zu weiteren Beispielen D. Eberhardt, IStR 2013, 377 (382 f.). Vgl. zu derzeitigen Entwicklungen nur A. Patzner/L. J. Kempf, in: Patzner/Döser/Kempf (FN 36), § 4 InvStG Rz. 10.

57 Vgl. J. Englisch, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (FN 37), § 11 InvStG Rz. 80; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (336); W. Tischbirek, in: Vogel/Lehner (FN 43), Art. 10 OECD-MA Rz. 67.

58 Inländische Pensionsfonds sind regulär körperschaftsteuerpflichtig. Aufgrund der Möglichkeit, gem. § 21a KStG steuerwirksame Deckungsrückstellungen zu bilden, und nach Berücksichtigung der Beitragsrückerstattung erwirtschaften Pensionsfonds i.d.R. steuerliche Nullergebnisse; vgl. W. Blomeyer/C. Rolfs/K. Otto, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung⁵, Vierter Teil G. Rz. 92; A. Linn, IStR 2010, 275 (278).

59 Vgl. S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (337).

60 Vgl. B. Jasper/P. Stark, IStR 2013, 554.

61 Bezieht der Pensionsfonds Inlandsdividenden und reicht das zu versteuernde Einkommen zur Anrechnung nicht aus, wird der Differenzbetrag gem. § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 Satz 2 EStG erstattet; vgl. U. Johannemann/S. Herz, ISR 2012, 94.

62 Vgl. dazu nur C. Ebner/M. Helios, FR 2009, 977 (979).

63 Vgl. Art. 10 Abs. 11 DBA-USA; U. Wolff, in: Wassermeyer (FN 42), Art. 10 DBA-USA Rz. 229.

64 Vgl. Art. 10 Abs. 2 Buchst. b DBA Deutschland/Niederlande; vgl. C. Böing/I. Prang, BB 2012, 2211 (2213).

65 Vgl. Art. 10 Abs. 2 Buchst. b DBA Deutschland/Großbritannien und Nordirland; vgl. J. Bahns, in: Wassermeyer (FN 42), Art. 10 DBA-Großbritannien Rz. 39.

66 Vgl. BMF v. 12.4.2012 – IV B 5 - S 1301-USA/09/10001, BStBl. I 2012, 517 f.

67 Vgl. J. Alvermann, in: Streck, KStG⁸, § 5 KStG Rz. 1; K. Hegner, in: Gosch, KStG², § 5 KStG Rz. 99.

68 Vgl. J. Englisch, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (FN 37), § 11 InvStG Rz. 80; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (336).

69 Vgl. M. Hammer, Spezialfonds (FN 41), S. 27; W. Tischbirek, in: Vogel/Lehner (FN 43), Art. 10 OECD-MA Rz. 67.

70 Vgl. S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (336).

fall) vorwiegend auf die Bündelung von ausländischen Pensionsvermögen im Inland ab. Durch die regelmäßig über eine Vielzahl von (Quellen-)Staaten gestreut erfolgende Anlage des Pensionsvermögens ergeben sich in Folge der Beteiligung ausländischer Altersvorsorgeeinrichtungen Beziehungen zwischen im Grunde drei zu unterscheidenden Staaten: dem jeweiligen Quellenstaat (Q), dem Ansässigkeitsstaat des Pooling-Vehikels und dem jeweiligen Ansässigkeitsstaat des Anlegers bzw. Gesellschafters, hier des Pensionsfonds (sog. Dreiecksfälle).

Werden an den nach bisherigem deutschem Recht zur Bildung eines Spezialfonds verfügbaren Vehikeln (Sondervermögen oder InvAGmVK) im Ausland (A) ansässige Altersvorsorgeeinrichtungen zur Bündelung der Pensionsvermögenswerte beteiligt, sind die ggf. in den jeweiligen DBA vereinbarten Vergünstigungen für Altersvorsorgeeinrichtungen in aller Regel nicht mehr aufrechtzuerhalten, wenn das Pooling-Vehikel als DBA-intransparent behandelt wird (vgl. Abb. 2 auf Seite 321).⁷¹ Die Aufrechterhaltung der steuerlichen Belastungsparität im Vergleich zur Direktanlage scheidet aufgrund der Abkommensberechtigung in Folge der (Körperschaft-)Steuersubjektivität der deutschen Spezialfonds-Vehikel.⁷²

Bezieht bspw. eine Altersvorsorgeeinrichtung einer in (A) ansässigen Tochter einer deutschen Konzernmutter Dividendenerträge aus (Q) und gewährt das DBA A-Q eine Quellensteuerreduzierung auf 0 %, ⁷³ kann der deutsche Spezialfonds (D) i.d.R. diesen verminderten Quellensteuersatz bei der Ausschüttung der in Quellenstaat (Q) erzielten Dividendeneinkünfte nicht beanspruchen, sondern lediglich eine Reduzierung der in (Q) erhobenen Quellensteuer auf i.d.R. 15 % (DBA D-Q) erreichen, die i.d.R. nicht vom Anleger neutralisiert werden kann.⁷⁴

Die gegenüber der Direktanlage aus der Abkommensberechtigung der bislang zur Verfügung gestandenen Pooling-Vehikel resultierende steuerliche Benachteiligung ausländischer Pensionsvermögen stand bisher der nationalen Bündelung ausländischer Pensionsvermögen und damit der Etablierung des Pension-Asset-Pooling in Deutschland entgegen (vgl. Abb. 2 auf Seite 321).⁷⁵

III. Implementierung einer gesetzlichen Grundlage

1. Hintergrund der gesetzlichen Regelung

Von der Wirtschaft wurde daher seit langem, wie auch bereits in der öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses zum OGAW-IV-UmsG 2011 propagiert,⁷⁶ die Einführung eines Pension-Asset-Pooling-tauglichen Fondsvehikels gefordert.⁷⁷ Diese Forderung wurde von der deutschen Investmentbranche aktiv unterstützt,⁷⁸ v.a. da mehrere europäische Nachbarstaaten den Entwicklungen in Deutschland bereits seit langem vorgegriffen haben.⁷⁹ Die dort bereits etablierten Strukturen drohen die in Deutschland schlummern den Marktpotentiale zu heben, wodurch die deutsche Branche neben der Entziehung eines neuen Geschäftsfelds auch den Abfluss derjenigen Pensionsvermögenswerte zu befürchten hat,⁸⁰ die zurzeit noch unter inländischer Verwaltung stehen.⁸¹ Eine erfolgreiche Einführung eines Pension-Asset-Pooling-Vehikels eröffnet neben der Möglichkeit, die Pensionsvermögen im Ausland ansässiger Töchter inländischer Konzernmütter nach Deutschland zu verlagern, die Chance für Deutschland, sich als attraktiver Standort zur Verwaltung der Pensionsvermögen ausländischer Konzerne zu etablieren und ein beträchtliches Zusatzgeschäft im Inland generieren zu können.⁸²

Vor diesem Hintergrund schlug der Bundesverband Investment und Asset Management e.V. i.R.d. Ausar-

71 Vgl. Gliederungspunkt II.2.b)aa).

72 Vgl. BT-Drucks. 18/68 (neu), 61.

73 Vgl. hier Art. 10 Abs. 11 DBA-USA.

74 Vgl. S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (336); N. Schmidt-Narischkin/A. Drtill/M. Wolff, ZfgK 2014, 81 (82).

75 Vgl. BT-Drucks. 18/68 (neu), 44; Hengeler Mueller v. 17.2.2011, Stellungnahme Drs. 17/4510 (FN 13), S. 1; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 311 (336); N. Schmidt-Narischkin/A. Drtill/M. Wolff, ZfgK 2014, 81 (82); E. Wallach, in: Protokoll Nr. 17/44 v. 23.2.2011 (FN 27), S. 26.

76 Vgl. A. Engert, in: Protokoll Nr. 17/44 v. 23.2.2011 (FN 27), S. 9 ff.; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (333); Verband der Firmenpensionskassen e.V., Anhörung Drs. 17/4510 (FN 13), S. 1 f.; E. Wallach, in: Protokoll Nr. 17/44 v. 23.2.2011 (FN 27), S. 26 ff.

77 Vgl. BR-Drucks. 95/13, 1.

78 Vgl. Börsenzeitung v. 24.2.2011, Nr. 33, S. 3.

79 Insb. konnten dort bereits folgende Pension-Asset-Pooling-Strukturen realisiert werden: Deutsche Asset (CCF), Assets under Administration (AuA): ca. 192 Mio. €; IBM (CCF); Suez-Tractebel Group (SICAV), AuA: ca. 1,1 Mrd. €; Unilever (FCP), AuA: ca. 3,9 Mrd. €; Vanquard (CCF), AuA: ca. 8,5 Mrd. €; LGIM (CCF), AuA: ca. 145,6 Mio. €; Royal Dutch Shell (FGR), AuA: ca. 44 Mrd. €; AEGON (FGR), AuA: ca. 8 Mrd. €; Deutsche Bank (FCP/SICAV), AuA: 5,8 Mrd. €; Nestlé (CCF); vgl. P. Eisele, Pension Pooling leicht(er) gemacht, in: Portfolio Institutionell v. 14.10.2009, abrufbar unter: <http://www.portfolio-institutionell.de/new->

[sdetails/article/pension-pooling-leichter-gemacht.html](http://www.portfolio-institutionell.de/newsdetails/article/pension-pooling-leichter-gemacht.html); o.V., Pension Pooling: Neues Vehikel für Pensions-Pools?, in: Institutional Money 3/2011, abrufbar unter: <http://www.institutional-money.com/magazin/steuer-recht/artikel/pension-pooling-neues-vehikel-fuer-pensions-pools/>; S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331.

80 Vgl. o.V., Pension Pooling, in: Institutional Money 3/2011 (FN 79); T. Richter, ZfgK 2013, 824 (826). Das potentielle Marktvolumen ist erheblich und wird in einer Größenordnung von weit über 200 Mrd. € zu schätzen sein; vgl. E. Wallach, in: Protokoll Nr. 17/44 v. 23.2.2011 (FN 27), S. 27. Alleine die Pensionsvermögen der 30 Dax-Unternehmen summieren sich im Jahr 2012 nach einer Erhebung von Towers Watson auf ca. 191 Mrd. €, vgl. Süddeutsche Zeitung v. 26.3.2013, Nr. 72, S. 26.

81 Die Deutsche Bank transferierte 2009 ca. 5,8 Mrd. € Pensionsgelder in einen FCP (*fonds commun de placement*) sowie eine SICAV (*société d'investissement à capital variable*), die auch Externen offen steht; vgl. P. Eisele, Pension Pooling, in: Portfolio Institutionell (FN 79); B. Vorbeck, Pension Pooling „made in Germany“, in: FAZjob v. 14.9.2011, abrufbar unter: http://fazjob.net/ratgeber-und-service/karriere-im-ausland/faz-archiv/119951_Pension-Pooling-made-in-Germany.html.

82 Vgl. o.V., Pension Asset Pooling wird vereinfacht, in: Portfolio Institutionell v. 4.2.2013, abrufbar unter: <http://www.portfolio-institutionell.de/newsdetails/article/pension-asset-pooling-nun-auch-in-deutschland.html>.

beitung des OGAW-IV-UmsG 2011 die Aufnahme einer Investmentkommanditgesellschaft mit variablem Kapital (InvKGmvK) in das InvG⁸³ vor,⁸⁴ die aufgrund ihrer Eigenschaft als Personengesellschaft (fehlende Steuersubjektqualität⁸⁵) grds. für Zwecke eines DBA steuerlich transparent (DBA-transparent) behandelt wird und daher geeignet ist, steuerliche Nachteile auszuschalten.

Hätte sich eine nicht regulierte, nicht der Aufsicht unterstehende herkömmliche vermögensverwaltende Personengesellschaft, insb. mit Blick auf das erhöhte Schutzbedürfnis der Verwaltung von Altersvorsorgevermögen, am Markt etablieren können,⁸⁶ wäre ihre Tätigkeit wohl ohne weitere steuerliche Regelungen stets Gefahr gelaufen, als gewerblich qualifiziert zu werden.⁸⁷ Darüber hinaus hätte auch keine Möglichkeit zur Bildung haftungs- und vermögensrechtlich abgeschirmter Teilgesellschaftsvermögen bestanden.⁸⁸

Der zuvor vom Gesetzgeber kaum⁸⁹ beachtete Vorschlag wurde i.R.d. Gesetzgebungsverfahren zum AIFM-UmsG wieder aufgegriffen und mündete in der Einführung der InvKGmvK in den §§ 124 ff. KAGB.⁹⁰ Das AIFM-StAnpG enthielt die entsprechenden, existenziell notwendigen steuerlichen Regelungen zur InvKGmvK.⁹¹

2. Die Einführung der InvKGmvK durch das KAGB

Der entscheidende Vorteil der InvKGmvK liegt in ihrer Eigenschaft als Personengesellschaft, deren Besteuerung in Deutschland dem Transparenzprinzip⁹² folgt und dies grds. die Abkommensberechtigung von Personengesellschaften scheitern lässt.

Abkommensberechtigt ist, wer Person i.S.d. Abkommens ist und in mindestens einem Vertragsstaat ansässig ist.⁹³ Der Ausdruck Person umfasst natürliche

Personen, Gesellschaften und alle anderen Personenvereinigungen.⁹⁴ Als Gesellschaft gelten juristische Personen oder Rechtsträger, die für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt werden.⁹⁵ Die Zweckvermögensfiktion des § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG findet auf die InvKGmvK keine Anwendung. Personengesellschaften sind, soweit sich die Besteuerung nach dem Transparenzprinzip richtet, als „andere Personenvereinigungen“ i.S.d. Art. 3 Abs. 1 Buchst. a OECD-MA zu qualifizieren, ansonsten handelt es sich um eine „Gesellschaft“ i.S.d. Art. 3 Abs. 1 Buchst. b OECD-MA.⁹⁶ Sie sind daher, unabhängig davon, ob diese gem. dem jeweiligen nationalen Steuerrecht nach dem Transparenz- oder nach dem Trennungsprinzip besteuert werden, Person i.S.d. Abkommens.⁹⁷

Ansässig ist eine Personengesellschaft dann, wenn sie nach dem Recht eines Staates dort aufgrund ihres Ortes der Geschäftsleitung oder ihres Sitzes unbeschränkt steuerpflichtig ist.⁹⁸ Veranlasst durch das in Deutschland für die Besteuerung von Personengesellschaften national geltende Transparenzprinzip sind Personengesellschaften für Zwecke der Einkommen- und Körperschaftsteuer nicht selbst steuerpflichtig (fehlende Steuersubjektqualität), sondern lediglich Subjekt der Gewinnermittlung,⁹⁹ womit es für die Frage der Abkommensberechtigung deutscher Personengesellschaften am Kriterium der Ansässigkeit fehlt.¹⁰⁰ Dass die InvKGmvK ggf. trotz Steuerbefreiung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 InvStG abstrakt Steuersubjekt der Gewerbesteuer sein könnte, ändert daran nichts, da diese als Objektsteuer nicht an die Ansässigkeit einer Person anknüpft,¹⁰¹ sondern gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG nur an inländische stehende Gewerbebetriebe.¹⁰²

Aufgrund der fehlenden Abkommensberechtigung ist dann auf die Gesellschafter der Personengesellschaft abzustellen (sog. DBA-Transparenz).¹⁰³ Die DBA-

83 Dieses wurde durch Art. 2a AIFM UmsG aufgehoben und durch das KAGB ersetzt.

84 Vgl. S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331.

85 Vgl. Gliederungspunkt III.2.

86 Zurecht zweifelnd S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (336).

87 Daher wurde die InvKGmvK i.R.d. AIFM-StAnpG unter bestimmten Voraussetzungen gem. § 11 Abs. 1 Satz 3 InvStG von der Gewerbesteuer befreit.

88 Diese Möglichkeit wurde nun in § 132 KAGB geschaffen.

89 Vgl. BT-Drucks. 17/5417, 9.

90 Vgl. ausführlich C. Fischer/T. Friedrich, ZBB 2013, 153 (160 ff.).

91 Vgl. Gliederungspunkt III.3.

92 Vgl. H. Kußmaul, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre⁷, 2014, S. 478.

93 Vgl. Art. 1 OECD-MA.

94 Vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. a OECD-MA.

95 Vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. b OECD-MA.

96 Vgl. F. Haase, Internationales und Europäisches Steuerrecht⁴, 2014, Rz. 605; M. Kempermann, in: Wassermeyer/Richter/Schnittker, Personengesellschaften im internationalen Steuerrecht, 2010, Rz. 3.6. In einer Vielzahl von DBA wurde der Begriff der Personenvereinigung allerdings nicht aufgenommen, so dass keine Person i.S.d. Abkommens bzw. keine Abkommensberechtigung vorliegt; vgl. K. Vogel, in: Vogel/Lehner (FN 43), Art. 3 OECD-MA Rz. 28; F. Wassermeyer, in: Wassermeyer (FN 42), Art. 3

OECD-MA Rz. 20.

97 Vgl. R. Dremel, in: Schönfeld/Ditz (FN 36), Art. 1 OECD-MA Rz. 40; F. Haase, Steuerrecht (FN 96), Rz. 605; M. Kempermann, in: Wassermeyer/Richter/Schnittker (FN 96), Rz. 3.6; H. Schaumburg, Internationales Steuerrecht³, 2011, Rz. 16.177.

98 Vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 1 OECD-MA; M. J. Mössner, in: Steuerrecht international tätiger Unternehmen⁴, Mössner u.a., 2012, Rz. 1.178 f.

99 Vgl. BFH-Beschl. v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 761; J. Lang, in: FS Schmidt, 1993, S. 291 (292); U. Ley, Ubg 2011, 274.

100 Vgl. G. Brähler/M. Mayer, IStR 2010, 678 (681); H. Schaumburg, Steuerrecht (FN 97), Rz. 16.177.

101 Vgl. H. Kußmaul, Steuerlehre (FN 92), S. 397.

102 Vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 OECD-MA; M. Mick/J. Dyckmans, in: Mössner u.a. (FN 98), Rz. 8.55; F. Wassermeyer, in: Wassermeyer (FN 42), Art. 1 OECD-MA Rz. 17. Hingegen hatte das Income Tax Appellate Tribunal, Mumbai/Indien die Abkommensberechtigung einer deutschen Kommanditgesellschaft aufgrund der Gewerbesteuerpflicht bejaht; vgl. W. Oepen/S. Münch, IStR 2009, 55 (57).

103 Vgl. R. Dremel, in: Schönfeld/Ditz (FN 36), Art. 1 OECD-MA Rz. 40; F. Haase, Steuerrecht (FN 96), Rz. 607; D. Niehaves, in: Haase, AStG/DBA², Art. 7 OECD-MA Rz. 74; R. Prokisch, in: Vogel/Lehner (FN 43), Art. 1 OECD-MA Rz. 28; H. Schaumburg, Steuerrecht (FN 97), Rz. 16.178.

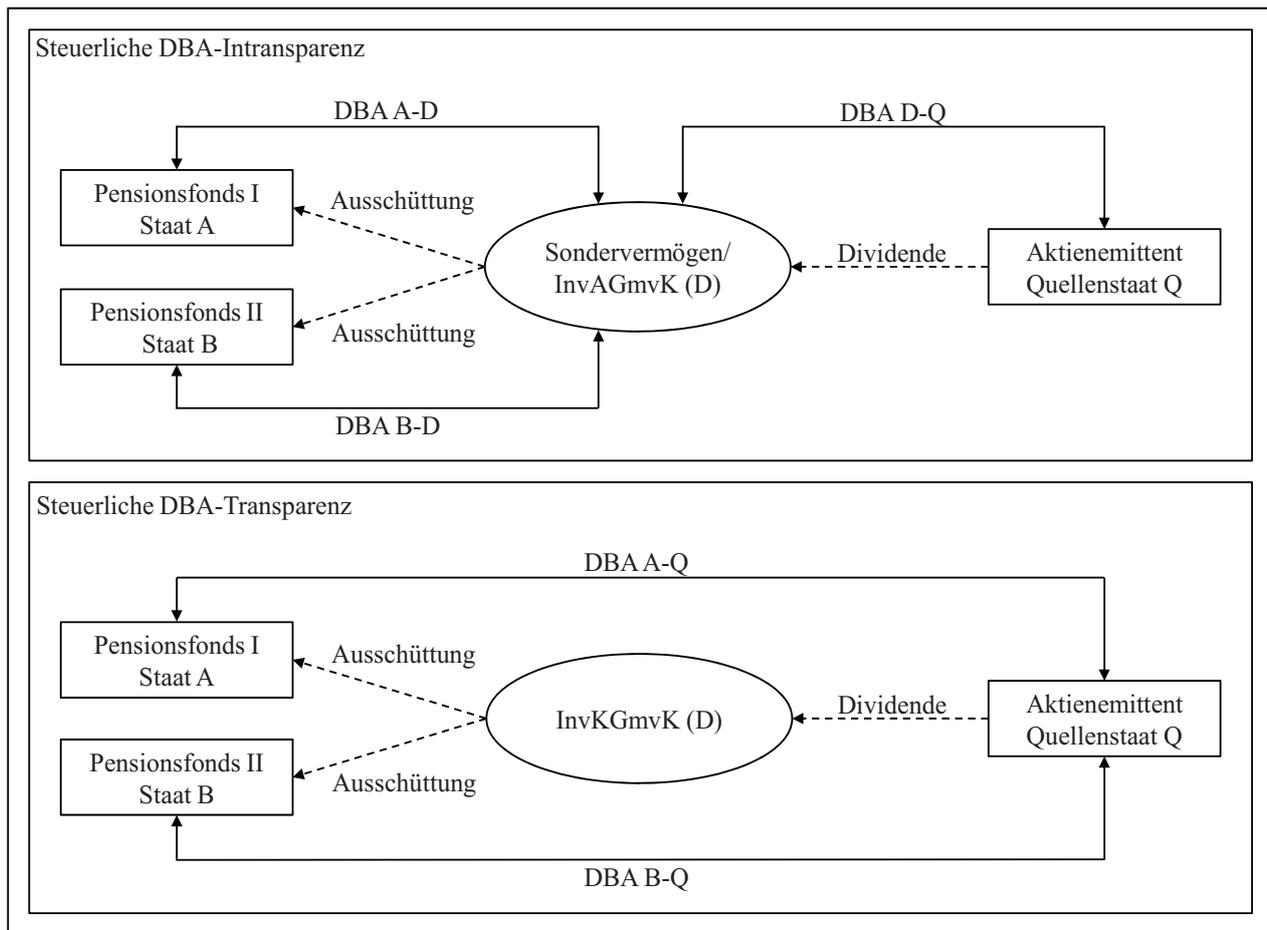


Abb. 2: Steuerliche Transparenz im internationalen Kontext (DBA-Transparenz)*

*) Modifiziert entnommen aus: S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (336).

Transparenz ermöglicht das „Durchschleusen der Erträge an die Gesellschafter“¹⁰⁴ (vgl. Abb. 2).

Ist das zwischengeschaltete Pooling-Vehikel DBA-transparent und profitierte die im Ausland ansässige Altersvorsorgeeinrichtung im Wege der Direktanlage von einer ggf. im jeweiligen Abkommen niedergelegten günstigeren Quellensteuerbeschränkung, kann diese auch weiterhin trotz Zwischenschaltung der InvKGmbH genutzt werden (vgl. Abb. 2). Mit Blick auf Inlandsfälle wären inländische Pensionsfonds in der Lage, sich trotz Vorschaltung einer InvKGmbH und gerade im Unterschied zur Vorschaltung eines DBA-intransparenten Spezialfonds-Vehikels direkt bspw. auf die Quellensteuerreduzierung des in der Gesetzesbegründung angeführten DBA-USA zu berufen.¹⁰⁵

Damit wird klar, dass es durch die Zwischenschaltung zu keiner Besserstellung der Beteiligten kommt, sondern vielmehr der sich aus der Situation einer Direkt-

anlage ergebende Status quo gesichert werden soll. Lediglich wird die zusätzliche Steuerbelastung, die durch eine Zwischenschaltung eines intransparenten Vehikels verursacht werden würde, vermieden. Da aufgrund dieser zusätzlich entstehenden Steuerbelastung bisher von einer Realisierung des Pension-Asset-Pooling in Deutschland abgesehen wurde, wird sich die Einführung der InvKGmbH nicht negativ auf das Steueraufkommen auswirken.

Zwar ist festzustellen, dass die DBA-Transparenz der deutschen Kommanditgesellschaft weitgehend von den wichtigsten Quellenstaaten anerkannt ist,¹⁰⁶ eine Qualifikationskollision kann aber darüber hinaus, soweit die Behandlung nicht in den jeweiligen DBA geregelt ist, im Allgemeinen in Folge einer abweichenden Sichtweise der jeweiligen Anwenderstaaten nach Art. 3 Abs. 2 OECD-MA nicht gänzlich ausgeschlossen werden (sog. subjektiver Qualifikationskon-

104 BR-Drucks. 376/13 (B), 2.

105 Vgl. BT-Drucks. 18/68 (neu), 61. Inwieweit dies vorteilhaft ist, ist im Einzelfall zu prüfen.

106 Vgl. S. Klein/M. Lorenz/C. Reichel, BB 2012, 331 (336); N. Schmidt-Narischkin/A. Drtil/M. Wolff, ZfgK 2014, 81 (82).

flikt¹⁰⁷).¹⁰⁸ Für bestehende DBA, welche die DBA-Intensivtransparenz der deutschen KG ausdrücklich vorsehen,¹⁰⁹ werden im Rahmen einer zukünftigen Revision Ausnahmetatbestände einzufügen sein. Werden mehrere Altersvorsorgeeinrichtungen beteiligt und erfolgt die Anlage der Vermögenswerte über eine Vielzahl von Ländern, ist die DBA-Transparenz über eine mit der Zahl der beteiligten Altersvorsorgeeinrichtungen multiplizierte Anzahl von Kombinationen zu sichern. Es sei daher darauf hingewiesen, dass sich die Behandlung von Personengesellschaften in Bezug auf ihre Abkommensberechtigung, insb. in Dreiecksfällen, ggf. weder als unumstritten¹¹⁰ noch als unproblematisch darstellen kann.¹¹¹ Zumindest im Hinblick auf die wichtigsten Staaten ist eine einvernehmliche Anerkennung der DBA-Transparenz durch die Anwenderstaaten eine entscheidende, notwendige Voraussetzung für den Erfolg der InvKGmVK bzw. des Pension-Asset-Pooling, da etwaige, im Vergleich mit der Direktanlage höhere, Quellensteuerbelastungen die erzielbaren Kostendegressionseffekte aufzehren oder überkompensieren werden.

3. Steuerliche Folgerungen durch das AIFM-StAnpG

Neben der Einführung der InvKGmVK durch das KAGB sieht das AIFM-StAnpG weitere steuerliche Folgerungen vor, die für die Erreichung einer steuerlich internationalen Wettbewerbsfähigkeit der InvKGmVK unentbehrlich sind.

Nach § 15a Abs. 1 InvStG gelten die Regelungen für inländische Spezialfonds (§ 15 InvStG) für InvKGmVK i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 3 InvStG i.V.m. §§ 124 ff. KAGB entsprechend. Dies umfasst gem. § 15a Abs. 2 InvStG auch die Ermittlung der Erträge sowohl auf Ebene der Gesellschaft als auch auf Ebene der Anleger, das Tauschprivileg für bestimmte Veräußerungsge-

winne¹¹² und die Regelungen des Kapitalertragsteuerabzugs nach § 7 i.V.m. § 15 InvStG.¹¹³

Werden die Kriterien des § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG (Investmentfonds-Status) erfüllt,¹¹⁴ befreit § 11 Abs. 1 Satz 3 InvStG die Gesellschaft von der Gewerbesteuer. § 15a Abs. 3 Satz 1 InvStG stellt fest, dass die Beteiligung an einer (ggf. als gewerblich zu qualifizierenden) InvKGmVK nicht zur Begründung oder anteiligen Zurechnung einer Betriebsstätte führt, um eine Durchbrechung der gerade durch die Einführung der Rechtsform neu gewonnenen DBA-Transparenz zu vermeiden.¹¹⁵ Darüber hinaus schließt § 15a Abs. 3 Satz 2 InvStG aus, dass die von einer InvKGmVK erzielten Erträge als gewerbliche Einkünfte gelten. Dadurch soll eine Infizierung der an der InvKGmVK beteiligten, insb. steuerbefreiten, Anleger ausgeschlossen werden, die ansonsten zur Begründung eigenständiger steuerpflichtiger Betriebe gewerblicher Art bzw. steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe führen könnte.¹¹⁶ § 15a Abs. 3 Satz 3 InvStG stellt sicher, dass die Gewinne der InvKGmVK, die auf im Betriebsvermögen gehaltene Anteile entfallen, auf Ebene des betrieblichen Anteilseigners nicht nach § 9 Nr. 2 GewStG gekürzt werden,¹¹⁷ wodurch im Ergebnis die Befreiung der InvKGmVK von der Gewerbesteuer auf Ebene des betrieblichen Anlegers wieder rückgängig gemacht wird.¹¹⁸

IV. Steuersystematisches Vorgehen

1. Alternativlösung: „Transparenz kraft Abkommen“

Mit Inkrafttreten des KAGB und des AIFM-StAnpG schließt der Fondsstandort Deutschland im Hinblick auf das Pension-Asset-Pooling im europäischen Wettbewerb zu Fondstandorten wie Luxemburg (FCP¹¹⁹),

107 Vgl. G. Brähler/M. Mayer, IStR 2010, 678 f.; R. Dremel, in: Schönfeld/Ditz (FN 36), Art. 1 OECD-MA Rz. 50 ff.; O. H. Jacobs u.a., Unternehmensbesteuerung (FN 48), S. 490 ff.; R. Prokisch, in: Vogel/Lehner (FN 43), Art. 1 OECD-MA Rz. 14 ff.; U. Sorgenfrei, IStR 1994, 465 (468).

108 Zur Vermeidung der nach der traditionellen oder anwenderstaatsorientierten Anwendung des Art. 3 Abs. 2 OECD-MA (jeweilige isolierte Betrachtung nach jeweils nationalem Rechtsverständnis) möglichen Qualifikationskollisionen hat die OECD vorgeschlagen, stets dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 OECD-MA folgend auf die im Ansässigkeitsstaat vorherrschende Rechtsauffassung abzustellen (sog. Qualifikationsverkettung oder abkommensorientierte Auslegung). Dies ist auch sachgerecht, da der Wortlaut explizit eine Steuerpflicht am Ort der Geschäftsleitung voraussetzt; vgl. G. Brähler/M. Mayer IStR 2010, 678 (680 f.); R. Dremel, in: Schönfeld/Ditz (FN 36), Art. 1 OECD-MA Rz. 41, 50 ff.; R. Prokisch, in: Vogel/Lehner (FN 43), Art. 1 OECD-MA Rz. 18 f., 35; N. Schütte, in: Haase (FN 103), Art. 1 OECD-MA Rz. 16; F. Wassermeyer, in: Wassermeyer (FN 42), Art. 1 OECD-MA Rz. 28 ff., insb. 28g; mit Länderbeispielen für die Anwendung der jeweiligen Auslegungsvarianten M. Wehrße, Grenzüberschreitende Besteuerung von Personengesellschaften im internationalen Vergleich, 2011, S. 88 ff.; F. Haase, Steuerrecht (FN 96), Rz. 609 und W. Oepen/S. Münch, IStR 2009, 55 (56) gehen davon aus, dass die Vorgehensweise der OECD bereits der h.M. entsprechen dürfte. Die traditio-

nelle Auffassung wird jedoch weiterhin häufig angewendet; vgl. R. Prokisch, in: Vogel/Lehner (FN 43), Art. 1 OECD-MA Rz. 18; F. Wassermeyer, in: Wassermeyer (FN 42), Art. 1 OECD-MA Rz. 28g.

109 Vgl. bspw. Art. 3 Abs. 1 Nr. 4 DBA-Belgien; F. Wassermeyer, IStR 2010, 683 ff.; auch F. Wassermeyer, in: Wassermeyer/Richter/Schnittker (FN 96) Rz. 2.12.

110 Vgl. im Überblick R. Dremel, in: Schönfeld/Ditz (FN 36), Art. 1 OECD-MA Rz. 51 ff.; F. G. Gaffron, in: Haase (FN 103), Art. 3 OECD-MA Rz. 27 ff.

111 Vgl. R. Dremel, in: Schönfeld/Ditz (FN 36), Art. 1 OECD-MA Rz. 51 ff.; R. Prokisch, in: Vogel/Lehner (FN 43), Art. 1 OECD-MA Rz. 14 ff.; T. Reith, Internationales Steuerrecht, 2004, Rz. 4.198 ff.; A. Schnitger/S. Rometzki, in: Wassermeyer/Richter/Schnittker (FN 96), Rz. 17.62.

112 Vgl. Gliederungspunkt IV.2.

113 Vgl. BR-Drucks. 95/13, 59; BT-Drucks. 18/68 (neu), 62.

114 Davon kann i.d.R. für die Durchführung des Pension-Asset-Pooling ausgegangen werden.

115 Vgl. BT-Drucks. 18/68 (neu), 62.

116 Vgl. BT-Drucks. 18/68 (neu), 62, weiterführend P. Storg, DStZ 2011, 784 (785).

117 Vgl. BT-Drucks. 18/68 (neu), 62.

118 Vgl. T. Else, in: Beckmann/Scholz/Vollmer, Investmenthandbuch, vor 420 Rz. 62.

119 Vgl. zum *fonds commun de placement* S. Oesterhelt, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzler, Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, vor Art. 1 KAG Rz. 195j.

Irland (CCF¹²⁰) und den Niederlanden (FGR¹²¹) auf, die bereits seit längerem über etablierte, aktive DBA-transparente Vehikel verfügen.¹²² Diese wichtigsten Konkurrenten haben aber einen anderen Weg gewählt, um eine DBA-Transparenz zu erreichen. Bei allen drei Konkurrenzvehikeln handelt es sich um bereits etablierte, dem deutschen Sondervermögen stark ähnelnde bzw. vergleichbare, grds. DBA-intransparente Sondervermögensstrukturen, die z.T. eigens für Pooling-Zwecke geschaffen wurden (CCF und FGR) oder auf die lediglich als bereits bestehende Struktur zurückgegriffen wurde (FCP¹²³) und deren DBA-Transparenz durch Abkommen bzw. Abstimmungen mit den wichtigsten Quellenstaaten sichergestellt wird.¹²⁴ Die Einführung einer strukturell neuen Fondsrechtsform wurde so vermieden.

Dieser Weg sollte nach Auffassung des Bundesrates, der starke Bedenken gegen die Einführung einer neuen Fondsrechtsform anführt,¹²⁵ auch von Deutschland beschränkt werden.¹²⁶

2. Bedenken gegen „Transparenz kraft Rechtsform“

Neben der Aberkennung der Notwendigkeit einer InvKGmvK befürchtet der Bundesrat, auf dessen Drängen die InvKGmvK bereits ausschließlich auf das

Pension-Asset-Pooling beschränkt wurde,¹²⁷ weitere,¹²⁸ nicht absehbare Gestaltungspotentiale¹²⁹ und weist auf noch ungeklärte steuerliche Folgeprobleme¹³⁰, die sich aus einer vom Bundesrat identifizierten Systemwidrigkeit ergeben und einer weiteren, eingehenderen Prüfung bedürfen,¹³¹ hin.¹³²

Systemwidrig sei, dass durch die Qualifikation der InvKGmvK als Investmentfonds i.S.d. § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG das investmentsteuerliche Thesaurierungsprivileg für bestimmte Veräußerungsgewinne (sog. Thesaurierungs- bzw. Fondsprivileg)¹³³ auch für die InvKGmvK gilt und dies der transparenten Betrachtung einer Personengesellschaft aus Sicht des normalen Besteuerungsregimes für Personengesellschaften grundlegend zuwiderläuft, da insoweit eine Zurechnung an die Gesellschafter unterbrochen wird.¹³⁴

Dagegen kann angeführt werden, dass der Besteuerung von Personengesellschaften Thesaurierungsprivilegien nicht völlig wesensfremd sind. Die §§ 6b; 6c EStG sowie die R 6.6 EStR bewirken temporär,¹³⁵ dass die Zurechnung der durch die Realisierung der stillen Reserven entstandenen Veräußerungsgewinne an die Gesellschafter unterbrochen wird. In der Wirkungsweise entspricht dies dem investmentsteuerlichen Thesaurierungsprivileg.¹³⁶

120 Vgl. zum *common contractual fund* S. Oestehelt, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzler (FN 119), Rz. 195e.

121 Vgl. zum *fonds for gemene rekening* Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 5.

122 Vgl. M. Bätzel/B. Holwegler, ZfgK 2011, 816 (819); Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 5.

123 Bei einem Rückgriff auf bereits bestehende Vehikel kann aufgrund einer anderweitigen Verwendung, wie im Fall des FCP, der auch für Privatanlegerfonds eingesetzt wird, nicht ausgeschlossen werden, dass weitere Qualifikationsprobleme ausgelöst werden. So behandelt die Finanzverwaltung den FCP zunehmend als intransparent und damit abkommensberechtigt; vgl. Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 5.

124 Vgl. BR-Drucks. 95/13 (B), 2 f.; Stellungnahme der Deutschen Steuer-Gewerkschaft zu einem Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz) – Drucksache 17/12603 – v. 15.4.2013, S. 5; Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 5; Hengeler Mueller v. 17.2.2011, Stellungnahme Drs. 17/4510 (FN 13), S. 2. Zu diesen Quellenstaaten gehören u.a. Belgien, Dänemark, Österreich, Finnland, Frankreich, Kanada, USA, Luxemburg; vgl. dazu Hengeler Mueller v. 17.2.2011, Stellungnahme Drs. 17/4510 (FN 13), S. 2.

125 Allerdings ist festzustellen, dass weitere europäische Staaten wie England (*limited partnership*) und auch Luxemburg (*société en commandite spéciale*) im Zuge der Umsetzung der AIFMD ebenfalls Investmentvehikel in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft eingeführt haben, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen; vgl. W. Gold, in: dpn 2013, Jahrgang 12, Ausgabe 71, November 2013, S. 39; Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 5; J. Neugebauer/E. Fort, IStR 2014, 247 (248).

126 Vgl. BR-Drucks. 95/13 (B), 2 f.; BR-Drucks. 376/13 (B), 2 f.

127 Die InvKGmvK hat gem. § 1 Abs. 1f Nr. 3 InvStG nur dann Zugang zum privilegierten Besteuerungsregime für Investmentfonds, wenn diese nach ihrem Gesellschafts-

vertrag nicht mehr als 100 Anleger hat, die nicht natürliche Personen sind, ihr Gesellschaftszweck unmittelbar und ausschließlich der Deckung der betrieblichen Altersvorsorge dient, dies nach amtlichem Muster gegenüber der InvKGmvK schriftlich bestätigt wird und der Wert der Anteile, die ein Anleger erwirbt, den Wert der betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen nicht übersteigt; vgl. weiter BT-Drucks. 16/68 (neu), 44 f.

128 Vgl. dazu Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ v. 24.2.2012, S. 6 ff., abrufbar unter: [http://www.der-betrieb.de/content/dft,0,0469318; J. Höring, DSTZ 2012, 367 \(368 ff.\)](http://www.der-betrieb.de/content/dft,0,0469318; J. Höring, DSTZ 2012, 367 (368 ff.)).

129 Diese werden allerdings nicht konkretisiert; vgl. BR-Drucks. 95/13 (B), 2 f.; BR-Drucks. 376/13 (B), 2 f.

130 Vgl. BT-Drucks. 376/13 (B), 3.

131 Eingehender geprüft werden sollen v.a. Fragen und eventuelle Folgeprobleme, die sich aus der Anwendung des InvStG auf eine inländische Personengesellschaft ergeben (bspw. im Zusammenhang mit Sonder- und Ergänzungsbilanzen, wobei allerdings § 15a Abs. 3 Satz 2 InvStG das Vorliegen gewerblicher Einkünfte ausschließt); vgl. dazu BT-Drucks. 376/13 (B), 3.

132 Vgl. BR-Drucks. 95/13 (B), 2 f.; BR-Drucks. 376/13 (B), 2 f.; so auch Deutsche Steuer-Gewerkschaft v. 15.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 124), S. 5.

133 Privilegiert werden Erträge, die keine ausschüttungsgleichen Erträge darstellen (Erträge, die nicht im Katalog des § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG genannt werden, u.a. Gewinne aus der Veräußerung von Aktien, best. Anleihen), da diese erst dann vom Anleger zu versteuern sind, wenn sie ausgeschüttet werden oder i.R.d. Rückgabe bzw. Veräußerung des Fondsanteils dem Anleger zufließen; vgl. T. Else, in: Beckmann/Scholz/Vollmer, (FN 118), vor 420 Rz. 38; M. Helios/T. Gstädtner, in: Haisch/Helios, Rechts-handbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7 Rz. 84; F. Tappen, SteuK 2011, 55 (56).

134 Vgl. BR-Drucks. 95/13 (B), 2; BR-Drucks. 376/13 (B), 2 f.

135 Vgl. Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 3 f.

136 Vgl. Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 3 f.

Der sachliche Anwendungsbereich dieser Normen ist aber derart eingeschränkt, dass den §§ 6b, 6c EStG bzw. der R 6.6 EStR eher ein Ausnahmecharakter zu bescheinigen ist, an dem die Messung einer Systemkonformität schwierig erscheint. Eine Vergleichbarkeit mit § 34a EStG besteht nicht, da dort die Zurechnung nicht unterbrochen wird.¹³⁷

Vielmehr spricht gegen das Argument der Systemwidrigkeit, dass die Anwendung einer Thesaurierungsbegünstigung auf eine Personengesellschaft ebenso systemwidrig ist bzw. gegen das Transparenzprinzip verstößt, wie die Zurechnung ausschüttungsgleicher Erträge bei einer InvAGmvK bzw. die Zurechnung bestimmter Erträge an die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, unabhängig von einer Ausschüttung, gegen das Trennungsprinzip verstößt.

Daher kann in der Anführung der Systemwidrigkeit kein Argument gesehen werden, der InvKGmvK die Anwendung des investmentsteuerlichen Thesaurierungsprivilegs zu versagen, da diese „Systemwidrigkeit“ dem Sonderregime bereits immanent ist. Zutreffend wurde auch darauf hingewiesen, dass es bisher bereits in Bezug auf die Beteiligung inländischer Anleger an ausländischen, als Investmentvermögen i.S.d. InvG qualifizierenden Fonds-Vehikeln (formell- bzw. eingeschränkt materieller Fondsbegriff¹³⁸) zur Anwendung des Thesaurierungsprivilegs auf abkommensteuerlich transparente Vehikel kam.¹³⁹ Aus Sicht des InvStG – das von den Auswirkungen letztendlich betroffen ist – besteht daher keine Systemwidrigkeit.¹⁴⁰ Vielmehr ist der Sonderstatus des InvStG anzuerkennen.

Die vom Bundesrat geforderte Aufschiebung der steuerlichen Einführung der InvKGmvK, bis diese – eingehend geprüft – „in einem Guss“¹⁴¹ i.R.d. bevorstehenden, derzeit von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe auszuarbeitenden,¹⁴² grundlegenden Reform der Investmentbesteuerung eingeführt werden kann,¹⁴³ wurde angesichts des enormen Zeitdrucks, das Gesetzge-

bungsverfahren der 18. Legislaturperiode zum AIFM-StAnpG noch vor Ende des Kalenderjahres zum Abschluss zu bringen, wieder fallen gelassen.¹⁴⁴

3. Fazit

Vergleicht man die beiden Regelungsalternativen, wird der Weg über die InvKGmvK aufgrund der „Transparenz kraft Rechtsform“, soweit wie diese derzeit übereinstimmend anerkannt ist, zur schnelleren Marktreife des Pension-Asset-Pooling-Geschäftsmodells führen als eine als äußerst langwierig einzustufende Revision der deutschen DBA.¹⁴⁵

Zur Reduzierung der Komplexität der Investmentbesteuerung,¹⁴⁶ die als maßgeblicher Ursprung zahlreicher als unerwünscht angesehener Gestaltungsmodelle identifiziert wird, kann die Einführung einer neuen, bisher investmentsteuerlich unbekannteren Rechtsform tendenziell nicht beitragen.¹⁴⁷ Auch wird die Einführung einer nach inländischem Recht steuerlich transparent zu behandelnden Gesellschaftsform (InvKGmvK) hinsichtlich einer völligen DBA-Transparenz nicht in allen Konstellationen über jeden Zweifel erhaben sein,¹⁴⁸ so dass womöglich im Ergebnis doch eine teilweise Revision der DBA erforderlich sein wird oder es der Festschreibung der grenzüberschreitend einheitlichen transparenten Behandlung im Rahmen von Verständigungsverfahren bedarf.¹⁴⁹

V. Ausblickhafte Entwicklung

Zwar wurde das Pension-Asset-Pooling nun durch das KAGB reguliert und hat mit Inkrafttreten des AIFM-StAnpG eine gesonderte steuerliche Regelung erhalten, insgesamt betrachtet kann die aufsichtsrechtliche und steuerrechtliche Implementierung des aktuellen

137 Vgl. H. Kußmaul, Steuerlehre (FN 92), S. 339 f.

138 Vgl. J. Bauderer/A. Coenenberg, in: Haase (FN 36), § 1 InvStG Rz. 75; Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 128), S. 6 f.; H.-J. A. Feyerabend/T. Vollmer, BB 2008, 1088; M. Krause, in: Beckmann/Scholz/Vollmer (FN 118) vor 405 Rz. 4; A. Patzner, in: Feyerabend, Besteuerung privater Kapitalanlagen, Teil B, Rz. 3 f.; A. Ramackers, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 1 InvStG Rz. 10.

139 Vgl. ausführlich Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 4.

140 So im Ergebnis auch Hengeler Mueller v. 12.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 13), S. 3 ff.

141 Deutsche Steuer-Gewerkschaft v. 15.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 124), S. 5.

142 Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 128).

143 Vgl. dazu weiterführend J. Höring, DStZ 2012, 367 ff.; R. Kammerer, NWB 2012, 1970 ff.

144 Vgl. BR-Drucks. 376/13 (B), 2 f.

145 Vgl. auch J. Brandt, Stellungnahme als Präsident des Deutschen Finanzgerichtstag e.V. zur öffentlichen Anhörung durch den Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz

(AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz-AIFM-StAnpG)“ - BT-Drucks. 17/12603, Stellungnahme des Bundesrates BR-Drucks. 95/13 und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 16.4.2013, S. 2.

146 Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung“ (FN 128), S. 16; darauf hinweisend T. Fock, DStZ 2006, 503; F. Haase, SteuerStud 2012, 266; J. Höring, DStZ 2012, 367 (368); J. Steinmüller, RdF 2012, 127; M. Terhüme/F. Otto, DStR 2013, 2037 in Bezug auf das mehr als 300 Randnummern umfassende Zweifels- und Auslegungsfragen behandelnde BMF-Schreiben v. 18.9.2009 - IV C 1 - S 1980-1/08/10019, BStBl. I 2009, 931.

147 Vgl. Deutsche Steuer-Gewerkschaft v. 15.4.2013, Stellungnahme Drs. 17/12603 (FN 124), S. 5.

148 Geht man den Weg über die Einführung einer transparenten Gesellschaftsform, ist diese notwendig, aber ggf. nicht hinreichend; vgl. auch M. Bätzel/B. Holwegler, ZfgK 2011, 816 (818 f.).

149 Vgl. M. Bätzel/B. Holwegler, ZfgK 2011, 816 (818 f.); ebenfalls zweifelnd M. L. Haisch/M. Helios, BB 2013, 1687 (1700); auf etwaige Schwierigkeiten hinweisend N. Schmidt-Narischkin und E. Wallach, Interview, Der erste Schritt ist getan - Roundtable Pension Pooling, in: dpn 2013, Jahrgang 12, Ausgabe Nr. 14, April/Mai 2013, dpn dossier Pension Pooling S. 9; auch BR-Drucks. 95/13, 59; BT-Drucks. 18/68 (neu), 61 f.

Regelungsrahmens aber nur als ein erster Schritt gesehen werden.¹⁵⁰

Weitere Schritte werden aufsichts- und steuerrechtliche Nachjustierungen enthalten (müssen). Steuerlich fehlt es derzeit noch konkret an Regelungen, die eine steuerneutrale Verschmelzung von Spezialfonds auf die InvKGmV-K vorsehen. Dazu müssten aber zunächst Vorschriften in das KAGB implementiert werden, die eine Verschmelzung eines Spezialfonds auf eine InvKGmV-K zulassen.¹⁵¹ Weiter müsste – will man die InvKGmV-K zeitnah mit Leben füllen, insb. wegen der derzeitigen Aktienstände in wohl nicht unerheblichem Umfang aufgelaufenen stillen Reserven – eine steuerneutrale Übertragungsmöglichkeit von Vermögenswerten auf eine InvKGmV-K geschaffen werden (vgl. § 14 InvStG).¹⁵² Weitere Probleme sowohl aufsichts- als auch steuerrechtlicher Natur bestehen bei der Beteiligung von CTA-Strukturen.¹⁵³ Dem wird sich eine Reihe von operativen Fragestellungen bezüglich der Entwicklung des Reportings, des Grades der Standardisierung, der operativen Prozesse und Systeme anschließen.¹⁵⁴ Zudem wird die praktische Umsetzung anhand eines „Pilotkunden“ weitere Zeit in Anspruch nehmen.¹⁵⁵

Zweifellos liegt in der Bündelung und der damit verbundenen Wiederaufschlüsselung eine schwierige und komplexe operative Aufgabe,¹⁵⁶ der ausreichend Rechnung getragen werden muss, wenn die Deckungsmittel der einzelnen Unternehmen transparent bleiben sollen und weiterhin trotz Zentralisation die jeweils einzelnen und verschiedenen unternehmensspezifischen Beschäftigungsstrukturen (u.a. Altersstruktur der Beschäftigten, Renteneintrittsalter) weiterhin kongruent in der Anlagestrategie in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden sollen.¹⁵⁷

Unternimmt der Gesetzgeber die erforderlichen gesetzlichen Nachjustierungen und kann die existenziell notwendige abkommensrechtliche Transparenz der InvKGmV-K grenzüberschreitend in ausreichendem Maße sichergestellt werden, kann mit der als langwierig¹⁵⁸ zu erwartenden Umsetzung begonnen werden. Vorbehaltlich dieser Voraussetzungen wird sich der Erfolg des Pension-Asset-Pooling in Deutschland zukünftig insb. an der Lösung dieser administrativen und operativen Fragen ablesen lassen.

150 Vgl. *I. Biermann*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 10; *S. Rockel*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 6, 8.

151 Bisher sieht § 281 KAGB nur die Verschmelzung auf eine InvAGmV-K vor.

152 Vgl. *N. Schmidt-Narischkin/A. Drtil/M. Wolff*, ZfgK 2014, 81 (83); *E. Wallach*, Börsenzeitung v. 4.1.2014, Nr. 2, S. 9.

153 § 127 Abs. 1 Satz 2 KAGB sieht das Erfordernis einer unmittelbaren Beteiligung vor. Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass eine lediglich mittelbare Beteiligung über einen Treuhandkommanditisten ausgeschlossen ist; vgl. BT-Drucks. 17/12294, 242. Eine Vielzahl von CTAs sind geringfügig übersichert. Steuerlich schließt aber § 1 Abs. 1f Nr. 3 Satz 2 InvStG die Anwendung des begünstigten Steuerregimes für Investmentfonds aus, wenn der Wert der Anteile den Wert der betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtung übersteigt; vgl. *E. Wallach*, Börsenzeitung v. 4.1.2014, Nr. 2, S. 9.

tung v. 4.1.2014, Nr. 2, S. 9.

154 Vgl. *N. Schmidt-Narischkin*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 7.

155 Vgl. *I. Biermann*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 7; *C.-H. Kehr*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 7; *E. Wallach*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 7.

156 Vgl. *I. Biermann*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 8 f.; *N. Schmidt-Narischkin*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 7.

157 Vgl. *I. Biermann*, Roundtable Pension Pooling (FN 149), S. 8; krit. *S. Campagna*, Pooling Modell (FN 16), S. 4.

158 Nestlé benötigte zur Umsetzung nach eigenen Angaben ca. 10 Jahre bis zur reibungslosen Funktionstätigkeit; vgl. *P. Hadasch*, in: Protokoll Nr. 17/44 v. 23.2.2011 (FN 27), S. 13.

Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB) bzw. Gemeinsame Unternehmensteuer-Bemessungsgrundlage (GUB): Eine steuerliche Folgenabschätzung für Deutschland

Prof. Dr. ANDREAS OESTREICHER, Göttingen; Prof. Dr. WOLFRAM SCHEFFLER, Nürnberg;
Prof. Dr. CHRISTOPH SPENGLER, Mannheim; Dr. KATHARINA FINKE, Mannheim;
Dr. JOST H. HECKEMEYER, Mannheim; GERRIT KIMPEL, Göttingen; MELANIE KÖSTLER, Nürnberg;
Dr. DOROTHEA VORNDAMME, Göttingen*

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einleitung: GKB/GUB als erste Stufe einer GKKB II. Qualitativer Vergleich zwischen der GKB/GUB und dem deutschen Steuerbilanzrecht <ul style="list-style-type: none"> 1. Grundsätze der Gewinnermittlung 2. Früherer Gewinnausweis 3. Späterer Gewinnausweis 4. Unbestimmte Auswirkung auf den Zeitpunkt des Gewinnausweises 5. Auswirkungen auf die Höhe des zu versteuernden Gewinns 6. Nicht oder nicht eindeutig geregelte Sachverhalte 7. Übergangsregelungen III. Quantitative Auswirkungen einer GKB/GUB <ul style="list-style-type: none"> 1. Verpflichtende Anwendung einer GKB 2. Optionale Anwendung einer GKB <ul style="list-style-type: none"> a) Zielsetzung und Vorgehensweise b) Ergebnisse 3. Einbezug von Personenunternehmen (GUB) | <ul style="list-style-type: none"> a) Methodische Vorgehensweise b) Ergebnisse IV. Auswirkungen einer GKB/GUB auf die steuerlichen Befolgungskosten <ul style="list-style-type: none"> 1. Gegenstand der Untersuchung 2. Ergebnisse <ul style="list-style-type: none"> a) Abgrenzung b) Einmaliger Umstellungsaufwand c) Periodischer Bearbeitungsaufwand V. Fazit <ul style="list-style-type: none"> 1. Qualitativer Vergleich 2. Quantitative Auswirkungen einer verpflichtenden GKB 3. Quantitative Auswirkungen einer optionalen GKB 4. Quantitative Auswirkungen einer GUB 5. Auswirkungen auf die steuerlichen Befolgungskosten |
|--|--|

I. Einleitung: GKB/GUB als erste Stufe einer GKKB

Am 16.3.2011 hat die Europäische Kommission einen Richtlinienvorschlag für eine Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) vorgelegt (im Folgenden als RLE zitiert).¹ Mit der GKKB verfolgt die Kommission das Ziel, wesentliche steuerliche Hemmnisse im Binnenmarkt zu beseitigen. Diese Hemmnisse bestehen insbesondere darin, dass das Nebeneinander der nationalen Besteuerungsregime zu hohen Befolgungs- und Verwaltungskosten führt, die in ihren Wechselwirkungen mit steuerlichen Mehrbelastungen verbunden sind. Weitere Nachteile des geltenden Rechts betreffen die eingeschränkte Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verlustverrechnung, die Notwendigkeit einer Bestimmung und Durchsetzung konzerninterner Verrechnungspreise sowie die damit verbundenen Probleme einer Doppelbesteuerung oder der gezielten Steuervermeidung durch Gewinnverlagerung. Der

RLE ist ein umfassendes Konzept zur Beseitigung dieser Hemmnisse, das eine harmonisierte Gewinnermittlung sowie Konsolidierung und formelhafte Gewinnaufteilung dieses Gesamtgewinns zum Gegenstand hat.

Die Umsetzung des RLE in seiner vorliegenden Form würde zu einer fundamentalen Reform der Steuersysteme der einzelnen Mitgliedstaaten führen. Daher ist die unmittelbare Zustimmung aller Mitgliedstaaten fraglich,² zumal Einzelfragen bei der Konsolidierung und Gewinnaufteilung (Gewinnaufteilungsfaktoren und administrative Aspekte) sowie Übergangs- (Besteuerung stiller Reserven) und Drittstaatenfragen bislang nicht geklärt werden konnten.³ Im Schrifttum⁴ und der politischen Diskussion⁵ wird daher eine abgestufte Strategie zur Harmonisierung der Gewinnermittlungsvorschriften in Europa favorisiert und in der Sitzung der Hocharangigen Gruppe am 13.3.2013 beschlossen.⁶ Diese zweistufige Vorgehensweise beinhaltet in einem ersten Schritt ausschließlich die Har-

* Die Arbeit beruht auf Forschungsprojekt fe 17/11 im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen.

1 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine „Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage“ (GKKB), KOM(2011) 121 endgültig/2.

2 U.a. haben Bulgarien, die Niederlande und Schweden die Subsidiaritätskonformität des RLE gerügt; auch andere Länder haben sich bereits kritisch hierzu geäußert, vgl. von Brocke/Rottenmose, IWB 2011, 620 (623).

3 Vgl. Spengel/Zöllkau, Common Consolidated Corporate Tax Base (CC(C)TB) and the Determination of Taxable Income –

An International Comparison, 2012, S. 11–15.

4 Vgl. Herzig, DB 2012, 1 (3); Lenz/Rautenstrauch, DB 2011, 726 (727); Marx, DStZ 2011, 547 (548); Scheffler/Krebs, DStR 2011, Beihefter zu Heft 22, 13* (14*); Spengel/Zöllkau (FN 3), S. 2.

5 Vgl. BT-Drucks. 17/5606 vom 28.4.2011; BT-Drucks. 17/5748 vom 5.5.2011. Auch das EU-Parlament plädiert für eine gemeinsame Bemessungsgrundlage.

6 Vgl. Bericht des Rates (Wirtschaft und Finanzen) an den Europäischen Rat zu Steuerfragen, 11507/13, vom 25.6.2013, Rz. 40.

monisierung der steuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften (GKB) und erst zu einem späteren Zeitpunkt in einer zweiten Stufe die Einführung der Vorschriften zur Ergebnisaufteilung und Konsolidierung. Durch die Angleichung der Gewinnermittlungsvorschriften könnten im ersten Schritt bereits die Transparenz erhöht und gleichzeitig die Befolgungskosten und das Risiko von Doppelbesteuerungen bei Reorganisationen abgebaut werden,⁷ Verluste aus anderen Mitgliedstaaten könnten nach einheitlichen Vorschriften bestimmt werden und das Nebeneinander von 28 Parallelrechnungen entfielen.

Auf Grundlage eines früheren Arbeitsdokuments der GKKB-Arbeitsgruppe wurden auf Ebene der EU Folgenabschätzungen zu Teilaspekten des Konzepts erarbeitet.⁸ Während diese Folgenabschätzungen bereits erste Anhaltspunkte zu den Wirkungen des Konzepts liefern und bei der Ausgestaltung des RLE herangezogen wurden, steht eine Evaluation des RLE selbst noch aus. Diese Evaluation erscheint auch deshalb erforderlich, weil zwischenzeitlich Reformen der nationalen Besteuerungsregime stattgefunden haben, die den Ausgangspunkt für eine Folgenabschätzung verschoben haben. Zudem wurden länderspezifische Besonderheiten, z.B. die Verbreitung von Personengesellschaften,⁹ bei den bisherigen Folgenabschätzungen nicht berücksichtigt.

Vor diesem Hintergrund widmet sich die vorliegende Untersuchung der Frage, welche Konsequenzen die Einführung einer Gemeinsamen Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB) als erste Stufe des Gesamtkonzepts des RLE in Deutschland hätte.¹⁰ Zu diesem Zweck werden sowohl ein Rechtsvergleich durchgeführt als auch auf Basis von Mikrosimulationsanalysen die Steuerbelastungs- und Aufkommenswirkungen eines Übergangs zur harmonisierten Gewinnermittlung nach dem GKB Richtlinienentwurf quantifiziert. Das Konzept einer GKB entspricht jenen Regelungen des Richtlinienentwurfs (RLE) der EU-Kommission für eine Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB), die sich ausschließlich auf die Gewinnermittlung auf Ebene der individuellen Gruppengesellschaften beziehen.

Unberücksichtigt bleiben hierbei die Regelungen zur Konsolidierung und zur formelhaften Gewinnaufteilung. Wird der Anwendungsbereich der GKB auf Personenunternehmen (Einzelunternehmen, Personengesellschaften) erweitert, wird von einer Gemeinsamen Unternehmensteuer-Bemessungsgrundlage (GUB) gesprochen. Hinsichtlich der GUB wird angenommen, dass die entsprechenden Normen für die GKB rechtsformübergreifend auf Personenunternehmen (Einzelunternehmen, Personengesellschaften) angewandt werden.

Der vorliegende Beitrag ist wie folgt gegliedert: Im Abschnitt II wird ein qualitativer Vergleich zwischen der Gewinnermittlung nach den für eine GKB/GUB vorgeschlagenen Regeln mit dem deutschen Steuerbilanzrecht vorgenommen. Darauf aufbauend werden im Abschnitt III die Auswirkungen auf die Steuerbelastung deutscher Unternehmen und das Steueraufkommen in Deutschland quantifiziert, die sich ergeben würden, wenn die im RLE enthaltenen Gewinnermittlungsregeln in das deutsche Steuerrecht übernommen würden. Im Abschnitt IV werden die Auswirkungen der GKB/GUB auf die steuerlichen Befolgungskosten aufgezeigt. Der Beitrag schließt mit einem Fazit im Abschnitt V.

II. Qualitativer Vergleich zwischen der GKB/GUB und dem deutschen Steuerbilanzrecht

Nach einer kurzen Vorstellung der für die GKB/GUB vorgesehenen Grundsätze der Gewinnermittlung wird herausgearbeitet, wie sich eine Übernahme der für eine GKB/GUB im RLE vorgesehenen Regelungen in das deutsche Steuerrecht auf den Zeitpunkt des Gewinnausweises (Zeiteffekt) und die Höhe des Gewinns (Bemessungsgrundlageneffekt) auswirken würde.¹¹ Zusätzlich wird skizziert, bei welchem Sachverhalten der RLE entweder keine Vorschrift enthält oder die im RLE enthaltenen Vorschriften nicht eindeutig formuliert sind und nach welchem Konzept der Übergang auf eine GKB/GUB erfolgen soll.

⁷ Vgl. von Brocke, IWB 2008, 1009 (1012).

⁸ Vgl. Bettendorf/van der Horst/de Mooij/Devereux/Loretz, The economic effects of EU-reforms in corporate income tax systems - Study for the European Commission Directorate General for Taxation and Customs Union Contract No. TAXUD/2007/DE/324, 2009; Deloitte, Expert study on the corporate tax compliance costs for businesses going EU cross border - comparison under the current regime, the CCTB and the CCCTB regime, 2009; PWC, Study on the possible adjustments for Financial Institutions of the general rules of the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) under Framework contract 2006/CC/087, 2008; Spengel/Oestreicher/Elschner/Reister/Ernst/Grünwald/Finke/Prassel/Cui, Study on the Impact of Reforms of Corporate Income Taxation Systems at the EU Level on the Size of the Tax Bases of the EU Companies, using the Model „European Tax Analyzer“, Project for the EU Commission TAXUD/2007/DE/325, EU-Kommission, 2008.

⁹ Zum Einbezug von Personenunternehmen s. die Empfehlung des Bundesrats, BR-Drucks. 155/2/11 vom 6.6.2011, Rz. 2.

¹⁰ Grundlage bildet das Forschungsgutachten fe 17/11, das

für das BMF erstellt wurde.

¹¹ Zu der im RLE vorgeschlagenen Form der Gewinnermittlung existieren bereits zahlreiche Veröffentlichungen. Siehe hierzu insbesondere die umfassenden Arbeiten von Scheffler/Köstler, Harmonisierung der Gewinnermittlung in der EU - Die Gewinnermittlungsregeln der Gemeinsamen Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB)/Gemeinsamen Unternehmensteuer-Bemessungsgrundlage (GUB) im Vergleich mit der Gewinnermittlung durch einen Betriebsvermögensvergleich nach § 5 Abs. 1 EStG (Steuerbilanz), ZEW Discussion Paper No. 14-044; Scheffler/Köstler, Harmonisierung der Gewinnermittlung in der EU - Tabellarischer Vergleich der Gewinnermittlungsregeln der Gemeinsamen Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB)/Gemeinsamen Unternehmensteuer-Bemessungsgrundlage (GUB) mit der Gewinnermittlung durch einen Betriebsvermögensvergleich nach § 5 Abs. 1 EStG (Steuerbilanz), TaxFACTs Discussion Paper Nr. 2014-01; Spengel/Ortmann-Babel/Zinn/Matenaer, DB 2013, Beilage zu Heft 8; Spengel/Zöllkau (FN 3). Zu den inzwischen vorliegenden Kompromissvorschlägen s. Scheffler/Köstler, DStR 2013, 2190 (2235); Scheffler/Köstler, DStR 2014, 664.

1. Grundsätze der Gewinnermittlung

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Gewinnermittlung durch einen Betriebsvermögensvergleich nach § 5 EStG und der GKB/GUB besteht darin, dass es sich bei dem RLE um ein völlig eigenständiges Gewinnermittlungskonzept handelt, bei dem formell keine Verknüpfung mit dem Handelsrecht vorgesehen ist. Rechtlich bilden weder die IFRS noch die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) den Bezugspunkt für die GKB/GUB. Allerdings erfolgt im RLE in Teilbereichen inhaltlich eine Anlehnung an die nach den IFRS geltenden Prinzipien.

Während im deutschen Bilanzsteuerrecht die GoB den allgemeinen Rahmen für die Gewinnermittlung geben, wird der GKB/GUB kein „Framework“ vorangestellt, aus dem sich für offene Fragen eine Lösung ableiten lässt. Im RLE sind lediglich in Art. 9 RLE einige wenige allgemeine Prinzipien vorangestellt (insbesondere das Realisationsprinzip sowie der Grundsatz der Einzelerfassung und Einzelbewertung).

Der Übergang von der bilanzorientierten Gewinnermittlung auf eine GuV-orientierte Gewinnermittlung ist technischer Art.¹² Hinsichtlich des Gewinnbegriffs sowie der inhaltlichen Definition von Betriebs-einnahmen und Betriebsausgaben besteht materiell Übereinstimmung. Auch wenn bei der GKB/GUB kein steuerlicher Buchwert ermittelt wird, sind zahlreiche steuerliche Werte und deren Veränderungen im abgelaufenen Steuerjahr in einer Nebenrechnung zu ermitteln („Schattenbilanzierung“).¹³ Insoweit besteht Vergleichbarkeit mit der bei einer Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG zum Teil erforderlichen Erstellung von speziellen Verzeichnissen.

2. Früherer Gewinnausweis

Bei einer GKB/GUB wird der Gewinn im Vergleich zur deutschen Steuerbilanz zum Teil früher ausgewiesen, weil entweder die Erträge früher erfasst oder die Aufwendungen später verrechnet werden.

Bei der GKB/GUB kommt es in Teilbereichen zu einer weiteren Auslegung des Realisationsprinzips als in der Steuerbilanz: (1) Bei langfristiger Fertigung sind die Erträge entsprechend dem Fertigstellungsgrad zu vereinnahmen. (2) Beim Finanzanlagevermögen und den finanziellen Verbindlichkeiten, die zu Handelszwecken gehalten werden (Wertpapierhandel), erfolgt bei allen Unternehmen, d.h. nicht nur bei Kreditinstituten, eine Bewertung mit dem beizulegenden Zeitwert. Zusätzlich wird im Gegensatz zum deutschen Bilanzrecht vom beizulegenden Zeitwert kein Risikoabschlag vorgenommen.

Bei Gebäuden ist im RLE eine lineare Abschreibung über 40 Jahre gegenüber 33 1/3 Jahren in Deutschland vorgesehen.

Der im Vorratsvermögen bei der GKB/GUB vorgesehene Übergang vom LIFO-Verfahren auf das FIFO-Verfahren führt bei steigenden Preisen zu einem früheren Gewinnausweis.

Die Einführung der GKB/GUB löst insoweit eine Einschränkung der passivierungsfähigen Rückstellungen aus, als Kulanzrückstellungen¹⁴ und Aufwandsrückstellungen nicht zulässig sind. Abgestellt wird ausschließlich auf rechtliche Verpflichtungen.

Zu einem früheren Gewinnausweis kommt es auch in folgenden Bereichen:

- Bei der Abgrenzung zwischen Erhaltungsaufwand und Herstellungsaufwand werden nicht nur die Erweiterung und die wesentliche Verbesserung eines Wirtschaftsguts (qualitatives Abgrenzungskriterium) in die Herstellungskosten einbezogen, sondern auch die Maßnahmen als Verbesserungskosten eingeordnet, bei denen sich die Aufwendungen auf mehr als 10 % der ursprünglichen Abschreibungsbasis belaufen (quantitatives Abgrenzungskriterium).
- Bei der Veräußerung von Grund und Boden besteht im RLE keine Möglichkeit, einen Veräußerungsgewinn auf ein Ersatzwirtschaftsgut zu übertragen.
- Während im deutschen Steuerrecht für abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens bei voraussichtlich dauernden Wertminderungen ein Wahlrecht zur Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert besteht, ist nach dem RLE keine außerplanmäßige Abschreibung möglich.¹⁵
- Ist bei Wirtschaftsgütern des Vorratsvermögens sowie bei unfertigen oder fertigen Erzeugnissen eine außerplanmäßige Abschreibung zulässig, ist bei der GKB/GUB der Vergleichswert höher, da vom geschätzten Nettoveräußerungserlös nur die zu erwartenden Kosten für die Fertigstellung und den Verkauf abgezogen werden können (Grundsatz der verlustfreien Bewertung), während in der Steuerbilanz zusätzlich der Abzug eines Rohgewinnaufschlags möglich ist (Teilwertgedanke).

3. Späterer Gewinnausweis

Verglichen mit dem deutschen Gewinnermittlungsrecht führt eine GKB/GUB bei folgenden Sachverhalten zu einer späteren Erfassung der Erträge oder einer früheren Aufwandsverrechnung und somit zu einem späteren Gewinnausweis.

Bei der planmäßigen Abschreibung von abnutzbaren beweglichen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens, deren Nutzungsdauer 15 Jahre übersteigt, wird bei der GKB/GUB der Abschreibungszeitraum auf 15 Jahre begrenzt und nicht über die (längere) betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer verteilt. Beim Geschäfts- oder Firmenwert kann eine kürzere Nutzungsdauer als 15 Jahre nachgewiesen werden.

¹² Vgl. *Scheffler*, Besteuerung von Unternehmen, Band II: Steuerbilanz⁷, 2011, S. 11–12; *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, Beihefter zu Heft 22, 13* (15*).

¹³ Vgl. *Herzig/Kuhz*, DB 2011, 2053 (2055).

¹⁴ Vgl. Arbeitsgruppe „Gemeinsame konsolidierte Körper-

schaftsteuer-Bemessungsgrundlage“ (AK GKKB), CCCTB/WP0570ce vom 26.7.2007, 12, dort FN 19.

¹⁵ Bei nicht langlebigen, beweglichen Wirtschaftsgütern wird dieser Effekt durch den Einbezug in den Sammelposten nach Art. 39 RLE überlagert.

Bei der GKB/GUB kommt es dann zu einem späteren Gewinnausweis, wenn die im EStG beim Ansatz dem Grunde nach bestehenden Einschränkungen für Verpflichtungen aus Jubiläumszusagen, für Verpflichtungen zur schadlosen Verwertung von radioaktiven Reststoffen, soweit sie im Zusammenhang mit der Wiederaufarbeitung von Kernbrennstoffen stehen, und für Pensionsrückstellungen bei einer Harmonisierung der Gewinnermittlung aufgehoben werden.

Bei der GKB/GUB werden Rückstellungen im Regelfall höher bewertet als in der Steuerbilanz. Zum einen sind gemäß RLE zukünftige Preis- und Kostensteigerungen sowie Lohn- und Gehaltstrends zu berücksichtigen. Zum anderen wirkt sich die Abzinsung mit dem 12-Monats-EURIBOR (am 31.12.2013 0,556 %) beim derzeitigen Zinsniveau weniger aus als die Abzinsung mit 5,5 % (Grundsatz) bzw. mit 6 % (Pensionsrückstellungen).¹⁶ Bei Pensionsrückstellungen steht diesem Effekt gegenüber, dass die Einführung der GKB/GUB möglicherweise mit einem Übergang vom Teilwertverfahren zu einem international üblichen Ansammlungsverfahren verbunden ist.

Bei der GKB/GUB hat das Imparitätsprinzip in Teilbereichen einen weiteren Anwendungsbereich: (1) Es können Rückstellungen für drohende Verluste gebildet werden, sofern diese unter den Rückstellungsbegriff des Art. 25 Abs. 1 RLE subsumiert werden können. (2) Voraussichtlich dauernde Vermögensminderungen sind nach dem RLE bei Vorräten und unfertigen Erzeugnissen (Art. 29 Abs. 4 RLE) und bei passiven Wirtschaftsgütern (Art. 25 RLE) zu berücksichtigen, d.h. es besteht kein Abwertungs- bzw. Aufwertungswahlrecht.¹⁸ (3) Vermögensminderungen sind bei Vorräten und unfertigen Erzeugnissen (Art. 29 Abs. 4 RLE) sowie bei passiven Wirtschaftsgütern (Art. 25 RLE) zu berücksichtigen, wenn diese voraussichtlich vorübergehend sind.

Zu einem späteren Gewinnausweis kommt es, sofern der RLE hinsichtlich der Ausgaben für Forschung und Entwicklung so interpretiert wird, dass FuE-Aufwendungen auch dann sofort abziehbar sind, wenn sie für entgeltlich erworbene immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens und den Erwerb oder die Herstellung von materiellen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens getätigt werden.¹⁹

Bei selbsterstellten materiellen Wirtschaftsgütern können die Gemeinkosten sofort aufwandswirksam verrechnet werden, sofern Art. 33 Abs. 1 Satz 1, 3 und

Art. 29 Abs. 2 Satz 2, 4 RLE so interpretiert werden, dass für Gemeinkosten, die im Zusammenhang mit der Herstellung stehen, kein Einbezugsgebot besteht. Bei einer derartigen Auslegung kommt es bei der Ermittlung der Herstellungskosten zu einer Beschränkung auf den Einbezug von Einzelkosten. Wird davon ausgegangen, dass aus dem RLE für Gemeinkosten eine Pflicht besteht, diese in die Herstellungskosten einzubeziehen,²⁰ ergeben sich bei der GKB/GUB gegenüber dem deutschen Steuerbilanzrecht keine wesentlichen Veränderungen.

Der Anwendungsbereich für Geringwertige Wirtschaftsgüter (GWG) ist bei der GKB/GUB tendenziell weiter, weil keine selbständige Nutzungsfähigkeit gefordert wird, weil auch immaterielle Wirtschaftsgüter einbezogen werden und weil eine einheitliche Wertgrenze von 1 000 € besteht. Damit erhöht sich bei Umsetzung des RLE der Kreis der Wirtschaftsgüter, deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten sofort gewinnmindernd verrechnet werden können.

Bei der planmäßigen Abschreibung von abnutzbaren, langlebigen Wirtschaftsgütern ist im Jahr des Zugangs der volle Jahresbetrag zu verrechnen (anstatt einer zeitanteiligen Abschreibung).²¹

4. Unbestimmte Auswirkung auf den Zeitpunkt des Gewinnausweises

Bei einigen Sachverhalten kann nicht eindeutig angegeben werden, ob bei einer GKB/GUB verglichen mit dem deutschen Steuerbilanzrecht die Gewinne früher oder später zu versteuern sind. Dabei geht es nicht nur um den Zeitpunkt, zu dem die Erträge und Aufwendungen erfasst werden (Gewinnermittlung), sondern auch um die intertemporale Verlustverrechnung (Verlustabzug).

Die Auswirkungen der 25 %igen Sammelabschreibung für abnutzbare, bewegliche Wirtschaftsgüter des Sachanlagevermögens, deren Nutzungsdauer unter 15 Jahre liegt, sind gegenläufig:²² (1) Ein späterer Gewinnausweis entsteht dadurch, dass zum einen die planmäßigen Abschreibungen – gemessen an der durchschnittlichen Kapitalbindungsdauer – früher verrechnet werden, wenn die Nutzungsdauer eines Wirtschaftsguts länger als 7 Jahre ist und dass es zum anderen bei der Veräußerung eines Wirtschaftsguts über den Abzug des Veräußerungserlöses vom Wert des Sammelpostens zu einer indirekten Übertragung

16 Vgl. <http://www.euribor-rates.eu/euribor-rate-12-months.asp>.

17 Zu einem umfassenden Vergleich zwischen dem RLE und dem deutschen Steuerbilanzrecht im Hinblick auf Rückstellungen s. *Scheffler/Köstler*, ZEW Discussion Paper (FN 11), Abschnitt 2.7.2; *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, Beihefter zu Heft 22, 13* (21*–23*).

18 Änderungen ergeben sich aber nur, wenn der Steuerpflichtige das Wahlrecht nicht in Anspruch genommen hat. Bei nicht abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens kann Art. 41 Abs. 1 RLE so interpretiert werden, dass ein Abwertungswahlrecht besteht. In diesem Fall besteht Übereinstimmung zwischen der Steuerbilanz und dem RLE.

19 Siehe hierzu *Herzig/Kuhr*, StuW 2011, 305 (318); *Lenz/Rautenstrauch*, DB 2011, 726 (728).

20 So z.B. *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, Beihefter zu Heft 22, 13* (18*); a.M. beispielsweise *Kahle/Schulz*, StuB 2011, 296 (299).

21 Im Jahr des Abgangs eines Wirtschaftsguts können bei der GKB/GUB zwar keine Abschreibungen verrechnet werden. Dieser Nachteil wird aber dadurch neutralisiert, dass der Veräußerungs- bzw. Entnahmegewinn entsprechend niedriger ausfällt. Zur Verrechnung eines vollen Jahresbetrags im Jahr des Zugangs kommt es auch bei abnutzbaren, nicht langlebigen (beweglichen) Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens, bei denen die planmäßigen Abschreibungen über eine Poolabschreibung verrechnet werden.

22 Siehe hierzu ausführlich *Scheffler/Köstler*, ZEW Discussion Paper (FN 11), Abschnitt 2.4.4.

des Veräußerungsgewinns auf andere Wirtschaftsgüter kommt. (2) Der Gewinnausweis erfolgt insoweit früher, als einerseits die planmäßigen Abschreibungen später verrechnet werden, wenn die Nutzungsdauer eines Wirtschaftsguts kürzer als 7 Jahre ist und als andererseits bei Wertminderungen auch dann keine außerplanmäßigen Abschreibungen verrechnet werden können, wenn diese voraussichtlich dauernd sind.

Bei der im deutschen Steuerbilanzrecht möglichen Übertragung von Veräußerungsgewinnen auf ein Ersatzwirtschaftsgut nach § 6b EStG bestehen gegenüber der im RLE vorgesehenen mittelbaren Übertragung (Sammelposten nach Art. 39 RLE) bzw. der direkten Übertragung (Art. 38 RLE) des Veräußerungsgewinns zahlreiche Unterschiede. In einer Gesamtbetrachtung gehen die in dem RLE vorgesehenen Möglichkeiten zur Übertragung von Veräußerungsgewinnen tendenziell weiter als die nach § 6b EStG.²³

Wird die in Art. 43 RLE für den Verlustabzug vorgesehene Regelung umgesetzt, kommt es insoweit zu einer späteren Verrechnung der Verluste, weil bei der Körperschaftsteuer der Verlustrücktrag entfällt. Diesem Effekt steht gegenüber, dass bei dem zeitlich unbegrenzt gewährten Verlustvortrag die derzeit bei der Körperschaftsteuer bestehenden betragsmäßigen Begrenzungen („Mindestbesteuerung“) entfallen, so dass insoweit die Verluste früher verrechnet werden können. Wird davon ausgegangen, dass die im RLE vorgesehene Ausweitung des Verlustvortrags stärker wiegt als die Aufhebung des Verlustrücktrags,²⁴ kommt es insgesamt betrachtet tendenziell zu einer früheren Verrechnung der Verluste. Die Auswirkungen bei der Einkommensteuer und Gewerbesteuer hängen davon ab, wie bei der Einführung einer GKB/GUB für diese beiden Steuerarten der Verlustabzug geregelt wird.

Die Auswirkungen auf die persönliche Zurechnung und damit auf den Zeitpunkt des Gewinnausweises hängen von der Interpretation des wirtschaftlichen Eigentums ab. Bei Leasingverträgen ist davon auszugehen, dass es bei der GKB/GUB tendenziell eher zu einer Zurechnung des Leasinggegenstands zum Leasingnehmer kommt. Die konkreten Auswirkungen hängen insbesondere davon ab, wie die Leasingraten in einen Tilgungs- und Zinsanteil aufgeteilt werden.

Bei der planmäßigen Abschreibung von langlebigen beweglichen Wirtschaftsgütern sowie bei Abbaubetrieben ist bei der GKB/GUB keine Leistungsabschreibung bzw. keine Absetzung für Substanzverringerung (AfS) zulässig.

5. Auswirkungen auf die Höhe des zu versteuernden Gewinns

Die Regelungen zur Ausgestaltung des Gewinnermittlungsrechts wirken sich in erster Linie auf den Zeitpunkt aus, zu dem die Erträge bzw. Aufwendungen zu verrechnen sind. Über die Abgrenzung zwischen betrieblich veranlassten Geschäftsvorgängen und priva-

ten bzw. gesellschaftsrechtlichen Vorgängen einerseits sowie durch Steuerbefreiungen für Betriebseinnahmen oder Abzugsverbote für Betriebsausgaben andererseits können sich aber auch Auswirkungen auf die Höhe des steuerpflichtigen Gewinns ergeben. Die Einführung der GKB/GUB kann damit auch Bemessungsgrundlageneffekte auslösen.

Das deutsche Steuerrecht sieht für angemessene und betrieblich veranlasste Bewirtungs- und Repräsentationsaufwendungen ein 30 %iges Abzugsverbot vor (§ 4 Abs. 5 Nr. 2, 7 EStG), während nach der GKB/GUB ein 50 %iges Abzugsverbot besteht (Art. 14 Abs. 1 Buchst. b RLE). Das höhere Abzugsverbot bei der GKB/GUB führt im Vergleich zum deutschen Steuerrecht zu einem höheren Gewinnausweis.

Sowohl bei der Steuerbilanz als auch bei der GKB/GUB sind betriebliche Vorgänge gegenüber gesellschaftsrechtlichen bzw. privaten Vorgängen abzugrenzen. Bei Kapitalgesellschaften liegen allerdings bei der GKB/GUB in Teilbereichen andere Kriterien zugrunde, die tendenziell mit einem geringeren Gewinnausweis verbunden sind: (1) Bei der GKB/GUB reduziert sich der Anwendungsbereich von verdeckten Gewinnausschüttungen, weil nach dem RLE lediglich Abweichungen vom Drittvergleich zu einer Korrektur führen, aber nicht Abweichungen von formalen Vorgaben wie Fehlen einer im Voraus getroffenen, eindeutigen Vereinbarung, gegenüber der vertraglichen Vereinbarung abweichende Durchführung, Verstoß gegen das Selbstkontrahierungsverbot, unübliche Geschäfte. (2) Bei Kapitalgesellschaften ist die Anwendung der Dividendenfreistellung für verdeckte Gewinnausschüttungen auf Ebene des Empfängers sowie die erfolgsneutrale Behandlung von verdeckten Einlagen auf Ebene des Begünstigten nach dem RLE nicht davon abhängig, wie diese Vorgänge auf Ebene des Vertragspartners behandelt werden (keine korrespondierende Betrachtung wie in §§ 8 Abs. 3 Satz 4-6; 8b Abs. 1 Satz 2, 4 KStG).

Die Einführung der GKB/GUB führt zu einem niedrigeren steuerpflichtigen Gewinn, wenn bei der Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer anderen Kapitalgesellschaft die nichtabziehbaren Betriebsausgaben i.H.v. 5 % der Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen insoweit entfällt, als der Steuerpflichtige nachweisen kann, dass die bei ihm tatsächlich entstandenen Aufwendungen geringer sind.

Vermögensminderungen, die im Zusammenhang mit Forderungen aus Gesellschafterdarlehen stehen, sind im deutschen Steuerrecht unter bestimmten Voraussetzungen nicht abziehbar (§ 8b Abs. 3 Satz 4-8 KStG). Bei der GKB/GUB kommt es deshalb zu einem niedrigeren Gewinnausweis, weil der RLE für Verluste aus Gesellschafterdarlehen gegenüber der allgemein für Forderungsverluste vorgesehenen Regelung keine Einschränkungen vorsieht.

Die Höhe der zu versteuernden Einkünfte geht auch dann zurück, wenn es bei Kapitalgesellschaften nach

²³ Zu einem ausführlichen Vergleich der Übertragung von Veräußerungsgewinnen nach dem RLE und dem deutschen Steuerrecht s. *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, Beihefter

zu Heft 22, 13* (20*-21*).

²⁴ Siehe zu diesem Ergebnis *Oestreicher/Koch/Vorndamme*, DBW 2012, 487 (496).

einem Gesellschafterwechsel nicht zu einem vollständigen oder teilweisen Wegfall des Verlustvortrags kommt (so in Deutschland nach § 8c KStG).

Bei der GKB/GUB ist die Abziehbarkeit von Fremdkapitalzinsen nur im Rahmen einer Missbrauchsvorschrift vorgesehen (Art. 81 RLE). Wenn die in § 4h EStG und § 8a KStG enthaltenen Regelungen für die „Zinsschranke“ nach Umsetzung des RLE nicht mehr fortgeführt werden können, erhöht sich der Umfang der (sofort) abziehbaren Fremdkapitalaufwendungen.²⁵

Bei der Abgrenzung der nichtabziehbaren Aufwendungen sind noch zahlreiche Fragen offen. Insoweit können die Auswirkungen der Einführung der GKB/GUB lediglich skizziert werden: (1) Keine Veränderungen sind beim Abzugsverbot für die Körperschaftsteuer bzw. Einkommensteuer zu erwarten. Sofern bei der GKB/GUB eine entsprechende Regelung vorgesehen ist, gilt dies auch für die sonstigen Personensteuern, die Umsatzsteuer auf Umsätze, die Entnahmen oder verdeckte Gewinnausschüttungen sind, die Vorsteuer auf bestimmte nichtabziehbare Betriebsausgaben (Repräsentationsaufwendungen) sowie die auf nicht abziehbare Steuern entfallenden Nebenleistungen (u.a. Stundungszinsen, Aussetzungszinsen, Säumniszuschläge, Verspätungszuschläge). Bei der GKB/GUB sind bei der Behandlung der Grunderwerbsteuer, der Grundsteuer und der Gewerbesteuer ebenfalls keine Änderungen erforderlich. Offen ist, zu welchem Ergebnis die Diskussion um die Behandlung der Versicherungsteuer sowie der Verbrauchsteuern auf Energieerzeugnisse, Alkohol und alkoholische Getränke führt. (2) Übereinstimmung zwischen dem deutschen Steuerrecht und dem RLE besteht hinsichtlich des Abzugsverbots für Bestechungsgelder. Beim Abzugsverbot für Geldbußen, Geldstrafen, Geldgeschenke (grundsätzliche Regelung) sowie für Geldgeschenke und Spenden an gemeinnützige Organisationen²⁶ können sich im Einzelfall Abweichungen ergeben. (3) Im Übrigen hängen die Auswirkungen der Einführung einer GKB/GUB davon ab, welcher Änderungsbedarf bei den in § 4 Abs. 5-7 EStG, § 12 EStG und § 10 KStG enthaltenen Sachverhalten besteht. Eine Reduzierung der steuerpflichtigen Bemessungsgrundlage ergibt sich beispielsweise dann, wenn das 50 %ige Abzugsverbot für Aufsichtsratsvergütungen (§ 10 Nr. 4 KStG) mit Einführung der GKB/GUB entfällt.

6. Nicht oder nicht eindeutig geregelte Sachverhalte

Die offenen Fragen im Zusammenhang mit dem RLE lassen sich zwei Gruppen zuordnen. Zur ersten Gruppe gehören die Sachverhalte, zu denen im RLE keine Regelung enthalten ist. Bei der zweiten Gruppe bein-

haltet der RLE zwar eine Vorschrift, diese ist aber noch unbestimmt, so dass für die Behandlung des betreffenden Sachverhalts noch eine (weitere) Konkretisierung erforderlich ist.²⁷ Erheblicher Abstimmungsbedarf besteht insbesondere bei der Abgrenzung des Herstellungskostenbegriffs, der Behandlung von materiellen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens, die der Forschung und Entwicklung dienen, bei der Konkretisierung des Verfahrens zur Bewertung von Pensionsrückstellungen, der Abgrenzung von nichtabziehbaren Betriebsausgaben, der Behandlung von Fremdkapitalaufwendungen, beim Verlustabzug, der Ausgestaltung der allgemeinen Missbrauchsregelung sowie der Hinzurechnungsbesteuerung.

Für den deutschen Gesetzgeber besteht dann weiterer Regelungsbedarf, wenn er die Umsetzung des RLE nicht auf Kapitalgesellschaften beschränken möchte (GKB), sondern auch Personenunternehmen einbeziehen will (GUB). Zusätzlich ist zu entscheiden, ob die GKB/GUB sich nur auf Einkünfte aus Gewerbebetrieb erstreckt oder ob sie auch bei den beiden anderen Gewinnerzielungsarten (Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Einkünfte aus selbständiger Arbeit) anzuwenden ist. Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs ist zu klären, wie die Gewerbesteuer in die GKB/GUB integriert wird.

7. Übergangsregelungen

Obwohl es sich beim Übergang von der Steuerbilanz auf eine GKB/GUB um einen Wechsel der Gewinnermittlungsart handelt, wird nach dem RLE kein Übergangserfolg ermittelt. Vielmehr werden die Ziele „im Umstellungszeitpunkt keine Liquiditätswirkungen“, „im Umstellungszeitpunkt keine zusätzliche Arbeitsbelastung“ und „keine Veränderung des Gesamtgewinns“ auf einem anderen Weg erreicht.²⁸

Die im RLE enthaltenen Regelungen zum Einstieg in die GKB/GUB können grundsätzlich für den Einstieg in eine GKB/GUB in Deutschland (Übergang von der Steuerbilanz auf die GKB/GUB) übernommen werden. Obwohl im RLE die Übergangsregelungen weder vollständig noch ausreichend präzise formuliert sind, lassen sich drei Leitlinien ableiten: (1) Grundsätzlich sind die bisherigen (nationalen) steuerlichen Werte zu übernehmen. Für ausgewählte Sachverhalte sind im RLE explizit Besonderheiten geregelt. (2) Es ist sicherzustellen, dass sich die Erträge bzw. Aufwendungen genau einmal auswirken. Es ist sowohl eine zweifache Berücksichtigung als auch eine doppelte Nichterfassung zu vermeiden. (3) Bei den einzelnen Tätigkeiten und Transaktionen wird danach differenziert, ob sie vor oder nach Einführung der GKB/GUB durchgeführt werden. Sachverhalte, die vor dem Übergang zur GKB/GUB verwirklicht wurden, werden nach den im

²⁵ Die vorgesehenen Regelungen zum Zinsabzug sind allerdings fragwürdig, weil diese im Vergleich zur vorherrschenden Praxis in der EU zu großzügig sind, vgl. *Spengel*, in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck* (Hrsg.), *Corporate Income Taxation in Europe*, 2013, S. 303–310.

²⁶ Wird der Spendenabzug in der GKB/GUB nicht geregelt, können die derzeit in Deutschland geltenden Regelungen beibehalten werden.

²⁷ Vgl. ausführlich *Spengel/Zöllkau* (FN 3), S. 92–98.

²⁸ Zu einer ausführlichen Analyse der Übergangsregelungen s. *Scheffler/Köstler*, Harmonisierung der Gewinnermittlung in der EU – Analyse der Übergangsregelungen bei Einführung einer Gemeinsamen Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage/Gemeinsamen Unternehmensteuer-Bemessungsgrundlage (GKB/GUB), ZEW Discussion Paper No. 12-045; *Spengel/Zöllkau* (FN 3), S. 11–15.

jeweiligen nationalen Recht geltenden Grundsätzen behandelt. Für Tätigkeiten und Transaktionen, die nach Einführung der GKB/GUB auftreten, kommen die im RLE vorgesehenen Regelungen zur Anwendung. Diese Aufteilung wird insbesondere bei der langfristigen Fertigung sowie bei den Rückstellungen vorgenommen. Sie kann auf andere Sachverhalte übertragen werden.

Besonderheiten treten insbesondere in folgenden Bereichen auf: (1) Bei abnutzbaren, nicht langlebigen, beweglichen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens kann es durch die Einstellung des Restbuchwerts in den Sammelposten nach Art. 39 RLE zu einer erheblichen Verlängerung der Abschreibungsdauer kommen. (2) Die Differenzen beim Ansatz und bei der Bewertung von Rückstellungen machen insbesondere bei mehrjährigen Verpflichtungen (Ansammlungs-, Verteilungsrückstellungen einschließlich Pensionsrückstellungen) umfangreiche Berechnungen erforderlich.

III. Quantitative Auswirkungen einer GKB/GUB

Im steuerpolitischen Entscheidungsprozess wird der Änderung der Verteilung der Steuerbelastung zwischen Unternehmen und den Aufkommenskonsequenzen einer Reform große Beachtung geschenkt. Eine quantitative Analyse der Auswirkungen einer GKB/GUB auf Basis von Mikrosimulationsmodellen (ZEW TaxCoMM und ASSERT) gibt hierauf eine Antwort. Mikrosimulationsmodelle knüpfen definitionsgemäß an einer breiten Datenbasis an und sind daher für die Quantifizierung heterogener Steuerbelastungseffekte und zur Hochrechnung der Ergebnisse auf das Gesamtaufkommen besonders geeignet.

Der Belastungsvergleich ist dreistufig aufgebaut: Für Kapitalgesellschaften wird zwischen einer verpflichtenden Anwendung der GKB (Abschnitt III.1) sowie einem Wahlrecht zur Anwendung einer GKB (Abschnitt III.2) differenziert. Im Abschnitt III.3 werden die Aufkommenswirkungen untersucht, die mit einer Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Personenunternehmen (GUB) verbunden sind.

1. Verpflichtende Anwendung einer GKB

Die verpflichtende Einführung der GKB für Kapitalgesellschaften in Deutschland wird auf Basis des Mikrosimulationsmodells ZEW TaxCoMM quantifiziert.

Die Grundidee dieses Modells besteht darin, die öffentlich zugänglichen Handelsbilanzdaten zu nutzen und für ein sehr breites Datensample die unternehmensindividuelle Steuerbelastung aus dem Handelsbilanzergebnis modellendogen herzuleiten und zwischen verschiedenen Rechtsständen zu vergleichen.²⁹ Bei der Simulation wird zunächst der steuerliche Anpassungsbedarf bestimmt, der aus kodifizierten Ab-

weichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz resultiert. Dies betrifft u.a. die Unzulässigkeit handelsrechtlicher Abzüge (z.B. Körperschaftsteuer, Solidaritätszuschlag, Gewerbesteuer, zum Teil Zinsaufwendungen), die Steuerfreiheit von Einkünften (z.B. empfangene Dividenden, ausländische Betriebsstättenergebnisse) oder Unterschiede im Wertansatz (z.B. Ansatz und Bewertung von Rückstellungen). Auch Organisationsverhältnisse werden berücksichtigt. Ein weiteres wesentliches Element der Simulation stellt die Ableitung von Stromgrößen aus den berichteten Bestandsgrößen dar. Als zentrale Ergebnisgröße wird die unternehmensspezifische Gesamtsteuerschuld (Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Solidaritätszuschlag) bestimmt. Anschließend erfolgt die Aggregation der individuellen Steuerbelastung zum Gesamtaufkommen. Ein wesentliches Merkmal des ZEW TaxCoMM ist die Berücksichtigung unternehmerischer Verhaltensreaktionen auf geänderte steuerliche Rahmenbedingungen.³⁰ Dabei werden grundsätzlich vier zentrale unternehmerische Entscheidungen unterschieden, deren Beeinflussung durch die Besteuerung empirisch belegt ist.³¹ So kann auf Mikroebene für jedes Unternehmen abgebildet werden, in welchem Umfang eine Steuerreform zu einer Anpassung von Investitionen, Finanzierungsstruktur und Gewinnverlagerungsaktivitäten führt. Der steuerreformbedingte Einfluss auf die Standortwahl von Unternehmen und die damit verbundenen Aufkommenswirkungen können in pauschalisierter Form auf aggregierter Ebene dargestellt werden. Da der RLE die Steuersätze und damit die Anreize für Standortwahl und Gewinnverlagerung unverändert lässt, reduzieren sich die betrachteten Verhaltensreaktionen im Kontext der GKB auf marginale Investitionsentscheidungen und Finanzierungsentscheidungen.

Wesentliche Datengrundlage der Untersuchung bildet die Bilanzdatenbank DAFNE. Neben der breiten Erfassung der Unternehmen aller Größenklassen und Branchen stellt der hohe Detaillierungsgrad der Bilanzpositionen einen wesentlichen Vorteil dieser Datengrundlage für Zwecke der Mikrosimulation dar. Im Rahmen der Simulation wird auf ein Unternehmenspaar über drei Jahre von 2007 bis 2009 zurückgegriffen, das 32 847 Unternehmen und somit 98 541 Unternehmens-Jahr-Beobachtungen enthält. Die DAFNE Datenbank umfasst lediglich eine Teilmenge der Grundgesamtheit aller Kapitalgesellschaften in Deutschland. Zur Reduktion struktureller Verzerrungen erfolgt eine Hochrechnung der Ergebnisse auf Basis einer Sonderauswertung der Körperschaftsteuerstatistik 2007 und 2008.³² Tabelle 1 zeigt die Struktur der Datengrundlage nach Hochrechnung.

Im ZEW TaxCoMM sind die wesentlichen Normen des RLE darstellbar. Tabelle 2 fasst die in der Simulation erfassten Gewinnermittlungsvorschriften zusammen; zur entsprechenden Analyse wird auf den qualitativen Vergleich im Abschnitt II verwiesen.

29 Vgl. *Reister*, Steuerwirkungsanalysen unter Verwendung von unternehmensbezogenen Mikrosimulationsmodellen, Wiesbaden 2009.

30 Vgl. *Finke/Heckemeyer/Reister/Spengel*, FA 2013, 72.

31 Für entsprechende quantitative Übersichtsstudien vgl.

Feld/Heckemeyer, J ECON SURV, 25, 2011, 233; *Feld/Heckemeyer/Overesch*, JBF 2013, 2850–2866; *Heckemeyer/Overesch*, DBW 2012, 451.

32 Vgl. Statistisches Bundesamt, Sonderauswertung zur Körperschaftsteuerstatistik 2007 und 2008, 2012.

Wirtschaftszweig	Klein	Mittelgroß	Groß	Gesamt
Verarbeitendes Gewerbe, Bergbau	71 324	32 987	7 764	112 075
Energie und Wasser	4 240	2 807	2 765	9 812
Bau	79 584	7 696	900	88 180
Handel, Hotels, Restaurants	136 624	42 666	6 527	185 817
Transport und Telekommunikation	23 041	5 885	1 112	30 038
Wirtschaftsdienstleistung, R&D, Technische Dienstleistungen	334 032	32 781	17 602	384 415
Gesundheit	11 268	8 406	3 578	23 252
Andere	38 897	9 088	2 584	50 569
Gesamt	699 010	142 316	42 832	884 158
Anteil der Unternehmen je Größenklasse	79,06 %	16,10 %	4,84 %	

Tabelle 1: Struktur des hochgerechneten Samples, Anzahl der Unternehmen gruppiert nach Wirtschaftszweigen und Größenklassen (Jahre 2007–2009)

Vorschrift	D	GKB
Abschreibung Gebäude	3 % linear	Einzelabschreibung 2,5 % linear
Abschreibung langlebiges Sachanlagevermögen (Nutzungsdauer mindestens 15 Jahre)	Gemäß Nutzungsdauer, linear*	Einzelabschreibung 6,67 % linear
Abschreibung Sachanlagevermögen (Nutzungsdauer < 15 Jahre)	Gemäß Nutzungsdauer, linear*	Poolabschreibung 25 % degressiv
Abschreibung erworbenes immaterielles Vermögen	Gemäß Nutzungsdauer, linear	Einzelabschreibung 15 Jahre oder Zeitraum des Rechtsschutzes
Außerplanmäßige Abschreibungen beim abnutzbaren Anlagevermögen	Zulässig	Nicht zulässig
Außerplanmäßige Abschreibungen beim nicht abnutzbaren Anlagevermögen	Zulässig	Zulässig
Pensionsrückstellungen; Garantierückstellungen	Zulässig	Zulässig
Drohverlustrückstellungen	Nicht zulässig	Zulässig
Diskontierungssatz	5,5 % bzw. 6 %	jährl. EURIBOR
Kosten und Gehaltserwartungen	Nicht berücksichtigen	Berücksichtigen
Methode Pensionsrückstellungen	Teilwertverfahren	Projected-Unit-Credit-Method
Verlustverrechnung	Bis 1 Mio € unbegrenzt; darüber 60 %; Rücktrag 511 500 €; Einschränkungen bei Gesellschafterwechsel	Unbegrenzter Vortrag; Kein Rücktrag; Keine Einschränkung bei Gesellschafterwechsel

Tabelle 2: Im ZEW TaxCoMM erfasste Abweichungen zwischen GKB und geltendem Recht

* Je nach Anschaffungsjahr der Wirtschaftsgüter kann die Abschreibung auch degressiv erfolgen.

In einem ersten Schritt geht es um die unternehmensspezifische Belastungswirkung des RLE. Tabelle 3 auf der folgenden Seite illustriert die Verteilung der Belastungsänderung durch den Übergang zu einer GKB über alle Unternehmen des Samples. Ausgewiesen wird die Veränderung der Gesamtbelastung aus Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag im Durchschnitt über die ersten drei Jahre der Reform.

Da die GKB insbesondere durch die Poolabschreibung i.H.v. 25 %, die Abschreibung langlebiger Wirtschaftsgüter über 15 Jahre und den deutlich reduzierten Diskontierungssatz für Rückstellungen zu einer zeitlichen Vorverlagerung von Aufwendungen führt,

verschmälert sich die Bemessungsgrundlage in den hier betrachteten ersten drei Jahren für den Fall einer Übernahme der Regelungen einer GKB. Daher sinkt beim überwiegenden Teil der Unternehmen die Steuerbelastung. Die Entlastung ist jedoch sehr unterschiedlich verteilt. Für die 50 % der Unternehmen, die in der Mitte der Verteilung, d.h. zwischen dem 25. und 75. Perzentil der Verteilung liegen, beträgt die Entlastung zwischen 9,4 % und 0 %. Das Median Unternehmen (50 % Perzentil) wird um rund 0,1 % entlastet. Bei 10 % der Unternehmen geht die Steuerbelastung um 33,3 % und mehr zurück. Für die 1 % der Unternehmen, die am stärksten durch die Einführung der GKB entlastet werden, sinkt die Steuerbelastung um mehr

Perzentile der Verteilung	1 %	5 %	10 %	25 %	50 %	75 %	90 %	95 %	99 %
Belastungsänderung durch GKB	-73,5	-44,3	-33,3	-9,4	-0,1	0	11,8	32,5	67,5

Tabelle 3: Verteilung der durchschnittlichen Belastungsänderung durch GKB (in % der Ausgangsbelastung; Durchschnitt der drei ersten Reformjahre; Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag)

Hinweis: Den Ergebnissen liegen die Wirtschaftsjahre 2007–2009 zugrunde. Ausgewiesen ist der durchschnittliche Effekt über die ersten drei Reformjahre. Quelle: ZEW TaxCoMM.

	Bis 25 % Perzentil	25 %–50 % Perzentil	50 %–75 % Perzentil	75 %–100 % Perzentil
Veränderung der Steuerbelastung je Quartil	< -9,4 %	> -9,4 % bis -0,1 %	-0,1 % bis 0 %	> 0 %
Durchschnittliche Unternehmenskennzahl je Quartil				
Anlagenintensität	16,4 %	7,7 %	6,2 %	5,7 %
Anteil Rückstellungen	13,8 %	9,3 %	6,9 %	9,9 %
Anteil Pensionsrückstellungen	6,0 %	1,6 %	1,5 %	1,2 %
Gesamtkapitalrentabilität	2,2 %	7,2 %	-4,2 %	2,9 %
Anteil Verlustrückträge am positiven Bruttoeinkommen	9,2 %	7,2 %	1,1 %	20,5 %

Tabelle 4: Belastungsänderung und Unternehmenskennzahlen

Hinweis: Den Ergebnissen liegen die Wirtschaftsjahre 2007–2009 zugrunde. Ausgewiesen ist der durchschnittliche Effekt über die ersten drei Reformjahre. Quelle: ZEW TaxCoMM.

als 70 %. Dieser Teil der Verteilung erfasst insbesondere diejenigen Unternehmen, die im Szenario der GKB in mindestens einem Jahr keiner Besteuerung mehr unterliegen, da durch erhöhte Aufwendungen oder wegfallende Mindestbesteuerung im Rahmen des Verlustvortrags das Nettoeinkommen auf null sinkt. Eine Belastungsänderung von 0 % tritt dagegen bei Unternehmen auf, die in allen betrachteten drei Jahren steuerliche Verluste erzielen oder ihren Gewinn an eine Organträgergesellschaft abführen. Tabelle 3 zeigt außerdem, dass die Einführung der GKB für 10 % der Unternehmen mit einem Anstieg der Steuerbelastung von rund 11,8 % und mehr verbunden ist. Dazu gehören Unternehmen, die aufgrund ihrer Unternehmensstruktur weniger stark von den Zeiteffekten einer GKB in den ersten drei Reformjahren oder der geringeren Diskontierung von Rückstellungen profitieren. Darüber hinaus macht sich an dieser Stelle auch der Wegfall des Verlustrücktrags im Rahmen einer GKB bemerkbar. Insgesamt spiegeln die Ergebnisse des Belastungsvergleichs die heterogenen Steuerwirkungen eines Übergangs vom geltenden Steuerrecht (2012) zu einer harmonisierten Gewinnermittlung nach dem RLE wider.

Die identifizierten Unterschiede in der Belastungswirkung des Reformszenarios sind auf unterschiedliche Treiber in den unternehmensspezifischen Charakteristika der Unternehmen zurückzuführen, an welche der RLE anknüpft. Da das Mikrosimulationsmodell explizit die Heterogenität der Unternehmen erfasst, kann ein Zusammenhang zwischen Belastungsänderung und potentiell dafür verantwortlichen Unternehmenskennzahlen hergestellt werden.

Betrachtet werden daher im Folgenden die Anlagenintensität, der Anteil der Rückstellungen insgesamt und jener der Pensionsrückstellungen an der Bilanzsumme sowie die Gesamtkapitalrentabilität. Letztere dient zum einen als Indikator für die Bedeutung der

Gewinnermittlungsvorschriften allgemein und zum anderen für die Relevanz der veränderten Vorschriften der Verlustverrechnung. Um den letzten Aspekt noch genauer analysieren zu können, wird zusätzlich der Anteil der unter geltendem Recht verrechneten Verlustrückträge am positiven Bruttoeinkommen der Vorperiode herangezogen.

Um den Einfluss der beschriebenen Kennzahlen auf den Reformeffekt zu illustrieren, werden die Unternehmen zunächst nach ihrer Entlastung in Quartile unterteilt, die sich aus der Verteilung in Tabelle 3 ergeben. Für jede dieser vier Unternehmensgruppen wird in Tabelle 4 der Mittelwert der Unternehmenskennzahlen ausgewiesen.

Der Vergleich der ausgewählten Unternehmenskennzahlen zwischen den Unternehmen in unterschiedlichen Entlastungs-Quartilen zeigt, dass Unternehmen bis zum 25 % Perzentil, d.h. die 25 % der Unternehmen mit dem stärksten Rückgang der Steuerbelastung, eine besonders hohe Anlagenintensität (16,4 %) sowie einen hohen Anteil an Rückstellungen (13,8 %) und insbesondere an Pensionsrückstellungen (6,0 %) an der Bilanzsumme aufweisen. Daher besitzen die nach dem RLE geänderten Gewinnermittlungsvorschriften zu Abschreibungen und Rückstellungen für diese Unternehmensgruppe eine besonders hohe Relevanz. Zwar gleichen sich die Effekte aus der Abschreibungsänderung im Zeitablauf aus, da sich lediglich die zeitliche Verteilung der Anschaffungskosten über die Nutzungsdauer verändert. Dies trifft insbesondere auf bereits vorhandene Generationen an nicht-langlebigen Wirtschaftsgütern zu, bei denen die vorhandenen Restbuchwerte lediglich einer geänderten zeitlichen Verteilung unterliegen. Bei im Betrachtungszeitraum neu angeschafften Wirtschaftsgütern überwiegt dagegen der Effekt der Vorverlagerung der Aufwendungen, der bei einem Übergang zu einer 25 %igen Poolabschreibung bzw. 15-jährigen Abschreibung langlebiger

Steuersystem	Rechtsstand 2012	GKB
Gesamtaufkommen (Mrd. €)	45,559	41,943
Absolute Veränderung zu 2012 (Mrd. €)		-3,616
Relative Veränderung zu 2012 (%)		-7,9 %

Tabelle 5: Aufkommenswirkungen eines Übergangs zur GKB (Körperschaftsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Gewerbesteuer)

Hinweis: Den Berechnungen liegen wirtschaftliche Daten der Jahre 2007–2009 zugrunde. Ausgewiesen ist der durchschnittliche Effekt über die drei betrachteten Jahre.

ger Wirtschaftsgüter in den ersten drei Reformjahren zu erwarten ist. Durch den hohen Anteil an Rückstellungen bzw. Pensionsrückstellungen an der Bilanzsumme kommt auch dem RLE zu Rückstellungsansatz und -bewertung eine besondere Rolle zu. Hier erfolgt insbesondere durch den zulässigen Ansatz von Drohverlustrückstellungen, die Reduktion des Diskontierungszinssatzes von 5,5 % bzw. 6 % auf 4,4 %, 4,8 % und 1,6 %³³ und die Berücksichtigung von Kosten- bzw. Gehaltssteigerungen (d.h. eine weitere Auslegung des Stichtagsprinzips gegenüber dem geltenden Recht) tendenziell eine frühere Aufwandserfassung. Dieser Effekt ist bei Ansammlungsrückstellungen sowie bei Pensionsrückstellungen besonders ausgeprägt. Im Rahmen der Übergangsvorschriften werden die Zuführungen infolge bereits vorhandener Pensionszusagen, die während des Betrachtungszeitraums anfallen, bereits nach den GKB-Vorschriften bewertet. Die durchschnittliche Rentabilität der am stärksten entlasteten Unternehmen ist relativ gering und beträgt bei Unternehmen dieses Entlastungsquartils durchschnittlich 2,2 %. Umso stärker fallen daher die Gewinnermittlungsvorschriften bei der Gesamtsteuerbelastung ins Gewicht. Diese moderate Rentabilität hat auch zur Folge, dass die zeitliche Vorverlagerung bei manchen Unternehmen dieser Gruppe dazu führt, dass in einem oder in mehreren Jahren das Nettoeinkommen auf null sinkt.

Die Unternehmen zwischen dem 25 % und 50 % Perzentil kennzeichnet eine geringere Anlagenintensität (7,7 %) und ein deutlich geringerer Anteil an Rückstellungen (9,3 %) und insbesondere an Pensionsrückstellungen (1,6 %) an der Bilanzsumme. Die damit verbundene geringere Relevanz der veränderten Gewinnermittlungsvorschriften bei gleichzeitig hoher Rentabilität (7,2 %) und somit einem allgemein geringen Einfluss der Gewinnermittlungsvorschriften, führt zu deutlich geringeren Belastungsänderungen durch eine GKB.

Keine Belastungsänderung bzw. eine sehr geringe Entlastung entfällt auf die Unternehmen zwischen dem 50 % und 75 % Perzentil. Dies sind Organgesellschaften oder Unternehmen mit besonders niedriger Rentabilität (-4,2 %), die unter beiden Besteuerungsszenarien und in allen Jahren steuerliche Verluste aufweisen und bei denen sich daher die Einführung einer GKB nicht in veränderten Steuerzahlungen niederschlägt.

Unternehmen, die einen Belastungsanstieg durch Einführung der GKB erfahren, weisen eine unterdurch-

schnittliche Anlagenintensität (5,7 %) und einen sehr geringen Anteil von Pensionsrückstellungen (1,2 %) an der Bilanzsumme aus. Zudem fällt die Rentabilität dieser Unternehmen moderat aus. Besonders auffallend ist, dass für diese Unternehmen der Anteil verrechneter Verlustrückträge am Bruttoeinkommen des Vorjahres besonders hoch ist (20,5 % im Vergleich zu 1 % bis 9 % in anderen Quartilen).

Die beschriebenen Belastungseffekte auf Mikroebene schlagen sich auch in einem veränderten Steueraufkommen nieder. Dazu werden für jeden Rechtsstand die unternehmensspezifischen Steuerzahlungen aggregiert und anhand der Körperschaftsteuerstatistik auf die Grundgesamtheit hochgerechnet.

Tabelle 5 zeigt, dass ein Übergang zu den Gewinnermittlungsvorschriften der GKB in den ersten drei Reformjahren unter Beibehaltung der wirtschaftlichen Rahmendaten der Jahre 2007–2009 zu einer Verminderung des Aufkommens aus Körperschaftsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Gewerbesteuer von durchschnittlich 3,6 Mrd. € führen würde. Dies entspricht einem Rückgang des Aufkommens aus diesen Steuern von 7,9 %. Zurückzuführen sind diese Aufkommensverluste auf eine temporär bedeutsame Verschmälerung der Bemessungsgrundlage in den ersten drei Reformjahren, die aus der zeitlichen Vorverlagerung von steuerlichem Aufwandsvolumen resultiert. Bei längerfristiger Betrachtung kann sich der Effekt umkehren, so dass lediglich ein Zeiteffekt resultiert. In Abhängigkeit von der Reinvestitionspolitik kann sich jedoch auch ein Kapazitätserweiterungseffekt einstellen.³⁴

Wesentliche Abweichungen zwischen geltendem Steuerrecht in Deutschland und dem RLE liegen im Bereich der Abschreibungen (insb. Anwendung der Poolabschreibung mit einem Abschreibungssatz von 25 %) und der Pensionsrückstellungen (insbesondere variabler Diskontierungszinssatz und Berücksichtigung von Kostensteigerungen). Um den relativen Beitrag der einzelnen Vorschriften zum gesamten Reformeffekt zu bestimmen wird nachfolgend ausgehend von dem Gesamteffekt eines Übergangs zur GKB nach dem RLE auf das Steueraufkommen aus Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag betrachtet, wie stark der Reformeffekt reduziert würde, wenn isoliert

A) auf einen Übergang zu den Abschreibungsvorschriften nach dem RLE

B) auf einen Übergang zu den Rückstellungsvorschriften nach dem RLE

³³ Vgl. die durchschnittlichen 12-Monats EURIBOR-Sätze der Jahre 2007–2009.

³⁴ Vgl. Oestreicher/Spengel, Steuerliche Abschreibung und Standortattraktivität, 2003, S. 30–33.

Szenario	Gesamtaufkommen (Mrd. €)	Abweichung zu 2012 (in %)	Beitrag der jeweils entfallenen Vorschrift		
			Differenz zu Gesamteffekt (%-Punkte)	In % des Gesamteffekts	
2012	45,559				
GKB gesamt	41,944	-7,94			
GKB mit Verzicht auf					
A	Abschreibung nach GKB	44,088	-3,23	-4,71	59,30
B	Rückstellung nach GKB	42,864	-5,92	-2,02	25,46

Tabelle 6: Aufkommenswirkungen bei Verzicht auf einzelne GKB Vorschriften

Hinweis: Den Berechnungen liegen wirtschaftliche Daten der Jahre 2007–2009 zugrunde. Es wird untersucht, wie sich der Effekt einer GKB bei Verzicht auf ausgewählte GKB Vorschriften (die durch deutsches Recht ersetzt werden) verändern würde. Die Differenz zum Gesamteffekt einer GKB (-7,94) ergibt den Beitrag der entfallenen Vorschrift. In der letzten Spalte wird dieser Beitrag in % des Gesamteffekts ausgedrückt. Quelle: ZEW TaxCoMM.

verzichtet würde. Dabei wird die jeweils wegfällende GKB-Vorschrift durch die entsprechende Vorschrift nach geltendem Recht in Deutschland ergänzt.

Diese Analyse ermöglicht zunächst einen Einblick, inwiefern der ermittelte Gesamteffekt durch den Wegfall einzelner Vorschriften zurückgeht (Tabelle 6, Spalte 3). Durch einen Vergleich mit der ursprünglichen Abweichung der gesamten GKB zum Referenzrechtsstand i.H.v. -7,94 % kann der Beitrag der jeweils entfallenen Vorschrift zum Gesamteffekt dargestellt (Tabelle 6, Spalte 4) und der relative Beitrag zum Gesamteffekt (Tabelle 6, Spalte 5) berechnet werden. Mögliche Interaktionswirkungen zwischen den jeweils isolierten Regelungen und den übrigen GKB Vorschriften können dabei nicht erfasst werden, so dass eine Addition der einzelnen Beiträge nicht zu 100 % den ursprünglich ermittelten Gesamteffekt erklärt.

Die Auswertung in Tabelle 6 zeigt, dass der für die Einführung einer GKB bestimmte Aufkommensrückgang i.H.v. -7,94 % maßgeblich durch die Abschreibungsvorschriften getrieben wird. So reduziert sich der Aufkommensverlust von 7,94 % auf 3,23 %, wenn ausgehend vom gesamten Regelungsumfang einer GKB auf die Einführung der Abschreibungsvorschriften nach GKB verzichtet würde und stattdessen die in Deutschland geltenden Vorschriften beibehalten werden (Szenario A). Im Umkehrschluss entfällt auf die Abschreibungsvorschriften ein Beitrag von -4,71 %-Punkten des Gesamteffekts, dies sind rund 60 %.

Von dem Regelungsbereich der Abschreibungen des RLE gehen in einer kurzfristigen Betrachtung der ersten drei Jahre sehr deutliche Aufkommenswirkungen aus. Allerdings ist erneut darauf hinzuweisen, dass diese auf einer Vorverlagerung von Aufwendungen beruhen. Bei längerfristiger Betrachtung kann sich der Effekt umkehren, so dass lediglich ein Zeiteffekt resultiert. In Abhängigkeit von der Reinvestitionspolitik kann sich jedoch auch ein Kapazitätserweiterungseffekt einstellen. Mögliche Anknüpfungspunkte für

moderatere Aufkommenswirkungen liegen in der kurzen Frist z.B. in einer niedrigeren Altersgrenze für langlebige Wirtschaftsgüter oder einem niedrigeren Abschreibungssatz für die Poolabschreibung.

Neben den Abschreibungen gehen auch vom Regelungsbereich der Rückstellungen deutliche Aufkommenswirkungen aus. Diese beruhen auf der Anknüpfung des Diskontierungszinses am jährlichen EURIBOR, der in den betrachteten Jahren immer unterhalb der gesetzlich fixierten Diskontierungssätze von 5,5 % bzw. 6 % in Deutschland liegt, der Berücksichtigung von Gehalts- und Kostensteigerungen und dem Ansatz von Drohverlustrückstellungen. Wird auf die Ausgestaltung der Rückstellungsvorschriften nach dem RLE verzichtet (Szenario B), geht der Aufkommensverlust von 7,94 % auf 5,92 % zurück. Somit entfallen auf diese Vorschriften 2,02 Prozentpunkte des Gesamteffekts, dies sind rund 25 %.

Die bisherigen Ergebnisse erfassen isoliert die Belastungs- und Aufkommenswirkungen bei einem Übergang auf eine GKB, die aus der reinen Regelungsänderung bei konstantem unternehmerischem Entscheidungsverhalten resultieren. Diese Analyse wird im Folgenden erweitert, indem explizit berücksichtigt wird, dass eine Veränderung steuerlicher Rahmenbedingungen unternehmerische Verhaltensreaktionen auslöst. Durch die veränderten Abschreibungsvorschriften, die veränderten Verlustabzugsvorschriften und das Fehlen einer Zinsabzugsbeschränkung für Zwecke der Körperschaftsteuer in einer GKB kommt es zu einer Veränderung des marginalen Effektivsteuersatzes (EMTR), der die steuerlichen Anreize für das Investitionsvolumen erfasst.³⁵ Im Mittel beträgt die Reduktion der EMTR 2,2 Prozentpunkte.

Da die Anpassung der Investitionen nicht friktionslos möglich ist, wird zwischen einer kurzfristigen und einer langfristigen Änderung unterschieden. Dabei wird unterstellt, dass die Investitionen schrittweise dem unter den neuen steuerlichen Gegebenheiten

³⁵ Die EMTR erfasst die Steuerbelastung, die für eine zukünftige Investition anfällt, die gerade ihre Kapitalkosten erwirtschaftet. Das Konzept basiert auf der neoklassischen Investitionstheorie. In die Berechnungen der EMTR flie-

ßen die Körperschaftsteuer zzgl. des Solidaritätszuschlags, die Gewerbesteuer sowie die Abschreibungsvorschriften und die Vorschriften zur Zinsabzugsfähigkeit ein. Vgl. *Finke/Heckemeyer/Reister/Spengel*, FA 2013, 72 (84).

Unternehmenstyp	Mittelwert (kurzfristig)	Mittelwert (langfristig)
Alle	1,3 %	2,2 %
National	0,9 %	1,6 %
Multinational	3,4 %	6,3 %

Tabelle 7: Anpassung des Kapitalstocks im Rahmen der Verhaltensreaktion

Hinweis: Den Ergebnissen liegen die Wirtschaftsjahre 2007–2009 zugrunde. Quelle: ZEW TaxCoMM.

Reformszenario	Gesamtaufkommen (in Mrd. €)	In % von Rechtsstand 2012
<i>Nur Regeländerung</i>		
2012	45,559	
GKB	41,943	92,06
<i>Verhaltensreaktionen (kurzfristig)</i>		
Finanzierungsstruktur, Investment	42,132	92,48
<i>Verhaltensreaktionen (langfristig)</i>		
Finanzierungsstruktur, Investment	42,208	92,64

Tabelle 8: Rückwirkung der Verhaltensreaktionen auf das Aufkommen (Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag; Durchschnitt über 3 Jahre)

Hinweis: Den Berechnungen liegen wirtschaftliche Daten der Jahre 2007-2009 zugrunde. Ausgewiesen ist der durchschnittliche Effekt über drei Jahre. Quelle: ZEW TaxCoMM.

(d.h. den GKB-Vorschriften) optimalen Level angepasst werden. Die langfristige Betrachtung bezeichnet den Zustand, in dem diese Anpassung abgeschlossen ist.

Tabelle 7 veranschaulicht, dass mit dem Übergang vom geltenden Steuerrecht zu den Vorschriften der GKB positive Investitionswirkungen verbunden sind. So ergibt die Simulation im Durchschnitt über alle Unternehmen eine Erhöhung des Kapitalstocks um 1,3 % in der kurzfristigen Betrachtung und um 2,2 % nach Abschluss des Anpassungsvorgangs. Der Anstieg fällt bei nationalen Unternehmen geringer aus, da dieser Gruppe von Unternehmen eine schwächere Reaktionselastizität zugrunde liegt. Die Investitionselastizität inländischer Unternehmen beträgt gemäß empirischer Studien -0,6 gegenüber -2,59 bis -3,89 bei den meisten multinationalen Unternehmen.³⁶

Da der Steuersatz konstant bleibt, ist mit keinen Reaktionen hinsichtlich Gewinnverlagerung und internationaler Standortwahl zu rechnen, da bei diesen Entscheidungen die Anreizwirkung einer Steuersatzänderung im Vordergrund steht.

Aufkommenswirkungen ergeben sich somit aus den marginalen Erträgen des erhöhten Kapitalstocks. Diesen stehen jedoch zusätzliche Zinsaufwendungen gegenüber, da die marginalen Investitionen entsprechend des beobachteten Verschuldungsgrades anteilig mit Eigenkapital und Fremdkapital finanziert werden. Unternehmen, die im Referenzrechtsstand der

Zinsschranke unterliegen, erfahren zudem durch das Fehlen einer Zinsabzugsbeschränkung im GKB-Fall einen Anreiz zu erhöhter Fremdfinanzierung.

Tabelle 8 fasst die Aufkommenskonsequenzen der reinen Regelungsänderung und der Verhaltensreaktionen zusammen. Durch den Übergang zur GKB fällt das Steueraufkommen zunächst auf 92,06 % des Ausgangsniveaus. Demgegenüber führen die verbesserten Investitionsanreize zu einer Erhöhung des Kapitalstocks und zu zusätzlichen Steuereinnahmen. Diese fallen allerdings gering aus, da wesentliche Teile der Investitionen fremdfinanziert und daher von der Besteuerung abgeschirmt werden und zudem ihr Bemessungsgrundlageneinfluss auf die marginale Rendite beschränkt ist. Bei kurzfristiger Betrachtung steigt das Steueraufkommen auf 92,48 % des Ausgangsniveaus an. Wird ein Zustand betrachtet, in dem die Anpassungsprozesse des Kapitalstocks und der Kapitalstruktur abgeschlossen sind, so erreicht das Steueraufkommen 92,64 % des Ausgangsniveaus.³⁷ Die Reform ist somit über den betrachteten Zeitraum von drei Jahren zu einem sehr geringen Anteil selbstfinanzierend.

2. Optionale Anwendung einer GKB

a) Zielsetzung und Vorgehensweise

Nach dem RLE haben die Unternehmen ein Wahlrecht, „für das in dieser Richtlinie vorgesehene Sys-

³⁶ Für das langfristige Szenario, das die Veränderung nach Abschluss des Anpassungsvorgangs darstellt, liegen keine ökonomischen Grunddaten vor. Daher wird die Veränderung auf den Mittelwert des in den Daten beobachteten Kapitalstocks bezogen. Es wird damit implizit angenommen, dass die ökonomischen Rahmendaten in der langfristigen Betrachtung gegenüber den Ausgangsdaten der Jahre 2007–2009 unverändert sind.

³⁷ Für das langfristige Szenario, das die Veränderung nach Abschluss des Anpassungsvorgangs darstellt, liegen keine ökonomischen Grunddaten vor. Daher wird die Veränderung auf den Mittelwert des in den Daten beobachteten Kapitalstocks bezogen. Es wird damit implizit angenommen, dass die ökonomischen Rahmendaten in der langfristigen Betrachtung gegenüber den Ausgangsdaten der Jahre 2007–2009 unverändert sind.

tem“ zu optieren. „Die Opt-in-Mitteilung betrifft alle Gruppenmitglieder“ (Art. 104 Abs. 2 RLE), so dass dieses Wahlrecht für alle infrage kommenden Mitglieder desselben Konzerns nur einheitlich ausgeübt werden kann („all in – all out“). Daher wird im Rahmen dieses Abschnitts unterstellt, dass auch eine Option zur GKB alle Gruppenmitglieder betrifft, die Option mithin für alle Gesellschaften eines Konzerns nur einheitlich ausgeübt werden kann.

Nach den Ergebnissen der Berechnungen in Abschnitt III.1 ist die GKB für deutsche Kapitalgesellschaften überwiegend vorteilhaft. Haben die Unternehmen ein Wahlrecht, hängt die Entscheidung für die GKB aber auch von den Konsequenzen ab, die diese GKB für die Steuerbelastung eines Konzerns in den übrigen Mitgliedstaaten hat, wenn die Option nur einheitlich ausgeübt werden kann. Verzichten vor diesem Hintergrund deutsche Kapitalgesellschaften auf die Wahl der GKB, da diese aus Sicht des Konzerns mit einer Verbreiterung der Bemessungsgrundlage verbunden ist, hätte eine optionale GKB insoweit zur Folge, dass die in Abschnitt III.1 berechnete Absenkung des Steueraufkommens geringer ausfällt. Andererseits dürfte es deutsche Kapitalgesellschaften geben, für die eine Besteuerung auf Basis der GKB Nachteile bringt. Bleiben diese Gesellschaften bei der Bemessungsgrundlage nach deutschem Steuerbilanzrecht, hätte das zur Folge, dass der mit dem obligatorischen Übergang auf die GKB verbundene Effekt auf das Steueraufkommen ausbleibt und sich die Senkung der Steuerbemessungsgrundlage entsprechend verschärft. Ziel der folgenden Untersuchungen ist es, die aus einer Optionalität resultierenden Aufkommenswirkungen zu quantifizieren.

Eine Berechnung des Konzerneffekts setzt voraus, dass die verbundenen Unternehmen deutscher Kapitalgesellschaften bestimmt werden können und zu ermitteln ist, ob es sich für die Konzernstrukturen in Europa lohnt, dass die Besteuerung auf Basis einer GKB erfolgt. Wird unterstellt, dass die Option auf der Grundlage von Erwartungen über die zukünftige Entwicklung der zu versteuernden Einkommen getroffen wird, ist ferner erforderlich, dass die steuerlichen Ergebnisse fortgeschrieben und hieraus die erwarteten Steuerzahlungen abgeleitet werden können. Das Mikrosimulationsmodell ASSERT³⁸ erfüllt diese Anforderungen. Es wird im Folgenden herangezogen, um zu bestimmen, welche deutschen Kapitalgesellschaften eine konzern einheitlich auszuübende Option für eine GKB in Anspruch nehmen würden. Die Hochrechnung der mit der Option verbundenen Wirkungen auf das Steueraufkommen erfolgt mit Hilfe des ZEW TaxCoMM.

Wesentliche Datenbasis von ASSERT ist die Datenbank AMADEUS. Sie enthält finanzielle Informationen (Bilanz und GuV) zu Unternehmen in nahezu allen Ländern Europas und dokumentiert auch Konzernstrukturen, ist aber im Vergleich zur Datenbank DAFNE³⁹ weniger detailliert und liefert auch in Bezug auf deutsche Unternehmen eine geringere Anzahl Datensätze, so dass die Stichprobe, die unserer Einschätzung der Aufkommenseffekte einer optionalen GKB zugrunde liegt, auf einen gemeinsamen Nenner vollständiger Datensätze zu 4 140 deutschen Kapitalgesellschaften beschränkt wurde, von denen 1 918 Gesellschaften wirtschaftlich selbständig sind. Für diese Unternehmen wurde ermittelt, ob sie, da die GKB insgesamt vorteilhaft ist, gemeinsam mit den EU Gesellschaften, die mit ihnen verbunden sind (und für die uns Daten vorliegen), zur GKB optieren würden. Hierzu wurden 10 441 (weitere) Kapitalgesellschaften festgestellt, die im Verhältnis zu den deutschen Unternehmen unserer Stichprobe die Voraussetzungen einer Muttergesellschaft, Schwestergesellschaft oder Tochtergesellschaft erfüllen. Um die Gruppen zu identifizieren, die für eine GKB optieren würden, wurden mit Hilfe von ASSERT für jedes Unternehmen die Steuerzahlungen sowohl auf Basis des für dieses Unternehmen jeweils maßgebenden Steuerbilanzrechts als auch der GKB berechnet. Berücksichtigt wurden dabei im Wesentlichen die steuerlichen Regelungen in Bezug auf planmäßige Abschreibungen, die Verlustverrechnung und die Behandlung von Dividenden.⁴⁰ Pro Unternehmen und Simulationsjahr (2008 bis 2011) werden jeweils 50 Simulationsläufe durchgeführt, so dass die prognostizierten Steuerzahlungen aus der resultierenden Verteilung ermittelt wurden.

b) Ergebnisse

aa) Quantitative Bedeutung

Um die möglichen Auswirkungen auf das Steueraufkommen zu bestimmen, wurde in einem ersten Schritt ermittelt, welche Unternehmen der Stichprobe die Option zur Gewinnermittlung nach GKB in Anspruch nehmen würden. Zu diesem Zweck wurden für die Stichprobe zwei unterschiedliche Entscheidungskriterien zugrunde gelegt. Das hier berichtete Ergebnis beruht auf einem konzernspezifischen Vergleich des Mittelwertes der Steuerzahlungen, während das zweite Kriterium auf einem Vergleich des Mittelwertes der Steuerzahlungsbarwerte basiert, in die auch zum Ende des Simulationszeitraumes bestehende Verlustvorträge eingehen. Die Ergebnisse gehen aber in die gleiche Richtung und weichen nicht wesentlich voneinander ab, so dass die weitere Differenzierung hier nicht notwendig erscheint.

38 Das Mikrosimulationsmodell ASSERT, Assessing the Effects of Reforms in Taxation – A Micro-Simulation Approach, wird ausführlich dargestellt in *Oestreicher/Koch/Vordamme/Hohls*, FAT Working Paper 14-001, <http://www.uni-goettingen.de/de/135729.html>.

39 Siehe zur kurzen Beschreibung dieser Datenbank Abschnitt III.1.

40 Es wurde bereits empirisch gezeigt, dass Unternehmen bei der Planung ihrer Investitionen die mit Rückstellungen

verbundenen Steuerentlastungen überwiegend ausklammern, vgl. *Wagner*, BB 2002, 1885. Die aus der fehlenden Erfassung des mit Rückstellungen verbundenen Steuervorteils resultierende Ungenauigkeit muss daher nicht unbedingt groß sein. In diese Richtung geht auch das Ergebnis einer Verprobung mit den Berechnungen auf der Grundlage des ZEW TaxCoMM (Abschnitt 5.2.2 des Forschungsgutachtens fe 17/11).

Grundsätzlich kann sich die GKB positiv und negativ auf die Steuerzahlungen eines deutschen Unternehmens auswirken. Während sich die Abschreibungsvorschriften für Sachanlagen durch die GKB verbessern, wird nach der GKB bei Patenten und Gebäuden eine längere Nutzungsdauer zugrunde gelegt. In unterschiedliche Richtungen zeigen auch die Auswirkungen in Bezug auf die Verlustverrechnung. Auf der einen Seite ist nach der GKB eine Mindestbesteuerung nicht vorgesehen, auf der anderen Seite ist im Rahmen der gemeinsamen Bemessungsgrundlage der Verlustrücktrag nicht bekannt. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Veränderungen im Bereich der Abschreibungen die größte Auswirkung auf die Steuerzahlungen haben (s. hierzu Abschnitt II und III.1).

Werden die Steuerzahlungen nominal verglichen, zeigt sich, dass die Option zur GKB für die wirtschaftlich selbständigen Kapitalgesellschaften in knapp 70 % der Fälle vorteilhaft ist. Unternehmen, die die Option danach ausüben, weisen eine signifikant höhere Anlagenintensität aus (42 %) als der Teil wirtschaftlich selbständiger Unternehmen, der die Option nicht ausübt (22 %).

Für deutsche Unternehmen, die zu einem nationalen Konzern gehören, ist die Option zur GKB in knapp 80 % der Fälle vorteilhaft. Dieser Anteil der Unternehmen, für die die Option zur GKB Vorteile hat, ist größer als der entsprechende Anteil wirtschaftlich selbständiger Unternehmen, da die wirtschaftlich selbständigen Unternehmen im Durchschnitt kleiner sind (durchschnittliche Bilanzsumme i.H.v. 18 Mio. €) als die Unternehmen, die zu einem nationalen Konzern gehören (durchschnittliche Bilanzsumme i.H.v. 52 Mio. €). Bei kleineren Unternehmen kommt zum einen die Mindestbesteuerung in einer geringeren Anzahl Fälle zur Anwendung. Darüber hinaus ist bei wirtschaftlich selbständigen Unternehmen der potentielle Nachteil aus einer Abschaffung des Verlustrücktrags größer, da diese Unternehmen weniger häufig Teil einer ertragsteuerlichen Organschaft sind, durch die dieser Nachteil gegebenenfalls kompensiert würde. Tendenziell ist die GKB aufgrund ihrer Regelungen im Bereich der Verlustverrechnung für kleinere konzernungebundene Unternehmen weniger attraktiv.

Am wenigsten häufig ist die Option zur GKB für deutsche Unternehmen vorteilhaft, die zu einem internationalen Konzern gehören (circa 60 % der Fälle). Nicht dargestellte Auswertungen zeigen, dass hier vor allem die Konzerne für die GKB optieren, deren deutsche Konzerngesellschaften in Deutschland Teil einer Organschaft sind. Die Option zur GKB ist aber nachteilig, wenn größere Teile einer Gruppe in Frankreich oder Spanien ansässig sind. Während in Frankreich der für den Berechnungszeitraum maßgebende Verlustrücktrag wegfällt und sich der Abschreibungszeitraum für Patente und Gebäude erhöht, verschlechtern sich die Abschreibungsvorschriften in Spanien für alle Vermögensgegenstände.

bb) Auswirkungen auf das Steueraufkommen

In einem zweiten Schritt wurden mit Hilfe des ZEW TaxCoMM die Steuerwirkungen der Option zur GKB

auf die Grundgesamtheit aller deutschen Unternehmen hochgerechnet. Hierbei wurde bei den Unternehmen der Stichprobe die GKB zugrunde gelegt, wenn sich nach den Berechnungen mit Hilfe von ASSERT ergab, dass die GKB insgesamt vorteilhaft ist. Für wirtschaftlich selbständige Kapitalgesellschaften, deren Abschlüsse über die gemeinsame Stichprobe hinaus Teil von DAFNE sind, wurde die Vorteilhaftigkeit auf Basis des ZEW TaxCoMM bestimmt. Entsprechend wird die GKB hier zugrunde gelegt, wenn sich nach den Berechnungen des ZEW TaxCoMM ergibt, dass die GKB für das deutsche Unternehmen Vorteile hat. Die Höhe der Steuerzahlungen wird in allen Fällen mit Hilfe des ZEW TaxCoMM ermittelt.

Wie bereits dargestellt (Abschnitt III.1), würde die Einführung einer für alle Kapitalgesellschaften verpflichtenden GKB zu einem Rückgang des Steueraufkommens von 7,94 % führen. Führt man die vergleichbare Berechnung auf Basis der geringeren Anzahl Unternehmen durch, die dieser Analyse der Option zur GKB zugrunde liegt, errechnet sich ein korrespondierender Wert i.H.v. 7,78 %. Könnten diese Unternehmen zwischen der Bemessungsgrundlage nach geltendem Recht und GKB wählen, würde sich dieser Rückgang, wie erwartet, verstärken. Im Einzelnen würde sich der Rückgang des deutschen Steueraufkommens um knapp 0,8 Prozentpunkte auf 8,55 % erhöhen.

3. Einbezug von Personenunternehmen (GUB)

a) Methodische Vorgehensweise

Zentrales Merkmal einer GUB ist die Erstreckung des Anwendungsbereichs des RLE auf deutsche Personenunternehmen, namentlich Einzelunternehmen und Personengesellschaften.

Wollte man die Aufkommenswirkungen von Personenunternehmen in vergleichbarer Weise berechnen, wie das für Kapitalgesellschaften erfolgt ist, bräuchte man vergleichbare Mikrodaten zu Personenunternehmen. Da die Informationen zu Personengesellschaften in DAFNE und AMADEUS unvollständig sind oder nicht ausreichen und auch die Verarbeitung von Informationen aus amtlichen Datenbanken, wie z.B. die MIDI Datenbank der Deutschen Bundesbank, aufgrund eines zu geringen Detaillierungsgrades in Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung mit Hilfe der oben dargestellten Mikrosimulationsprogramme nicht ohne weiteres möglich ist, wurde für Zwecke einer Abschätzung der Aufkommenswirkungen einer GUB mittelbar auf die Daten von Kapitalgesellschaften abgestellt.

In diesem Zusammenhang war zu berücksichtigen, dass sich Personenunternehmen von Kapitalgesellschaften vielfältig unterscheiden. Hier ist bedeutsam, dass sie ihre Schwerpunkte in unterschiedlichen Branchen haben, sich in ihrer Bilanzstruktur unterscheiden oder Unterschiede bei der Rechnungslegung bestehen. So zeigt ein Vergleich der Bilanzstruktur von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften, dass sich Personenunternehmen durch eine höhere Anlagenintensität auszeichnen, während Kapitalgesellschaften durch eine regelmäßig höhere Eigenkapitalquote gekennzeichnet sind. Tabelle 9 ver-

	Unternehmen mit Umsätzen von ... bis (in Millionen Euro)							
	0 bis unter 2		2 bis unter 10		10 bis unter 50		50 und größer	
	KapG	PersU	KapG	PersU	KapG	PersU	KapG	PersU
Anlagenintensität Quartile	0,051	0,111	0,064	0,128	0,075	0,110	0,085	0,101
	0,159	0,335	0,179	0,300	0,193	0,255	0,197	0,234
	0,362	0,592	0,385	0,492	0,368	0,419	0,336	0,385
Eigenkapitalquote Quartile	0,048	-0,036	0,120	0,035	0,168	0,073	0,179	0,090
	0,208	0,109	0,266	0,122	0,309	0,172	0,309	0,204
	0,422	0,324	0,448	0,269	0,486	0,306	0,468	0,329

Tabelle 9: Vergleich von Eigenkapitalquote und Anlagenintensität bei Kapitalgesellschaften und Personenunternehmen (Nichtkapitalgesellschaften)*

* Die Darstellung beruht auf der Statistik der Deutschen Bundesbank zu Verhältniszahlen aus Jahresabschlüssen deutscher Unternehmen von 2008 bis 2009.

deutlicht diese Unterschiede am Beispiel der Verteilung von Eigenkapitalquote und Anlagenintensität im Bereich des verarbeitenden Gewerbes.

Zu berücksichtigen sind aber daneben auch bestehende Differenzen bei der Ermittlung ihrer Bemessungsgrundlage im Rahmen der Ertragsbesteuerung.

Um den Besonderheiten der Personenunternehmen insoweit Rechnung zu tragen, wurde die Verteilung der uns vorliegenden Daten zu Kapitalgesellschaften mit Hilfe von Streckungs- und Dämpfungsfaktoren in der Weise modifiziert, dass sie in Bezug auf die dargestellten Kennzahlen nach Branche und Größe strukturell der Verteilung von Personenunternehmen entsprechen. Im Zusammenhang mit unserer Abschätzung der Wirkungen auf das Steueraufkommen wurde zudem berücksichtigt, dass die Gewinne oder Verluste aus Personenunternehmen transparent besteuert werden, die Besteuerung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen abhängig ist von der Rechtsform der Anteilseigner, sich das Ausmaß der Hinzurechnungen und Kürzungen bei der Gewerbesteuer unterscheidet, die gezahlte Gewerbesteuer auf die tarifliche Einkommensteuer angerechnet werden kann und das Einkommensteueraufkommen aus Personenunternehmen nur ermittelt werden kann, wenn die Anzahl natürlicher Personen bekannt ist, die aus der Personenunternehmung Einkünfte beziehen. Erforderliche Daten wurden aus der Gewerbesteuerstatistik 2007 sowie der Statistik über die Personengesellschaften und Gemeinschaften 2007 gewonnen. Die Einkommensteuerbelastung der natürlichen Personen ergibt sich aus der Multiplikation der diesen Personen anteilig zurechenbaren Einkünfte mit den für sie maßgebenden Einkommensteuersätzen. Durchschnittliche Einkommensteuersätze der Gesellschafter oder Unternehmer von Personenunternehmen wurden vom Statistischen Bundesamt in Abhängigkeit von der Branche, in der diese Unternehmen tätig sind, und von der Höhe der Einkünfte, die Gesell-

schafter oder Unternehmer aus Personenunternehmen beziehen, zur Verfügung gestellt.

b) Ergebnisse

aa) Gemeinsame Unternehmensteuer-Bemessungsgrundlage

Die Berechnungen zeigen, dass eine obligatorische gemeinsame Unternehmensteuer-Bemessungsgrundlage das Steueraufkommen weiter vermindern würde. Bei der Gewerbesteuer würde dieser Verlust danach 7,25 % (0,697 Mrd. €) betragen, während der korrespondierende Rückgang bei der Einkommensteuer, die auf gewerbliche Einkünfte entfällt, einen Anteil von 9,52 % (0,733 Mrd. €) erreichte.

In Übereinstimmung mit den Ergebnissen für Kapitalgesellschaften beruht dieser Rückgang des Steueraufkommens im Wesentlichen auf der Poolabschreibung nicht-langlebiger (beweglicher) Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens und auf dem geringeren Zinssatz für die Diskontierung von Rückstellungen und unverzinslichen Verbindlichkeiten.

Die Minderung des Gewinns personenbezogener Unternehmen wirkt sich auch insoweit auf das Körperschaftsteueraufkommen aus, als nicht steuerbefreite Körperschaften an Personenunternehmen beteiligt sind. Sie bewirkt dort einen im Vergleich zur GKB höheren prozentualen Rückgang der auf entsprechende Gewinnanteile entfallenden Körperschaftsteuer i.H.v. 13,95 % (0,142 Mrd. €).⁴¹ Der Grund für die im Vergleich zu Kapitalgesellschaften (-7,60 %) geringere Minderung des Gewerbesteueraufkommens sollte im Ausmaß der Hinzurechnungen und Kürzungen (§§ 8; 9 GewStG) zu suchen sein, das bei Personenunternehmen geringer ist. Die im Unterschied zum Rückgang des GKB Körperschaftsteueraufkommens (-8,30 %) höhere Minderung des Aufkommens der Einkommensteuer dürfte sich dagegen aus der Tatsache ergeben, dass der auf gewerbliche Einkünfte zur Anwendung

41 Die Ausweitung der GKB auf Personenunternehmen führt damit zu einem Rückgang des Körperschaftsteueraufkommens um insgesamt 1,825 Mrd. € oder 8,97 %. Das Gesamtaufkommen aus dem Solidaritätszuschlag vermindert sich um 0,125 Mrd. € oder 9,13 %. In Summe bewirkt der Über-

gang zu einer verpflichtenden GUB eine Verminderung des Steueraufkommens (Einkommensteuer und Körperschaftsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag zzgl. Gewerbesteuer) um 5,174 Mrd. € oder 8,04 %.

kommende Einkommensteuersatz im Regelfall deutlich oberhalb des Körperschaftsteuersatzes liegt, so dass die Verringerung der Bemessungsgrundlage zu einer stärkeren Reduktion des Steueraufkommens führt.

Der auf die Einkommensteuer und Körperschaftsteuer entfallende Solidaritätszuschlag ginge um 9,98 % (0,047 Mrd. €) zurück.

bb) Optionale GUB

Ein Wahlrecht zur Anwendung der einheitlichen Bemessungsgrundlage hätte auch in Bezug auf die gemeinsame Unternehmensteuer-Bemessungsgrundlage zur Folge, dass die negativen Auswirkungen auf das Steueraufkommen im Vergleich zur obligatorischen Anwendung noch gesteigert werden. Der im Vergleich zu einer obligatorischen GUB stärkere Rückgang des Steueraufkommens wäre wie bei der GKB darauf zurückzuführen, dass lediglich die Unternehmen für die GUB optieren dürften, die sich von einer Gewinnermittlung auf Basis der GUB Vorteile versprechen, während die übrigen Unternehmen ihren Gewinn weiterhin nach den Gewinnermittlungsvorschriften de lege lata ermitteln.

Im Einzelnen zeigt sich, dass eine optionale GUB das Aufkommen der Gewerbe- und Einkommensteuer aus der gewerblichen Tätigkeit von Personenunternehmen um 7,53 % (0,723 Mrd. €) und 9,78 % (0,753 Mrd. €) mindern würde, wenn die Entscheidung für die GUB auf der Basis der nominellen Steuerzahlungen getroffen wird. Der Rückgang des anteiligen Körperschaftsteueraufkommens beliefe sich in diesem Fall auf 14,54 % (0,148 Mrd. €), während das Aufkommen aus dem Solidaritätszuschlag um 10,44 % (0,050 Mrd. €) zurückginge.⁴² Legt man den Barwert der erwarteten Steuerzahlungen zugrunde, fiel der Rückgang des Steueraufkommens noch stärker (circa 0,5 %) aus, da sich die besseren Abschreibungsmöglichkeiten stärker zugunsten der GUB auswirken und im Barwertkriterium zur Folge haben, dass mehr Unternehmen für die GUB optieren.

IV. Auswirkungen einer GKB/GUB auf die steuerlichen Befolgungskosten

1. Gegenstand der Untersuchung

Im Unterschied zu den bisher vorliegenden Studien, die die Einführung einer GKB betrachten,⁴³ wird in der vorliegenden Untersuchung die Änderung der Befolgungskosten analysiert, die sich bei Einführung einer GKB/GUB durch eine Veränderung der Arbeitsbe-

lastung ergibt, die auf Ebene der Gewinnermittlung zu tragen ist. Dabei basieren die Ergebnisse auf einer Befragung von Personen, die im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung praktisch tätig sind. Um die Abläufe sowohl bei kleinen als auch bei großen Unternehmen zu berücksichtigen, wurden Mitarbeiter einer mittelständischen und einer großen, international tätigen Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gebeten, zu den Auswirkungen der einzelnen Elemente einer GKB/GUB Stellung zu nehmen.⁴⁴

Im Rahmen dieser Untersuchung gelten solche Unternehmen als groß, die zur Steuerung ihrer Betriebsabläufe ein vollständig integriertes ERP (Enterprise-Resource-Planning) System verwenden und in dieses System auch die Buchführung integriert haben. Daraus folgt, dass die Buchführung in weiten Teilen automatisch abgewickelt wird. Im Gegensatz dazu führen kleine Unternehmen ihre Bücher weitgehend manuell (Eingabe einzelner Sachverhalte in die Buchführungssoftware per Handeintrag).

2. Ergebnisse

a) Abgrenzung

Die Auswirkungen der Einführung einer GKB/GUB lassen sich in drei Kategorien unterteilen. Sieht erstens der RLE Regelungen vor, die sich mit dem in Deutschland geltenden Recht (weitgehend) decken, wird insoweit keine Veränderungen der Befolgungskosten durch die Einführung einer GKB/GUB hervorgerufen. Weichen zweitens Regelungen des RLE von den gegenwärtig maßgebenden Vorschriften ab, haben sie eine Veränderung des periodischen Arbeitsaufwands und der Befolgungskosten zur Konsequenz. Sind drittens Maßnahmen zur Einführung der Regelungen des RLE erforderlich, ist die Einführung der GKB/GUB mit einmaligem Umstellungsaufwand verbunden. Dieser Umstellungsaufwand und ein periodischer Mehr- oder Minderaufwand, der sich aus der Einführung neuer Regelungen ergibt, werden im Folgenden kurz skizziert.

b) Einmaliger Umstellungsaufwand

Sowohl bei großen als auch kleinen Unternehmen wäre der Übergang zu den Gewinnermittlungsvorschriften nach GKB mit einem einmaligen Umstellungsaufwand verbunden, da einerseits die verwendeten Softwarepakete angepasst und andererseits den Mitarbeitern die neuen Gewinnermittlungsvorschriften näher gebracht werden müssen. Tabelle 10 gibt einen Überblick über den einmaligen Umstellungsaufwand bei großen und kleinen Unternehmen.

⁴² Die Einführung einer optionalen GUB führt zu einer Verminderung des Steueraufkommens (Einkommensteuer und Körperschaftsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag zzgl. Gewerbesteuer) i.H.v. insgesamt 8,66 % (5,578 Mrd. €), wenn die Entscheidung auf Basis des Mittelwerts der Steuerzahlungen getroffen wird.

⁴³ Siehe FN 8.

⁴⁴ In diesem Zusammenhang gilt unser besonderer Dank

Herrn RA/StB Björn Lehne, LL.M., Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Hannover, sowie Herrn WP/StB Axel Sebode, Beckmann und Partner Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft, Göttingen, die uns mit zahlreichen Hinweisen ermöglichten, aus der Einführung der GKB/GUB resultierende Veränderungen der unternehmensinternen Arbeitsabläufe abzuschätzen.

Maßnahme	Große Unternehmen	Kleine Unternehmen
Anpassung des Unternehmenssteuerungssystems/der Buchführungssoftware	Mittlerer sechsstelliger Eurobetrag	Wenige hundert Euro (Software-update) bis mehrere zehntausend Euro (Systemanpassung)
Anpassung der Datenbereitstellung zur Übermittlung der E-Bilanz	Unterer sechsstelliger Eurobetrag	Wenige tausend Euro
Schulungsaufwand	Mehrtägige Schulungen	Mehrtägige Schulungen

Tabelle 10: Umstellungsaufwand bei großen und kleinen Unternehmen

c) Periodischer Bearbeitungsaufwand

Um die periodischen Veränderungen der unternehmensinternen Arbeitsabläufe zu quantifizieren, wurde versucht, die hiermit verbundene Veränderung des Arbeitsaufwands in Minuten zu schätzen. Dabei ist zu beachten, dass der Mehr- oder Minderaufwand auf eine Erhöhung oder Reduzierung der Abweichungen zur Handelsbilanz zurückzuführen ist. Der aus einer Änderung resultierende Arbeitsaufwand hängt davon ab, ob große oder kleine Unternehmen betroffen sind.

Bei großen Unternehmen bewirkt eine entsprechende Anpassung des ERP-Systems, dass wiederkehrender Aufwand insoweit entfällt. Es ergibt sich für große Unternehmen, dass sich die jährlich wiederkehrenden Mehr- und Minderbelastungen tendenziell aufheben.

Für kleine Unternehmen kann festgehalten werden, dass die Einführung einer GKB/GUB mit steigenden steuerlichen Befolgungskosten verbunden sein dürfte. Die Höhe eines zeitlichen Mehraufwands erscheint aber auch bei kleinen Unternehmen eher gering. Im Einzelnen hängt die Auswirkung davon ab, welche Position oder Positionen betroffen sind. Sind nur die Gewinnermittlungsvorschriften relevant, die zu einer Verminderung des Zeitaufwands führen, kann sich eine Zeitersparnis von bis zu 18 Minuten ergeben. Sind umgekehrt nur Regelungen betroffen, die zu einer Erhöhung des Zeitaufwands führen, kann sich der zeitliche Mehraufwand auf bis zu 128 Minuten pro Jahr summieren.

V. Fazit

1. Qualitativer Vergleich

- Der Vergleich zwischen der GKB/GUB und der deutschen Steuerbilanz zeigt, dass die GKB/GUB im Vergleich zum deutschen Steuerbilanzrecht sowohl Gemeinsamkeiten als auch deutliche Unterschiede aufweist. Der RLE enthält keine Regelungen, die den in Deutschland geltenden Gewinnermittlungsvorschriften prinzipiell widersprechen würden.
- Bei der GKB/GUB erfolgt der Gewinnausweis beispielsweise in folgenden Bereichen tendenziell früher als nach deutschem Recht: keine außerplanmäßigen Abschreibungen bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens; Ausdehnung der Abschreibungsdauer auf 40 Jahre bei Gebäuden; Nutzungsdauer der Wirtschaftsgüter im Sammelposten ist durchschnittlich länger als sieben Jahre.

- Bei der GKB/GUB erfolgt der Gewinnausweis beispielsweise in folgenden Bereichen tendenziell später als nach deutschem Recht: erweiterter Ansatz von Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten; tendenziell höhere Bewertung von Rückstellungen aufgrund einer Abzinsung mit dem aktuellen (kurzfristigen) Marktzinssatz und der Berücksichtigung zukünftiger Preissteigerungen; keine betragsmäßigen Einschränkungen beim Verlustvortrag.
- Der RLE enthält Sachverhalte, zu denen im RLE keine Regelung enthalten ist und Vorschriften, die noch unbestimmt sind, so dass für die Behandlung des betreffenden Sachverhalts noch eine (weitere) Konkretisierung erforderlich ist.
- Beim Übergang von der Steuerbilanz zur GKB/GUB kommt es zu einem Wechsel der Gewinnermittlungsart. Ein Übergangserfolg wird nach dem RLE jedoch nicht ermittelt. Die Ziele „im Umstellungszeitpunkt keine Liquiditätswirkungen“, „im Umstellungszeitpunkt keine zusätzliche Arbeitsbelastung“ und „keine Veränderung des Gesamtgewinns“ werden auf einem anderen Weg erreicht.
- Der Einstieg in die GKB/GUB mit dem bisherigen Steuerbilanzwert und den Modifikationen nach Art. 45 bis 52 RLE ist zwar relativ komplex. Die im RLE vorgesehenen Übergangsregelungen können jedoch grundsätzlich als vertretbarer Kompromiss akzeptiert werden.

2. Quantitative Auswirkungen einer verpflichtenden GKB

- Die Belastungswirkungen eines Übergangs zur GKB fallen sehr heterogen aus. Für die 50 % der Unternehmen in der Mitte der Verteilung liegt die Belastungsänderung zwischen 0 % und 9,4 %.
- Die bei der Mehrheit der Unternehmen verzeichnete Entlastung ist auf die zeitliche Vorverlagerung von Aufwendungen in den betrachteten ersten Reformjahren zurückzuführen.
- Eine Verknüpfung des Belastungsumfangs mit relevanten Unternehmenskennzahlen illustriert, dass die GKB Vorschriften kurzfristig insbesondere Unternehmen mit hoher Anlagenintensität und einem hohen Anteil an Rückstellungen begünstigen. Demgegenüber kommt es für Unternehmen mit einem bedeutsamen Anteil an Verlustrückträgen bei gleichzeitig moderatem oder geringem Anteil an Sachanlagevermögen und Rückstellungen tendenziell eher zu einem Belastungsanstieg.

- Die Berechnungen zeigen auf Basis der wirtschaftlichen Rahmendaten der Jahre 2007-2009 für Kapitalgesellschaften, dass der Übergang zur GKB zu einem Rückgang des Aufkommens aus Körperschaftsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Gewerbesteuer um durchschnittlich 3,6 Mrd. € führen würde. Dies entspricht einem Rückgang des Aufkommens aus diesen Steuern von 7,9 %.
- Eine isolierte Betrachtung einzelner Vorschriften verdeutlicht, dass insbesondere von den Abschreibungsvorschriften nach GKB bedeutsame Effekte auf das Steueraufkommen in der kurzen Frist ausgehen. So erklären diese Vorschriften annähernd 60 % der Aufkommensdifferenz zwischen geltendem Recht und GKB.
- Die Verhaltensreaktionen im Zuge einer alternativen GKB führen zu einem Aufkommensrückgang um 0,03 %.

3. Quantitative Auswirkungen einer optionalen GKB

- Nach dem RLE steht es den Unternehmen frei, für die GKB zu optieren. Dieses Wahlrecht kann aber für alle Mitglieder desselben Konzerns nur einheitlich ausgeübt werden, so dass die Entscheidung für die GKB auch von den Konsequenzen abhängt, die die GKB für die Steuerbelastung eines Konzerns in den übrigen Mitgliedstaaten hat.
- Die Berechnungen zeigen, dass deutsche Kapitalgesellschaften die Option für die GKB weit überwiegend ausüben. Der Anteil optierender Unternehmen ist bei nationalen Konzernunternehmen größer als bei wirtschaftlich selbständigen Unternehmen. Für die GKB optieren vor allem die Gesellschaften der Stichprobe, die deutsche Mutter- oder Schwestergesellschaften haben.
- Am wenigsten häufig wird die Option von deutschen Unternehmen ausgeübt, die zu einem internationalen Konzern gehören. Verzicht üben vor allem die Gesellschaften der Stichprobe, deren verbundene Unternehmen in Frankreich oder Spanien ansässig sind.
- In Bezug auf das Steueraufkommen ergibt sich, dass sich der für die verpflichtende GKB berechnete Rückgang verstärken würde, wenn die Unternehmen zwischen dem geltenden Steuerrecht und der GKB wählen könnten. Eine Option zur GKB würde den Rückgang des deutschen Steueraufkommens

um knapp 0,8 Prozentpunkte auf 8,55 % oder rund 4 Mrd. € erhöhen.

4. Quantitative Auswirkungen einer GUB

- Die GUB erweitert die Anwendung des RLE auf Personenunternehmen. Wenden alle Personenunternehmen die GUB an, würde das entsprechende Aufkommen der Einkommensteuer (einschließlich Solidaritätszuschlag) und der Gewerbesteuer weiter sinken.
- In Bezug auf das Aufkommen aus der gewerblichen Tätigkeit von Personenunternehmen beträgt dieser Aufkommensrückgang bei der Gewerbesteuer 7,25 % (0,697 Mrd. €), während der korrespondierende Rückgang bei der Einkommensteuer, die auf gewerbliche Einkünfte entfällt, einen Anteil von 9,52 % (0,733 Mrd. €) erreicht.
- Werden die Berechnungen unter der Annahme durchgeführt, dass die Unternehmen für die GUB optieren können, zeigt sich, dass das Steueraufkommen weiter sinken dürfte.

5. Auswirkungen auf die steuerlichen Befolgungskosten

- Die mit der Einführung der GKB/GUB verbundene Änderung der Befolgungskosten dürfte in weiten Teilen auf einen einmaligen Umstellungsaufwand zurückzuführen sein. Der Umstellungsaufwand zur Anpassung der verwendeten Software kann in Abhängigkeit von der Komplexität und des Umfangs der Programme von einigen hundert € für Softwareupdates bei kleinen, manuell buchenden bis hin zu einem mittleren sechsstelligen Eurobetrag für Zwecke der Anpassung voll-integrierter ERP-Systeme bei großen Unternehmen reichen.
- Eine Veränderung der laufenden Arbeitsbelastung trifft fast ausschließlich kleine, manuell buchende Unternehmen, da die Anwendung der Gewinnermittlungsvorschriften der GKB/GUB zu einer steigenden Zahl von Abweichungen zwischen Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung führt.
- Das zur Befolgung steuerlicher Gewinnermittlungsvorschriften notwendige Zeitbudget sollte sich allerdings nur wenig ändern.

Die richtlinienkonforme Auslegung des § 340b HGB und ihre Ausstrahlung auf die Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte im Handels- und Steuerrecht

RUTH HEILMEIER, Universität zu Köln

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einleitung II. Darstellung der Auffassung der herrschenden Meinung zum Anwendungsbereich von § 340b HGB III. Gebot der richtlinienkonformen Auslegung des § 340b HGB und Zweistufigkeit des Auslegungsverfahrens <ul style="list-style-type: none"> 1. Auslegung der Bankbilanzrichtlinie selbst <ul style="list-style-type: none"> a) Wortlautauslegung b) Historische Auslegung c) Systematisch-teleologische Auslegung d) Ergebnis der Auslegung der Richtlinie e) Spielräume der nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung in nationales Recht? | <ul style="list-style-type: none"> f) Zwischenfazit in Bezug auf die Auslegung der Richtlinie 2. Folgerungen für die richtlinienkonforme Auslegung der angeglichenen Vorschrift des § 340b HGB, Grenzen und Fazit der richtlinienkonformen Auslegung 3. Kritische Würdigung des Auslegungsergebnisses IV. Ausstrahlung des Auslegungsergebnisses auf die Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte im Handelsrecht V. Ausstrahlung des Auslegungsergebnisses auf die Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte im Steuerrecht VI. Fazit |
|---|---|

I. Einleitung

Die Verwendung der in § 340b Abs. 1, 2 HGB kodifizierten echten Pensionsgeschäfte als zeitlich befristete Refinanzierungsinstrumente ist insbesondere in Bankenkreisen von kaum zu überschätzender Bedeutung. Denn diese Geschäfte ermöglichen es den Geschäftsbanken (sog. Pensionsgeber), sich kurzfristig Liquidität dadurch zu verschaffen, dass sie Wertpapiere¹, Wechsel, Darlehensforderungen oder andere Vermögensgegenstände² (sog. Pensionsgüter)³ an eine andere Geschäftsbank (sog. Pensionsnehmer) veräußern, sich gleichzeitig aber gegenüber dem Partner zum Rückerwerb der Gegenstände per Termin verpflichten⁴. Für Pensionsnehmer wiederum bieten echte Pensionsgeschäfte die Gelegenheit, ihre überflüssi-

ge Liquidität während der Laufzeit des Pensionsgeschäfts verzinslich anzulegen⁵ oder die Pensionsgüter zur Überbrückung von Lieferschwierigkeiten, zu Arbitragegeschäften oder zur Belieferung von sog. Leerverkäufen (short sales) einzusetzen⁶. Aufgrund dieser vielfältigen Einsatzmöglichkeiten überrascht es daher auch nicht, dass allein die Landesbanken der Bundesländer laut ihren HGB-Jahreseinzelschlüssen zum 31.12.2013 echte Pensionsgeschäfte in Milliardenhöhe tätigten.⁷

In einem eklatanten Missverhältnis hierzu stehen die vielen offenen Rechtsfragen⁸ in Zusammenhang mit Geschäften dieser Art. Das ist für ein schon jahrzehntelang – insbesondere im Handelsbilanzrecht – wissenschaftlich diskutiertes Gebiet mehr als ungewöhnlich. So ist in der zivilrechtlichen Literatur bereits die

1 Mögl. Gegenstände „echter Wertpapierpensionsgeschäfte“: festverzinsl. Wertpapiere (Bundesobligationen, -anleihen, -schatzanweisungen), Aktien. Vgl. *Edelmann/Ellex*, Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte, 1996, S. 48. In der Praxis meist börsennotierte Wertpapiere: *Haisch* in *Haisch/Helios*, Rechts-Hdb. Finanzinstrumente, 2011, § 1 Rz. 140.

2 Bspw. Vorräte, Maschinen, Schmuck, Beteiligungen, Grundstücke s. *Jahn*, Pensionsgeschäfte und ihre Behandlung im handelsrechtlichen Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften, 1990, S. 25. Lt. *Haisch* in *Haisch/Helios* (FN 1), § 1 Rz. 140 vertretb. u. unvertretb. Sachen (Personengesellschafts- u. GmbH-Geschäftsanteile, unverbriefte Forderungen). Gegenstand dieser Untersuchung sollen daher neben Wertpapieren auch alle anderen pensionsfähigen unvertretbaren u. vertretbaren Sachen sein.

3 In § 340b HGB keine Pensionsgüterbeispiele genannt; daher grds. nahezu jeder Vermögensgegenstand als Pensionsgut geeignet (außer RAP, Schulden, Bilanzierungshilfen). Vgl. *Grewe* in *Hofbauer/Kupsch*, Bonner Hdb. d. Rechnungslegung, § 340b HGB Rz. 16 m.(w)N. Art. 12 Abs. 1 Bankbilanzrichtlinie v. 8.12.1986 (FN 27), auf dessen Umsetzung § 340b HGB beruht, nennt beispielhaft Wechsel, Forderungen u. Wertpapiere.

4 Bei (hier nicht relevanten) unechten Pensionsgeschäften (§ 340b Abs. 3, 5 HGB) dagegen nur Rückgabeberechtigung

des Pensionsnehmers.

5 Vgl. *Ebenroth/Bader*, ZBB 1990, 75 (76).

6 S. *Edelmann/Ellex*, Wertpapierdarlehen (FN 1), S. 82. Diese zusätzl. Einsatzmöglichkeiten sind der Ansicht der h.M. (statt vieler *Böcking/Becker/Helke* in *Schmidt/Ebke*, MünchKomm/HGB, Bd. 4³, § 340b HGB Rz. 14) geschuldet, auch Geschäfte m. Rückgabepflicht ledigl. v. Wertpapieren gleicher Art, Menge u. Güte als echte Pensionsgeschäfte i.S.d. § 340b HGB einzustufen. Aufgr. fehlender Rückübertragungspflicht genau der in Pension genommenen Wertpapiere kann der Pensionsnehmer diese dann gezielt zu Arbitragezwecken etc. weiterverwenden.

7 S. statt vieler BayernLB, Geschäftsbericht 2013, Einzelabschluss, S. 87 (2,7 Mrd. €), abrufbar unter: http://www.gb13.bayernlb.de/bayernlb/annual/2013/gb/German/pdf/2013_GER_Einzelabschluss.pdf.

8 Im StR Zuordnung d. wirtschaftl. Eigentums/Erträge aus echten Pensionsgeschäften ebenso unklar wie damit verbund. Frage der steuerl. Gewinnrealisation; s. *Gaebel* in *Ellex* u.a., Hdb. Derivativer Instrumente³, S. 619 (652). Im HR Brutto- bzw. Nettobilanzierung strittig, wenn Rückübertragungs- u. Hingabepreis nicht identisch; s. *Bieg/Waschbusch/Käufer*, ZBB 2008, 63 (66). Auch GoB-Charakter d. § 340b HGB nicht eindeutig geklärt; s. *Böcking/Becker/Helke* in *Schmidt/Ebke* (FN 6), § 340b HGB Rz. 2.

Rechtsnatur der in § 340b Abs. 1 HGB definierten Pensionsgeschäfte stark umstritten. Zwar sieht der wohl überwiegende Teil⁹ des Schrifttums Pensionsgeschäfte als (Ver-)Kaufvertrag per Kasse mit gleichzeitiger Rückkaufvereinbarung auf Termin, also mithin als „doppeltes Kaufgeschäft“¹⁰ an, bei dem das volle zivilrechtliche Eigentum an den in Pension gegebenen Gegenständen auf den Pensionsnehmer übergeht.¹¹ Andere Stimmen¹² in der Literatur rücken dagegen die Liquiditätsbeschaffungsfunktion der Pensionsgeschäfte in den Vordergrund und stufen daher derartige Geschäfte als Darlehensvertrag ein, bei dem zur Darlehenssicherung eine zivilrechtliche Übereignung der Pensionsgegenstände auf den Pensionsnehmer stattfindet. Vereinzelt ist sogar von Pensionsgeschäften als Verträge *sui generis* zu lesen.¹³

Des Weiteren ist auch der sachliche Anwendungsbereich des § 340b HGB umstritten. Konkret besteht in der Literatur Uneinigkeit¹⁴ hinsichtlich der Frage, ob

ein echtes Pensionsgeschäft i.S.d. § 340b Abs. 1, 2 HGB die Zurückübertragung derselben Vermögensgegenstände verlangt, die in Pension gegeben wurden, oder lediglich die Zurückübertragung von Vermögensgegenständen derselben Art, Menge und Güte¹⁵.

Während eine verwegene Minderheit¹⁶ in der Literatur – wenn auch meist ohne nähere Begründung – die Identität der hin- und zurückzugebenden Vermögensgegenstände für die Annahme eines echten Pensionsgeschäfts i.S.d. § 340b HGB für erforderlich hält, sieht die ganz h.M.¹⁷ im Schrifttum gleichwohl bei vertretbaren Gegenständen auch die Rückübertragung „gleichartiger“¹⁸ Vermögensgegenstände als von der Vorschrift des § 340b Abs. 1, 2 HGB gedeckt an. In Konsequenz stuft sie auch Transaktionen, die lediglich auf die Rückgabe gleichartiger Vermögensgegenstände gerichtet sind (bspw. sog. Report- bzw. Kostgeschäfte¹⁹ oder sog. Repurchase Agreements²⁰), als

- 9 S. statt vieler *Freitag/Mülbert* in Staudinger, BGB, 2011, § 488 BGB Rz. 60 m.(w.)N. u. Rz. 772.
- 10 *Berger* in Sacker/Rixecker, MünchKomm/BGB, Bd. 3⁶, Vor § 488 BGB Rz. 16.
- 11 S. *Ebenroth/Bader*, ZBB 1990, 75 (76). Ausgestaltung v. Wertpapierpensionsgeschäften i.d.R. als Kauf mit gleichzeitigem Terminrückkauf auch in Dokumentationspraxis üblich; s. *Kienle* in Schimansky u.a., Bankrechts-Hdb., Bd. II⁴, § 105 Rz. 27.
- 12 Lt. *Wittkämper*, DB 1966, 1957 (1959) „Darlehensgeschäft mit Sicherungsübertragung in Kaufgeschäftskleidern“. Für Wechselpensionsgeschäfte: *Canaris* in GroßkommHGB, Bankvertragsrecht³, Bd. III/3, 1981, Rz. 1595. Für Wertpapierpensionsgeschäfte: *Acker*, Die Wertpapierleihe, 1991, S. 74.
- 13 So *Gesell*, Wertpapierleihe und repurchase agreement im deutschen Recht, 1995, S. 165, demzufolge der Vertrag *sui generis* Elemente des Kauf- sowie des Darlehensvertrags aufweist. *Gillox*, Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte der Europäischen Bankenvereinigung (EMA), 2006, S. 41, sieht Wertpapierpensionsgeschäfte dagegen als „gemischte Verträge“ mit überwieg. kaufrechtl. Elementen. Gl. A. *Kienle* in Schimansky u.a. (FN 11), § 105 Rz. 27.
- 14 Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen⁶, Teilbd. 6, 1998, § 246 HGB Rz. 345; *Bieg*, Bankbilanzierung nach HGB und IFRS², 2010, S. 130.
- 15 Zur Problematik der Ausgestaltung der Rückübertragungspflicht des Pensionsnehmers als Stück- (Spezialschuld) o. Gattungsschuld (§ 243 BGB) s. *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht³, 2004, Rz. 13.21, insb. FN 5. Bei Stückschuld: derart individuelle Vereinb. d. Leistungsgegenstands bei Vertragsschluss, dass Erfüllung nur mit diesem ganz best. Gegenstand mögl. ist; Gattungsschulden (§ 243 BGB) sind dagegen Verpflichtungen, die sich auf die Verschaffung v. Gegenständen beziehen, die ledigl. nach generellen Merkmalen bestimmt sind; Gegenstand v. Gattungsschulden: bspw. Maschinen best. Typs, industriell gefertigte Massenprodukte, Wertpapiere; s. *Dieckmann*, ZGS 2009, 9 f. m.(w.)N. „Wertpapiere derselben Art und Güte“ sind bei festverzinsl. Wertpapieren bspw. Papiere der gleichen Emission (d.h. mit gleichem Ausgabedatum, Nennbetrag, Verzinsung u. Laufzeit); bei Aktien sind dies bspw. Aktien desselben Emittenten u. derselben Art (sog. Gattung), d.h. Inhaber- oder Vorzugsaktien; s. *Wagner*, StBp 1992, 173.
- 16 Vgl. *Beer/Schäfer*, Wertpapierleihe – Ein innovatives Marktsegment, 1992, S. 18; *Ebenroth/Bader*, ZBB 1990, 75; *Häuselmann/Wiesenbart*, DB 1990, 2129 (2130); *Vortmann*, NJW

- 1991, 2399 (2400); *Wagner*, StBp 1992, 173 (174); *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen⁵, 1987, § 246 HGB Rz. 165; *Bauer*, WM 1987, 861 (867); *Roß*, Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse im Jahres- und Konzernabschluss, 1994, S. 126; *Edelmann/Elter*, Wertpapierdarlehen (FN 1), S. 55; *Haarmann/Dörfler*, IStR 2000, 176 (182). So zu Repos *Renz/Rippel*, BKR 2009, 265 (270). Ausführlicher dagegen *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum an Kapitalgesellschaftsanteilen, 2003, S. 131 ff. u. S. 135. Bzgl. bspw. verpensionierter Wertpapiere bedeutet Nämlichkeit, dass der Pensionsgeber das mit einer Stücknummer gekennzeichnete verpensionierte Wertpapier auch genau wieder zurückerhält; s. dazu *Birck/Meyer*, Bankbilanz³, 1. Teillfg, 1976, S. 127.
- 17 S. statt vieler *Böcking/Becker/Helke* in Schmidt/Ebke (FN 6), § 340b HGB Rz. 14; *Bieg*, Bankbilanzierung (FN 14), S. 130; *Krumnow* u.a., Rechnungslegung der Kreditinstitute², 2004, § 340b HGB, Rz. 9; *Adler/Düring/Schmaltz* (FN 14), § 246 HGB Rz. 345 m.(w.)N.; *Graf v. Treuberg/Scharpf*, DB 1991, 1233 (1235); *Hinz*, BB 1991, 1153; *IDW*, ERS HFA 13 n.F. IDW-Fachnachrichten 2007, 83 (87) Tz. 19 f.
- 18 Bspw. Wertpapiere derselben Gattung (Wertpapierkennnummer) m. unterschiedl. Stücknummern, aber ansonsten ident. Merkmalen; s. *Bieg*, Bankbilanzierung (FN 14), S. 130.
- 19 Lt. Reichsfinanzhof (RFH) ist ein Reportgeschäft ein „Vertrag, durch welchen sich der Käufer von vertretbaren Sachen – in der Regel Wertpapieren – gleichzeitig verpflichtet, die gleiche Art und Menge zu einem bestimmten späteren Termin an den ersten Verkäufer zu einem in der Regel höheren Preis zurückzuliefern“; RFH v. 18.11.1925 – VI A 899 u. 900/25, RFHE Bd. 18, 11 (13). Ein Kostgeschäft liegt vor, wenn der „sog. Hereingeber Effekten oder andere Gegenstände zur sofortigen Lieferung an den sog. Hereinnehmer [verkauft] und dieselbe Art und Menge gleichzeitig zu einem späteren Termin zurück“ [kauft]; RFH v. 27.10.1928 – VI A 1047/28, RStBl. 1929, 35.
- 20 Ein „Repurchase Agreement“ („Repo“) ist ein Verkauf v. Wertpapieren gegen Entrichtung des Kaufpreises mit gleichzeitiger Rückerwerbsvereinbarung v. Wertpapieren gleicher Art u. Güte zu einem vorherbestimmten Termin u. zu einem festgelegten Preis (vgl. *Oulds* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴, Rz. 14.105 f.). Charakteristisch f. Repos ist also – ähnl. wie bei Report-/Kostgeschäften –, dass nach übl. Vertragsgestaltung nur Wertpapiere gleicher Art, Menge u. Güte, u. nicht ident. Wertpapiere zurückzuliefern sind. S. *Häuselmann/Wagner*, FR 2003, 331 (334).

echte Pensionsgeschäfte i.S.d. § 340b Abs. 1, 2 HGB ein.²¹

Der Grund für diesen Meinungsstreit liegt im Gesetzeswortlaut²² des § 340b Abs. 1 und Abs. 2 HGB. Denn dieser lässt die Frage, ob nun die Rückübertragung identischer oder nur gleichartiger Vermögensgegenstände wesensbestimmend für echte Pensionsgeschäfte ist, scheinbar unbeantwortet²³, spricht er doch in beiden Absätzen lediglich von „die Vermögensgegenstände“, die an den Pensionsgeber zurückzuübertragen sind.

Die Lösung dieser Auslegungsfrage ist aber schon von daher bedeutend, als an die Qualifikation einer Transaktion als echtes Pensionsgeschäft i.S.d. § 340b HGB spezielle, in § 340b Abs. 4 HGB normierte Bilanzierungsregeln geknüpft sind, die nur für den Fall eines echten Pensionsgeschäftes i.S.d. § 340b HGB weiterhin den Ausweis der in Pension gegebenen Vermögensgegenstände in der Bilanz (und im Anhang) des Pensionsgebers vorsehen und dem Pensionsnehmer den Ausweis dieser Güter in seiner Bilanz verbieten (§ 340b Abs. 4 Satz 1 bis 5 HGB). Da diese bilanzielle Erfassung somit den Verbleib des wirtschaftlichen Eigentums an den Pensionsgütern beim Pensionsgeber unterstellt, kann die Vorschrift des § 340b HGB auch als spezielle handelsrechtliche Zurechnungsvorschrift des wirtschaftlichen Eigentums für echte Pensionsgeschäfte verstanden werden.²⁴ Greift § 340b HGB nicht, weil sich fragliche Geschäfte nicht als echte Pensionsgeschäfte einstufen lassen, müssen die allgemeinen handelsrechtlichen Bilanzierungs-/Zuordnungsgrundsätze des § 246 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz HGB²⁵ zur Anwendung kommen, welche allerdings auf Basis eigener Kriterien durchaus zu von § 340b HGB abweichenden Zuordnungsentscheidungen hin-

sichtlich der übertragenen Güter gelangen können. Insofern trägt die Lösung der oben genannten Auslegungsproblematik entscheidend zur Klärung der Frage bei, nach welchen Regeln (§ 340b HGB oder § 246 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz HGB) sich die Bilanzierung/Zuordnung der übertragenen Güter und damit die Darstellung der Vermögens- und Finanzlage eines Unternehmens im Jahresabschluss zu richten hat.²⁶

Zudem ist ihre Beantwortung aber auch aus steuerlicher Sicht relevant. Denn für den Fall, dass die in § 340b HGB verankerte Spezialregelung des wirtschaftlichen Eigentums einen allgemeinen handelsrechtlichen Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) darstellen würde, könnte dieser über den sog. Maßgeblichkeitsgrundsatz des § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG auch für die steuerliche Gewinnermittlung verbindliche Wirkung entfalten. D.h.: auch in der Steuerbilanz würde auf die handelsrechtliche Definition echter Pensionsgeschäfte i.S.d. § 340b HGB und deren handelsbilanzielle Erfassung nach § 340b Abs. 4 HGB zurückgegriffen, mit der Folge, dass die Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte im Handels- und Steuerrecht deckungsgleich wäre.

Des Weiteren ist die Untersuchung dieser Fragestellung aber auch vor dem Hintergrund interessant, dass die heutige gesetzliche Regelung des § 340b HGB nicht rein nationalen Ursprungs ist, sondern auf der Umsetzung des Art. 12 der sog. Bankbilanzrichtlinie vom 8.12.1986²⁷ beruht.²⁸ Da das bisherige wissenschaftliche Schrifttum die Bedeutung dieser europäischen Dimension der Vorschrift des § 340b HGB für deren Verständnis und für die Präzisierung des Pensionsgeschäftsbegriffs – wenn überhaupt – dann zu meist nur sehr oberflächlich zur Kenntnis genommen

21 S. *Waschbusch*, BB 1993, 172; *IDW*, WP-Hdb, Bd. 1¹⁴, J Rz. 94. Report-/Kostgeschäfte als echte Pensionsgeschäfte auf vertretb. Sachen: *Haisch/Helios* in *Haisch/Helios* (FN 1), § 2 Rz. 222; *Häuselmann*, FR 2010, 200 (203). „Weitgehende“ Deckungsgleichheit v. Kost- u. Pensionsgeschäften lt. *Lohner*, Echte Pensionsgeschäfte, ihre ertragsteuerliche Behandlung und ihr Einsatz als Sachverhaltsgestaltungen im Rahmen der Steuerplanung, 1992, S. 39, aber zurecht mit dem Hinweis, dass sich Kostgeschäfte von Pensionsgeschäften gerade dadurch unterscheiden, dass bei ersteren gerade nicht die hingegebenen, sondern nur Wirtschaftsgüter gleicher Art u. Güte zurückzuübertragen sind. Für Repos als echte (Wertpapier-)Pensionsgeschäfte statt vieler *Berger* in *Säcker/Rixecker* (FN 10), § 607 BGB Rz. 8 m.(w)N. Dageg. konkrete Ausgestaltung betonend *Kienle* in *Schimansky* u.a. (FN 11), § 105 Rz. 16.

22 S. bspw. *Adler/Düring/Schmaltz* (FN 14), § 246 HGB Rz. 345: Wortlaut d. § 340b Abs. 1 HGB „nicht eindeutig“. Auch lt. *Waschbusch*, BB 1993, 172 FN 3 keine Absicherung der bisher geübten Praxis, sowohl in der Rückgabe ident. als auch gleichartiger Aktiva ein Pensionsgeschäftsmerkmal zu sehen, im Wortlaut v. § 340b HGB. Lt. *Oldenburger*, Die Bilanzierung von Pensionsgeschäften nach HGB, US-GAAP und IAS, 2000, S. 165 u. *Krumnow* u.a., Rechnungslegung (FN 17), § 340b HGB Rz. 9 Versäumnis des Gesetzgebers, den Vermögensgegenstand des Rückübertragungsgeschäfts in § 340b HGB klar zu definieren.

23 Lt. *Böcking/Becker/Helke* in *Schmidt/Ebke* (FN 6), § 340b HGB Rz. 14; *Bieg*, Bankbilanzierung (FN 14), S. 130; *Bogen-*

schütz, Ubg 2008, 533 (542); *Krumnow* u.a., Rechnungslegung (FN 17), § 340b HGB Rz. 9 u. *Graf v. Treuberg/Scharpf*, DB 1991, 1233 (1235) Interpretation v. „die“ i.S.v. „die hingegebenen“ durchaus mögl., aber Rückgabe gleichartiger Güter für Vorliegen echter Pensionsgeschäfte ausreichend.

24 S. *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 148; *Prahl/Naumann*, WM 1992, 1173 (1174); *Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶, § 246 HGB Rz. 20.

25 I.d.F. BilMoG v. 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102 f.

26 Nichtausweis/Ausweis eines Vermögensgegenstandes in der Bilanz des Pensionsgebers führt bspw. zur Beeinflussung des Bilanzbildes u. damit zur Veränderung v. für Bilanzanalysen wichtigen Bilanzkennzahlen (z.B. günstige/schlechtere Darstellung des Liquiditätsausweises in dessen Bilanz). S. bspw. *Lohner*, Echte Pensionsgeschäfte (FN 21), S. 172 f.

27 Richtlinie 86/635/EWG des Rates v. 8.12.1986 über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten, ABl. Nr. L 372 v. 31.12.1986, S. 1-17 (nachfolg. „Bankbilanzrichtlinie“, „Richtlinie“ o. „BBRL“).

28 Transformation v. Art. 12 BBRL durch die in Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten (BBRL-Gesetz) v. 30.11.1990, BGBl. I 1990, 2570 f. aufgeführte Norm des § 340b HGB.

hat²⁹, fehlt in der Literatur bislang eine eingehende systematische Beleuchtung dieses europäischen Hintergrunds der Norm.³⁰ Diese Lücke möchte nachfolgender Beitrag schließen, indem er eine europäische Fundierung des Begriffsinhalts des § 340b HGB und – damit einhergehend – der bilanziellen Abbildung echter Pensionsgeschäfte wagt.

Im Folgenden wird daher zunächst (II.) die weite Auffassung der h.M. zum sachlichen Anwendungsbereich des § 340b HGB dargelegt. Sodann versucht die Verfasserin in Abschnitt III. zu zeigen, warum ihrer Meinung nach die Regelung des § 340b Abs. 1, 2 HGB – entgegen der h.M. in der Literatur – nur auf „echte Pensionsgeschäfte über identische Pensionsgüter/ bzw. auf unvertretbare Sachen“³¹ und nicht auf „Report- bzw. Kostgeschäfte“³² oder Repurchase Agreements Anwendung finden kann. Dazu bedient sich die Verfasserin der sog. richtlinienkonformen Auslegung. D.h. die europäisch geprägte Norm des § 340b HGB wird folgendem zweistufigen Auslegungsprozess unterzogen: Zunächst erfolgt die Auslegung der Bankbilanzrichtlinie als europäisches Sekundärrecht selbst (III.1.). Danach wird in einem zweiten Schritt versucht, unter „denkbar größte[r] (Auslegungs-) Anstrengung“³³ die Konformität des Textes des § 340b HGB mit dem festgestellten Inhalt der Richtlinienorm herzustellen (III.2.). Im Anschluss daran erfolgt in Abschnitt III.3. eine ausführliche kritische Würdigung des unter III.1. und III.2. gewonnenen Auslegungsergebnisses, ehe näher beleuchtet wird, inwieweit dieses Ergebnis möglicherweise auf die Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte im Handelsrecht (IV.) und Steuerrecht (V.) ausstrahlt. Der Aufsatz schließt mit einem kurzen Fazit (VI.).

II. Darstellung der Auffassung der herrschenden Meinung zum Anwendungsbereich von § 340b HGB

Wie eingangs erwähnt, legt die wohl einhellige Auffassung³⁴ in der handelsrechtlichen Literatur die Formulierung „die Vermögensgegenstände“ in § 340b Abs. 1 HGB dahingehend aus, dass ein Pensionsgeschäft i.S.d. § 340b HGB auch dann angenommen wird, wenn bei vertretbaren³⁵ Vermögensgegenständen nicht die hingegebenen, sondern gleichartige Vermögensgegenstände vom Pensionsnehmer an den Pensionsgeber zurückübertragen werden.

Die h.M. begründet ihre Sichtweise mit vielfältigen Argumenten. Insbesondere mit Blick auf Wertpapiere als mögliche Pensionsgüter führt sie an, dass es wirtschaftlich keinen Unterschied mache, ob der Pensionsnehmer statt der hingegebenen Wertpapiere lediglich solche mit anderer Stücknummer zurückgebe.³⁶ Auch die Interessenlage der Parteien spreche gegen eine Rückübertragungsverpflichtung identischer Vermögensgegenstände, da mit dieser nicht dem wirtschaftlichen Bedürfnis des Pensionsnehmers, mit den in Pension genommenen Wertpapieren andere Lieferverpflichtungen erfüllen zu können, entsprochen werden könne.³⁷ Zudem träfen die Risiken und Chancen der Wertveränderung des Pensionsgegenstandes auch im Falle der Hin- und Zurückübertragung gleichartiger Gegenstände den Pensionsgeber.³⁸ Da der Gesetzgeber bei der Umsetzung des Art. 12 Abs. 1 der Bankbilanzrichtlinie dessen Formulierung „dieselben Vermögensgegenstände“ nicht wortgenau in den § 340b HGB übernommen habe, sei die Vorschrift daher durchaus einer weiten Auslegung zugänglich.³⁹ Auch ein Widerspruch zur Richtlinie läge nicht vor, weil neben den Geschäften über gleichartige Güter ja

29 Keine Erwähnung d. europarechtl. Hintergrunds der Wendung „die“ in § 340b HGB bei *Braun* in Claussen/Scherrer, KölnKommRechnungslegung, 2011, § 340b HGB Rz. 13 u. *Krumnow* u.a., Rechnungslegung (FN 17), § 340b HGB Rz. 9. Nur Verweis auf Art. 12 BBRL bei *Scharpf/Schaber*, Hdb. Bankbilanz⁵, 2013, S. 33 insb. FN 85, *Böcking/Becker/Helke* in Schmidt/Ebke (FN 6), § 340b HGB Rz. 14 u. *Bieg*, Die Rechnungslegung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, 1999, S. 132. Nur Hinweis auf BBRL als Auslegungsmaßstab für nationale Normen bei *Schwarte*, Deutsche Bankenrechnungslegung nach europäischem Recht, 1991, S. 121.

30 Einzig kurze Beleuchtung der Fragestellung bei *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 131 f.

31 So werden hier jene Pensionsgeschäfte bezeichnet, bei denen der Pensionsnehmer vertragl. zur Rückübertragung derselben, in Pension genommenen Vermögensgegenstände verpflichtet ist.

32 All jene Geschäfte, bei denen der Pensionsnehmer bei Fälligkeit vertragl. nur zur Rückübertragung v. Vermögensgegenständen gleicher Art, Menge u. Güte verpflichtet ist, werden hier – entgegen der h.M. – nicht „echte Pensionsgeschäfte“, sondern „Report-/Kostgeschäfte“ genannt. Zur terminolog. Klarheit ist hier dann v. „Report-/Hereingeber“ (statt Pensionsgeber), „Report-/Hereinnehmer“ (statt Pen-

sionsnehmer) u. „Report-/Kostgütern“ (statt Pensionsgütern) die Rede.

33 *Lutter* in Lutter, UmwG¹, Einl. I. Rz. 26.

34 S. FN 17.

35 Vertretbar sind gem. § 91 BGB bewegl. Vermögensgegenstände, „die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen“. Lt. BGH v. 29.9.1966 – VII ZR 160/64, NJW 1966, 2307 ist f. Vertretbarkeit entscheidend, dass „diese Sachen, weil sie gegenüber anderen der gleichen Art ausgeprägter Individualisierungsmerkmale entbehren, ohne weiteres austauschbar sind“. Hauptbspe. f. vertretb. Sachen: (giro-)sammelverwahrte Wertpapiere (§ 5 Abs. 1 DepotG), Geld. Bspe. f. unvertretb. Sachen: s. FN 2.

36 S. *Kröll/Balzer* in Heymann, HGB, Bd. 3², § 340b HGB Rz. 5; *Graf v. Treuberg/Scharpf*, DB 1991, 1233 (1235).

37 S. *Kümpel*, Kapitalmarktrecht (FN 15), Rz. 13.21.

38 S. *Adler/Düring/Schmaltz* (FN 14), § 246 HGB Rz. 346; *Mayer* (FN 16), S. 130.

39 S. *Kienle* in Schimansky u.a., Bankrechts-Hdb., Bd. II³, § 105 Rz. 15 u. Rz. 39; *Bieg*, Rechnungslegung (FN 29), S. 132. Lt. *Grewe* in Hofbauer/Kupsch (FN 3), § 340b HGB Rz. 27 schuf der dt. Gesetzgeber durch nicht wortgleiche Formulierungsübernahme prinzipiell Raum für Begriffsauslegung.

gerade die von der Richtlinie geforderten Geschäfte über identische Gegenstände von § 340b HGB mitumfasst würden.⁴⁰ Zudem wäre eine Rückgabe insbesondere derselben Wertpapiere schon aufgrund der Tatsache, dass die Eigentumsübertragung von Wertpapieren regelmäßig durch Verschaffung eines Miteigentumsanteils an einem (Giro-)Sammelbestand erfolgt, abwicklungstechnisch nicht machbar.⁴¹ Schlussendlich sei bei vertretbaren Gegenständen i.d.R. auch ein Identitätsnachweis schwierig.⁴²

Einhelligkeit besteht in der Literatur allerdings darüber, dass von einem Tausch, und nicht von einem echten Pensionsgeschäft auszugehen ist, wenn sich die Rückübertragungspflicht auf lediglich gleichwertige Vermögensgegenstände – z.B. im Fall von Wertpapieren auf Stücke anderer Art mit vergleichbarer Ausstattung – bezieht.⁴³

III. Gebot der richtlinienkonformen Auslegung des § 340b HGB und Zweistufigkeit des Auslegungsverfahrens

Die soeben nachgezeichnete h.M. kann jedoch keine Zustimmung finden. Denn sie kann weder die Mehrdeutigkeit der Formulierung „die“ in § 340b Abs. 1 HGB endgültig beseitigen, noch hält sie – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden – den Ergebnissen einer eingehenden Beleuchtung des europarechtlichen Hintergrundes der Norm des § 340b HGB stand.

Da die heutige gesetzliche Regelung des § 340b HGB nicht rein nationalen Ursprungs ist, sondern auf der Umsetzung⁴⁴ des Art. 12 der sog. Bankbilanzrichtlinie vom 8.12.1986 beruht, ist dies bei der Auslegung der Norm zu berücksichtigen.⁴⁵ Mit anderen Worten hat die Auslegung des § 340b HGB nicht mehr bloß nach nationalen Regeln, sondern zusätzlich nach europäischen Vorgaben – also „im Lichte des Wortlauts und des Zweckes“⁴⁶ der Bankbilanzrichtlinie – zu erfolgen.⁴⁷ Die Vorschrift des § 340b HGB und insbesondere der fragliche Ausdruck „die Vermögensgegenstände“ bedarf deshalb der richtlinienkonformen Aus-

legung⁴⁸, deren Aufgabe darin besteht, das diesbezüglich mehrdeutige Interpretationsergebnis mit den Anforderungen des höherrangigen Richtlinienrechts in Übereinstimmung zu bringen.⁴⁹ Als gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung⁵⁰ ist sie nicht nur „methodisch geboten“⁵¹, sondern sogar primäres Kriterium bei der Auslegung der umgesetzten nationalen Norm.⁵² Die Regelung des § 340b HGB muss daher in ihrem Ziel und Inhalt durch Ziel und Inhalt des Art. 12 der Richtlinie bestimmt werden.⁵³ Dies geschieht durch folgendes zweistufiges Auslegungsverfahren⁵⁴: Auf der ersten Stufe wird die Richtlinie selbst ausgelegt.⁵⁵ Im nächsten Schritt ist dieses Auslegungsergebnis dann im Text des § 340b HGB „unterzubringen“⁵⁶.

1. Auslegung der Bankbilanzrichtlinie selbst

Bei der Auslegung der Bankbilanzrichtlinie selbst bedient sich der EuGH der – auch europaweit üblichen – vier traditionellen Auslegungsstandards Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Telos.⁵⁷

a) Wortlautauslegung

Der Wortlaut der umstrittenen Richtliniennorm bildet regelmäßig den Ausgangspunkt⁵⁸ der Auslegung und – nach wohl h.M. in der Literatur⁵⁹ – auch die Grenze⁶⁰ für eine mögliche Interpretation. Betrachtet man daher Art. 12 Abs. 1 der Bankbilanzrichtlinie, so enthält deren deutsche Textfassung einen eindeutigen Wortlaut: Danach liegen Pensionsgeschäfte nur vor, „sofern vereinbart wird, dass *dieselben* Vermögensgegenstände später zu einem vereinbarten Preis an den Pensionsgeber zurück übertragen werden“^{61,62}. Zwar könnte mit Hilfe dieses scheinbar klaren deutschen Wortlautes ein erster Auslegungsversuch von Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie dahingehend unternommen werden, dass danach nur Geschäfte mit Zurückübertragung identischer Vermögensgegenstände als Pensionsgeschäfte bezeichnet werden dürfen. Allerdings wäre eine derartige Wortlautauslegung, die einzig auf der Betrachtung der deutschen Sprachfassung basiert, schon deshalb mehr als problematisch, würde sie sich

40 S. Dörge, AG 1997, 396 (402).

41 S. Gilloz, Rahmenvertrag (FN 13), S. 35.

42 S. Scharpf/Schaber, Bankbilanz (FN 29), S. 33.

43 S. Bieg, Bankbilanzierung (FN 14), S. 130; so schon Birck/Meyer, Bankbilanz (FN 16), S. 128. Abgrenz. zw. gleichartig u. gleichwertig in Praxis schwierig; s. Kröll/Balzer in Heymann (FN 36), § 340b HGB Rz. 5.

44 S. FN 28. Zwar letztl. keine ganz wortgenaue Übernahme d. Textes v. Art. 12 BBRL in § 340b HGB. Lt. Lutter in Lutter/Winter, UmwG⁴, Einl. I. Rz. 29 f. zunächst bei angeglich. Normen aber Vermutung, dass nationale Gesetzgeber vollständige u. korrekte Umsetzung dieses Richtlinienbefehls in nationales Recht anstrebten. Darauf ist jedoch leider kein Verlass.

45 S. allg. Lutter, JZ 1992, 593 (594).

46 EuGH v. 10.4.1984 – Rs. 14/83 – von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1909 – Rz. 26.

47 S. allg. Everling, ZGR 1992, 376 (378).

48 S. allg. Auer, NJW 2007, 1106 FN 1 m.(w.)N.

49 S. allg. Frenz, Hdb. Europarecht, Bd. 5, 2010, S. 293 Rz. 978.

50 S. Art. 288 Abs. 3 AEUV u./o. Art. 4 Abs. 3 EUV.

51 Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. III, 1993, S. 1257,

FN 104.

52 S. statt vieler Schulze-Osterloh, ZGR 1995, 170 (173) FN 7 m.(w.)N. A.A. insb. Jarass, EuR 1991, 211 (217).

53 S. allg. Lutter in Lutter/Winter (FN 44), Einl. I. Rz. 30.

54 S. allg. Hennrichs, Wahlrechte im Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften, 1999, S. 88.

55 Vgl. Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht³, § 3 Rz. 51.

56 So erstmals allg. Lutter in Lutter (FN 33), Einl. I. Rz. 26.

57 S. statt vieler Schwarze in Schwarze, EU-Kommentar³, Art. 19 EUV, Rz. 36 ff.

58 S. statt vieler Colneric, ZEuP 2005, 225 (226).

59 Lt. Bleckmann/Pieper in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, Bd. I, 2010, B. I. Rz. 6 nur sehr seltene Korrektur d. Wortlauts einer Vorschrift anhand ihres Sinnes u. Zweckes durch EuGH; Drinkuth, Die Kapitalrichtlinie, 1998, S. 60.

60 S. allg. Christensen/Sokolowski in Müller/Burr, Rechtssprache Europas, 2004, S. 113 (130 ff.); krit. Höpflner/Rüthers, AcP 2009, 1 (10 f.).

61 Art. 12 Abs. 1 BBRL (FN 27), 1 (6).

62 S. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 131; Dörge, AG 1997, 396 (401).

doch der Tatsache verschließen, dass Richtlinien ebenso wie europäisches Primärrecht in sämtlichen Amtssprachen abzufassen sind⁶³ und diese Sprachfassungen alle gleichberechtigt nebeneinander gelten.⁶⁴ Der Norminhalt des Art. 12 Abs. 1 kann sich daher erst aus einer Gesamtsschau seiner 24 Sprachfassungen⁶⁵ ergeben. Für eine zutreffende Auslegung dieser Richtlinienorm ist deshalb ein Textvergleich all ihrer Sprachversionen notwendig.⁶⁶ Zwar scheint ein solches Unterfangen prima facie bei derzeit 24 gültigen Amtssprachen insbesondere für die nationalen Rechtsanwender und Richter⁶⁷ kaum machbar⁶⁸ und nur begrenzt erfolgsversprechend⁶⁹. Dennoch kann ein verschiedentlich in der Literatur⁷⁰ erwogener „verkürzter Sprachenvergleich“⁷¹ erst recht nicht den Weg aus diesem Vielsprachigkeitsdilemma weisen, würde doch ein solches Vorgehen nicht nur gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung sämtlicher Amtssprachen verstoßen,⁷² sondern zudem in einem gewissen Maße sogar das Ziel der europäischen Integration in Gefahr bringen⁷³. Da auch der EuGH trotz dieser mittlerweile beeindruckenden Anzahl an Amtssprachen nach wie vor die Durchführung eines Vergleichs sämtlicher Sprachtextfassungen im Rahmen der grammatikalischen Auslegung postuliert,⁷⁴ kann auch unter diesem Gesichtspunkt kein reduzierter Textvergleich zur Anwendung kommen. Abgesehen davon, scheint ein solcher auch deshalb nicht sachgerecht, blieben danach doch immer Restzweifel hinsichtlich der Richtigkeit des hierbei erzielten Wortlautergebnisses zurück.⁷⁵

Im vorliegenden Fall ergibt ein entsprechender Textvergleich aller Sprachfassungen des Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie, dass sich diese in zwei Gruppen einteilen lassen:

aa) Sprachfassungen der ersten Gruppe

Zur ersten Gruppe gehören 17 Textfassungen, die – ebenso wie die deutsche Textversion des Art. 12 – auf

die Rückübertragung identischer Vermögensgegenstände abstellen. Denn sie gebrauchen allesamt Formulierungen („СЪЩИТЕ АКТИВИ“ auf Bulgarisch, „the same assets“ auf Englisch, „seesama vara“ auf Estnisch, „samat varat“ auf Finnisch, „les mêmes éléments d'actif“ auf Französisch, „gli stessi elementi di attivo“ auf Italienisch, „ista imovina“ auf Kroatisch, „tie paši aktīvi“ auf Lettisch, „tas pats turtas“ auf Litauisch, „l-istess attiv“ auf Maltesisch, „te same aktywa“ auf Polnisch, „os mesmos elementos do activo“ auf Portugiesisch, „samma tillgångar“ auf Schwedisch, „rovnaké aktiva“ auf Slowakisch, „ista sredstva“ auf Slowenisch, „stejná aktiva“ auf Tschechisch und „ugyanazokat az eszközök“ auf Ungarisch), die übersetzt nichts anderes als „dieselben Vermögensgegenstände“ bedeuten.

Dass die Wörter „the same“ im Englischen, „mêmes“ im Französischen und „stessi“ im Italienischen genauso wie die anderen 14 fremdsprachigen adjektivischen Demonstrativpronomen zutreffend auf Deutsch mit „dieselben“ übersetzt sind, lässt sich auch anhand des in jüngerer Zeit ergangenen EuGH-Urteils „Gaetano Mantello“⁷⁶ zeigen. Darin hat sich der EuGH mit der Auslegung des Begriffs „derselben Handlung“ i.S.d. Art. 3 Nr. 2 der deutschen Sprachfassung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl⁷⁷ beschäftigt. Wie ein Abgleich der den deutschen Wendungen „dieselben Vermögensgegenstände“ und „dieselbe Handlung“ entsprechenden fremdsprachigen Ausdrücke zeigt, bedienen sich die fremdsprachigen Richtlinienertexte und die ausländischen Sprachfassungen des EuGH-Urteils⁷⁸ genau derselben Wortwahl, um begrifflich die Identität der Vermögensgegenstände/Handlung sprachlich zum Ausdruck zu bringen. So ist bspw. im englischen Richtlinienertext von „the same assets“⁷⁹ und in der englischen Fassung des EuGH-Urteils von „the same acts“⁸⁰ die Rede, die französische Richtlinienfassung spricht von „les mêmes éléments d'actif“⁸¹ und der französische Urteilstext von „mêmes faits“⁸². Hätte

63 S. Art. 4 VO Nr. 1 v. 15.4.1958, ABl. Nr. L 17 v. 6.10.1958, S. 385.

64 St. Rspr. s. EuGH v. 5.12.1967 – Rs. 19/67 – Van der Vecht, Slg. 1967, 473.

65 S. Art. 1 VO Nr. 1 v. 15.4.1958 (FN 63), S. 385. Amtssprache Irisch wird bis zum 1.1.2017 nur zur Abfassung von VO eingesetzt. Daher sind nur 23 BBRL-Volltextfassungen auf der eur-lex-Homepage abrufbar.

66 S. allg. EuGH v. 24.10.1996 – Rs. C-72/95 – Kraaijeveld u.a., Slg. 1996, I-5443 – Rz. 28.

67 Z. EuGH-Ausstattung Seyz, JRP 2010, 230 (232).

68 S. Schilling, ZEuP 2007, 754 (764 f.).

69 S. Höpfer/Rüthers, AcP 2009, 1 (10); lt. Christensen/Sokolowski in Müller/Burr (FN 60), S. 113 (126) insofern Bedeutungsverlust d. Wortlautauslegung auf Gemeinschaftsrechtsebene.

70 S. Neuner in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre², 2010, § 13 Rz. 17.

71 Schübel-Pfister, Sprache und Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 225; bspw. anhand etwaiger Arbeitssprachfassungen.

72 Ablehnend bspw. Höpfer/Rüthers, AcP 2009, 1 (10).

73 S. bspw. Martiny, ZEuP 1998, 227 (235).

74 S. Weiler, ZEuP 2010, 861 (866). Im EuGH-Urt. v. 7.12.1995 – Rs. C-449/93 – Rockfon, Slg. 1995, I-4316 f. – Rz. 26 ff.: Beachtung aller damals gelt. 11 Amtssprachen. Zum Postulat des umfassenden Sprachenvergleichs aus jüngerer Zeit:

EuGH v. 15.10.2009 – Rs. C-263/08 – Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsforening, Slg. 2009, I-9967 – Rz. 25.

75 S. Weiler, ZEuP 2010, 861 (872). S. bspw. EuGH v. 17.10.1996 – Rs. C-64/95 – Lubella, Slg. 1996, I-5125 ff. – Rz. 1 ff. u. Rz. 16 ff. mit der noch unber. Fassung der VO Nr. 1932/93 v. 16.7.1993 als Streitgegenstand. Lt. dt. Fassung d. inzw. berichtigten Art. 1 dieser VO u. lt. dt. Titel der VO war von „Süßkirschen“, in allen anderen Sprachfassungen dagegen von „Sauerkirschen“ die Rede. Ohne Rückgriff auf die anderen Sprachfassungen bei der Wortlautauslegung wäre der korrekte dt. Begriff verborgen geblieben. Bsp. zeigt, dass nur die Durchführung d. allseitigen Sprachenvergleichs Gewähr für die Zweifelsfreiheit d. Wortlautauslegungsergebnisses bietet.

76 S. EuGH v. 16.11.2010 – Rs. C-261/09 – Gaetano Mantello, (dt.), Slg. 2010, I-11477.

77 Europ. Rat, Rahmenbeschluss v. 13.6.2002, ABl. Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 3.

78 17 ausl. Sprachfassungen d. EuGH-Urteils „Gaetano Mantello“, abrufbar auf eur-lex Homepage.

79 Art. 12 Abs. 1 BBRL (engl.), OJ L 372, 31.12.1986, 1 (6).

80 EuGH v. 16.11.2010 – Rs. C-261/09 – Gaetano Mantello, (engl.) (FN 78) – Rz. 51.

81 Art. 12 Abs. 1 BBRL (frz.), JO L 372 du 31.12.1986, 1 (6).

82 EuGH v. 16.11.2010 – Rs. C-261/09 – Gaetano Mantello, (frz.) (FN 78) – Rz. 51.

der Richtliniengeber in den Textfassungen der Richtlinie daher die Gleichartigkeit der Vermögensgegenstände und nicht deren Identität zum Ausdruck bringen wollen, hätten die Sprachjuristen des Rates dies durch eine andere Wortwahl⁸³ wie z.B. durch den französischen Ausdruck „les éléments du même genre“⁸⁴, durch die portugiesische Formulierung „os elementos da mesma natureza“ oder durch den Ausdruck „gli elementi della stessa specie“ im Italienischen wiederzugeben versucht.⁸⁵

bb) Sprachfassungen der zweiten Gruppe

Die zweite Gruppe bildet die dänische, griechische, niederländische, rumänische und spanische Fassung des Art. 12 der Richtlinie.

Zwar stimmen diese fünf Sprachfassungen auf den ersten Blick hinsichtlich ihres Wortlautes nicht mit der deutschen Textversion überein: denn sie definieren das Pensionsgeschäft ganz allgemein als Geschäft, bei dem der Pensionsgeber einem Pensionsnehmer Vermögensgegenstände überträgt, sofern vereinbarungsgemäß „diese Vermögensgegenstände“⁸⁶ bzw. „die betreffenden Vermögensgegenstände“⁸⁷ wieder zu einem späteren Zeitpunkt an den Pensionsgeber zurückübertragen werden. Trotzdem wird unmittelbar aus dem jeweiligen Satzzusammenhang klar, dass es sich bei „diesen/den genannten Vermögensgegenständen“, die zu einem späteren Zeitpunkt zurückübertragen werden müssen, einzig um die in Pension gegebenen Vermögensgegenstände handeln kann. Mit anderen Worten ordnen diese fünf Sprachfassungen somit indirekt ebenso die für das Vorliegen eines Pensionsgeschäfts notwendige Identität der hin- und zurückzugebenden Vermögensgegenstände an.⁸⁸

Als Ergebnis des Textvergleichs lässt sich somit festhalten, dass sämtliche Sprachfassungen der Gruppe I und II linguistische Strukturen verwenden, die als be-

deutungsgleich mit dem fraglichen deutschen Ausdruck „dieselben Vermögensgegenstände“ anzusehen sind. Offensichtliche Textdivergenzen zwischen der deutschen Fassung und den übrigen Amtssprachfassungen des Art. 12 Abs. 1, die diese „Eindeutigkeit“⁸⁹ der Bedeutung ernsthaft in Frage stellen könnten, sind definitiv nicht erkennbar.⁹⁰ Entsprechend dem Wortlautverständnis aller Sprachfassungen können somit nur solche Geschäfte als Pensionsgeschäfte i.S.d. Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie angesehen werden, bei denen identische Vermögensgegenstände zurückgegeben werden.⁹¹ Der Pensionsgeschäftsbegriff des Art. 12 der Richtlinie ist insoweit als autonomer Rechtsbegriff des Gemeinschaftsrechts⁹² zu begreifen, dessen inhaltliche Ausfüllung mangels eines expliziten oder impliziten Verweises⁹³ in Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie auf einzelstaatliches Recht losgelöst von dem spezifischen nationalen pensionsgeschäftlichen Rechtsverständnis⁹⁴ der einzelnen Mitgliedstaaten und EU-weit gleichmäßig zu erfolgen hat.⁹⁵

In keinem Fall darf sich aber die Auslegung dieser Richtliniennorm bereits in der Wortlautauslegung erschöpfen.⁹⁶ Zwar ließe sich – getreu der Vattel'schen Maxime des Völkerrechts „in claris non fit interpretatio“⁹⁷ – anführen, dass es bei einem solch klaren Wortlaut wie im Falle des Art. 12 Abs. 1 keiner weiteren Auslegungsanstrengungen mehr bedürfe.⁹⁸ Der EuGH lehnt diese Doktrin allerdings zu Recht ab.⁹⁹ Das Wortlautergebnis kann immer nur erster bedeutender Anhaltspunkt auf dem Weg zu einer eigenständigen unionsrechtlichen Begriffsbildung sein, für deren Konkretisierung weitere Auslegungsmethoden, insbesondere die Ziele der Regelung, maßgebend sind.¹⁰⁰

b) Historische Auslegung

Zur weiteren Bestätigung dieses Textverständnisses ist daher auch die Entstehungsgeschichte des Art. 12 Abs. 1 der Bankbilanzrichtlinie heranzuziehen, auch

83 So bspw. geschehen in den Sprachfassungen v. Art. 2 Nr. 17 der Kapitaladäquanzrichtlinie, Abl. Nr. L 141 v. 11.6.1993, 1 (5).

84 S. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 132.

85 Erarbeitung d. portug./ital. Wendung in Rücksprache m. mehreren Juristen m. Dt.-Portug./Dt.-Ital. als Muttersprache.

86 Dän. „disse aktiver“ u. niederl. „die activa“.

87 Span. „dichos elementos de activo“, griech. „των εν λόγω στοιχείων του ενεργητικού“ u. rumän. „activelor în cauză“.

88 Lt. linguistischen Fachpersonal sogar explizite Wahl dieser Wendungen in den Richtlinienfassungen, weil sie stilistisch dem anspruchsvollen Richtlinien-Sprachniveau besser Rechnung tragen können als etwa mögl. Sprachwendungen unter Einsatz adjektiv. Demonstrativpronomen. So bspw. kein Gebrauch d. inhaltsgleichen, aber zu umgangssprachl. rumän. Ausdrucks „acelorași active“. Ähnl. gilt auch f. griech. u. span. Wendungen.

89 Zuleeg, EuR 1969, 97 (100).

90 S. Schübel-Pfister, Gemeinschaftsrecht (FN 71), S. 105. Zwar sind berechtigte Zweifel an d. Richtigkeit einer derartigen Aussage vor dem Hintergrund d. Erkenntnis aus der Übersetzungstheorie, nach der es eine 100 %ig genaue Übersetzung überhaupt nicht geben kann, naheliegend; s. Weiler, ZEuP 2010, 861 (864 f.). Hier sind derartige Zweifel nur begrenzt angebracht, da gerade zur Reduzierung solcher

übersetzungstheoretisch bedingten Textdivergenzen gezielt linguistisches Fachpersonal bei der Übersetzung aller Richtlinien-textstellen zu Rate gezogen wurde.

91 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 132.

92 S. EuGH v. 6.10.1982 – Rs. 283/81 – C.I.L.F.I.T., Slg. 1982, 3430 – Rz. 19.

93 Hier kein Verweis wie „Unter dem Posten 'Pensionsgeschäfte' sind Pensionsgeschäfte zu verstehen, wie sie das nationale Recht festlegt“; wäre aber f. Richtliniengeber leicht mögl. gewesen; dadurch Klarstellung, dass gemeinschaftsauton. Pensionsgeschäftsbegriffsdef. gewollt ist. S. allg. Riesenhuber in Riesenhuber (FN 70), § 11 Rz. 4 ff.

94 S. Magnus, JZ 1990, 1100 (1103).

95 S. Schön, DStJG 1996, 167 (171). Folge d. Begriffsautonomie im Gemeinschaftsrecht: Abweich. zw. „einzelstaatlichem“ u. „europäischem“ Pensionsgeschäftsverständnis mögl.; s. EuGH v. 6.10.1982 (FN 92), Slg. 1982, 3430 – Rz. 19.

96 S. allg. Riesenhuber in Riesenhuber (FN 70), § 11 Rz. 16 u. Rz. 48.

97 Zuleeg, EuR 1969, 97 (100); Vattel, Le droit des gens, 1758, Buch II, Kap. XVII, § 263.

98 S. Bleckmann/Pieper in Dausen (FN 59), B. I. Rz. 10.

99 EuGH v. 16.12.1960 – Rs. 6/60 – Humblet, Slg. 1960, 1194.

100 S. EuGH v. 14.10.1999 – Rs. C-223/98 – Adidas, Slg. 1999, I-7107 – Rz. 23.

wenn der historischen Auslegung von der überwiegenden Meinung¹⁰¹ in der Literatur nur eine untergeordnete Rolle zugewiesen wird. Ein Blick in Art. 10 Abs. 1 des deutschen¹⁰² und französischen¹⁰³ Richtlinienvorschlages der Europäischen Kommission vom 19.3.1981 zeigt, dass dort noch von der „Rückübertragung dieser Vermögenswerte“ oder „la rétrocession des ces valeurs“ als Voraussetzung für das Vorliegen eines Pensionsgeschäfts die Rede ist, während die englische Vorschlagsfassung¹⁰⁴ bereits den sprachlich prägnanteren Ausdruck „the same assets“ verwendet.¹⁰⁵

Die Kommission wollte aber trotz dieser drei scheinbar differierenden Sprachwendungen ein generell enges Begriffsverständnis von Pensionsgeschäften in Art. 10 Abs. 1 des Vorschlags angelegt wissen. Dies lässt sich zum einen den Erläuterungen der Europäischen Kommission zu Art. 10 Abs. 1 des Richtlinienvorschlages entnehmen, wenn sie dort den Begriff Pensionsgeschäft nochmals erklärend mit den einheitlichen Wendungen „its return“¹⁰⁶ im Englischen, „la rétrocession ferme des valeurs concernées“¹⁰⁷ im Französischen und „deren Rücknahme“¹⁰⁸ im Deutschen zu umreißen versucht. Des Weiteren können auch die Nichtstreichung¹⁰⁹ dieser in Art. 10 Abs. 1 enthaltenen Formulierungen auch in dessen späteren Änderungsfassungen vom 14.3.1984¹¹⁰ und vom 26.12.1985¹¹¹ und die Tatsache, dass das Thema „Pensionsgeschäft“ auch in den jeweils dazu ergangenen Erläuterungen der Kommission¹¹² nicht mehr Erwähnung fand, als weitere Indizien für ein enges Begriffsverständnis der EG-Kommission gewertet werden. Allerdings ist anzumerken, dass diese Äußerungen der EG-Kommission im Hinblick auf ihren Stellenwert für die Auslegung nicht bindend sein können, kommt doch der EG-Kommission selbst keine Gesetzgebungsfunktion zu.¹¹³ Im

Rahmen der historischen Auslegung ist daher nur auf die Absichten des Ministerrates als Rechtsetzungsorgan abzustellen.¹¹⁴ Unter diesem Gesichtspunkt kann somit dem Umstand, dass der Ministerrat in der endgültigen deutschen und französischen Fassung des Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie die bislang verwendeten Ausdrücke „diese Vermögensgegenstände“/„ces valeurs“ sprachlich sogar durch die Wörter „dieselben Vermögensgegenstände“/„les mêmes éléments d'actif“ ersetzt hatte, gar nicht genug Bedeutung beigemessen werden. Denn zweifelsfrei ist in dieser redaktionellen Änderung ein Beleg für das Bestreben des Ministerrates zu sehen, den von der EG-Kommission bereits angedachten engen Pensionsgeschäftsbegriff der Richtlinie im endgültigen Richtlinien text des Art. 12 sprachlich noch klarer zum Ausdruck zu bringen. Die Formulierung „dieselben Vermögensgegenstände“ ist somit nicht bloß eine zufällige Spracheigenheit dieser drei Richtlinienfassungen, sondern zeigt sich als bewusst umgesetzter Wille des historischen Richtliniengebers.

c) Systematisch-teleologische Auslegung

Schließlich ist dieses historisch untermauerte Wortlautergebnis aber auch mit Rücksicht auf die systematische Einbettung der Norm und die Zielsetzung der Bankbilanzrichtlinie zu interpretieren, weisen doch sowohl die Literatur¹¹⁵ als auch der EuGH¹¹⁶ der teleologischen Auslegungsmethode die überragende Rolle im Auslegungsprozess zu. Mit ihrer Hilfe ist daher festzustellen, ob es von dem vom Richtliniengeber verfolgten Zweck gedeckt ist, auch die Zurückübertragung gleichartiger Vermögensgegenstände unter den Pensionsgeschäftsbegriff des Art. 12 der Richtli-

101 S. *Schübel-Pfister*, Gemeinschaftsrecht (FN 71), S. 132. A.A. *Leisner*, EuR 2007, 689.

102 Europ. Kommission, BBRL-Vorschlag v. 19.3.1981, ABl. C 130 v. 1.6.1981, 1 (5).

103 Commission europ., Proposition de directive du 19.3.1981, JO n° C 130 du 1.6.1981, 1 (5).

104 Europ. Commission, Proposal for a Council Directive, 19.3.1981, OJ No C 130, 1.6.1981, 1 (5).

105 Lt. *Riesenhuber* in *Riesenhuber* (FN 70), § 11 Rz. 29 ergänz. Heranziehung der Richtlinienvorschläge zur Bestätigung des Auslegungsergebnisses durchaus mögl.

106 Europ. Commission, Explanatory notes to the proposal, COM(81) 84 final, 9 March 1981, abgedr. bei *Hirte*, *European Banking Law*, Vol. II, 2001, GB 411, 1 (4): „[...] the transfer of say, a security to a credit institution [...] cannot be regarded as a disposal in the usual sense, if at the same time *its return* is firmly agreed [...]“

107 Commission europ., Exposé des motifs de la proposition, COM(81) 84 final, 9 mars 1981, abgedr. bei *Hirte*, *Droit bancaire européen*, Vol. III, 2001, F 411, 1 (4): „[...] la cession de valeurs... peut, si la rétrocession ferme des valeurs concernées est simultanément convenue, ne pas être considérée comme une aliénation au sens habituel du terme [...], [mais] en général [...] comme des emprunts.“

108 Europ. Kommission, Amtl. Erläut. z. BBRL-Vorschlag, KOM(81) 84 endg. v. 9.3.1981, abgedr. bei *Hirte*, *Europäisches Bankrecht*, Bd. I, 2000, D 411, 1 (4): „[...] Die Übertragung etwa von Schuldverschreibungen an einen Geschäftspartner kann [...], wenn gleichzeitig *deren Rücknahme* fest vereinbart wurde, nicht als Veräußerung im üblichen Sinn [...], [sondern] in der Regel beim Pensions-

geber als Geldaufnahme[n] [...]“ angesehen werden.

109 Denn bis zur Verabschiedung d. Richtlinie durch den Ministerrat sind lt. Art. 149 Abs. 3 EWGV beliebige Änderungen am ursprüngl. Richtlinien vorschlag durch Europ. Kommission mögl.; s. *Schwartz*, *Bankenrechnungslegung* (FN 29), S. 125.

110 Vgl. Europ. Kommission, Geänd. BBRL-Vorschlag v. 14.3.1984, ABl. C 83 v. 24.3.1984, 6 (10); Commission europ., Modifications à la proposition de directive, du 14 mars 1984, JO n° C 83 du 24.3.1984, 6 (10); Europ. Commission, Amendments to the proposal, 14.3.1984, OJ No C 83, 24.3.1984, 6 (10).

111 Vgl. Europ. Kommission, Zweiter geänd. BBRL-Vorschlag v. 26.12.1985, ABl. C 351 v. 31.12.1985, 24 (27); Commission européenne, Deuxième proposition de directive, du 26.12.1985, JO n° C 351 du 31.12.1985, 24 (27); Europ. Commission, Second amended proposal, 26.12.1985, OJ No C 351, 31.12.1985, 24 (27).

112 Vgl. Europ. Kommission, Amtl. Erläut. z. geänd. BBRL-Vorschlag, KOM(84) 124 endg. v. 8.3.1984, abgedr. bei *Hirte*, *Bankrecht* (FN 108), D 413, 1 f. Europ. Kommission, Amtl. Erläut. z. zweiten geänd. BBRL-Vorschlag, KOM (85) 755 endg. v. 20.12.1985, abgedr. bei *Hirte*, *Bankrecht* (FN 108), D 415, 1-3.

113 S. *Drinkuth*, *Kapitalrichtlinie* (FN 59), S. 66.

114 S. *Pechstein*, EuR 1990, 249 (253).

115 S. statt vieler *Herlinghaus*, *IFSt-Schrift* Nr. 357, 1997, S. 44 insb. FN 195 m.(w)N.

116 S. EuGH v. 28.5.1974 – Rs. 3/74 – *Pfützenreuter*, *Slg.* 1974, 598 – Rz. 8.

nie zu subsumieren. Zur Ermittlung dieses Richtlinienzwecks empfiehlt es sich, zunächst auf Art. 54 Abs. 3 lit. g EWGV¹¹⁷ als Ermächtigungsgrundlage der Richtlinie und insbesondere auf dessen Zielsetzung zurückzugreifen.¹¹⁸ Nach Art. 54 Abs. 3 lit. g EWGV sind „so weit erforderlich die Schutzbestimmungen [zu] koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften [...] im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“. Ziel dieser primärrechtlichen Vorschrift ist somit weder die Generierung eines Einheitsrechts noch eine bloße Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit.¹¹⁹ Vielmehr geht es nach wohl überwiegender Ansicht¹²⁰ um eine „Koordinierung der Schutzbestimmungen“¹²¹, – oder plastischer formuliert – um eine „Rechtsangleichung“¹²², die über die Verwirklichung der reinen Niederlassungsfreiheit hinaus die Schaffung gleichartiger gesellschaftsrechtlicher Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt im Blick hat.¹²³

Gleichwohl ist diese primärrechtliche Zielsetzung zu allgemein und unspezifisch formuliert, um aus ihr hinreichend konkrete, für die teleologische Auslegung verwendbare Richtlinienziele ableiten zu können.¹²⁴ Dafür bedarf es vielmehr eines Rückgriffs auf die Bankbilanzrichtlinie und auf deren Ziele.¹²⁵ Zur Ermittlung dieser richtlinienspezifischen Ziele sind insbesondere die in der Präambel der Bankbilanzrichtlinie aufgeführten Erwägungsgründe heranzuziehen.¹²⁶ Denn sie sind gem. Art. 296 AEUV Pflichtbestandteil der Richtlinie und schon von daher eine wertvolle Quelle von großer Authentizität zur Bestimmung des Willens und der Motive des Ministerrates als Richtliniengeber.¹²⁷ Ausweislich des dritten Erwägungsgrundes der Richtlinie bedürfen Kreditinstitute aufgrund ihrer zunehmenden grenzüberschreitenden Betätigung einer dringenden Koordinierung. Mit Blick auf den Adressatenkreis dieser Unternehmen ist daher – so betont der dritte Erwägungsgrund anschließend weiterhin – eine „bessere Vergleichbarkeit der Jahres-

abschlüsse und der konsolidierten Abschlüsse dieser Unternehmen von wesentlicher Bedeutung“.¹²⁸ Dass dieses Vergleichbarkeitsziel das zentrale Ziel der Bankbilanzrichtlinie ist, wird auch dadurch bekräftigt, dass es auch im neunten, zehnten und zwölften Erwägungsgrund nochmals explizit erwähnt wird.¹²⁹ Zudem spricht für diese Einschätzung auch, dass die Begründungserwägungen der Vierten Richtlinie¹³⁰ und der Siebten Richtlinie¹³¹ ebenfalls vergleichbare Zielvorgaben enthalten.¹³² Da die Bankbilanzrichtlinie als Ergänzung dieser beiden grundlegenden gesellschaftsrechtlichen Richtlinien im Hinblick auf branchenspezifische Besonderheiten ausgestaltet ist und deshalb auch in ihrer Präambel auf diese beiden Richtlinien Bezug nimmt¹³³, ist deren Zielsetzung ebenfalls im Rahmen der teleologischen Auslegung der Bankbilanzrichtlinie mit zu berücksichtigen.¹³⁴ Verkürzt gesagt ist festzuhalten, dass Telos der Bankbilanzrichtlinie eine durch Rechtsangleichung zu erreichende länderübergreifende Vergleichbarkeit der Bank-Jahresabschlüsse ist, mittels derer dem (schutzbedürftigen) Informationsinteresse der Gesellschafter oder externer Dritten im gesamten EU-Raum Rechnung getragen werden soll.¹³⁵

Die Erfüllung dieses Vergleichbarkeits- und Informationspostulats ist aber nur möglich, wenn die Jahresabschlüsse die gleichen Bestandteile enthalten, die auch hinsichtlich ihres Inhalts verglichen werden können.¹³⁶ Daher fordert der Richtliniengeber neben einem einheitlichen Aufbau, Schema und Bezeichnung der Bilanzposten aller europäischen Kreditinstitute (vgl. achter Erwägungsgrund) auch eine (gemeinschaftliche) Regelung „einiger grundlegende[r] Fragen der Bilanzierung einzelner Geschäfte“ (neunter Erwägungsgrund).¹³⁷ Dass auch die in Frage stehenden Pensionsgeschäfte des Art. 12 der Richtlinie diesen im neunten Erwägungsgrund angesprochenen Geschäften zuzuordnen sind, ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dessen Wortlaut¹³⁸, aber aus der syste-

117 Entspr. inhaltl. Art. 44 EGV (heute Art. 50 AEUV); s. *Müller-Graff* in Streinz, EUV/AEUV², Art. 50 AEUV, Rz. 3.

118 S. allg. *Lutter* in Lutter/Winter (FN 44), Einl. I. Rz. 31.

119 S. *Jung* in Schwarze (FN 57), Art. 50 AEUV, Rz. 16 ff..

120 S. *Habersack*, Gesellschaftsrecht (FN 55), § 3 Rz. 35 ff.; EuGH v. 4.12.1997 – Rs. C-97/96 – Daihatsu, Slg. 1997, I-6864 Rz. 18 ff. Bis heute Ziel/Reichweite v. Art. 54 Abs. 3 lit. g EWGV nicht gänzl. geklärt; s. *Schön*, ZGR 1995, 1 (13 f.).

121 *Hossfeld*, Die Jahresabschlüsse deutscher und französischer Kreditinstitute, 1996, S. 64.

122 *Jung* in Schwarze (FN 57), Art. 50 AEUV, Rz. 14. Synonyme Verwendung d. Begriffe „Koordinieren“, „Harmonisieren“ u. „Angleichung“ bereits bei *Lutter*, EuR 1969, 1 (8) FN 19.

123 S. *Schön*, ZGR 1995, 1 (14).

124 S. *Riesenhuber* in Riesenhuber (FN 70), § 11 Rz. 41.

125 S. *Hossfeld*, Jahresabschlüsse (FN 121), S. 64.

126 S. *Riesenhuber* in Riesenhuber (FN 70), § 11 Rz. 36 u. Rz. 40 FN 112 m.(w.)N.

127 S. *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie (FN 59), S. 68 insb. FN 66 m.(w.)N.

128 So auch *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 132.

129 S. *Hossfeld*, Jahresabschlüsse (FN 121), S. 69.

130 78/660/EWG des Rates v. 25.7.1978, ABl. Nr. L 222 v. 14.8.1978, 11.

131 83/349/EWG des Rates v. 13.6.1983, ABl. Nr. L 193 v. 18.7.1983, 1.

132 S. *Schwartz*, Bankenrechnungslegung (FN 29), S. 138.

133 Verweis d. 1. u. 2. Erwägungsgrunds d. BBRL-Präambel auf 4. u. 7. Richtlinie. Lt. 7. Erwägungsgrund d. BBRL kein von diesen beiden Richtlinien „unabhängiges Normwerk“, sondern materielle Einheit.

134 S. *Schwartz*, Bankenrechnungslegung (FN 29), S. 138 u. S. 141. *Lutter*, JZ 1992, 593 (600) empfiehlt bei der Auslegung v. Richtlinien, denen im Bezug auf andere Richtlinien ledigl. eine Ergänzungsfunktion zukommt, den Rückgriff auf diese anderen Vorgänger-Richtlinien.

135 S. *Schwartz*, Bankenrechnungslegung (FN 29), S. 138 ff.

136 S. *Hossfeld*, Jahresabschlüsse (FN 121), S. 76 I., der einen Katalog von zu erfüllenden Forderungen aufstellt, um von einem „vergleichbaren“ Inhalt v. Bilanzen u. v. Gewinn- u. Verlustrechnungen sprechen zu können.

137 S. *Göth/Naumann*, WM 1993, 882.

138 Keine explizite Erwähnung d. Pensionsgeschäfte im 9. BBRL-Erwägungsgrund. Er lautet: „Die Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse [...] setzt voraus, dass einige grundlegende Fragen der Bilanzierung einzelner Geschäfte geregelt werden.“

matischen Einbettung des Art. 12 in sein normatives Umfeld.¹³⁹ Denn Art. 12 bildet den systematischen Abschluss einer Gruppe von Richtlinienennormen (vgl. Art. 8-12), die allesamt Bilanzierungsfragen zu bestimmten Geschäften der Bankenpraxis zum Inhalt haben.¹⁴⁰ So regelt bspw. Art. 8 der Richtlinie den Bilanzausweis von als Sicherheit erhaltenen Vermögensgegenständen, Art. 9 die anteilmäßige Bilanzierung von Gemeinschaftskrediten und Art. 10 die bilanzielle Erfassung des Treuhandvermögens.¹⁴¹ Des Weiteren legt auch ein Blick auf deren Vorläufervorschriften¹⁴² im Richtlinienvorentwurf der Europäischen Kommission vom 25.4.1980¹⁴³ nahe, dass sich Erwägungsgrund Nr. 9 der Richtlinie gerade auf diese Normgruppe und damit auch auf Pensionsgeschäfte bezieht.¹⁴⁴ Denn – im Vorentwurf der Richtlinie noch mit der Wendung „Abschnitt 4 – Allgemeine Bilanzierungsvorschriften“¹⁴⁵ überschrieben – hat diese Artikelgruppe im Vergleich zu den restlichen Richtlinienennormen auffällig oft – um mit den Worten des Erwägungsgrundes Nr. 9 zu sprechen – „Bilanzierungsfragen“ zum Inhalt. In Anbetracht dieser aufgezeigten Nähe der Richtlinienartikel 8, 9, 10 und vor allem des Art. 12 zum Erwägungsgrund Nr. 9 und somit zum zentralen Ziel der Richtlinie kann dies für die Auslegung des Pensionsgeschäftsbegriffs aber nichts anderes bedeuten, als dass sie in besonderem Maße dem Vergleichbarkeitsziel Rechnung zu tragen, mithin also restriktiv zu erfolgen hat.

Neben Erwägungsgrund Nr. 9 ist für die teleologische Auslegung des Art. 12 der Richtlinie aber auch der zehnte Erwägungsgrund von wesentlicher Bedeutung. Darin hält der Richtliniengeber eine „genaue“ inhaltliche Bestimmung auch sog. „Unter-dem-Strich-Positionen“¹⁴⁶ in der Bilanz „im Interesse einer besseren Vergleichbarkeit“ für erforderlich.¹⁴⁷ Dass der Richtliniengeber die Bildung derartiger Posten unter dem Strich, die grundsätzlich in den Art. 24 und 25 der Bankbilanzrichtlinie¹⁴⁸ geregelt sind, explizit auch für „Verpflichtungen aus Pensionsgeschäften [...] i.S.v. Art. 12

Abs. 3“ vorsieht, kann dem Art. 25 Abs. 3 der Richtlinie entnommen werden.¹⁴⁹ Entsprechend der Forderung des zehnten Erwägungsgrundes ist somit auch der Inhalt dieser „Darunter-Position“¹⁵⁰ genau festzustellen. Dass aber deren Inhaltsbestimmung implizit auch eine genaue Feststellung dessen voraussetzt, was unter Pensionsgeschäften i.S.d. Art. 12 (Abs. 3) der Richtlinie zu verstehen ist, ist unmittelbar einleuchtend.¹⁵¹

Insofern würde es aber dem Vergleichbarkeitszweck widersprechen, wenn einerseits der Richtliniengeber die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Pensionsgeschäftes und die Bedingungen für eine ausnahmsweise beim Pensionsgeber vorzunehmende Pensionsgut-Bilanzierung selbst genau in Art. 12 der Richtlinie bestimmt, andererseits aber ein Mitgliedstaat – wie beispielsweise der deutsche Gesetzgeber – die in Art. 12 geregelte „Ausnahmebilanzierung“¹⁵² für Pensionsgeschäfte auch auf Fälle der Zurückübertragung gleichartiger Vermögensgegenstände erstrecken würde.¹⁵³

d) Ergebnis der Auslegung der Richtlinie

Angesichts der gewonnenen Erkenntnisse aus der grammatikalischen, historischen und systematisch-teleologischen Auslegung ist daher auf Richtlinienebene von einem engen Anwendungsbereich des Pensionsgeschäftsbegriffs des Art. 12 auszugehen, der die Hin- und Rückübertragung von Vermögensgegenständen der gleichen Art, Menge und Güte – und damit Report-/bzw. Kostgeschäfte – nicht mitumfasst. Allerdings kann an dieser Stelle aber die Richtlinienauslegung noch nicht als beendet angesehen werden. Denn trotz der hier vertretenen engen Auslegung des Pensionsgeschäftsbegriffs des Art. 12 bleibt dennoch die Frage nach einem möglichen inhaltlichen Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Art. 12 offen.¹⁵⁴

139 S. allg. *Lutten*, JZ 1992, 593 (595).

140 S. *Göth/Naumann*, WM 1993, 882 (884).

141 S. allg. zum Inhalt der Art. 8, 9 u. 10 BBRL: *Bauer*, WM 1987, 861 (866).

142 Art. 7, 8, 10 u. 11 BBRL-Vorentwurf sind die Vorgängervorschriften v. Art. 8, 9, 10 u. 12 BBRL. Vgl. Europ. Kommission, BBRL-Vorentwurf v. 25.4.1980, EG-Dokument XV/47/80, abgedr. bei *Mayer/Maiß*, EG-Bankbilanzrichtlinie, 1987, S. 148/149-160/161; zum Inhalt d. Vorgängernormen *Schimann*, WPg 1985, 157 (163).

143 S. Europ. Kommission, Vorentwurf v. 25.4.1980, in *Mayer/Maiß*, Bankbilanzrichtlinie (FN 142), S. 107-264/265.

144 Hier im Anschl. an *Schön*, *RabelsZ* 2000, 1 (7 f.): Kommissions-Entwürfen sind „grundlegende Wertungen des Europäischen Gesellschaftsrechts“ entnehmbar, vorausgesetzt, die Gesetzgebung werde nicht durch „grundsätzliche Sachdifferenzen behindert“. A.A. *Riesenhuber* in *Riesenhuber* (FN 70), § 11 Rz. 28 f.

145 Europ. Kommission, Vorentwurf v. 25.4.1980, in *Mayer/Maiß*, Bankbilanzrichtlinie (FN 142), S. 148/149.

146 *Hossfeld*, *Jahresabschlüsse* (FN 121), S. 184.

147 S. *Mayer*, *Wirtschaftliches Eigentum* (FN 16), S. 132.

148 Art. 24 ist mit „Posten 1 unter dem Strich – Eventualverbindlichkeiten“ u. Art. 25 mit „Posten 2 unter dem Strich – Kreditrisiken“ überschrieben.

149 Als „Darunter-Posten“ werden somit nur Verpflichtungen

aus unechten Pensionsgeschäften erfasst. Dagegen erfolgt die Bilanzierung v. Verpflichtungen aus echten Pensionsgeschäften gem. Art. 28 BBRL-Vorentwurf als Verbindlichkeiten ggü. Kreditinstituten/Kunden; s. Europ. Kommission, Vorentwurf v. 25.4.1980, in *Mayer/Maiß*, Bankbilanzrichtlinie (FN 142), S. 186/187. Auch *Nolte*, WPg 1987, 561 (564).

150 *Bieg* in *Sonnemann*, *Bankbilanzierung und Bankprüfung*, 1998, S. 43 (65).

151 S. auch allg. *Klug*, *Juristische Logik*⁴, 1982, S. 93: Verfahren „des Rückwärtslesens der Definitionsgleichungen“. Hier Ersatz d. Definiendums „Verpflichtungen aus Pensionsgeschäften“ durch dazugehöriges Definiens „Verpflichtungen“ u. „Pensionsgeschäfte“; das Definiens „Pensionsgeschäfte“ wäre aber selbst wiederum ein „Definiendum, das wiederum einer Ausmerzung durch ein entspr. Definiens bedürfte“. Lt. *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, S. 441 fungiert eine solche Legaldef. „als unselbständige Ergänzung jener Normen, in denen der definierte Begriff vorkommt. Sie ist dort jeweils bei der Auslegung einzusetzen“.

152 *Mayer*, *Wirtschaftliches Eigentum* (FN 16), S. 132.

153 So ähnl. auch *Mayer*, *Wirtschaftliches Eigentum* (FN 16), S. 132. S. auch Abschn. III.1.e dieses Aufsatzes.

154 So allg. *Bleckmann*, *ZGR* 1992, 364 (372).

e) *Spielräume der nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung in nationales Recht?*

Diese Fragestellung ist insbesondere mit Blick auf den deutschen Gesetzgeber interessant, hat er doch bei der Umsetzung des Art. 12 der Richtlinie in nationales Recht im Jahre 1991 das adjektivische Demonstrativpronomen „dieselben“ gerade nicht übernommen, sondern durch den bestimmten Artikel „die“ in § 340b HGB ersetzt. Dieses gesetzgeberische Verhalten gibt aber Anlass zur Vermutung, in dieser nicht wortgetreuen Übernahme sei das bewusste Ausschöpfen eines dem deutschen Gesetzgeber – möglicherweise auch verdeckt – eingeräumten Spielraums zu sehen, so dass auch gleichartig zurückzugebende Vermögensgegenstände unter den Pensionsgeschäftsbegriff des § 340b HGB fallen.¹⁵⁵ Daher ist im Folgenden zu untersuchen, ob und inwieweit den nationalen Gesetzgebern tatsächlich ein derartiger inhaltlicher Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung des Art. 12 der Richtlinie in nationales Recht zugebilligt wurde, oder ob sie bei der Umsetzung – abgesehen von der Möglichkeit geringfügiger sprachlicher Änderungen¹⁵⁶ – vielmehr substantiell an den Richtlinienwortlaut und die autonomen gemeinschaftsrechtlichen Begriffe gebunden sind.¹⁵⁷

aa) *Abschließende Regelung des Pensionsgeschäftsbegriffs durch Art. 12 der Richtlinie*

Konkret geht es also um die Klärung der Frage, inwieweit der europäische Richtliniengeber mit Art. 12 der Richtlinie eine „abschließende“¹⁵⁸ und damit für die Mitgliedstaaten bindende Regelung erreichen wollte oder lediglich einen „Mindest- oder Maximalstandard“¹⁵⁹ setzen wollte, der den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum „nach oben oder unten“¹⁶⁰ belässt.¹⁶¹

Zur Beantwortung dieser Fragestellung ist aber wiederum auf den Richtlinienwortlaut selbst und auf die Richtli-

nienziele zurückzugreifen.¹⁶² Zunächst lassen sich im Text des Art. 12 der Richtlinie keine Formulierungen wie z.B. „mindestens“ oder „zumindest“ finden, die auf einen solchen Mindestnormcharakter hinweisen würden.¹⁶³ Dennoch wurde von Teilen der Literatur geäußert, dass die Bankbilanzrichtlinie selbst generell nur Mindestnormen enthalte.¹⁶⁴ Demnach wäre auch Art. 12 als Mindestvorschrift anzusehen. Allerdings kann eine derartige pauschale Mindestnormannahme für alle Normen der Richtlinie keine Zustimmung finden. Vielmehr ist jede einzelne Richtlinienbestimmung im Hinblick auf ihren abschließenden Charakter zu untersuchen.¹⁶⁵ Mit Blick auf den Wortlaut des Art. 12 wird schnell deutlich, dass es sich bei Art. 12 um eine abschließende Regelung für Pensionsgeschäfte handelt. So bestimmt Art. 12 in seinen Abs. 1 bis 5 klar und detailliert die Anforderungen¹⁶⁶ an das Vorliegen eines Pensionsgeschäftes und dessen Bilanzierungsbedingungen, so dass diese Norm schon von daher den Mitgliedstaaten keinen Gestaltungsspielraum bietet.¹⁶⁷ Dies wird in Zusammenschau mit Art. 12 Abs. 6 noch deutlicher, enthält er doch eine abschließende Aufzählung all derjenigen Geschäfte, die gerade nicht als Pensionsgeschäfte i.S.d. Art. 12 der Richtlinie gelten sollen.

Schließlich lässt sich auch anhand der in Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie einleitend verwendeten Formulierung – „Pensionsgeschäfte sind Geschäfte...“ – zeigen, dass es sich bei dieser Richtliniennorm um eine detaillierte und bestimmte Norm mit Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten handelt.¹⁶⁸ Denn der Richtliniengeber bedient sich dieser speziellen Ausdrucksweise immer dann, wenn er einen Richtlinienbegriff ausdrücklich definieren will¹⁶⁹: so wie bspw. auch in Art. 2 lit. i der Fusionsrichtlinie¹⁷⁰ („Im Sinne dieser Richtlinie ist [...] ‚Teilbetrieb‘“)¹⁷¹ oder in Art. 17 Satz 1 der Vierten Richtlinie¹⁷² („Beteiligungen [...] sind“). Die entsprechenden Wendungen der englischen Sprachfassungen dieser Richtlinien¹⁷³

155 S. bspw. Grewe in Hofbauer/Kupsch (FN 3), § 340b HGB Rz. 27: dt. Gesetzgeber erzeugt mit Nichtübernahme des Ausdrucks „dieselben“ in § 340b HGB Raum für dessen Interpretation. So ähnl. Bieg, Rechnungslegung (FN 29), S. 132, der darin einen Grund zur Annahme d. weiten Anwendungsbereichs d. § 340b HGB sieht. Somit indirekte Unterstellung eines gesetzgeb. Umsetzungsspielraums durch Bieg.

156 S. Lutter, EuR 1969, 1 (9). Lt. Kloos, Die Transformation der 4. EG-Richtlinie in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 32 keine wortwörtl. Umsetzung in einer ausdrückl. besond. Gesetzesnorm nötig.

157 S. Bleckmann, ZGR 1992, 364 (371).

158 Bleckmann, RIW 1987, 929 (933).

159 Schwartze, Bankenrechnungslegung (FN 29), S. 123; s. auch Kindler, ZHR 1994, 339 (352 f.) u. Lutter in FS Everling, Bd. I, 1995, S. 765 (767): „Höchststandard“ synonym f. „Maximalstandard“.

160 Magnus, JZ 1990, 1100 (1103).

161 S. Bleckmann, ZGR 1992, 364 (372).

162 S. Lutter, JZ 1992, 593 (606).

163 S. allg. f. Mindestnormbsp. Lutter in FS Everling (FN 159), S. 765 (768). Diese Feststellung ermächtigt aber nicht automatisch dazu, im Umkehrschluss auf den Maximalnormcharakter v. Art. 12 BBRL zu schließen.

164 So Schwartze, Bankenrechnungslegung (FN 29), S. 123.

165 S. Wiedemann, DB 1993, 141 (142); so i.E. auch Hennrichs, Wahlrechte (FN 54), S. 105.

166 S. dazu die in Art. 1 Abs. 1-3 BBRL aufgeführten Pensionsgeschäfts-Merkmale.

167 S. allg. Nettesheim, AÖR 1994, 261 (271).

168 S. hier allg. Klug, Logik (FN 151), S. 92: Festsetzung d. Gesetzgebers „Meineid ist...“ stellt eine explizite Def. i.e.S. dar, weil nur das Wort „Meineid“ auf der Definiendumseite steht. Im vorl. Fall wäre daher die Festsetzung d. Richtliniengebers „Pensionsgeschäfte sind Geschäfte...“ auch eine explizite Def. i.e.S.

169 S. allg. Müller/Christensen, Juristische Methodik¹⁰, Bd. I, S. 89 Rz. 67d.

170 90/434/EWG des Rates v. 23.7.1990, ABl. Nr. L 225 v. 20.8.1990, 1 (2).

171 S. Strobl-Haarmann in FS Widmann, 2000, S. 553 (555); sie spricht daher wohlweisl. v. „Legaldefinition“.

172 78/660/EWG des Rates v. 25.7.1978 (FN 130), 11 (19).

173 Art. 2 lit. i Fusionsrichtlinie (engl.) (FN 170), 1 (2): „[...] ‘branch of activity’ shall mean all the assets [...]“. Art. 17 S. 1 Vierte Richtlinie (engl.) (FN 130), 11 (19): „[...] ‘participating interest’ shall mean rights [...]“. Art. 12 Abs. 1 BBRL (engl.) (FN 27), 1 (6): „Sale and repurchase transactions shall mean transactions [...]“. Alle drei Bsp. verwenden „shall mean“. S. dazu Burr/Gallas in Müller/Burr (FN 60), S. 195 (235 f.).

bringen den Definitionscharakter dieser Vorschriften sogar sprachlich noch plastischer zum Ausdruck. Wenn aber Niessen die in Satz 1 des Art. 17 der Vierten Richtlinie normierte Beteiligungsdefinition den sog. „Einheitsvorschriften“¹⁷⁴ zurechnet, die sich dadurch auszeichnen, den nationalen Gesetzgebern gerade keinen inhaltlichen Spielraum einzuräumen¹⁷⁵, dann muss dies erst recht auch für Art. 12 der Bilanzrichtlinie gelten.¹⁷⁶ Neben dem Wortlaut lässt sich aber auch aus dem Regelungszweck eine schlüssige Antwort auf die Frage eines möglichen Spielraums der Mitgliedstaaten ableiten.¹⁷⁷ Wie oben herausgearbeitet, kommt dem Vergleichbarkeitszweck bei Pensionsgeschäften eine entscheidende Rolle zu, der allerdings den Mitgliedstaaten gerade keinerlei Spielraum zugesteht.¹⁷⁸ Denn unter dem Gesichtspunkt, dass die Richtlinie selbst eine exakte Definition des Pensionsgeschäftsbegriffs vorsieht, würde eine durch den deutschen Gesetzgeber vorgenommene Ausdehnung der Ausnahmebilanzierungsregel des Art. 12 der Richtlinie auf weitere Fälle den Richtliniennormzweck der Vergleichbarkeit konterkarieren.¹⁷⁹ Insofern fordert eine solche eng umschriebene Zielsetzung eine möglichst genaue Umsetzung des Richtliniennorminhalts in nationales Recht, würde doch die Vergleichbarkeit durch ein „Zuviel“¹⁸⁰ an Transformation genauso gestört wie durch ein „Zuwenig“^{181, 182}. Die genaue Definition des Pensionsgeschäftsbegriffs in Art. 12 der Richtlinie in Verbindung mit dem Vergleichbarkeitszweck gesteht somit den Mitgliedstaaten keinen inhaltlichen Gestaltungsspielraum zu und stellt somit zugleich Mindest- und Höchststandard für das transformierende nationale Recht dar.¹⁸³

bb) Existenz expliziter und impliziter Wahlrechte

Allerdings ist die Frage des verbleibenden Gestaltungsfreiraums der nationalen Gesetzgeber nicht bloß eine Frage des Höchst- und Mindeststandards der Richtliniennorm. Vielmehr ist zur Beantwortung dieser Frage auch eine Auseinandersetzung mit eventuell den Mitgliedstaaten eingeräumten Wahlrechten¹⁸⁴ erforderlich, da den Mitgliedstaaten über diese – explizit oder implizit – ebenfalls ein gewisser Spiel-

raum zur Beibehaltung tradierter spezifischer nationaler Rechtsvorschriften gegeben wird.¹⁸⁵

Bei einem Blick auf den Wortlaut des Art. 12 stellt man allerdings fest, dass dort kein ausdrückliches („explizites“¹⁸⁶) Mitgliedstaatenwahlrecht enthalten ist. Diese Feststellung deckt sich auch mit dem Ergebnis der Analyse Schwartzes, der in seiner Dissertation katalogartig alle in der Bilanzrichtlinie enthaltenen Wahlrechte – ohne Erwähnung von Art. 12 der Richtlinie – auflistet.¹⁸⁷ Allerdings überrascht diese Feststellung nicht wirklich, würde doch eine Verankerung mitgliedstaatlicher Wahlrechte für die Bilanzierung von Pensionsgeschäften in Art. 12 der Richtlinie womöglich bei einer entsprechend abweichenden einzelstaatlichen Umsetzung dieser Richtliniennorm zu einer länderübergreifenden Doppel- oder Nichtbilanzierung der Pensionsgüter führen, so dass schon von daher derartige Mitgliedstaatenwahlrechte nicht hinnehmbar wären.

Darüber hinaus ist aber dem Art. 12 auch kein verdecktes („implizites“¹⁸⁸) Mitgliedstaatenwahlrecht, dessen Konkretisierung wiederum den einzelstaatlichen Rechtsordnungen überlassen bliebe, zu entnehmen. Zwar sieht Kloos implizite Mitgliedstaatenwahlrechte dann als gegeben an, wenn die Richtlinie entweder „unbestimmte Rechtsbegriffe“¹⁸⁹ in einer Richtliniennorm verwendet oder den fraglichen Tatbestand nicht durch eine Richtliniennorm regelt.¹⁹⁰ Beides trifft aber im Fall des Art. 12 nicht zu. Denn, dass es sich beim Pensionsgeschäftsbegriff des Art. 12 gerade nicht um einen vagen, unbestimmten Rechtsbegriff, sondern vielmehr um dessen Gegenteil handelt, wurde bereits dargelegt. Auch die in Abs. 6 des Art. 12 der Richtlinie enthaltene Negativabgrenzung des Pensionsgeschäftsbegriffs kann als Indiz für die Bestimmtheit des Art. 12 gewertet werden. Der Pensionsgeschäftsbegriff des Art. 12 kann damit sowohl hinsichtlich seines Inhalts als auch hinsichtlich seines Umfangs als klar begrenzt bezeichnet werden.¹⁹¹ Für ein implizites Wahlrecht und damit für einen Gestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber bietet die Norm in dieser Hinsicht daher keinen Raum. Zudem handelt es sich bei dem Pensionsgeschäftsbegriff i.S.d. Art. 12 der Richtlinie um einen autonomen gemeinschaftsrechtlichen Begriff, dessen inhaltliche Konkretisierung voll-

174 Niessen in FS Everling, Bd. II, 1995, S. 971 (1997). Gerade Begriffsbestimmungen lassen den Mitgliedstaaten hinsichtlich d. Norminhalts keinen Umsetzungsspielraum.

175 S. Niessen in FS Everling (FN 174), S. 971 (1997).

176 Das gilt insb., da Art. 12 BBRL eindeutige Regelungen u. keinen Hinweis auf die Befugnisse der Mitgliedstaaten enthält u. auch vom Wortlaut her keinen Mindeststandard festlegt.

177 So ähnl. auch f. Kapitalrichtlinie *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie (FN 59), S. 155.

178 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 132.

179 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 132.

180 Kloos, Transformation (FN 156), S. 35.

181 Kloos, Transformation (FN 156), S. 35.

182 Vgl. allg. *Frenz*, Europarecht (FN 49), S. 272 Rz. 904.

183 So ähnl. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 132.

184 S. Bauer, BB 1981, 766 (767): Wahlrecht gegeben, wenn „an einen gegebenen Tatbestand mindestens zwei Rechtsfolgen anknüpfen, die sich gegenseitig ausschlie-

ßen, und wenn der zur Rechnungslegung Verpflichtete sich entscheidet, welche von ihnen eintritt“. Lt. Kloos, Transformation (FN 156), S. 90: Verpflichteter entw. Unternehmen (Unternehmenswahlrecht) o. – wie hier – Mitgliedstaat (Mitgliedstaatenwahlrecht).

185 S. *Kirchner/Schwartz*, WPg 1985, 397.

186 Kloos, Transformation (FN 156), S. 92.

187 Lt. *Schwartz*, Bankenrechnungslegung (FN 29), S. 122 u. *Oldenburger*, Pensionsgeschäfte (FN 22), S. 138: 25 Wahlrechte. *Hossfeld*, Jahresabschlüsse (FN 121): je nach Zählweise 47 bzw. 54 Wahlrechte.

188 Kloos, Transformation (FN 156), S. 92.

189 *Tipke* in *Leffson* u.a., Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB, 1986, S. 1.

190 S. Kloos, Transformation (FN 156), S. 92 f.; lt. *Bleckmann*, RIW 1987, 929 (934) gestehen unbestimmte Rechtsbegriffe den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum zu. A.A. *Hennrichs*, Wahlrechte (FN 54), S. 99.

191 S. allg. *Müller/Christensen*, Methodik (FN 169), S. 89 Rz. 67d.

ständig durch Gemeinschaftsrecht erfolgt und schon von daher den Mitgliedstaaten keinen Spielraum belässt.¹⁹² Nach der Rechtsprechung des EuGH würde etwas anderes nur für den Fall gelten, dass das Richtlinienrecht ausdrücklich eine Verweisung auf das nationale Recht vornimmt oder dass „der Gemeinschaftsrichter dem Gemeinschaftsrecht oder den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts keine Anhaltspunkte entnehmen kann, die es ihm erlauben, Inhalt und Tragweite des Gemeinschaftsrechts durch eine autonome Auslegung zu ermitteln“^{193, 194}. Beide Ausnahmefälle sind aber im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Zusätzlich spricht auch die Tatsache, dass der Richtliniengeber die pensionsgeschäftliche Thematik in Art. 12 der Richtlinie geregelt hat, gegen das Vorliegen eines impliziten Wahlrechts.¹⁹⁵ Der Richtliniengeber hat immer nur dann relevante Problemfelder aus dem Richtlinienentwurf und damit aus der EG-Bankrechtsharmonisierung ausgeklammert, wenn deren Harmonisierungserfolg aufgrund äußerst gegensätzlicher und strittiger nationaler Regelungen unter einem ziemlich zweifelhaften Stern stand. Als Beispiel hierfür wäre die bilanzielle Zurechnung von Leasinggegenständen zu nennen.¹⁹⁶ Da eine Harmonisierung in diesem Bereich – auf Jahre hin¹⁹⁷ – nicht gangbar schien, wurde auch keine verbindliche EG-Regelung für die Leasingbilanzierung in die Bankbilanzrichtlinie aufgenommen.¹⁹⁸

Insgesamt kann deshalb festgestellt werden, dass Art. 12 der Bankbilanzrichtlinie den nationalen Gesetzgebern weder explizit noch implizit ein Mitgliedstaatenwahlrecht einräumt.¹⁹⁹

f) Zwischenfazit in Bezug auf die Auslegung der Richtlinie

Entgegen einiger Stimmen in der Literatur²⁰⁰ ist somit als vorläufiges Ergebnis festzuhalten, dass den nationalen Gesetzgebern kein Spielraum bei der Umsetzung des Art. 12 der Richtlinie zusteht. Sie sind somit nicht befugt, den Anwendungsbereich der Ausnahmebilanzierung des Art. 12 der Richtlinie auch auf Geschäfte auszudehnen, bei denen sich die Rückübertragungsverpflichtung auf „gleichartige“ Vermögensgegenstände erstreckt.²⁰¹ Es besteht für sie im Rahmen

der Transformation des Art. 12 der Richtlinie vielmehr ein Zwang zur substantiellen Übernahme dieses Normtextes.²⁰² Dies hat auch der deutsche Gesetzgeber erkannt, wenn er in der Begründung zum Regierungsentwurf des Bankbilanzrichtlinie-Gesetzes ausführt, dass sich die Regelung in § 340b HGB über den Bilanzansatz von Pensionsgeschäften „in vollem Umfang aus Art. 12 der Bankbilanzrichtlinie“²⁰³ ergebe.²⁰⁴

2. Folgerungen für die richtlinienkonforme Auslegung der angeleglichenen Vorschrift des § 340b HGB, Grenzen und Fazit der richtlinienkonformen Auslegung

Fraglich ist allerdings, welche Ausstrahlung dieses enge Auslegungsergebnis der Richtlinie auf die Norm des § 340b HGB hat.²⁰⁵ Denn das bislang gewonnene Interpretationsergebnis aus Art. 12 ist im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bei der Auslegung des § 340b HGB zu beachten. Dies erfordert, den soeben herausgearbeiteten und damit bekannten Inhalt des Art. 12 der Richtlinie und dessen Zielsetzung nunmehr im Text der Norm des § 340b HGB „unterzubringen“^{206, 207}. Dass der EuGH den nationalen Rechtsanwendern bzw. den nationalen Richtern die denkbar größten Anstrengungen bei der richtlinienkonformen Auslegung abverlangt, steht außer Frage.²⁰⁸ So forderte er bereits in der Rechtssache „von Colson und Kamann“ die nationalen Gerichte auf, „das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den [ihnen] das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“^{209, 210}. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH²¹¹ bedeutet aber ein solch volles Ausschöpfen des Auslegungsspielraums nichts anderes, als dass sich die Auslegung der angeleglichen Norm des § 340b HGB durch die nationalen Gerichte „soweit wie möglich“²¹² am Zweck und am Wortlaut der Bankbilanzrichtlinie orientieren muss.²¹³ Hierbei sollte schon der geringste Zweifel, der sich im Rahmen der Auslegung des nationalen Rechts zeigt, zum Anlass genommen werden, Richtlinienkonformität zu erzielen.²¹⁴ Vor diesem Hintergrund liegt daher folgende richtlinienkonforme Auslegung des § 340b HGB

192 Vgl. allg. *Hennrichs*, Wahlrechte (FN 54), S. 99 m.(w)N.

193 EuGH v. 18.12.1992 – Rs. T-85/91 – Khouri, Slg. 1992, II-2648 – Rz. 32.

194 S. allg. *Hennrichs*, Wahlrechte (FN 54), S. 99 f.

195 So allg. *Kloos*, Transformation (FN 156), S. 92.

196 S. *Hossfeld*, Jahresabschlüsse (FN 121), S. 82.

197 Lt. *Pogodda*, FLF 1989, 90, keine Harmonisierung der Leasing-Branche zu erwarten.

198 S. *Maier*, FLF 1991, 163 (164): plädierte im Jahr 1991 für Erlass einer Leasing-Richtlinie.

199 So i.E. auch *Oldenburger*, Pensionsgeschäfte (FN 22), S. 138, aber ohne Unterteilung in ex- u. implizite Wahlrechte.

200 S. FN 155; *Kienle* in Schimansky u.a. (FN 39), § 105 Rz. 15. Lt. *Krumnow* u.a., Rechnungslegung (FN 17), § 340b HGB Rz. 9 Versäumnis d. dt. Gesetzgebers, im Gesetzestext klarzustellen, dass auch die Rückgabe gleichartiger Vermögensgegenstände v. § 340b HGB erfasst sei. Dieser Versäumnishinweis impliziert aber wiederum eine grds. Berechtigung d. dt. Gesetzgebers zur Klarstellung.

201 So i.E. auch *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 132.

202 So i.E. auch *Oldenburger*, Pensionsgeschäfte (FN 22), S. 138.

203 BBRL-Gesetzesentwurf v. 19.1.1990, BT-Drucks. 11/6275, 20.

204 Gl. A. *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 132 f.; krit. *Dörge*, AG 1997, 396 (402).

205 Vgl. *Lutter*, JZ 1992, 593 (598).

206 So erstmals *Lutter* in *Lutter* (FN 33), Einl. I. Rz. 26.

207 S. allg. *Hennrichs*, Wahlrechte (FN 54), S. 88 u. S. 166.

208 S. *Grundmann*, ZEuP 1996, 399 (413).

209 EuGH v. 10.4.1984 (FN 46), 1909 Rz. 28.

210 S. *Roth* in *Riesenhuber* (FN 70), § 14 Rz. 26.

211 S. EuGH v. 5.10.2004 – verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 – Pfeiffer u.a., Slg. 2004, I-8917 – Rz. 113.

212 EuGH v. 13.11.1990 – Rs. C-106/89 – Marleasing, Slg. 1990, I-4159 – Rz. 8.

213 So allg. *Unberath*, ZEuP 2005, 5 (6 f.).

214 S. *Hennrichs*, Wahlrechte (FN 54), S. 90, 166 u. 327.

nahe: Mit Blick auf Art. 12 der Richtlinie kann die in § 340b HGB gebrauchte mehrdeutige Formulierung „die Vermögensgegenstände“ nur in ihrer europäischen Bedeutung – also im Sinne von „dieselben Vermögensgegenstände“ – begriffen werden.²¹⁵ Folglich sind als echte Pensionsgeschäfte i.S.d. § 340b HGB nur solche Geschäfte zu verstehen, die auf die Hin- und Rückübertragung identischer Vermögensgegenstände abstellen (sog. echte Pensionsgeschäfte auf unvertretbare Sachen). Report-/bzw. Kostgeschäfte fallen somit nicht in den Anwendungsbereich des § 340b HGB.

Die hier vertretene Auslegung überschreitet auch nicht die Grenzen²¹⁶ der richtlinienkonformen Auslegung.²¹⁷ So ist die Formulierung „die“ des § 340b HGB als mögliche Wortlautgrenze durchaus der hier dargelegten Auslegung zugänglich.²¹⁸ Sie bedurfte sicherlich auch nicht der vom EuGH eingeforderten größtmöglichen Auslegungsanstrengung.²¹⁹ Schließlich ist offensichtlich, dass der nationalen Vorschrift des § 340b HGB durch diese richtlinienkonforme Interpretation auch kein neuer, diametral gegenläufiger Sinn verliehen wird.²²⁰ Denn die Einführung des § 340b HGB diene ja gerade der Angleichung der Normen des deutschen Rechts an die Bankbilanzrichtlinie.²²¹ Der deutsche Gesetzgeber war sich somit durchaus der normativen Vorgaben durch die Bankbilanzrichtlinie bewusst und äußerte daher auch im Regierungsentwurf des Bankbilanzrichtlinie-Gesetzes dementsprechend, dass sich die Bilanzierung von Pensionsgeschäften „in vollem Umfang aus Art. 12 der Bankbilanzrichtlinie“²²² ergebe. Dieser Äußerung kann aber auch entnommen werden, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung des Art. 12 der Richtlinie in § 340b HGB nicht über den Anwendungsbereich der Richtliniennorm hinausgehen wollte, diesen mithin also nicht auf die Rückübertragung auch gleichartiger Vermögensgegenstände erstrecken wollte. Insofern kann auch nicht von einer sog. „überschießenden Umsetzung“²²³ durch den deutschen Gesetzgeber gesprochen werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es daher auch vertretbar, wenn mittels der richtlinienkonformen Auslegung die Erfassung auch „gleichartiger“ Vermögensgegenstände unterbleibt und der –

bisher von der herrschenden Meinung als weit angelegte – Anwendungsbereich des § 340b HGB auf seinen europarechtlich angelegten Norminhalt zurückgeführt wird.²²⁴

3. Kritische Würdigung des Auslegungsergebnisses

Obwohl grds. nahezu jedes Vermögensobjekt Gegenstand eines Pensionsgeschäfts sein kann, würde die Vorschrift des § 340b HGB nach der hier vertretenen richtlinienkonformen Auslegung prima facie offensichtlich nur noch im Hinblick auf unvertretbare Sachen (Wechsel, Schecks, Darlehensforderungen, GmbH-Geschäftsanteile etc.) und sonderverwahrte²²⁵ Wertpapiere als Pensionsgüter, nicht mehr aber im Hinblick auf (giro-)sammelverwahrte Wertpapiere zur Anwendung gelangen. De facto käme es somit zu einer drastischen Verengung des sachlichen Anwendungsbereichs des § 340b HGB, da nur unvertretbare/sonderverwahrte Pensionsgüter aufgrund ihrer klaren Individualisierbarkeit bzw. Identifizierbarkeit der hier als Voraussetzung echter Pensionsgeschäfte i.S.d. § 340b HGB geforderten absoluten Nämlichkeit zwischen verpensioniertem und zurückzuübertragendem Vermögensgegenstand Rechnung tragen könnten. Denn nur bei diesen Pensionsgütern käme es – anders als im Fall der (Giro-)Sammelverwahrung²²⁶, bei der die Wertpapiere²²⁷ in einem einheitlichen (Giro-)Sammelbestand verwahrt werden, so dass der jeweilige Hinterleger als Miteigentümer²²⁸ an den zum Sammelbestand gehörenden Wertpapieren derselben Gattung nicht die von ihm konkret eingelieferten Stücke, sondern lediglich vertretbare Wertpapiere der eingelieferten Art in Höhe des Nennbetrags bzw. der Stückzahl herausverlangen kann (§§ 7 Abs. 1 Halbs. 2; 8 DepotG) – nicht zu einer Vermengung oder Vermischung der verpensionierten (Wertpapier-)Bestände.²²⁹

Man könnte natürlich die Meinung vertreten, dass Nämlichkeit der in Pension gegebenen und wieder zurückzuübertragenden Vermögensgegenstände als „Nämlichkeit in wirtschaftlichem Sinne“ und nicht – wie hier dargelegt – als „absolute Nämlichkeit (im Sinne einer Stückschuld)“ zu verstehen sei. Auf den ers-

215 Gl. A. Mayer, *Wirtschaftliches Eigentum* (FN 16), S. 133.

216 Zu weiteren Grenzen s. auch *Everling*, ZGR 1992, 376 (388).

217 S. *Everling*, ZGR 1992, 376 (388).

218 S. *Spetzler*, RIW 1991, 579 (581). Krit. *Unberath*, ZEuP 2005, 5 (7 f.).

219 S. EuGH v. 10.4.1984 (FN 46), 1909 Rz. 28.

220 S. allg. *Herlinghaus*, IFSt-Schrift Nr. 357, 1997, S. 60.

221 S. BBRL-Gesetzesentwurf v. 19.1.1990 (FN 203), S. 6.

222 BBRL-Gesetzesentwurf v. 19.1.1990 (FN 203), S. 20.

223 *Mayer/Schümbrand*, JZ 2004, 545.

224 Gl. A. Mayer, *Wirtschaftliches Eigentum* (FN 16), S. 133.

225 Zur Hinterlegung anvertraute nichtsammelverwahrfähige Wertpapiere (z.B. Namensaktien ohne Blankoindossament) o. sammelverwahrfähige Wertpapiere, für die der Hinterleger die gesonderte Verwahrung ausdrücklich o. formlos verlangt (§ 2 Abs. 1 S. 1 DepotG, § 5 Abs. 1 S. 1 DepotG). Es erfolgt eine gesond. Verwahrung d. Wertpapiere für jeden Hinterleger unter äußerl. erkennb. Bezeichnung (Streifband bzw. Mappe), so dass der Hinterleger als Alleineigentümer der im Streifbanddepot aufbewahrten Stücke jederzeit genau dieselben Wertpapiere

wieder herausverlangen kann, die er eingeliefert hat; s. *Schwintowski*, *Bankrecht*³, 2011, § 14 Rz. 20.

226 § 5 Abs. 1 S. 1 DepotG: Sammelverwahrung durch Wertpapiersammelbank (§ 1 Abs. 3 DepotG – in Dtl. sog. Clearstream Banking AG).

227 Nur „vertretbare“ Wertpapiere sind zur (Giro-)Sammelverwahrung zugelassen (§ 5 Abs. 1 DepotG). Lt. *Will* in *Kümpel/Wittig* (FN 20), Rz. 18.97 sind Wertpapiere dann vertretbar, wenn sie „im Rechtsverkehr nach Stückzahl oder Nennbetrag bestimmt zu werden pflegen und „austauschbar“ (d.h. fungibel) sind (§ 91 BGB). Fungibel sind Wertpapiere dann, wenn sie das gleiche Recht verbrieften. Bspw. Inhaberaktien, blankoindossierte Namensaktien, blankoindossierte vinkul. Namensaktien; s. *Mentz/Fröhling*, NZG 2002, 201 (204).

228 Hinterleger wird an den zum Sammelbestand d. Verwahrers gehörenden Wertpapieren derselben Art Miteigentümer nach Bruchteilen (§§ 741, 1008 BGB); s. *Heinsius/Horn/Than*, *Depotgesetz*, 1975, § 6 DepotG Rz. 16.

229 So für Sonderverwaltung *Einsele* in *Schmidt*, *MünchKomm/HGB*, Bd. 5², Depotgeschäft, Rz. 41 m.(w.)N.

ten Blick spricht für ein derartiges weites Verständnis vor allem, dass eine enge Interpretation der Formulierung „die“ in § 340b HGB im Sinn von „dieselben“ gerade vor dem Hintergrund der (Giro-)sammelverwahrung weder sinnvoll erscheint, noch möglich ist. Genau dies vertritt auch die h.M.²³⁰ mit dem Argument, dass eine hinreichende Feststellung, welche der verpensionierten Wertpapiere zurückübertragen wurden, nicht getroffen werden könne, wenn sich die Wertpapiere bei einer Wertpapiersammelbank (z.B. Clearstream Banking AG) befinden. In diesem Fall sieht die h.M.²³¹ daher das Nämlichkeitskriterium bereits dann als erfüllt an, wenn die in Pension gegebenen und die am Ende der Laufzeit zurückübertragenen Wertpapiere der Art und Stückzahl nach identisch sind.

Gegen dieses gewichtige Argument der h.M. spricht allerdings, dass sich allein das hier herausgearbeitete enge Auslegungsergebnis des § 340b HGB auch mit den allgemeinen Grundsätzen einer vom zivilrechtlichen Eigentum abweichenden Zuordnung von Vermögensgegenständen vereinbaren lässt.²³² Auch wenn die Richtlinie in Hinblick auf die EU-weit einheitliche Bilanzierung lediglich nur Mindeststandards normieren sollte, würde eine weite Auslegung des § 340b HGB einen Verstoß gegen deutsche handelsbilanzrechtliche Zurechnungsprinzipien darstellen.²³³ Hauptaufgabe des § 340b HGB besteht darin, im Falle von echten Pensionsgeschäften die Voraussetzungen für den Ausweis des wirtschaftlichen Eigentums beim Pensionsgeber festzulegen.²³⁴ Dass das wirtschaftliche Eigentum nur an „individuell bestimmten Sachen“ bestehen kann, hat der BFH bereits zutreffend in seinem Urteil vom 6.8.1971²³⁵ festgestellt.²³⁶ In dieser Hinsicht hat auch der BFH sowohl in seiner Dividendenstriping-Entscheidung vom 15.12.1999 als auch in seinem

Folgeurteil v. 20.11.2007²³⁷ entschieden, wenn er dort ausführte, dass es zu einer „Verlagerung von rechtlichem zu wirtschaftlichem Eigentum [...] immer nur im Hinblick auf ein und dasselbe Wirtschaftsgut kommen“²³⁸ könne.²³⁹ Dies ist eine Feststellung, die nicht nur aus steuerlicher, sondern auch aus handelsrechtlicher Perspektive selbstverständlich ist. Denn der Ausschluss des rechtlichen Eigentümers von der Einwirkung auf sein Wirtschaftsgut kann aber nur durch den wirtschaftlichen Eigentümer exakt dieses Wirtschaftsgutes erfolgen.²⁴⁰ Sowohl das handels- als auch das steuerrechtliche²⁴¹ wirtschaftliche Eigentum erfordert also ein konkretes, identifizierbares Bezugsobjekt.²⁴² Aus diesem Grund werden auch Bareinlagen abweichend von sonstigen Sicherheiten – auch nach²⁴³ Streichung der Regelung des § 246 Abs. 1 Satz 3 a.F.²⁴⁴ durch das BilMoG – nicht beim Sicherungsgeber, sondern ausnahmsweise beim Sicherungsnehmer als dem zivilrechtlichen Eigentümer aktiviert, da es in diesen Fällen zu einer ununterscheidbaren²⁴⁵ Vermengung der Barsicherheiten mit den eigenen Geldbeständen des Sicherungsnehmers kommt, so dass der Sicherungsgeber nicht in der Lage ist, dieselbe Geldsicherheit zurückzufordern.²⁴⁶ Genausowenig ist ein identifizierbares Bezugsobjekt des wirtschaftlichen Eigentums bei der Hin- und Zurückübertragung gleichartiger Reportgüter (insb. bei (giro-)sammelverwahrten Wertpapieren) gegeben, so dass es daher folgerichtig erscheint, nur im Falle echter Pensionsgeschäfte auf unvertretbare Sachen diese Pensionsgüter gem. § 340b Abs. 4 S. 1 HGB beim Pensionsgeber als deren wirtschaftlichem Eigentümer auszuweisen und bei Report- bzw. Kostgeschäften die (ununterscheidbaren) Report-/Kostgüter gerade nicht

230 S. Clouth/Vollmuth in Hopt, Vertrags- und Formularbuch³, BankR IV.T.4. S. 1434.

231 S. statt vieler Scharpf/Schaber, Bankbilanz (FN 29), S. 33.

232 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 133.

233 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 133.

234 Gl. A. Adler/Düring/Schmaltz (FN 14), § 246 HGB Rz. 266; Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 133.

235 S. BFH v. 6.8.1971 – III R 89/68, BStBl. II 1972, 28.

236 Gl. A. Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 39 AO Rz. 19.

237 S. BFH v. 20.11.2007 – I R 85/05, BFH/NV 2008, 551 ff.

238 S. BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 (530). Im Anschl. daran Hess. FG v. 17.1.2001 – 1 K 2287/00, EFG 2001, 898 f.; FG Düsseldorf v. 4.3.2002 – 17 K 3669/98 F, EFG 2002, 693; FG Düsseldorf v. 10.9.2002 – 6 K 3666/98 K, F EFG 2003, 20; Hess. FG v. 30.8.2005 – 4 K 2557/99, EFG 2005, 280. Frage d. Zurechnung d. wirtschaftl. Eigentums nicht mehr klärungsbedürftig lt. BFH v. 30.7.2002 – III B 50/51, BFH/NV 2003, 55 u. BFH v. 27.8.2003 – I B 186/02, BFH/NV 2003, 1581; krit. dagegen: IX. Senat in BFH v. 14.1.2004 – XI B 137/02, BFH/NV 2004, 638; Ausräumung dessen Bedenken aber in BFH v. 20.11.2007 (FN 237), 551. Überw. zustimmend auch Lit.: s. Sorgentrei, FR 2000, 441; Unfried, DStR 2000, 993 (996 f.); Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler (FN 236), § 39 AO Rz. 19; krit. Finverw.: z.B. Rau/Sahl, BB 2000, 1112 (1114 f.); Rau, BB 2004, 1600 (1601); bis heute fortbesteh. Nichtanwendungserlass (BMF v. 6.10.2000 – IV C 6 - S 2189 - 11/00, BStBl. I 2000, 1392). Zur Bedeutung d. Urteils im Rahmen d. Diskussion um mehrf. Kapitalertragsteueranrechnung bei Cum-/Ex-Geschäften; s. bspw. Anzinger, RdF 2012, 394.

239 Eine Gesamtbetrachtung wie die d. Hess. FG-Urteils v. 2.12.1996 – 4 K 3180/94, EFG 1997, 825 (Vorinstanz z. BFH v. 15.12.1999 (FN 238) 527), die als Zurechnungsobjekt gattungsmäßig bestimmte Wirtschaftsgüter in den Mittelpunkt rückt, lehnte der BFH dagegen bislang ab.

240 S. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 133. Auch handelsrechtl. wirtschaftl. Eigentumsdefinition in § 246 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 HGB i.d.F. BilMoG (FN 25) orientiert sich an § 39 AO u. damit am Ausschließungsrecht d. Nichteigentümers; s. Merkt in Baumbach/Hopt (FN 24), § 246 HGB Rz. 14. Vor BilMoG schon: Adler/Düring/Schmaltz (FN 14), § 246 HGB Rz. 265.

241 Gl. A. Haamann/Dörfler, IStR 2000, 176 (182).

242 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 133.

243 S. Förschle/Ries in Förschle/Grottel, BeBiko⁹, § 246 HGB Rz. 19.

244 § 246 Abs. 1 S. 3 HGB a.F. basierte auf dem durch das BBRL-Gesetz (FN 28) umgesetzten Art. 8 Abs. 2 BBRL. Er lautete: „In die Bilanz des Sicherungsnehmers sind sie nur aufzunehmen, wenn es sich um Bareinlagen handelt.“ § 246 Abs. 1 S. 2 HGB a.F. lautete: „Vermögensgegenstände, die unter Eigentumsvorbehalt erworben oder an Dritte für eigene oder fremde Verbindlichkeiten verpfändet oder in anderer Weise als Sicherheit übertragen worden sind, sind in die Bilanz des Sicherungsgebers aufzunehmen.“

245 S. Mathews, BB 1989, 455; Schwartz, Bankenrechnungslegung (FN 29), S. 168 m.(w.)N.; Adler/Düring/Schmaltz (FN 14), § 246 HGB Rz. 273.

246 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 133 zum Rechtsstand vor BilMoG.

gem. § 340b Abs. 4 Satz 1 HGB weiterhin in der Bilanz des Report-/Hereingebers zu bilanzieren²⁴⁷.

Nur das hier gefundene Auslegungsergebnis steht zudem auch im Einklang mit einem im Handels- und Steuerrecht gleichermaßen verankerten Doppel- bzw. Mehrfachzurechnungsverbot²⁴⁸ eines Vermögensgegenstandes/Wirtschaftsgutes bei zwei (mehreren) Personen zur gleichen Zeit. Da der Reportnehmer nur eine Verpflichtung zur Rückübertragung lediglich gleichartiger Reportgüter hat, wird er die erhaltenen Gegenstände regelmäßig an einen Dritten weiterveräußern²⁴⁹. Daraus folgt, dass während der Reportdauer in der Bilanz eines Dritten (regulärer Käufer/Leerkäufer) die Reportgüter aktiviert sind, da sie diesem nach allgemeinen Grundsätzen auch zuzurechnen sind.²⁵⁰ Denn der erwerbende Dritte wird regelmäßig sowohl zivilrechtlicher als auch wirtschaftlicher Eigentümer der Reportgüter (insb. vertretbare Wertpapiere), da niemand anderer (insb. nicht der Reportnehmer als Verkäufer der Reportgüter) ihn als formal-rechtlichen Eigentümer dauerhaft von der Einwirkung auf den Gegenstand ausschließen kann.²⁵¹ Da aber die h.M. in der Literatur auch auf Transaktionen, die lediglich auf die Rückgabe von Gegenständen gleicher Art, Menge und Güte gerichtet²⁵² sind, die Vorschrift des § 340b HGB anwendet und daher derartige Pensionsgüter beim Pensionsgeber bilanziert wissen will, kommt es im Falle der Weiterveräußerung solcher Pensionsgüter nach Auffassung des wohl überwiegendes Teils²⁵³ des handelsrechtlichen Schrifttums – allen voran des IDW²⁵⁴ – zu einer Doppelzurechnung, und damit zu einem Doppelausweis des Pensionsgutes sowohl beim Pensionsgeber (als wirtschaftlichem Eigentümer gem. § 340b HGB) als auch beim Dritten.²⁵⁵

Eine solche Doppelzurechnung der nicht identifizierbaren Vermögensgegenstände sowohl in der Bilanz des Report-/Hereingebers als auch in der des Dritten ist aber in keinsten Weise mit den in § 246 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 HGB²⁵⁶ und § 39 AO enthaltenen Zurechnungsregeln vereinbar. Als Regel-Ausnahme-Vorschriften²⁵⁷ sehen beide Normen die Zurechnung²⁵⁸ eines Vermögensgegenstands/Wirtschaftsgutes zeitgleich bei immer *nur einer* Person vor.²⁵⁹ Im Fall von Aktien als Report-/Kostgüter bspw. muss nach logischen Zuordnungsgrundsätzen die Addition aller den unterschiedlichen Aktieninhabern zuzurechnen-

den Papieren immer 100 % des Grundkapitals ergeben.²⁶⁰ Dem widerspricht eine Bilanzierung von Aktien in der Bilanz des Report-/Kostgebers, wenn dieser nur einen Rückübertragungsanspruch auf gattungsgleiche Aktien hat, welche eine berechnete Erfassung in der Bilanz eines Dritten erfahren.²⁶¹ Dies hat auch der RFH erkannt, wenn er in seinem Urteil vom 6.3.1930 speziell zu den Kostgeschäften ausführt: „Der Hereingebende hat lediglich einen Anspruch auf Rücklieferung gleichartiger Wertpapiere. Der Hereinnehmer braucht also am Stichtag die hereingenommenen Wertpapiere gar nicht zu besitzen, sondern er kann sie vorher an einen Dritten veräußert haben. *In diesem Falle* ist wirtschaftlicher Eigentümer zweifellos nicht der Hereingebende, sondern der Dritte und *nur dieser*.“²⁶²

Schlussendlich können – selbst bei hier vertretener richtlinienkonformer enger Auslegung des § 340b HGB – sogar (giro-)sammelverwahrte Wertpapiere Gegenstand eines echten Pensionsgeschäfts i.S.d. § 340b HGB sein, und zwar dann, wenn man mit Mayer von sog. „quantitativ selbständigen Miteigentumsanteilen am Sammeldepot“²⁶³ als identifizierbare Bezugsobjekte des wirtschaftlichen Eigentums ausgeht, die während der Pensionsdauer im Depot des Pensionsnehmers getrennt „geparkt“ werden.²⁶⁴ Denn durch Verwendung derartiger „geparkter Anteile“ wäre auch bei (Giro-)Sammelverwahrung eine enge Abgrenzung technisch darstellbar und dadurch die Voraussetzungen für die für das Vorliegen echter Pensionsgeschäfte im hier vertretenen Sinne maßgebliche Hin- und Rückübertragung derselben Vermögensgegenstände geschaffen. Folglich würde sich auch der Anwendungsbereich des § 340b HGB de facto nicht als so begrenzt darstellen, wie ein erster Blick vermuten lässt.

Wie aus dem Vorgesagten ersichtlich wird, sprechen durchaus gute Gründe für die hier vertretene enge richtlinienkonforme Interpretation des § 340b HGB und somit für eine Subsumtion lediglich echter Pensionsgeschäfte auf unvertretbare Sachen²⁶⁵ unter die Vorschrift des § 340b HGB. Mit Blick auf die nun in Abschnitt IV. folgende handelsbilanzielle Darstellung derartiger Geschäfte, bedeutet dies aber nichts anderes, als dass eine solche enge Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 340b HGB zwangsläufig eine strikte – auch handelsbilanzielle – Differenzierung zwischen echten Pensionsgeschäften auf unvertretba-

247 Abgesehen von v. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 134 vorgeschlagenen „geparkten Anteilen“ als „identifizierbare Bezugsobjekte“.

248 S. dazu Heilmeyer, „The problem of double (multiple) attribution of ownership“, in Kürze auf <http://www.ssrn.com>.

249 So bspw. bei Repos Rudolph u.a., Kreditrisikotransfer, 2007, S. 104.

250 S. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 134.

251 S. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 134.

252 S. FN 17.

253 S. bspw. Scharpf/Schaber, Bankbilanz (FN 29), S. 37; krit. DIHT/BDI/BdB-Stellungnahme v. 3.9.2007.

254 S. bis heute nicht abschließ. verabschiedet. IDW-Entwurf v. 29.11.2006; vgl. IDW (FN 17), 83 (87) Tz. 20.

255 Etwas verquer: nv. BMF v. 11.3.2002 – IV A 6 - S 2134 - 18/02, 4, wenn BMF in Weiterveräußerungsfällen zwar einen Doppelausweis verneint, jedoch „in den Bilanzen des Pensionsgebers und des Dritten gleichartige, aber nicht

dieselben Wertpapiere“ ansetzen möchte.

256 I.d.F. BilMoG (FN 25).

257 So für StR: Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler (FN 236), § 39 AO Rz. 3.

258 Dies ergibt sich aus der Auslegung v. § 39 AO u. § 246 HGB nach den vier klass. Auslegungsmethoden; Gl. A. Anzinger, RdF 2012, 394 (400) nur f. § 39 AO.

259 So Schmid/Mühlhäuser, BB 2001, 2609 (2613 f.).

260 S. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 134.

261 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 134 nur f. Repos.

262 RFH v. 6.3.1930 – III A 134, StuW 1930, 1345.

263 Gl. A. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 134.

264 S. Mayer, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 134, der auf S. 84 ff. gezeigt hat, wann (giro-)sammelverw. Aktien ein zulässiges konkretes, greifbares Zurechnungsobjekt f. wirtschaftl. Eigentum sein können.

265 Inkl. „geparkter Anteile“.

re Sachen und Report- bzw. Kostgeschäften zur Folge haben muss.

IV. Ausstrahlung des Auslegungsergebnisses auf die Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte im Handelsrecht

Das hier gewonnene Auslegungsergebnis strahlt insofern auf die Behandlung echter Pensionsgeschäfte im Handelsrecht aus, als es die Reichweite der Bilanzierungsanordnung in § 340b Abs. 4 HGB dahingehend begrenzt, dass diese nur für sog. echte Pensionsgeschäfte auf identische Pensionsgüter bzw. unvertretbare Sachen gelten kann. Denn § 340b Abs. 4 Satz 1 HGB schreibt nur für diejenigen Geschäfte, die unter den Anwendungsbereich des § 340b Abs. 2 HGB fallen, einen ununterbrochenen Ausweis des Pensionsgutes ausnahmsweise weiterhin in der Bilanz des Pensionsgebers als wirtschaftlichem Eigentümer vor. Report- bzw. Kostgeschäfte (inkl. deren Spezialfall des Repurchase Agreements) sind nach hier vertretener Ansicht dagegen gerade nicht²⁶⁶ von der Bilanzierungsanweisung des § 340b Abs. 4 HGB mitumfasst.²⁶⁷ Die zutreffende handelsrechtliche Zurechnung der Report-/Kostgüter muss sich vielmehr nach der allgemeinen Zurechnungsregel des § 246 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 HGB²⁶⁸ richten, mit deren Hilfe sich unter Berücksichtigung der jeweiligen Vertragsgestaltungen sowie unter Abwägung aller relevanten Kriterien feststellen lässt, ob der Report-/Hereinnehmer auch das wirtschaftliche Eigentum an den übertragenen Report-/Kostgütern erlangt und diese folglich in seiner Bilanz auszuweisen hat.²⁶⁹ Da eine Erläuterung dieser Zuordnungsproblematik²⁷⁰ der Report-/Kostgüter allerdings den Rahmen dieses Aufsatzes überschreiten würde, müssen nachfolgende Ausführungen auf die Darstellung der handels- und steuerrechtlichen Bilanzierungsfolgen für echte Pensionsgeschäfte auf unvertretbare Sachen beschränkt bleiben, für die Folgendes gilt:

Beim Abschluss von echten Pensionsgeschäften hat der Pensionsgeber gem. § 340b Abs. 4 Satz 1 HGB die verpensionierten Vermögensgegenstände weiterhin in seiner Handelsbilanz zusammen mit den übrigen Aktiva auszuweisen und im Anhang anzugeben (§ 340b Abs. 4 Satz 4 HGB).²⁷¹ Die in Pension gegebene

nen Güter werden somit nicht ausgebucht, sondern verbleiben im Bestand des Pensionsgebers als wirtschaftlichem Eigentümer.²⁷² Daneben hat der Pensionsgeber den ihm aus dem Geschäftsabschluss zugeflossenen Geldbetrag als Bankforderung, Kasse o.Ä. zu aktivieren und als Gegenposten dazu eine Verbindlichkeit gegenüber dem Pensionsnehmer in der Bilanz zu passivieren (§ 340b Abs. 4 Satz 2 HGB). Wie aus dieser bilanziellen Behandlung echter Pensionsgeschäfte ersichtlich wird, entspricht diese im Ergebnis der bilanziellen Abbildung von besicherten²⁷³ Kreditaufnahmen.²⁷⁴

Beim Pensionsnehmer wiederum erfolgt die handelsbilanzielle Abbildung des echten Pensionsgeschäfts spiegelbildlich zur Bilanzierung beim Pensionsgeber.²⁷⁵ Dies bedeutet, dass der Pensionsnehmer – trotz des auf ihn übergegangenen zivilrechtlichen Eigentums an dem Pensionsgut – dieses Gut nicht in seiner Handelsbilanz ansetzen darf (§ 340b Abs. 4 Satz 5 HGB).²⁷⁶ Stattdessen schreibt § 340b Abs. 4 Satz 5 HGB den Ausweis einer Forderung vor, und zwar in Höhe des Betrages, den der Pensionsnehmer für die Übertragung des Pensionsgutes auf ihn aufwenden musste.²⁷⁷

V. Ausstrahlung des Auslegungsergebnisses auf die Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte im Steuerrecht

Inwieweit das Ergebnis der richtlinienkonformen Auslegung des § 340b HGB möglicherweise auch auf die Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte in der Steuerbilanz ausstrahlen kann, hängt entscheidend davon ab, ob ihm über den in § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG verankerten Maßgeblichkeitsgrundsatz Bedeutung zukommt.²⁷⁸ Dazu müsste (1) der Maßgeblichkeitsgrundsatz überhaupt zur Anwendung gelangen, d.h. es dürften keine zwingenden steuerrechtlichen Sonderregelungen²⁷⁹ in Bezug auf echte Pensionsgeschäfte existieren, die den Maßgeblichkeitsgrundsatz einschränken könnten und (2) müsste es sich bei § 340b HGB um eine Kodifizierung eines auf alle Kaufleute anwendbaren handelsrechtlichen GoB handeln, der von der in § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG vorgenommenen Verweisung auf die „handelsrechtlichen GoB“ mitumfasst wäre.

266 Abgesehen v. „geparkten Anteilen“.

267 Entgegen h.M.; s. FN 17.

268 I.d.F. BilMoG (FN 25).

269 Ob/inwieweit § 39 AO in diese handelsrechtl. Zuordnungsentscheidung hineinspielt, ist wiederum im Wege der Auslegung v. § 246 Abs. 1 S. 2 HGB zu ermitteln.

270 S. dazu Heilmeier, „Die handels- und steuerrechtliche Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums bei Report- bzw. Kostgeschäften am Beispiel von Repurchase Agreements“, Working Paper, in Kürze auf <http://www.ssrn.com>.

271 So auch h.M. aber inkl. Repos; s. Krumnow u.a., Rechnungslegung (FN 17), § 340b HGB Rz. 19.

272 S. Edelmann/Ellex, Wertpapierdarlehen (FN 1), S. 99; lt. IDW (FN 17), 83 (87) Tz. 19 aufgrund der beim Pensionsgeber verbleib. Wertänderungschancen u. Risiken.

273 So auch BBRL; vgl. Europ. Kommission, Amtl. Erläut. zum BBRL-Vorschlag (FN 108) in Hirte, Bankrecht (FN 108), D

411, 1 (4): „Geldaufnahmen“; in Kombination mit der in Art. 12 Abs. 4 S. 2 BBRL vorgeschrieb. Hinweispflicht auf die verpensionierten Güter im Anhang, mit der nur der Ausweis als Sicherheiten für eigene Verbindl. (Art. 40 Abs. 3 lit. d BBRL) gemeint sein kann. S. auch Schwartz, Bankrechnungslegung (FN 29), S. 171.

274 So auch h.M., aber auch bzgl. vertretb. Sachen: s. statt vieler Scharpf/Schaber, Bankbilanz (FN 29), S. 36.

275 S. Bieg/Waschbusch/Käufer, ZBB 2008, 63 (66).

276 S. Oldenburger, Pensionsgeschäfte (FN 22), S. 173, 183.

277 S. Bieg, Bankbilanzierung (FN 14), S. 139.

278 Aufgrund des Verweises v. § 5 Abs. 1 EStG auf gemeinschaftsrechtl. geprägtes HR sind Auslegungsfragen zu diesem auch f. steuerbil. Problemstellungen relevant. S. allg. Meilicke, BB 1992, 969 (971 f.).

279 S. Crezelius in Kirchhof, EStG¹³, § 5 Rz. 28.

Nur unter diesen Bedingungen würde durch diese „mittelbare“²⁸⁰, „dynamische“²⁸¹ Verweisung in § 5 Abs. 1 EStG der gemeinschaftsrechtlich durchwobene Inhalt des § 340b HGB in Form eines GoB gedanklich in das verweisende Einkommensteuergesetz importiert, so dass folglich die steuerbilanzielle Abbildung „echter Pensionsgeschäfte auf unvertretbare Sachen“ beim Pensionsgeber derjenigen der Handelsbilanz entspräche. Mit anderen Worten wären dann auch für steuerliche Zwecke nur Pensionsgüter aus Geschäften, bei denen sich die Rückübertragungsverpflichtung des Pensionsnehmers auf die nämlichen verpensionierten Güter erstreckt, zwingend dem Pensionsgeber als wirtschaftlichem Eigentümer zuzurechnen und weiterhin in seiner Steuerbilanz auszuweisen (§ 340b Abs. 4 HGB i.V.m. § 5 Abs. 1 EStG).

Fraglich ist daher zunächst, ob eine derartige steuerrechtliche Spezialregelung existiert. Zwar stellen weder der steuerliche Bewertungsvorbehalt i.S.d. § 5 Abs. 6 EStG²⁸² noch die Regelungen des § 5 Abs. 2 bis Abs. 5 EStG Vorschriften dar, die die Maßgeblichkeit der europarechtlich geprägten Norm des § 340b HGB für die Steuerbilanz beschneiden könnten. Dennoch sehen Teile²⁸³ des steuerrechtlichen Schrifttums in der (Zurechnungs-)Vorschrift des § 39 AO durchaus eine derartige (eigenständige) steuerliche Regelung, die die Geltung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes einschränken könnte. Die h.M.²⁸⁴ lehnt diese Meinung allerdings mit dem Argument ab, dass § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG als Gewinnermittlungsvorschrift gesetzestech-

nisch *lex specialis* zu der im allgemeinen Schuldrecht verankerten Vorschrift des § 39 AO sei und damit dem § 39 AO vorgehe. Auch die Rechtsprechung hat sich zum Verhältnis zwischen § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG und § 39 AO bisher nicht abschließend geäußert.²⁸⁵ So vertritt der BFH zum Teil die Auffassung, dass die handelsrechtlichen Bestimmungen den § 39 Abs. 2 AO verdrängen.²⁸⁶ In anderen Urteilen nimmt der BFH dagegen implizit einen Vorrang des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO an.²⁸⁷

Nach Meinung der Verfasserin erübrigt sich jedoch eine Klärung des Rangverhältnisses zwischen § 5 Abs. 1 EStG und § 39 AO. Denn für den Fall echter Pensionsgeschäfte auf unvertretbare Sachen führt nach Ansicht der Verfasserin eine Zurechnung nach § 39 AO typischerweise²⁸⁸ zu demselben steuerlichen Zurechnungsergebnis wie die von der h.M. im Fachschrifttum²⁸⁹ und der Finanzverwaltung²⁹⁰ favorisierte Zurechnung anhand des maßgeblichen § 340b HGB: nämlich zu einer steuerlichen Zurechnung des Pensionsgutes zum Pensionsgeber als wirtschaftlichem Eigentümer – und damit zur Bilanzierung des Pensionsgutes weiterhin in dessen²⁹¹ Steuerbilanz.²⁹² Dies lässt sich wie folgt begründen: Da die vertragsschließenden Parteien den Rückkaufpreis der Pensionsgegenstände – entsprechend der gesetzlichen Anordnung in § 340b Abs. 1 HGB – bereits bei Abschluss des Kassakaufs fest vereinbaren, verbleiben das Risiko²⁹³ einer Wertminderung und die Chance einer Wertstei-

280 D.h. eine Verweisung, die selbst nicht direkt auf Gemeinschaftsrecht, sondern vielmehr auf nat. Recht verweist, das jedoch wieder Gemeinschaftsrecht transformiert; *Bärenz*, Zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das Steuerbilanzrecht, 2004, S. 93 f.

281 *Clemens*, AÖR 111 (1986), 63 (80).

282 Schon aus der systemat. Stellung d. § 340b HGB außerhalb der mit „Bewertungsvorschriften“ überschrieb. Normengruppe d. §§ 340e – 340g HGB im Dritten Titel des HGB folgt, dass § 340b HGB eine Ansatz- und keine Bewertungsvorschrift ist. Gl. A. *Häuselmann/Wagner*, FR 2003, 331 (334).

283 Vgl. *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG³³, § 5 EStG Rz. 151 m.(w.)N.; *Ruppel*, DStR 1979, 69 (70); für Vorrang d. § 39 AO wg. teleolog. Reduktion des § 5 EStG bspw. *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 58 ff., 139. Zur teleolog. Reduktion *Hennrichs* in Tipke/Lang, Steuerrecht²¹, 2013, § 9 Rz. 52.

284 S. statt vieler *Hennrichs* in Tipke/Lang (FN 283), § 9 Rz. 145 m.(w.)N.

285 Offenlassend auch BFH v. 1.12.2012 – I R 57/10, BStBl. II 2012, 407 (409).

286 So schon BFH v. 18.11.1970 – I 133/64, BStBl. II 1971, 133 (136); ausdrückl. auch BFH v. 10.7.1980 – IV R 136/77, BStBl. II 1981, 84 (87), aber nur f. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO.

287 So schon zu § 11 StAnpG: FG BaWü v. 3.9.1970 – VI 136/69, EFG 1971, 42 u. Hess. FG v. 13.5.1975 – I 198/73, EFG 1975, 533; BFH v. 2.5.1984 – VIII R 276/81, BStBl. II 1984, 820 (822); zu § 39 AO: s. BFH v. 15.12.1999 (FN 238), 527. Bemerkenswert f. Zwecke dieses Aufsatzes sind aber das Dividendstripping-Urteil u. die in jüngerer Zeit dazu ergangenen BFH-Folgeurteile, in denen der BFH interessanterw. die zugrunde lieg. Zurechnungsproblematik ohne Umschweife u. kommentarlos ausschließl. anhand v. § 39 AO löst, obwohl das Zurechnungssubjekt in all diesen Fällen eine GmbH ist, die ihren Gewinn n. § 5 EStG

ermittelt; s. BFH v. 15.12.1999 (FN 238), 527; BFH v. 27.8.2003 (FN 238), 1581; BFH v. 20.11.2007 (FN 237), 551 (552); so auch FG Hamburg v. 24.11.2011 – 6 K 22/10, EFG 2012, 351 (Vorinst. z. derzeit nv. BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12); so jüngst BFH in Pressemitteilung Nr. 30 v. 17.4.2014; So ähnl. schon *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 57, aber nur zu BFH v. 15.12.1999 (FN 238), 527.

288 Je nach den konkreten vertragl. Modalitäten d. einzelnen Pensionsgeschäfts.

289 So h.M. im HR/StR, ohne europarechtl. Bezug, aber inkl. Repos: s. statt vieler *Weber-Grellet* in Schmidt (FN 283), § 5 EStG Rz. 270 Stichw. „Pensionsgeschäfte“; *Schnitger/Bildstein*, IStR 2008, 202 (204) m.(w.)N.; A.A. *Bode* in Kirchhof (FN 279), § 4 Rz. 79.

290 S. BMF v. 3.4.1990 – IV B 2 - S 2134 - 2/90, DB 1990, 863 (inzw. aufgehoben durch BMF v. 29.3.2007 – IV C 6-O 1000/07/0018, BStBl. I 2007, 369); OFD Frankf. a.M. v. 15.3.1995 – S 2134 A - 15 - St II 20, BB 1995, 1081; nv. BMF v. 11.3.2002 (FN 255), 3; Bay. LfSt v. 20.7.2010 – S 2134.1.1-5/2 St 32, ESt-Kartei BY § 5 Karte 3.1; jüngst OFD Frankf. a.M. v. 19.11.2013 – S 2134 A - 15 - St 210, DB 2014, 454.

291 Gl. A. *Haisch* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, § 5 EStG Rz. 1560; i.E. auch *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 140 f. A.A. *Plewka/Schmidt* in Lademann, EStG, § 5 EStG Rz. 982; *Häuselmann/Wagner*, FR 2003, 331 (334). Offenlassend BFH v. 29.11.1982 – GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272.

292 Zurechnung der Pensionsgütererträge bei echten Pensionsgeschäften seit BFH v. 29.11.1982 (FN 291), 272 stets dem Pensionsnehmer als zivilrechtl. Eigentümer. S. BMF v. 12.7.1983 – IV B 2-S 2170-21/83, BStBl. II 1983, 392. A.A. *Weber-Grellet* in Schmidt (FN 283), § 5 EStG Rz. 270 Stichw. „Pensionsgeschäfte“.

293 S. dazu allg. BFH v. 22.7.2008 – IX R 74/06, BStBl. II 2009, 124 (125); BFH v. 1.8.2012 – IX R 6/11, BFH/NV 2013, 9 (10) m.(w.)N.

gerung des Pensionsguts allein beim Pensionsgeber.²⁹⁴ Ferner hat der Pensionsgeber wegen seines Anspruchs auf Rückübertragung der identischen Pensionsgüter auch eine Anwartschaft.²⁹⁵ Dem Pensionsnehmer stehen zwar als zivilrechtlichem Eigentümer alle Rechte aus den Pensionsgütern während der Laufzeit des echten Pensionsgeschäftes zu.²⁹⁶ Durch die schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückgabe derselben Pensionsgüter ist allerdings sein Verfügungsrecht über diese konkreten Pensionsgüter in relevanter Weise eingeschränkt.²⁹⁷ Vor diesem Hintergrund scheinen auch weder der beim Pensionsnehmer mögliche Pfändungs- und Insolvenzzugriff²⁹⁸ noch dessen Verfügungsbefugnis (insb. dessen Möglichkeit der Vornahme von Zwischenverfügungen²⁹⁹) geeignet, das wirtschaftliche Eigentum des Pensionsgebers³⁰⁰ in Frage zu stellen.³⁰¹

Spricht man sich hingegen mit der h.M.³⁰² für einen Vorrang der GoB gegenüber § 39 AO aus, so stünde einer Ausstrahlung des hier gewonnenen richtlinienkonformen Ergebnisses zu § 340b HGB in das Steuerrecht grundsätzlich keine steuerrechtliche, die Maßgeblichkeit beschränkende Vorschrift entgegen. Allerdings geht eine solche Auffassung implizit davon

aus, dass § 340b HGB GoB-Qualität besitzt und als solcher Teil der in § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG angeordneten „GoB“-Verweisung ist.

Zwar wäre einer solchen Ansicht der h.M. zuzustimmen, wenn § 340b HGB tatsächlich einen allgemeinen GoB³⁰³ verkörpert. Denn nur allgemeine handelsrechtliche GoB können nach der wohl überwiegenden Auffassung im Schrifttum überhaupt ein adäquates Verweisungsobjekt des § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG darstellen.³⁰⁴ Gegen eine Einstufung des § 340b HGB als allgemeinen GoB spricht nach Ansicht der Verfasserin aber sowohl die systematische³⁰⁵ Stellung des § 340b HGB im Vierten Abschnitt des Dritten Buches des HGB – genauer gesagt in dessen Unterabschnitt „Ergänzende Vorschriften für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute“ – als auch die Tatsache, dass Art. 8 der Bankbilanzrichtlinie zur bilanziellen Erfassung sicherungsweise zu übertragender Vermögensgegenstände – im Gegensatz zu Art. 12 der Richtlinie – in einer Vorschrift des allgemeinen Teils des HGB (§ 246 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 HGB³⁰⁶) untergebracht³⁰⁷ wurde. Diese Vorgehensweise des deutschen Gesetzgebers bei der Umsetzung der Richtliniennormen in das deutsche Handelsrecht zeigt unmittelbar,

294 Gl. A. statt vieler *Schmid/Stoll*, DStR 2001, 2137 (2142). Mit Blick auf KapGes-Anteile als mögl. Pensionsgüter: s. *Englisch*, FR 2010, 1023 (1027), demzufolge der BFH dem Übergang der Kurschancen u. -risiken seit jeher gerade bei der Beurteilung d. Zurechnung derartiger Anteile nach § 39 AO besondere Bedeutung zumisst; best. durch noch unveröffentl. BFH v. 16.4.2014 – I R 2/12. Der Pensionsnehmer hingegen wird im Falle echter Pensionsgeschäfte auf ident. Pensionsgüter durch den fest vereinbarten Rücknahmepreis von dem als zivilrechtl. Eigentümer regelmäßig zu tragenden Risiko d. Verkehrswertverschlechterung befreit, andererseits entgeht ihm dadurch aber auch die mit dem Eigentum an Pensionsgütern verbundene Wertsteigerungschance; s. FG BaWü v. 3.9.1970 (FN 287), 42 (43). A.A. *Heiss*, DB 1974, 399 (401).

295 Gl. A. *Haisch/Helios* in *Haisch/Helios* (FN 1), § 2 Rz. 222 m.(w.)N.

296 S. BFH v. 29.11.1982 (FN 291), 272.

297 Gl. A. *Kienle* in *Schimansky u.a.* (FN 39), § 105 Rz. 39; *Häuselmann/Wiesenbart*, DB 1990, 2129 (2131). Ähnl. *Haisch/Helios* in *Haisch/Helios* (FN 1), § 2 Rz. 222. *Rau*, BB 2000, 2338 (2339) für Übergang wirtschaftl. Eigentums m. Blick auf BFH v. 15.12.1999 (FN 238), 527 nur bei Rückgabepflicht gleichartiger Papiere.

298 Denn Pensionsgeber muss bei Zahlungsunfähigkeit/-unwilligkeit o. bei Konkurs d. Pensionsnehmers die Vollstreckung in das Vermögen d. Pensionsnehmers o. auch eine Verpfändung d. Pensionsgegenstands durch die Gläubiger d. Pensionsnehmers dulden, weil ihm die Verhinderung dieses Gläubigerzugriffs durch Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) nicht offensteht; s. BFH v. 29.11.1982 (FN 291), 272 (276); *Niemann*, IFSt-Brief Nr. 239 „Pensionsgeschäfte“, 1984, S. 9 f.; DB 1984, 2663 (2664); FG BaWü v. 3.9.1970 (FN 287), 42 (43); *Schmid/Stoll*, DStR 2001, 2137 (2142); so schon *Bennat*, WM 1969, 1434 (1437).

299 Bspw. Weiterveräußerung, -verleihung o. Unterpensionierung d. Pensionsgüter bis zur Fälligkeit d. ursprüngl. echten Pensionsgeschäfts auf unvertretb. Sachen.

300 Gl. A. ält. Schrifttum/Finverw.: nur Einigkeit über Verbleib d. wirtschaftl. Eigentums beim Pensionsgeber im

Fall echter Pensionsgeschäfte mit Sicherungscharakter bzw. über ident. Pensionsgüter; s. *Merkert*, DB 1973, 1614; *Heiss*, DB 1974, 399 (404); *Offerhaus*, StBp 1983, 119 (120); Gleichl. Erlasse d. obersten Fin.behörden v. 10.10.1969, BStBl. I 1969, 652: Rückgabepflicht d. „empfangenen Vermögensgegenstände“; BFH v. 23.11.1983 – I R 147/78, BStBl. II 1984, 217; in neuer Zeit *Bogenschütz*, Ubg 2008, 533 (542); *Haisch/Helios* in *Haisch/Helios* (FN 1), § 2 Rz. 219, 222, 226; *Bode* in *Kirchhof* (FN 279), § 4 Rz. 79. Alle anderen Fälle strittig.

301 Gl. A. *Haisch* in *Herrmann/Heuer/Raupach* (FN 291), § 5 EStG Rz. 1560; Ähnl. *Mayer*, Wirtschaftliches Eigentum (FN 16), S. 91.

302 S. statt vieler *Drüen* in *Tipke/Kruse*, AO, § 39 AO Rz. 11 m.(w.)N.; *Schmid/Stoll*, DStR 2001, 2137 (2142).

303 So h.M. statt vieler *Adler/Düring/Schmaltz* (FN 14), § 246 HGB Rz. 336; *IDW* (FN 17), 83 (87) Tz. 19; *Krumm* in *Blümich*, EStG, KStG, GewStG, § 5 EStG Rz. 1082. A.A. *Haarmann*, StbJb. 2006/2007, 253 (261).

304 Lt. wohl h.M. (*Matiak* in *FS Beisse*, 1997, S. 323 (325); *Krumm* in *Blümich* (FN 303), § 5 EStG Rz. 205; *Hennrichs* in *Tipke/Lang* (FN 283), § 9 Rz. 70) erfasst die GoB-Verweisung alle geschriebenen u. ungeschrieb. handelsrechtl. Bilanzregeln (§ 238ff. HGB) u. keine rechtsform- o. branchenspezif. Normen des HR (s. *Crezelius* in *Kirchhof* (FN 279), § 5 Rz. 28). Denn Letztere würden eine gegen das Gebot der gleichm. Besteuerung verstoßende rechtsform-/branchenspezif. Besteuerung evozieren (s. *Pezzler*, DStJG 14 (1991), 3 (7)), so dass der Maßgeblichkeitsgrds. an ihnen eine teleolog. Grenze finden muss; so ähnl. *Hennrichs*, StuW 1999, 138 (150).

305 So inzw. starke Mindermeinung in Literatur bspw. *Hinz*, BB 1991, 1155 f.; *Plewka/Schmidt* in *Lademann* (FN 291), § 5 EStG Rz. 982; *Lutz/Schlag* in *Wysocki u.a.*, HdJ, Abt. I/4 Rz. 89 FN 230.

306 I.d.F. BBRL-Gesetz v. 30.11.1990 (FN 28), S. 2570 f. Zum Wortlaut s. FN 244.

307 Ursprüngl. v. BMJ wohl auch Aufnahme d. Art. 8 BBRL in 4. Abschn. des 3. HGB-Buches geplant; s. *Mathews*, BB 1989, 455 f.

dass der deutsche Gesetzgeber die Ausnahmebilanzierung der Pensionsgeschäfte bewusst nicht in den allgemeinen Teil des HGB aufnehmen wollte.³⁰⁸ Dies untermauert auch ein Blick in die Begründungen des Gesetzesentwurfes³⁰⁹ zu § 340b HGB und § 246 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 HGB³¹⁰. Denn darin rechtfertigt der Gesetzgeber die Aufnahme der Norm des § 340b HGB in die „Ergänzenden Vorschriften“ des HGB mit einem Verweis auf „ihre(r) Bedeutung für die Rechnungslegung der Kreditinstitute“³¹¹, während Art. 8 der Bankbilanzrichtlinie genau mit der gegenteiligen Begründung, es handele sich hierbei gerade „nicht um eine Sonderregelung für Kreditinstitute“³¹², in der allgemeinen Vorschrift des § 246 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 HGB³¹³ verortet wurde. Daraus könnte man die Schlussfolgerung ziehen, dass der Gesetzgeber bei der Richtlinienumsetzung durchaus über die exakte Verortung der Normen reflektiert hat und sich somit bewusst gegen³¹⁴ die Etablierung eines allgemeinen GoB entschieden hat.

Wie man sieht, kann das Ergebnis der richtlinienkonformen Auslegung durchaus eine gewisse Strahlkraft auf die steuerbilanzielle Behandlung echter Pensionsgeschäfte auf unvertretbare Sachen ausüben. Wie weit diese jedoch genau reicht, wird allerdings entscheidend dadurch bestimmt, wie die Frage nach der Gesetzeskonkurrenz des § 5 Abs. 1 EStG und § 39 AO und der GoB-Qualität des § 340b HGB beantwortet wird.

308 S. Mayer, *Wirtschaftliches Eigentum* (FN 16), S. 136; Braun in Claussen/Scherrer (FN 29), § 340b HGB Rz. 4.

309 BBRL-Gesetzesentwurf v. 19.1.1990 (FN 203), S. 20.

310 I.d.F. BBRL-Gesetz v. 30.11.1990 (FN 28), S. 2570 f.

311 BBRL-Gesetzesentwurf v. 19.1.1990 (FN 203), S. 16; s. *Hinz*, BB 1991, 1155.

312 BBRL-Gesetzesentwurf v. 19.1.1990 (FN 203), S. 16.

VI. Fazit

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, trägt die richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift des § 340b HGB wesentlich zur Erhellung und Präzisierung der in § 340b HGB verankerten Pensionsgeschäftsbegriffsdefinition bei. Die Beleuchtung der europäischen Dimension der Vorschrift des § 340b HGB fördert zu Tage, dass die Hin- und Rückübertragung derselben Vermögensgegenstände wesensbestimmend für den Pensionsgeschäftsbegriff des § 340b HGB ist. Daher sind nach der hier vertretenen Ansicht auch nur echte Pensionsgeschäfte auf identische Pensionsgüter bzw. auf unvertretbare Sachen von der Vorschrift des § 340b Abs. 1, 2 HGB erfasst. Geschäfte wie insbesondere Report-/bzw. Kostgeschäfte, bei denen nur eine Rückübertragungsverpflichtung von Gegenständen derselben Art, Menge und Güte besteht, stellen dagegen keine echten Pensionsgeschäfte i.S.d. § 340b HGB dar. Für derartige Geschäfte wäre zu prüfen, inwieweit der Bilanzierungs-/Zuordnungsgrundsatz des § 246 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 HGB zum Tragen kommen kann.

Des Weiteren wurde gezeigt, dass das Ergebnis der richtlinienkonformen Auslegung durchaus eine gewisse Ausstrahlungswirkung auf die steuerbilanzielle Behandlung echter Pensionsgeschäfte i.S.d. § 340b HGB haben kann. Allerdings ist diese in hohem Maße davon abhängig, wie die Gesetzeskonkurrenz zwischen § 5 Abs. 1 EStG und § 39 AO aufgelöst wird und ob § 340b HGB als allgemeiner GoB angesehen wird oder nicht.

313 I.d.F. BBRL-Gesetz v. 30.11.1990 (FN 28), S. 2570 f.

314 So i.E. auch Bode in Kirchhof (FN 279), § 4 Rz. 79. Lt. Mayer, *Wirtschaftliches Eigentum* (FN 16), S. 136 jedoch Bindung auch der Nichtbanken an Bilanzierung d. § 340b HGB zur Vermeidung event. Wertungswidersprüche. Ähnl. Merkt in Baumbach/Hopt (FN 24), § 246 HGB Rz. 20.

Ertragsanteilsbesteuerung und Vorsorgeaufwendungen: Wie höhere Leibrenten die Steuerschuld mindern können

Dr. SVEN STÖWHASE, Sankt Augustin

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einleitung II. Abzugsfähige Krankenversicherungskosten und Ertragsanteilsbesteuerung bei Rentnern III. Analyse der Grenzsteuersätze | <ul style="list-style-type: none"> IV. Bestimmungsgründe von negativen Grenzsteuersätzen und mögliche Betroffene V. Beitragssatzentwicklung in der gesetzlichen Krankenversicherung und finanzielle Effekte VI. Fazit |
|--|--|

I. Einleitung

Eines der Grundprinzipien der Einkommensbesteuerung in Deutschland ist das Leistungsfähigkeitsprinzip. Soll vertikale Steuergerechtigkeit bestehen, so muss eine höhere steuerliche Leistungsfähigkeit zwangsläufig mit einer höheren Besteuerung einhergehen.

Dass dies im deutschen Einkommensteuerrecht tatsächlich nicht immer der Fall ist, wurde bereits mehrfach in der Literatur dargelegt. So weist *Houben*¹ darauf hin, dass die Interaktion zwischen Fünftelregelung nach § 34 Abs. 1 EStG und dem ermäßigten Steuersatz nach Abs. 3 bei außerordentlichen Einkünften in einigen Fällen zu negativen Grenzsteuersätzen führen kann. *Hechtner* und *Siegel*² zeigen, dass negative Grenzsteuersätze auch beim Zusammenreffen von außerordentlichen Einkünften und Einkünften, die dem Progressionsvorbehalt unterliegen, möglich sind. In beiden Fällen kann eine marginale Erhöhung der Einkünfte zu einer Senkung der Einkommensteuerschuld führen. Wie bereits von *Stöwhase*³ bemerkt, ist allerdings davon auszugehen, dass solche Fallkonstellationen in der Praxis eher selten auftreten.

Demgegenüber wurde ein weiterer Mechanismus des deutschen Einkommensteuerrechts, durch den es potentiell bei einer Vielzahl von Steuerpflichtigen ebenfalls zu negativen Grenzsteuersätzen kommen kann, bisher nicht thematisiert. Ein solcher Mechanismus ist gegeben bei unvollständiger steuerlicher Berücksichtigung von Einkünften, sofern diese mit Ausgaben des Steuerpflichtigen einhergehen, die ihrerseits vollständig als Sonderausgaben nach § 10 EStG geltend gemacht werden können. Ganz konkret betrifft dies in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversicherte Empfänger von Leibrenten, die nach dem Ertragsanteil besteuert werden. Hier ergibt sich die Höhe der zu leistenden Beiträge zur Krankenversicherung durch Anwendung eines konstanten Beitragssatzes auf die Bruttorente. Ist dieser Beitragssatz höher als der Besteuerungsanteil der Rente, so steigen die als Sonderausgaben abzugsfähigen Vorsorge-

aufwendungen infolge der unbegrenzten Abzugsfähigkeit der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 1 Nr. 3a EStG bei einer Erhöhung der Bruttorente stärker an als die Einkünfte des Steuerpflichtigen.

Insb. wenn diese Bruttorente mit weiteren Einkünften zusammentrifft, durch die sonstige (pauschale) Abzugsbeträge bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens bereits vollständig ausgeschöpft sind, kann eine Situation eintreten, in der die Steuerschuld mit der Höhe der Bruttorente sinkt und das Prinzip der vertikalen Steuergerechtigkeit verletzt wird. Dies ist z.B. dann gegeben, wenn es sich bei der nach dem Ertragsanteil besteuerten Leibrente um eine Rente aus der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes handelt, die typischerweise zusätzlich zu einer Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung bezogen wird.

Aktuell dürften tatsächlich nur wenige Steuerpflichtige von einer solchen Situation betroffen sein. Vor dem Hintergrund zu erwartender Beitragssatzsteigerungen in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung wird sich dies allerdings ändern und eine größere Anzahl von Steuerpflichtigen wird zukünftig von diesem Phänomen betroffen sein. In Hinblick auf das aggregierte Steueraufkommen kann davon ausgegangen werden, dass es zu signifikanten Steuermindereinnahmen kommen wird. Die exakte Wirkungsweise des Mechanismus sowie die Faktoren, die zukünftig zu einer Verschärfung der oben genannten Problematik führen werden, sollen in diesem Beitrag dargestellt werden.

II. Abzugsfähige Krankenversicherungskosten und Ertragsanteilsbesteuerung bei Rentnern

Nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 EStG können eigene Beiträge sowohl zur privaten als auch zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung in voller Höhe als Sonderausgaben berücksichtigt werden, sofern sie zur Absicherung einer Grundversorgung erforderlich sind. Im Gegensatz zu Arbeitnehmern erfolgt bei in

¹ *Houben*, DStR 2006, 200.

² *Hechtner/Siegel*, DStR 2010, 1593.

³ *Stöwhase*, ZSteu 2012, 10.

der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Rentnern zudem keine weitere Kürzung wegen eines Anspruchs auf Krankengeld.⁴ Liegen die so ermittelten Vorsorgeaufwendungen unterhalb der in § 10 Abs. 4 EStG genannten Höchstgrenzen, so können neben den Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen weitere Beiträge zu anderen Versicherungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 3a EStG geltend gemacht werden. Darüber hinaus können Vorsorgeaufwendungen unter Berücksichtigung bestimmter Höchstgrenzen in den Jahren bis 2019 auch nach der im Jahr 2004 geltenden Fassung des § 10 Abs. 3 EStG geltend gemacht werden. Für Rentenbezieher ohne weitere Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit führen diese Regelungen bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens üblicherweise zu einem vollständigen Abzug der Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung als Sonderausgaben.

Gleichzeitig unterliegen Renteneinkünfte als sonstige Einkünfte nach § 22 EStG in Abhängigkeit vom Jahr des Leistungsbeginns bzw. in Abhängigkeit vom Alter beim Beginn des Rentenbezugs nur zum Teil der Steuerpflicht. Während Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung der nachgelagerten Besteuerung unterliegen und dem sog. Kohortenprinzip folgend nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchstabe a) Doppelbuchstabe aa) EStG mit einem Anteil von mindestens 50 Prozent steuerpflichtig sind, werden Renten, die in der Ansparphase aus bereits versteuerten Einkünften gebildet wurden, nur mit dem deutlich niedrigeren Ertragsanteil nach Doppelbuchstabe bb) besteuert.

III. Analyse der Grenzsteuersätze

Im Folgenden betrachten wir den Fall eines Rentenbeziehers, der über seine Rente (aus der gesetzlichen Rentenversicherung) hinaus zusätzlich über eine Leibrente aus der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes verfügt. Das zu versteuernde Einkommen, das sich ohne Berücksichtigung dieser Leibrente ergibt, sei gegeben durch \bar{Y} und die sich daraus ergebende tarifliche Einkommensteuer durch $T = T(\bar{Y})$. Infolge des Bezugs einer gesetzlichen Rente und einer damit verbundenen Ausschöpfung der Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Werbungskostenabzugs entsprechen die zusätzlichen Einkünfte aus der Leibrente genau dem Ertragsanteil λ auf die Rente R . Gleichzeitig zahlt der Rentenempfänger auf diese Bruttorente⁵ einen Beitragssatz zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung i.H.v. β . Das zu versteuernde Einkommen bei Berücksichtigung der zusätzlichen Leibrente ergibt sich als:

$$Y = \bar{Y} + \lambda R - \beta R. \quad (1)$$

Das ursprünglich zu versteuernde Einkommen \bar{Y} erhöht sich um den steuerpflichtigen Teil der Bruttorente λR und verringert sich um den zusätzlichen Sonderausgabenabzug βR . In Ermangelung einer Begrenzung des zusätzlichen Sonderausgabenabzugs auf die Höhe der zusätzlichen steuerlichen Einkünfte kann

sich das zu versteuernde Einkommen nun verringern, wenn sich die Bruttorente erhöht.

Der effektive Grenzsteuersatz sei definiert als dT/dR und beschreibe die Veränderung der tariflichen Einkommensteuer infolge einer marginalen Veränderung der Bruttorente. Mit $T = T(Y)$ lässt sich der Grenzsteuersatz als Ableitung der Formel (1) nach der Höhe der Bruttorente unter Berücksichtigung des Einkommensteuertarifs nach § 32a EStG ausdrücken:

$$\frac{dT}{dR} = \frac{dT}{dY} (\lambda - \beta). \quad (2)$$

Da unter dem geltenden linear-progressiven Einkommensteuertarif oberhalb des Grundfreibetrags gilt, dass der tarifliche Grenzsteuersatz dT/dY größer ist als Null, hängt das Vorzeichen des effektiven Grenzsteuersatzes allein von der Differenz $\lambda - \beta$ ab. Ist der Ertragsanteil höher als der Beitragssatz zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung ($\Delta = \lambda - \beta > 0$), so führt eine Erhöhung (bzw. Berücksichtigung) der Bruttorente zu einer Steigerung des zu versteuernden Einkommens und damit zu einer Erhöhung der tariflichen Einkommensteuer. Der effektive Grenzsteuersatz auf die Leibrente R ist positiv.

Ist der Ertragsanteil hingegen geringer als der Beitragssatz ($\Delta = \lambda - \beta < 0$), so steigen die Sonderausgaben stärker an als die steuerpflichtigen Einkünfte. Das zu versteuernde Einkommen und damit die tarifliche Einkommensteuer sinken mit jeder Erhöhung der Bruttorente. Der Grenzsteuersatz ist entsprechend negativ. Die exakte Höhe des effektiven Grenzsteuersatzes hängt dabei ab von dT/dY . Da der tarifliche Grenzsteuersatz bis zur oberen Proportionalzone mit dem zu versteuernden Einkommen steigt, so dass gilt $d^2T/dY^2 \geq 0$, ist der negative effektive Grenzsteuersatz auf die Rente entsprechend ebenfalls umso größer, je höher das zu versteuernde Einkommen \bar{Y} ohne Berücksichtigung dieser zusätzlichen Rente ausfällt.

IV. Bestimmungsgründe von negativen Grenzsteuersätzen und mögliche Betroffene

Generell kann es immer dann zu negativen Grenzsteuersätzen kommen, wenn der Ertragsanteil geringer ist als der Beitragssatz zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung. Sowohl einige Reformen im Einkommensteuerrecht als auch im Sozialrecht haben dazu geführt, dass sich die Anzahl der Steuerpflichtigen, für die dies zutreffen kann, in den letzten 10 Jahren deutlich erhöht hat.

Zunächst seien hier die aktuellen Ertragsanteile nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchstabe a) Doppelbuchstabe bb) EStG zu nennen. Durch das Alterseinkünftegesetz⁶ wurde zwar der Besteuerungsanteil für Renten aus der gesetzlichen Versicherung, die jetzt unter den Doppelbuchstaben aa) fallen, deutlich erhöht, gleichzeitig wurden die Ertragsanteile für die verbleibenden Renteneinkünfte ab dem Jahr 2005 allerdings auch signifikant gesenkt. Lag z.B. der Ertragsanteil bei einem Rentenbeginn im Alter von 65 Jahren bis zum

4 BMF v. 13.9.2010 – IV A 6 - O 1000/09/10095, BStBl. I 2010, 681.

5 Die Begriffe Leibrente und Bruttorente werden im Folgenden als Synonyme verwendet.

6 BGBl. I 2004, 1427.

Jahr 2004 bei 27 Prozent, so liegt er nach aktuellem Rechtsstand bei lediglich 18 Prozent. Bei einem Rentenbeginn mit 67 Jahren, wie ihn das Sozialgesetzbuch in Folge der Anhebung des gesetzlichen Renteneintrittsalters ab dem Jahr 2031 vorsieht⁷, beträgt der Ertragsanteil aktuell sogar nur 17 Prozent.

Damit zu vergleichen sind die möglichen Sonderausgabenabzüge für die Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, die sich insb. seit dem Jahr 2010 durch die vollständige Berücksichtigung im Rahmen des Bürgerentlastungsgesetzes Krankenversicherung⁸ deutlich erhöht haben. Im Jahr 2014 liegt der volle Beitragssatz zur gesetzlichen Krankenversicherung aktuell bei 15,5 Prozent, der Beitragssatz zur Pflegeversicherung bei 2,05 Prozent respektive 2,3 Prozent für kinderlose Versicherte, die nach dem Jahr 1939 geboren wurden. Während der Versicherte auf Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung lediglich den deutlich geringeren Arbeitnehmerbeitrag zur Krankenversicherung zu zahlen hat, so dass sein Beitragssatz effektiv nur bei etwa 10 Prozent liegt, wird auf sonstige Renten infolge des GKV-Modernisierungsgesetzes⁹ seit dem Jahr 2004 der volle Beitragssatz von zur Zeit 17,55 bzw. 17,8 Prozent erhoben.

Somit kann es aktuell schon vereinzelt Fälle geben, bei denen es zu einem negativen Grenzsteuersatz auf nach dem Ertragsanteil besteuerte Renten kommt. Konkret sind dies Fälle mit einem Rentenbeginn nach Vollendung des 67. Lebensjahres, bei denen der Ertragsanteil mit 17 Prozent knapp unterhalb des Beitragssatzes liegt. Darüber hinaus kann davon ausgegangen werden, dass die (zusätzlichen) Betriebsrenten einer großen Anzahl weiterer Rentner trotz einer formalen Steuerpflicht faktisch fast steuerfrei sind, da der Ertragsanteil mit in der Regel 18 Prozent nur geringfügig über dem Beitragssatz zur Kranken- und Pflegeversicherung liegt. Als große Gruppe an Steuerpflichtigen zu nennen sind neben Beziehern bestimmter privater Rentenversicherungen hier vor allem Bezieher einer Leibrente aus der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes¹⁰: Laut aktueller Statistik der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder erhalten aktuell etwa 1,2 Mio. Rentner eine Leistung aus der Zusatzversorgung.¹¹

V. Beitragssatzentwicklung in der gesetzlichen Krankenversicherung und finanzielle Effekte

Trotz aller Bemühungen der Politik haben sich die Beitragssätze zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sowohl durch den technologischen Fortschritt als auch getrieben durch die demographische Entwicklung in den letzten Jahren und Jahrzehnten

deutlich erhöht. Auch für die Zukunft muss mit steigenden Beitragssätzen gerechnet werden. So schätzen z.B. *Fetzer, Moog* und *Raffelhüschen*¹² alleine die Höhe des Beitragssatzes zur Krankenversicherung im Jahr 2030 auf etwa 18 bis 23 Prozent. Einer aktuelleren Prognose von *Sauerland* und *Wübker*¹³ ist zu entnehmen, dass der Beitragssatz bereits im Jahr 2020 in einem Bereich von 18 bis 20 Prozent liegen dürfte. Für das Jahr 2030 wird dann ein Beitragssatz zwischen 20 und 25 Prozent prognostiziert, der bis zum Jahr 2040 eine Größenordnung von etwa 27 bis 33 Prozent erreichen dürfte. Hinzuzurechnen zu den genannten Beitragssätzen ist in allen Fällen der Beitragssatz zur Pflegeversicherung in einer Größenordnung von jeweils mindestens 2 Prozent.

Bei einer solchen Entwicklung ergeben sich für die weiter oben genannte Gruppe der Rentner in jedem Fall negative Grenzsteuersätze auf ihre Leibrenten aus der Zusatzversorgung. Abbildung 1 auf der folgenden Seite stellt die Effekte auf die tarifliche Einkommensteuer in Abhängigkeit von der Höhe der zusätzlichen Leibrente für unterschiedliche Differenzen $\Delta = \lambda - \beta$ zwischen dem Ertragsanteil und den Beitragssätzen zur Kranken- und Pflegeversicherung dar. Da der steuerliche Effekt insb. auch vom ursprünglichen Grenzsteuersatz bzw. dem zu versteuernden Einkommen ohne Berücksichtigung der Zusatzversorgung \bar{Y} abhängig ist, differenziert die Abbildung 1 darüber hinaus zwischen dem Fall mit einem zu versteuernden Einkommen von 20 000 € und einem zu versteuernden Einkommen von 40 000 €. Grundlage der Berechnungen ist der Einkommensteuertarif des Jahres 2014 unter der Annahme einer Besteuerung nach der Grundtabelle. Der Effekt auf den Solidaritätszuschlag und etwaige zu entrichtende Kirchensteuern sind dabei nicht berücksichtigt.

Die gestrichelte Linie gibt jeweils die Veränderung in der tariflichen Einkommensteuer ausgehend von einem zu versteuernden Einkommen von 20 000 € wieder, während die durchgehende Linie den Fall mit 40 000 € beschreibt.

Der obere Teil der Abbildung spiegelt die Situation mit den im Jahr 2014 gegebenen Beitragssätzen zur Pflege- und Krankenversicherung unter der Annahme eines Ertragsanteils i.H.v. 18 Prozent wieder. Bei dem sich ergebenden leicht positiven Δ von 0,0045 bleibt die zusätzliche Leibrente beinahe steuerfrei. Eine jährliche Bruttorente von 10 000 € ist so im Falle eines ursprünglich zu versteuernden Einkommens von 20 000 € lediglich mit einer tariflichen Einkommensteuer von 12 €, bei einem zu versteuernden Einkommen von 40 000 € mit 18 € belastet. Der mittlere Teil der Abbildung beschreibt den Fall des Jahres 2030 unter einem erwarteten Beitragssatz zur gesetzlichen

⁷ BGBl. I 2007, 554.

⁸ BGBl. I 2009, 1959.

⁹ BGBl. I 2003, 2190.

¹⁰ Renten, die der Öffnungsklausel nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchstabe a) Doppelbuchstabe bb) Satz 2 EStG unterliegen, dürften regelmäßig nicht betroffen sein, da hierauf lediglich der deutlich niedrigere Arbeitnehmeranteil zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung zu entrichten ist.

¹¹ Internetpräsenz der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder abrufbar unter http://www.vbl.de/de/die_vbl/auf_einen_blick/daten_fakten_geschichte/.

¹² *Fetzer/Moog/Raffelhüschen*, Die Nachhaltigkeit der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung: Diagnose und Therapie, in: *Albering/Wille*, Die GKV zwischen Ausgabendynamik, Einkommenschwäche und Koordinierungsproblemen, 2003, S. 85.

¹³ *Sauerland/Wübker*, Schmollers Jahrbuch 2012, S. 53.

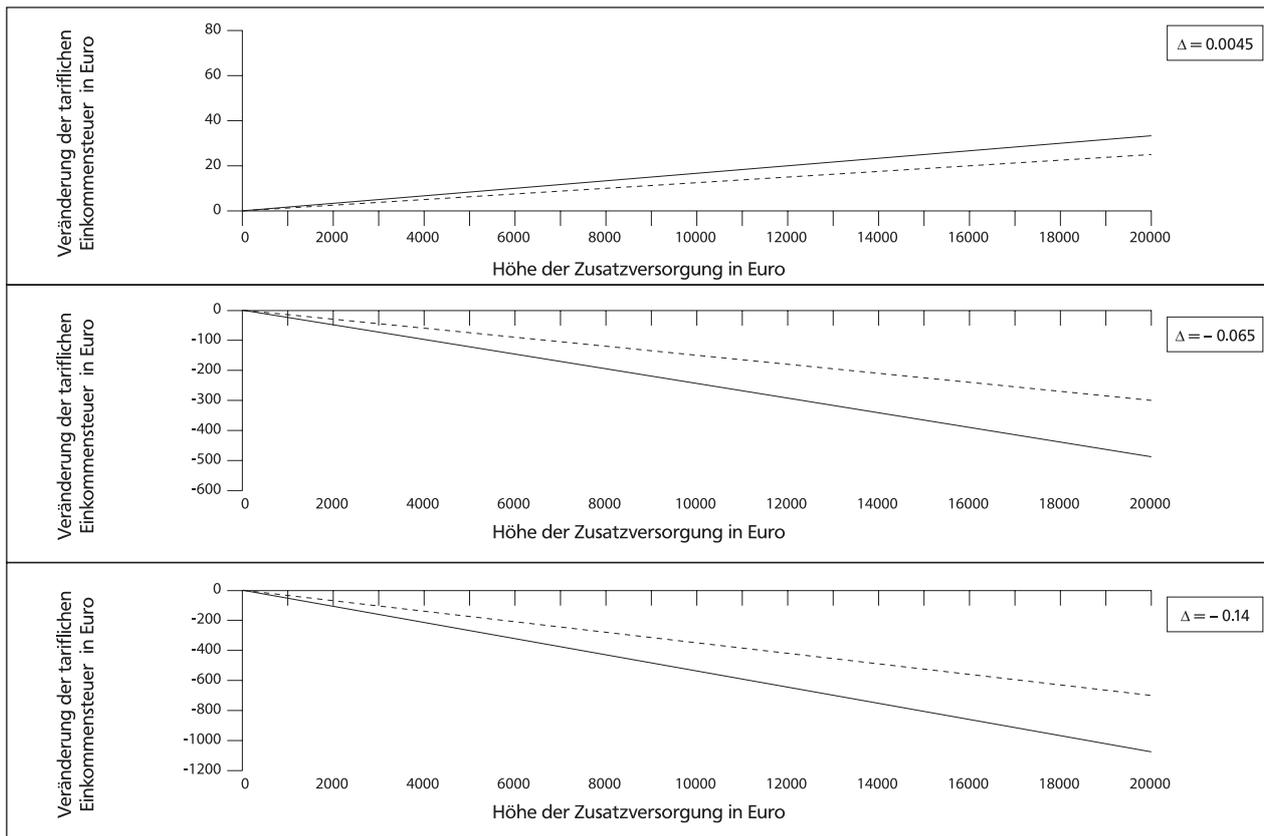


Abbildung 1: Effekte auf die tarifliche Einkommensteuer

Quelle: eigene Berechnungen.

Kranken- und Pflegeversicherung von etwa 24,5 Prozent. In diesem Fall führt die Berücksichtigung der zusätzlichen Rente zu einer tariflichen Entlastung des Steuerpflichtigen. Bei einer Bruttorente von 10 000 € ergibt sich hier eine Entlastung von 175 € respektive 264 € im Jahr. Für eine noch größere Differenz zwischen Ertragsanteil und Beitragssätzen wie man sie für das Jahr 2040 durchaus mit $\Delta = -0.14$ ansetzen kann, beträgt die entsprechende Entlastung des Steuerpflichtigen bei dieser Bruttorente dann schon 373 €, respektive 566 €. Der entsprechende Verlauf ist im unteren Teil der Abbildung 1 dargestellt.

Es zeigt sich, dass die individuellen Entlastungen in Abhängigkeit von der Höhe der Rente, der Höhe der Beitragssätze und der Höhe des sonstigen zu versteuernden Einkommens teils signifikant sein können. Insofern ergibt sich hier nicht nur in Hinblick auf die Steuergerechtigkeit ein Problem. Vielmehr kann der hier beschriebene Effekt langfristig auch zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen. Zumindest die Größenordnung dieser Steuermindereinnahmen lässt sich überschlägig berechnen. So betragen die jährlichen Leistungen der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder im Jahr 2012 etwa 4,7 Mrd. €. ¹⁴ Durch Multiplikation mit Δ und einem angenommenen durchschnittlichen Grenzsteuersatz der betroffenen Rentner von 25 Prozent ergeben sich Steuermindereinnahmen in der Größenordnung von etwa 75 Mio. € ($\Delta = -0.065$) bzw. 165 Mio. € ($\Delta = -0.14$).

Selbst wenn man im letzteren Fall davon ausgeht, dass der tarifliche Grenzsteuersatz, dem das zu versteuernde Einkommen unterliegt, lediglich dem Eingangssteuersatz von 14 Prozent entspricht, so ergeben sich immer noch Steuerausfälle i.H.v. knapp 100 Mio. €.

VI. Fazit

Wie in dieser Arbeit gezeigt, kann die vollständige steuerliche Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung bei nach dem Ertragsanteil zu besteuern den Renteneinkünften dazu führen, dass die Steuerschuld paradoxerweise mit steigenden Einkünften sinkt. Solch negative Grenzsteuersätze sind vor dem Hintergrund der Gewährleistung vertikaler Steuergerechtigkeit zu vermeiden. Im Gegensatz zu bereits früher diskutierten steuerlichen Regelungen, die in Ausnahmefällen ebenfalls zu negativen Grenzsteuersätzen führen können, ist von dem hier beschriebenen Phänomen potentiell allerdings eine deutlich höhere Anzahl an Steuerpflichtigen betroffen. Primär die zukünftig zu erwartenden Beitragssatzsteigerungen in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung werden sowohl die diesbezüglichen Fallzahlen als auch die Höhe der daraus erwachsenden finanziellen Effekte deutlich steigern.

¹⁴ Internetpräsenz der Versorgungsanstalt des Bundes (FN 11).

Politischer Handlungsbedarf besteht daher nicht nur in Hinblick auf die Gewährleistung vertikaler Steuergerechtigkeit, sondern ebenfalls zur Vermeidung von Steuermindereinnahmen in der Größenordnung eines dreistelligen Millionenbetrages pro Jahr. Neben einer Beschränkung der Abzugsfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen auf die Höhe der zugrunde liegenden (steuerlich relevanten) Einkünfte könnte z.B. auch ganz generell an eine vollständige steuerliche Freistellung solcher Renten gedacht werden, die nur mit dem Ertragsanteil besteuert werden und auf die Bei-

träge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung zu entrichten sind. Alternativ könnte die bestehende Behandlung der Renten im Sozialsystem überdacht werden. Da die sozialversicherungspflichtigen Renten bereits in der Ansparphase der Sozialversicherungspflicht unterlegen haben dürften, wäre auch hier eine Begrenzung der Beiträge allein auf den Ertragsanteil naheliegend. Eine solche Reform würde aber zu erheblichen Einnahmeausfällen bei den Sozialversicherungsträgern führen und erscheint als Lösung daher eher unrealistisch.

Steuerrecht und Geschlecht

Besprechung des Tagungsbandes „Geschlechtergerechtigkeit steuern“

Dr. JOHANNA WOLFF, LL.M. eur. (KCL), Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einführung II. Die rechtliche Perspektive: Mittelbare Diskriminierung durch Steuerrecht | <ul style="list-style-type: none"> III. Die ökonomische und die sozialwissenschaftliche Perspektive: Methoden zur Analyse und Einblicke in die Steuerpraxis IV. Zusammenfassung |
|---|---|

I. Einführung

Steuergesetze stellen nicht nur den Rechtsrahmen für die Erzielung staatlicher Einnahmen dar. Der Gesetzgeber kann mit ihnen – dies ist steuerrechtliches Grundwissen – auch außerfiskalische Zwecke verfolgen. Wirtschafts- und Umweltpolitik beispielsweise werden ganz selbstverständlich auch mit dem Mittel des Steuerrechts gemacht, auch wenn Lenkungs- und Sozialzwecknormen zum Teil freilich kritisch gesehen werden. Das Verhältnis zwischen Männern und Frauen bleibt vom Steuerrecht ebenfalls nicht unberührt, wobei die Wirkungen nicht immer beabsichtigt sein müssen. Der klassische Aufhänger für diesbezügliche wissenschaftliche Abhandlungen und politische Diskussionen in Deutschland ist das Ehegattensplitting. Und auch der in diesem Aufsatz behandelte Sammelband „Geschlechtergerechtigkeit steuern: Perspektivenwechsel im Steuerrecht“¹ widmet dem Ehegattensplitting viel Platz.² Die Publikation, die insgesamt 15 Beiträge von Ökonomen, Sozialwissenschaftlern und Juristen aus Wissenschaft und Verwaltung enthält, zeigt jedoch auch, dass das Ehegattensplitting nur ein Aspekt von vielen ist, wenn es um Wirkungen des Steuerrechts auf das Verhältnis zwischen den Geschlechtern geht.

Neben der interdisziplinären wird auch die internationale Perspektive berücksichtigt. So eröffnet der Beitrag der Ökonomin und Sozialwissenschaftlerin *Elisabeth Klatzer* Einblicke in die Arbeit von Gruppen wie der britischen „Women’s Budget Group“, der österreichischen „Watchgroup Gender und öffentliche Finanzen“ und der Kanadischen Kampagne „I love taxes“.³ Außerdem enthält der Band gleich mehrere Beiträge von Autoren aus Österreich, die zeigen, dass das Thema Steuerrecht und Geschlecht dort bei weitem kein Nischenthema ist, sondern einen zentralen Aspekt

der Steuerpolitik darstellt. Die österreichischen Beiträge sollen im Rahmen dieses Aufsatzes noch eingehender behandelt werden (III.). Begonnen wird jedoch mit dem juristischen Zugriff auf das Thema; er besteht in dem Sammelband insbesondere aus den drei Beiträgen der Rechtswissenschaftlerinnen *Ulrike Spangenberg*, *Ute Sacksofsky* und *Lerke Osterloh* (II.).

II. Die rechtliche Perspektive: Mittelbare Diskriminierung durch Steuerrecht

Ein juristischer Schlüsselbegriff bei der Auseinandersetzung mit steuerrechtlichen Wirkungen auf das Geschlechterverhältnis ist der Begriff der mittelbaren Diskriminierung. Denn Steuerrechtsnormen unterscheiden nicht ausdrücklich zwischen männlichen und weiblichen Adressaten (nach dem Geschlecht differenzierende Steuertarife, die vor einiger Zeit in der politischen Diskussion waren, konnten sich zu Recht nicht durchsetzen⁴). Aber auch formal neutrale Steuervorschriften können die Geschlechter unterschiedlich treffen – und zwar, indem sie an reale Lebenssachverhalte anknüpfen, die ganz überwiegend auf Männer oder Frauen beschränkt sind, weshalb dann auch vor allem eine dieser Gruppen begünstigt bzw. belastet wird.

Den grundlegenden Beitrag zur Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im Steuerrecht liefert in dem hier besprochenen Band die Mitherausgeberin *Ulrike Spangenberg*. Für sie ergibt sich aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, dass unverhältnismäßige faktische Benachteiligungen zu Lasten von Frauen oder Männern durch Steuerrechtsnormen verfassungswidrig sind.⁵ *Spangenberg*, die sich auch in ihrer im Jahr 2013 erschienenen Dissertationsschrift mit der mittelbaren Diskriminierung im Einkommensteuerrecht befasst

1 Verlag: Edition Sigma, Berlin 2013, 257 Seiten, 17,90 €. Die Publikation geht auf eine Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung im November 2012 zurück.

2 So insb. die folgenden Beiträge: *Geyer/Wrohlich*, Geschlechterspezifische Wirkungen der Einkommensbesteuerung am Beispiel des Ehegattensplittings, S. 83 ff.; *Maier*, Geschlechteraspekte der Einkommensbesteuerung im internationalen Vergleich, S. 95 ff.; *Sacksofsky*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip und die Berücksichtigung der „Privatsphä-

re“, S. 143 ff. und *Wersig*, Ehegattensplitting, S. 245 ff.

3 *Klatzer*, Mit Steuern emanzipatorisch steuern – Zivilgesellschaftliche Einmischung in die Steuerpolitik, S. 229 ff.

4 Zur sog. „Gender based taxation“ in ihrem Beitrag *Osterloh*, Anforderungen an die Ausgestaltung von Steuervergünstigungen unter Berücksichtigung gleichstellungsrechtlicher Vorgaben, S. 158 (166 ff.).

5 *Spangenberg*, Pflicht oder Kür? Das Verbot mittelbarer Diskriminierung im Einkommensteuerrecht, S. 131 ff.

hat,⁶ geht damit insofern über eine klassische verfassungsrechtliche Betrachtung des Steuerrechts hinaus, als dieses sonst, wenn es um die Frage der Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen geht, in der Regel am allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gemessen wird.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) prüft in diesen Fällen, ob die steuerliche Belastung in vertikaler und horizontaler Hinsicht der Leistungsfähigkeit der Betroffenen entspricht, und stellt in ständiger Rechtsprechung fest, dass eine Verneinung dieser Frage nur dann verfassungsrechtlich akzeptabel sein kann, wenn mit der entsprechenden Steuernorm ein legitimer Zweck verfolgt wird und dies in verhältnismäßiger Art und Weise geschieht.⁷ Obwohl *Spangenberg*s Ansatz einer Betrachtung des Steuerrechts unter dem Blickwinkel *faktischer* Ungleichbehandlungen von der Herangehensweise des BVerfG abweicht, findet er ohne weiteres eine Verankerung auch in der Verfassungsrechtsprechung. Denn wenngleich die folgende Feststellung des BVerfG nicht aus einer Entscheidung zum Steuerrecht stammt, spricht zunächst einmal nichts gegen ihre Geltung auch im steuerrechtlichen Kontext: „Das Geschlecht darf grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. (...) Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann nach der Rechtsprechung auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist.“⁸

Das BVerfG nimmt im Kontext der soeben zitierten Feststellung auch ausdrücklich Bezug auf Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), nämlich auf die Entscheidungen *Bilka*,⁹ *Kowalska*¹⁰ und *Enderby*.¹¹ Dem EuGH kommt im hier behandelten Zusammenhang nicht nur in Bezug auf die Rechtsfigur der faktischen Diskriminierung von Frauen Bedeutung zu, welche er u.a. in seinem (das Arbeitsrecht betreffenden) Urteil zur Rechtssache *Jenkins* entwickelt hat.¹² Der Gerichtshof hat darüber hinaus auch die faktische Diskriminierung im Steuerrecht längst für europarechtswidrig erklärt. Allerdings ist diese Rechtsprechung freilich nur als dogmatischer Hintergrund der hier behandelten Thematik zu sehen, denn es geht in den entsprechenden Fällen nicht um die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, sondern – Brot und Butter des EuGH: – um Benachteiligungen aufgrund der Staatsangehörigkeit. So erklärt der EuGH in ständiger Rechtsprechung nationale Steuerrechtsnormen für unionsrechtswidrig, die (im Falle von Steuervergünstigungen) auf das Innehaben eines inländi-

schen Wohnsitzes abstellen und sich damit hauptsächlich zum Nachteil von Ausländern auswirken.¹³

Spangenberg entwickelt ihre These, wonach unverhältnismäßige faktische Benachteiligungen von Frauen oder Männern durch Steuerrechtsnormen stets gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verstoßen, am Beispiel der sog. Eichel-Rente. Nach § 3 Nr. 63 EStG sind Beiträge des Arbeitgebers an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder für eine Direktversicherung, die dem Aufbau einer kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung dienen, unter bestimmten Umständen steuerfrei. Wer die Steuerfreistellung in Anspruch nimmt, mindert also sein zu versteuerndes Einkommen und profitiert durch eine niedrige Einkommensteuer. Nach *Spangenberg* kommt dieser Effekt überwiegend Männern zugute, weil, wie sie zeigt, Frauen „die Steuervergünstigung bedingt durch segregierte Arbeitsmarktstrukturen tatsächlich seltener in Anspruch nehmen können als Männer“, und weil die Steuerersparnis progressionsbedingt mit der Höhe des Einkommens steigt und Männer im Schnitt über höhere Einkommen verfügen. Insgesamt hält *Spangenberg* daher die Eichel-Rente für gleichheitswidrig – gemessen an Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Zugleich betont sie, dass sie zu diesem Ergebnis nicht kommen würde, wenn sie die Regelung an Art. 3 Abs. 1 GG messen würde, da „alle Beschäftigten, die über externe Träger vorsorgen, den gleichen rechtlichen Anspruch auf die steuerliche Freistellung ihrer Altersvorsorgebeiträge haben“.

Die Figur der mittelbaren Diskriminierung von Männern und Frauen und ihre Anwendung auch im (Einkommen-)Steuerrecht lassen sich, wie gezeigt, auf höchstrichterliche Rechtsprechung stützen. *Spangenberg*s Konstruktion ist also durchaus als konsequente Übertragung der Logik des BVerfG und des EuGH auf Diskriminierungsfälle im Steuerrecht zu sehen, die – hier ist der Untertitel des Buches Programm – einen interessanten Perspektivwechsel möglich macht. Allerdings findet sich auch im Buch selbst schon Kritik. So schreibt *Lerke Osterloh* in ihrem Beitrag: „Vor allem dann, wenn es um die zahlreichen Fälle des Abzugs von der Bemessungsgrundlage geht, treffen (...) tatbestandlich neutrale(n) Steuervergünstigungen auf ein statistisch signifikant unterschiedliches Einkommensniveau von Männern und Frauen und wirken sich mit entsprechend unterschiedlichen Entlastungsniveaus aus. Alle scheinbar neutralen Vergünstigungen durch Abzug von der Bemessungsgrundlage können deshalb als mittelbare Benachteiligungen von Frauen gesehen werden. Aber sind solche Wirkungen auch generell unzulässig? Ich halte das für ausgeschlossen.“¹⁴

6 *Spangenberg*, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung am Beispiel der Besteuerung der zusätzlichen Alterssicherung, 2013.

7 BVerfGE 82, 60 (86 f.); 99, 246 (260); 105, 73 (126); 122, 210 (331).

8 BVerfGE 97, 35 (43).

9 EuGH v. 13.5.1986 – Rs. 170/84 – *Bilka*, Slg. 1986, 1607.

10 EuGH v. 27.6.1990 – Rs. 33/89 – *Kowalska*, Slg. 1990, I-2591.

11 EuGH v. 27.10.1993 – Rs. 127/92 – *Enderby*, Slg. 1993, I-5535.

12 EuGH v. 31.3.1981 – Rs. 96/80 – *Jenkins/Kingsgate*, Slg. 1981, 911.

13 Grundlegend: EuGH v. 14.2.1995 – Rs. C-279/93 – *Schuma-*

cker, Slg. 1995, I-225 – Rz. 26. „Die Vorschriften über die Gleichbehandlung (verbieten) nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung (...), die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen.“ Vgl. auch EuGH v. 22.3.2007 – Rs. C-383/05 – *Talotta*, Slg. 2007, I-2555, Rz. 17; EuGH v. 18.3.2010 – Rs. C-440/08 – *Gielen*, Slg. 2010, I-2323 – Rz. 37; EuGH v. 5.2.2014 – Rs. C-385/12 – *Hervis Sport* – Rz. 30.

14 *Osterloh*, Anforderungen an die Ausgestaltung von Steuervergünstigungen unter Berücksichtigung gleichstellungsrechtlicher Vorgaben, S. 158 (165).

Tatsächlich stellt sich schon rechtspolitisch die Frage, ob das Steuerrecht überhaupt der richtige Ansatzpunkt ist, um die – fraglos zu eliminierende – Ungerechtigkeit eines „pay gaps“ anzugreifen. Und auch rechtsdogmatisch kann man die Anwendung der Figur der faktischen Diskriminierung auf Steuerrechtsnormen wie § 3 Nr. 63 EStG in Frage stellen: Problematisch ist nämlich, dass diese Fälle mittelbarer Diskriminierung von Frauen im Einkommensteuerrecht stets auf das von *Osterloh* angesprochene „statistisch signifikant unterschiedliche Einkommensniveau von Männern und Frauen“ zurückzuführen sind, darauf also, dass Frauen im Durchschnitt zu den „Schlechterverdienenden“ zählen (eine Tatsache, die im Übrigen auch für andere von Art. 3 Abs. 3 GG erfasste Gruppen, wie Dunkelhäutige, Behinderte oder Muslime in Deutschland gelten dürfte). Die mittelbare Diskriminierung von Frauen gegenüber Männern durch Normen des EStG kann man dann aber zugleich als unmittelbare Benachteiligung von Schlechter- gegenüber Besserverdienenden beschreiben. Ob aber in Fällen, in denen eine unmittelbare Benachteiligung von Schlechterverdienenden gegenüber Besserverdienenden nach hergebrachten verfassungsrechtlichen Maßstäben unbedenklich ist, für die Figur der mittelbaren Benachteiligung von Frauen wirklich noch Raum bleibt, lässt sich zumindest in Frage stellen.

Die Betonung dieser Frage, die hier tatsächlich nur aufgeworfen und nicht abschließend beantwortet werden kann, soll allerdings nicht den Blick dafür verstellen, dass (faktische) Benachteiligungen von Frauen durch steuerrechtliche Normen auch dort auftreten können, wo das statistisch unterschiedliche Einkommensniveau der Geschlechter nicht relevant ist. So können Benachteiligungen auch daraus resultieren, dass sich die Lebenssachverhalte von Frauen, abgesehen vom Finanziellen, statistisch signifikant von denen der Männer unterscheiden. Und zumindest in diesen Fällen spricht nichts gegen die Anwendung des Maßstabs der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Zu denken ist etwa an Steuernachteile für Teilzeitbeschäftigte und Alleinerziehende, möglicherweise auch an Vorteile für Pendler oder Menschen, die Überstunden leisten.¹⁵ (Nicht zu vergessen ist freilich stets auch die Möglichkeit einer Rechtfertigung.)

Auf einen diskriminierenden Charakter können außerdem steuerrechtliche Regelungen untersucht werden, die eine bestimmte Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen in Partnerschaften und Ehen begünstigen und so entsprechende Anreize setzen. Hierfür bedarf es allerdings nicht unbedingt des Maßstabs des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG und der Rechtsfigur der faktischen Diskriminierung. Vielmehr reicht, wie der Beitrag von *Ute Sacksofsky*¹⁶ zeigt, in dem es u.a. um die (begrenzte) Abzugsfähigkeit von Kinderbetreuungskosten geht, der klassische Maßstab des all-

gemeinen Gleichheitssatzes und des Leistungsfähigkeitsprinzips durchaus aus. So misst *Sacksofsky* § 10 Abs. 1 Nr. 5 EStG an Art. 3 Abs. 1 GG und legt überzeugend dar, dass in der Logik des derzeit geltenden Steuersystems die volle Absetzbarkeit der Kosten einer Kinderbetreuung während der Arbeitszeit eigentlich zwingend wäre, da es sich um „zwangsläufigen, pflichtbestimmten Aufwand“¹⁷ handelt. Dass die volle Absetzbarkeit (in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der rechtswissenschaftlichen Literatur¹⁸) nicht gewährt wird, geht freilich hauptsächlich zu Lasten von Frauen.

Des Weiteren weist *Sacksofsky* auf ein Problem hin, das allgemein für die Feststellung von Geschlechterdiskriminierungen durch das Steuerrecht besteht: Es liegen zum Teil die erforderlichen Daten gar nicht vor. Ohne interdisziplinäre Zusammenarbeit sind jedoch juristische Fragestellungen in diesem Bereich kaum zu bearbeiten, da die geschlechterspezifische Erhebung und Aufbereitung statistischer Daten eine Entlarvung benachteiligender Regelungen erst möglich macht. *Sacksofsky* plädiert daher dafür, dass der Staat die entsprechenden Angaben erhebt, was für sie schon aufgrund des Verfassungsauftrags aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG geboten ist. Insofern könnte die im Folgenden zu behandelnde österreichische Praxis beispielgebend sein.

III. Die ökonomische und die sozialwissenschaftliche Perspektive: Methoden zur Analyse und Einblicke in die Steuerpraxis

Was die ökonomische und sozialwissenschaftliche Perspektive betrifft, sind in dem Sammelband die Beiträge aus Österreich hervorzuheben. Denn in Österreich kommt dem Thema „Steuerrecht und Geschlecht“, wie angesprochen, eine deutlich größere Bedeutung zu. Insbesondere beschäftigt es eben nicht nur die Wissenschaft, sondern auch die Praxis. Dies ist – soweit noch einmal zurück zur rechtlichen Perspektive – insbesondere auf das jüngst reformierte Haushaltsverfassungsrecht zurückzuführen: Das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) der Republik Österreich bestimmt ausdrücklich, dass die Gebietskörperschaften bei der Haushaltsführung die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern anzustreben haben (Art. 13 Abs. 3 B-VG, in Kraft seit 1.1.2009) und dass „bei der Haushaltsführung des Bundes (...) die Grundsätze der Wirkungsorientierung insbesondere auch unter Berücksichtigung des Ziels der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern“ zu beachten sind (Art. 51 Abs. 8 B-VG, in Kraft seit 1.1.2013). Daneben bestehen zahlreiche einfachgesetzliche Regelungen sowie Verordnungen wie der „Frauenförderungsplan für das Bundesministerium

15 *Rainer* plädiert in seinem Beitrag für die Abschaffung oder zumindest Einschränkung „männlicher“ Steuerbegünstigungen“ wie steuerfreier Überstundenzuschläge und der Pendlerpauschale, Geschlechterdifferenzierte Auswertungen der österreichischen Lohn- und Einkommensteuerstatistik, S. 41 (55).

16 *Sacksofsky*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip und die Berücksichtigung der „Privatsphäre“, S. 143 ff.

17 So die Formulierung des BVerfG in BVerfGE 122, 210 (234 f.) im Zusammenhang mit der Pendlerpauschale.

18 *Kirchhof*, Ehe- und familiengerechte Gestaltung der Einkommensteuer, NJW 2000, 2792 (2795 ff.); *Seiler*, Gutachten F für den 66. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, 2006.

der Finanzen¹⁹ oder die „Verordnung der Bundesministerin für Frauen und öffentlichen Dienst über die Abschätzung der Auswirkungen auf die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern im Rahmen der wirkungsorientierten Folgenabschätzung bei Regelungsvorhaben und sonstigen Vorhaben“²⁰, mit denen sich der Beitrag von *Elfriede Fritz*²¹ vom österreichischen Bundesministerium für Finanzen (BMF) befasst.

Insgesamt bilden die genannten Normen, deren Gegenstand man unter dem Begriff des „Gender Budgeting“ zusammenfassen kann, den Hintergrund dafür, dass die österreichische Verwaltung in beeindruckendem Umfang damit beschäftigt ist, die Wirkungen des Steuerrechts auf das Geschlechterverhältnis zu beobachten und zu bearbeiten. Entsprechende Einblicke gewähren die Buchbeiträge von *Margit Schratzenstaller*, *Anton Rainer* und *Edeltraut Lachmayer*:

Erstere ist Referentin für öffentliche Finanzen am österreichischen Institut für Wirtschaftsforschung und verschafft dem Leser ihres Beitrags über „Genderaspekte bei der Analyse von Lenkungs- und Verteilungswirkungen von Steuern und Abgaben“²² einen interessanten, auch für Juristen verständlichen Überblick über die Bandbreite der möglichen Fragen, die man unter dem Blickwinkel der Gleichberechtigung an ein Steuersystem oder einzelne Steuernormen richten kann. Dabei greift sie auch solche auf, die für den Juristen nicht nahe lägen, und fragt, ob Verbrauchsteuern bei Männern und Frauen eine unterschiedliche Verhaltenslenkung bewirken (Studien hierzu ergeben offenbar, dass etwa die Tabaksteuer unterschiedlich auf das Verhalten von Frauen und Männern wirkt). Darüber hinaus führt *Schratzenstaller* in Methoden zur Bearbeitung dieser und anderer Fragen ein, indem sie (ebenfalls gut verständlich) veranschaulicht, was deskriptive Datenanalysen, Makro- und Mikrosimulationsstudien sowie statistisch-ökonomische Analysen in diesem Bereich leisten können. Abschließen stellt sie fest, dass auch in Österreich offenbar noch „erhebliche Datenlücken“ bestehen, um systematische und umfassende genderdifferenzierte Untersuchungen der Lenkungs- und Verteilungswirkungen von Steuern durchführen zu können.

Dass entsprechende Untersuchungen zumindest in Bezug auf bestimmte Steuerarten dennoch bereits möglich sind, zeigt *Anton Rainer*, der bis 2009 die Abteilung Steuerschätzung und Steuerpolitik im Österreichischen Bundesministerium für Finanzen geleitet hat und für dieses heute beratend tätig ist, in seinem Beitrag über eine geschlechterdifferenzierte Analyse der österreichischen Lohn- und Einkommensteuerstatistik.²³

Wie selbstverständlich in Österreich davon ausgegangen wird, dass die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen über das Steuerrecht nicht nur möglich ist, sondern auch forciert werden sollte, zeigt der Beitrag von *Edeltraut Lachmayer*.²⁴ Für sie als Leiterin der Abteilung für Einkommensteuer und Körper-

schaftsteuer am BMF in Wien gelten die sog. „Genderziele“ ihres Ressorts, welche sich alle österreichischen Ministerien aufgrund der oben genannten Verpflichtung zu einer Wirkungsorientierung (Art. 51 Abs. 8 B-VG) seit 2013 geben mussten. Eines dieser „Genderziele“ lautet: „Das Abgabensystem leistet einen wesentlichen Beitrag zur besseren Verteilung der Erwerbsarbeit wie auch der unbezahlten Arbeit zwischen Männern und Frauen“. Vor diesem Hintergrund beschreibt *Lachmayer*, wie mit dem Steuerrecht geschlechterbezogene alloкатive Ziele (z.B. die Förderung der Erwerbstätigkeit von Frauen) und distributive Ziele (z.B. die Verringerung der Unterschiede beim Einkommensniveau) verfolgt werden können.

Um zu kontrollieren, ob die angesprochenen „Genderziele“ in der Steuerpolitik auch tatsächlich erreicht werden, gelten in Österreich Evaluationspflichten. Zudem muss eine „wirkungsorientierte Folgenabschätzung“ bereits im Gesetzgebungsverfahren vorgenommen werden, für die genaue Prüfschritte festgelegt sind. Mit der Festlegung dieser Prüfschritte wurde, wie *Lachmayer* beschreibt, die vorherige Praxis abgelöst, nach der im Vorblatt der meisten Gesetzesvorhaben nur folgender lapidarer Satz stand: „Die gegenständlichen Änderungen lassen eine sinnvolle Zuordnung zu Männern und Frauen nicht zu.“ Wie wenig sich hiervon die noch heute vorherrschende Praxis in Deutschland unterscheidet, ist dem Beitrag der Speyerer Finanzwissenschaftlerin *Gisela Färber*²⁵ über „Gleichstellungsorientierte Gesetzesfolgenabschätzung im Steuerrecht“ zu entnehmen: Denn hiernach ist die Genderperspektive (...) „de facto nicht bzw. nur sehr gering vorhanden“; vielmehr würden „mit der allgemeinen und immer wiederholten Standardformel, wonach diskriminierende Effekte nicht erkennbar sind“, die Gesetzesfolgen nicht realistisch dargestellt.

IV. Zusammenfassung

Indem 15 Autoren unterschiedlicher Hintergründe ihre jeweiligen Blickwinkel eingenommen, ihre Methoden angewandt und ihre Schwerpunkte gesetzt haben, ist mit dem Sammelband „Geschlechtergerechtigkeit steuern – Perspektivenwechsel im Steuerrecht“ ein Buch entstanden, das einen vertieften Einstieg in eine Thematik bietet, die in Deutschland bisher unterbelichtet ist. Besonders beachtlich sind vor diesem Hintergrund die Berichte von Vertretern des BMF in Wien und des Österreichischen Instituts für Wirtschaftsforschung, die deutlich machen, dass man sich jenseits der Alpen bereits sehr viel intensiver mit dem Einfluss des Steuerrechts auf das Verhältnis von Männern und Frauen beschäftigt als hierzulande. Die Berichte aus Österreich belegen anschaulich die dortige Praxis – und vermitteln eine Ahnung davon, was auch hier aus dem Thema „Steuerrecht und Geschlecht“ noch werden könnte.

19 (Österreichisches) BGBl. II Nr. 19/2013.

20 (Österreichisches) BGBl. II Nr. 498/2012.

21 *Fritz*, Umsetzung gleichstellungsorientierter Steuerpolitik in der Verwaltung – Erfahrungen aus Österreich, S. 185 ff.

22 *Schratzenstaller*, Genderaspekte bei der Analyse von Lenkungs- und Verteilungswirkungen von Steuern und Abgaben, S. 23 ff.

23 *Rainer*, Geschlechterdifferenzierte Auswertungen der österreichischen Lohn- und Einkommensteuerstatistik, S. 41 ff.

24 *Lachmayer*, Genderziele in der Steuerpolitik – Erfahrungen aus Österreich, S. 197 ff.

25 *Färber*, Gleichstellungsorientierte Gesetzesfolgenabschätzung im Steuerrecht, S. 211 (225).