Europäisches und Internationales Steuerrecht

Rechtsfolgen unionsrechtswidriger Beihilfen im Steuerrecht

Dr. RUBEN MARTINI, München*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Rechtsrahmen
1. Primärrecht
2. Sekundärrecht
a) Rückforderungsanordnung
b) Verjährung
III. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH im Beihilferecht
1. Rechtsfolgen ausschließlich formell unionsrechtswidriger Beihilfen
2. Rechtsfolgen (auch) materiell unionsrechtswidriger Beihilfen
3. Rechtsschutz gegen Rückforderungsmaßnahmen
4. Schützenswertes Vertrauen in den Bestand der Beihilfemaßnahme
a) Das Notifizierungsverfahren als maßgeblicher Bezugspunkt
b) Keine Bedeutung vertrauensschützender Normen des nationalen Verfahrensrechts
c) Vertrauensbegründendes Verhalten von Unionsorganen
IV. Besonderheiten des Steuerrechts
1. Problematik des *moral hazard*
2. Abstrakt-generelles Beihilfenpotential des Steuerrechts
a) Mangelnde Vorhersehbarkeit und Beeinflussbarkeit durch die Steuerpflichtigen
b) Beteiligungs- und Rechtsschutzlücken
c) Konflikt mit der Auslegungshoheit der Mitgliedsstaaten
V. Die Rückgewährverpflichtung der Mitgliedsstaaten als Anpassungsfeld

Steuerlich überbrachte Beihilfen haben sich zu einem wesentlichen Handlungsfeld der Mitgliedsstaaten entwickelt. Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich der vorliegende Beitrag mit der Frage, ob der zunehmenden wirtschaftlichen und praktischen Bedeutung des Steuerrechts für das Gebiet des Beihilferechts durch eine Adaption der maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen ausreichend Rechnung getragen wurde. Aufbauend auf einer Darstellung des maßgeblichen Rechtsrahmens und der Rechtsprechung des EuGH werden die bestehenden Friktionen zwischen den besonderen Anforderungen des Steuerrechts und dem aktuellen Stand des europäischen Beihilferechts exemplarisch anhand mehreren Teilaspekte analysiert und auf dieser Basis die Rückgewährverpflichtung der Mitgliedsstaaten statt – wie bisher – der Steuerpflichtigen als erforderliches Anpassungsfeld identifiziert.

Although, initially, the provisions of the TFEU dealing with state aid were virtually exclusively applied to direct grants, in recent years, this set of rules has achieved greater prominence in the field of taxation. Against this background, this paper tackles the question of whether the specific features of tax law are taken into account constructing and applying the state aid rules. Based on an outline of the relevant legislation and case-law, the conflicts between the unique characteristics of tax law and the European state aid rules will be analysed. As an option for a future adaption of the EU state aid regime, the paper identifies the need to oblige the Member States to repay the aid instead of the taxpayers.

I. Einleitung

Auch wenn das Steuerrecht in seiner Wahrnehmung als Eingriffsrecht zunächst nicht unmittelbar mit dem unionsrechtlichen Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV assoziiert wird, kann selbstverständlich – und in der Rechtsprechung des EuGH seit langem anerkannt[1] – auch die Verschonung von einer staatlichen Belastung bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen unter den unionsrechtlichen Beihilfebegriff fallen. Inzwischen haben sich steuerlich überbrachte Beihilfen zu einem wesentlichen Handlungsfeld der Mitgliedsstaaten entwickelt. Während im Jahr 2002 lediglich ungefähr 22 % der insgesamt von der Kommission erfassten Beihilfen auf den Bereich des Steuerrechts entfielen, waren es im Jahr 2015 bereits ca. 30 %.[2]

Dies lässt die Frage aufkommen, ob der zunehmenden wirtschaftlichen und praktischen Bedeutung des Steuerrechts auf dem Gebiet des Beihilferechts durch eine Adaption der maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen ausreichend Rechnung getragen wurde. Insbesondere erscheint zweifelhaft, ob die gegenüber unmittelbaren Leistungen bestehenden Besonderheiten der mit Mitteln des Steuerrechts gewährten Beihilfen im Rechtsfolgenbereich, d.h. bei der Rückforderung nicht formell und/oder materiell unionsrechtswidriger Beihilfen, in den maßgeblichen Vorschriften des (sekundären) Unionsrechts sowie in der für das Beihilferecht besonders bedeutsamen Rechtsprechung des EuGH ausreichend Berücksichtigung finden. Dies soll zum Anlass genommen werden, – aufbauend auf einer Darstellung des für die Rückforderung unionsrechts-

* Dr. *Ruben Martini*, Dipl.-Kfm., LL.B., ist Richter in Rheinland-Pfalz und derzeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den BFH abgeordnet.

1 Siehe grundlegend EuGH v. 2.7.1974 – 173/73, *Italien/Kommission*, EuGHE 1974, 00709 Rz. 26/28.

2 Im Jahr 2015 entfielen 30,10 % der Beihilfeinstrumente der 28 Mitgliedsstaaten auf steuerliche Befreiungstatbestände („*tax exemptions*"), s. State Aid Scoreboard 2016 der Europäischen Kommission (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html#tables). Dies stellt gegenüber unmittelbaren Begünstigungen („*grants*") mit 63,30 % etwa die Hälfte dar. Einen Höchststand erreichte der Anteil steuerlicher Beihilfen im Jahr 2007 mit 44,90 %.

widrig gewährter Beihilfen maßgeblichen Rechtsrahmens (nachfolgend II.) und der Rechtsprechung des EuGH (nachfolgend III.) – die bestehenden Friktionen zwischen den besonderen Anforderungen des Steuerrechts und dem aktuellen Stand des europäischen Beihilferechts exemplarisch anhand mehrerer Teilaspekte zu analysieren (nachfolgend IV.). Auf dieser Basis werden die Adressaten der Rückgewährverpflichtung als mögliches Anpassungsfeld identifiziert und – sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* – entsprechende Adaptionsmöglichkeiten skizziert (nachfolgend V.).

II. Rechtsrahmen

1. Primärrecht

Weder Art. 107 Abs. 1 AEUV als Grundnorm des europäischen Beihilferechts, der staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, als mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt, noch die Regelungen des Art. 108 AEUV zur Pflicht zur Notifizierung potentieller Beihilfen enthalten ausdrückliche Regelungen zur Rückforderung formell rechtswidriger, d.h. ohne vorherige Unterrichtung der Kommission und damit entgegen dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ausgereichter Beihilfen, oder (auch) materiell rechtswidriger, d.h. mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen. Vielmehr ist die Rückforderung – letztlich im Rahmen des *effet utile* des Unionsrechts – logische Folge der Unionsrechtswidrigkeit.[3]

2. Sekundärrecht

Maßgebliches Sekundärrecht für die Rückforderung von Beihilfen ist die auf Grundlage der Ermächtigung des Art. 109 AEUV vom Rat erlassene Verordnung (EU) 2015/1589[4]. Insbesondere enthält diese Verordnung sowohl die Ermächtigung der Kommission, die Mitgliedsstaaten zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen zu verpflichten, als auch Vorgaben für das für die Rückforderung maßgebliche Verfahren (nachfolgend a). Zugleich wird die Rückforderung unter Verjährungsvorbehalt gestellt (nachfolgend b).

a) Rückforderungsanordnung

Mit dem Negativbeschluss, durch den festgestellt wird, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist (Art. 9 Abs. 5 VO 2015/1589), ist nach Art. 16 Abs. 1 VO 2015/1589 zugleich ein Rückforderungsbeschluss zu erlassen.[5] Der betreffende Mitgliedstaat hat alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. Eine Ausnahme von dieser zwingenden Verknüpfung der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beihilfe und ihrer Rückforderung besteht nach Art. 16 Abs. 1 Satz 2 VO 2015/1589 lediglich in Fällen, in denen die Rückforderung der Beihilfe gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstoßen würde. Dies umfasst auch Fälle, in denen infolge des Wirkens der Kommission ein berechtigtes Vertrauen des Begünstigten einer Maßnahme dahingehend besteht, dass die Beihilfe entsprechend den unionalen Rechtsvorschriften gewährt wurde.[6]

Hinsichtlich des Umfangs der Rückforderung bestimmt Art. 16 Abs. 2 VO 2015/1589, dass die aufgrund eines Rückforderungsbeschlusses zurückzufordernde Beihilfe auch Zinsen umfasst, die von dem Zeitpunkt, ab dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung berechnet werden. Nach Art. 16 Abs. 3 VO 2015/1589 erfolgt die Rückforderung unverzüglich und nach dem Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung des Beschlusses der Kommission ermöglicht wird. Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen zu treffen.

b) Verjährung

Unmittelbare Regelungen für den Fall eines schützenswerten Vertrauens in den Bestand einer Beihilfe enthält die VO 2015/1589 nicht. Lediglich im Rahmen der Verjährungsregelungen kommt ein abstrakter, rein auf dem zeitlichen Aspekt fußender Vertrauensschutz zum Tragen. Nach der Grundregel des Art. 17 Abs. 1 VO 2015/1589 kann die Kommission Maßnahmen zur Rückforderung von Beihilfen nur binnen zehn Jahren treffen. Nach Fristablauf wird die Beihilfe durch Art. 17 Abs. 4 VO 2015/1589 als bestehende Beihilfe i.S.d. Art. 108 Abs. 1 Satz 1 AEUV fingiert.

Die Frist beginnt mit der Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe an den Empfänger (Art. 17 Abs. 2 VO 2015/1589). Der Fristlauf wird durch jede Maßnahme, welche die Kommission oder ein Mitgliedstaat auf Antrag der Kommission bezüglich der rechtswidrigen Beihilfe ergreift, unterbrochen mit der Folge, dass die Frist mit jeder Unterbrechungshandlung von Neuem läuft. Wird der Beschluss der Kommission vor dem EuGH angefochten, ist die Verjährung gehemmt.

III. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH im Beihilferecht

Der Mitgliedstaat, an den eine – i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV verbindliche – Entscheidung gerichtet ist, die

3 Siehe bspw. EuGH v. 21.3.1990 – Rs. C-142/87, *Belgien/Kommission*, EuGHE 1990, I-00959 Rz. 66.

4 Verordnung des Rates vom 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. Nr. L 248 v. 24.9.2015, S. 9.

5 Art. 13 Abs. 2 VO 2015/1589 gibt der Kommission daneben bereits die Möglichkeit, bis zum Beschluss über die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt einstweilige Rückforderungsanordnungen gegenüber den Mitgliedsstaaten zu erlassen.

6 Siehe bspw. die Entscheidung der Kommission v. 16.10.2002 über die staatliche Beihilfe C 50/2001 – Finanzierungsgesellschaften –, Abl. Nr. L 153 v. 20.6.2003, S. 40 Rz. 61; zu den Anwendungsfällen s. unten III.4.c.

ihn zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen verpflichtet, hat alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Durchführung der Entscheidung sicherzustellen.[7] Er muss erreichen, dass er die geschuldeten Beträge tatsächlich wiedererlangt.[8] Dabei ist hinsichtlich des Umfangs der Rückforderungsverpflichtung zu differenzieren zwischen rein formell unionsrechtswidrigen Beihilfen, die lediglich gegen die Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV verstoßen auf der einen Seite (nachfolgend 1.), und – auf der anderen Seite – materiell unionsrechtswidrigen Beihilfen, die nicht nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV mit dem Binnenmarkt zu vereinbaren sind (nachfolgend 2.). In beiden Fällen kann die den Rückforderungsmaßnahmen eines Mitgliedstaats zugrunde liegende Kommissionsentscheidung im Rahmen des entsprechenden Rechtsschutzes des Begünstigten nur eingeschränkt zum Verfahrensgegenstand gemacht werden (nachfolgend 3.). Auch ein schützenswertes Vertrauen kann nur unter bestimmten, sehr eingeschränkten Umständen geltend gemacht werden (nachfolgend 4.).

1. Rechtsfolgen ausschließlich formell unionsrechtswidriger Beihilfen

Trifft die Kommission gem. Art. 13 Abs. 2 VO 2015/1589 einstweilige Rückforderungsanordnungen, wird der Mangel der vorzeitigen Gewährung und damit der Verstoß gegen die Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV grundsätzlich auch dann nicht geheilt, wenn die Kommission später die materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme feststellt.[9] Der Mitgliedsstaat ist nicht von seiner Verpflichtung entbunden, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die Auswirkungen der Rechtswidrigkeit wirksam zu beseitigen.

Dies bedeutet jedoch nicht eine endgültige Rückforderungsanordnung gegenüber dem Mitgliedstaat. Aus der Sicht des Beihilfenempfängers besteht der nicht gerechtfertigte Vorteil zum einen in der Nichtzahlung von Zinsen, die er auf den Betrag der nicht notifizierten, mit dem Binnenmarkt jedoch zu vereinbarenden Beihilfe gezahlt hätte, wenn er sich diesen Betrag bis zum Erlass der Kommissionsentscheidung auf dem Markt hätte leihen müssen, und zum anderen in der Verbesserung seiner Wettbewerbsposition gegenüber den anderen Marktteilnehmern während der Dauer der Rechtswidrigkeit. Als Folge können lediglich die Zinsvorteile abgeschöpft werden, die durch die verfrühte Verfügbarkeit der Beihilfe entstanden sind.[10]

2. Rechtsfolgen (auch) materiell unionsrechtswidriger Beihilfen

Auch im Falle einer mit dem Binnenmarkt nicht zu vereinbarenden Beihilfe erstreckt sich die Rückforderungsverpflichtung der Mitgliedsstaaten sowohl auf den ausgereichten Betrag als auch auf den Zinsvorteil.[11] Dies gilt ungeachtet der Frage, ob die Rückforderungsanordnung am Ende eines durch einen Mitgliedsstaat eingeleiteten Notifizierungsverfahrens steht, oder ob die Kommission von Amts wegen[12] oder aufgrund einer Beschwerde[13] ein förmliches Prüfverfahren eingeleitet hat. In beiden Fällen tritt neben die materielle Unionsrechtswidrigkeit der Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, d.h. die formelle Unionsrechtswidrigkeit, dem durch die Abschöpfung des Zinsvorteils Rechnung getragen wird.

Diese Kumulation von Rechtsfolgen ist nach der EuGH-Rechtsprechung weder unverhältnismäßig, noch stellt sie – ohne das Hinzutreten weiterer Umstände[14] – einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes dar.[15] Gegen seine Rückforderungsverpflichtung kann der betreffende Mitgliedsstaat – in aller Regel als Gegenvorbringen im Rahmen eines von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens – grundsätzlich geltend machen, dass die Rückforderung unmöglich ist. Diese Einwendung ist jedoch subsidiär. Erforderlich ist, dass der Mitgliedsstaat zunächst Rückforderungsmaßnahmen gegenüber den betroffenen Unternehmen einleitet und bei deren Erfolglosigkeit andere Modalitäten zur Durchführung der Entscheidung vorschlägt, die es ermöglichen, die Schwierigkeiten zu überwinden.[16]

3. Rechtsschutz gegen Rückforderungsmaßnahmen

Die Rechtmäßigkeit der maßgeblichen Kommissionsentscheidung kann nicht zum Gegenstand eines vor den Gerichten eines Mitgliedsstaates gegen eine Rückforderungsmaßnahme geführten Verfahrens gemacht werden, wenn der Kläger diese Entscheidung unmittelbar vor dem EuGH oder dem EuG hätte anfechten können. Andernfalls würde die Bestandskraft der Kommissionsentscheidung umgangen.[17] Wäre dem Steuerpflichtigen eine Anfechtungsklage nach Art. 263 Abs. 3 AEUV – insbesondere bei individueller Betroffenheit – möglich gewesen, ist das nationale Gericht daran gehindert, die Frage der Gültigkeit oder die Auslegung der Kommissionsentscheidung nach Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen; die Rechtmäßigkeit der Kommissionsent-

7 EuGH v. 12.12.2002 – Rs. C-209/00, *Kommission/Deutschland*, EuGHE 2002, I-11695 Rz. 31; v. 26.6.2003 – Rs. C-404/00, *Kommission/Spanien*; EuGHE 2003, I-06695 Rz. 21.

8 EuGH v. 12.5.2005 – Rs. C-415/03, *Kommission/Griechenland*, EuGHE 2005, I-03875 Rz. 44; v. 1.6.2006 – Rs. C-207/05, *Kommission/Italien*, EuGHE 2006, I-00070, Rz. 36 f.

9 EuGH v. 30.6.1992 – Rs. C-312/90, *Spanien/Kommission*, EuGHE 1992, I-04117 Rz. 23.

10 EuGH v. 12.2.2008 – Rs. C-199/06, *Centre d'exportation du livre français*, EuGHE 2008, I-00469 Rz. 51 f.

11 Siehe zu Art. 16 Abs. 2 VO 2015/1589 oben II.2.a.

12 Art. 12 Abs. 1 VO 2015/1589.

13 Art. 24 Abs. 2 Satz 1 VO 2015/1589.

14 Siehe dazu unten III.4.

15 EuGH v. 14.1.1997 – Rs. C-169/95, *Spanien/Kommission*, EuGHE 1997, I-00135 Rz. 47 f.

16 EuGH v. 9.7.2015 – Rs. C-63/14, *Kommission/Frankreich*, Abl. Nr. C 294 v. 7.9.2015, S. 6 Rz. 49.

17 EuGH v. 9.3.1994 – Rs. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH*, EuGHE 1994, I-00833 Rz. 17; v. 30.1.1997 – Rs. C-178/95, *Wiljo*, EuGHE 1997, I-00585, Rz. 21; v. 22.10.2002 – Rs. C-241/01, *National Farmers' Union*, EuGHE 2002, I-09079 Rz. 35; v. 5.10.2006 – Rs. C-232/05, *Kommission/Frankreich*, EuGHE 2006, I-10071 Rz. 59.

scheidung über die Rückforderung der geschuldeten Beträge kann von dem nationalen Gericht nicht in Frage gestellt werden.[18]

Etwas anderes kann jedoch insbesondere im Steuerrecht gelten, sofern es sich nicht um eine individuelle Gewährung einer Beihilfe handelt, sondern – wie in aller Regel bei steuerlichen Verschonungsregelungen – um eine abstrakt-generelle Beihilferegelung, deren Anwendungsbereich für Steuerpflichtige, die im Zeitpunkt der Einführung der Regelung keine unter die Regelung fallende Disposition getroffen haben, bis zum Ende der Klagefrist des Art. 263 Abs. 6 AEUV nicht vorhersehbar ist. Vor diesem Hintergrund kann es an einer individuellen Betroffenheit – und damit an einer Klagebefugnis i.S.d. Art. 263 Abs. 3 AEUV – fehlen, so dass bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung diese Frage nach Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen ist.[19]

Vorschriften des nationalen Rechts, nach denen gegen Rückzahlungsbescheide eingelegten Rechtsbehelfen eine aufschiebende Wirkung zukommt, sind nicht anzuwenden.[20] Die Rückforderung hat nach Art. 16 Abs. 3 VO 2015/1589 „unverzüglich" zu erfolgen. Dem widerspricht es, wenn der Beihilfenempfänger die ihm durch die für unvereinbar erklärten Beihilfen zugeflossenen Mittel während des Rechtsbehelfsverfahrens behalten und daraus einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil ziehen kann.[21] Daran ändert auch die in Art. 16 Abs. 3 VO 2015/1589 vorgesehene Maßgeblichkeit des nationalen Rechts für das Rückforderungsverfahren nichts. Die Anwendung nationaler Verfahrensvorschriften ist von der Bedingung abhängig, dass diese – im Sinne des *effet utile* – die Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs nicht erschweren und die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglichen. Andernfalls sind die Vorschriften des nationalen Verfahrensrechts insoweit unanwendbar.[22]

4. Schützenswertes Vertrauen in den Bestand der Beihilfemaßnahme

Die Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes stellen allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts dar. Daher verstößt es dem Grunde nach nicht gegen Unionsrecht, wenn das nationale, auf die Rückforderung von Beihilfen anwendbare Verfahrensrecht – in Abwägung mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – ein berechtigtes Vertrauen berücksichtigt. Das Unionsrecht steht nationalen Regelungen nicht entgegen, die bei einer Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen auf Kriterien wie den Vertrauensschutz, einen Verbrauch der gewährten Mittel, den Ablauf einer Frist oder auf den Umstand abstellen, dass die Verwaltung wusste, dass sie eine Beihilfe zu Unrecht gewährte, oder dass diesbezüglich grob fahrlässige Unkenntnis vorlag.[23]

Dies steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass das „Interesse der Gemeinschaft voll berücksichtigt wird".[24] Diese Erwägung des *effet utile* hat zur Folge, dass nationale Regelungen des Vertrauensschutzes *de facto* keine Anwendung finden und die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten und insbesondere der einzelstaatlichen Gerichte, die Rückforderung anzuordnen, lediglich in eng umgrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommt. Der (unionsrechtliche) Grundsatz des Vertrauensschutzes findet im Beihilferecht zwar grundsätzlich Anwendung, wird vom EuGH jedoch lediglich in Bezug auf die Organe der Union, nicht aber in Bezug auf mitgliedsstaatliches Handeln entwickelt.

a) Das Notifizierungsverfahren als maßgeblicher Bezugspunkt

Maßgebliche Bedeutung für die Frage, ob ein schützenswertes Vertrauen vorliegt, kommt der Beachtung des Notifizierungsverfahrens zu. Ein durch eine Beihilfe begünstigtes Unternehmen darf nach der Rechtsprechung des EuGH auf die Rechtmäßigkeit der Beihilfe grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn diese unter Beachtung des in Art. 108 AEUV vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Abgestellt wird auf den Typus des „sorgfältigen Gewerbetreibenden", für den es regelmäßig möglich ist, sich zu vergewissern, ob dieses Verfahren beachtet wurde.[25] Insbesondere kann der Empfänger einer Beihilfe, die ohne vorherige Unterrichtung der Kommission gewährt wurde, so dass sie bereits aus formellen Gründen gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV rechtswidrig ist, zu diesem Zeitpunkt kein berechtigtes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit ihrer Gewährung haben.[26]

---

18 EuGH v. 5.10.2006 – Rs. C-232/05, *Kommission/Frankreich*, EuGHE 2006, I-10071 Rz. 60; v. 18.7.2007 – Rs. C-119/05, *Lucchini*, EuGHE 2007, I-06199 Rz. 55; s. auch BFH v. 12.10.2000 – III R 35/95, BFHE 193, 204 = BStBl. II 2001, 499; v. 30.1.2009 – VII B 180/08, BFHE 224, 372.

19 Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. Nr. C 85 v. 9.4.2009, S. 1 Rz. 67; vgl. beispielhaft für die Rspr. EuGH v. 18.7.2007 – Rs. C-119/05, *Lucchini*, EuGHE 2007, I-06199, Rz. 55 („zweifellos hätte anfechten können").

20 EuGH v. 5.10.2006 – Rs. C-232/05, *Kommission/Frankreich*, EuGHE 2006, I-10071 Rz. 53.

21 EuGH v. 5.10.2006 – Rs. C-232/05, *Kommission/Frankreich*, EuGHE 2006, I-10071 Rz. 47.

22 EuGH v. 5.10.2006 – Rs. C-232/05, *Kommission/Frankreich*, EuGHE 2006, I-10071 Rz. 49 f.

23 Siehe grundlegend EuGH v. 21.9.1983 – Rs. C-205-215/82, *Deutsche Milchkontor u.a.*, EuGHE 1983, 02633 Rz. 30 zur Rückforderung einer zu Unrecht gewährten, auf Unionsrecht beruhenden Beihilfe; für die jüngere Rspr. s. EuGH v. 10.12.2013 – Rs. C-272/12 P, *Kommission/Irland u.a.*, ABl. Nr. C 45 v. 15.2.2014, S. 9 Rz. 53.

24 EuGH v. 21.9.1983 – Rs. C-205-215/82, *Deutsche Milchkontor u.a.*, EuGHE 1983, 02633 Rz. 33.

25 Der VII. Senat des BFH (Beschl. v. 30.1.2009 – VII B 180/08, BFHE 224, 372) stellt dabei beispielhaft auf die Einsichtnahme in amtliche Veröffentlichungen oder Nachfragen bei den Finanzbehörden ab, wobei zu beachten ist, dass eine (fehlerhafte) Auskunft der Finanzverwaltung kein Handeln eines Unionsorgans darstellt und daher keinen Vertrauensschutz begründen dürfte.

26 EuGH v. 20.9.1990 – Rs. C-5/89, *Kommission/Deutschland*, EuGHE 1990, I-03437 Rz. 14; v. 14.1.1997 – Rs. C-169/95, *Spanien/Kommission*, EuGHE 1997, I-00135 Rz. 51; v. 15.12.2005 – Rs. C-148/04, *Unicredito Italiano*, EuGHE 2005, I-11137 Rz. 109; v. 11.11.2004 – Rs. C-183/02 P und C-187/02 P, *Demesa und Territorio Histórico de Álava/Kommission*, EuGHE 2004, I-10609 Rz. 44.

Dies hat zur Folge, dass weder der fragliche Mitgliedsstaat noch der betreffende Wirtschaftsteilnehmer der späteren Rückforderung der Beihilfe ein allein auf die Festsetzung sowie die Ausreichung bzw. den Empfang einer Beihilfe gestütztes Vertrauen entgegenhalten können. Auch die zwischen Einführung der Maßnahme und der Rückforderungsanordnung verstrichene Zeit ist – für sich genommen – unbeachtlich.[27] Keinen Einfluss hat zudem der Umstand, dass die von einer rechtswidrigen Beihilfe begünstigten Unternehmen die gewährten Leistungen verbraucht oder unumkehrbare Vermögensdispositionen getroffen haben. Die Rückforderung einer ohne Einhaltung des Notifizierungsverfahrens gewährten Beihilfe stellt in jedem Fall eine für den begünstigten Wirtschaftsteilnehmer vorhersehbare Gefahr dar. Zudem hat die spätere Rückforderung in der Regel nachteilige Auswirkungen auf die Finanzen der betroffenen Unternehmen. Wenn solche Umstände der Rückforderung entgegen stünden, verblieben die Beihilfen trotz Rückforderungsanordnung durch die Kommission in fast allen Fällen bei den Begünstigten; die Kontrolle staatlicher Beihilfen durch die Unionsorgane wäre wirkungslos.[28]

b) Keine Bedeutung vertrauensschützender Normen des nationalen Verfahrensrechts

Vertrauensbegründende Handlungen von Mitgliedsstaaten sind unbeachtlich. Für die Beurteilung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt ist ausschließlich die Kommission zuständig, so dass ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer aus einer Entscheidung, die von einem anderen (mitgliedsstaatlichen) Organ herrührt, kein berechtigtes Vertrauen herleiten kann.[29] Dies gilt selbst dann, wenn mitgliedsstaatliche Organe für die Rechtswidrigkeit des Bescheids in einem solchen Maße verantwortlich sind, dass deren Rücknahme einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt.[30] Vor diesem Hintergrund sind insbesondere die in § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG und § 130 Abs. 2 und 3 AO für die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte enthaltenen Vertrauensschutztatbestände unbeachtlich. Ein Mitgliedstaat kann sich nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen, um sich der Durchführung unionsrechtlicher Verpflichtungen zu entziehen.[31]

Auch das Verhalten der mitgliedsstaatlichen Verwaltung nach Erlass des Rückforderungsbeschlusses durch die Kommission – für das deutsche Recht etwa durch Verstreichenlassen der Frist des § 130 Abs. 3 Satz 1 AO für die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte[32] – ist nicht geeignet, ein nach nationalem Verfahrensrecht schützenswertes Vertrauen zu begründen. Die Rolle der nationalen Behörden beschränkt sich auf die Durchführung der Entscheidungen der Kommission; ihnen kommt hinsichtlich der Rücknahme eines Bewilligungsbescheids über eine unionsrechtswidrige Beihilfe keinerlei Ermessen zu.[33] Lässt eine nationale Behörde vor diesem Hintergrund die im nationalen Recht für die Rücknahme des Bewilligungsbescheids vorgesehene Ausschlussfrist verstreichen, so kann diese Situation nicht mit derjenigen gleichgesetzt werden, in der ein Wirtschaftsteilnehmer nicht weiß, ob die zuständige Behörde – im Rahmen eines ihr zustehenden Ermessens – eine Entscheidung treffen wird, und in der der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass dieser Ungewissheit mit einer Ausschlussfrist Rechnung getragen wird. Vielmehr ist der Empfänger einer rechtswidrig gewährten Beihilfe nicht mehr im Ungewissen, sobald die Kommission einen Rückforderungsbeschluss erlassen hat. Andernfalls würde die Rückforderung der zu Unrecht gezahlten Beträge praktisch unmöglich gemacht und den Vorschriften des Unionsrechts über die staatlichen Beihilfen jede praktische Wirksamkeit genommen.[34] Vor diesem Hintergrund finden auch die Verjährungsvorschriften des nationalen Rechts – im Bereich des Steuerrechts insbesondere die Festsetzungsverjährung des § 169 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 AO[35] – keine Anwendung.

c) Vertrauensbegründendes Verhalten von Unionsorganen

Auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes können sich lediglich diejenigen berufen, bei denen ein Unionsorgan begründete Erwartungen geweckt hat.[36] Dabei ist aufgrund der ihr in Art. 108 AEUV exklusiv zugewiesenen Kompetenzen im Bereich des Beihilferechts allein auf die Kommission abzustellen.[37] Zwar kann nach der älteren, vereinzelt gebliebenen Rechtsprechung des EuGH[38] auch der zwischen der Kenntnis der Kommission und ihrer Entscheidung liegende Zeitraum geeignet sein, ein berechtigtes Vertrauen des

27 EuGH v. 15.12.2005 – Rs. C-148/04, *Unicredito Italiano*, EuGHE 2005, I-11137 Rz. 105; vor diesem Hintergrund wird im Beschluss des BFH v. 30.1.2009 – VII B 180/08, BFHE 224, 372 das Vorliegen einer echten Rückwirkung der Rückforderungsanordnung verneint.

28 EuGH v. 15.12.2005 – Rs. C-148/04, *Unicredito Italiano*, EuGHE 2005, I-11137 Rz. 108 ff.; v. 20.3.1997 – Rs. C-24/95, *Alcan*, EuGHE 1997, I-01591 Rz. 50 f.

29 EuGH v. 15.12.2005 – Rs. C-148/04, *Unicredito Italiano*, EuGHE 2005, I-11137 Rz. 107.

30 EuGH v. 20.3.1997 – Rs. C-24/95, *Alcan*, EuGHE 1997, I-01591 Rz. 41.

31 So ausdrücklich für die Regelungen des deutschen allgemeinen Verwaltungsrechts EuGH v. 20.9.1990 – Rs. C-5/89, *Kommission/Deutschland*, EuGHE 1990, I-03437 Rz. 18 f.

32 Siehe für die entsprechende Vorschrift des § 48 Abs. 4 VwVfG BVerfG v. 17.2.2000 – 2 BvR 1210/98, IStR 2000, 253.

33 EuGH v. 20.3.1997 – Rs. C-24/95, *Alcan*, EuGHE 1997, I-01591 Rz. 34 zu § 48 VwVfG.

34 EuGH v. 20.3.1997 – Rs. C-24/95, *Alcan*, EuGHE 1997, I-01591 Rz. 35 ff.

35 BFH v. 30.1.2009 – VII B 180/08, BFHE 224, 372.

36 EuGH v. 22.6.2006 – Rs. C-182/03 und C-217/03, *Belgien und Forum 187 ASBL/Kommission*, EuGHE 2006, I-05479 Rz. 147; s. auch EuGH v. 14.1.1997 – Rs. C-169/95, *Spanien/Kommission*, EuGHE 1997, I-00135 Rz. 53.

37 Siehe etwa in Abgrenzung zum Rat EuGH v. 22.6.2006 – Rs. C-182/03 und C- 217/03, *Belgien und Forum 187 ASBL/Kommission*, EuGHE 2006, I-05479 Rz. 151.

38 EuGH v. 24.11.1987 – Rs. C-223/85, *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV*, EuGHE 1989, 4617 Rz. 16 (Förderung der Mehrkosten einer bereits – unionsrechtlich zulässig – bezuschussten Maßnahme).

Begünstigten zu wecken, das es der Kommission verwehrt, dem betreffenden Mitgliedsstaat die Rückforderung der Beihilfe aufzugeben, wenn die beanstandete Beihilfe einen sachlichen Zusammenhang zu einer konkreten, gebilligten Beihilfe aufweist und zugleich einen Sektor betrifft, der bereits durch von der Kommission gebilligte Beihilfen gefördert wird. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens wurde damit letztlich allein mit der Untätigkeit der Kommission und dem Hinzutreten sonstiger faktischer Umstände begründet. Die jüngere EuGH-Rechtsprechung hingegen erfordert – soweit im Ausnahmefall überhaupt ein schützenswertes Vertrauen angenommen wird – einen auf einem aktiven Handeln eines Unionsorgans fußenden Vertrauenstatbestand. So können insbesondere Äußerungen der Kommission, die darauf deuten, dass eine Regelung kein Beihilfeelement enthält, ein schutzwürdiges Vertrauen begründen.[39]

Dazu korrespondiert – als Gegenstück – die Begrenzung des Vertrauensschutzes bei einer Vorhersehbarkeit einer Unvereinbarkeitserklärung und Rückforderungsanordnung durch die Kommission. Ist ein umsichtiger und besonnener Wirtschaftsteilnehmer in der Lage, den Erlass einer Maßnahme durch Unionsorgane, die seine Interessen berühren kann, vorherzusehen, so kann er sich im Fall ihres Erlasses nicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen.[40] Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Kommission die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens beschlossen hat.[41]

Gleichzeitig lässt sich – gleichsam als Gegenstück zur Einleitung eines Prüfverfahrens – ein schützenswertes Vertrauen nicht bereits darauf gründen, dass die Kommission ursprünglich beschlossen hat, keine Einwendungen gegen eine Beihilfe zu erheben. Es ist für den Begünstigten vorhersehbar, dass eine solche Entscheidung fristgemäß mit einer Klage angefochten und sodann vom EuGH für nichtig erklärt werden kann.[42] Solange die Klagefrist gegen eine derartige Entscheidung nicht abgelaufen ist, hat der Begünstigte keine „absolute Gewissheit"[43] über die Rechtmäßigkeit der geplanten Beihilfe, die allein ein berechtigtes Vertrauen bei ihm wecken kann.[44]

Im Bereich des Steuerrechts kommt – nach Auffassung der Kommission[45] – ein schützenswertes Vertrauen auch in Fällen in Betracht, in denen die beanstandete steuerliche Begünstigung eines Mitgliedsstaats „einige Ähnlichkeiten" mit der Regelung eines anderen Mitgliedsstaats aufweist. Vertrauensbegründendes Moment ist in diesen Fällen jedoch nicht ausschließlich das Bestehen vergleichbarer Vorschriften in anderen Steuersystemen. Vielmehr ist – als Maßnahme eines Unionsorgans – erforderlich, dass die Kommission für die vergleichbare ausländische Regelung das Vorliegen einer Beihilfe verneint, aufgrund dessen keine Einwände erhoben und diese Entscheidung – sei es durch amtliche Veröffentlichung, sei es auf anderem Weg[46] – der Öffentlichkeit bekannt gemacht hat. In diesem Fall sieht die Kommission nach Art. 16 Abs. 1 Satz 2 VO 2015/1589 vom Erlass einer Rückforderungsanordnung ab.

Hat die Kommission einen schützenswerten Vertrauenstatbestand hinsichtlich des Bestands der beanstandeten Begünstigung geschaffen, bedeutet dies keinen Bestandsschutz für die Begünstigten. Vielmehr ist eine Rückforderung weiterhin möglich; der Rückforderungsbeschluss muss jedoch – liegt nicht ein gegenläufiges zwingendes öffentliches Interesse vor – (zeitliche) Übergangsmaßnahmen vorsehen.[47]

IV. Besonderheiten des Steuerrechts

Auch wenn der EuGH seine Rechtsprechungsgrundsätze zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen zu einem nicht unwesentlichen Teil im Rahmen steuerrechtlicher Fallgestaltungen entwickelt hat, scheinen die Besonderheiten des Steuerrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten noch nicht ausreichend berücksichtigt. So besteht im Steuerrecht in einem besonderen Maße die Gefahr, dass das Auseinanderfallen der für die Rechtswidrigkeit der Beihilfe Verantwortlichen – den Mitgliedsstaaten – auf der einen Seite und den zur Rückzahlung Verpflichteten – den Steuerpflichtigen – auf der anderen Seite zu einer *moral hazard*-Problematik führt (nachfolgend 1.). Zugleich werden potentielle Beihilfen im Bereich des Steuerrechts – anders als etwa im Bereich der Leistungsverwaltung – in aller Regel nicht aufgrund individueller Maßnahmen gewährt, sondern unmittelbar aufgrund abstrakt-generell anwendbaren Gesetzesrechts. Dies kann sowohl zu Informations- und Rechts-

39 EuGH v. 22.6.2006 – Rs. C-182/03 und C-217/03, *Belgien und Forum 187 ASBL/Kommission*, EuGHE 2006, I-05479 Rz. 155. Der Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes führte jedoch nicht zu einer Gesamtnichtigkeit der Entscheidung. Vielmehr lag ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts lediglich insoweit vor, als keine Übergangsmaßnahmen für Unternehmen vorgesehen wurden, die ein schützenswertes Vertrauen für sich in Anspruch nehmen konnten.

40 EuGH v. 22.6.2006 – Rs. C-182/03 und C-217/03, *Belgien und Forum 187 ASBL/Kommission*, EuGHE 2006, I-05479 Rz. 147.

41 EuGH v. 21.3.2013 – Rs. C-129/12, *Magdeburger Mühlenwerke*, Abl. Nr. C 156 v. 1.6.2013, S. 13 Rz. 47.

42 EuGH v. 14.1.1997 – Rs. C-169/95, *Spanien/Kommission*, EuGHE 1997, I-00135 Rz. 53; v. 12.2.2008 – Rs. C-199/06, *Centre d'exportation du livre français*, EuGHE 2008, I-00469 Rz. 66.

43 So ausdrücklich EuG v. 14.5.2002 – Rs. T-126/99, *Graphischer Maschinenbau/Kommission*, EuGE 2002, II-02427 Rz. 42.

44 EuGH v. 14.1.1997 – Rs. C-169/95, *Spanien/Kommission*, EuGHE 1997, I-00135 Rz. 53; v. 29.4.2004 – Rs. C-91/01, *Italien/Kommission*, EuGHE 2004, I-04355 Rz. 66; v. 12.2.2008 – Rs. C-199/06, *Centre d'exportation du livre français*, EuGHE 2008, I-00469 Rz. 67.

45 Siehe bspw. Entscheidung der Kommission v. 16.10.2002 über die staatliche Beihilfe C 50/2001 – Finanzierungsgesellschaften –, Abl. Nr. L 153 v. 20.6.2003, S. 40. Soweit ersichtlich war diese Frage – offensichtlich mangels Interesse der Beteiligten und der Mitgliedsstaaten an der Verpflichtung der Kommission zur Rückforderung – noch nicht Gegenstand eines vor dem EuG oder EuGH geführten Verfahrens.

46 Bspw. Nennung in einem Kommissionsbericht oder in der Antwort auf eine parlamentarische Anfrage.

47 EuGH v. 22.6.2006 – Rs. C-182/03 und C-217/03, *Belgien und Forum 187/Kommission*, EuGHE 2006, I-05479 Rz. 149.

schutzdefiziten als auch zu einem Konflikt mit der Auslegungshoheit der Mitgliedsstaaten im Bereich der direkten Steuern führen (s. unten 2.).

1. Problematik des *moral hazard*

Der Umstand, dass ausschließlich die Begünstigten einer Beihilfe, nicht aber die Mitgliedsstaaten deren Rückzahlung zu leisten haben, birgt generell – insbesondere aber auch für das Steuerrecht – die Gefahr eines *moral hazard*.[48] Indem Handlungskompetenzen und damit die Möglichkeit der Einführung potentieller Beihilfen auf der einen Seite sowie die wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsverstoßes auf der anderen Seite auf verschiedene Personen verteilt werden, fehlt es an einer unmittelbaren Sanktion des Rechtsbruchs durch die Mitgliedsstaaten. Vielmehr werden diese durch die Abdeckungsgewissheit des für sie resultierenden Schadensrisikos gerade dazu verleitet, die Grenzen der beihilferechtlichen Sensibilität der Kommission auf dem Rücken der ihrer Steuerjurisdiktion unterliegenden Personen auszuloten.[49]

Für den handelnden Mitgliedsstaat ergeben sich bei Einführung einer potentiell beihilferelevanten steuerlichen Regelung ohne vorherige Notifizierung zwei – jeweils unter politischen und volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten vorteilhafte – alternative Rechtsfolgen: Zum einen kann der beihilferechtliche Aspekt der steuerlichen Begünstigung vollständig unerkannt bleiben oder die Regelung im Rahmen eines eingeleiteten Verfahrens der Kommission nicht als rechtswidrige Beihilfe angesehen werden. Zum anderen ist im Falle einer Negativentscheidung der Kommission nach geltendem Sekundärrecht stets der Steuerpflichtige Rückzahlungsverpflichteter; dem Mitgliedsstaat fließen durch die Rückforderung weitere Steuereinnahmen zu. Während der Mitgliedsstaat im ersten Fall die von ihm mit der Begünstigung beabsichtigte Lenkungs- oder Anreizwirkung erzielt, ist dies auch – jedenfalls bis zu von der Kommission ergriffenen Maßnahmen – auch in der zweiten Rechtsfolgenalternative der Fall. Der Steuerpflichtige wird sein Verhalten in aller Regel an dem aus seiner Sicht geltenden nationalen Recht ausrichten und nicht ohne weiteres eine in Bezug auf Art. 107 und 108 AEUV bestehende Problematik erkennen oder berücksichtigen. Auch im Fall eines „Misserfolgs" seiner Maßnahme – zweite Rechtsfolgenalternative – trägt der Mitgliedsstaat kein wirtschaftliches Risiko; vielmehr kommt es zu Steuermehreinnahmen.[50]

Dieser Aspekt wird – spezifisch auf dem Gebiet des Steuerrechts – durch die asymmetrische Verteilung von Informationen und Handlungskompetenzen zwischen dem betreffenden Mitgliedsstaat und den mit der Rückzahlung belasteten Steuerpflichtigen verschärft.[51] Während sich der Gesetzgeber und die Finanzverwaltung bei der konkreten Gesetzeseinführung bzw. -anwendung schon aufgrund des im Raum stehenden Konflikts mit dem materiellen primären Unionsrecht und der sie treffenden Notifizierungspflicht im Vorhinein stets mit der Frage auseinander setzen müssen, ob die einzuführende bzw. anzuwendende Vorschrift eine unzulässige Beihilfe darstellt, und entsprechende Kompetenzen vorhalten, ist ein solcher Konflikt für die Steuerpflichtigen nicht in jedem Fall ohne weiteres erkennbar und vermeidbar.[52]

Dies gilt umso mehr, als es sich bei einer durch das Steuerrecht ausgereichten Beihilfe in aller Regel nicht um eine unmittelbare im Einzelfall festgesetzte Geldleistung handelt, deren begünstigender Charakter deutlich hervortritt. Aufgrund der Vielzahl der im Veranlagungsverfahren von Amts wegen zu berücksichtigenden Rechtsanwendungsvorgänge kann der Steuerpflichtige als Risikobelasteter die beihilferechtlichen Auswirkungen seines Handelns weder in einem ausreichenden Maß erkennen, noch ist es ihm bei Fehlen von Antrags- oder Wahlrechten ohne wirtschaftliche Dispositionen, sprich ohne Gestaltung zur Vermeidung einer steuerlichen Begünstigung, möglich, die Anwendung beihilferechtlich relevanter Regelungen zu vermeiden.

2. Abstrakt-generelles Beihilfenpotential des Steuerrechts

Anders als bei durch konkret-individuelle Maßnahmen umgesetzten Begünstigungen – etwa in Form eines Verwaltungsakts, eines öffentlich-rechtlichen Vertrags oder eines schlichten Realakts – beruhen potentielle steuerlich überbrachte Beihilfen in aller Regel unmittelbar auf gesetzlichen Regelungen; ihnen kommt ein abstrakt-genereller und kein individualisierter Anwendungsbereich zu.[53] Diese Besonderheit des Steuerrechts führt – ähnlich wie im Rahmen der Informationsasymmetrie des *moral hazard*[54] – zu Einschränkungen der Informations- und Handlungskompetenzen der Steuerpflichtigen in Bezug auf eine mögliche Rückforderung (nachfolgend a). Diese Einschränkungen bergen für die Steuerpflichtigen die Gefahr der faktischen und rechtlichen Verkürzung von Beteiligungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten (nachfolgend b). Ein dritter Aspekt betrifft die Auslegungsbedürftigkeit steuerlicher Normen mit potentieller Beihilferelevanz. Kann die Qualität einer gesetzlichen Regelung nicht zwei-

48 Siehe zur Thematik der Rationalitätsfalle im Steuerrecht allgemein *Mirrlees*, Welfare, incentives, and taxation, 2006, S. 420 ff.

49 Diese Erwägung wird in der umgekehrten Situation (Verallgemeinerung des wirtschaftlichen Risikos der Tätigkeit von Banken durch staatliche Beihilfen) auch durch den EuGH berücksichtigt, s. EuGH v. 19.7.2016 – Rs. C-526/14, *Tadej Kotnik u.a.*, Abl. Nr. C 343 v. 19.9.2016, S. 3 Rz. 58.

50 Siehe auch *G. Kirchhof*, in: Kirchhof/Kube/Mußgnug/Reimer, Europäisches Finanzrecht, Stand – Methoden – Perspektiven (im Erscheinen); *Brandau/Neckenich/Reich/Reimer*, BB 2017 (im Erscheinen).

51 Siehe für die Bedeutung der asymmetrischen Informationsverteilung im Steuerrecht bspw. *Arnott/Stiglitz*, Journal of Public Economics Bd. 29 (1986), 1 ff.

52 Siehe für die eingeschränkten Informationsmöglichkeiten der Steuerpflichtigen *Brandau/Neckenich/Reich/Reimer* (FN 50).

53 Soweit das steuerliche Verfahrensrecht Einzelfallbegünstigungen ermöglicht (im deutschen Recht etwa in Form der abweichenden Festsetzung von Steuern aus Billigkeitsgründen nach § 163 Abs. 1 Satz 1 AO) oder eine gesetzlich nicht vorgesehene Begünstigung gewährt wurde, besteht hingegen kein Unterschied zu auf anderen Rechtgebieten gewährten Beihilfen.

54 Siehe dazu oben IV.1.

felsfrei und ohne Rückgriff auf ihre systematische Einbettung als Begünstigung bestimmter Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV angesehen werden, besteht stets ein gewisser Konflikt zwischen der Souveränität der Mitgliedsstaaten bei der Auslegung des nationalen Rechts und den Kompetenzen der Kommission (s. unter c).

a) Mangelnde Vorhersehbarkeit und Beeinflussbarkeit durch die Steuerpflichtigen

Ein potentieller Konflikt mit Art. 107 AEUV ist für den Steuerpflichtigen als Adressaten einer steuerlichen Begünstigung oder Verschonung nicht ohne weiteres erkennbar. Aufgrund der Vielzahl der im Rahmen der steuerlichen Veranlagung erfolgenden Rechtsanwendungsvorgänge ist es ohne erheblichen Aufwand nicht möglich, sich zu vergewissern, dass in Bezug auf sämtliche im Rahmen der Ermittlung der zu zahlenden Steuer – und damit insbesondere auf Ebene der Bemessungsgrundlage – angewendeten, durch die Finanzverwaltung nicht besonders ausgewiesenen begünstigenden Tatbestände schon tatbestandlich keine Beihilfe vorliegt oder ein Notifizierungsverfahren mit einem die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt feststellenden Positivbeschluss abgeschlossen wurde.[55]

Auch bildet der Umstand, dass potentiell beihilferechtlich relevante Regelungen des Steuerrechts in aller Regel die Bemessungsgrundlage, nicht aber unmittelbar die zu zahlende Steuer betreffen, einen wesentlichen Unterschied zu einer unmittelbaren Geld- oder Sachleistung. Insbesondere im Verlustfall kann es zu Situationen kommen, in denen – sofern kein Verlustrücktrag oder eine Verrechnung mit zeitlich nachfolgenden positiven Einkünften erfolgt – die Beihilfe beim Steuerpflichtigen keine unmittelbaren wirtschaftlichen Auswirkungen hat. Liegt aber keine monetär greifbare Bereicherung des Steuerpflichtigen vor, ist eine Rückforderung schon angesichts der unklaren Höhe kaum vorhersehbar.[56]

Zudem sind steuerliche Begünstigungen in aller Regel nicht in Form von Wahl- oder Antragsrechten ausgestaltet, welche die Steuerpflichtigen aktiv in Anspruch nehmen.[57] Vielmehr stellen steuerliche Begünstigungen einen von Amts wegen zu beachtenden Teil der steuerlichen Bemessungsgrundlage dar, der nicht zur Disposition der Steuerpflichtigen steht. Der Empfang einer potentiellen Beihilfe findet damit ohne besonderes Zutun der Steuerpflichtigen statt; das Risiko einer Rückforderung kann von diesen nicht durch Abstandnahme von einer Begünstigung vermieden werden.

b) Beteiligungs- und Rechtsschutzlücken

Zudem zieht der abstrakt-generelle Charakter steuerlicher Begünstigungen – bereits unter Berücksichtigung der vom EuGH bisher anerkannten Vertrauensschutztatbestände – unter Umständen Lücken in den Beteiligungsrechten der Steuerpflichtigen und deren Rechtsschutzmöglichkeiten nach sich. Betrifft eine Beihilfe eine abstrakt-generelle steuerliche Regelung ohne abgrenzbaren persönlichen Anwendungsbereich, wird – da es in aller Regel an einer entsprechenden Datenerhebung durch die mitgliedsstaatliche Finanzverwaltung im Vorhinein fehlen wird – der Kreis der Beteiligten i.S.d. Art. 1 Buchst. h VO 2015/1589[58] kaum bestimmbar sein, so dass nicht sämtliche von der Begünstigung betroffenen Steuerpflichtigen an dem von der Kommission geführten Verfahren bei angemeldeten oder formell rechtswidrigen Beihilfen beteiligt sein werden. Dies führt zugleich zu einer Ungewissheit hinsichtlich der Erfüllung des für die Erhebung einer Nichtigkeitsklage i.S.d. Art. 263 Abs. 4 AEUV durch natürliche oder juristische Personen erforderlichen Merkmals der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit.[59]

Gleichzeitig ist der Rückforderungsbeschluss i.S.d. Art. 16 Abs. 1 Satz 1 VO 2015/1589, der sich nach Art. 31 Abs. 2 Satz 1 VO 2015/1589 an den Mitgliedsstaat richtet, als Teil des Negativbeschlusses i.S.d. Art. 9 Abs. 5 VO 2015/1589 gem. Art. 32 Abs. 3 VO 2015/1589 im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen. Erlangt nun ein Steuerpflichtiger, der etwa während eines laufenden Veranlagungszeitraums seine unmittelbare und individuelle Betroffenheit (noch) nicht erkennen kann, Kenntnis von diesem Beschluss und sieht aufgrund dieser Ungewissheit von der Erhebung einer Nichtigkeitsklage i.S.d. Art. 263 Abs. 4 AEUV ab, kann ihm in dem Zeitpunkt, in dem er seine konkrete Betroffenheit erkennt oder diese eintritt, die Möglichkeit des unionsrechtlichen Rechtsschutzes abgeschnitten sein. Die zweimonatige Klagefrist des Art. 263 Abs. 6 AEUV beginnt ohne Rücksicht auf die Erkennbarkeit der Klagebefugnis mit Kenntnis der Kommissionsentscheidung.[60]

c) Konflikt mit der Auslegungshoheit der Mitgliedsstaaten

Der abstrakt-generelle Charakter potentieller steuerlich überbrachter Beihilfen zieht zudem die Frage nach sich, inwiefern die Kommission berechtigt ist, von einer mitgliedsstaatlichen Auslegung steuerlicher Normen mit der Folge abzuweichen, dass für die (aus Sicht der Kommission unzutreffende) mitgliedsstaatli-

55 In diesem Sinne *Geisenberger*, Der Einfluss des Europarechts auf steuerliches Verfahrensrecht, 2010, S. 183 f.; vgl. auch *Hey*, DStJG Bd. 28 (2004), 91 (105 f.).

56 Siehe für die Differenzierung zwischen Tarifvorschriften und Regelungen zur Bemessungsgrundlage im Rahmen des Vertrauensschutzes *Mellinghoff*, DStJG Bd. 28 (2004), 25 (48 f.).

57 Siehe dazu den Vorschlag zur Formulierung eines Vertrauensschutztatbestandes (§ 175b AO-E) von *Geisenberger* (FN 55) S. 190, nach dem im Falle von Antrags- oder Wahlrechten eine Erkundigungsobliegenheit des Steuerpflichtigen hinsichtlich der Einhaltung des Notifizierungserfordernisses vorliegt (§ 175b Abs. 2 AO-E), während im Übrigen in der Regel von einem schutzwürdigen Vertrauen auszugehen ist (§ 175b Abs. 2 AO-E).

58 „Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können, insbesondere der Beihilfeempfänger, Wettbewerber und Berufsverbände".

59 Vgl. umfassend *Blumenberg/Kring*, Europäisches Beihilferecht und Besteuerung, 2011, S. 34 ff. Siehe auch oben III.3.

60 Siehe für diese Problematik allgemein *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 263 AEUV Rz. 127 (Nov. 2012).

che Auslegung eine nicht notifizierte Beihilfe angenommen wird.[61] Dies wird insbesondere im Bereich der direkten Steuern virulent. Aufgrund der fehlenden vollständigen positiven Integration dieses Rechtsgebiets in das Unionsrecht bleibt es weiterhin grundsätzlich allein den souveränen Mitgliedsstaaten überlassen, nationales Steuerrecht zu setzen und – in der Folge – auszulegen.[62]

Eine zentrale Schwierigkeit bei der Einordnung steuerrechtlicher Vorschriften als selektive Begünstigung betrifft das mitgliedsstaatliche Recht. Für die Frage, ob überhaupt eine Begünstigung oder nicht lediglich ein systemgerechtes „Weniger" an Steuerbelastung vorliegt, ist das Regel-/Ausnahmeverhältnis zu bestimmen.[63] Die Kommission verwendet bei Maßnahmen, die alle Unternehmen betreffen, die bestimmte Kriterien erfüllen, und mit denen die von diesen Unternehmen normalerweise zu tragenden Belastungen verringert werden,[64] die Begriffe des „Bezugssystems" oder des „*system of reference*",[65] der EuGH die der „normalen Steuerregelung" und des „allgemeinen Systems"[66]. Dieser Referenzrahmen ist sowohl von Bedeutung für die Frage, ob überhaupt eine Abweichung, mithin dem Grunde nach eine Begünstigung vorliegt, als auch für deren Selektivität und – drittens – für die Frage, ob diese Abweichung durch die Natur oder den allgemeinen Aufbau des Referenzsystems gerechtfertigt ist[67]. Diese Feststellungen obliegen zunächst allein den Mitgliedsstaaten. Weder die Kommission noch das EuG oder der EuGH sind befugt, ihre Wertungen der Auslegung nationalen Rechts als Maßstab zugrunde zu legen.[68] Gleichzeitig betrifft – gleichsam als Gegenrichtung zur Auslegung des nationalen Rechts durch die Mitgliedsstaaten[69] – der Beihilfebegriff und insbesondere dessen Merkmal der Selektivität ausschließlich die Auslegung des Art. 107 AEUV, die in die Kompetenz der Unionsorgane fällt.[70]

Besonders deutlich wird diese Gemengelage in der von der Kommission in ihrer das *ruling* der Republik Irland gegenüber verschiedenen Unternehmen des Apple-Konzerns betreffenden Entscheidung. Der dort gezogene Schluss, dass *rulings*, die vom *arm's length principle* abweichende Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen enthalten, stets eine selektive Begünstigung darstellen,[71] stellt keine Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar und ist für sich genommen nicht zutreffend. Es liegt nicht in der Kompetenz der Unionsorgane, ohne Ansehung des nationalen Rechts einen allgemeingültigen Referenzrahmen – im Fall der Apple-Entscheidung in Form des Fremdvergleichsgrundsatzes – für sämtliche Mitgliedsstaaten zu setzen.[72] Vielmehr muss die Festsetzung von Verrechnungspreisen für verbundene Unternehmen auf Basis von Transaktionen zwischen Fremden Dritten – sei es im Wege unilateraler Rechtssetzung, sei es aufgrund völkerrechtlicher Bindungen – gerade die „normale" Steuerregelung des betreffenden Mitgliedsstaats darstellen, von der im Einzelfall abgewichen wird.[73] Auch der Hinweis der Kommission, dass sich die Steuerbelastung von nicht konzernangehörigen Unternehmen stets durch Markttransaktionen bestimme,[74] stellt keinen zulässigen Abgleich mit dem nationalen Referenzsys-

61 Siehe auch *Mellinghoff*, in: Kirchhof/Kube/Mußgnug/Reimer, Europäisches Finanzrecht, Stand – Methoden – Perspektiven (im Erscheinen) und *Lenaerts*, ebenda.

62 Siehe für die Situation im Bereich des vollharmonisierten Umsatzsteuerrechts und der von Richtlinien erfassten Teilbereiche der direkten Steuern *Schön*, in: Hancher/Ottervanger/Slot, EU State Aids, 5. Aufl. 2016, Rz. 13-050.

63 Beispielhaft betrifft dies etwa die Frage, ob die Fiktion einer ausländischen Betriebsstätte für Handelsschiffe im internationalen Verkehr in § 9 Nr. 3 Satz 2 GewStG und die daraus folgende Kürzung noch Ausprägung des gewerbesteuerlichen Territorialitätsprinzips ist, mithin die gesetzgeberische Grundentscheidung systemgerecht fortsetzt, oder – wofür vieles spricht – als reine Förderungs- und Lenkungsnorm grundsätzlich eine Beihilfe darstellen kann; offen gelassen in BFH v. 22.12.2015 – I R 40/15, BFHE 253, 174 = BStBl. II 2016, 537; v. 10.8.2016 – I R 60/14, BFHE 255, 76. Siehe auch grundlegend *Schön* (FN 62) Rz. 13-052 ff.

64 Als Anwendungsfall werden beispielhaft ausdrücklich Steuerbefreiungen genannt, s. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. Nr. C 262 v. 19.7.2016, S. 1 Rz. 127.

65 Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (FN 64) Rz. 128.

66 EuGH v. 8.9.2011 – Rs. C-78-80/08, *Paint Graphos u.a.*, EuGHE 2011, I-07611 Rz. 49.

67 Siehe z.B. EuGH v. 8.9.2011 – Rs. C-279/08 P, *Kommission/Niederlande*, EuGHE 2011, I-07671 Rz. 62; v. 8.9.2011 – Rs. C-78-80/08, *Paint Graphos u.a.*, EuGHE 2011, I-07611 Rz. 49 ff.

68 *Schön* (FN 62) Rz. 13-043 spricht insoweit von einer „*national prerogative in tax matters*". Vgl. für die Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens zur Auslegung nationalen Rechts grundlegend EuGH v. 19.3.1964 – 75/63, *Unger*, EuGHE 1964, 379 (398).

69 *Lenaerts* (FN 61) spricht hier zu Recht von einer „sensiblen Frage, um die Waage zu halten zwischen dem Respekt vor der steuerlichen Hoheit jedes Mitgliedsstaates und für die Anwendung des dort anwendbaren Rechts sowie dem *level playing field* innerhalb des Binnenmarktes".

70 Vgl. zur fehlenden Kompetenz nationaler Gerichte, die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt festzustellen, d.h. Art. 107 Abs. 1 AEUV auszulegen, BFH v. 31.7.2013 – I R 82/12, BFHE 243, 180 = BStBl. II 2015, 123 unter Verweis auf EuGH v. 18.7.2007 – Rs. C-119/05, *Lucchini*, EuGHE 2007, I-06199 Rz. 51; v. 18.7.2013 – Rs. C-6/12, *P*, Abl. Nr. C 260 v. 7.9.2013, S. 10 Rz. 38.

71 Entscheidung der Kommission v. 30.8.2016 – SA.38373, Rz. 249 und 251 unter Berufung auf EuGH v. 22.6.2006 – Rs. C-182/03 und C-217/03, *Belgien und Forum 187/Kommission*, EuGHE 2006, I-05479.

72 *Schön* (FN 62) Rz. 13-035, 13-049.

73 *Schön* (FN 62) Rz. 13-080; *Werder/Dannecker*, BB 2015, 1687 (1693). Dies berücksichtigt der EuGH, wenn er in seinem Urt. v. 22.6.2006 – Rs. C-182/03 und C-217/03, *Belgien und Forum 187/Kommission*, EuGHE 2006, I-05479 Rz. 95 die beihilferechtlich relevante Regelung „mit der sonst anwendbaren Regelung […], die auf der Differenz zwischen Erträgen und Kosten eines Unternehmens beruht, das sich in freiem Wettbewerb betätigt", vergleicht. Siehe auch Schlussanträge des GA *Fennelly* v. 21.9.2000 – Rs. C-390/98, *Banks*, Rz. 19; Schlussanträge des GA *Jääskinen* v. 7.4.2011 – Rs. C-106-107/09 P, *Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich*, Rz. 145 ff.

74 Entscheidung der Kommission v. 30.8.2016 – SA.38373, Rz. 253.

tem, d.h. dem System der Besteuerung verbundener Unternehmen, dar; vielmehr handelt es sich um eine eigenständige – und damit nicht in der Kompetenz der Union liegende – Wertung.

Hingegen sind die Auskunft im Rahmen eines *tax rulings*, dem im deutschen Recht die verbindliche Auskunft i.S.d. § 89 Abs. 1 AO entspricht, d.h. die Subsumtion unter die Vorschriften des nationalen Steuerrechts, und ihre Bindungswirkung als solche beihilferechtlich neutral, sofern die Beantragung grundsätzlich sämtlichen Steuerpflichtigen offen steht.[75] Auch nach Auffassung der Kommission liegt eine staatliche Beihilfe nicht bereits dann vor, wenn eine nationale Steuerbehörde vor Umsetzung eines Sachverhalts Auskunft über dessen steuerliche Behandlung gibt.[76] Lediglich in Fällen, in denen das der verbindlichen Auskunft zugrunde liegende nationale Steuerrecht eine Beihilfe darstellt, sich die verbindliche Auskunft – zugunsten des Steuerpflichtigen – außerhalb des vom nationalen Recht erfassten Tatbestands bewegt oder der Steuerpflichtige auf Grundlage der verbindlichen Auskunft über das Rechtsfolgenprogramm des nationalen Rechts hinaus begünstigt wird, handelt es sich offensichtlich um eine außerhalb des Referenzrahmens stehende steuerliche Begünstigung.[77]

Außerhalb dieser Fälle „ausbrechender" *rulings* ist im Rahmen der Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedsstaaten und den Unionsorganen stets eine Abgrenzung zwischen der Bestimmung des Referenzrahmens und der Subsumtion der unter Anwendung des mitgliedsstaatlichen Rechts erlangten Ergebnisse unter die Begriffe des Art. 107 Abs. 1 AEUV erforderlich. Diese Frage kann letztlich nicht allgemeingültig, sondern ausschließlich unter Berücksichtigung des Einzelfalls beantwortet werden.

V. Die Rückgewährverpflichtung der Mitgliedsstaaten als Anpassungsfeld

Die bisherige Ausgestaltung der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen durch den Unionsgesetzgeber und die Rechtsprechung des EuG sowie des EuGH weist erhebliche Konflikte mit den Besonderheiten auf, die steuerlich überbrachte Beihilfen gegenüber den in sonstiger Form durch die Mitgliedsstaaten ausgereichten Begünstigungen aufweisen. Geht man zunächst von der im Steuerrecht besonders deutlich hervortretenden Problematik des *moral hazard* aus, erscheint zur Vermeidung von Fehlanreizen für die Mitgliedsstaaten eine Verlagerung der Rückforderung in das Verhältnis der EU und ihrer Mitgliedsstaaten – wenigstens für den Bereich abstrakt-genereller Begünstigungen[78] – geradezu zwingend.[79]

Dieser Schritt würde zudem die – bei potentiellen steuerlichen Beihilfen besonders virulente – schwierige Abgrenzungsfrage zwischen der den Mitgliedsstaaten obliegenden Auslegung nationalen Rechts und den Auslegungskompetenzen der Unionsorgane auf die Ebene der von diesem Konflikt betroffenen Akteure verlagern. Der Gesichtspunkt der Entlastung des Steuerpflichtigen von der Klärung von Zweifelsfragen trägt auch dem Umstand Rechnung, dass der Beihilfecharakter durch die abstrakt-generelle Regelungstechnik nicht unmittelbar ersichtlich ist. Durch die Trennung der unionsrechtlichen und der rein mitgliedsstaatlichen Ebene würden weder Beteiligungs- und Rechtsschutzlücken auftreten, noch würde ein schützenswertes Vertrauen enttäuscht, das dem Begünstigten aufgrund der von Amts wegen erfolgenden, für den Steuerpflichtigen im Rahmen der Veranlagung nicht ohne weiteres ersichtlichen Anwendung begünstigender steuerrechtlicher Normen zukommt.

Dieser Verlagerung der Rückführungsverpflichtung lässt sich bereits teilweise *de lege lata* Rechnung tragen. Auf Basis des geltenden Rechts kann dem Bedürfnis für die Ausnahme von dem Grundsatz der unverzüglichen und vollständigen Rückforderung von den Steuerpflichtigen bereits im Rahmen des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 VO 2015/1589 begegnet werden. Die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit bilden allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts.[80] Auch wenn im Bereich des Steuerrechts der maßgebliche vertrauensbegründende Umstand nicht durch ein Unionsorgan gesetzt wurde,[81] erfordert der abstrakt-generelle Charakter steuerlich überbrachter Beihilfen dennoch eine Berücksichtigung durch die Kommission. Andernfalls würde der auf Ebene des Unionsrechts gewährte Vertrauensschutz zu einer in der praktischen Anwendung nicht existenten Leerformel. Die beste-

75 Wird jedoch nur einem begrenzten Kreis von Steuerpflichtigen die Möglichkeit der Beantragung einer verbindlichen Auskunft zugestanden, kann dies durchaus einen selektiv gewährten Vorteil darstellen, s. näher *Schön* (FN 62) Rz. 13-041.

76 Nach den Pressemitteilungen der Kommission v. 11.6.2014 – IP/14/663 (Einleitung eines Prüfverfahrens hinsichtlich Verrechnungspreisvereinbarungen im Rahmen der Besteuerung von Apple in Irland, Starbucks in den Niederlanden und Fiat Finance and Trade in Luxemburg) und v. 7.10.2014 – IP/14/1105 (Einleitung eines Prüfverfahrens zu den Verrechnungspreisvereinbarungen im Rahmen der Besteuerung von Amazon in Luxemburg) sind „Steuerentscheide" bzw. „Steuervorentscheidungen" (in der englischen Fassung jeweils „*tax rulings*"), in denen die Steuerbehörden einzelnen Unternehmen erläutern, wie die von ihnen zu entrichtende Körperschaftsteuer berechnet wird, als solche beihilferechtlich nicht problematisch. Siehe auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage in BT-Drucks. 18/3662, 3 f.

77 Vgl. Entscheidung der Kommission v. 30.08.2016 – SA.38373, Rz. 244: „*result that does not reflect in a reliable manner what would result from a normal application of the ordinary tax system, without justification*". Siehe auch *Brandau/Neckenich/Reich/Reimer* (FN 50), die für die beiden letzten Fallgruppen den Begriff des *derogative ruling* verwenden.

78 Dies nimmt Einzelfallmaßnahmen (bspw. den Erlass aus Billigkeitsgründen) und damit insbesondere Fälle kollusiven Zusammenwirkens von Steuerpflichtigen und Finanzverwaltung aus.

79 Siehe auch *Mellinghoff* (FN 61).

80 Siehe grundlegend EuGH v. 21.9.1983 – Rs. C-205-215/82, *Deutsche Milchkontor u.a.*, EuGHE 1983, 02633 Rz. 30; vgl. auch oben III.4.

81 Siehe zu diesem Erfordernis die oben unter III.4.c. nachgewiesene EuGH-Rechtsprechung.

henden Beteiligungs- und Informationsdefizite sowie die fehlenden Handlungskompetenzen auf Seiten der Steuerpflichtigen lassen weder eine Vergewisserung über die Unionsrechtmäßigkeit einer steuerlichen Begünstigung noch eine Vermeidung des aus dieser Ungewissheit folgenden wirtschaftlichen Risikos zu.

Allein das Absehen vom Erlass einer Rückforderungsanordnung beseitigt jedoch die Problematik des *moral hazard* nicht in Gänze. Vielmehr haben die Mitgliedsstaaten in diesem Fall weiterhin nicht die wirtschaftlichen Folgen ihres Verstoßes zu tragen. Der Rechtsbruch ist vollständig sanktionslos; der von dem Mitgliedsstaat mit der beihilferechtlich relevanten Regelung bezweckte Erfolg würde – jedenfalls bis zur Untersagung der Begünstigung – erreicht. Die Mitgliedsstaaten hätten den zusätzlichen Anreiz, etwa durch ein besonders kompliziertes Regel-/Ausnahmeverhältnis[82] ein berechtigtes Vertrauen bei den Steuerpflichtigen zu begründen.

Da Art. 108 ff. AEUV – und insbesondere die Verordnungsermächtigung des Art. 109 AEUV – von vornherein keine Vorgaben zur Rückforderung enthalten[83] und damit die Frage, ob der Begünstigte zwingend Adressat der Rückforderungsverpflichtung sein muss, nicht vorzeichnen, ist es *de lege ferenda* möglich und unabdingbar, zur Vermeidung von Fehlanreizen im Bereich der durch abstrakt-generelle Regelungen überbrachten Beihilfen auf dem Gebiet des Steuerrechts – richterrechtlich oder sekundärrechtlich – eine in Fällen schützenswerten Vertrauens der Steuerpflichtigen eintretende (Straf-)Zahlungsverpflichtung der Mitgliedsstaaten zu statuieren.[84] Nur auf diesem Weg kommt dem unionsrechtlichen Beihilfeverbot eine größtmögliche Wirkungskraft zu.

82 *Schön* (FN 62) Rz. 13-038 spricht insoweit von einer „*aporetic situation*". Siehe für die Parallele zu § 42 AO *Brandau/Neckenich/Reich/Reimer* (FN 50). Für die deutsche Sanierungsklausel vgl. EuG v. 4.2.2016 – Rs. T-287/11, *Heitkamp BauHolding/Kommission*, Abl. Nr. C 98 v. 14.3.2016, S. 34 Rz. 106 (nrkr., beim EuGH anhängig unter C-208/16 P).

83 Siehe oben unter II.1.; vgl. für einen Ausschluss der Rückgewährverpflichtung der Mitgliedsstaaten durch das Sekundärrecht *Brandau/Neckenich/Reich/Reimer* (FN 50).

84 Mit diesem Schluss auch *Brandau/Neckenich/Reich/Reimer* (FN 50).

Kapitalverkehr mit Drittstaaten – die Bedeutung der Stand-Still-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV am Beispiel des deutschen Investmentsteuerrechts

MAXIMILIAN BANNES, Wiesbaden/FLORIAN HOLLE, Berlin*

Inhaltsübersicht

I. Einführung
II. Relevanz der Stand-Still-Klausel
1. Ausnahme von der Drittstaatenwirkung
2. Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit bestimmt die Bedeutung der Stand-Still-Klausel
III. Territoriales Erfordernis der Beschränkung
IV. Zeitliches Erfordernis der Beschränkung
V. Materielles Erfordernis der Beschränkung
1. Numerus Clausus der Kapitalverkehrsausnahmen
2. „Direktinvestition" und „Niederlassung" eines Drittstaatenfonds
3. Dividendenbezug im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung?
a) Grundfreiheitlicher Dienstleistungsbegriff als bisheriger Maßstab
b) „Lediglich" Kausalzusammenhang zur Finanzdienstleistung notwendig
c) Spezifischer Zusammenhang zielführender
VI. Thesenförmiges Fazit

Allein die Kapitalverkehrsfreiheit entfaltet auch gegenüber Drittstaaten eine volle Schutzwirkung. Der AEUV sieht allerdings einschränkend in Art. 64 Abs. 1 die Möglichkeit der Fortgeltung für bestimmte Beschränkungen vor, die am 31.12.1993 bereits bestanden haben. Der Beitrag diskutiert das territoriale, zeitliche und materielle Erfordernis dieser Stand-Still-Klausel am Beispiel der Steuerfreiheit von Investmentfonds nach § 11 Abs. 1 InvStG. Dabei zeigt sich, dass zwischenzeitliche Veränderungen der Dividendenbesteuerung den für das zeitliche Kriterium wesentlichen Grundgedanken der Norm nicht verändern. Hinsichtlich des materiellen Kriteriums legt der Beitrag einen hinreichend engen Zusammenhang zwischen der Beschränkung durch § 11 Abs. 1 InvStG und der Erbringung einer Finanzdienstleistung dar.

Only the free movement of capital affords comprehensive protection with regard to third countries. The TFEU, however, provides for a restriction in its Art. 64 para. 1, allowing for the possibility of the continued validity of certain restrictions which had already been in place by the 31st of December 1993. The contribution discusses the territorial, temporal and substantive requirement for this "stand-still-clause", using the tax exemption of investment funds according to Sect. 11 para. 1 of the German Investment Tax Act as an example. It becomes apparent that changes to the taxation of dividends in the meantime do not alter the basic notion of the provision which is essential to its temporal criterion. With regard to the substantive criterion, the contribution highlights a sufficiently close connection between the restriction imposed by Sect. 11 para. 1 of the German Investment Tax Act and the provision of a financial service.

I. Einführung

Als einzige europäische Grundfreiheit erstreckt sich der territoriale Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nicht nur auf Wirtschaftsteilnehmer des Binnenmarkts, sondern auch auf solche in Drittstaaten. Eine Ausnahme von dieser Drittstaatenwirkung bildet die sog. Stand-Still-Klausel in Art. 64 Abs. 1 AEUV. Der vorliegende Beitrag erörtert daher die Bedeutung der Klausel und ihre Erfordernisse. Dabei soll die Steuerbefreiung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG als konkretes Beispiel dienen. Die Darstellung am Beispielsfall empfiehlt sich zunächst zur Veranschaulichung der einzelnen Prüfschritte und zur Erläuterung ihrer Erfordernisse. Gleichsam soll sie aber auch einen Beitrag zur aktuellen Diskussion liefern. Besondere Relevanz erhält die Frage, da seit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen *Santander* und *Emerging Markets* auch für die vorgenannte Regelung ein Unionsrechtsverstoß diskutiert und überwiegend bejaht wird. Dem Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaatenfonds könnte indes die Stand-Still-Klausel entgegenstehen.

Im Zentrum der europarechtlichen Diskussion um § 11 InvStG steht der mögliche Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 Abs. 1 AEUV[1]. Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG genießt der „inländische Investmentfonds" eine Befreiung von der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Dies folgt dem das alte[2] Investmentsteuerrecht prägenden Leitgedanken der Trans-

* StB *Maximilian Bannes*, M.A. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für betriebswirtschaftliche Steuerlehre, internationales Steuerrecht und Wirtschaftsprüfung von Prof. Dr. Adrian Cloer an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden. StB *Florian Holle*, M.A. ist Referent in der Abteilung Steuern und Finanzpolitik beim Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V., Berlin und Lehrbeauftragter an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden. Der Inhalt gibt die private Ansicht der Verfasser wieder.

1 Die Untersuchung erfolgt nur anhand von europarechtlichen Vorgaben; andere Vorschriften zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs, wie z.B. von der WTO, OCED oder Handelsverträgen, bleiben unberücksichtigt. Für eine Übersicht derlei Regelungen und ihre Auswirkungen auf die direkte Besteuerung vgl. *Smit*, EC Tax Review 2005, 2005.

2 Nachdem der Bundestag am 9.6.2016 der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses (BT-Drs. 18/8739) gefolgt ist, hat auch der Bundesrat am 8.7.2016 das Investmentsteuerreformgesetz verabschiedet (BR-Drs. 320/16). Mit Wirkung zum 1.1.2018 treten die geänderten Vorschriften in Kraft. Zum neuen InvStG siehe: *Helios/Mann*, DB 2016, Sonderausgabe 1, Das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung.

parenz[3]. Hiermit soll die Investition – in beispielsweise Wertpapiere oder Immobilien – über einen Investmentfonds einer Direktanlage steuerlich gleichgestellt werden.[4] Die Steuerfreistellung des Investmentfonds geht einher mit einer darauf abgestimmten Besteuerung der Erträge auf Ebene des Anlegers.[5] Bei Ausschüttungen an den inländischen Investmentfonds ggf. einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer wird ihm gemäß § 11 Abs. 2 InvStG erstattet. Ausländische Investmentfonds genießen keine Steuerbefreiung und unterliegen mit inländischen Einkünften gemäß § 49 EStG der beschränkten Steuerpflicht.[6] Verschärfend kommt hinzu, dass für beschränkt körperschaftsteuerpflichtige[7] Investmentfonds die Kapitalertragsteuer nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltend wirkt. Sie beträgt derzeit 25 Prozent, kann allerdings seit der Unternehmensteuerreform 2008 auf 15 % reduziert werden.[8] § 8b Abs. 1 und 2 KStG kommen bei beschränkt Steuerpflichtigen – vorbehaltlich einer inländischen Betriebsstätte[9] – nicht zur Anwendung.[10] Abkommens- und Nutzungsberechtigung[11] vorausgesetzt, kommen zwar möglicherweise Quellensteuerentlastungen aufgrund von DBA zur Anwendung,[12] auch sie sind aber nicht geeignet, die unterschiedliche Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds durch § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG zu kompensieren. Diese Ungleichbehandlung hat im Schrifttum europarechtliche Bedenken an der deutschen Regelungslage aufkommen lassen.[13] Auslöser dieser Bedenken waren spätestens die Entscheidungen des EuGH zu Regelungen der Länder Spanien und Polen. Hier sah der EuGH in den Rechtssachen *Santander*[14] bzw. *Emerging Markets*[15] eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit.[16]

Die im Schrifttum gegenüber § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG geäußerten europarechtlichen Bedenken sind ausschließlich hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der Kapitalverkehrsfreiheit aufgekommen. Um die Steuerfreiheit nach § 11 InvStG zu erhalten, muss der inländische Investmentfonds die in § 1 InvStG vorgeschriebenen Anlagevoraussetzungen erfüllen. Seit 2013 sieht § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 7 InvStG eine Beteiligungshöchstgrenze von unter zehn Prozent des Fonds an einer Kapitalgesellschaft vor. Zulässig sind für einen Investmentfonds also ausschließlich Streubesitzbeteiligungen. Soweit sich ein Fonds dennoch oberhalb dieser Schwelle an einer Kapitalgesellschaft beteiligt, kann er nach § 1 Abs. 1e InvStG keine steuerlichen Begünstigungen in Anspruch nehmen, die ab dieser Schwelle aufgrund anderer Vorschriften gewährt würden (z.B. DBA-Schachtelprivilegien und Mutter-Tochter-Richtlinie).[17] Mit diesen Anlagerestriktionen verfolgt der Gesetzgeber neben dem Fiskalzweck, die genannten Privile-

3 Das Transparenzprinzip des InvStG unterscheidet sich vom Transparenzprinzip im übrigen Ertragsteuerrecht, da die Einkünfte bspw. nicht den Anlegern direkt zugeordnet werden. Beim Transparenzgedanken ist nicht „durchgängig verwirklicht, dass der Fonds für Zwecke der Besteuerung vollständig hinweggedacht wird", BFH v. 11.10.2000 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22, Rn. 16; ferner gelten die Einkünfte – unabhängig von der originären Einkunftsart auf Ebene des Fonds – beim Anleger grundsätzlich als Einkünfte aus Kapitalvermögen, vgl. *Schnitger/Schachinger*, BB 2007, 801.

4 Vgl. BT-Drs. 15/1553, S. 120; *Oestreicher/Bause*, StuW 2014, 159 (162); *Englisch*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, InvStG, 1. Aufl. 2010, § 11, Rn. 3; *Bauderer/Mundel*, in: Haase, InvStG, 2. Aufl. 2015, § 11, Rn. 11.

5 Vgl. *Petersen*, DStR 2006, 1674 (1675).

6 Vgl. *Schönbach/Gnutzmann*, BB 2010, 30 (32); *Wassermeyer*, in: Moritz/Jesch, InvStG, 1. Aufl. 2015, Einl., Rn. 12.

7 Die Eigenschaft ausländischer Investmentfonds als Subjekt der Körperschaftsteuer ist keineswegs sicher. Es ist ein Typenvergleich vorzunehmen, vgl. hierzu *Schäfer*, in: Moritz/Jesch, InvStG, 1. Aufl. 2015, § 11, Rn. 33 ff.

8 § 44a Abs. 9 EStG wurde mit dem UntStReformG 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, 1912 eingeführt und gewährt beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften die Reduzierung auf das Niveau des Körperschaftsteuersatzes.

9 Vgl. *Gosch*, in: Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 32, Rn. 20 ff.; *Fock*, FR 2006, 369 (370); BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a – 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rn. 11.

10 Vgl. BFH v. 22.4.2009 – I R 53/07, BFH/NV 2009, 1543; *Werning*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 32 KStG, Rn. 6 (Sept. 2016); *Benz/Jetter*, DStR 2013, 489 (489); a.A. *Watermeyer*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG, Rn. 26 (Feb. 2016) m.w.N.

11 Vgl. *Zinkeisen/Walter*, IStR 2007, 583; *Prokisch*, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2016, OECD-MA 2005, Art. 1, Rn. 54a ff.

12 Vgl. *Englisch* (FN 4) § 11, Rn. 81.

13 Von europarechtlichen Risiken/Bedenken sprechen *Schäfer* (FN 7) § 11, Rn. 220; *Petzschke*, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, EL 03/2010, InvStG, § 11, Rn. 11; *Trencsik*, StuW 2014, 286 (289); die Regelung europarechtswidrig einstufend *Englisch* (FN 4) § 11, Rn. 29; *Schönbach/Gnutzmann*, BB 2010 Beilage 1, 30 (32); *Fock*, FR 2006, 369 (370); *Linn*, IStR 2012, 455 (456); *Zetsche*, IStR 2015, 8 (9 f.); *Kammeter*, ISR 2014, 165 (169); wohl auch *Thömmes*, IWB 2009, 711 (715); *Anzinger*, FR 2016, 101 (107 f.); *Bauderer/Mundel* (FN 4) § 11, Rn. 29; differenzierend: *Bannes/Holle*, FR 2016, 661; *Patzner/Nagler*, IStR 2014, 334 (344); auch die Bundesregierung und die Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist bei der Neukonzeptionierung des InvStG im Rahmen des Investmentsteuerreformgesetzes von einer möglichen Europarechtswidrigkeit geleitet, vgl. BT-Drs. 18/8045, S. 49; Entwurf Bericht der Arbeitsgruppe „Neukonzeption der Investmentbesteuerung", Bericht v. 24.2.2012, S. 16, abrufbar unter www.der-betrieb.de/content/dft,0,469318 (letzter Abruf: 3.5.2016).

14 EuGH v. 10.5.2012 – C-338/11, *Santander*, ECLI:EU:C:2012:286.

15 EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, ECLI:EU:C:2014:249.

16 Der EuGH geht in beiden Entscheidungen von einer Beschränkung und nicht von einer Diskriminierung aus. Zwar spricht er von einem „diskriminierenden Charakter", nutzt aber in der Folge lediglich den Begriff der „Beschränkung", vgl. EuGH v. 10.5.2012 – C-338/11, *Santander*, ECLI:EU:C:2012:286, Rn. 39, 45; v. 10.4.2014 – C 190/12, *Emerging Markets*, ECLI:EU:C:2014:249, Rn. 43. Tatsächlich handelt es sich jedoch um eine Diskriminierung; die Wortwahl ist auf die Begrifflichkeit des Art. 63 AEUV zurückzuführen, vgl. *Kokott/Ost*, EuZW 2011, 496 (498); *Reimer*, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 1. Aufl. 2015, Rn. 7.40.

17 Vgl. *Bauderer/Mundel* (FN 4) § 1, Rn. 207; *Gottschling/Schatz*, in: Moritz/Jesch, InvStG, 1. Aufl. 2015, § 1, Rn. 20; seit dem obiter dictum des FG Hessen v. 21.6.2016 – 4 K 2299/13, EFG 2016, 1539 scheint unsicher, ob bei einem Verstoß gegen die Anlagevoraussetzungen das Investmentsteuerrecht weiterhin Anwendung findet.

gien nicht in Anspruch nehmen zu können, auch das Ziel, eine unternehmerische Einflussnahme und aktive unternehmerische Bewirtschaftung des Fonds auszuschließen.[18] Der Geschäftszweck des Fonds soll sich ausschließlich auf die Anlage und Verwaltung seiner Mittel für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger beschränken. § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 3 InvStG verhindert damit den erforderlichen „sicheren Einfluss" der Niederlassungsfreiheit. Die deutschen Bestimmungen des InvStG sind demnach im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr zu prüfen.[19]

Sollte ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit auch für das deutsche Recht festgestellt werden, so ist in Bezug auf Drittstaatenfonds in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die Beschränkung, trotz des Verstoßes, aufgrund der sog. Stand-Still-Klausel aufrechterhalten werden kann. In diesem Fall würde einem Drittstaatenfonds eine Erstattung von einbehaltener Kapitalertragsteuer inländischer Dividendenerträge – anders als dem EU-/EWR-Fonds – nicht zustehen.[20] Mittelfristig ist daher mit einem anhängigen Verfahren zu rechnen. Die Relevanz einer Auseinandersetzung mit der Stand-Still-Klausel ergibt sich weiter aus dem Umstand, dass, wie noch zu zeigen sein wird, der EuGH den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatenfällen deutlich ausweitete, zugleich aber die Anforderungen an die Stand-Still-Klausel, entgegen vertretener Auffassungen im Schrifttum, absenkte. Die Mitgliedsstaaten dürften daher geneigt sein, zukünftige Beschränkungen gegenüber Drittstaaten vermehrt mit der Stand-Still-Klausel zu begründen.

II. Relevanz der Stand-Still-Klausel

1. Ausnahme von der Drittstaatenwirkung

Die Kapitalverkehrsfreiheit verbietet gemäß Art. 63 Abs. 1 AEUV jegliche Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU) und – in Abgrenzung zu den anderen Grundfreiheiten – auch zwischen den Mitgliedsstaaten und Drittstaaten (sog. Erga-omnes-Wirkung).[21] Die Erga-omnes-Wirkung gilt ohne Gegenseitigkeitsvorbehalt, das heißt auch gegenüber Drittstaaten, die entsprechende Liberalisierungsvorschriften in ihrem Recht nicht vorhalten.[22] Sucht man die Gründe der Vertragsstaaten für diese weitgehende Liberalisierung gegenüber Drittstaaten, wird man weder im Maastrichtvertrag[23], mit dem das Erga-omnes-Prinzip zum 1.1.1994 erstmals umgesetzt wurde,[24] noch in anderen Begleitdokumenten fündig.[25]

Die Gewährleistung des Schutzes der Kapitalverkehrsfreiheit im Bezug zu Drittstaaten dient einer anderen Zielsetzung als im Verhältnis zu EU-/EWR-Staaten.[26] Während im unionsinternen Kontext die Schaffung des gemeinsamen Binnenmarktes im Vordergrund steht,[27] soll die territoriale Ausdehnung der Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaaten vorwiegend der globalen Stärkung europäischer Finanzzentren dienen.[28] Die weitgehende, bedingungslose Liberalisierung durch die EU wurde im Schrifttum frühzeitig kritisiert, da sich Drittstaaten keinem Druck zur reziproken Einführung entsprechender Liberalisierungen im eigenen Recht ausgesetzt sähen.[29] Zumindest teilweise hält sich die

18 Vgl. BR-Drs. 740/13, S. 40; *Gottschling/Schatz* (FN 17) § 1, Rn. 176.

19 So bereits für Investmentfonds grundsätzlich *Schön*, in: FS Roth, 2015, S. 579; *Schön*, EBOR 2016, 229 (247); der EuGH hat die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit stets bei Beteiligungen, „die in der alleinigen Absicht der Geldanalage erfolgen" bejaht, vgl. nur EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 31 ff.

20 Entgegen der faktischen Billigung eines budgetären Dispositionsschutzes des BVerfG für den deutschen Gesetzgeber (dazu *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 336 ff.; *Vogel*, StuW 2005, 376) kann der nationale Gesetzgeber darauf nicht beim EuGH hoffen (dazu *Drüen/Kahler*, StuW 2005, 180; *Hey*, StuW 2005, 321). Die Erstattung der Kapitalertragsteuer ist damit unstreitig, sofern ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt und die Ausnahme der Stand-Still-Klausel nicht greift. Jedoch zur Frage der Umsetzung im Rahmen der nationalen Korrekturvorschriften von bereits bestandskräftigen Bescheiden vgl. *Reimer*, in: Lüdicke, Wo steht das deutsche internationale deutsche Steuerrecht?, 2009, S. 80.

21 Vgl. *Gosch/Schönfeld*, IStR 2015, 755.

22 Vgl. EuGH v. 10.2.2011 – C-436/08, *Haribo Lakritzen*, ECLI:EU:C:2011:61, Rn. 127 f., in der der EuGH eine fehlende Liberalisierung im anderen Land nicht als Rechtfertigung einer Beschränkung anerkannt hat.

23 Vertrag über die Europäische Union v. 7.2.1992, 11992E/TXT.

24 Zwar sollten sich die Mitgliedsstaaten bereits nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie des Rates v. 24.6.1988, 88/361/EWG, 31988L0361 (sog. Kapitalverkehrsrichtlinie) „bemühen", die Kapitalverkehrsfreiheit auch gegenüber Drittstaaten anzuwenden, eine primärrechtliche Grundlage für die Ausdehnung des territorialen Anwendungsbereichs wurde aber erst durch Art. 73b des Maastrichtvertrags verankert.

25 Vgl. SA der GA *Bot* v. 11.11.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:493, Rn. 77; *Bakker*, The Liberalization of Capital Movements in Europe, 1996, S. 230 merkt an, dass ein Großteil der Länder ohnehin keine Beschränkungen mehr gegenüber Drittstaaten vorsah, was ebenfalls ein wichtiger Grund zur Liberalisierung erga omnes war.

26 So auch EuGH v. 18.12.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:804, Rn. 31 f.; *Isenbaert*, EC law and the sovereignty of the member states in direct taxation, 2010, S. 630.

27 Durch die Liberalisierung im Binnenmarkt soll eine möglichst effiziente Kapitalallokation erfolgen, vgl. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 63, Rn. 11 (Jan. 2016); *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 1. Aufl. 2002, Art. 56 EGV, Rn. 3 ff., 21 f.; *Wojcik*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV, Art. 63, Rn. 79; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, 2000, S. 206; zustimmend *Schön*, in: FS Wassermeyer, 2005, S. 505, der aber letztlich auch in der Drittstaatenliberalisierung eine „Hilfsfunktion" für die Sicherung einheitlichen Binnenmarktes sieht.

28 Vgl. *Wunderlich/Blaschke*, IStR 2008, 754 (755); EuGH v. 18.12.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:804, Rn. 31; *Ress/Ukrow* (FN 27) Art. 63 AEUV, Rn. 19.

29 Vgl. *Mohamed*, European Community Law on the Free Movement of Capital and EMU, 1999, S. 219 ff.; *Stahl*, EC Tax Review 2004, 47 (52); *Schön*, in: FS Wassermeyer, 2005, S. 504 f.; den Kritikern widersprechend *Hindelang*, JZ 2009, 829 (832 ff.).

Europäische Union mit der Stand-Still-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV ein Instrument zur Durchsetzung einer reziproken Liberalisierung zurück.[30] Es ist daher augenfällig, dass die Stand-Still-Klausel in Art. 64 Abs. 1 AEUV, anders als der „Carve-out" in Art. 65 Abs. 1 Buchst. a AEUV,[31] die Kapitalverkehrsfreiheit nur gegenüber Drittstaaten zurücknimmt.

Da der EuGH in Drittstaatenkonstellationen einem (gegenüber dem innergemeinschaftlichen Verhältnis) abweichenden Beschränkungsbegriff bislang nicht gefolgt ist,[32] bildet die Stand-Still-Klausel eine der wenigen Möglichkeiten, diskriminierende Beschränkungen gegenüber Drittstaaten aufrechtzuerhalten. Die Kapitalverkehrsfreiheit wird damit für nationale oder gemeinschaftliche Beschränkungen gegen dritte Länder (territoriales Erfordernis), die zum 31.12.1993 bereits bestanden haben (zeitliches Erfordernis) und zudem einer der abschließend aufgezählten Kategorien zuzuordnen sind (materielles Erfordernis), außer Kraft gesetzt.[33] Das zeitliche Kriterium verleiht der Klausel den Stillhaltecharakter. Eine Ermächtigung zur Einführung neuer Beschränkungen – anders als beispielsweise in Art. 64 Abs. 2 AEUV – kann mit ihr nicht begründet werden. Hierüber soll eine allmähliche Auflösung der Kapitalverkehrsbeschränkungen erreicht werden, wenngleich eine Verpflichtung zur schrittweisen Liberalisierung des Kapitalverkehrs damit aber nicht verbunden ist.[34]

Dieser Stillhaltecharakter spricht nicht gegen die Annahme einer Ausnahmevorschrift. Art. 64 Abs. 1 AEUV ändert nichts an der Feststellung der Kapitalverkehrsbeschränkung, legitimiert sie aber pauschal. Die Stand-Still-Klausel ist daher systematisch noch auf Ebene der Beeinträchtigung und nicht auf Ebene der Rechtfertigung zu prüfen. Die Berührung nationaler Interessen oder Verhältnismäßigkeitserwägungen sind – anders als bei der Rechtfertigungsprüfung – nicht notwendig.[35] Die Klausel schränkt die Kapitalverkehrsfreiheit damit in Bezug auf Drittstaaten zwar zu einem *„erheblichen Teil"*[36] ein, sie unterläuft aber nicht das Regel-Ausnahme-Verhältnis. Eine Abkehr von der Grundsatzentscheidung der Europäischen Union zur vollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten ist darin daher nicht zu erkennen.[37] Vielmehr regt die Klausel auch jene Länder zu einer allmählichen kapitalverkehrsfreiheitlichen Marktöffnung an, die ihrerseits von dem wohlfahrtssteigernden Effekt zwar nicht überzeugt sind, sich aber hierzu nunmehr unter Reziprozitätsforderungen gezwungen fühlen.[38] Eine allzu protektionistische Wirkung der Stand-Still-Klausel wird zudem durch den Grundsatz des EuGH verhindert, sie als Ausnahme zur Kapitalverkehrsfreiheit eng auszulegen.[39]

2. Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit bestimmt die Bedeutung der Stand-Still-Klausel

Die Stand-Still-Klausel erfuhr bisher, trotz ihrer Bedeutung und zunehmender Rechtsprechung des EuGH[40], insbesondere im deutschsprachigen Schrifttum überraschend geringe Beachtung. Das liegt auch daran,

30 Vgl. *Peters/Gooijer*, ET 2005, 475 (477); *Smit*, Freedom of investment between EU and non-EU member states and its impact on corporate income tax systems within the European Union, 2011, S. 670 f.; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, 2006, S. 427 ff.

31 Vgl. *Schön*, EBOR 2016, 229 (247).

32 So argumentierend bspw. *Schön*, in: FS Wassermeyer, 2005, S. 495 f.; *Wunderlich*, EuZW 2008, 117 (123); *Stahl*, EC Tax Review 2004, 47 (51 f.); *Englisch*, ET 2004, 355 (363); *Hohenwarter/Plansky*, SWI 2007, 346; SA der GA *Kokott* v. 18.3.2004 – C-319/02, *Manninen*, ECLI:EU:C:2004:164, Rn. 79; dem steht der EuGH bislang ablehnend gegenüber: EuGH v. 18.12.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:804, Rn. 31 f.; zumindest auf Basis von Reziprozitätserwägungen ablehnend v. 10.2.2011 – C-436/08, *Haribo Lakritzen*, ECLI:EU:C:2011:61, Rn. 127; ebenso ablehnend SA der GA *Bot* v. 11.11.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:493, Rn. 77; siehe auch *M. Lang*, StuW 2011, 209 (220); gleichwohl ist aber anzumerken, dass der EuGH offenbar bereit ist, in Drittstaatensachverhalten Rechtfertigungsgründe anzuerkennen, die er im Binnenmarkt nicht anzuerkennen vermag. Bislang beschränkt sich dies aber auf den Rechtfertigungsgrund der wirksamen steuerlichen Kontrolle, der im Binnensachverhalt aufgrund der Amtshilferichtlinie v. 15.2.2011, 32011L0016 regelmäßig ausgeschlossen ist; erstmals EuGH v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 92 ff., 120 ff.; seitdem ständige Rspr., vgl. nur v. 4.6.2009 – C-439/07, *KBC Bank*, ECLI:EU:C:2009:339, Rn. 72 f.; v. 20.5.2008 – C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, ECLI:EU:C:2008:289, Rn. 87; v. 18.12.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:804, Rn. 36 f.

33 Vgl. bspw. EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, ECLI:EU:C:2014:249, Rn. 45 ff.; v. 18.12.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:804, Rn. 45 ff.; v. 24.5.2007 – C-157/05, *Holböck*, ECLI:EU:C:2007:297, Rn. 32 ff.; v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 174 ff.; *Schön*, in: FS Wassermeyer, 2005, S. 494.

34 Ebenso SA des GA *Geelhoed* v. 10.4.2003 – C-452/01, *Ospelt and Schlössle Weissenberg*, ECLI:EU:C:2003:232, Rn. 49.

35 Vgl. *Cordewener*, EC Tax Review 2009, 260 (261).

36 Vgl. *Ohler* (FN 27) Art. 57 EGV, Rn. 1.

37 So auch *Kemmerer*, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, 2010, S. 56; *Lübke* (FN 30) S. 433; a.A. *Müller* (FN 27) S. 187; *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, 1998, S. 244 f.

38 Vgl. *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2003, S. 209.

39 Vgl. EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 42; v. 17.10.2013 – C-181/12, *Welte*, ECLI:EU:C:2013:662, Rn. 29; v. 11.9.2008 – C-11/07, *Eckelkamp*, ECLI:EU:C:2008:489, Rn. 57; v. 17.1.2008 – C-256/06, *Jäger*, ECLI:EU:C:2008:20, Rn. 40.

40 Der EuGH hatte bislang in den folgenden Urteilen über Anwendbarkeit des materiellen und zeitlichen Kriteriums der Stand-Still-Klausel zu entscheiden: EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896; v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347; v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, ECLI:EU:C:2014:249; v. 5.5.2011 – C-384/09, *Prunus und Polonium*, ECLI:EU:C:2011:276; v. 11.2.2010 – C-541/08, *Fokus Invest*, ECLI:EU:C:2010:74; v. 20.5.2008 – C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, ECLI:EU:C:2008:289; v. 18.12.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:804; v. 24.5.2007 – C-157/05, *Holböck*, ECLI:EU:C:2007:297; v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774; v. 14.12.1995 – C-163/94, *Sanz der Lera*, ECLI:EU:C:1995:451; in folgenden Stellungnahmen gingen die Generalanwälte auf die Stand-Still-Klausel ein, mangels

dass die Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit, und damit gleichsam die Frage der Stand-Still-Klausel, in der Vergangenheit häufig in der Rechtsprechung des EuGH durch eine andere Grundfreiheit verdrängt wurde. Das galt selbst in Fällen, in denen der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit eröffnet war. Die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 Abs. 1 AEUV erfasst grundsätzlich *jedwedes* unternehmerische Engagement in Form von Investitionen in eine Kapitalgesellschaft. Dies gilt unabhängig von der Beteiligungshöhe.[41] Der Sachverhalt kann allerdings gleichzeitig dem Anwendungsbereich einer anderen Grundfreiheit, insbesondere der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV unterfallen[42] und dadurch der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit entzogen werden[43]. Die Niederlassungsfreiheit ist immer dann eröffnet, wenn dem Gesellschafter ein „sichere[r] Einfluss auf Entscheidungen der Gesellschaft" zusteht[44], mittels derer er die „Tätigkeit der Gesellschaft bestimmen" kann, mithin eine „Kontrollbeteiligung" und keine Portfoliobeteiligung vorliegt.[45]

Während in der frühen Rechtsprechung des EuGH die Niederlassungsfreiheit die Kapitalverkehrsfreiheit in ihrer Wirkung zu verdrängen vermochte,[46] ergibt sich seit dem Urteil *Test Claimants in the FII Group Litigation II*[47] in Bezug zu Drittstaaten nun allerdings ein weniger restriktives Verständnis der Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit. Während im EU-Sachverhalt weiterhin in einem ersten Schritt die mitgliedsstaatliche Norm und in einem zweiten Schritt die konkrete Beteiligungshöhe zu prüfen sind, rückt er im Drittstaatensachverhalt von dieser Prüfreihenfolge ab. Hier ist allein auf den „Gegenstand"[48] der mitgliedsstaatlichen Norm abzustellen, ohne die konkrete Beteiligungshöhe zu prüfen.[49] Zielt die Norm *nicht nur* vorwiegend auf Beteiligungen ab, die einen „sichereren Einfluss" vermitteln, ist sie an den Maßstäben der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.[50] Mit diesem erweiterten Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit steigt die Relevanz der Stand-Still-Klausel.

III. Territoriales Erfordernis der Beschränkung

In territorialer Hinsicht kann die Stand-Still-Klausel nur eine Beschränkung legitimieren, die Drittstaaten betrifft. Drittstaaten sind zunächst alle Länder, die nicht Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind. Aufgrund des EWR-Abkommens[51] können den EWR-Staaten (derzeit Island, Liechtenstein und Norwegen) die Beschränkungen nach Art. 64 Abs. 1 AEUV ebenfalls nicht entgegengehalten werden.[52]

Im Schrifttum ist für das territoriale Kriterium die Auffassung vertreten worden, dass nur Beschränkungen erfasst werden, die auf kapitalverkehrsrelevanten Vorgängen von Drittstaaten in Mitgliedsstaaten, also Inbound-Investitionen beruhen und auch nur solche Be-

---

Entscheidungserheblichkeit nahm der EuGH aber keine Stellung: SA des GA *Jääskinen* v. 16.1.2014 – C-24/12, *X und TBG*, ECLI:EU:C:2014:15; SA des GA *Mengozzi* v. 12.6.2013 – C-181/12, *Welte*, ECLI:EU:C:2013:384; SA des GA *Jääskinen* v. 29.4.2010 – C-72/09, *Établissements Rimbaud*, ECLI:EU:C:2010:235; SA des GA *Geelhoed* v. 10.4.2003 – C-452/01, *Ospelt and Schlössle Weissenberg*, ECLI:EU:C:2003:232.

41 Vgl. *Schön*, in: FS Roth, 2015, S. 563 f. m.w.N.; *ders.*, EBOR 2016, 229 (242).

42 Vgl. EuGH v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 37; v. 26.6.2008 – C-284/06, *Burda*, ECLI:EU:C:2008:365, Rn. 71; EuGH v. 17.9.2009 – C-182/08, Glaxo Wellcome GmbH, ECLI:EU:C:2009:559, Rn. 35 ff.; v. 21.10.2010 – C-81/09, *Idryma Typou*, ECLI:EU:C:2010:622, Rn. 47 ff.; v. 15.9.2011 – C-310/09, *Accor SA*, ECLI:EU:C:2011:581, Rn. 30.

43 Der Arbeitsvertrag gehe „erkennbar von einer parallelen Anwendung der Grundfreiheiten" aus, so *Schön*, in: FS Roth, 2015, S. 560; daraus sei aber noch nicht zu schließen, dass mehrere Grundfreiheiten auch parallel ihre Wirkung entfalten, vgl. *Zorn*, in: FS Nolz, 2008, S. 213.

44 Bei welcher Beteiligungshöhe ein „sicherer Einfluss" vorliegt, ist umstritten. Eindeutig scheint dieser unter 10 Prozent Beteiligungsquote nicht vorzuliegen, vgl. EuGH v. 28.2.2013 – C-168/11, *Beker*, ECLI:EU:C:2013:117, Rn. 29 und über 50 Prozent Beteiligungsquote gesichert zu sein, vgl. v. 26.6.2008 – C-284/06, *Burda*, ECLI:EU:C:2008:365, Rn. 70.

45 Siehe nur EuGH v. 10.6.2015 – C-686/13, *X*, ECLI:EU:C:2015:375, Rn. 17 ff.; v. 5.2.2014 – C-385/12, *Hervis Sport*, ECLI:EU:C:2014:47, Rn. 22; v. 13.11.2012 – C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, ECLI:EU:C:2012:707, Rn. 91; *Spies*, SWI 2011, 350 (352 ff.).

46 In zahlreichen Fällen sah der EuGH den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit als „unvermeidliche Konsequenz einer eventuellen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit" ebenfalls nicht eröffnet. Dies rechtfertigte trotz sachlicher Einschlägigkeit keine eigene Prüfung der jeweiligen Rechtsvorschrift im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit, vgl. EuGH v. 18.7.2007 – C-231/05, *Oy AA*, ECLI:EU:C:2007:439, Rn. 24; v. 10.5.2007 – C-102/05, *A und B*, ECLI:EU:C:2007:275, Rn. 27; v. 10.5.2007 – C-492/04, *Lasertec*, ECLI:EU:C:2007:273; Rn. 20 f.; v. 13.3.2007 – C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, ECLI:EU:C:2007:161, Rn. 33 f.; v. 12.9.2006 – C-196/04, *Cadburry Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544, Rn. 31 ff.; vgl. auch *M. Lang*, in: FS Rödler, 2010, S. 522 f.; *Kofler*, taxlex 2008, 326 (328).

47 Vgl. EuGH v. 13.11.2012 – C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, ECLI:EU:C:2012:707.

48 Zum Begriff des „Gegenstands" der nationalen Norm vgl. *Schön*, in: FS Roth, 2015, S. 578; *ders.*, EBOR 2016, 229 (248).

49 Vgl. *Watrin/Eberhardt*, BB 2014, 2967 (2970); *Mitschke*, IStR 2014, 37 (37 f.); *Hindelang*, IStR 2013, 77 (80); *Linn*, IStR 2012, 924 (934); *Jacobs*, in: Jacobs/Endres/Spengel, Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Aufl. 2016, S. 207.

50 Vgl. EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 31 ff.; v. 11.9.2014 – C-47/12, *Kronos International*, ECLI:EU:C:2014:2200, Rn. 29 ff.; v. 13.11.2012 – C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, ECLI:EU:C:2012:707, Rn. 99; der BFH sieht darin nunmehr eine „gefestigte Rechtsprechung", vgl. BFH v. 13.7.2016 – VIII R 47/13, BFH/NV 2016, 1831; *Hindelang*, IStR 2013, 77 (79 f.) vermag trotz der nun weniger restriktiven Ausgestaltung weiterhin kein tragfähiges dogmatisches Konzept zu erkennen; a.A. *Schön*, in: FS Roth, 2015, S. 577 f.

51 Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, Abl. 1 v. 3.1.1994, p. 3-522, hier insbesondere Art. 40 ff.

52 Vgl. EuGH v. 23.9.2003 – C-452/01, *Ospelt and Schlössle Weissenberg*, ECLI:EU:C:2003:493, Rn. 23 ff.; der Generalanwalt war noch anderer Auffassung, SA des GA *Geelhoed* v. 10.4.2003 – C-452/01, *Ospelt and Schlössle Weissenberg*, ECLI:EU:C:2003:232, Rn. 49 ff.; dem EuGH folgend SA des GA *Jääskinen* v. 29.4.2010 – C-72/09, *Établissements Rimbaud*, ECLI:EU:C:2010:235, Rn. 28 f.

schränkungen umfasst werden, die den aktiven Wirtschaftsteilnehmer treffen, also bspw. den Investor einer Direktinvestition und nicht den Empfänger.[53] Der EuGH maß diesem Kriterium indes keine Bedeutung bei und stellte stattdessen nur auf einen – noch näher zu erläuternden – Kausalzusammenhang ab.[54] Ohne explizit darauf einzugehen, verwarf er damit auch die Ansicht, dass Art. 64 Abs. 1 AEUV nur Inbound-Investitionen umfasse.[55]

Weiterhin stellt sich die Frage, ob Art. 64 Abs. 1 AEUV ein Konkretisierungserfordernis an die beschränkende Norm stellt, also ob sie spezifisch auf Drittstaaten zugeschnitten sein muss. Diese Anforderung würde bei steuerlichen Regelungen nicht selten dazu führen, dass diese nicht der Stand-Still-Klausel unterfallen. Der Gesetzgeber ist geneigt, unterschiedliche steuerliche Rechtsfolgen für in- und ausländische Sachverhalte zu knüpfen, weniger aber nur speziell für Drittstaaten.[56] Die frühe Rechtsprechung schien diese Anforderung jedoch zunächst zu stellen,[57] ehe der EuGH dies in der späteren Rs. *Holböck* aber explizit ablehnte.[58] Die in *Holböck* in Rede stehende österreichische Norm unterschied lediglich zwischen In- und Ausland, ohne sich explizit auf Drittstaaten zu beziehen.[59]

Für § 11 InvStG wäre diese restriktive Auffassung problematisch gewesen. Tatbestandsmäßig stellt § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG auf inländische Investmentfonds ab und schließt somit grundsätzlich sowohl Investmentfonds anderer Mitgliedsstaaten als auch solche aus Drittstaaten aus. Zwar nimmt § 1 Abs. 1g Satz 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 5 InvStG von der Besteuerung auch einige Investmentfonds aus, die ihren Satzungssitz im EU-Ausland haben,[60] diese Regelung ist aber eher von untergeordneter Bedeutung, sodass von einer generellen Ausnahme mitgliedsstaatlicher Investmentfonds nicht ausgegangen werden kann. Die beschränkende Wirkung des § 11 InvStG trifft ohne Differenzierung Drittstaatenfonds ebenso wie mitgliedsstaatliche Investmentfonds und hätte die Anforderungen an Spezifität demnach nicht erfüllt. Aufgrund der Rechtsprechung in der Rs. *Holböck* hat dies aber keine Auswirkung auf die Anwendung der Stand-Still-Klausel.

IV. Zeitliches Erfordernis der Beschränkung

Das zeitliche Erfordernis begrenzt die Zulässigkeit von Beschränkungen auf solche Regelungen, die zum Stichtag 31.12.1993[61] bereits bestanden und seitdem ununterbrochen ein Teil der jeweiligen nationalen Rechtsordnung sind.[62] Zutreffend stellt Art. 64 AEUV dabei nicht auf das Bestehen der Norm, sondern auf eine zu diesem Zeitpunkt geltenden Beschränkung ab.[63] Dabei muss die beschränkende Regelung zum Stichtag aber nicht im Wortlaut bestanden haben. Maßgeblich ist, dass die nach dem 31.12.1993 geltende Regelung in ihrem „Grundgedanken" mit der vor diesem Stichtag geltenden Fassung übereinstimmt und keine „neuen Verfahren" einführt.[64] Sie gewährt damit allein einen Bestandsschutz für Alt-Regelungen.[65] Da das Steuerrecht traditionell einer häufigen Änderung unterliegt, ist diese Beurteilung für Normen des Steuerrechts besonders wichtig. Eine den Sinn und Zweck nicht verfälschende Anpassung der Beschränkung ist nicht geeignet, das inhaltliche Kriterium zu erschüttern.[66] An-

53 So bspw. *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (208) m.w.N.; *Wassermeyer/Schönfeld*, IStR 2006, 411 (413 f.); so auch zunächst BFH v. 25.8.2009 – I R 88, 89/07, BStBl. II 2016, 438, unter C/III/1/a/bb.

54 Vgl. EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 39.

55 Mit dem Urteil in der Rs. *Holböck* verwirft der EuGH diese Auffassung ebenfalls, da er hier die Stand-Still-Klausel in einem Fall für anwendbar hielt, in dem ein Ansässiger eines Mitgliedsstaates in der Schweiz investierte, EuGH v. 24.5.2007 – C-157/05, *Holböck*, ECLI:EU:C:2007:297; siehe hierzu auch *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 371 (375).

56 So auch *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (210).

57 Vgl. EuGH v. 14.12.1995 – C-163/94, *Sanz der Lera*, ECLI:EU:C:1995:451, Rn. 35; siehe hierzu *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (211); *Ohler* (FN 27) Art. 57 EGV, Rn. 3; *Hindelang*, The free movement of capital and foreign direct investment, 2009, S. 283 ff.; offenlassend *Peters/Gooijer*, ET 2005, 475 (478 f.).

58 Vgl. *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 371 (375); *dies.*, ET 2007, 107 (118); *Fontana*, ET 2007, 431 (434); *O'Brien*, BTR 2008, 628 (657); *Smit* (FN 30) S. 670; *Isenbaert* (FN 26) S. 626 f.

59 Vgl. EuGH v. 24.5.2007 – C-157/05, Holböck, ECLI:EU:C:2007:297, Rn. 36.

60 Abweichend vom eigentlichen Regelungskonzept, der Anknüpfung an den Satzungssitz, erkennt der Gesetzgeber hiernach unter den weiteren Anforderungen des § 1 Abs. 1g InvStG auch Investmentfonds als inländisch an, die dem Satzungsrecht eines anderen Mitgliedslandes unterliegen, *Wenzel*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 1 InvStG, Rn. 54 (Sept. 2016).

61 Für die Beitrittsstaaten Bulgarien, Estland und Ungarn gilt der 31.12.1999 als Stichtag, Art. 13 Beitrittsvertrag, 12005S/TXT; im Falle Kroatiens der 31.12.2002, Art. 12 Beitrittsvertrag, 12012J/TXT.

62 Vgl. EuGH v. 18.12.2007 – C-101/05, A, ECLI:EU:C:2007:804, Rn. 48.

63 In der Rs. *Emerging Markets* scheiterte die Anwendung der Stand-Still-Klausel daran, dass die Norm zwar vor dem Stichtag eingeführt wurde, ihre beschränkende Wirkung aber erst nach dem Stichtag mit der Einführung einer (nur) für inländische Wirtschaftsteilnehmer geltenden Begünstigung entfaltete, EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, ECLI:EU:C:2014:249, Rn. 51 ff.; SA des GA *Mengozzi* v. 6.11.2013 – C-190/12, *Emerging Markets*, ECLI:EU:C:2013:710, Rn. 57; ähnlich, aber mangels Entscheidungserheblichkeit unbeantwortet bereits EuGH v. 6.11.2007 – C-415/06, *Stahlwerk Ergste Westig*, ECLI:EU:C:2007:651.

64 Vgl. EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 88; v. 11.2.2010 – C-541/08, *Fokus Invest*, ECLI:EU:C:2010:74, Rn. 48 stellt auf das „Wesen der anwendbaren Regelung" ab; ähnlich v. 24.5.2007 – C-157/05, *Holböck*, ECLI:EU:C:2007:297, Rn. 41; v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 192; *Schön*, IStR-Beih. 2013, 3 (19 f.).

65 Vgl. *Schön*, in: FS Wassermeyer, 2005, S. 493.

66 Siehe ebenso *Hey*, in: M. Lang/Pistone/Schuch et al., ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2012, 2013, S. 62, die offenbar auf die Einführung einer neuen Beschränkung abstellt; so auch EuGH v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 194; *Englisch*, in: M. Lang/Pistone/Schuch et al., ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2012, 2013, S. 129 spricht insofern von einer gleichbleibenden „inhärenten Logik".

passungen der Rechtsfolgen im Rahmen der bereits zuvor bestehenden Beschränkung dürften damit zulässig sein.[67] Es kann somit nicht schlicht auf eine Schlechterstellung des Wirtschaftsteilnehmers abgestellt werden, die auf eine Gesetzesänderung nach dem 31.12.1993 beruht.[68] Sie allein ist nach den vorgenannten Ausführungen nicht ausreichend. Eine Ausweitung der Tatbestände und damit des Anwendungsbereichs der Beschränkung, auch wenn sie mit dem bereits am 31.12.1993 formulierten Grundgedanken der Beschränkung getragen ist, erfüllt die vorgenannte Kontinuität allerdings nach Ansicht der Verfasser nicht.[69] Unschädlich sind nach dem Stichtag erfolgte Abmilderungen oder (teilweise) Rücknahmen der Beschränkung.[70] Hierbei nimmt der EuGH eine länder- und nicht normbezogene Betrachtung vor. Eine Beschränkung kann länderbezogen aufgehoben werden, beispielsweise im Bezug zu EU-Staaten, während sie gegenüber Drittstaaten aber gleichsam unschädlich ungemildert bleibt.[71] Insbesondere bedarf es auch nicht stets einer förmlichen Aufhebung der Beschränkung. Vielmehr ist es bereits ausreichend, entsprechende Assoziierungsabkommen mit bestimmten Ländern zu schließen, die der beschränkenden nationalen Norm vorgehen. Eine Wiedereinführung der Beschränkung gegenüber diesen Ländern scheidet im Anschluss aus.[72] Aufgrund ihrer Sachkenntnis obliegt den nationalen Gerichten die Beurteilung der inhaltlichen Kontinuität der in Rede stehenden Rechtsvorschrift für Zwecke des zeitlichen Kriteriums. Der EuGH liefert hierfür lediglich die Kriterien, in dessen Rahmen sich die nationalen Gerichte bewegen müssen.[73]

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass das Investmentsteuergesetz und damit die in Rede stehende streitige Norm (§ 11 Abs. 1 und 2 InvStG) erst mit dem Investmentmodernisierungsgesetz[74] mit Wirkung ab dem 1.1.2004[75] eingeführt wurde.[76] Allerdings beruht die Norm inhaltlich auf § 38 KAGG.[77] Diese wurde mit Wirkung zum 1.8.1998 neu gefasst[78] und beruht im Hinblick auf die Steuerbefreiung ihrerseits auf der (gleichlautenden) Vorgängerregelung, die bereits mit dem Körperschaftsteuerreformgesetz 1977[79] eingeführt wurde. Tatsächlich bezog sich § 38 KAGG – anders als § 11 InvStG – dem Wortlaut nach nicht nur auf „inländische" Investmentfonds, allerdings wurde die Anwendung des § 36 KAGG nach § 1 Abs. 3 KAGG auf Investmentfonds beschränkt, deren Kapitalanlagegesellschaft ihren statuarischen Sitz und Hauptverwaltung im Inland hatte. Das KAGG stellt daher bei der Befreiung ebenso wie das InvStG darauf ab, welchem Zulassungs- und Aufsichtsrecht der Investmentfonds unterliegt.[80]

Der Feststellung, dass § 11 InvStG mit den beschriebenen Anforderungen des EuGH vereinbar ist, steht auch nicht die Rechtsprechung des BFH[81] zu § 6 InvStG entgegen. Der BFH stellte fest, dass es mit dem Investmentmodernisierungsgesetz 2004 zu einem „neuen gesetzgeberischen Konzept der Fondsbesteuerung" gekommen sei und damit die vom EuGH geforderte inhaltliche Kontinuität von § 6 InvStG ausscheide. Das gelte, obwohl § 6 InvStG der Vorgängerregelung nachgebildet sei. Auch der Gesetzgeber geht von einer „grundlegenden Überarbeitung"[82] des KAAG[83] durch

67 So wohl auch GA *Mengozzi* im SA zur Rs. *Welte*, in dem er die nach dem 31.12.1993 vorgenommene Verminderung des ErbSt-Freibetrags für gebietsfremde Erwerber für unbeachtlich empfand, vgl. SA des GA *Mengozzi* v. 12.6.2013 – C-181/12, *Welte*, ECLI:EU:C:2013:384, Rn. 45 f.; auch GA *Jääskinen* scheint qualitativen Erfordernissen bei der Beurteilung den Vorzug einzuräumen, vgl. SA des GA *Jääskinen* v. 16.1.2014 – C-24/12, *X und TBG*, ECLI:EU:C:2014:15, Rn. 59; a.A. *Englisch* (FN 66) S. 129, der in der Rs. *Welte* von einer so signifikanten „quantitativen" Änderung ausgeht, dass sie die eigentlich maßgebende „qualitative" Unberührtheit überlagert; leider geht der EuGH weder in der Rs. *Welte* noch in *X und TBG* im anschließenden Urteil hierauf ein; treffend SA des GA *Geelhoed* v. 10.4.2003 – C-452/01, *Ospelt and Schlössle Weissenberg*, ECLI:EU:C:2003:232, Rn. 53: der Mitgliedsstaat darf die „bestehenden Rechtsvorschriften anpassen, ohne die bestehende Rechtslage zu ändern"; dann a.A., wenn sich dadurch die Zielrichtung der Regelung grundlegend verändert, *Schön*, IStR-Beih. 2013, 3 (19 f.).

68 Offenbar a.A. *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2005, S. 254.

69 Ohne ausdrückliche Klarstellung durch den EuGH deuten hierauf die Ausführungen im Urteil v. 11.2.2010 – C-541/08, *Fokus Invest*, ECLI:EU:C:2010:74, Rn. 44 ff.; ferner könnte man nützliche Erkenntnisse aus den Urteilen zur Mehrwertsteuersystemrichtlinie ziehen, bspw. v. 23.4.2009 – C-460/07, *Puffer*, ECLI:EU:C:2009:254, Rn. 86.

70 Vgl. EuGH v. 1.6.1999 – C-302/97, *Konle*, ECLI:EU:C:1999:271, Rn. 53 zwar nicht zu Art. 64 AEUV, aber zu Art. 70 der Beitrittsakte Österreichs v. 24.6.1994, 11994N/ TXT, nach dem bestimmte „bestehende[n] Rechtsvorschriften" beibehalten werden können; *Isenbaert* (FN 26) S. 620 f.

71 So bspw. EuGH v. 18.12.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:804, Rn. 51 ff.

72 Vgl. EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 88.

73 Vgl. EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 82; v. 24.5.2007 – C-157/05, *Holböck*, ECLI:EU:C:2007:297, Rn. 40; v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 191; v. 1.6.1999 – C-302/97, *Konle*, ECLI:EU:C:1999:271, Rn. 27.

74 Investmentmodernisierungsgesetz v. 15.12.2003, BGBl. I 2003, 2676.

75 § 18 InvStG i.d.F. des Investmentmodernisierungsgesetzes v. 15.12.2003, BGBl. I 2003, 2676.

76 Eine ähnliche Situation bezüglich eines österreichischen Gesetzes wurde als unschädlich betrachtet, SA des GA *Geelhoed* v. 10.4.2003 – C-452/01, *Ospelt and Schlössle Weissenberg*, ECLI:EU:C:2003:232, Rn. 55; der EuGH konnte in der folgenden Entscheidung nicht auf diesen Punkt eingehen.

77 Vgl. BT-Drs. 15/1553, S. 128; *Patzner/Nagler*, IStR 2015, 511 (515); *Schäfer* (FN 7) § 11, Rn. 10 f.; wohl auch *Zetsche*, IStR 2015, 8 (12); a.A. *Linn*, IStR 2012, 455 (457).

78 Neufassung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften v. 9.9.1998, BGBl. I 1998, 2726.

79 Einführungsgesetz zum Körperschaftsteuerreformgesetz (EGKStRG) v. 6.9.1976, BStBl. I 1976, 2641.

80 Vgl. *Baur*, Investmentgesetze, 2. Aufl. 1997, 1. Teilband. KAGG, § 1, Rn. 3, 45; *Schäfer* (FN 7) § 11, Rn. 14 ff.; *Englisch* (FN 4) § 11, Rn. 24.

81 BFH v. 17.11.2015 – VIII R 27/12, BFH/NV 2016, 467 unter II/2/b/bb/ccc.

82 BT-Drs. 15/1553, S. 69.

83 Das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) wurde im Zuge der Einführung des InvStG aufgehoben, vgl. Art. 17 Abs. 1 Investmentmodernisierungsgesetz v. 15.12.2003, BGBl. I 2003, 2676.

das InvStG aus. Allerdings bezogen sich die Änderungen und auch die vom BFH aufgeworfenen Verschärfungen aber nicht wie § 11 InvStG auf die Besteuerung des Investmentfonds, sondern allein auf die Besteuerung des Anlegers. Die Aussage des BFH, es sei zu „einem neuen gesetzgeberischen Konzept" gekommen, schränkt er zwar nicht ausdrücklich auf § 6 InvStG ein, will sie aber auch nicht allgemeingültig verstanden wissen, sondern rezipiert auf die Begründung des Gesetzgebers. Zwar treffen den Investmentfonds fortan verschärfte Bekanntmachungs- und Veröffentlichungspflichten, die Sanktionierung bei Nichterfüllung trifft aber stets den Anleger und lässt das Konzept der Besteuerung des Fonds unberührt. Der BFH sieht daher speziell § 6 InvStG als „Ausdruck" dieses neuen gesetzgeberischen Konzepts.[84] Diese Feststellung ist daher nicht auf § 11 InvStG übertragbar, da die vom BFH festgestellte Neukonzeption nur auf die Besteuerung des Anlegers und nicht des Investmentfonds zutrifft. Anzumerken ist allerdings, dass allein das nationale Gericht für die Beurteilung der zeitlichen Kontinuität zuständig ist. Es bleibt daher fraglich, ob der BFH dieser differenzierten Betrachtung bei der Beurteilung der inhaltlichen Kontinuität folgen wird.

Auch der derzeit geltende Kapitalertragsteuersatz von 25 Prozent bestand bereits zum 31.12.1993. Fraglich ist jedoch, ob die zum 1.1.2001 erfolgte Absenkung auf 20 Prozent[85] und in der Folge die erneute Anhebung auf 25 Prozent seit dem 1.1.2009[86] ein Verstoß gegen das sog. Verschlechterungsverbot darstellt.[87] Nach dem Verschlechterungsverbot muss der rechtliche Rahmen der Beschränkung ununterbrochen Teil der Rechtsordnung sein.[88] Das Verschlechterungsverbot konkretisiert damit die Erforderlichkeit der Beschränkung lediglich in ihrem Grundgedanken. Eine ursprünglich zulässigerweise bestandene, aber zwischenzeitlich aufgehobene Beschränkung darf daher nicht wiedereingeführt werden.[89]

Dem ist vorliegend allerdings entgegenzuhalten, dass die Modifikation allein in der Höhe der Kapitalertragsteuer das Wesen und den Charakter der eigentlichen Beschränkung (§ 11 InvStG bzw. § 38 KAGG) nicht berührt. Die Beschränkung bestand in ihren Grundzügen – wie aufgezeigt – bereits vor dem 31.12.1993. Hintergrund des Verschlechterungsverbots ist, dass der Mitgliedsstaat eine für nicht mehr notwendig erachtete Beschränkung nach deren Abschaffung nicht mehr zu Lasten von Steuerpflichtigen aus Drittstaaten wieder einführen können soll.[90] Davon kann aber vorliegend nicht die Rede sein, denn die Reduzierung und anschließende Erhöhung der Kapitalertragsteuer hat nichts mit Erwägungen zu tun, die im Zusammenhang mit der (unterschiedlichen) Besteuerung von ausländischen und inländischen Investmentfonds stehen.[91] Der Grundgedanke der heutigen Rechtslage besteht bereits seit dem 31.12.1993 unverändert.[92] Zweifel am zeitlichen Kriterium der Stand-Still-Klausel sind daher zurückzuweisen.

V. Materielles Erfordernis der Beschränkung

1. Numerus Clausus der Kapitalverkehrsausnahmen

Neben dem zeitlichen und territorialen Kriterium erfordert die Anwendung der Stand-Still-Klausel ein materielles Kriterium.[93] Nicht jede zum 31.12.1993 bestehende Beschränkung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten ist per se europarechtskonform.[94] Vielmehr bezieht sich Art. 64 AEUV nur auf Beschränkungen des Kapitalverkehrs im Zusammenhang[95] mit:

- Direktinvestitionen (einschließlich Anlagen in Immobilien),
- der Niederlassung,
- der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder
- der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten.

Die Begrifflichkeiten ähneln Art. 7 Abs. 1 der Kapitalverkehrsrichtlinie[96], weshalb der EuGH im Wesentlichen auf die Begriffsbestimmungen in der angehängten Nomenklatur zurückgreift.[97] Steht die Beschränkung nicht im Zusammenhang mit einer der vier taxativ

84 Dem Urteil ist zwar keine eindeutige Differenzierung zu entnehmen, der Bezug auf § 6 InvStG schränkt die pauschale Aussage aber deutlich ein, BFH v. 17.11.2015 – VIII R 27/12, BFH/NV 2016, 467 unter II/2/b/bb/cc.

85 Durch das StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433.

86 Durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, 1921.

87 So *Linn*, IStR 2012, 455 (457); in Bezug zur Dividendenbesteuerung allgemein *Watrin/Eberhardt*, BB 2014, 2967 (2971); *Desens*, DStR-Beih. 2013, 13 (18).

88 Vgl. EuGH v. 18.12.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:804, Rn. 48 f.

89 Vgl. EuGH v. 5.5.2011 – C-384/09, *Prunus und Polonium*, ECLI:EU:C:2011:276, Rn. 34.

90 Vgl. SA der GA *Bot* v. 11.11.2007 – C-101/05, *A*, ECLI:EU:C:2007:493, Rn. 112; diese Auffassung kann vor dem Hintergrund der Reziprozität durchaus kritisch gesehen werden. Drittstaaten könnten nämlich geneigt sein, einmal gewährte Liberalisierungen rückgängig zu machen, während der EU oder ihren Mitgliedsstaaten die Rückgängigmachung nicht mehr möglich ist.

91 Sich auf eine ähnliche Argumentation stützend, SA des GA *Mengozzi* v. 12.6.2013 – C-181/12, *Welte*, ECLI:EU:C:2013:384, Rn. 45 f.; wohl ebenso SA des GA *Jääskinen* v. 16.1.2014 – C-24/12, *X und TBG*, ECLI:EU:C: 2014:15, Rn. 59; a.A. *Englisch* (FN 66) S. 129.

92 Ziel der Erhöhung auf 25 % war die Vereinheitlichung der damals unterschiedlich hohen Kapitalertragsteuersätze, vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 67.

93 Vgl. *Schönfeld*, IStR 2005, 410 (411 ff.).

94 Vgl. EuGH v. 14.12.1995 – C-163/94, *Sanz de Lera*, ECLI:EU:C:1995:451, Rn. 45.

95 Art. 64 Abs. 1 AEUV erfasst zwar vom Wortlaut nur die Investition des Drittstaatenfonds in die deutsche Kapitalgesellschaft an sich, allerdings unterfallen nach Ansicht des EuGH die sich aus der Investition ergebenden Rückflüsse (hier: Dividendenzahlungen) ebenfalls der Stand-Still-Klausel, vgl. EuGH v. 24.5.2007 – C-157/05, *Holböck*, ECLI:EU:C:2007:297, Rn. 36; v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 183.

96 Für die Kapitalverkehrsrichtlinie von 1988 bestand mit Art. 69 und 70 EWG-Vertrag eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für deren Erlass. Durch die Neufassung des Kapitalverkehrsrechts durch Art. 56 ff. EGV (Vertrag von Amsterdam) kam es zum Wegfall dieser Rechtsgrundlage. Zur Fortgeltung ihrer Bedeutung vgl. *Wojcik* (FN 27) Art. 63, Rn. 77 f. m.w.N.

97 Vgl. EuGH v. 12.12.2006 – C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 179 f.

genannten Kategorien, ist die Stand-Still-Klausel nicht anwendbar.[98] Der Grund für die Auswahl gerade dieser vier Kategorien kann nur erahnt werden. Mutmaßlich haben diese Kategorien die zu dieser Zeit wichtigsten Beschränkungen dargestellt. Wesentliche Liberalisierungsbestrebungen sind zu dieser Zeit maßgeblich auf Betreiben der OECD erfolgt.[99] Der OECD-Kodex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs und der Kodex zur Liberalisierung der laufenden unsichtbaren Operationen sahen in der damaligen Fassung schon eine weitgehende Kapitalverkehrsfreiheit vor.[100] Die beteiligten Länder konnten aber unter bestimmten Umständen Vorbehalte vorbringen.[101] Die Ausnahmen zur Liberalisierung *erga omnes* waren daher notwendig, um die Gültigkeit eines Großteils der unter den OECD-Kodizes implementierten und noch immer anzuwendenden und praktizierten nationalen und gemeinschaftlichen Vorschriften zu gewährleisten.[102] Damit sollte die Durchsetzung nationaler, europäischer[103] und völkerrechtlicher[104] Rechtsakte auf Gebieten gesichert werden, die für das Funktionieren des Binnenmarktes als essentiell angesehen wurden, beispielsweise im Bereich der Geldwäsche oder Investitionsbeschränkungen gegenüber Drittsaaten und dort ansässigen Gesellschaften in Bereichen kritischer Infrastruktur[105]. Auch hier standen aber speziell Reziprozitätserwägungen im Vordergrund.[106] Betrachtet man diese Erwägungen, so ist festzuhalten, dass die Einführung der Stand-Still-Klausel nicht vorrangig in dem Wunsch nach einem Fortbestand beschränkender steuerlicher Regelungen begründet lag.[107]

Für diese Annahme spricht auch, dass die Vertragsstaaten in Art. 64 Abs. 1 AEUV nicht generell alle drittstaatenbeschränkenden steuerlichen Regelungen vom Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ausgenommen haben (bspw. durch eine fünfte Kategorie). Gleichsam bedeutet dies aber auch nicht, dass Steuerregelungen generell von der Anwendbarkeit des Art. 64 Abs. 1 AEUV ausgeschlossen sind.[108] Steuerliche Regelungen sind daher daraufhin zu überprüfen, ob sie einer der vorgenannten Kategorien unterfallen.

Unter „Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten" ist die Emission und die Börseneinführung von Wertpapieren zu verstehen.[109] Diese Kategorie ist auf den vorliegenden Fall offensichtlich nicht anwendbar, da es sich bei § 11 InvStG um eine Fragestellung zur Besteuerung einer bestehenden Investition handelt. Möglich ist aber, dass die an den Drittstaatenfonds gezahlten Dividenden Erträge einer „Direktinvestition", einer „Niederlassung" oder einer „Finanzdienstleistung" sind und somit der materielle Anwendungsbereich der Stand-Still-Klausel eröffnet ist.

2. „Direktinvestition" und „Niederlassung" eines Drittstaatenfonds

Der Terminus der „Direktinvestition" ist im AEUV nicht definiert, daher legt der EuGH ihn unter Rückgriff auf die Definitionen in der Nomenklatur zur Kapitalverkehrsrichtlinie aus.[110] Eine Abgrenzung des Begriffs der „Direktinvestition" zum Begriff der „Niederlassung" des Art. 64 Abs. 1 AEUV ist – zumindest anhand der bisherigen Rechtsprechung des EuGH – nicht möglich. Der EuGH scheint einer Abgrenzung keine besondere Bedeutung beizumessen; auch in seinen bisherigen Entscheidungen nennt er beide Termini, ohne gesondert zu unterscheiden.[111] In der Literatur wird daher die Ansicht vertreten, dass die Direktinvestition

„Charakter einer Richtschnur"; *Fontana*, ET 2007, 431 (434).

98 Vgl. *Schön*, IStR-Beih. 2013, 3 (19 f.).

99 Die OECD versuchte die Freiheit des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedsstaaten durch zwei Schriften durchzusetzen: OECD Code of Liberalisation of Capital Movement vom 4.12.1959 und OECD Code of Liberalisation of Current Invisible Transactions erstmals vom 1.4.1956. Beide wurden fortlaufend angepasst.

100 Vgl. zu den Kodizes *Müller* (FN 27) S. 302 ff.; *Honrath* (FN 37) S. 31 ff.; *Smit*, EC Tax Review 2004, 128 (130).

101 Vgl. *Kemmerer* (FN 37) S. 62.; so waren für die Kategorie „Direktinvestitionen" von den beteiligten Ländern am meisten Vorbehalte vorgebracht worden, vgl. *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (204); weitere wesentliche Vorbehalte unter Reziprozitätsgesichtspunkten betrafen die Kategorien „Niederlassung" und „Finanzdienstleistungen", vgl. *Smit* (FN 30) S. 670.

102 So war es wohl insbesondere die EU-Kommission, die unter Verkennung der Tragweite einer uneingeschränkten Kapitalverkehrsfreiheit erga omnes durch die Mitgliedsstaaten die Einführung der Stand-Still-Klausel kurz vor Unterzeichnung des Maastricht-Vertrags forderte, vgl. *Bakker* (FN 25) S. 233, S. 247 f. („not fully aware"); *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (204); *ders* (FN 30) S. 670 f.; *O'Brien*, BTR 2008, 628 (631); *Panayi*, ET 2008, 571 (577).

103 Eine Übersicht relevanter europarechtlicher Rechtsakte bietet *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 64, Rn. 18; ebenso: *Haferkamp* (FN 38) S. 211 ff.

104 Bspw. umgesetzte Vorbehalte im damaligen Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), BGBl. II 1994, 1643, insbesondere zu Finanzdienstleistungen, die durch eine Liberalisierung erga omnes unterlaufen worden wären, vgl. hierzu *Kemmerer* (FN 37) S. 68.

105 Vgl. *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (206); *Ohler* will eine Ausnahme insbesondere für Bereiche sehen, die dem „Allgemeinwohl" dienen, vgl. *Ohler* (FN 27) Art. 57 EGV, Rn. 1; *Lübke* (FN 30) S. 430 f.; *Hindelang* (FN 57) S. 277; *Handoll*, Capital, Payments and Money Laundering in the EU, 2006, S. 94; *Honrath* (FN 37) S. 131.

106 Siehe bspw. Art. 9 Abs. 3 Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates v. 15.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG, 31977L0780; Art. 7 Abs. 4 Richtlinie 93/22/EWG des Rates v. 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, 31993L0022.

107 Vgl. *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (205).

108 Vgl. SA des GA *Mengozzi* v. 18.12.2014 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2014:2476, Rn. 75, der hierfür als Beleg etliche Urteile des EuGH vorweist, in denen er die Anwendbarkeit von Art. 64 Abs. 1 AEUV bei Steuerregelungen prüfte.

109 Ebenfalls unter Rückgriff auf die Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie, *Ress/Ukrow* (FN 27) AEUV, Art. 64, Rn. 18.

110 Vgl. EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 75; v. 24.5.2007 – C-157/05, *Holböck*, ECLI:EU:C:2007:297, Rn. 33.

111 Siehe bspw. EuGH v. 13.11.2012 – C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, ECLI:EU:C:2012:707, Rn. 102 mit Verweis auf die Urteile v. 21.10.2010 – C-81/09, *Idryma Typou*, ECLI:EU:C:2010:622, Rn. 48 und v. 17.9.2009 – C-182/08, *Glaxo Wellcome*, ECLI:EU:C:2009:559, Rn. 40.

den Tatbestand der Niederlassung einschließt und der Begriff der Niederlassung insoweit redundant sei.[112] Dies gilt zuvorderst für Kapitalgesellschaftsbeteiligungen. Aus diesem Grund erfolgt nachfolgend eine parallele Prüfung beider Kriterien.

Beiden Termini ordnet der EuGH in ständiger Rechtsprechung die Gemeinsamkeit zu, dass die Beteiligung jeweils die Möglichkeit verschafft, sich „tatsächlich an der Verwaltung und Kontrolle dieser Gesellschaft zu beteiligen" (Kontrollerfordernis).[113] Der Niederlassungsbegriff der Stand-Still-Klausel entspricht daher dem allgemeinen Verständnis des Niederlassungsbegriffs in Art. 49 AEUV.[114] Der Begriff der Niederlassung des Art. 64 Abs. 1 AEUV schließt damit, ebenso wie Art. 49 AEUV, Portfoliobeteiligungen aus. Gerade auf diese Beteiligungen ist ein Investmentfonds nach § 1 Abs. 1b Nr. 7 InvStG allerdings spätestens seit 2013 begrenzt, da unternehmerische Einflussnahme des Investmentfonds ausgeschlossen werden soll.[115] Zwar sind am Kontrollerfordernis des Begriffs der „Direktinvestition" jüngst durch den BFH[116] Zweifel aufgekommen, der EuGH[117] verwarf diese Bedenken aber implizit.

Ob die Kapitalbewegung mit einer Direktinvestition zusammenhängt, ist anhand des konkret zu beurteilenden Lebenssachverhalts vorzunehmen, also – entgegen der Beurteilung der anzuwendenden Grundfreiheit – ohne nach dem abstrakten Ziel bzw. Gegenstands der beschränkenden nationalen Norm zu fragen. Wäre auch für Zwecke der Stand-Still-Klausel der Gegenstand der beschränkenden Norm maßgeblich, verbliebe für die Stand-Still-Klausel unter dem Tatbestandsmerkmal der Direktinvestition schlicht kein Anwendungsbereich, da die zu prüfende Beschränkung in diesem Fall stets der Niederlassungsfreiheit unterfiele und die Kapitalverkehrsfreiheit ihren Gewährleistungsgehalt nicht entfalten könnte.[118] Im Schrifttum wurde hieraus vielfach geschlossen, dass auch bei den anderen Beschränkungskategorien stets (nur) auf den konkreten Sachverhalt abzustellen sei.[119] Dies kann der Rechtsprechung des EuGH indes nicht entnommen werden. Er hat das Abstellen auf den konkreten Lebenssachverhalt in der Rs. *Test Claimants in the FII Group Litigation II* nicht dazu genutzt, die Tatbestandsmerkmale der Stand-Still-Klausel auszudifferenzieren, sondern allein, um den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit von dem der Niederlassungsfreiheit abzugrenzen. Die Aussage dient damit einem anderen Zweck und ist in diesem besonderen Licht zu betrachten. Allein die Beschränkungskategorien der „Direktinvestition" einschließlich der „Niederlassung" des Art. 64 AEUV weisen eine derart offensichtliche begriffliche Überschneidung mit einer der Kapitalverkehrsfreiheit „konkurrierenden" Grundfreiheit auf. Es ist daher hier erforderlich, diese Inhaltskongruenz durch das Abstellen auf einen anderen Beurteilungsgegenstand aufzulösen. Alles andere führt – wie bereits dargestellt – zum Leerlaufen dieser Beschränkungskategorie.[120]

3. Dividendenbezug im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung?

a) Grundfreiheitlicher Dienstleistungsbegriff als bisheriger Maßstab

Wohl am schwierigsten ist die Frage, ob die Beteiligung des Investmentfonds an einer inländischen Kapitalgesellschaft im „Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung" i.S.d. Art. 64 Abs. 1 AEUV steht. Der EuGH hatte für die Definition dieses Tatbestands lange Zeit keine Gelegenheit. Daher bestand die Auffassung, dass der Zweck dieser Kategorie – neben den Reziprozitätsgedanken – sich vorwiegend an den Erhalt grundlegender Ziele des Allgemeinwohls richte, z.B. den Verbraucherschutz im Bereich nicht regulierter Finanzdienstleister aus Drittstaaten.[121] Auch der BFH wollte darunter nur Bestimmungen subsumieren, die die Voraussetzungen bzw. die Art und Weise der Leistungserbringung regeln und sich an den *Erbringer* der Dienstleistung richten.[122]

---

112 Vgl. *Sedlaczek/Züger* (FN 103) Art. 64, Rn. 16; *Ahnert*, Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht: Zulässigkeit und Ausgestaltung in Investitionsabkommen der Europäischen Union, 2015, S. 102 f.; a.A. *Wunderlich/Blaschke*, IStR 2008, 754 (759 f.); nur im Falle von Anteilserwerben, *Lübke* (FN 30) S. 430; *Pistone*, in: Haslehner/Kofler/Rust, Landmark Decisions of the ECJ in Direct Taxation, 2015, S. 204.

113 Vgl. EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, *SECIL*, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 76 ff.; v. 13.11.2012 – C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, ECLI:EU:C: 2012:707, Rn. 102; v. 4.6.2002 – C-503/99, *Kommission/Belgien*, ECLI:EU:C:2002:328, Rn. 38; v. 4.4.2002 – C- 483/99, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:2002:327, Rn. 37.

114 Vgl. *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 64 AEUV, Rn. 6; vertritt man diese Auffassung der Begriffskongruenz, gelangt man unweigerlich zu dem Ergebnis, dass die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit entweder parallel anwendbar sind oder die Konkurrenz der beiden Grundfreiheiten im Drittstaatensachverhalt anders aufzulösen ist als innerhalb des Binnenmarkts. (Nur) Letzterem ist der EuGH gefolgt (siehe oben), vgl. EuGH v. 13.11.2012 – C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, ECLI:EU:C:2012: 707, Rn. 101.; hierzu auch *Schraufl*, RIW 2007, 603 (605).

115 Vgl. BR-Drs. 740/13, S. 40.

116 Vorlagefrage an den EuGH durch BFH v. 6.8.2013 – VIII R 39/12, BFH/NV 2013, 1976, ab 2/a/dd/bbb mit Verweis auf EuGH v. 7.6.2012 – C-39/11, *VBV-Vorsorgekasse*, ECLI:EU:C:2012:327, Rn. 21.

117 Der EuGH nimmt zwar nicht eindeutig Stellung, aber durch den Verweis auf ältere Rechtsprechung, in der das Kontrollerfordernis explizit genannt wird, macht er klar, dass er daran festhalten möchte, EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 45.

118 So im Umkehrschluss EuGH v. 13.11.2012 – C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, ECLI:EU:C: 2012:707, Rn. 101; vgl. auch BFH v. 18.12.2013 – I R 71/10, BStBl. II 2015, 361, unter II/6.

119 Vgl. *Gosch/Schönfeld*, IStR 2015, 755 (759 f.); *Smit* (FN 30) S. 674; *Isenbaert* (FN 26) S. 626 f.

120 Auch *Gosch/Schönfeld*, IStR 2015, 755 (760) stellen fest, dass sowohl GA *Mengozzi* als auch der EuGH dieser Ansicht bei den anderen Beschränkungskategorien nicht folgen.

121 Vgl. *Wassermeyer/Schönf*eld, IStR 2006, 411 (413); *Ohler* (FN 27) Art. 57 EGV, Rn. 1 m.w.N.; *Honrath* (FN 37) S. 135.

122 Vgl. BFH v. 25.8.2009 – I R 88, 89/07, BStBl. II 2016, 438, unter C/III/1/a/bb.; so offenbar auch *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (207).

Eine derart gelagerte Auslegung des Art. 64 Abs. 1 AEUV würde demnach aber nur solche Beschränkungen erfassen, die in erster Linie die Finanzdienstleistung selbst betreffen. In einem solchen Fall wäre auch die Dienstleistungsfreiheit des Art. 57 bzw. 58 Abs. 2 AEUV einschlägig. Diese Auffassung würde zunächst bedeuten, dass es bei Finanzdienstleistungen offenbar zu einer Schnittmenge hinsichtlich der Anwendung der Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit kommen könnte. Dass eine Norm die Ausübung beider Grundverkehrsfreiheiten behindern kann, ist unstrittig.[123] Nur die Kapitalverkehrsfreiheit entfaltet indes auch für Drittstaatsgesellschaften eine Wirkung. Daher ist es von Bedeutung, ob beide Grundverkehrsfreiheiten in ihrer Wirkung parallel anwendbar sind, oder – für den Fall, dass dies nicht zutrifft –, welche Grundverkehrsfreiheit den Vorzug genießt. Eine parallele Anwendbarkeit der Grundfreiheiten lehnte der EuGH allerdings ab[124] und gewichtet in der Folge.[125] Betrifft die Beschränkung vorwiegend die Dienstleistung, ist die Dienstleistungsfreiheit anwendbar und die Kapitalverkehrsfreiheit tritt zurück.[126]

Der EuGH folgt der Theorie des Rücktritts der Kapitalverkehrsfreiheit für Zwecke der Stand-Still-Klausel daher nicht.[127] Denn ginge man von diesem Begriffsverständnis auch für Zwecke des Art. 64 AEUV aus, so der EuGH in der Rs. *Wagner-Raith*, liefe die Klausel stets ins Leere, da die nationale Maßnahme damit hauptsächlich die Erbringung einer (Finanz-)Dienstleistung betreffen müsse und so in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit falle und damit dem der Kapitalverkehrsfreiheit entzogen sei.[128] Mit anderen Worten: Die Nennung des Tatbestands der Finanzdienstleistung im Katalog der Stand-Still-Klausel, die ausschließlich die Kapitalverkehrsfreiheit betrifft, wäre unter dieser Auslegung entbehrlich. Auch im Schrifttum wird festgestellt, dass eine entsprechende Auslegung nur dann einen Sinn ergebe, wenn man von einer parallelen Wirkung der Grundfreiheiten ausginge.[129] Da der EuGH einer parallelen Anwendung nicht gefolgt ist, ist es nur folgerichtig, die Auslegung der Finanzdienstleistung für Zwecke der Stand-Still-Klausel von der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit abzuheben.[130]

b) „Lediglich" Kausalzusammenhang zur Finanzdienstleistung notwendig

Die gesonderte Auslegung einer (Finanz-)Dienstleistung des EuGH für Zwecke der Stand-Still-Klausel deckt sich mit dem Wortlaut des Art. 64 Abs. 1 AEUV. Danach muss die Beschränkung eben nicht die Finanzdienstleistung selbst betreffen, sondern mit ihr lediglich in einem *Zusammenhang* stehen. Zu prüfen ist daher, wie stark ein *Zusammenhang* zur Finanzdienstleistung dabei ausgestaltet sein muss.

Die Rs. *Wagner-Raith* lohnt aufgrund des Sachverhalts und der Umstände, unter denen der Gerichtshof diesen *Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung* und damit die Stand-Still-Klausel bejaht, einer genaueren Betrachtung. Die zugrunde liegende deutsche Regelung sah eine Besteuerung fiktiver Kapitalerträge beim Anleger vor, wenn der Fonds bestimmte, nach deutschem Recht vorgeschriebene Veröffentlichungspflichten nicht erfüllte (sog. „schwarze Fonds"). Da die Schätzungen in der Regel höher waren als die tatsächlichen Erträge und der Anleger – anders als bei inländischen Fonds – keine Möglichkeit zum Nachweis der tatsächlichen Erträge hatte, verstieß die Regelung gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.[131] Hervorzuheben ist, dass die Beschränkung in der Rs. *Wagner-Raith* in persönlicher Hinsicht den Anleger eines Investmentfonds und nicht den eigentlichen Erbringer der Finanzdienstleistung (den Investmentfonds) traf.[132] Der EuGH maß dem sog. persönlichen Kriterium und damit der Beschränkung des unmittelbaren Erbringers der Finanzdienstleistung kein Gewicht bei, sondern stellte allein darauf ab, ob es einen „Kausalzusammenhang zwischen der Kapitalbewegung und der Erbringung einer Finanzdienstleistung" gibt.[133] Damit folgte der EuGH im Ergebnis den Ausführungen des Generalanwalts *Mengozzi*, ohne aber dessen Argumentation im Einzelnen aufzugreifen.

Für § 11 InvStG ist daher fraglich, ob zwischen

- der Dividende einer inländischen Kapitalgesellschaft an einen Drittstaatenfonds und
- der Finanzdienstleistung des Fonds an seinen Anleger

123 Vgl. nur *Wojcik* (FN 27) Art. 63 AEUV, Rn. 67 ff.

124 Zumindest bei „völliger Zweitrangigkeit", EuGH v. 12.07.2012 – C-602/10, *SC Volksbank România*, ECLI:EU:C:2012:443, Rn. 70; siehe zum Exklusivitätsverhältnis *Ress/Ukrow* (FN 27) Art. 63 AEUV, Rn. 293 m.w.N.

125 „In erster Linie", „hauptsächlich", EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 32, 34.

126 Vgl. EuGH v. 3.10.2006 – C-452/04, *Fidium Finanz*, ECLI:EU:C:2006:631, Rn. 49; GA *Stix-Hackl* vertrat noch die Auffassung, dass die Kapitalverkehrsfreiheit stets Vorrang habe, vgl. SA des GA *Stix-Hackl* v. 16.3.2006 – C-452/04, *Fidium Finanz*, ECLI:EU:C:2006:182, Rn. 70 ff.; *M. Lang*, StuW 2011, 209 (214) vermag bei der Abgrenzung, wann welche Grundfreiheit vorwiegend berührt ist, keine „allgemein gültigen Maßstäbe" zu erkennen.

127 So wie ebenso zuvor GA *Mengozzi* schon nicht der BFH-Auffassung gefolgt ist, SA des GA *Mengozzi* v. 18.12.2014 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2014:2476, Rn. 73.

128 Vgl. EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 35; *Peters/Gooijer*, ET 2005, 475 (478).

129 Vgl. *Sedlaczek/Züger* (FN 103) Art. 64 AEUV, Rn. 16.

130 Vgl. EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 38.

131 Dies stellte der BFH fest, ohne es dem EuGH zur Prüfung vorzulegen, vgl. BFH v. 6.8.2013 – VIII R 39/12, BFH/NV 2013, 1976; zur sog. „acte clair"-Doktrin siehe EuGH v. 6.10.1982 – C-283/81, *Cilfit* u.a., ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 21.

132 *Röder*, in: M. Lang/Pistone/Schuch et al., ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2013, 2014, S. 82 merkte bereits vor dem Urteil überzeugend an, dass die Besteuerung des Anteilseigners letztlich darauf ausgelegt sei, den Investmentfonds dazu zu ermutigen, deutsche Veröffentlichungspflichten zu erfüllen. Der Zweck der Norm sei daher an den Investmentfonds selbst gerichtet und stehe somit im Zusammenhang mit einer Finanzdienstleistung.

133 Vgl. EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 39.

der erforderliche kausale Zusammenhang besteht. In der Rs. *Emerging Markets* lag dem EuGH zwar die entsprechende polnische Vorschrift vor, allerdings verneinte er bereits das zeitliche Kriterium, weshalb es nicht zur Prüfung des materiellen Kriteriums kam und eine grundlegende Entscheidung des EuGH aussteht.

Nach Ansicht des Generalanwalts *Mengozzi* besteht kein Kausalzusammenhang zwischen der Dividende einer inländischen Kapitalgesellschaft an einen Drittstaatenfonds und der Finanzdienstleistung des Fonds an seinen Anleger, weil ein solcher Kausalzusammenhang nur dann vorliege, wenn die Kapitalbewegung zwangsläufig die Erbringung einer Dienstleistung „nach sich zieht".[134] Er stellt damit die Anforderung, dass die Finanzdienstleistung die Folge der Kapitalbewegung ist. Die Finanzdienstleistung sei also nur dann in einem kausalen Zusammenhang mit der (kapitalverkehrsfreiheitlich beschränkten) Investition, wenn sie aus ihr hervorgebracht bzw. von ihr ausgelöst wird. In der Rs. *Wagner-Raith* sah das Gericht dieses Erfordernis als erfüllt. Ohne seine Dienstleistung, eine diversifizierende Anlage, hätte die Kapitalbewegung des Anlegers in den Investmentfonds keinen Sinn.[135] Die (kapitalverkehrsfreiheitlich beschränkte) Investition in den Investmentfonds wird hier also vorgenommen, um die Dienstleistungen des Fonds in Anspruch zu nehmen. Im Ergebnis wird der Kausalzusammenhang damit auf Kapitalbewegungen der Fondsausgangsseite beschränkt, während Kapitalbewegungen auf der Fondseingangsseite einen solchen Kausalzusammenhang nicht bewirken können.[136]

Hintergrund dieser Auffassung ist auch, dass der Fonds seine Finanzdienstleistung allein an seine Investoren (Fondsausgangsseite) erbringt, nicht an die Anlageobjekte. Abnehmer und Erbringer der Finanzdienstleistung und Abnehmer und Erbringer der Ausschüttung sind damit keine „identischen Beteiligten".[137] Die Investition des Investmentfonds und die Erbringung der Finanzdienstleistung des Fonds an seinen Anleger stünden nicht in einem kausalen Zusammenhang. Schließlich habe die Art und Zusammensetzung der Fondsanleger keine Auswirkung auf die Steuerbefreiung des § 11 InvStG.[138] Da der Anleger für die Steuerbefreiung des Fonds unerheblich ist, könne kein Kausalzusammenhang zwischen ihm und der Besteuerung der Ausschüttung bestehen. Die Auffassung berücksichtigt – wie vom EuGH gefordert –, den Anwendungsbereich der Stand-Still-Klausel eng zu halten.[139]

Im Übrigen ist die Argumentation *Mengozzis* jedoch nicht überzeugend. Zwar folgt ihm der EuGH in der Auffassung, dass Art. 64 Abs. 1 AEUV eine Kausalität zwischen der Beschränkung und der Finanzdienstleistung erfordert, er scheint aber von einem anderen Kausalitätsbegriff auszugehen. Denn er stellt maßgeblich darauf ab, dass die nationale Maßnahme dazu führen kann, *„gebietsansässige Anleger davon ab[zu]halten, Anteile an ausländischen Investmentfonds zu zeichnen, und […] damit eine geringere Inanspruchnahme der Dienstleistung dieser Fonds durch diese Anleger zur Folge"* hat.[140] Der EuGH nutzt daher einen Kausalitätsbegriff, der an der vorgelagerten Prüfung einer Beschränkung der Grundfreiheiten angelehnt ist.[141]

Aus diesen Ausführungen lassen sich im Wesentlichen zwei Dinge schließen: Erstens scheint der EuGH es für den Kausalzusammenhang für erforderlich (und ausreichend) zu halten, dass es aufgrund der nationalen beschränkenden Regelung zu einer geringeren Inanspruchnahme der Finanzdienstleistung des Drittstaatenfonds kommt. Zweitens folgert der EuGH aus der Beschränkung des Kapitalverkehrs (z.B. der geringeren Zeichnung des Fonds) gleichsam automatisch eine Beschränkung der Finanzdienstleistung. Es bedarf insoweit offenbar keiner eigenen Prüfung. Dies ermöglicht die Schlussfolgerung, dass eine Beschränkung im „Zusammenhang mit einer Finanzdienstleistung" im Sinne der Stand-Still-Klausel bereits immer dann vorliegt, wenn sowohl der sachliche Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit als auch der Dienstleistungsfreiheit (mit konkreten Bezug zu Finanzdienstleistungen) berührt ist.[142] Eine Bestätigung der Auffassung *Mengozzis*, nach der ein erforderlicher Kausalzusammenhang nur für den Fall vorliege, in dem die Kapitalbewegung die Finanzdienstleistung nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze auslöse, ist in der zweiten Feststellung aber nicht zu erkennen.

Dem Urteil zur Rs. *Wagner-Raith* kann insbesondere nicht entnommen werden, dass Kapitalbewegung und Finanzdienstleistung für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs auf identische Beteiligte fallen müssen. Für das Vorliegen des Zusammenhangs erachtet es der EuGH als entscheidend, dass die beschränkende Norm eine geringere Inanspruchnahme der Fondsdienstleistung auslöst. Der EuGH bejahte einen Kausalzusammenhang und befindet Art. 64 Abs. 1 AEUV für anwendbar, wenn die steuerliche Schlechterstel-

134 Vgl. SA des GA *Mengozzi* v. 6.11.2013 – C-190/12, *Emerging Markets*, ECLI:EU:C:2013:710, Rn. 77; er wiederholt diese Argumentation in der Rs. *Wagner Raith*, vgl. SA des GA *Mengozzi* v. 18.12.2014 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2014:2476, Rn. 71; der EuGH selbst stellt nur auf den Kausalzusammenhang ab und unterscheidet nicht wie GA *Mengozzi*, vgl. EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 44.

135 Vgl. SA des GA *Mengozzi* v. 18.12.2014 – C-560/13, *Wagner-Raith*, ECLI:EU:C:2014:2476, Rn. 73.

136 So auch *Benecke/Staats*, IStR 2015, 516 (520 f.).

137 Vgl. *Patzner/Nagler*, IStR 2015, 511 (513).

138 Vgl. SA des GA *Mengozzi* v. 6.11.2013 – C-190/12, Emerging Markets, ECLI:EU:C:2013:710, Rn. 78.

139 So auch *Mengozzi*, der dies als Begründung aufführt, vgl. SA des GA *Mengozzi* v. 6.11.2013 – C-190/12, Emerging Markets, ECLI:EU:C:2013:710, Rn. 77; siehe auch FN 39.

140 Vgl. EuGH v. 21.5.2015 – C-560/13, Wagner-Raith, ECLI:EU:C:2015:347, Rn. 47.

141 Siehe nur zuletzt, bspw. für die Niederlassungsfreiheit EuGH v. 8.9.2016 – C-225/15, Politanò, ECLI:EU:C:2016:645, Rn. 38; zur Warenverkehrsfreiheit EuGH v. 21.6.2016 – C-15/15, New Valmar, ECLI:EU:C:2016:464, Rn. 48; zur Kapitalverkehrsfreiheit EuGH v. 24.11.2016 – C-464/14, SECIL, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 45; zur Dienstleistungsfreiheit EuGH v. 19.6.2014 – C-53/13 und C-80/13, Strojírny Prostějov and ACO Industries Tábor, ECLI:EU:C:2014:2011, Rn. 37.

142 Ebenso *Smit*, in: M. Lang/Pistone/Schuch et al., ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2015, 2016, S. 163.

lung zur Folge hatte, dass ein Anleger die Zeichnung des Drittstaatenfonds und damit seine Finanzdienstleistung meide. Dieser Kausalzusammenhang ist aber auch erfüllt, wenn – wie vorliegend bei § 11 InvStG – die Beschränkung die Besteuerung des Fonds selbst betrifft.[143] Beides senkt jeweils die Nettorendite der Fondsinvestition des Anlegers und benachteiligt damit einen Drittstaatenfonds. Die Beschränkung tritt im ersten Fall für den Anleger lediglich unmittelbarer zu Tage.

c) Spezifischer Zusammenhang zielführender

Diese Auslegung bringt praktische Schwierigkeiten, da Steuernormen von eher genereller Natur sind und ihre Voraussetzungen in der Regel nur selten nach den Kategorien der Stand-Still-Klausel unterscheiden. Sie regeln eine Vielzahl von Sachverhalten abstrakt. Mit anderen Worten: Eine steuerliche Beschränkung erfasst zumeist Dienstleistungen generell und knüpft nur selten explizit an eine Finanzdienstleistung an. Die Rechtsprechung des EuGH würde also dazu führen, dass die (abstrakt gehaltene) steuerliche Norm in ihrer Anwendung nur partiell (nämlich in Bezug zu Finanzdienstleistungen) der Stand-Still-Klausel unterfällt und daher nur insoweit aufrechterhalten bleiben kann.[144] Ferner würde diese Auslegung den Anwendungsbereich der Stand-Still-Klausel deutlich erweitern und dem eigenen Grundsatz, sie als Ausnahme zur Kapitalverkehrsfreiheit eng auszulegen, entgegenlaufen.[145]

Leider konkretisiert der EuGH die Merkmale des Kausalzusammenhangs in der Rs. *Wagner-Raith* nicht weiter. Anzunehmen ist aber, dass er angesichts dieses weiten Anwendungsbereichs der Stand-Still-Klausel dazu übergehen wird, den Kausalitätsbegriff baldig einzuschränken. Ein Ansatz ist, nur solche nationalen Beschränkungen zu erfassen, die zuvorderst die Erbringung der Finanzdienstleistung betreffen und nur indirekt auf eine Kapitalbewegung abzielen.[146] Für Regelungen auf dem Gebiet der direkten Steuern ist es allerdings fraglich, ob diese überhaupt vorrangig an eine Finanzdienstleistung anknüpfen können. Zielführender wäre es daher, eine spezifische Verknüpfung zwischen Finanzdienstleistung und Beschränkung zu fordern, also ein Spezifitätserfordernis aufzustellen. Das bedeutet, dass die Beschränkung – um in den Anwendungsbereich der Stand-Still-Klausel zu fallen – sich entweder speziell auf die Finanzdienstleistung oder zumindest unmittelbar auf den Erbringer der Finanzdienstleistung beziehen muss und nicht nur „rein zufällig" die beiden vorgenannten Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer erfasst.[147] Diese Lösung böte die geforderte enge Auslegung der Stand-Still-Klausel, ohne gleichsam die oben genannten praktischen Probleme aufzuwerfen. Beurteilungsgegenstand wäre in diesem Fall abermals die beschränkende Norm und nicht der konkrete Lebenssachverhalt, was den Anwendungsbereich weiter einschränkt.

Dieses Erfordernis könnte ferner von der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Sanz de Lera* getragen sein.[148] Hier stellte der EuGH fest, dass die in Rede stehende Beschränkung *„allgemein"* galt, *„einschließlich derjenigen [Sachverhalte], die nicht in Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten stehen"*, weshalb die Regelung (unter anderem) nicht unter die Stand-Still-Klausel zu fassen sei. Diese Aussage des EuGH ist allerdings zu ungenau, um auf ein normspezifisches Erfordernis zu schließen.[149] Dem EuGH wurde diese Frage daher vom Hoge Rad in den Niederlanden vorgelegt.[150]

Das Erfordernis eines spezifischen Zusammenhangs der Beschränkung zu einer Finanzdienstleistung wird, ebenso wie die der Rs. *Wagner-Raith* zugrunde liegende Regelung, durch § 11 InvStG erfüllt. Der abgeltend wirkende Kapitalertragsteuereinbehalt trifft bei einer Inbound-Portfolioinvestition nicht nur den Drittstaatenfonds, sondern gleichermaßen alle anderen nicht in Deutschland ansässigen Investoren. Insofern könnte angenommen werden, dass im Falle einer Fondsinvestition nur ein zufälliger Zusammenhang zwischen dieser Besteuerung durch die Kapitalertragsteuer und der durch den Fonds erbrachten Finanzdienstleistung bestehe und somit die geforderte Kausalität nicht erfüllt sei.[151] Diese Auffassung verkennt allerdings, dass abermals auf die Beschränkung abzustellen ist und diese nicht durch die Normen des Kapitalertragsteuereinbehalts ausgelöst wird, sondern durch § 11 InvStG. Diese ist allein für Investmentfonds anwendbar und steht aus diesem Grund in einem hinreichend spezifischen Zusammenhang mit der Erbringung der Finanzdienstleistung.

Die Ansicht von Generalanwalt *Mengozzi*, der den erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen einer Kapitalbewegung und einer Finanzdienstleistung offenbar nur auf der Fondausgangsseite zu erkennen vermag, erscheint angesichts des Urteils in der Rs. *Wag-*

143 Vgl. *Benecke/Staats*, IStR 2015, 516 (521).

144 Das Problem tritt ebenso bei belastenden steuerlichen Regelungen auf, die geltungserhaltend reduziert werden, vgl. *Hey*, StuW 2010, 301 (313 ff.); hierzu kritisch *Jochum*, IStR 2006, 621.

145 Siehe FN 39; *Wunderlich* indes vermochte diese „enge" Auslegung in der Praxis des EuGH nie zu erkennen, vgl. *Wunderlich*, EuZW 2008, 117 (123).

146 So vertreten von *Smit* (FN 142) S. 163 f.

147 So wohl auch *Smit* (FN 30) S. 675 f.

148 Vgl. EuGH v. 14.12.1995 – C-163/94, *Sanz der Lera*, ECLI:EU:C:1995:451, Rn. 35 f.; auch im Schrifttum wurde ein solch spezieller Bezug gefordert, vgl. *Ohler* (FN 27) Art. 57 EGV, Rn. 3; *Peters/Gooijer*, ET 2005, 475 (477); *Hindelang* (FN 57) S. 283 ff.; wohl auch *Mohamed* (FN 29) S. 219 f.; *Smit*, EC Tax Review 2006, 203 (211 f.) vertrat ebenfalls diese Auffassung, wollte aber die entsprechende Aussage des EuGH vom Schrifttum falsch verstanden wissen.

149 Gleichzeitig ist festzuhalten, dass der EuGH in einem konkreten Sachverhalt, offenbar unbewusst, nämlich ohne auf diese Problematik einzugehen, dieses Erfordernis impliziert negiert hat, vgl. EuGH v. 24.5.2007 – C-157/05, *Holböck*, ECLI:EU:C:2007:297, Rn. 45 ff.; die i.R. s. österreichische (beschränkende) Norm erfasste sowohl Direktinvestitionen als auch Portfolioinvestitionen.

150 Vgl. Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Nederlanden v. 26.5.2015 – C-317/15, CELEX:62015CN 0317; zuvor Oberster Gerichtshof der Niederlande v. 10.4.2015, 14/00528, ECLI:NL:HR:2015:913.

151 So argumentierend *Smit* (FN 30) S. 676.

ner-Raith zu eng. Nach der hier vertretenen Auffassung erfüllt § 11 InvStG damit sowohl das territoriale, das zeitliche als auch das materielle Kriterium und unterliegt damit der Stand-Still-Klausel. Danach könnte Deutschland im Falle einer Unvereinbarkeit von § 11 InvStG mit der Kapitalverkehrsfreiheit die Beschränkung gegenüber Drittstaaten aufrechterhalten. Eine Erstattung einbehaltener Kapitalertragsteuer auf inländische Dividendenerträge an einen Drittstaatenfonds ist demnach zu verneinen.

VI. Thesenförmiges Fazit

- Die Stand-Still-Klausel ermöglicht den Mitgliedsländern der Union unter bestimmten Voraussetzungen die Beibehaltung von Beschränkungen des Kapitalverkehrs gegenüber Drittländern und bildet damit eine Rückausnahme zur Kapitalverkehrsfreiheit. Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung seit der Rs. *Test Claimants in the FII Group Litigation II* wird sich die Relevanz der Stand-Still-Klausel perspektivisch erhöhen.
- Die Stand-Still-Klausel ist nur dann anwendbar, wenn die Beschränkung einer der vier Kategorien des Art. 64 Abs. 1 AEUV unterfällt (materielles Kriterium) und seit dem 31.12.1993 durchgehend Teil der Rechtsordnung ist (zeitliches Kriterium).
- Bezüglich des zeitlichen Kriteriums der Stand-Still-Klausel ist nicht auf den Wortlaut der Norm, sondern auf eine inhaltliche Kontinuität i.S. der Fortgeltung des Grundgedankens der Beschränkung abzustellen.
- Das materielle Kriterium erfordert eine Kausalität zwischen der Beschränkung und einer der vier Kategorien der Stand-Still-Klausel. Der EuGH folgt damit einer gegenüber dem Schrifttum weniger restriktiven Auslegung der Erfordernisse der Stand-Still-Klausel. Eine rein zufällige Verknüpfung ist indes nicht ausreichend.
- Die beschränkende Wirkung von § 11 InvStG bei Ausschüttung inländischer Dividenden an einen Drittstaatenfonds erfüllt die Voraussetzungen der Stand-Still-Klausel. Für den Fall, dass die Norm gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt, kann die Beschränkung gegenüber Drittstaaten aufrechterhalten werden.

EU-Richtlinienvorschlag über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB) vom 25.10.2016

– Eine rechtsvergleichende und kritische Analyse zur steuerlichen Gewinnermittlung –

Prof. Dr. PATRICK VELTE/OLIVER MOCK, Lüneburg*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Inhalte des EU-Richtlinienvorschlags
1. Grundsätze der GKB zur Gewinnermittlung
a) Grundlegendes zur Gewinnermittlung
b) Gewinnermittlungsprinzipien
2. Abschreibung und Wertaufholung
a) Planmäßige Abschreibungen
b) Außergewöhnliche Wertminderungen und Wertaufholung
3. Rückstellungen
a) Ansatz
b) Bewertung
4. Zusammenfassung des Rechtsvergleichs
III. Kritische Würdigung des EU-Richtlinienvorschlags
1. Verzicht auf die Steuerbilanz
2. Gewinnermittlungsprinzipien
a) Nichtexistenz eines Prinzipiensystems
b) Ausweis unrealisierter Gewinne bei Finanzinstrumenten des Handelsbestands und bei langfristiger Auftragsfertigung
3. Außergewöhnliche Wertminderungen
a) Einschränkung der außergewöhnlichen Wertminderungen
b) Ausgestaltung einer umfassenden außergewöhnlichen Wertminderung
4. Rückstellungen
a) Einschränkung des Ansatzes von Rückstellungen
b) Diskontierung langfristiger Rückstellungen mit einem Marktzins
IV. Fazit

Am 25.10.2016 hat die Europäische Kommission einen Richtlinienvorschlag für eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsrundlage (GKB) vorgelegt. Dieser beinhaltet ein umfassendes Konzept für die Harmonisierung der Gewinnermittlungsvorschriften innerhalb der EU. Im vorliegenden Beitrag wird zunächst ein Vergleich ausgewählter Gewinnermittlungsvorschriften des neuen Richtlinienvorschlags mit dem deutschen Handels- und Steuerrecht sowie den International Financial Reporting Standards (IFRS) vorgenommen. Im weiteren Verlauf erfolgt eine kritische Würdigung zentraler Änderungsvorschläge.

On 25 October 2016, the European Commission presented a proposal for a council directive on a Common Corporate Tax Base (CCTB). This proposal includes a comprehensive approach to the harmonization of rules for calculating the corporate tax base within the EU. In the present paper, the tax accounting regulations in the new proposed directive are compared with the German commercial and tax law as well as the International Financial Reporting Standards (IFRS). Based on the legal comparison, amendments for specific adjustments are developed within the framework of a critical appraisal.

I. Einleitung

Am 25.10.2016 hat die Europäische Kommission ein Reformpaket vorgelegt, welches aus vier Richtlinienvorschlägen besteht, die auf eine weitere Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung innerhalb der EU abzielen. Im Einzelnen handelt es sich um die Vorschläge für eine *Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB)*,[1] eine *Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB)*,[2] ein verbessertes System zur *Streitbeilegung in Doppelbesteuerungsangelegenheiten*[3] sowie eine Ergänzung der im Sommer 2016 beschlossenen *Anti Tax-Avoidance-Richtlinie*.[4] Die Richtlinienvorschläge zur Einführung der GKB (im Folgenden *RLV*) und GKKB knüpfen an den GKKB-Vorschlag der Kommission aus dem Jahre 2011 an.[5] Ziel dieses Projekts ist es, wesentliche steuerliche Wachstumshemmnisse im europäischen Binnenmarkt durch Vereinfachung und Steigerung der Effizienz des Körperschaftsteuersystems zu beseitigen.[6] Diese Hemmnisse sind insbesondere auf das Nebeneinander der nationalen Besteuerungsregime zurück-

* *Prof. Dr. Patrick Velte* hat die Professur für Accounting & Auditing an der Leuphana Universität Lüneburg inne. *Oliver Mock, M.Sc.*, ist Promotionsstipendiat an dieser Professur.

1 Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, COM(2016) 685 final, 2016.

2 Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB), COM(2016) 683 final, 2016.

3 Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag einer Richtlinie des Rates über Verfahren zur Beilegung von Doppelbesteuerungsstreitigkeiten in der Europäischen Union, COM(2016) 686 final, 2016.

4 Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern, COM (2016) 687 final, 2016.

5 Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, KOM(2011) 121/4, 2011.

6 Vgl. Europäische Kommission (FN 1), S. 1 und Europäische Kommission (FN 5), S. 4.

zuführen, da hierdurch hohe Befolgungs- und Verwaltungskosten verursacht werden, die in ihren Wechselwirkungen mit steuerlichen Mehrbelastungen verbunden sind.[7] Neben einer Reduktion der steuerlichen Befolgungskosten sollen bestehende Nachteile aus dem Fehlen eines grenzüberschreitenden Verlustausgleichs, drohender Doppelbesteuerung aufgrund divergenter Sachverhaltsqualifikationen, Dokumentationspflichten bei Verrechnungspreisen sowie der Einschränkung grenzüberschreitender Umstrukturierungen überwunden werden. Zudem steht die Bekämpfung von Steuervermeidung im Fokus der Reformbewegungen. Da Abweichungen zwischen den nationalen Steuersystemen, welche die aggressive Steuerplanung wesentlich beeinflusst, entfallen und die Möglichkeiten einer Gewinnverlagerung in steuerlich günstigere Mitgliedstaaten unterbunden werden sollen, sieht die Kommission in ihrem Reformprojekt ein „höchst wirksam[es]"[8] Mittel gegen Gewinnverlagerung und missbräuchliche Steuergestaltung in der EU. Zur Erreichung dieser Ziele beinhaltet das GKKB-Projekt ein umfassendes Konzept für die Harmonisierung der Gewinnermittlungsvorschriften sowie eine Konsolidierung und formelhafte Gewinnaufteilung innerhalb der EU.[9]

Die Umsetzung des GKKB-Vorschlags würde eine fundamentale Reform der Steuersysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten bedeuten. Die Gespräche im Europäischen Rat seit 2011 haben gezeigt, dass eine unmittelbare Zustimmung aller Mitgliedstaaten in allen Teilen des Konzepts nicht zu erwarten ist.[10] Die politische Umsetzbarkeit scheitert insbesondere hinsichtlich der Konsolidierung und der damit sachlogisch verknüpften formelhaften Gewinnaufteilung. Daher hat sich die Kommission in ihrem Aktionsplan vom Juni 2015 für eine Aufteilung des Projekts in mehrere Schritte entschieden.[11] So sollen zunächst mit dem RLV zur Einführung der GKB lediglich die steuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften angeglichen werden. Die Regelungen zur Konsolidierung und Aufteilung der Bemessungsgrundlage, welche den „schwierigste[n] Punkt in den Verhandlungen der Mitgliedstaaten über die GKKB"[12] darstellen, sind Gegenstand des zweiten Richtlinienvorschlags für eine GKKB und sollen bis zur Einführung der GKB aufgeschoben werden.[13] Inhaltlich knüpft der neue RLV an die Regelungen des Vorschlags aus dem Jahr 2011 an. So ist das Gewinnermittlungssystem in seinen Grundzügen erhalten geblieben. Im Detail haben sich allerdings zahlreiche Änderungen in den Regelungen zur Gewinnermittlung mit teilweise erheblichen Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage ergeben. Zudem ist eine Anwendung des RLV in Abweichung zum vorangegangenen Vorschlag, der ein fakultatives System für alle Unternehmen vorsah, für multinationale Unternehmen verbindlich vorgeschrieben, um gegen aggressive Steuergestaltungen wirkungsvoll vorzugehen.[14] Für das Gewinnermittlungssystem des neuen RLV und seine Implementierung in den nationalen Steuergesetzgebungen fehlt es bislang an einer rechtsvergleichenden und kritischen Analyse. Vor diesem aktuellen Hintergrund ergibt sich die Zielsetzung des vorliegenden Beitrags, ausgewählte Gewinnermittlungsregeln der GKB im Detail zu analysieren und den Vorschriften zur Gewinnermittlung nach deutschem Handels- und Steuerrecht[15] sowie den IFRS gegenüberzustellen. Im Rahmen des Rechtsvergleichs werden die zentralen Übereinstimmungen und Abweichungen zwischen den Gewinnermittlungssystemen identifiziert. Außerdem werden Auslegungsfragen und konzeptionelle Schwachstellen des EU-Konzepts betrachtet. Anhand des Rechtsvergleichs und der kritischen Würdigung werden entscheidungsorientierte Lösungsvorschläge für eine zielgerichtete Anpassung der Normen im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens erarbeitet.

Der Gang der Untersuchung gliedert sich wie folgt: In Abschnitt II werden ausgewählte Regelungen zur Bestimmung der Steuerbemessungsgrundlage nach dem RLV rechtsvergleichend den Gewinnermittlungssystemen des deutschen Handels- und Steuerrechts sowie den IFRS gegenübergestellt. Der Rechtsvergleich erfolgt nach bilanztheoretischen Aspekten und gliedert sich im Einzelnen in die Analyse der Grundsätze der GKB sowie den Abschreibungsnormen und den Ansatz- und Bewertungsvorschriften von Rückstellungen. Aufbauend auf der rechtsvergleichenden Analyse werden im Abschnitt III eine kritische Würdigung zentraler Inhalte des RLV vorgenommen und Änderungsvorschläge unterbreitet. Der Beitrag schließt mit einem Fazit im Abschnitt IV.

---

7 Vgl. *Oestreicher/Scheffler/Spengel/Finke/Heckemeyer/Kimpel/Köstler/Vorndamme*, StuW 2014, 326.

8 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 17.6.2015. Eine faire und effiziente Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union – Fünf-Aktionsschwerpunkte, COM(2015) 302 final, 2015, S. 8.

9 Für die europaweit einheitliche Besteuerung von grenzüberschreitend tätigen Kapitalgesellschaften sieht das Konzept einen dreistufigen Ansatz vor. In einem ersten Schritt müssen die Teile eines Unternehmens, die sich innerhalb der EU befinden, nach einheitlichen Gewinnermittlungsvorschriften jeweils getrennt ihr Ergebnis ermitteln. In einem zweiten Schritt werden die separat ermittelten Ergebnisse der Konzernteile zu einer gemeinsamen Bemessungsgrundlage konsolidiert. In einem dritten und letzten Schritt folgt die Aufteilung der gemeinsamen Bemessungsgrundlage unter Anwendung einer mehrdimensionalen Schlüsselung auf die beteiligten EU-Mitgliedstaaten. Im Anschluss hat jeder Mitgliedstaat das Recht, seinen individuellen Steuersatz auf den auf ihn entfallenden Anteil der Gesamtbemessungsgrundlage anzuwenden. Vgl. Europäische Kommission (FN 1), S. 2 ff.

10 Vgl. Europäische Kommission (FN 1), S. 3.

11 Vgl. Europäische Kommission (FN 8), S. 9.

12 Europäische Kommission (FN 8), S. 9.

13 Bis eine Einigung erzielt werden kann, ist der Vorschlag für eine GKKB weiterhin im Rat zur Prüfung anhängig.

14 Andernfalls würden sich Gewinnverschiebungen nicht wirksam unterbinden lassen, da Unternehmen, die ihre steuerbaren Gewinne durch aggressive Steuergestaltung minimieren, sich gegen das GKB-System entscheiden würden. Für Unternehmen, die nicht zwangsläufig in den Anwendungsbereich des Systems fallen, aber die Voraussetzungen nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) und b) RLV erfüllen, ist eine Anwendung der GKB weiterhin optional möglich.

15 Für den Vergleich des Steuerrechts wird der Betriebsvermögensvergleich nach § 5 Abs. 1 EStG zugrunde gelegt.

II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Inhalte des EU-Richtlinienvorschlags

1. Grundsätze der GKB zur Gewinnermittlung

a) Grundlegendes zur Gewinnermittlung

Eine Besonderheit der Gewinnermittlung nach dem RLV ist, dass die Vorschriften zur Berechnung der GKB autonom sind und es sich insofern um ein völlig eigenständiges Gewinnermittlungskonzept handelt.[16] Im Unterschied zum deutschen Betriebsvermögensvergleich nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG, § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG und dem damit verbundenen Maßgeblichkeitsprinzip[17] der Handels- für die Steuerbilanz ist keine formelle Anknüpfung an andere Rechnungslegungsvorschriften vorgesehen.[18] Weder ein nationales Bilanz- oder Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten noch die International Financial Reporting Standards (IFRS) sollen rechtlich maßgeblich für die GKB sein.[19] Allerdings stimmt die inhaltliche Ausgestaltung in vielen Bereichen mit der steuerlichen Gewinnermittlung der Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten überein und ist in Teilen an die Rechnungslegungsprinzipien nach IFRS angelehnt.[20] Zum Zwecke der Gewinnermittlung sieht der RLV aus Vereinfachungsgründen[21] – anders als im deutschen Handels- und Steuerrecht sowie den IFRS – keine Bilanz, sondern lediglich eine Gewinn- und Verlustrechnung vor.[22] Das rudimentäre Berechnungsschema für die Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage wird in *Tabelle 1* dargelegt.

Formal ist das Berechnungsschema des RLV für die Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage mit der deutschen Einnahmenüberschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG vergleichbar.[23] Materiell handelt es sich bei der GKB allerdings nicht um eine echte, am Zu- und Abflussprinzip orientierte Geldrechnung (*Cash-Flow*-Besteuerung).[24] Vielmehr werden Erträge und Aufwendungen zum Zeitpunkt ihrer Realisierung erfasst, sodass eine Periodisierung der Ein- und Auszahlungen im Sinne des Realisationsprinzips erfolgt.[25] Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Erfassung von betrieblichen Einnahmen und Ausgaben entspricht der Ansatz der GKB daher eher dem bilanzorientierten Betriebsvermögensvergleich als der Einnahmenüberschussrechnung.[26]

	Steuerbemessungsgrundlage nach Art. 7 RLV
	Erträge
–	steuerfreie Erträge
–	abziehbare Aufwendungen
–	sonstige abziehbare Posten (insbesondere Abschreibungen)
=	steuerpflichtiger Gewinn

Tabelle 1: Gewinnermittlung nach GKB

Im Rahmen des Betriebsvermögensvergleichs nach den §§ 4 Abs. 1, 5 EStG werden zur Veränderung des Eigenkapitals die (Privat-)Entnahmen wieder hinzugefügt und (Privat-)Einlagen abgezogen. Im Ergebnis verbleiben ausschließlich die betrieblich veranlassten Veränderungen des Eigenkapitals. Bei der Gewinnermittlung nach GKB hingegen wird in Art. 7 RLV auf die Begriffe des Ertrags und der abziehbaren Aufwendungen abgestellt. Diese erfassen – im Gegensatz zu der im Rahmen einer *Cash-Flow*-Besteuerung verwendeten Terminologie der Einnahmen und Ausgaben – nur Geschäftsvorfälle, die sich auf das Betriebsvermögen des Unternehmens auswirken (erfolgswirksame Geschäftsvorfälle).[27] Dementsprechend spiegeln die Erträge und abziehbaren Aufwendungen die Veränderung des Betriebsvermögens wider. Die stromorientierte GuV-Methode nach GKB sollte daher zum materiell gleichen Ergebnis führen wie der Bestandsvermögensvergleich nach HGB und IFRS.[28] Die Unter-

16 Vgl. Europäische Kommission (FN 5), S. 5.

17 Vgl. zur historischen Entwicklung in Deutschland *Freidank/Velte*, StuW 2010, 185.

18 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Herzig/Kuhr*, StuW 2011, 305 (306); *Oestreicher/Scheffler/Spengel/Finke/Heckemeyer/Kimpel/Köstler/Vorndamme*, StuW 2014, 326 (328); *Evers/Köstler/Meier/Nicolay/Scheffler/Spengel*, StuW 2015, 359.

19 Eine formelle IFRS-Maßgeblichkeit ist für die steuerliche Gewinnermittlung nach h.M. ungeeignet. Vgl. z.B. *Schreiber*, StuW 2002, 105 (106 f.); *Breithecker/Klapdor/Rokitta*, StuW 2007, 145 (159 f.); *Herzig*, IAS, IFRS und steuerliche Gewinnermittlung, 2004, S. 34; *Kahle/Dahlke/Schulz*, StuW 2008, 266; *Weber-Grellet*, DB 2010, 2298 (2303).

20 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Spengel/Ortmann-Babel/Zinn/Matenaer*, WTJ 2012, 185.

21 Vgl. Arbeitsgruppe GKKB, Zusammenfassender Bericht über die Sitzung der Arbeitsgruppe Einheitliche Konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage vom 12. September 2006 in Brüssel, CCCTB/WP/045/de, Rn. 14.

22 Vgl. Arbeitsgruppe GKKB, GKKB: mögliche Elemente der technischen Ausgestaltung, Sitzung vom Donnerstag, den 27. September 2007 und Freitag, den 28. September 2007, Arbeitsunterlage, CCCTB/WP057/doc/de, S. 8.

23 Vgl. *Scheffler/Köstler*, ZEW Discussion Paper No. 14-044 2014, 5.

24 Die Cash Flow-Besteuerung wurde von der Arbeitsgruppe GKKB der EU-Kommission bereits in der ersten Arbeitsunterlage verworfen, weil sich durch eine reine Geldrechnung nach Ansicht der Arbeitsgruppe keine korrekte zeitliche Zuordnung von Ausgaben und Einnahmen gewährleisten ließe und Manipulationsmöglichkeiten entständen; vgl. Arbeitsgruppe GKKB, Allgemeine Besteuerungsgrundsätze, Sitzung am Dienstag, den 23.11.2004, Arbeitsunterlage, CCCTB/WP/001/Rev1/doc/de, S. 7). *Evers et. al.* plädieren hingegen aus Gründen der Objektivität für eine stärkere Anknüpfung der Steuerbemessung an Zahlungen. Vgl. *Evers/Köstler/Meier/Nicolay/Scheffler/Spengel*, StuW 2015, 359 ff.

25 Vgl. Art. 6 Abs. 1, Art. 15, Art. 16 und Art. 17 RLV.

26 Vgl. *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, 13 (15); *Förster/Krauß*, IStR 2011, 607 (608).

27 Vgl. *Jakob*, Einkommensteuer, 4. Aufl. 2008, S. 259.

28 Vgl. Arbeitsgruppe GKKB, Bisherige Fortschritte und künftiges Programm für die GKKB, Sitzung vom 12.12.2006 und 13.12.2006, Arbeitsunterlage, CCCTB/WP/046/doc/de, Rn. 13. Allerdings ist in diesem Kontext darauf hinzuweisen, dass die Gesamterfolgsrechnung nach IFRS auch erfolgsneutrale Transaktionen im sog. sonstigen Ergebnis (*Other Comprehensive Income*) abbildet, die nicht in der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung vorgesehen sind. Teilweise wirken sich diese Transaktionen im Zeitablauf auch nicht erfolgswirksam aus (kein „Recycling“).

schiede bei einem Übergang von der Bilanz- auf die GuV-Methode wären daher überwiegend technischer Art.[29]

b) Gewinnermittlungsprinzipien

In Art. 6 RLV werden die steuerlichen Gewinnermittlungsprinzipien für die GKB angeführt. Hierzu zählen das Realisations-, Einzelerfassungs-, Stetigkeits- sowie das Stichtagsprinzip. Diese Gewinnermittlungsprinzipien bilden den Kern des Steuersystems der GKB und grenzen dieses von den Gewinnermittlungssystemen des deutschen Handels- und Steuerrechts sowie den IFRS ab. Der zentrale Grundsatz für die Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage ist das *Realisationsprinzip*, wonach Gewinne und Verluste erst bei ihrer Realisierung erfasst werden dürfen (Art. 6 Nr. 1 RLV). Das Realisationsprinzip steht im Einklang mit dem sich von einer reinen Zahlungsorientierung abwendenden GuV-Ansatz des RLV und grenzt die Gewinnermittlung von der *Cash Flow*-Besteuerung auf der einen Seite und dem *True and Fair View*-Prinzip auf der anderen Seite ab.[30] Allerdings kann eine Durchbrechung des Realisationsprinzips durch das Vorsichtsprinzip motiviert werden. Wenngleich das Vorsichtsprinzip im RLV nicht explizit erwähnt wird, müssen drohende Verluste teilweise bereits vor ihrer Realisation nach dem Imparitätsprinzip als Ausfluss des Vorsichtsprinzips berücksichtigt werden.[31] Allerdings stellt das Vorsichtsprinzip kein allgemeingültiges Prinzip für die Gewinnermittlung im Sinne des Art. 6 RLV dar. Vielmehr bilden Einzelregelungen nach dem Vorsichtsprinzip, wie beispielsweise zur Bildung von Rückstellungen (Art. 23 RLV), zu außergewöhnlichen Wertminderungen (Art. 39 RLV) oder zur Bewertung von Vorräten zum Niederstwertprinzip (Art. 27 Nr. 2 RLV) Ausnahmen des Realisationsprinzips. Das Vorsichtsprinzip stellt somit nach dem RLV eine Unterkategorie des Realisationsprinzips dar.[32] Neben einer fallweisen Beachtung des Vorsichtsprinzips werden auf der anderen Seite auch Konstellationen der vorzeitigen Gewinnerfassung berücksichtigt, die im Widerspruch zum Vorsichtsprinzip stehen, wie z.B. die Anwendung der *Percentage of completion*-Methode bei langfristigen Fertigungsaufträgen (Art. 22 RLV) oder die Marktbewertung von Finanzanlagen und finanziellen Verbindlichkeiten, die zu Handelszwecken gehandelt werden (Art. 20 Nr. 1 lit. d) RLV).

Auch im deutschen Bilanzsteuerrecht bildet das Realisationsprinzip die Grundlage der steuerlichen Gewinnermittlung.[33] Nach der sog. Gleichstellungs- bzw. Teilhaberthese[34] wurde die Notwendigkeit einer strengen Auslegung des Realisationsprinzips analog zum Handelsrecht für die steuerliche Gewinnermittlung traditionell begründet. Die Möglichkeit einer Einheitsbilanzierung wurde de facto infolge des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG)[35] aus dem Jahre 2009 und den steigenden Abweichungen zwischen Handels- und Steuerrecht aufgegeben.[36] Dennoch wird das Realisationsprinzip gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 4 HS. 2 HGB aus dem gläubigerschützenden Vorsichtsprinzip abgeleitet und ist weiterhin über § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG auch für die steuerliche Gewinnermittlung maßgeblich.[37] Da das Vorsichtsprinzip nach dem RLV nur fallweise gilt, wird das Realisationsprinzip im Vergleich zum deutschen Bilanzsteuerrecht tendenziell weniger streng ausgelegt.[38] Gleiches gilt für die Konstellationen der vorzeitigen Gewinnerfassung, da nach deutschem Handels- und Steuerrecht Gewinne aus langfristigen Fertigungsaufträgen grds. erst zum Zeitpunkt der Fer-

29 Vgl. *Scheffler*, Besteuerung von Unternehmen, Bd. II: Steuerbilanz, 6. Aufl. 2010, S. 11 f.

30 Während nach dem Realisationsprinzip Gewinne und Verluste erst bei ihrer Realisierung erfasst werden, sind diese nach dem *True and Fair View*-Prinzip, welches insbesondere bei der Bilanzierung nach IFRS eine wichtige Rolle spielt, aufgrund des *Fair Value*-Ansatzes regelmäßig auch dann zu berücksichtigen, wenn keine Realisation in Form einer Transaktion vorliegt (beispielsweise IAS 16.31); vgl. *Herzig/Kuhr*, StuW 2011, 305 (309); *Kahle/Schulz*, StuB 2011, 296 (297); *Eggert*, Die Gewinnermittlung nach dem Richtlinienvorschlag über eine Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, 2015, S. 101.

31 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, 13 (16).

32 So auch *Eggert* (FN 30), S. 103; aA ist *Marx*, der den Standpunkt vertritt, das Realisationsprinzip sei allgemein dem Vorsichtsprinzip unterzuordnen (*Marx*, DStZ 2011, 547 (550)).

33 Vgl. *Spengel/Zöllkau*, Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An International Comparison, 2012, S. 25.

34 Nach der von *Döllerer* entwickelten Gleichstellungs- bzw. Teilhaberthese ist der Fiskus als stiller Teilhaber anzusehen und steht deshalb den Gesellschaftern eines Unternehmens gleich. Vgl. *Döllerer*, BB 1971, 1333; zur verfassungsrechtlichen Legitimation *Schön*, StuW 1995, 366 (377); gegen die Teilhaberthese *Wagner*, BB 2002, 1885; *Lenz*, Grundsätze steuerlicher Gewinnermittlung unter dem Einfluss der IAS/IFRS, 2008, S. 73 ff.; *Lauth*, DStR 2000, 1365 (1367).

35 Vgl. Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) vom 25.5.2009, BGBl. I, S. 1102.

36 Vgl. *Herzig/Schäperclaus/Briesemeister*, DB 2011, 1 ff.; *Weber-Grellet*, ZRP 2008, 146 (147); *Hennrichs*, in: Seer/Hey/Montag/Englisch/Hennrichs, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, S. 485 (505); *Theile/Hartmann*, DStR 2008, 2031; aA. *Meurer*, FR 2009, 117 (119). Auch für die GKB kommt wegen der Ausgestaltung als eigenständiges Gewinnermittlungskonzept eine Bezugnahme auf die Gleichstellungs- bzw. Teilhaberthese nicht in Betracht. Vielmehr muss das Realisationsprinzip aus der Konzeption der GKB heraus eigenständig entwickelt werden. Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Herzig/Kuhr*, StuW 2011, 305 (309).

37 Vgl. *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, Blümich, EStG § 5 Rz. 241 m.w.N.

38 Das Vorsichtsprinzip wird in § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB ausdrücklich genannt und ist als GoB anerkannt. Über § 5 Abs. 1 EStG gilt das Vorsichtsprinzip zwar grds. ebenso für das Steuerbilanzrecht, allerdings wurde die Gültigkeit des Vorsichtsprinzips für die Steuerbilanz durch die Steuergesetzgebung und die steuerrechtliche Rechtsprechung in der Vergangenheit aus fiskalpolitischen Gründen stark eingeschränkt. So ist beispielsweise die Bildung von Rückstellungen nur unter den Einschränkungen in § 6 Abs. 1 Nr. 3a EStG möglich und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften nach § 5 Abs. 4a EStG untersagt. Auch die Teilwertabschreibung in § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG und § 8b Abs. 3 KStG ist nur eingeschränkt möglich. Vgl. *Winkeljohann/Büssow*, in: Grottel/Schmidt/Schubert/Winkeljohann, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 10. Aufl. HGB § 252, Rn. 29 f.

tigstellung und Abnahme des Endprodukts berücksichtigt werden (*Completed Contract*-Methode).[39] Dies gilt ebenso für die *Fair Value*-Bewertung oberhalb der Anschaffungs- und Herstellungskosten, die im Handels- und Steuerrecht auf Finanzinstrumente des Handelsbestands abzüglich eines Risikoabschlags bei Kreditinstituten[40] beschränkt ist.

Die IFRS-Rechnungslegung hingegen zielt gemäß ihrer vorrangigen Informationsfunktion nach der bilanzstatischen Auffassung auf eine möglichst umfassende Vermögensdarstellung ab, sodass das Vorsichtsprinzip (*Prudence*) nachrangig ist und im aktualisierten Rahmenkonzept aus dem Jahr 2010 ersatzlos gestrichen wurde.[41] Zwar lebt der Grundsatz der Vorsicht in einzelnen Standards in bestimmten Ausprägungen weiter,[42] jedoch wird das Vorsichtsprinzip lediglich als ein „gewisses Maß an Sorgfalt bei der Ermessensausübung"[43] aufgefasst, sodass hieraus zwar die Notwendigkeit der Anwendung einer angemessenen Sorgfalt bei Schätzungen, nicht aber eine im Grundsatz imparitätische Gewinnermittlung folgt.[44] Ferner sind nach den IFRS bei der langfristigen Fertigung die Auftragserlöse und -kosten ebenfalls nach der *Percentage of Completion*-Methode entsprechend ihrem Leistungsfortschritt zu bilanzieren (IFRS 15.39). Finanzielle Vermögenswerte werden nach IFRS 9 in Abhängigkeit von (a) dem Geschäftsmodell des Unternehmens zur Steuerung der finanziellen Vermögenswerte sowie (b) der Ausgestaltung der vertraglich vereinbarten Zahlungsströme entweder „zu fortgeführten Anschaffungskosten" (*Amortised Cost*), zum beizulegenden Zeitwert (erfolgswirksam) (*Fair Value through profit or loss*) oder zum beizulegenden Zeitwert (erfolgsneutral) (*Fair Value through other comprehensive income*) bilanziert (IFRS 9.4.1.1).[45] Sofern das dem finanziellen Vermögenswert zugrunde liegende Geschäftsmodell das Halten des Vermögenswertes zur Vereinnahmung der vertraglichen Zahlungsströme vorsieht und der finanzielle Vermögenswert lediglich vertragliche Zahlungsströme aufweist, die ungehebelte Zins- und Tilgungszahlungen darstellen, erfolgt eine Bilanzierung zu fortgeführten Anschaffungskosten (IFRS 9.4.1.2). Sieht das Geschäftsmodell hingegen sowohl das Halten von finanziellen Vermögenswerten als auch deren Verkauf vor und stellen die vertraglich vereinbarten Zahlungsströme lediglich ungehebelte Zins- und Tilgungszahlungen dar, ist der finanzielle Vermögenswert mit seinem beizulegenden Zeitwert unter Erfassung von Wertänderungen im sonstigen Ergebnis anzusetzen (IFRS 9.4.1.2A). Finanzielle Vermögenswerte, die keiner der beiden Bewertungsklassen zugeordnet werden können, sind erfolgswirksam zum Fair Value zu bewerten (IFRS 9.4.1.4). Folglich sind Derivate und Eigenkapitalinstrumente stets zum beizulegenden Zeitwert (erfolgswirksam) zu bewerten, da kein Anspruch auf Zins- und Tilgungszahlungen besteht.[46] In einer Gesamtschau wird das Realisationsprinzip im RLV strenger als nach IFRS und moderater als nach deutschem Handels- und Steuerrecht ausgelegt.[47]

Neben dem Realisationsprinzip bildet das *Prinzip der Einzelerfassung* ein zentrales Gewinnermittlungsprinzip, nach dem Transaktionen und Steuertatbestände einzeln zu ermitteln sind (Art. 6 Nr. 2 RLV). Die Gewinnermittlungskonzeption nach dem RLV ist erkennbar an eine Vermögens- und Erfolgsrechnung angelehnt, bei der die einzelnen Wirtschaftsgüter auf der Aktiv- und die Rückstellungen und Verbindlichkeiten auf der Passivseite sowie Erträge und Aufwendungen jeweils einzeln berücksichtigt werden.[48] Das Einzelerfassungsprinzip geht auf den Grundsatz der Vorsicht zurück und dient der Beschränkung des subjektiven Ermessens von Unternehmen bei der Wertermittlung.[49] Es unterbindet die Gesamtbewertung von Bilanzbeständen und trägt zur Objektivierung der Gewinner-

39 Unter restriktiven Voraussetzungen ist in der handels- und steuerrechtlichen Rechnungslegung neben der Completed Contract-Methode auch eine Teilgewinnrealisierung durch qualifizierte Teilabnahmen anerkannt. Darüber hinaus hat der BFH in seinem Urteil v. 14.5.2014 bei Werkverträgen von Ingenieuren und Architekten als „lex specialis" aufgrund der Existenz einer Gebührenordnung (HOAI) eine Teilgewinnrealisierung durch kalkulatorische Teilabrechnungen ohne Abnahmepflicht vorgeschrieben, womit das Realisationsprinzip bei Werkverträgen weiter zurückgedrängt wird. Nachdem das BMF die Reichweite des BFH-Urteils in seinem Schreiben v. 29.6.2015 auf sämtliche Werkverträge i.S.d. § 631 BGB ausgedehnt hatte, wurde dieses mit dem Schreiben v. 15.3.2016 wieder aufgehoben und die Reichweite auf Abschlagszahlungen nach § 8 Absatz 2 HOAI aF begrenzt. Vgl. BFH v. 14.5.2014, BStBl. II 2014, 968; BMF v. 15.3.2016 – IV C 6 – S 2130/15/10001, DOK 2016/0228209; BMF v. 29.6.2015 – IV C 6 – S 2130/15/10001, BStBl. I 2015, 542 sowie ausführlich zur Gewinnrealisierung bei langfristigen Werkverträgen *Velte/Stawinoga*, StuW 2016, 118.

40 Vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2b EStG i.V.m. §§ 340, 340e Abs. 3 und 4 HGB, wobei im Handelsrecht die Besonderheit gilt, dass in jedem Geschäftsjahr mindestens 10 % der Nettoerträge des Handelsbestands einem Sonderposten „Fonds für allgemeine Bankrisiken" zugeführt werden müssen. Vgl. *Böcking/Morawietz/Torabian*, in: Schmidt, MüKoHGB, 3. Aufl. Rz. 55–58. Eine „Fair Value"-Bewertung des sog. Planvermögens analog zu § 246 Abs. 2 Satz 2 HGB wird im RLV dagegen nicht angesprochen.

41 Vgl. Conceptual Framework 2010 BC3.27.

42 Ausdrücklich erwähnt wird das Vorsichtsprinzip in IAS 8.10(b)(iv) für die Wahl einer Rechnungslegungsmethode beim Fehlen eines Standards. Darüber hinaus ist das Vorsichtsprinzip weiterhin implizit in diversen Regelungen enthalten. Vgl. hierzu *Wawrzinek/Lübbig*, in: Driesch/Riese/Schlüter/Senger, Beck-IFRS-HB, 5. Aufl. § 2 Rz. 90.

43 Rahmenkonzept für die Aufstellung und Darstellung von Abschlüssen in der von der Kommission der Europäischen Gemeinschaft im November 2003 veröffentlichten Fassung, Rz. 37.

44 Vgl. *Wawrzinek/Lübbig* (FN 42), § 2 Rz. 92 ff.

45 Vgl. zur Einführung der neuen Bewertungsklasse *Eckes/Gehrer/Schüz*, IRZ 2013, 59 ff.

46 Für Eigenkapitalinstrumente, die nicht zu Handelszwecken gehalten werden, besteht allerdings im Zeitpunkt des erstmaligen Ansatzes ein unwiderrufliches Wahlrecht für eine Zuordnung zur Bewertungsklasse des beizulegenden Zeitwertes (erfolgsneutral) (IFRS 9.5.7.5). Abweichend von dieser Bewertungsklasse zuzuordnenden Fremdkapitalinstrumenten, die bei Wertminderung oder Abgang ergebniswirksam gebucht werden, berühren Fair Value-Änderungen dieser Eigenkapitalinstrumente die GuV nicht. Vgl. hierzu auch *Gehrer/Krakuhn/Schüz*, IRZ 2014, 385 ff.

47 So auch analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Herzig/Kuhr*, StuW 2011, 305 (309).

48 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Marx*, DStZ 2011, 547 (552).

49 Vgl. *Ballwieser*, in: Schmidt, MüKoHGB, 3. Aufl. HGB § 252, Rz. 18 ff.

mittlung bei, da nur schwer nachvollziehbare Kombinations- und Verbundeffekte vermieden werden.[50] Eine bedeutsame Durchbrechung des Grundsatzes der Einzelerfassung stellt nach dem RLV die Poolabschreibung für materielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens mit einer Nutzungsdauer von weniger als 8 Jahren dar.[51] Diese Wirtschaftsgüter werden in einen Sammelposten eingestellt und gemeinsam abgeschrieben (Art. 37 Nr. 1 RLV). Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus Art. 19 Nr. 2 RLV für austauschbare Vorräte und unfertige Erzeugnisse, deren Kosten nach dem *First-in-First-out*-Verfahren, dem *Last-in-First-out*-Verfahren oder der gewichteten Durchschnittsmethode ermittelt werden können. Ferner sind Gewinne und Verluste aus Sicherungsinstrumenten analog zu den entsprechenden Gewinnen und Verlusten aus dem Grundgeschäft zu behandeln (Art. 26 RLV). Im deutschen Handels- und Steuerrecht gilt für die Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden ebenfalls das Einzelerfassungsprinzip nach § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB und § 6 Abs. 1 EStG.[52] Durchbrechungen sind in begründeten (§ 252 Abs. 2 HGB) sowie in explizit geregelten Ausnahmefällen zulässig. Unter Letztere fallen insbesondere Sammelbewertungsverfahren,[53] die eine vereinfachte Bewertung ermöglichen sowie die Bildung von Bewertungseinheiten bei der Bilanzierung von Sicherungsbeziehungen (§ 254 HGB).[54] Darüber hinaus ist nach § 6 Abs. 2a Satz 1 EStG die Bildung eines Sammelpostens für geringwertige Wirtschaftsgüter (GWG) möglich. Im Rahmen der IFRS wird das Einzelerfassungsprinzip zwar nicht explizit vorgegeben, es lässt sich aber aus den Rahmenvorschriften und einzelnen Standards ableiten,[55] sodass der Grundsatz der Einzelerfassung Allgemeingültigkeit besitzt, soweit keine explizite Ausnahmeregelung besteht oder die Aussagefähigkeit des Jahresabschlusses beeinträchtigt wird.[56] Ausnahmeregelungen bestehen analog zum Handels- und Steuerrecht insbesondere aus Vereinfachungsgründen im Bereich der Forderungs- und Vorratsbewertung sowie bei der Bilanzierung von Grund- und Sicherungsgeschäften.[57] IFRS-spezifisch ist allerdings, dass im Rahmen des Werthaltigkeits-(*Impairment*-)Tests nach IAS 36 beim derivativen Geschäfts- oder Firmenwert (Goodwill) und Corporate Assets nicht auf einzelne Vermögensgegenstände, sondern auf zahlungsmittelgenerierende Einheiten (*Cash Generating Units)* abgestellt wird.[58] Dies stellt eine zentrale Einschränkung des Einzelbewertungsgrundsatzes zugunsten der Gesamtbewertung dar, sodass das Einzelerfassungsprinzip nach IFRS im Vergleich zum RLV sowie HGB und EStG am weitesten ausgelegt wird.

Neben dem Realisations- und Einzelerfassungsprinzip wird das *Prinzip der Stetigkeit* in Art. 6 Nr. 3 RLV als spezifisches Gewinnermittlungsprinzip genannt. Dieses besagt, dass die Berechnung der Steuerbemessungsgrundlage auf einheitliche Weise erfolgen muss, „sofern nicht außergewöhnliche Umstände ein anderes Vorgehen rechtfertigen". Auch nach deutschem Bilanz(steuer)recht sowie IFRS ergibt sich das Erfordernis von vergleichbaren Informationen aus dem Rechenschafts- bzw. dem Informationszweck und ist Voraussetzung für eine aussagekräftige Rechnungslegung.[59] Die Normen des Handelsrechts sehen in diesem Zusammenhang eine im Zeitablauf und auf vergleichbare Posten bezogene Ansatz- (§ 246 Abs. 3 HGB), Bewertungs- (§ 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB), und Gliederungsmethodenstetigkeit (§ 265 Abs. 1 Satz 1 HGB) vor.[60] Die materielle Bilanzkontinuität gilt ebenso für die Steuerbilanz.[61] Im Rahmen der IFRS ist der Stetigkeitsgrundsatz für die Art der Darstellung (IAS 1.45) sowie für die Anwendung von Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden (IAS 8.13) zu befolgen. Wie nach dem RLV sind in Ausnahmefällen sowohl nach deutschem Recht als auch nach IFRS situative Durchbrechungen der Stetigkeit gestattet, bedürfen aber einer besonderen sachlichen Rechtfertigung und Erläuterung im Anhang.[62]

Schließlich ist nach dem *Stichtagsprinzip* in Art. 6 Nr. 4 RLV die Steuerbemessungsgrundlage für jedes

50 Das Einzelerfassungsprinzip steht somit im Gegensatz zu einer Gesamtbewertung mithilfe von Ertragswert- oder Discounted Cash Flow-Verfahren, bei der Verbundeffekte berücksichtigt werden. Vgl. *Ballwieser* (FN 49), HGB § 252, Rz. 19.

51 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, 13 (16).

52 Auf Rechnungsabgrenzungsposten und Sonderposten (wie latente Steuern) bezieht sich das Einzelerfassungsprinzip hingegen nicht. Vgl. *Ballwieser* (FN 49), HGB § 252, Rn. 18.

53 Zulässige Ausnahmen sind die Festbewertung (§ 240 Abs. 3 HGB), die Gruppenbewertung (§ 240 Abs. 4 HGB, R 6.8 Abs. 4 EStR 2012) und die Durchschnittsbewertung (R 6.8 Abs. 3 Satz 3 EStR 2012). Vgl. *Böcking/Gros*, in: Joost/Strohn, EBJS, 3. Aufl. HGB § 252 Rz. 23.

54 Zu weiteren Durchbrechungen des Grundsatzes der Einzelbewertung vgl. *Winkeljohann/Büssow* (FN 38), HGB § 252 Rz. 26.

55 Vgl. u.a. CF.4.44 und CF.4.46 des IFRS-Rahmenkonzepts, die mit ihrem Bezug auf die Kosten bzw. den Wert des Vermögenswerts und den Erfüllungsbetrag der Schuld auf eine Einzelbewertung hinweisen. Darüber hinaus wird das Einzelerfassungsprinzip z.B. bei der außerplanmäßigen Abschreibung („Einzelwertberichtigungen") von Vorräten gemäß IAS 2.29 explizit vorgegeben. Vgl. *Ballwieser* (FN 49), HGB § 252, Rn. 31; *Wawrzinek/Lübbig* (FN 42), § 2, Rz. 108 f.

56 Vgl. *Wawrzinek/Lübbig* (FN 42), § 2 Rz. 108 m.w.N.

57 So ist für die Bilanzierung von Vorräten das Standardkostenverfahren (IAS 2.21), die retrograde Methode (IAS 2.22) sowie der gewogene Durchschnitt und das Fifo-Verfahren (IAS 2.25-27) vorgesehen. Vgl. *Küting/Eichenlaub*, BB 2011, 1195 (1197).

58 Die zahlungsmittelgenerierende Einheit wird definiert als „kleinste identifizierbare Gruppe von Vermögenswerten, die Mittelzuflüsse erzeugen, die weitestgehend unabhängig von den Mittelzuflüssen anderer Vermögenswerte oder anderer Gruppen von Vermögenswerten sind" (IAS 36.6). Sofern sich ein Wertminderungsbedarf ergibt, ist dieser auf die einzelnen Vermögenswerte der zahlungsmittelgenerierende Einheit zu verteilen. Siehe ausführlich Kapitel II.2.b.

59 Vgl. *Velte*, StuW 2014, 240.

60 Ausführlich *Hennrichs*, Wahlrechte im Bilanzierungsrecht der Kapitalgesellschaften, Habil., 1999, S. 251 ff.; *Kalabuch*, Der Stetigkeitsgrundsatz in der Einzelbilanz nach Handels- und Ertragsteuerrecht, 1994; *Rümmele*, Die Bedeutung der Bewertungsstetigkeit für die Bilanzierung, 1991.

61 Siehe *Hennrichs* (FN 36), Rz. 87.

62 Vgl. *Ballwieser* (FN 49), HGB § 246, Rz. 161 f.; *Driesch*, in: Driesch/Riese/Schlüter/Senger, Beck-IFRS-HB, 5. Aufl. § 45; Rz. 11.

Steuerjahr zu ermitteln. Dabei kann das Steuerjahr vom Kalenderjahr abweichen. Das Stichtagsprinzip ist die logische Konsequenz des Abschlusskonzepts, den Totalerfolg der Unternehmen auf Teilperioden aufzuteilen und ist daher ein wesentlicher Grundsatz für die Rechnungslegung über eine durch das Steuerjahr bestimmte Rechnungsperiode.[63] Allerdings wird das Prinzip im RLV durch den Einbezug künftiger Ereignisse, wie z.B. Preis- und Kostensteigerungen und damit verbundener Erhöhungen von Rückstellungen, durchbrochen.[64] Auch nach Handels- und Steuerrecht sowie den IFRS ist ein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschafts- bzw. Steuerjahr möglich.[65] Während das Stichtagsprinzip für das deutsche Bilanzrecht in § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB ausdrücklich genannt wird und nach §§ 6 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1 EStG auch für die steuerrechtliche Gewinnermittlung maßgebend ist, ergibt sich dieses in der internationalen Rechnungslegung aus IAS 10 und wird durch Einzelfallregelungen[66] ergänzt. Aufgrund der Durchbrechungen wird das Stichtagsprinzip im RLV analog zum Handelsrecht und den IFRS weniger streng ausgelegt als im Steuerrecht, in dem eine entsprechende Berücksichtigung künftiger Ereignisse bei Rückstellungen explizit untersagt ist.[67]

2. Abschreibung und Wertaufholung

a) Planmäßige Abschreibungen

Die Abschreibung von Anlagevermögen führt nach Art. 10 RLV zu einem sonstigen abziehbaren Posten. Nicht abschreibungsfähig sind Wirtschaftsgüter, die keinem Werteverlust durch Verschleiß oder Alterung unterliegen, z.B. Grundstücke, Kunstgegenstände, Antiquitäten und Juwelen sowie Wirtschaftsgüter des Finanzanlagevermögens (Art. 38 RLV). Die Anschaffungs-, Herstellungs-, und Verbesserungskosten für nicht abschreibungsfähige Wirtschaftsgüter können daher erst in dem Jahr ihrer Veräußerung von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden (Art. 18 RLV). Bei den verbleibenden abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens muss für Zwecke der planmäßigen Abschreibung zwischen einzeln abschreibungsfähigen Wirtschaftsgütern (Art. 33 RLV) und allen anderen abschreibungsfähigen Wirtschaftsgütern unterschieden werden, welche in einen Sammelposten einzustellen und gemeinsam abzuschreiben sind (Art. 37 RLV). Unter die auf Einzelbasis abzuschreibenden Wirtschaftsgüter fallen Gebäude sowie langlebige, mittellebige und immaterielle Sachanlagen (Art. 33 Nr. 1 RLV). Als langlebige Sachanlagen werden Anlagen mit einer Nutzungsdauer von mindestens 15 Jahren bezeichnet, z.B. Gebäude, Flugzeuge und Schiffe (Art. 4 Abs. 22 RLV). Mittellebige Sachanlagen sind Wirtschaftsgüter mit einer Nutzungsdauer von mindestens acht Jahren und weniger als 15 Jahren. Von den möglichen Abschreibungsmethoden ist nach dem RLV ausschließlich die lineare Abschreibung zugelassen. Ferner ist die Abschreibungsdauer bei Gebäuden sowie anderen unbeweglichen Vermögenswerten auf 40 Jahre fixiert. Eine Ausnahme bilden Industriegebäude und -strukturen, die über 25 Jahre abzuschreiben sind. Für andere langlebige Sachanlagen gilt ein Abschreibungszeitraum von 15 Jahren sowie für mittellebige Sachanlagen von 8 Jahren. Immaterielle Wirtschaftsgüter werden über den Zeitraum abgeschrieben, für den das Wirtschaftsgut Rechtsschutz genießt bzw. das Recht gewährt wurde. Kann dieser Zeitraum (wie zum Beispiel beim derivativen Goodwill) nicht bestimmt werden, sind auch immaterielle Wirtschaftsgüter pauschal über 15 Jahre abzuschreiben. Bei gebrauchten einzeln abschreibungsfähigen Wirtschaftsgütern ist anstelle eines fixen Zeitraums die tatsächlich kürzere verbleibende Nutzungsdauer zugrunde zu legen, sofern der Steuerpflichtige dies nachweist (Art. 33 Nr. 2 RLV).[68] Darüber hinaus ist generell im Jahr des Zugangs oder der Ingebrauchnahme eine Abschreibung für das volle Jahr vorzunehmen, während im Jahr der Veräußerung eine Abschreibung zu unterbleiben hat (Art. 34 Nr. 1 RLV).

Einen grundlegend neuartigen Ansatz verfolgt der RLV bei der Behandlung beweglicher abnutzbarer Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens mit einer Nutzungsdauer von weniger als 8 Jahren. Diese Wirtschaftsgüter werden in einen Sammelposten eingestellt, der jährlich mit 25 % abgeschrieben wird (Art. 37 Nr. 1 RLV). Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs wird voraussichtlich ein erheblicher Teil der materiellen Wirtschaftsgüter in diesen Sammelposten fallen.[69] Der Wert des Sammelpostens ist kontinuierlich fortzuschreiben. Hierzu sind dem Ausgangswert die Anschaffungs-, Herstellungs- und Verbesserungskosten neu in den Sammelposten aufgenommener Wirtschaftsgüter hinzuzufügen und die Erlöse aus der Veräußerung von dem Sammelposten zugehörigen Wirtschaftsgütern bzw. Ausgleichszahlungen für den Verlust oder die Zerstörung abzuziehen (Art. 37 Nr. 2 RLV). Folglich entspricht die Abschreibungsbasis zum Ende des Steuerjahres jeweils dem um die Hinzurechnungen und Kürzungen modifizierten Wert des vorangegangenen Steuerjahres (bei Gründung null).[70] Sinkt die Abschreibungsbasis aufgrund dieser Modifikationen auf einen Wert unter null (beispielsweise durch hohe Veräußerungserlöse), wird die Abschreibungsbasis auf null gesetzt und die negative Differenz erfolgswirksam ausgeglichen (Art. 37 Nr. 3 RLV). Aufgrund der jährlichen Neubestimmung des Sammelpostens erfolgt die

63 Vgl. *Winkeljohann/Büssow* (FN 38), HGB § 252, Rn. 27.

64 Vgl. Art. 23 Nr. 2 lit. c) RLV.

65 Vgl. § 242 Abs. 1 S. 1 HGB, § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EStG, IAS 1.36.

66 Vgl. z.B. IAS 1.72, IAS 1.74 und IAS 1.76.

67 Vgl. ausführlich Kapitel II.3.b.

68 Wie ein derartiger Nachweis im Einzelnen aussehen könnte, ist unklar. Definiert werden gebrauchte Wirtschaftsgüter in Art. 4 Nr. 24 RLV als „Anlagevermögen mit einer beim Erwerb teilweise abgelaufenen Nutzungsdauer, die im derzeitigen Zustand oder nach einer Reparatur weiter verwendet werden können". Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Kahle/Schulz*, StuB 2011, 296 (299).

69 Dies ist u.a. auch für Pkw der Fall, da die deutsche Finanzverwaltung für diese von einer Nutzungsdauer von 6 Jahren ausgeht. Vgl. Bundesministerium der Finanzen, AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter („AV"), vom: 15.12.2000, IVD2-S1551-188/00, in: BStBl. I 2000, S. 1532 unter Personenkraftwagen.

70 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Kahle/Dahlke/Schulz*, Ubg 2011, 491 (495).

Abschreibung unendlich geometrisch degressiv.[71] Die durchschnittliche Kapitalbindungsdauer durch die Poolabschreibung beträgt vier Jahre.[72] Dies entspricht einer durchschnittlichen Kapitalbindungsdauer durch eine lineare Abschreibung von Wirtschaftsgütern mit einer Nutzungsdauer von sieben Jahren.[73]

Im deutschen Handelsrecht richtet sich die planmäßige Abschreibung nach der betriebsindividuellen Nutzungsdauer des Vermögensgegenstandes (§ 253 Abs. 3 Satz 2 HGB). Abschreibungsbasis ist die Differenz aus den Anschaffungs- oder Herstellungskosten und dem voraussichtlichen Restwert (Veräußerungs- oder Schrottwert) am Ende der Nutzungsdauer.[74] Als Abschreibungsmethoden kommen sowohl die lineare als auch die degressive sowie die Leistungsabschreibung in Betracht.[75] Der derivative Goodwill gilt gem. § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB als zeitlich begrenzt nutzbarer Vermögensgegenstand und ist planmäßig über die zu erwartende Nutzungsdauer, bzw. sofern diese nicht zuverlässig bestimmbar ist, über 10 Jahre abzuschreiben (§ 253 Abs. 3 Satz 4 HGB). Nach deutschem Steuerrecht ist die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer zu schätzen.[76] Als Hilfsmittel zur Schätzung dienen die AfA-Tabellen des BMF[77], die nach der Finanzrechtsprechung zunächst die Vermutung der Richtigkeit für sich beanspruchen können, da sie ein „zusammengefasstes Fachwissen zur durchschnittlichen betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von Wirtschaftsgütern enthalten"[78] und das Ergebnis umfassender praktischer Erfahrungen sind.[79] Für die Gerichte sind die AfA-Tabellen allerdings nicht bindend.[80] Bezüglich des derivativen Goodwill ergeben sich keine Unterschiede zum RLV, da die Abschreibungsdauer nach § 7 Abs. 1 Satz 3 EStG ebenfalls 15 Jahre beträgt. Ebenso verhält es sich mit der im RLV vorgesehenen Beschränkung der Abschreibungsmethoden auf die lineare Abschreibung. Auch nach deutschem Bilanzsteuerrecht ist aktuell weder eine degressive Abschreibung für derzeit erworbene bewegliche Wirtschaftsgüter (§ 7 Abs. 2 und 3 EStG) noch eine Abschreibung in fallenden Staffelsätzen für derzeit erworbene Gebäude (§ 7 Abs. 5 EStG) zulässig.[81] Allerdings ist für bewegliche Wirtschaftsgüter neben der linearen Abschreibung auch eine leistungsabhängige AfA zulässig, sofern der Umfang der auf das einzelne Jahre entfallenden Leistung nachgewiesen werden kann (§ 7 Abs. 1 Satz 6 EStG).

Hinsichtlich der planmäßigen Abschreibung bilden die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten sowohl nach dem RLV als auch nach dem deutschen Handels- und Steuerrecht den Ausgangspunkt. In diesem Kontext weisen die IFRS für das Sachanlagevermögen und das immaterielle Anlagevermögen nach IAS 16.29 bzw. IAS 38.72. einen zentralen Unterschied auf. Neben der Anwendung des Anschaffungs- oder Herstellungskostenmodells besteht die Möglichkeit einer erfolgsneutralen Neubewertung zum (höheren) beizulegenden Zeitwert (Fair Value).[82] Weder die Abschreibungsmethode noch die Nutzungsdauer einzelner Vermögenswerte werden dabei fest vorgegeben. Nach IAS 16.62 kommen sowohl die lineare als auch die degressive und die leistungsabhängige Abschreibungsmethode in Betracht. Dem Unternehmen obliegt es, diejenige Methode zu wählen, die den erwarteten Verlauf des Verbrauchs des künftigen wirtschaftlichen Nutzens des Vermögenswertes bestmöglich widerspiegelt.[83] Die Nutzungsdauern der einzelnen Vermögenswerte sind vom Unternehmen unter Berücksichtigung der voraussichtlich zu erwarteten Nutzung, des physischen Verschleißes, technischer Überholung und rechtlicher Nutzungsbeschränkungen zu schätzen.[84] Bei Anwendung des Neubewertungsmodells werden die Vermögenswerte nach ihrer erstmaligen Bewertung anlässlich ihres Zugangs mit ihrem zum Zeitpunkt der Neubewertung beizulegenden Zeitwert abzüglich der nachfolgenden planmäßigen Abschreibungen sowie ggf. angefallenen außerplanmäßigen Abschreibungen bewertet.[85] Die Gewinnauswirkung unrealisierter Wertsteigerungen über die ursprünglichen Zugangswerte wird durch die erfolgsneutrale Berücksichtigung im sonstigen Ergebnis (*Other*

71 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, 13 (19).

72 Durchschnittliche Kapitalbindungsdauer $= \frac{1}{Abschreibungssatz(p.a.)} = \frac{1}{0.25} = 4$; Vgl. *Oestreicher/Spengel*, Steuerliche Abschreibung und Standortattraktivität, 2003, S. 81 f.; *Spengel*, Europäische Steuerbelastungsvergleiche: Deutschland – Frankreich – Großbritannien, 1995, S. 89; *Voß*, RIW 2006, 610 (616).

73 Kapitalbindungsdauer $= \frac{Nutzungsdauer+1}{2} = \frac{7+1}{2} = 4$; Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Scheffler/Köstler*, DStR 2013, 2190 (2193).

74 Vgl. *Schubert/Andrejewski/Roscher*, in: Grottel/Schmidt/Schubert/Winkeljohann, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 10. Aufl. HGB § 253 Rz. 223.

75 Vgl. ausführlich *Schubert/Andrejewski/Roscher* (FN 74), HGB § 253 Rz. 228–247.

76 Vgl. *Hennrichs* (FN 36), Rz. 304.

77 Vgl. insbesondere Bundesministerium der Finanzen, AfA-Tabelle für den Wirtschaftszweig „Hochsee-, Küsten- und Binnenschifffahrt", vom 16.09.1992, IVA7-S1551-103/92, in: BStBl. I 1992, S. 570, 1992 und Bundesministerium der Finanzen (FN 69).

78 FG Schleswig-Holstein EFG 1980, 174; FG Niedersachsen 9 K 98/14 v. 9.7.2014, BB 2014, 2226.

79 Vgl. BFH I R 74/08 v. 29.4.2009, BStBl. II 2009, 899; *Hommel*, BB 2001, 247 (248).

80 Vgl. BFH VI R 82/89 v. 26.07.1991, BStBl. II 1992, 1000; IV R 46/09 v. 14.4.2011, BStBl. II 2011, 696; IV R 8/10 v. 14.04.2011, BStBl. II 2011, 709.

81 Die degressive Abschreibung wurde zwar durch das UntStRefG 2008 für nach dem 1.1.2008 angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter abgeschafft, aber durch das Gesetz vom 21.12.2008 (BGBl. I 2008, 2896) mit dem Ziel einer Konjunkturbelebung auf zwei Jahre befristet für nach dem 31.12.2008 und vor dem 1.1.2011 angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter mit einem Höchstsatz von 25 % wieder eingeführt. Für nach dem 1.1.2011 angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter ist die degressive Abschreibung in der Steuerbilanz nicht mehr zulässig. Vgl. *Hennrichs* (FN 36), Rz. 312.

82 IAS 16.3, IAS 38.74.

83 IAS 16.62, IAS 38.97; Bei immateriellen Vermögenswerten ist im Zweifel auf die lineare Abschreibungsmethode zurückzugreifen.

84 IAS 16.56; Für immaterielle Vermögenswerte (IAS 38.90) wird bei Schätzung der voraussichtlichen Nutzungsdauer mehr Gewicht auf unternehmensexterne Faktoren gelegt, da diese Vermögenswerte in der Regel größeren Wertrisiken unterliegen.

85 IAS 16.31, IAS 38.75.

Comprehensive Income) und die Einstellung der Wertsteigerung in eine Neubewertungsrücklage verhindert.[86] Der derivativ erworbene GoF ist nach IFRS nicht planmäßig abzuschreiben, sondern regelmäßigen Wertminderungstests nach IAS 36 zu unterziehen (*Impairment Only Approach*).[87]

b) Außergewöhnliche Wertminderungen und Wertaufholung

Unternehmen können nach Art. 39 Nr. 1 RLV bei nicht abschreibungsfähigen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens eine außergewöhnliche Wertminderung vornehmen, wenn sie nachweisen, dass ein Wertverlust aufgrund von höherer Gewalt oder krimineller Aktivität durch Dritte eingetreten ist. Ausgenommen sind Wirtschaftsgüter, deren Veräußerungserlöse steuerfrei sind (Art. 39 Nr. 1 Satz 2 RLV)[88] und planmäßig abschreibbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens (unabhängig davon, ob sie im Rahmen der Poolabschreibung des Sammelpostens oder einzeln abgeschrieben werden). Wertminderungen dieser Wirtschaftsgüter können erst gewinnmindernd berücksichtigt werden, wenn das Wirtschaftsgut dem Betrieb beispielsweise wegen vollständiger Zerstörung nicht mehr zur Verfügung steht, sodass das Wirtschaftsgut unfreiwillig aus dem Betriebsvermögen des Unternehmens ausscheidet. Das unfreiwillige Ausscheiden steht einer freiwilligen Veräußerung gleich und hat zur Folge, dass der steuerliche Wert des Wirtschaftsguts[89] von der Bemessungsgrundlage abzuziehen ist (Art. 34 Nr. 2 RLV). Für Vorräte und unfertige Erzeugnisse ist eine Bewertung zum niedrigeren Wert aus Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten und Nettoveräußerungswert angezeigt, der sich aus dem geschätzten Verkaufspreis bei normalem Geschäftsverlauf abzüglich der geschätzten Kosten für Fertigstellung und Verkauf ergibt (Art. 27 Nr. 2 RLV).

Die Einschränkung der außergewöhnlichen Wertminderungen im Bereich des Anlagevermögens auf nicht abschreibungsfähige Wirtschaftsgüter und eine Verursachung des Wertverlustes durch höhere Gewalt oder kriminelle Aktivitäten von Dritten stellt eine zentrale Abweichung vom deutschen Bilanz(steuer)recht und den IFRS dar, die eine derartige Abschreibung grundsätzlich für *alle* Wirtschaftsgüter des Anlage- und Umlaufvermögens und *unabhängig* von einer bestimmten Wertminderungsursache zulassen. Handelsrechtlich ist bei Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens im Falle einer voraussichtlich dauernden Wertminderung eine außerplanmäßige Abschreibung auf den niedrigeren beizulegenden Wert vorzunehmen (§ 253 Abs. 3 Satz 5 HGB). Wie der beizulegende Wert zu ermitteln ist, ist gesetzlich nicht geregelt. Aufgrund des Fortführungsprinzips (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) ist aber grds. davon auszugehen, dass das Anlagegut weiterhin genutzt wird, weshalb auf die Verhältnisse am Beschaffungsmarkt (Käufersicht) abzustellen ist.[90] Als Hilfswert wird regelmäßig der Wiederbeschaffungswert herangezogen, der als akzeptabler Kompromiss zwischen Imparitätsprinzip und Objektivierungserfordernissen gilt.[91] Bei Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens ist nach dem strengen Niederstwertprinzips eine Abschreibung auf den niedrigeren Börsen- oder Marktpreis unabhängig von der Dauer der Wertminderung vorgeschrieben (§ 253 Abs. 4 Satz 1 HGB).[92] Kann auf keinen aktiven Markt zurückgegriffen werden, ist ebenfalls auf den niedrigeren beizulegenden Wert abzuschreiben (§ 253 Abs. 4 Satz 2HGB).[93] Für die Ermittlung des niedrigeren beizulegenden Werts kann bei Umlaufgütern im Sinne einer verlustfreien Bewertung nur der Absatzmarkt relevant sein (Verkäufersicht),[94] weshalb hier auf die erzielbaren Veräußerungspreise abzustellen ist.[95] Nach deutschem Steuerrecht steht den Unternehmen dagegen die Teilwertabschreibung (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und Nr. 2 Satz 2 EStG) sowie die Absetzung für außergewöhnliche technische oder wirtschaftliche Abnutzung (§ 7 Abs. 1 Satz 7 EStG) zur Verfügung, für die bei voraussichtlich dauernder Wertminderung im Unterschied zum Handelsrecht ein Wahlrecht und bei voraussichtlich vorübergehender Wertminderung ein Verbot zur Abschreibung besteht.[96] Der steuerlich maßgebliche Teilwert ist der Betrag, den ein hypothetischer Erwerber unter der Prämisse der Fortführung des Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG).[97]

Nach den IFRS ist eine außerplanmäßige Wertminderung vorzunehmen, wenn der erzielbare Betrag eines Vermögenswertes unterhalb der (fortgeführten) Anschaffungs- oder Herstellungskosten (Buchwert) liegt. Der erzielbare Betrag leitet sich aus dem höheren Betrag aus beizulegendem Zeitwert abzüglich Veräußerungskosten und dem Nutzungswert (IAS 36.74) ab. Der Nutzungswert ist definiert als der Barwert der ge-

86 IAS 16.39, IAS 38.85.

87 Vgl. hierzu *Velte*, StuW 2010, 93; *Senger/Brune*, in: Driesch/Riese/Schlüter/Senger, Beck-IFRS-HB, 5. Aufl. § 34 Rz. 238.

88 Hierunter fallen insbesondere Anteile an Kapitalgesellschaften; vgl. *Lenz/Rautenstrauch*, DB 2011, 726 (728).

89 Als steuerlicher Wert eines Wirtschaftsguts wird die Abschreibungsbasis abzüglich der gesamten bis zu diesem Zeitpunkt abgezogenen Abschreibungsbeträge bezeichnet (Art. 4 Abs. 17 RLV).

90 Vgl. *Schubert/Andrejewski/Roscher* (FN 74), HGB 253 Rz. 308.

91 Vgl. *Böcking/Gros* (FN 53), HGB § 253 Rz. 90.

92 Bei Finanzanlagen können außerplanmäßige Abschreibungen gem. § 253 Abs. 3 S. 6 HGB auch bei voraussichtlich nicht dauernder Wertminderung vorgenommen werden.

93 Zum Wertmaßstab des beizulegenden Zeitwerts ausführlich *Velte/Haaker*, StuW 2012, 56 (62).

94 Vgl. *Ballwieser* (FN 49), HGB § 253 Rz. 57.

95 Eine Ausnahme bilden Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, die meist nur einen unwesentlichen Teil des Fertigerzeugnisses ausmachen und relativ absatzfern sind, sodass in diesen Fällen die Abschreibung auf gesunkene Wiederbeschaffungspreise zur Anwendung kommt. Vgl. *Ballwieser* (FN 49), HGB § 253 Rz. 59.

96 Vgl. *Kulosa*, in: Weber-Grellet/Heinicke/Schmidt, Einkommensteuergesetz, 33. Aufl. § 6 Rn. 361, § 7 Rn. 126.

97 Der Problematik einer Vermischung der Werte der einzelnen Wirtschaftsgüter mit dem Goodwill durch den Begriff des Teilwertes wird in der Praxis mit der Teilwertvermutung begegnet, die letztlich ebenfalls zu einem Rückgriff auf die Wiederbeschaffungswerte führt; vgl. zur Ermittlung des Teilwerts das neue Schreiben des BMF IV C 6 - S 2171-b/09/10002 :002 („Teilwerterlass") vom 2.9.2016 Rz. 3 sowie ausführlich zur wertmäßigen Bandbreite des Teilwerts *Velte*, StuW 2016, 33 (34 ff.).

schätzten künftigen Cashflows, die aus der fortgesetzten Nutzung des Vermögenswerts und seinem Abgang am Ende der Nutzungsdauer resultieren (IAS 36.6). Da den einzelnen Vermögenswerten künftige Cash Flows häufig nicht unabhängig von anderen Vermögenswerten des Unternehmens zugeordnet werden können, ist für den Wertminderungstest ggf. nicht auf die einzelnen Vermögenswerte sondern auf die zahlungsmittelgenerierende Einheit (*Cash Generating Unit*) abzustellen.[98] Die Unternehmen müssen an jedem Abschlussstichtag überprüfen, ob in- und externe Indikatoren für eine Wertminderung der Vermögenswerte bestehen. Damit spielt die Abgrenzung zwischen vorübergehender und dauerhafter Wertminderung keine Rolle. Liegen Anhaltspunkte für eine Wertminderung vor, ist der Wertminderungstest durchzuführen und der erzielbare Betrag für den betroffenen Vermögenswert bzw. der zahlungsmittelgenerierenden Einheit zu bestimmen (IAS 36.9). Bei immateriellen Vermögenswerten mit unbegrenzter Nutzungsdauer (wie z.B. dem derivativen Goodwill) ist ein Wertminderungstest dagegen jährlich sowie zusätzlich bei Anzeichen für eine Wertminderung durchzuführen (38.108).[99] Für Vorräte gilt dagegen analog zum RLV das Niederstwertprinzip aus Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten und Nettoveräußerungswert (IAS 2.9).

Die Regelung des Art. 39 RLV für die außergewöhnliche Wertminderung des Anlagevermögens lässt zunächst offen, auf welchen Verlustmaßstab abgestellt werden soll. Die allgemeine Bewertungsvorschrift in Art. 22 Nr. 1 RLV sieht allerdings vor, dass auf den Marktwert abzustellen ist, wenn es an einer monetären Gegenleistung fehlt.[100] Da im Fall der außergewöhnlichen Wertminderungen keine Gegenleistung vorliegt, müsste auch hier auf den Marktwert und damit auf den (allgemein gültigen, einzelveräußerungsorientierten) gemeinen Wert und nicht den (betriebsindividuellen, subjektiven) Teilwert abgestellt werden.[101] Kommt es nach der außergewöhnlichen Wertminderung im Zeitablauf zu einer Wertsteigerung, so ist eine Zuschreibung bis zu den ursprünglich fortgeführten Anschaffungs- und Herstellungskosten vorzunehmen (Art. 41 Nr. 2 RLV). Gleiches gilt grds. auch für Wertaufholungen nach Bilanz(steuer)recht und den IFRS.[102] Eine Ausnahme bilden allerdings Wertaufholungen im Zusammenhang mit dem derivativen Geschäfts- oder Firmenwert,[103] da keine entsprechende Ausnahmeregelung im RLV vorliegt.

3. Rückstellungen

a) Ansatz

Der Begriff der Rückstellungen wird im RLV nicht gesondert definiert. Nach Art. 23 RLV sind die Voraussetzungen für die Bildung einer Rückstellung allerdings erfüllt, wenn am Ende eines Steuerjahres feststeht, „dass der Steuerpflichtige aufgrund von Tätigkeiten oder Transaktionen im laufenden oder in vorherigen Steuerjahren eine rechtliche Verpflichtung hat oder voraussichtlich haben wird" und die endgültige Zahlung des Betrags, der zuverlässig geschätzt werden kann, eine abziehbare Aufwendung darstellt. Genaue Vorgaben hinsichtlich einer Mindestwahrscheinlichkeit für die Inanspruchnahme der Rückstellungen erfolgen allerdings nicht. Der gewählte Wortlaut, nach dem Rückstellungen für Rechtsverpflichtungen, die das Unternehmen „voraussichtlich haben wird", zu bilden sind, spricht jedoch dafür, dass die Wahrscheinlichkeit des Entstehens größer als die Wahrscheinlichkeit des Nichtentstehens sein muss (sog. „50+"-Regel). Im Gegensatz zu den Verbindlichkeiten, bei denen es auf die wirtschaftliche Verpflichtung ankommt,[104] sollen ausschließlich rechtliche Verpflichtungen eine Rückstellungsbildung veranlassen. Damit sind Aufwandsrückstellungen, die eine betriebswirtschaftliche Verpflichtung des Unternehmens gegen sich selbst darstellen, ausgeschlossen.[105] Ebenso von einer Rückstellungspassivierung ausgenommen sind rein wirtschaftliche Vermögensbelastungen, z.B. Kulanzrückstellungen, die nicht auf einer zu erwartenden Rechtsverpflichtung beruhen.[106] Schließlich sieht der RLV ein ausdrückliches Ansatzverbot für Drohverlustrückstellungen sowie Rückstellungen für künftige Kostensteigerungen vor (Art. 23 Nr. 3 lit. a) RLV). Die Beschränkung des Rückstellungsansatzes im RLV auf rechtliche Verpflichtungen stellt eine vergleichsweise enge Betrachtungsweise dar. Sowohl nach deutschem Bilanz-(steuer)recht als auch nach IFRS sind Rückstellungen unabhängig davon zu bilden, ob es sich um eine rechtliche oder faktische Verpflichtung handelt.[107] Nach deutschem Recht sind darüber hinaus auch im begrenzten Umfang Aufwandsrückstellungen (Rückstellungen für unterlassene Instandhaltungen, die im folgenden Geschäftsjahr innerhalb von drei Monaten nachgeholt werden; Rückstellungen für Abraumbeseitigungen, die im folgenden Geschäftsjahr nachgeholt werden; § 249 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 HGB i.V.m. § 5 Abs. 1

98 Vgl. *Scharfenberg*, in: Driesch/Riese/Schlüter/Senger, Beck-IFRS-HB, 5. Aufl., § 5 Rz. 161 ff.

99 *Ramscheid*, in: Driesch/Riese/Schlüter/Senger, Beck-IFRS-HB, 5. Aufl. § 4 Rz. 114.

100 Vgl. Art. 22 Nr. 1 lit. b), c) und d) RLV.

101 Zu diesem Ergebnis kommen im Hinblick auf den vorangegangenen RLV 2011 auch *Grangl/Petutschnig*, SWI 2011, 483 (501).

102 Vgl. § 253 Abs. 5 Satz 1 HGB, § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4, Nr. 2 Satz 3 EStG sowie IAS 38.109-123. Wertobergrenze für die Wertaufholung nach IFRS ist bei der Bewertung zu fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten der niedrigere Wert aus fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten und dem erzielbaren Betrag und bei der Bewertung nach dem Neubewertungsmodell der niedrigere Wert aus dem Neubewertungsbetrag und dem erzielbaren Betrag.

103 Diese sind weder nach deutschem Handelsrecht noch nach den IFRS zulässig. Vgl. § 253 Abs. 5 Satz 2 HGB, IAS 36.124. Steuerlich ist eine Wertaufholung nach vorangegangener Teilwertabschreibung in Anwendung von § 248 Abs. 2 i.V.m § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG bzw. von § 5 Abs. 2 EStG nur vorzunehmen, wenn der (weiterhin) niedrigere Teilwert bei isolierter Beurteilung eines derivativen GoF nicht nachgewiesen werden kann. Vgl. *Schubert/Andrejewski/Roscher* (FN 74), HGB § 253 Rz. 676 m.w.N.

104 In Art. 17 RLV wird dem Wortlaut nach nicht auf die rechtliche Verpflichtung abgestellt.

105 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Kahle/Dahlke/Schulz*, Ubg 2011, 491 (496).

106 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, 13 (21 f.).

107 § 249 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 HGB und IAS 37.14 (a).

Satz 1 EStG) zu bilden.[108] Im Rahmen der IFRS ist ein Ansatz von Aufwandsrückstellungen dagegen grds. nicht möglich (IAS 37.20).[109] Das im RLV vorgesehene Ansatzverbot für Drohverlustrückstellungen erfolgt im Einklang mit § 5 Abs. 4a EStG und dem geltenden Steuerrecht der meisten EU-Mitgliedstaaten.[110] Handelsrechtlich sowie nach IFRS sind Rückstellungen für drohende Verluste dagegen passivierungspflichtig (§ 249 Abs. 1 Satz 1 HGB; IAS 37.66).

b) Bewertung

Die Bewertung von Rückstellungen wird in Art. 23 Nr. 2 RLV explizit vorgeschrieben. Dies erfolgt allerdings nicht mittels der Vorgabe eines allgemeinen Wertmaßstabs, sondern durch die Konkretisierung einzelner Berechnungselemente.[111] Grundsätzlich soll die Bewertung von Rückstellungen auf dem Erfüllungsbetrag basieren, der nach zuverlässiger Schätzung erforderlich ist, um die vorliegende Verpflichtung am Ende des Steuerjahres zu erfüllen. Dabei sind alle „relevanten Faktoren einschließlich Erfahrungswerten der Gesellschaft, Gruppe oder Branche" einzubeziehen (Art. 23 Nr. 2 Satz 1 RLV). Die einzelnen Berechnungselemente, die für die Bewertung von Rückstellungen vorgegeben werden, finden sich in Art. 23 Nr. 2 lit. a) bis d) RLV. In lit. a) wird dargestellt, dass zwar allen Risiken und Unabwägbarkeiten Rechnung zu tragen ist, dies jedoch nicht zur Bildung überhöhter Rückstellungen führen darf. Nach lit. b) sind Rückstellungen mit einer Laufzeit von mehr als zwölf Monaten zu dem von der Europäischen Zentralbank bekannt gegebenen durchschnittlichen jährlichen *Euro Interbank Offered Rate* (EURIBOR)-Zinssatz[112] für Schuldtitel mit einer Restlaufzeit von zwölf Monaten abzuzinsen, sofern für die Rückstellung nicht ein anderer spezifischer Abzinsungssatz vereinbart wurde. Die Abzinsung mit dem kurzfristigen Zinssatz ist dabei unabhängig von der tatsächlichen Laufzeit der Verpflichtung. Darüber hinaus ist auf den im Zahlungszeitpunkt zu erwartenden Erfüllungsbetrag abzustellen. Zwar gilt grundsätzlich auch im Rahmen der GKB das Stichtagsprinzip, nach welchem die Bewertung der Rückstellungen auf der Grundlage der am Abschlussstichtag verfügbaren Informationen zu erfolgen hat.[113] Gemäß lit. c) sind jedoch künftige Ereignisse zu berücksichtigen, sofern „ihr Eintreten vernünftigerweise erwartet werden kann". Demnach sind auch zukünftige Preis- und Kostensteigerungen bei der Rückstellungsbildung zu berücksichtigen. In Art. 23 Nr. 3 lit. b) RLV wurde jedoch ein explizites Abzugsverbot für künftige Kostensteigerungen eingefügt. Es ist fraglich, inwieweit dieses Abzugsverbot auch als Einbeziehungsverbot von künftigen Preis- und Kostensteigerungen bei der Rückstellungsbewertung zu verstehen ist. In lit. d) sieht der RLV vor, dass künftige Vorteile, die unmittelbar mit dem Ereignis der Rückstellungsbildung zusammenhängen, ebenfalls zu berücksichtigen sind. Schließlich ist die Bewertung der Rückstellungen gem. Art. 23 Nr. 1 Satz 3 RLV am Ende jedes Steuerjahres zu überprüfen und ggf. zu berichtigen. Insoweit gilt das Imparitätsprinzip. Hat sich die zu erwartende Belastung erhöht, ist unabhängig von der Dauer der Rückstellungswert zu erhöhen.[114] Sinkt die zu erwartende Belastung wieder auf einen geringeren Wert, ist eine entsprechende Abwertung der Rückstellung (Ertragsverrechnung) vorzunehmen.

Nach deutschem Handelsrecht sind Rückstellungen „in Höhe des nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrags" zu bewerten (§ 253 Abs. 1 Satz 2 HGB). Erfüllungsbetrag ist der Betrag, den der Schuldner voraussichtlich zur Erfüllung der Verpflichtung aufbringen muss.[115] Es gilt das Höchstwertprinzip, weshalb spätere Entwicklungen, die zu einem höheren Erfüllungsbetrag führen, unabhängig davon berücksichtigt werden müssen, ob sie voraussichtlich vorübergehend oder dauerhafter Natur sind. Im Bilanzsteuerrecht ist die Bewertung von Rückstellungen zu Anschaffungskosten oder dem höheren Teilwert vorzunehmen (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, Nr. 2 EStG). Hat sich die zu erwartende Belastung erhöht, ist eine Anpassung der Rückstellungen und die damit vorweggenommene Verrechnung von Aufwendungen lediglich bei Vorliegen einer voraussichtlich dauerhaften Belastungserhöhung zulässig.[116] Analog zu Art. 23 Nr. 2 lit. a) RLV sind bei gleichartigen Verpflichtungen die Erfahrungen des Unternehmens aus der Vergangenheit sowie ggf. die Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit, dass die Verpflichtungen nur

108 Handelsrechtlich ist es darüber hinaus im Rahmen des Komponentenansatzes nach IDW RH HFA 1.016 zulässig, planmäßige Abschreibungen von wesentlichen physisch separierbaren Komponenten eines Vermögensgegenstands innerhalb eines Abschreibungsplans gesondert zu ermitteln. Vgl. *Husemann*, Wpg 2010, 507; aA *Herzig/Briesemeister/Joisten/Vossel*, Wpg 2010, 561. Für die steuerliche Gewinnermittlung ist der Komponentenansatz aufgrund des Konzepts des einheitlichen Nutzungs- und Funktionszusammenhangs dagegen nicht möglich (BFH IV R 46/09 v. 14.4.2011, BStBl II 2011, 696).

109 Eine Ausnahme von der nach IAS 37.20 grundsätzlich notwendigen Außenverpflichtung bilden Restrukturierungsrückstellungen nach IAS 37.70 ff.; vgl. *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg*, Haufe IFRS-Kommentar, 12. Aufl. 2014, § 21, Rn. 26. Darüber hinaus ist der Komponentenansatz nach IFRS vorgeschrieben, wenn der Vermögenswert aus Komponenten mit unterschiedlichen Nutzungsdauern besteht, die regelmäßig und ggf. mehrmals während der Gesamtnutzungsdauer eines Vermögenswerts ausgetauscht werden (IAS 16.13) und jede Komponente einen signifikanten Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten ausmacht (IAS 16.43).

110 Vgl. kritisch zu den Durchbrechungen des Maßgeblichkeitsprinzips bei der Rückstellungsbildung und -bewertung *Velte*, StuW 2013, 197; zur Lage in den EU-Mitgliedstaaten vgl. *Spengel/Ortmann-Babel/Zinn/Matenaer*, WTJ 2012, 185 (195 f.).

111 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, 13 (22).

112 Die EURIBOR bezeichnet ein im Rahmen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion in Kraft getretenes System von Referenzzinssätzen im Euromarkt. Vgl. hierzu z.B. *Bausch/Wittmann*, WM 2014, 494.

113 Vgl. zum Stichtagsprinzip vorstehend Kapitel II.1.b.

114 So auch analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Scheffler/Krebs*, DStR 2011, 13 (22).

115 Vgl. *Schubert*, in: Grottel/Schmidt/Schubert/Winkeljohann, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 10. Aufl. HGB § 253 Rz. 51.

116 Vgl. *Schubert* (FN 115), HGB § 253 Rz. 52.

zum Teil erfüllt werden muss, einzubeziehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 3a lit. a) EStG). Eine bedeutsame Abweichung vom Handels- und Steuerrecht stellt die Abzinsung von Rückstellungen nach Art. 23 lit. b) RLV dar. Nach deutschem Steuerrecht ist zwar eine Abzinsung von Rückstellungen mit einer Laufzeit von mindestens zwölf Monaten vorgesehen, allerdings mit einem festen Diskontierungsfaktor von 5,5 % (§ 6 Abs. 3a lit. e) EStG).[117] Handelsrechtlich ist für die Abzinsung der Rückstellungen auf den der Restlaufzeit entsprechenden durchschnittlichen Marktzinssatz abzustellen, der monatlich von der Deutschen Bundesbank bekannt gegeben wird und sich im Falle von Rückstellungen für Altersversorgungsverpflichtungen aus den vergangenen zehn Geschäftsjahren und im Falle sonstiger Rückstellungen aus den vergangenen sieben Geschäftsjahren ergibt (§ 253 Abs. 2 Satz 1, 4 HGB).[118] Darüber hinaus müssen seit dem BilMoG künftige Ereignisse, wie Lohn und Gehaltssteigerungen, bei der Rückstellungsbewertung einbezogen werden.[119] In der Steuerbilanz wird dagegen ausdrücklich auf die Preisverhältnisse am Abschlussstichtag abgestellt (§ 6 Abs. 1 Nr. 3a lit. f) EStG). Die Regelung des Art. 23 Nr. 2 lit. d) RLV, nach der künftige Vorteile im Zusammenhang mit der Rückstellungsbildung wertmindernd zu berücksichtigen sind, ist prinzipiell mit der Vorschrift in § 6 Abs. 1 Nr. 3a lit. c) EStG und der handelsrechtlichen „Nettobilanzierung" von Ersatz- oder Rückgriffsansprüchen gegen Dritte vergleichbar.[120]

Nach IFRS ist für den Rückstellungsbetrag die bestmögliche Schätzung der zur Erfüllung der Verpflichtung erforderlichen Ausgaben vorzunehmen. Dabei sind Risiken und Unsicherheiten so zu berücksichtigen, dass eine Bildung stiller Rücklagen durch die willkürliche Überbewertung der Rückstellungen unterbleibt (IAS 37.36-44). Hat die Abzinsung einen wesentlichen Effekt auf die Höhe der Verpflichtung, sieht IAS 37.45 einen Barwertansatz für Rückstellungen vor. Dies ist für Rückstellungen insbesondere dann der Fall, wenn der Erfüllungszeitpunkt nicht vor Ablauf eines Jahrs nach dem Bilanzstichtag zu erwarten ist.[121] Hierfür ist der Zinssatz vor Steuern zu ermitteln, der die aktuellen Markterwartungen im Hinblick auf den Zinseffekt sowie die für die Schuld spezifischen Risiken widerspiegelt (IAS 37.47).[122] Künftige Ereignisse sind zu berücksichtigen, „sofern es ausreichend objektive substanzielle Hinweise auf deren Eintritt gibt" (IAS 37.48). Die Regelung des Art. 23 Nr. 2 lit. c) RLV ist damit offenbar stark an die IFRS angelehnt, was dafür sprechen könnte, dass künftige Preis- und Kostensteigerungen bei der Rückstellungsbewertung nicht unter das Abzugsverbot des Art. 23 Nr. 3 lit. b) RLV fallen sollen.[123] Künftige Vorteile werden nur in Form von Erstattungen berücksichtigt, wenn zu erwarten ist („so gut wie sicher"), dass die zur Erfüllung einer zurückgestellten Verpflichtung erforderlichen Ausgaben von Dritten zurückgezahlt werden (IAS 37.53). Die Erstattung ist dann allerdings nicht mit der Rückstellung zu saldieren, sondern wird als separater Vermögenswert bilanziert. Schließlich ist die Bilanzierung der Rückstellungen zu jedem Abschlussstichtag zu prüfen und ggf. anzupassen (IAS 37.59).

4. Zusammenfassung des Rechtsvergleichs

Die nachfolgende Tabelle 2 zeigt die wichtigsten Unterschiede der rechtsvergleichenden Analyse zwischen RLV, deutschem Handels- und Steuerrecht sowie den IFRS auf.

III. Kritische Würdigung des EU-Richtlinienvorschlags

1. Verzicht auf die Steuerbilanz

Methodisch setzt die Gewinnermittlung nach dem RLV weder eine eigenständige noch eine abgeleitete Steuerbilanz voraus, sondern fordert lediglich die GuV ein. Allerdings wird auf Ebene der einzelnen Gewinnermittlungsvorschriften deutlich, dass dennoch eine periodenübergreifende Dokumentation zusätzlicher Rechnungslegungsinformationen erforderlich ist.[124] Die über die Wirtschaftsgüter, Schulden und Rechnungsabgrenzungsposten zu führenden vollständigen Register lassen sich in der Gesamtschau zu einer „Schat-

117 Eine Sonderregelung gilt für Pensionsrückstellungen, die mit einem festen Diskontierungsfaktor von 6 % abzuzinsen sind (§ 6a Abs. 3 Satz 3 EStG).

118 Zudem besteht ein Wahlrecht, Rückstellungen für Altersversorgungsverpflichtungen oder vergleichbare langfristig fällige Verpflichtungen pauschal mit dem durchschnittlichen Marktzinssatz abzuzinsen, der sich bei einer angenommenen Restlaufzeit von 15 Jahren ergibt (§ 253 Abs. 2 Satz 2 HGB).

119 Vgl. BT-Drs. 16/10667, 52; *Tiedchen*, in: Hennrichs/Kleindiek/Watrin, MüKoBilR, HGB § 253 Rz. 29 m.w.N.

120 Zur Netto- und Bruttobilanzierung von Ersatz- oder Rückgriffsansprüchen gegen Dritte bei der Rückstellungsbewertung vgl. ausführlich *Schubert* (FN 115), HGB § 253 Rz. 155.

121 Vgl. *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* (FN 109), § 21 Rz. 142.

122 Auf einen Zinssatz vor Steuern ist abzustellen, weil die Rückstellungen gleichfalls auf einer Vor-Steuer-Basis berechnet werden. Hinsichtlich der für die Schuld spezifischen Risiken sind die direkten schuldspezifischen Risiken (Risiken im Zusammenhang mit Bestehen und Höhe der Schuld) sowie die schuldnerspezifischen Risiken (Bonitätsrisiko) zu unterschieden. Nach Auffassung des IFRIC sind allerdings lediglich die schuldspezifischen Risiken im Zinssatz zu berücksichtigen, da das Bonitätsrisiko eher als Unternehmensrisiko denn als für eine Schuld spezifisches Risiko zu klassifizieren ist. Vgl. hierzu ausführlich *Schrimpf-Dörges*, in: Driesch/Riese/Schlüter/Senger, Beck-IFRS-HB, 5. Aufl., § 13 Rz. 75–78.

123 Zudem wäre eine Stichtagsbewertung in Form einer Nicht-Berücksichtigung künftiger Preis- und Kostensteigerungen bei der Rückstellungsbewertung in Kombination mit einer Abzinsung der Rückstellungen nach Art. 23 Nr. 2 lit. b) RLV vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips kritisch zu beurteilen. Ähnlich basierend auf dem vorangegangenen RLV 2011 *Eggert* (FN 30), S. 303 f.; aA basierend auf dem Kompromissvorschlag der irischen Ratspräsidentschaft *Scheffler/Köstler*, DStR 2013, 2190 (2194); *Eggert* (FN 30), S. 303 f.

124 So ist z.B. die Führung eines Anlagenregisters vorgeschrieben (Art. 30 RLV) und die Entwicklung des Sammelpostens (Art. 37 RLV), die Steuerbefreiung für Ersatzwirtschaftsgüter (Art. 35 RLV) sowie die Sicherungsbeziehung bei Sicherungsgeschäften (Art. 26 RLV) entsprechend zu dokumentieren. Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Marx*, DStZ 2011, 547 (550).

Sachverhalt	RLV	HGB	EStG	IFRS
Grundzüge der Gewinnermittlung	– reine GuV ohne Bilanz – Periodisierung der Ein- und Auszahlungen (Art. 6 Abs. 1, Art. 15, Art. 16 und Art. 17 RLV) – eigenständiges Gewinnermittlungskonzept (kein Maßgeblichkeitsprinzip)	– Bilanz sowie GuV	– Bilanz sowie GuV (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 5 EStG) – formelle Anknüpfung an handelsrechtliche Rechnungslegung durch Maßgeblichkeitsprinzip (§ 5 Abs. 1 Satz 1 EStG)	– Bilanz sowie GuV
Gewinnermittlungsprinzipien	– Realisations-, Einzelerfassungs-, Stetigkeits- und Stichtagsprinzip (Art. 6 Nr. 1 bis 4 RLV) – kein richtiges Rahmenkonzept für eine objektive Erfolgsermittlung	– kodifizierte und nicht kodifizierte GoB (§ 238 ff. HGB)	– Übernahme der GoB aus dem Handelsrecht durch Maßgeblichkeitsprinzip (§ 5 Abs. 1 Satz 1 EStG)	– Conceptual Framework mit allgemeinen (CF.QC4-QC39) und ergänzenden Grundsätzen (CF.4.1-4.65) sowie allgemeine Abschlussmerkmale (IAS 1.15-46)
Reichweite des Realisationsprinzips	– langfristige Fertigung: Percentage of Completion-Methode (Art. 22 RLV) – Wertpapierhandel: Bewertung der zu Handelszwecken gehaltenen Finanzanlagen* zum Marktwert (Art. 20 Nr. 1 lit. d) RLV)	– langfristige Fertigung: grds. Gewinnrealisierung bei Fertigstellung und Abnahme (grds. Completed Contract-Methode), Ausnahme: qualifizierte Teilabnahmen – Wertpapierhandel: Bewertung der von Kreditinstituten gehaltenen Finanzinstrumente mit dem beizulegenden Zeitwert abzüglich eines Risikoabschlages (§ 340e Abs. 3, 4 HGB)	– langfristige Fertigung: grds. Gewinnrealisierung bei Übergabe (Completed Contract-Methode), Ausnahme: qualifizierte Teilabnahmen – Wertpapierhandel: Bewertung der von Kreditinstituten gehaltenen Finanzinstrumente mit dem beizulegenden Zeitwert abzüglich eines Risikoabschlages (§ 6 Abs. 1 Nr. 2b EStG i.V.m. § 340 HGB)	– langfristige Fertigung: Gewinnrealisierung entsprechend dem Fertigstellungsgrad (Percentage of Completion-Methode) (IFRS 15.39) – Wertpapierhandel: Bewertung der zu Handelszwecken gehaltenen finanziellen Vermögenswerte zum beizulegenden Zeitwert (IFRS 9.4.1.2A, IFRS 9.4.1.4)
Außerplanmäßige Wertminderungen	– Im Anlagevermögen nur bei nicht abschreibungsfähigen Wirtschaftsgütern und bei Verursachung durch höhere Gewalt oder kriminelle Aktivitäten durch Dritte (Art. 39 Nr. 1 RLV)** – bei Vorräten und unfertigen Erzeugnissen unabhängig von der Wertminderungsursache (Art. 27 Nr. 2 RLV) – beizulegender Zeitwert im Anlagevermögen = Marktwert (Art. 22 Nr. 1 RLV) – beizulegender Zeitwert bei Vorräten und unfertigen Erzeugnissen = niedrigerer Wert aus Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten und Nettoveräußerungswert	– Pflicht zur außerplanmäßigen Abschreibung im Anlagevermögen bei voraussichtlich dauernder Wertminderung (und zusätzliches Abschreibungswahlrecht bei Finanzanlagen bei vorübergehender Wertminderung) – Pflicht zur außerplanmäßigen Abschreibung des Umlaufvermögens unabhängig von der Dauer der Wertminderungsursache (§ 253 Abs. 3 Satz 5 und Abs. 4 Satz 1 HGB) – beizulegender Zeitwert = Marktpreis (§ 255 Abs. 4 Satz 1 HGB)	– Wahlrecht zur Teilwertabschreibung für alle Wirtschaftsgüter des Anlage- und Umlaufvermögens bei voraussichtlich dauernder Wertminderung und Verbot bei voraussichtlich vorübergehender Wertminderung (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 und § 7 Abs. 1 Satz 7 EStG) – beizulegender Zeitwert = Teilwert (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG)	– Pflicht zur außerplanmäßigen Abschreibung für alle Vermögenswerte unabhängig von der Dauer der Wertminderung auf der Basis von in- und externen Wertminderungsindikatoren (IAS 36); außerplanmäßige Abschreibung von Vorräten nach IAS 2.9 – Impairment: Differenz zwischen Buchwert und erzielbarem Ertrag (IAS 36.6) – beizulegender Zeitwert bei Vorräten = Niederstwertprinzip aus Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten und Nettoveräußerungswert (IAS 2.9)
Ansatz von Rückstellungen	– Ansatzverbot für Aufwands-, Kulanz- oder Drohverlustrückstellungen (Art. 23 Nr. 1, 3 RLV)***	– Ansatz von Aufwands-, Kulanz- und Drohverlustrückstellungen zwingend (§ 249 Abs. 1 HGB)	– Ansatz von Aufwands- und Kulanzrückstellungen zwingend (§ 249 Abs. 1 Satz 2 HGB i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG) – Ansatzverbot für Drohverlustrückstellungen (§ 5 Abs. 4a EStG)	– Ansatz von Kulanz- (IAS 37.14 (a)) und Drohverlustrückstellungen (IAS 37.66) zwingend – Ansatzverbot für Aufwandsrückstellungen (IAS 37.20; Ausnahme: Restrukturierungsrückstellungen nach IAS 37.70 ff.)
Bewertung von Rückstellungen	– Abzinsung von Rückstellungen, sofern Laufzeit > 1 Jahr mit EURIBOR Zinssatz (Art. 23 Nr. 2 lit. b) RLV) – Einbeziehung zukünftiger Kosten- und Preissteigerungen fraglich (nach Art. 23 Nr. 2 lit. c) RLV einzubeziehen, aber möglicherweise Verbot nach Art. 23 Nr. 3 lit. b) RLV)****	– Pflicht zur Abzinsung von Rückstellungen bei Laufzeit > 1 Jahr; durchschnittlicher Marktzinssatz bei Rückstellungen für Altersversorgungsverpflichtungen/ sonstige Rückstellungen über die vergangenen 10/7 Jahre (§ 253 Abs. 2 Satz 1, 4 HGB) und Wahlrecht nach § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB – Pflicht zur Einbeziehung zukünftiger Kosten- und Preissteigerungen (§ 253 Abs. 1 Satz 2 HGB)	– Pflicht zur Abzinsung von Rückstellungen mit Laufzeit > 1 Jahr mit Festzins von 5,5 % (§ 6 Abs. 3a lit. e) EStG); Ausnahme Pensionsrückstellungen mit 6 % (§ 6a Abs. 3 Satz 3 EStG) – Verbot der Einbeziehung zukünftiger Kosten- und Preissteigerungen (§ 6 Abs. 3a lit. f) EStG)	– Pflicht zur Abzinsung von Rückstellungen mit unternehmensindividuellem Marktzins bei wesentlichem Abzinsungseffekt (IAS 37.45 ff.) – Pflicht zur Einbeziehung zukünftiger Kosten- und Preissteigerungen (IAS 37.48)

Tabelle 2: Wesentliche Unterschiede des Rechtsvergleichs zwischen RLV, Bilanz(steuer)recht und IFRS

* In Art. 20 Nr. 1 lit. d) RLV wird von „Finanzanlagevermögen" gesprochen. Allerdings ist hier von einem Übersetzungsfehler aus dem englischen Original („financial assets") auszugehen, da die zu Handelszwecken gehaltenen Finanzanlagen analog zum deutschen Recht sachlogisch nicht dem Anlagevermögen zuzuordnen sind.

** Unterschied zum RLV 2011, der eine Abschreibung unabhängig von der Ursache des Wertverlusts zulässt.

*** Unterschied zum RLV 2011, der kein Ansatzverbot für Drohverlustrückstellungen vorsieht.

**** Unterschied zum RLV 2011, der kein Abzugsverbot für künftige Kostensteigerungen vorsieht.

tenbilanz" zusammenfügen.[125] Die Auffassung der Arbeitsgruppe zur GKKB, dass die GuV-Methode einfacher als die zusätzliche Erstellung einer separaten Steuerbilanz wäre, muss daher hinterfragt werden.[126] Nach Überlegungen der Arbeitsgruppe sollte in der Praxis die Möglichkeit bestehen, dass die Unternehmen ihren Jahresabschluss an die Steuervorschriften anpassen.[127] Dazu müssten die Unternehmen jene Posten wieder hinzurechnen, die den Jahresüberschuss gemindert haben, aber für steuerliche Zwecke irrelevant sind und diejenigen Posten abziehen, die den Jahresüberschuss erhöht haben und für steuerliche Zwecke unerheblich sind. Eine solche technische Ausgestaltung wäre dann sinnvoll, wenn im Rahmen der Überleitungsrechnung nur wenige Korrekturen erforderlich sind. Wie bereits aus der vorstehenden Tabelle 2 deutlich wird, dürfte bei Ansatz- und insbesondere bei Bewertungsfragen jedoch nur selten eine vollständige Übereinstimmung zwischen den Vorschriften des RLV und den Handelsbilanzen der Unternehmen vorherrschen, weshalb in der Praxis vielfältige Hinzurechnungen und Abzüge vorgenommen werden müssten.[128] Daher wäre die Erstellung einer Bilanz und GuV zu befürworten.[129] Die Führung einer eigenständigen Steuerbilanz hätte gegenüber verschiedenen Registern zudem den Vorteil, Klarheit bezüglich der Aufzeichnungspflichten zu schaffen.[130] Nicht zuletzt wäre mit der Erfolgsermittlung durch Bilanz und GuV im Rahmen der doppelten Buchführung eine Kontrollfunktion für die rechnerische Richtigkeit des ausgewiesenen Ergebnisses gegeben. Im Vergleich zur Bilanzierung nach deutschem Handelsrecht[131] oder IFRS[132] wäre für die Steuerbilanz nach dem RLV aufgrund der Vereinfachungen und Typisierungen im Rahmen der Gewinnermittlung eine Grobstruktur der Aktiva und Passiva der Unternehmen ausreichend.[133]

2. Gewinnermittlungsprinzipien

a) Nichtexistenz eines Prinzipiensystems

Wie bereits ausgeführt, werden im RLV das Realisations-, Einzelerfassungs-, Stetigkeits- sowie das Stichtagsprinzip explizit genannt.[134] Trotz dieser kasuistischen Aufzählung mangelt es an einem geschlossenen Prinzipiensystem für die Gewinnermittlung im RLV.[135] Infolge einer fehlenden Maßgeblichkeit müssen systemtragende Besteuerungsgrundsätze und ein umfassendes Gerüst von spezifischen Prinzipien für die steuerliche Gewinnermittlung bestimmt werden, aus denen dann im Einzelnen konkrete Regelungen deduziert werden. Bislang wurden allerdings nur einzelne Strukturelemente aus den IFRS und den bilanzsteuerrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten nach dem *Best Practice*-Prinzip in den RLV übernommen.[136] Dieses *Cherry Picking*[137] wird zu Recht kritisiert, weil im Ergebnis kein kohärentes System vorliegt, welches sich zur Auslegung und Lückenschließung eignet. Darüber hinaus bleibt die Reichweite der Prinzipien ebenso unklar wie das Verhältnis bzw. die Abwägung von sich widersprechenden Prinzipien.[138] Da der RLV nicht alle möglichen Einzelfälle durch Detailregelungen aufnehmen kann, führt der Mangel an einem umfassenden Gerüst von Prinzipien zwangsläufig zu Rechtsunsicherheit und uneinheitlicher Auslegung der Gewinnermittlungsregeln in den verschiedenen Mitgliedstaaten.[139] Für die Auslegung des RLV ist in letzter Instanz der EuGH zuständig.[140] Die Herausbildung eines EU-einheitlichen Verständnisses bei wesentlichen Auslegungsfragen wird allerdings einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen.[141] Daher wird in Situationen, in denen ein Rückgriff auf die übergeordneten Prinzipien der GKB keine eindeutige Lösung liefert, ein Rückgriff auf externe

125 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Herzig*, DB 2012, 1 (2); *Kuhr*, Grundsätze europäischer Unternehmensbesteuerung, 2013, S. 73 f.

126 Arbeitsgruppe GKKB, Überblick über die wichtigsten in der vierten Sitzung der Untergruppe „Steuerbares Einkommen" (SG3) aufgetretenen Fragen, Sitzung am 12. September 2006, Arbeitsunterlage, CCCTB/WP/043/doc/de, Rn. 7.

127 Vgl. Arbeitsgruppe GKKB (FN 126), Rn. 5.

128 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Marx*, DStZ 2011, 547 (550).

129 So auch *Kuhr* (FN 125), S. 75.

130 Vgl. *Eggert* (FN 30), S. 99.

131 Handelsrechtlich werden in § 247 Abs. 1 HGB die für den Ausweis in der Bilanz grds. in Betracht kommenden Posten umrissen und für Kapitalgesellschaften sowie bestimmte Personengesellschaften durch die als lex specialis anzusehenden „ergänzenden" Vorschriften der §§ 264 ff. HGB präzisiert.

132 Für die Bilanzierung nach IFRS gibt IAS 1.54 ein Minimum an darzustellenden Bilanzposten vor.

133 Hier sei z.B. auf die Bildung eines umfangreichen Sammelpostens für nicht einzeln abschreibungsfähige Wirtschaftsgüter nach Art. 37 RLV verwiesen. Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Eggert* (FN 30), S. 99.

134 Siehe oben Kapitel II.1.b.

135 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Marx*, DStZ 2011, 547 (549); *Herzig*, DB 2012, 1 (2 f.); *Herzig*, FR 2012, 761; *Schulz*, Harmonisierung der steuerlichen Gewinnermittlung in der Europäischen Union, 2012, S. 103 f.; *Kahle/Schulz*, FR 2013, 49 (51).

136 Bereits in ihrer ersten Sitzung 2004 befand die Arbeitsgruppe GKKB, dass allgemeine Grundsätze zwar einige generelle Anregungen für die Ausgestaltung der GKB bieten würden, für deren Konzeption aber nur von „begrenztem praktischem Nutzen" seien. Die spezifischen Prinzipien für die steuerliche Rechnungslegung wären zwar von einem größeren direkten Nutzen, aber letztlich wolle man zunächst die einzelnen Strukturelemente der Gewinnermittlung entwickeln, sodass sich aus diesen im Zeitablauf „konsensfähige Grundsätze herauskristallisieren". Vgl. Arbeitsgruppe GKKB (FN 24), Rz. 36.

137 *Marx*, DStZ 2011, 547 (549) analog zum vorangegangenen RLV 2011.

138 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Marx*, DStZ 2011, 547 (550).

139 Auch in den USA hat die mit der starken Detailorientierung einhergehende hohe Komplexität der US-GAAP vermehrt zu Forderungen nach einem stärker prinzipienorientierten Rechnungslegungssystem geführt. Vgl. hierzu z.B. *Nobes*, Accounting Horizons 2005, 25.

140 Da die steuerliche Gewinnermittlung häufig Gegenstand von Streitigkeiten zwischen Finanzbehörden und Unternehmen ist und eine weitere fachgerichtliche Kompetenz des EuGH ohne eine Gerichtsreform womöglich nicht zu bewältigen wäre, ist diesbezüglich auch die Zuweisung einer entsprechenden Kompetenz für das Gericht erster Instanz der EG in Betracht zu ziehen. Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Einheitliche Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer in der Europäischen Union, S. 41.

141 Vgl. analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Hütte-*

Quellen notwendig.[142] Trotz der Ausgestaltung der GKB als autonomes Gewinnermittlungskonzept ohne formelle Anknüpfung an das nationale Gewinnermittlungsrecht der EU-Mitgliedstaaten oder die IFRS wäre eine punktuelle Heranziehung externer Quellen zur Auslegung analog zu IAS 8.10 unterhalb der Schwelle einer generellen Maßgeblichkeit möglich.[143] Aufgrund der Harmonisierungsbestrebungen kämen hierfür einerseits die IFRS und andererseits die EU-Rechnungslegungs-Richtlinie[144] in Betracht. Eine Maßgeblichkeit der IFRS für die steuerliche Gewinnermittlung ist allerdings nach h.M. aufgrund konzeptioneller Schwächen ungeeignet und kommt auch im Sinne einer „Residualmaßgeblichkeit"[145] nicht als Lösung in Betracht.[146] Ein Rückgriff auf die EU-Rechnungslegungs-Richtlinie hätte dagegen den Vorteil, dass sich steuerliche Gewinnermittlung und anerkannte, auf den Kapitalmarkt gerichtete EU-Rechnungslegungsregeln nicht in völlig verschiedene Richtungen entwickeln.[147] Darüber hinaus stände mit der EU-Rechnungslegungs-Richtlinie ein wesentlich breiteres Prinzipienfundament[148] sowie die vorhandene Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung und Konkretisierung der Gewinnermittlung zur Verfügung.[149] Aufgrund der Abstraktheit der Regelungen dürften dennoch Fälle zurückbleiben, in denen sich eine konkrete Lösung nicht ableiten lässt.[150] Zur Lösung dieser Zweifelsfälle könnte auf die sog. „delegierten Rechtsakte" zurückgegriffen werden, die es der Kommission erlauben, die Vorschriften des RLV durch weitere Regelungen in einem speziellen Verfahren zu ergänzen (Art. 66 RLV).

b) Ausweis unrealisierter Gewinne bei Finanzinstrumenten des Handelsbestands und bei langfristiger Auftragsfertigung

Neben dem fehlenden Prinzipiensystem im Allgemeinen ist weiterhin die Auslegung des Realisationsprinzips nach dem RLV kritikwürdig, da sie analog zu den IFRS bei bestimmten Konstellationen eine vorzeitige Gewinnerfassung vorsieht. Die IFRS-Rechnungslegung erfüllt lediglich eine Informationsfunktion gegenüber dem Kapitalmarkt und wird nicht zur Zahlungsbemessung herangezogen. Vor dem Hintergrund der „Fair Presentation" erscheint die Anwendung der Percentage of Completion-Methode bei langfristigen Fertigungsaufträgen nach IFRS 15 sowie das Fair Value Accounting bei Finanzinstrumenten sachgerecht, da der damit verbundene erhöhte Periodenerfolg nicht automatisch eine Zahlungsbemessung (z.B. Ausschüttung oder Besteuerung) nach sich zieht.[151] Aus Sicht der steuerlichen Gewinnermittlung ist eine derartige Zurückdrängung der strengen Auslegung des Realisationsprinzips jedoch vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips und dem Gleichheitsgrundsatz kritisch zu bewerten.[152] Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens, die zur Bemessung des steuerpflichtigen Gewinns herangezogen werden muss, ist untrennbar verknüpft mit der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung. Ohne Liquiditätszugang oder zumindest einen „quasi-sicheren" Anspruch durch Finalisierung und Übergabe der Leistung kann die vorzeitige Erfassung und Besteuerung von Gewinnen dazu führen, dass Unternehmen zur Erfüllung der mit den unrealisierten Gewinnen verbundenen Steuerlast zu einer Veräußerung der betreffenden Wirtschaftsgüter gezwungen werden.[153] Eine wesentliche Voraussetzung für die Gewährleistung der steuerlichen Leistungsfähigkeit ist daher die Sicherstellung der Liquidität.[154] Der durch „quasi-Notverkäufe" entstehende Kollateralschaden auf Seiten der Unternehmen ist – zumindest, sofern die spätere Besteuerung der stillen Reserven in den Folgeperioden nicht gefährdet ist – ungerechtfertigt.[155] Mit der Bewertung von Finanzinstrumenten des Handelsbestands zum (höheren) beizulegenden Zeitwert und der Anwendung der Percentage of Completion-Methode bei der langfristigen Auftragsfertigung würde sich die GKB von einer gewinnabhängigen Steuer zu einer realen Vermögensabgabe entwickeln.[156] Zudem sind aktive Märkte oder zumindest vergleichbare Transaktionen mit aktiven Märkten, die im Rahmen des Fair Value Accounting

---

mann, DStZ 2011, 507 (513).

142 Vgl. *Herzig*, DB 2011, M01; *Kahle/Schulz*, FR 2013, 49; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (FN 140), S. 41; *Marx*, DStZ 2011, 547 (550); *Freedman/Macdonald*, in: Lang/Pistone/Schuch/Staringer, Common consolidated corporate tax base, 2008, S. 219 (244).

143 Vgl. hierzu *Eggert* (FN 30), S. 155 ff.

144 Vgl. Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, v. 26.6.2013, ABl. L 182/19 v. 29.6.2013, S. 19 sowie hierzu ausführlich *Velte/Haaker*, EWS 2014, 204.

145 *Herzig*, IStR 2011, 662 (663).

146 Vgl. kritisch zu einer IFRS-Maßgeblichkeit *Schreiber*, StuW 2002, 105 (106 f.); *Breithecker/Klapdor/Rokitta*, StuW 2007, 145 (159 f.); *Herzig*, IStR 2011, 662 (663); *Kahle/Dahlke/Schulz*, StuW 2008, 266; aA *Schön*, in: Schön, Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, 2005, S. 1 (115); *Schön*, in: Schön/Schreiber/Spengel, A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe – Eine einheitliche Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage für Europa, 2008, S. 49 (73).

147 Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (FN 140), S. 41; so auch analog zum vorangegangenen RLV 2011 *Marx*, DStZ 2011, 547 (550).

148 Neben den im RLV genannten Prinzipien, die sich ebenfalls in der Richtlinie wiederfinden, sieht diese weitere Prinzipien in den „Allgemeine[n] Grundsätze[n] für die Rechnungslegung" (Art. 6 EU-Bilanz-RL) sowie den „Allgemeine[n] Vorschriften für die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung" (Art. 9 EU-Bilanz-RL) vor.

149 Vgl. insbesondere EuGH v. 27.6.1996, Rs. C-234/94 (Tomberger), Slg. 1996, I-3133 berichtigt durch EuGH v. 10.7.1997, DStR 1997, 1416; EuGH v. 14.9.1999, Rs. C-275/97 (DE + ES), Slg. 1999, I-05331; EuGH v. 7.1.2003, Rs. C-306/99 (BIAO), Slg. 2003, I-00001; EuGH v. 3.10.2013, Rs. C-322/12 (GIMLE SA) sowie hierzu ausführlich *Eggert* (FN 30), S. 148–153.

150 Vgl. diesbezüglich kritisch basierend auf der Vierten Bilanz-Richtlinie Arbeitsgruppe GKKB (FN 126), S. 3, FN 3.

151 Vgl. hierzu *Brune*, in: Driesch/Riese/Schlüter/Senger, Beck-IFRS-HB, 5. Aufl. § 9 Rz. 120 f.

152 Vgl. basierend auf dem deutschen Steuerrecht *Velte/Haaker*, StuW 2012, 56 (68 f.) sowie *Velte/Stawinoga*, StuW 2016, 118 ff.

153 Vgl. zum Veräußerungszwang ausführlich *Schön*, in: Schön, Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, 2005, S. 1 (37 ff.).

154 Vgl. *Velte/Haaker*, StuW 2012, 56 (68) m.w.N.

155 Vgl. *Herzig* (FN 19), S. 49.

156 Vgl. *Lang*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 8 Rn. 43 i.V.m. § 4 Rn. 100 ff.

idealtypisch herangezogen werden sollen, häufig nicht existent, sodass ein Rückgriff auf Unternehmensbewertungsmodelle, z.B. Discounted Cash Flow- oder Optionsverfahren, erfolgen muss.[157] Der verstärkte Einsatz von Unternehmensbewertungsverfahren, der in der IFRS-Rechnungslegung unverzichtbar ist, impliziert, dass das steuerpflichtige Einkommen zumindest innerhalb von Schätzungsintervallen durch die Unternehmensleitung beeinflussbar wäre und die Objektivierbarkeit des Ergebnisses beeinträchtigt.[158] Eine im Hinblick auf die gebotene Gleichmäßigkeit der Besteuerung notwendige Objektivierung erfolgt daher regelmäßig erst mit einer weiterhin strengen Auslegung des Realisationsprinzips im Sinne des Anschaffungs- und Herstellungskostenprinzips.[159] Der im deutschen Handels- und Steuerrecht durch das BilMoG im Jahre 2009 implementierte „Fremdkörper" im GoB-System bei Finanzinstrumenten des Handelsbestands wurde nicht umsonst vielfältig im Schrifttum kritisiert.[160] Bei der Gewinnerfassung entsprechend des jeweiligen Fertigstellungsgrades am Bilanzstichtag besteht darüber hinaus das Risiko einer Besteuerung von Scheingewinnen, wenn es zu nachträglichen Kostenveränderungen oder Nacherfüllungsverpflichtungen kommt.[161] Vor diesem Hintergrund hatte sich der nationale Gesetzgeber aus berechtigten Gründen bislang nicht dazu entschieden, die Completed Contract-Methode als Grundsatz bei langfristigen Fertigungsaufträgen durch die Percentage of-Completion-Methode zu ersetzen. Die fiskalpolitische Zielsetzung der BFH-Rechtsprechung zu dieser Thematik,[162] die durch die Finanzverwaltung ausgedehnt,[163] aber zwischenzeitlich wieder zurückgenommen wurde,[164] kann insgesamt nicht überzeugen. Im Ergebnis sollte daher im Rahmen der GKB keine Zurückdrängung des Realisationsprinzips im Sinne eines Ausweises und der Besteuerung von unrealisierten Gewinnen erfolgen.

3. Außergewöhnliche Wertminderungen

a) Einschränkung der außergewöhnlichen Wertminderungen

Eine zentrale Abweichung zwischen dem RLV, dem deutschen Bilanzsteuerrecht und den IFRS besteht in der Beschränkung der außergewöhnlichen Wertminderungen auf nicht abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens. Begründet wird diese Limitation einerseits mit dem Risiko, dass anderenfalls die stark typisierten Zeiträume der planmäßigen Abschreibungen im Anlagevermögen durch gleichzeitige außergewöhnliche Wertminderungen konterkariert werden.[165] Andererseits soll die Einschränkung der außergewöhnlichen Wertminderungen im Vergleich zum deutschen Bilanzsteuerrecht und zu den IFRS zu einer stärkeren Objektivierung der Ergebnisse beitragen, da in der Unternehmenspraxis die Bestimmung des (niedrigeren) beizulegenden Werts bzw. Teilwerts mit einer begrenzten Objektivität verbunden ist.[166] Insofern werden die Ermessens- und Gestaltungsspielräume der Abschreibungspolitik durch den RLV bei den in Rede stehenden Wirtschaftsgütern eingeschränkt. Die Limitation der außergewöhnlichen Wertminderungen könnte daher insgesamt einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung der Objektivierung, der Besteuerungsneutralität und der Gleichmäßigkeit der steuerlichen Gewinnermittlung leisten, allerdings nur unter der Prämisse eines *sofortigen Verlustausgleichs*.[167] Ohne diese Möglichkeit ist der Ausschluss langlebiger, planmäßig abschreibbarer Wirtschaftsgüter von der außergewöhnlichen Wertminderung nicht mit dem Ziel einer möglichst realitätsgerechten Besteuerung und mithin dem Leistungsfähigkeitsprinzip vereinbar, weil die Gefahr einer endgültigen Nichtberücksichtigung von Verlusten und erheblichen Liquiditätsnachteilen für die Unternehmen besteht.[168] An Stelle der Regelung eines Verlustrücktrags sowie eines verzinslichen Verlustvortrags als ökonomische Näherung des sofortigen Verlustausgleichs sieht der RLV aber lediglich die Möglichkeit eines *unverzinslichen Verlustvortrags* vor (Art. 41 RLV). Dieser löst aber nicht das Liquiditätsproblem und gewährleistet auch nur dann die Besteuerung des zutreffenden Totalgewinns, wenn in den Folgeperioden nach der Verlustrealisierung wieder Gewinne erwirtschaftet werden.[169] Darüber hinaus kommt nach dem RLV eine außergewöhnliche Wertminderung nur dann in Betracht, wenn der Wertverlust durch höhere Gewalt oder kriminelle Aktivitäten von Dritten verursacht wurde (Art. 39 Nr. 1 RLV), sodass der Anwendungsbereich der außergewöhnlichen Wertminderungen auf praktische Ausnahmefälle beschränkt wird. Die Gewinnermittlung entfernt sich damit weiter vom Leistungsfähigkeitsprinzip und mithin von einer realitätsgerechten Besteuerung. Sofern es sich bei der außergewöhn-

157 Nach IFRS 13 wird für die Ermittlung des beizulegenden Zeitwerts eine dreistufige Bemessungshierarchie (sog. „Fair-Value-Hierarchie") hinsichtlich der Qualität der Inputfaktoren festgelegt. Inputfaktoren der ersten Stufe sind die auf einem aktiven Markt festgestellten Preise für mit dem Bewertungsgegenstand identische Vermögenswerte oder Schulden (IFRS 13.76). Unter die zweite Stufe fallen alle anderen nicht der ersten Stufe zuzuordnenden Marktinformationen, die auf einem Markt (direkt oder indirekt) beobachtbar sind (IFRS 13.81). Die dritte Stufe bilden alle auf einem Markt (direkt oder indirekt) nicht beobachtbaren Daten (IFRS 13.86). Auf der dritten Stufe kommen damit in der Regel einkommensbasierte Bewertungsverfahrens zur Anwendung. Vgl. ausführlich *Wawrzinek/Lübbig* (FN 42), § 2 Rz. 259-265.

158 Vgl. *Velte/Haaker*, StuW 2012, 56 (68).

159 Vgl. *Herzig/Kuhr*, StuW 2011, 305 (310).

160 Vgl. *Velte*, KoR 2008, 61 (73); *Siegel*, in: Wagner/Schildbach/Schneider, FS Streim, 2008, S. 337 (353); *Jessen/Haaker*, DStR 2009, 499 (500 f.); *Schneider*, BB 2003, 302; *Kahle/Dahlke/Schulz*, IRZ 2008, 513 (516).

161 Vgl. *Velte/Stawinoga*, StuW 2016, 118 (133).

162 Vgl. BFH VIII R 25/11 v. 14.5.2014, BStBl. II 2014, 968.

163 Vgl. BMF. v. 13.5.2015 – IV C 6 - S 2130/15/10001, DOK 2015/0407559.

164 Vgl. BMF v. 29.6.2015 – IV C 6 - S 2130/15/10001, DOK 2015/0549466.

165 Vgl. hierzu *Eggert* (FN 30), S. 285 f.

166 Vgl. zur mangelnden Objektivität bei der Teilwertfindung z.B. *Velte*, StuW 2016, 33 (38 f.).

167 Vgl. grundsätzlich *Schneider*, Wpg 1970, 68 ff.

168 Vgl. *Kahle/Dahlke/Schulz*, Ubg 2011, 491 (495).

169 Für die Schaffung eines Verlustrücktrags neben einem zeitlich unbeschränkten verzinslichen Verlustvortrag bereits *Kahle/Schulz*, StuB 2011, 296 (300); *Kahle/Dahlke/Schulz*, Ubg 2011, 491 (495); *Schön* (FN 153), S. 21 f.; *Schulz* (FN 135), S. 426.

lichen Wertminderung um betrieblich veranlassten Aufwand handelt, gibt es keine sachgerechte ökonomische Begründung dafür, eine entsprechende Verminderung des steuerpflichtigen Gewinns auszuschließen. Eine derartige Einschränkung der außergewöhnlichen Wertminderungen, ohne zugleich den sofortigen Verlustausgleich zu gewähren, ist aus ökonomischer Perspektive wenig nachvollziehbar.[170]

b) Ausgestaltung einer umfassenden außergewöhnlichen Wertminderung

Sofern die Kommission einen sofortigen Verlustausgleich ablehnt und sich für die Regelung einer umfassenden außergewöhnlichen Wertminderung entscheidet, sind die Ausgestaltung der Abschreibung und die Wahl des maßgeblichen Wertmaßstabs maßgebend. Eine Anlehnung an das deutsche Bilanzsteuerrecht, im Rahmen dessen die Teilwertabschreibung sowie die Konzeption des Teilwerts bereits seit Einführung des Einkommensteuergesetzes 1934 kontrovers diskutiert wird,[171] wäre dabei nur in Teilen sinnvoll. Problematisch ist insbesondere die Trennung zwischen voraussichtlich dauernden und vorübergehenden Wertminderungen, die zu erheblichen Einschätzungsspielräumen führt.[172] Eine voraussichtlich dauernde Wertminderung liegt nach Rechtsprechung des BFH vor, „wenn der Teilwert nachhaltig unter den maßgeblichen Buchwert gesunken ist und deshalb aus Sicht des Bilanzstichtags aufgrund objektiver Anzeichen ernstlich mit einem langfristigen Anhalten der Wertminderung gerechnet werden muss".[173] Aus dem Blickwinkel eines „sorgfältigen und gewissenhaften Kaufmanns"[174] müssen mehr Gründe für als gegen die Nachhaltigkeit der Wertminderung sprechen. Letzten Endes wird die bei der Teilwertfindung vom Gesetzgeber geforderte Objektivität aber durch subjektive Einflüsse verfälscht.[175] Auf die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit kann trotz aller Auslegungsspielräume und Rechtsunsicherheiten jedoch nicht verzichtet werden, da sich mit einer Berücksichtigung auch kurzfristiger Wertminderungen noch größere Spielräume eröffnen würden.[176] In einer Gesamtschau wäre es daher zu begrüßen, wenn sich die Kommission abweichend vom deutschen Bilanzrecht am rein indikatorgestützten Impairment Test der IFRS orientieren würde.[177] Bei der Wahl des maßgeblichen Wertmaßstabs ist eine Übernahme der Regelungen der IFRS dagegen abzulehnen. Während der steuerliche Teilwert grundsätzlich auf eine Bewertung am Beschaffungsmarkt zurückgeht, sehen die IFRS mit dem erzielbaren Betrag des Vermögenswerts eine strikte Orientierung am Absatzmarkt vor.[178] Zwar könnte der Teilwert nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG sowohl ertragswertorientiert als auch substanzwertorientiert interpretiert werden, allerdings hat sich nach h.M. die substanzwertorientierte Sichtweise durchgesetzt, weil sie im Gegensatz zur betriebs- und ertragsabhängigen Bewertung dem Einzelbewertungsgrundsatz und den steuerlichen Objektivierungsanforderungen entspricht.[179] Die dahinter stehende Überlegung ist, dass ein gedachter Betriebserwerber nicht bereit wäre, einen höheren Preis für ein Wirtschaftsgut zu bezahlen als dessen Wiederbeschaffungskosten (Wertobergrenze). Auf der anderen Seite sollte er aber zumindest den Nettoveräußerungspreis zu zahlen bereit sein (Wertuntergrenze).[180] Liegt der Nettoveräußerungspreis zwischen dem Buchwert und den niedrigeren Wiederbeschaffungskosten, ist nach IFRS lediglich auf den Nettoveräußerungspreis oder den ggf. sogar höheren Nutzungswert abzuschreiben (IAS 36.6). Dies ist nicht mit dem für den RLV zentralen Realisationsprinzip vereinbar, weil damit auf einen Wert abgestellt wird, der nur realisierbar ist.[181] Darüber hinaus ist die Anknüpfung an die betriebsindividuelle Schätzung des Nutzungswerts (IAS 36.30 – IAS 35.57) problematisch, weil diese – trotz des hohen Detaillierungsgrads, durch den eine Objektivierung erreicht werden soll – zu faktischen Wahlrechten und erheblichen Bewertungsspielräumen führt.[182] Für Unternehmen, die bisher keine IFRS-Abschlüsse erstellen, würde die Ermittlung des Nutzungswerts zudem ein hohes Maß an unternehmensinternem Aufwand und damit erhebliche zusätzliche Kosten bedeuten.[183]

170 Vgl. *Scheffler*, StuB 2001, 904 (908); *Kahle*, Internationale Rechnungslegung und ihre Auswirkungen auf Handels- und Steuerbilanz, 2002, S. 213.

171 Vgl. statt vieler nur *Adrian/Helios*, DStR 2014, 721 („Dauerbrenner").

172 Vgl. hierzu ausführlich *Velte*, StuW 2016, 33 (38 f.).

173 BFH I R 89/10 v. 21.9.2011, BFH/NV 2012, 306; I R 7/11 v. 21.9.2011, BFH/NV 2012, 310; IV R 62/06 v. 23.4.2009, BStBl. II 2009, 778.

174 BMF v. 2.9.2016 – IV C 6 - S 2171-b/09/10002 :002, 2.

175 Vgl. zu dieser Einschätzung *Prinz*, DB 2014, 1825 (1827); *Velte*, StuW 2016, 33 (39).

176 So auch. *Eggert* (FN 30), S. 285.

177 A.A. *Eggert* (FN 30), S. 267, der die zusätzlichen Kosten der im Rahmen des *impairment tests* notwendigen Berechnungen bemängelt; zu den Kosten der *impairment tests* vgl. *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* (FN 109), § 11, Rn. 212.

178 Vgl. zur Ermittlung des erzielbaren Betrags ausführlich *Erb/Eyck/Jonas/Thomas*, in: Driesch/Riese/Schlüter/Senger, Beck-IFRS-HB, 5. Aufl. § 27 Rz. 18–20.

179 Die gesetzliche Teilwertdefinition hat sich in der Praxis als impraktikabel erwiesen, da der Teilwert nicht durch Aufteilung des durch Ertragswertverfahren ermittelten Unternehmenswerts auf die einzelnen Wirtschaftsgüter bestimmt werden kann (BFH IV R 63–97 v. 29.4.1999, BStBl. II 2004, 639). Der Teilwertbegriff wurde daher mittels (widerlegbarer) Teilwertvermutungen handhabbar gemacht. Zur substanzwertorientierten Ermittlung des Teilwerts vgl. BMF v. 2.9.2016 – IV C 6 - S 2171-b/09/10002 :002, 1; R 6.7 ff. EStR; BFH II R 2/90 v. 12.5.1993, BStBl. II 1993, 587; I R 56/94 v. 19.7.1995, BStBl. II 1996, 28; vgl. ferner für eine Übersicht der Bewertungsverfahren *Erb/Eyck/Jonas/Thomas* (FN 178), § 27 Rz. 37.

180 Zur Teilwertober- und Untergrenze vgl. *Hennrichs* (FN 36), § 9 Rz. 261.

181 Vgl. analog *Beiser*, DStR 2002, 1777 (1779).

182 Im Ergebnis führt die Ermittlung des erzielbaren Betrags nach IAS 36.6 zu einer Vermischung von am Markt objektivierten Erwartungen und subjektiven Schätzungen des Unternehmens; zur Entobjektivierung vgl. *Moxter*, BB 2000, 2143 (2147).

183 Großen kapitalmarktorientierten Unternehmen, an die sich die IFRS primär richtet, ist ein solcher Aufwand im Regelfall zuzumuten. In den Anwendungsbereich des RLV fallen jedoch auch kleine und mittelständische Unternehmen, die mit der Ermittlung von Nutzungswerten regelmäßig überfordert wären. Vgl. hierzu *Herzig* (FN 19), S. 204 f.

4. Rückstellungen

a) Einschränkung des Ansatzes von Rückstellungen

Das Verlustantizipations- bzw. Imparitätsprinzip wird nicht als allgemeiner Grundsatz in Art. 6 RLV berücksichtigt. Auch im deutschen Steuerrecht wurde das handelsrechtlich geltende Imparitätsprinzip im Rahmen vielfältiger Durchbrechungen des Maßgeblichkeitsprinzips – insbesondere durch das Passivierungsverbot von Drohverlustrückstellungen (§ 5 Abs. 4a EStG) – sukzessive durch den Steuergesetzgeber eingeschränkt.[184] Begründet werden die steuerlichen Durchbrechungen des Imparitätsprinzips seitens des deutschen Gesetzgebers damit, dass dieses mit dem zentralen Leistungsfähigkeitsprinzip nicht vereinbar sei.[185] Vor dem Hintergrund des nur eingeschränkt möglichen Verlustausgleichs (Art. 41 RLV/§ 10d Abs. 1 Satz 1 EStG) ist allerdings sowohl nach dem RLV als auch im deutschen Steuerrecht die Berücksichtigung von Wertminderungen vor ihrer Realisation im Einklang mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip und im Hinblick auf das Übermaßverbot geboten, sofern die Wahrscheinlichkeit der Wertminderung hinreichend hoch ist.[186] Anderenfalls besteht die Gefahr einer faktischen Besteuerung von Verlusten.[187] Steuerliche Einschränkungen des Imparitätsprinzips sollten daher am Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Wertminderung anknüpfen, anstatt punktuell und vorwiegend fiskalpolitisch motiviert den Ansatz einzelner Rückstellungen gänzlich zu verbieten.[188] Aus Sicht der Unternehmenspraxis ist es jedenfalls ungerechtfertigt, den Kreis der ansatzfähigen Rückstellungen auf rechtliche Verpflichtungen einzuschränken und den Ansatz rein wirtschaftlicher Belastungen auszuschließen (Art. 23 Nr. 1 RLV).[189] Gleiches gilt für die fehlende Berücksichtigung von Drohverlustrückstellungen sowie der Nichtberücksichtigung künftiger Kostensteigerungen (Art. 23 Nr. 3 RLV). Letztlich wäre allerdings auch an dieser Stelle ein sofortiger Verlustausgleich in Kombination mit einem generellen Rückstellungsverzicht konzeptionell ökonomisch überlegen.[190]

b) Diskontierung langfristiger Rückstellungen mit einem Marktzins

Neben dem Rückstellungsansatz stellt die angemessene Bewertung von langfristigen Rückstellungen unter Berücksichtigung des Leistungsfähigkeitsprinzips und Gleichheitsgrundsatzes eines der zentralen Rechnungslegungsprobleme im Steuerrecht dar.[191] Das im deutschen Steuerrecht geltende Festzinsmodell missachtet aus fiskalpolitischen Motiven die realen Marktverhältnisse am Abschlussstichtag, sodass nicht das tatsächlich erzielte Einkommen besteuert wird.[192] Der im Vergleich zur handelsrechtlichen Bewertungspraxis anachronistisch hohe Abzinsungssatz von 5,5 % (Einführung durch das RBewG 1934) bzw. 6 % führt zu einer systematischen Unterbewertung von langfristigen Rückstellungen sowie c.p. erhöhten steuerpflichtigen Gewinnen und verstößt daher gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip.[193] Insofern ist aus ökonomischer Sicht der Ersatz des Festzinsmodells durch ein Marktzinsmodell unabdingbar.[194] Eine unternehmensindividuelle Ableitung des Marktzinses nach dem Vorbild der IFRS ist einerseits aufgrund der Einbeziehung der realen Marktverhältnisse zur Leistungsfähigkeitsmessung besser geeignet, andererseits aber nicht mit dem steuerlichen Gleichheitsgrundsatz vereinbar. Eine objektive Rückstellungsbewertung ist infolge der Ermessens- und Gestaltungsspielräume bei der Schätzung der unternehmensindividuellen Zinseffekte nicht gegeben. Insofern verdient die Heranziehung des jährlichen EURIBOR-Zinssatzes zur Abzinsung der Rückstellungen nach dem RLV vordergründig Zustimmung, da sowohl dem Leistungsfähigkeitsprinzip als auch dem Gleichheitsgrundsatz entsprochen werden kann. Allerdings sind mit der Anknüpfung an den jährlichen EURIBOR-Zinssatz als maßgeblichen Marktzins zwei zentrale Probleme verbunden. Zum einen handelt es sich um einen kurzfristigen Zins, der aufgrund seiner niedrigen Höhe aus fiskalpolitischer Sicht derart unattraktiv ist, dass eine Konsensfähigkeit bei den EU-Mitgliedstaaten wohl nicht gegeben sein wird.[195] Lag der Zinssatz im Jahr 2008 noch bei etwa 5 % und damit nahe am Festzins nach dem deutschen Steuerrecht, ist dieser seitdem stark zurückgegangen. Seit Februar 2016 ist der jährliche EURIBOR-Zinssatz sogar leicht negativ, sodass der nach GKB maßgebliche abgezinste Erfüllungsbarwert höher ausfallen würde als der Endwert der Rückstellungen. Insofern ist fraglich, aus welchen Gründen bei der Abzinsung langfristiger Rückstellungen mit einer Restlaufzeit von mehr als einem Jahr auf den jährlichen EURIBOR-Zinssatz „für Schuldtitel mit einer Restlaufzeit von zwölf Monaten" abgestellt werden sollte. Analog zum deutschen Handelsrecht wäre die Abzinsung mit einem der jeweiligen Restlaufzeit der Rückstellung adäquaten Zinssatz vorzuziehen.[196] Eine Alternative zum kurzfristigen EURIBOR-Zins könnte z.B. die Berücksichtigung aktueller Marktrenditen für erstklassige Industrieanleihen in den EU-Mitgliedstaaten ansässiger Unternehmen darstellen.[197] Problematisch er-

184 Vgl. *Velte/Stawinoga*, StuW 2016, 118 (120).
185 Vgl. BT-Drs. 14/23, 171.
186 Zur Vereinbarkeit des Imparitätsprinzips mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip basierend auf dem deutschen Bilanzsteuerrecht vgl. *Hennrichs* (FN 36), Rz. 103 f. m.w.N.
187 Vgl. *Schreiber*, StuW 2004, 212 (226).
188 Vgl. *Hennrichs* (FN 36), Rz. 104.
189 Vgl. bereits *Oestreicher*, Wpg 2007, 572 (580).
190 So auch *Schreiber*, StuW 2002, 105 (109); *Spengel*, FR 2009, 101 (105); *Kahle* (FN 170), S. 214.
191 Vgl. hierzu z.B. *Prinz*, DB 2012, M9 zu Heft 34; *Prinz/Hüting*, StuB 2012, 798; *Hoffmann*, StuB 2012, 849 (850); *Rutemöller*, BB 2012, 2174; *Zwirner/Endert/Sepetauz*, DStR 2012, 2094 (2097).
192 Vgl. zur grundsätzlichen Kritik am Abzinsungsgebot statt vieler *Beiser*, DB 2001, 296 (297).
193 Vgl. *Velte*, StuW 2013, 197 (210).
194 Vgl. *Velte*, StuW 2013, 197 (208).
195 Ähnlich kritisch äußern sich *Lenz/Rautenstrauch*, DB 2011, 726 (728).
196 Nach § 253 Abs. 2 S. 4 HGB werden die anzuwendenden Abzinsungssätze von der Deutschen Bundesbank nach Maßgabe einer Rechtsverordnung bekannt gegeben. Diese ermittelt auf der Grundlage einer Zinsstrukturkurve die Diskontierungssätze für Verpflichtungen mit Restlaufzeiten zwischen einem und fünfzig Jahren; vgl. BT-Drs. 16/10067, S. 54.
197 Zu einer Berücksichtigung der aktuellen Marktrenditen von Industrieanleihen im Kontext der IFRS vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung nach internationalen Standards, 2011, Rn. 83 zu Abschn. 18.

scheinen ebenfalls die starken Schwankungen des EURIBOR-Zinssatzes, die eine solide Schätzung der Steuerbelastungen erschweren. Auch in diesem Falle erscheint ein Rückgriff auf die Regelungen des deutschen Handelsrechts geeignet, das für die Diskontierung von Rückstellungen einen durchschnittlichen Marktzinssatz auf der Grundlage der vergangenen sieben, zehn oder fünfzehn Geschäftsjahre vorsieht. Ein solcher Durchschnittssatz bietet den Vorzug, „Zufallselemente in der Zinsentwicklung" zu limitieren und einen „hinreichende(n) Glättungseffekt" bei nicht durch die Geschäftstätigkeit des Unternehmens verursachten Ertragsschwankungen zu erzielen.[198]

IV. Fazit

Am 25.10.2016 hat die Europäische Kommission einen RLV für eine GKB vorgelegt. Dieser knüpft inhaltlich an die Regelungen des Vorschlags aus dem Jahr 2011 an. Im Detail haben sich allerdings zahlreiche Änderungen in den Regelungen zur Gewinnermittlung mit teilweise erheblichen Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage ergeben. Für das Gewinnermittlungssystem des neuen RLV und seine Implementierung in den nationalen Steuergesetzgebungen fehlt es bislang an einer rechtsvergleichenden und kritischen Analyse der geplanten Vorschriften. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich die Gewinnermittlungsregeln des RLV in ihrer derzeitigen Ausgestaltung für eine EU-weite Implementierung eignen und in welchen Bereichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem deutschen Handels- und Steuerrecht sowie den IFRS bestehen. Die vorliegende rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Inhalte des RLV verdeutlicht, dass bei der Gewinnermittlungskonzeption des Vorschlags einzelne Strukturelemente aus den IFRS und den bilanzsteuerrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten nach dem *Best Practice*-Prinzip übernommen wurden. Dennoch verbleiben wesentliche Unterschiede aus Sicht des bisherigen nationalen Bilanzsteuerrechts. In diesem Zusammenhang sind insbesondere der Verzicht auf eine Steuerbilanz, das Fehlen eines geschlossenen Prinzipiensystems, die unterschiedliche Gewichtung systemtragender Gewinnermittlungsprinzipien (z.B. des Realisationsprinzips) sowie damit einhergehende divergierende Ansatz- und Bewertungsvorschriften (z.B. Percentage of Completion-Methode) zu nennen.

Im Rahmen der kritischen Würdigung wurden entscheidungsorientierte Lösungsvorschläge für eine zielgerichtete Anpassung der Normen im Rahmen des weiteren EU-Regulierungsprozesses erarbeitet. So wäre die Führung einer eigenständigen Steuerbilanz aufgrund der zahlreichen Unterschiede zwischen den Vorschriften des RLV und den Handelsbilanzen der Unternehmen, der Unklarheiten bezüglich der Aufzeichnungspflichten sowie der Kontrollfunktion der doppelten Buchführung zu befürworten. Für die einheitliche Auslegung der Gewinnermittlungsregeln des RLV in den verschiedenen Mitgliedstaaten wird zudem ein umfassendes Gerüst von Prinzipien benötigt, welches sich zur Auslegung und Lückenschließung eignet. Ein Rückgriff auf die EU-Rechnungslegungsrichtlinie im Sinne einer Residualmaßgeblichkeit hätte in diesem Zusammenhang den Vorteil, dass sich die steuerliche Gewinnermittlung und die auf Kapitalgesellschaften gerichtete EU-Rechnungslegungsrichtlinie nicht in verschiedene Richtungen entwickeln. Verbleibende Zweifelsfälle bei der Auslegung der Vorschriften könnten durch sog. „delegierte Rechtsakte" der EU-Kommission gelöst werden. Neben dem fehlenden Prinzipiensystem im Allgemeinen ist weiterhin der moderaten Auslegung des Realisationsprinzips nach dem RLV, die in Anlehnung an die IFRS bei bestimmten Konstellationen eine vorzeitige Gewinnerfassung vorsieht, nicht zuzustimmen. Eine derartige Zurückdrängung der strengen Auslegung des Realisationsprinzips ist aus Sicht der steuerlichen Gewinnermittlung nicht mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip vereinbar. Gleiches gilt für die Beschränkung der außergewöhnlichen Wertminderungen auf nicht abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens und eine Verursachung des Wertverlusts durch höhere Gewalt oder kriminelle Aktivitäten von Dritten, sofern kein sofortiger Verlustausgleich gewährt wird. Bei der Ausgestaltung der außergewöhnlichen Wertminderung wäre eine Orientierung an dem indikatorgestützten Wertminderungstest der IFRS möglich. Vor dem Hintergrund des nur eingeschränkt möglichen Verlustausgleichs ist das analog zum deutschen Steuerrecht fiskalpolitisch motivierte Passivierungsverbot für Drohverlustrückstellungen und die Beschränkung auf rechtliche Verpflichtungen schwer nachzuvollziehen. Bezüglich der Rückstellungsbewertung ist der aktuellen Regelung des RLV eine Diskontierung mit dem der jeweiligen Restlaufzeit der Rückstellung adäquaten durchschnittlichen Zinssatzes auf der Grundlage eines fest definierten Zeitraums in Anlehnung an das deutsche Handelsrecht vorzuziehen.

Mit der Umsetzung der GKB könnten wesentliche steuerliche Wachstumshemmnisse beseitigt werden und ein entscheidender Schritt in Richtung eines europäischen Binnenmarktes gelingen. Die rechtsvergleichende Analyse zeigt, dass es nicht ausgeschlossen wäre, die Regelungen in die nationale Steuergesetzgebung zu übernehmen. Die im RLV noch unbefriedigend geregelten Sachverhalte könnten durch die aufgezeigten Ergänzungs- und Änderungsvorschläge bis zur Verabschiedung der endgültigen Richtlinie angepasst werden. Durch die Entscheidung der Kommission, sich zunächst auf die Harmonisierung der Gewinnermittlungsvorschriften zu beschränken, konnte die Wahrscheinlichkeit einer Umsetzung des Vorschlags mit der erforderlichen Einstimmigkeit aller Mitgliedstaaten im Europäischen Rat gesteigert werden.[199] Mit dem „Brexit" verabschiedet sich darüber hinaus einer der größten Kritiker des GKB-Projekts aus der EU. Sollte eine einvernehmliche Lösung der verbleibenden Mitgliedstaaten im Europäischen Rat dennoch scheitern, könnte das Einstimmigkeitserfordernis über das Instrument der verstärkten Zusammenarbeit einer kleineren Gruppe interessierter Mitgliedstaaten umgangen werden.

198 Vgl. BT-Drs. 16/10067, S. 54 f.

199 Der Bundesrat hat in einer aktuellen Stellungnahme grundsätzlich seine Unterstützung für die einheitliche und konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage verkündet, sieht im Detail allerdings einige änderungs-, ergänzungs- und klarstellungsbedürftige Punkte und behält sich eine Prüfung der haushaltsmäßigen Auswirkungen vor; vgl. BR Drucks. 641/1/16 der 952. Sitzung am 16.12.2016 unter Tagesordnungspunkt 49b).

Internationale Gewinnverlagerung und Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen

Prof. Dr. ULRICH SCHREIBER/Prof. Dr. JOHANNES VOGET, beide Mannheim*

Inhaltsübersicht

I. Problemstellung
II. Fremdvergleichsgrundsatz
III. Gerechte Unternehmensbesteuerung
IV. Publikationswirkungen
1. Reputationseffekte
2. Investitionseffekte
V. Schlussfolgerungen

Die Kommission der Europäischen Union schlägt vor, dass große multinationale Unternehmen länderbezogene Ertragsteuerinformationen veröffentlichen. Öffentlicher Druck soll die internationale Gewinnverlagerung dämpfen. Es fehlt indes an einer eindeutigen ökonomischen Sollgröße für den richtigen Gewinn in einem Land. Auch wenn öffentlicher Druck durch Wettbewerbsverzerrungen gerechtfertigt sein mag, gibt es doch keine eindeutige empirische Evidenz dafür, dass dies die Steuerplanung der Unternehmen verändert. Dagegen ist empirisch gut belegt, dass multinationale Unternehmen auf eine steigende Steuerbelastung mit Investitionsverlagerungen reagieren.

The Commission of the European Union proposes the public disclosure of income tax information by large multinational enterprises. The proposal aims at ensuring that public pressure reduces international profit shifting. However, the amount of profit accruing to a certain country is economically undetermined. Although distortions of competition may justify public pressure, empirical evidence on public disclosure and tax planning provides a mixed picture. There is, on the other hand, clear evidence that multinational enterprises shift investments when taxes increase.

I. Problemstellung

Multinationale Unternehmen nutzen ein internationales Gefälle der Gewinnsteuersätze mittels finanzieller oder realer interner Transaktionen. An diesen internen Transaktionen sind häufig Kapitalgesellschaften beteiligt, die bestimmte Funktionen übernehmen, wie etwa das konzernweite Cash-Management oder die konzernweite Verwaltung von Immaterialgütern, wie Patenten oder Warenzeichen. Diese Kapitalgesellschaften sind in Staaten mit niedrigen Gewinnsteuern ansässig und entziehen hoch besteuerten Kapitalgesellschaften Gewinn. Internationale Gewinnverlagerungen multinationaler Unternehmen werden von einer Reihe empirischer Studien belegt.[1] In der jüngeren Vergangenheit hat es spektakuläre Fälle internationaler Gewinnverlagerung gegeben, bei denen die Steuerbelastung der Auslandsgewinne im unteren einstelligen Prozentbereich angesiedelt war.[2] Diese Fälle haben sehr starkes öffentliches Interesse erregt und die Staaten veranlasst, das Problem auf die internationale Agenda zu setzen.

Die Kommission der Europäischen Union will internationale Gewinnverlagerungen wirkungsvoller als bisher bekämpfen. Die Öffentlichkeit registriere mit Unmut, dass die Steuerbelastung multinationaler Unternehmen im Vergleich zu der Steuerbelastung der Bürger zu niedrig sei. „Dieser als Mangel an Gerechtigkeit wahrgenommene Umstand gefährdet den Gesellschaftsvertrag zwischen Staat und Bürger […]. Einem solchen Missbrauch des Steuersystems auf Unternehmensebene muss dringend Einhalt geboten werden."[3] Im Zuge des Kampfes gegen die internationale Gewinnverlagerung ist die Verankerung von Maßnahmen des BEPS Projekts der OECD in europäischen Richtlinien bereits erfolgt.[4] Dazu gehört auch das Country-by-Country Reporting, welches den Steuerbehörden der Mitgliedstaaten der europäischen Union länderbezogene Ertragsteuerinformationen multinationaler Unternehmen verfügbar macht.[5] Darüber hinaus schlägt die Europäische Kommission eine Änderung der Bilanzierungsrichtlinie vor. Große multinationale Unternehmen sollen länderbezogene Ertragsteu-

* *Prof. Dr. Ulrich Schreiber* ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Universität Mannheim. *Prof. Dr. Johannes Voget* ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Taxation and Finance an der Universität Mannheim. Die Autoren danken für wertvolle Hinweise der Herausgeber.

1 Vgl. *Hines/Rice*, Quarterly Journal of Economics 1994, 149 ff.; *Clausing*, Journal of Public Economics 2003, 2207 ff.; *Huizinga/Laeven*, Journal of Public Economics 2008, 1164 ff.; *Weichenrieder*, International Tax and Public Finance 2009, 281 ff.; *Dharmapala/Riedel*, Journal of Public Economics 2013, 95 ff.

2 Vgl. *Sullivan*, Tax Notes International 2012, 655 f.; *Pinkernell*, StuW 2012, 369 ff.; *Pinkernell*, Internationale Steuergestaltung im Electronic Commerce, 2014.

3 Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Eine faire und effiziente Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union – fünf Aktionsschwerpunkte, Europäische Kommission, COM (2015) 302 final, 17.06.2015, S. 2.

4 Vgl. Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, Amtsblatt der Europäischen Union, L 193/1 vom 19.07.2016.

5 Vgl. Richtlinie (EU) 2016/881 des Rates vom 25. Mai 2016 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich der Verpflichtung zum automatischen Austausch von Informationen im Bereich der Besteuerung, Amtsblatt der Europäischen Union, L 146/8 vom 3.6.2016.

erinformationen offen legen.[6] Damit beschreitet die Europäische Kommission einen Weg, der von der OECD weder erwogen noch vorgeschlagen wurde.

Dieser Beitrag beschäftigt sich deswegen mit der Offenlegung länderbezogener Ertragsteuerinformationen. Eine solche Offenlegung wirft eine Reihe von Fragen auf. Zunächst ist zu prüfen, ob länderbezogene Ertragsteuerinformationen der Öffentlichkeit helfen können, die Angemessenheit einer Steuerzahlung in einem Mitgliedstaat sachgerecht zu beurteilen. Sodann steht in Frage, welche Bedeutung die soziale Verantwortung der Unternehmen hier hat. Schließlich ist zu untersuchen, wie die betroffenen Unternehmen auf die Veröffentlichung von länderbezogenen Steuerinformationen reagieren werden. Wenn die Publikation von länderbezogenen Steuerinformationen zu einer Einschränkung der internationalen Gewinnverlagerung führen sollte, werden multinationale Unternehmen dann stattdessen Investitionen verlagern?

Der Rest des Beitrags ist wie folgt gegliedert. Abschnitt II behandelt den Zusammenhang zwischen Fremdvergleichsgrundsatz und länderbezogenen Ertragsteuerinformationen. Abschnitt III beleuchtet den Zusammenhang zwischen sozialer Verantwortung der Unternehmen und der Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen. Abschnitt IV diskutiert mögliche Wirkungen der Veröffentlichung länderbezogener Ertragsteuerinformationen. Abschnitt V zieht Schlussfolgerungen.

II. Fremdvergleichsgrundsatz

Bei internen Transaktionen multinationaler Unternehmen sind für steuerliche Zwecke Transferpreise festzusetzen. Diese Transferpreise müssen dem Fremdvergleichsgrundsatz genügen. Durch das von der OECD entwickelte Country-by-Country Reporting, das länderbezogene Ertragsteuerinformationen bereitstellt, sollen die Steuerbehörden in die Lage versetzt werden, aus Transferpreisen resultierende Risiken der Gewinnverlagerung besser beurteilen und Verstöße gegen Transferpreisregeln leichter aufdecken zu können.[7]

Die Europäische Kommission will auf diesen Regelungen aufbauen und im Zuge einer Änderung der Bilanzrichtlinie in der Europäischen Union ansässige oberste Mutterunternehmen zur Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen verpflichten, wenn sie die Grenze von 750 Mio. Euro der konsolidierten Nettoumsätze überschreiten. Diese Verpflichtung gilt gleichermaßen für in der Europäischen Union ansässige unverbundene Unternehmen, deren Nettoumsatzerlöse die Grenze von 750 Mio. Euro überschreiten. In der Europäischen Union ansässige mittlere und große Tochterunternehmen sollen länderbezogene Ertragsteuerinformationen ihres in einem Drittstaat ansässigen obersten Mutterunternehmens publizieren, sofern das Mutterunternehmen die Grenze von 750 Mio. Euro der konsolidierten Nettoumsätze überschreitet. Entsprechendes gilt für Zweigniederlassungen, die von einem nicht in der Europäischen Union ansässigen Unternehmen errichtet wurden. Eine Zweigniederlassung ist dann zur Publikation von Ertragsteuerinformationen verpflichtet, wenn sie entweder von einem unverbundenen Unternehmen errichtet wurde oder wenn sie von einem verbundenen Unternehmen einer Gruppe etabliert wurde, die von einem in einem Drittstaat ansässigen obersten Mutterunternehmen kontrolliert wird; es gilt jeweils die Grenze von 750 Mio. Euro der (konsolidierten) Nettoumsatzerlöse.[8] Für jeden Mitgliedstaat getrennt sollen folgende Angaben gemacht werden: kurze Beschreibung der Art der Tätigkeiten, Zahl der Beschäftigten, Nettoumsatzerlöse (einschließlich des Umsatzes mit nahestehenden Unternehmen und Personen), Gewinn oder Verlust vor Ertragsteuern, für das laufende Jahr gezahlte und noch zu zahlende Ertragsteuern und Betrag der einbehaltenen Gewinne. Die Publikationspflicht erstreckt sich nicht nur auf die Europäische Union, sondern auch auf Drittstaaten. Im letzteren Fall sind aggregierte anstelle länderspezifischer Ertragsteuerinformationen zu publizieren.[9]

Die Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen soll öffentliche Kontrolle ermöglichen und bewirken, dass die Gewinne multinationaler Unternehmen dort besteuert werden, wo sie entstehen.[10] Um indes feststellen zu können, ob die berichtete Steuerbelastung des Gewinns eines Unternehmens in einem Mitgliedstaat angemessen ist, bedarf es einer entsprechenden Sollgröße. Diese Sollgröße muss einen Zusammenhang herstellen zwischen dem in einem Mitgliedstaat erzielten steuerlichen Gewinn und den berichteten ökonomischen Sachverhalten, insbesondere der Anzahl der Beschäftigten sowie der erzielten Nettoumsätze. Der berichteten effektiven Steuerbelastung muss eine zu erwartende effektive Steuerbelastung gegenübergestellt werden können. Ohne eine derartige Sollgröße kann man weder beurteilen, ob die Gewinnsteuerzahlungen in einem Mitgliedstaat angemessen sind, noch kann man Unternehmen in dieser Hinsicht vergleichen. Gibt es eine solche Sollgröße?

Transferpreise für interne Transaktionen bestimmen zusammen mit den Preisen externer Transaktionen den Gewinn eines Unternehmens, das zu einem multinationalen Unternehmen gehört. Der Fremdvergleichsgrundsatz, auf dem die steuerliche Beurteilung der Angemessenheit von Transferpreisen beruht, steht deswegen im Zentrum der internationalen Unternehmensbesteuerung. Sind die Transferpreise für interne Transaktionen angemessen, so ist auch der in einem Staat ausgewiesene steuerliche Gewinn angemessen. Der theoretische Kern des Fremdvergleichsgrundsatzes ist der Vergleich einer von einem Unternehmen kontrol-

6 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Offenlegung von Ertragsteuerinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen, Europäische Kommission, COM (2016) 198 final, 12.4.2016.

7 Vgl. OECD, Action 13, Country-by-Country Reporting Implementation Package, 2015, S. 13.

8 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates (FN 6), Art. 48b.

9 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates (FN 6), Art. 48c.

10 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates (FN 6), S. 2
.

lierten internen Transaktion mit einer entsprechenden vom Unternehmen nicht kontrollierten Transaktion, die unabhängige Marktteilnehmer vollziehen. Dieser Vergleich erscheint plausibel, ist indes theoretischen Einwendungen ausgesetzt.

Ein Unternehmen sollte in der Lage sein, Leistungen effizienter zu erstellen oder zu vermarkten als dies der Fall wäre, würde man das Unternehmen in seine konstituierenden Bestandteile zerlegen und diese selbständig agieren lassen.[11] Es ist eine auf Coase[12] zurückgehende Einsicht, dass ökonomische Transaktionen nicht mittels Tauschakten im Markt, sondern in Unternehmen vollzogen werden, wenn Transaktionen in Unternehmen vorteilhafter sind als Transaktionen am Markt. Verglichen werden die Kosten der internen Koordination durch Weisung mit den Kosten der externen Koordination durch Inanspruchnahme des Marktes. Markt und Unternehmen sind also zwei verschiedene Organisationsformen mit transaktionsspezifisch unterschiedlichen Kosten und Nutzen. Daraus folgt im Grundsatz: Wenn Märkte vorhanden sind, auf denen ein Gut gehandelt wird, gibt es keinen Grund für das Unternehmen, an die Stelle der Markttransaktion eine interne Transaktion zu vollziehen, also die Grenze des Unternehmens durch Integration zu verschieben.[13] Wenn umgekehrt Unternehmen eine Transaktion intern ausführen, entscheiden sie sich gegen eine Markttransaktion, weil eine Transaktion am Markt vergleichsweise nachteiliger ist.

Dieses grundsätzliche Verständnis des Verhältnisses von Markt und Unternehmen kann nicht im Einzelnen erklären, was den Zugang eines Unternehmens zum Markt, sein Agieren im Markt und dessen Ausscheiden aus dem Markt bestimmt. Die Vorteile der Integration und damit auch die Gründe für den Zusammenschluss von Unternehmen sind vielfältig: Es kann um Kostenersparnisse, Synergien im Prozess der Leistungserstellung und eine bessere Position am Absatzmarkt gehen.[14] Auch Steuervorteile (wie die Möglichkeit zum Verlustausgleich oder zur internationalen Gewinnverlagerung) können eine Rolle spielen. Wenn Unternehmenszusammenschlüsse den Wettbewerb beeinträchtigen oder weitgehend beseitigen, weil ein Kartell entsteht, so wirkt dies zerstörerisch auf die Marktordnung, geht zu Lasten anderer Marktteilnehmer und ist deswegen zu verhindern. Somit ist die Grenze zwischen Markt und Unternehmen keineswegs scharf gezogen.

Die Vorteile eines Unternehmenszusammenschlusses werden regelmäßig von den Spezifika der Transaktionen abhängen, die durch den Zusammenschluss internalisiert werden.[15] Ein wesentliches Merkmal einer internen Transaktion, welches eine Markttransaktion ausschließt, ist die Spezifität der Transaktion. Gegenstand einer spezifischen Transaktion sind Leistungen, für die es keine oder nur eingeschränkte alternative Verwendungen gibt. Eine Markttransaktion scheidet hier regelmäßig aus, weil ein die Leistung bereitstellender Marktteilnehmer Mittel binden müsste, die außerhalb der speziellen Transaktion nicht wieder freigesetzt werden könnten. Hinzu kommt, dass es in solchen Fällen kaum möglich ist, einen Vertrag am Markt zu schließen, der Art, Menge und Qualität der speziellen Leistung sowie die Durchsetzung der vertraglich vereinbarten Leistungen umfassend regelt. Die unter diesen Bedingungen vorteilhaftere interne Transaktion verursacht zwar auch Kosten der Durchsetzung, erlaubt es aber, spezifische Investitionen zu tätigen, die Verfügung darüber zu schützen und flexibel auf sich ändernde Verhältnisse zu reagieren.[16]

Auch der zur Erklärung von Investitionen multinationaler Unternehmen verwendete OLI Ansatz (OLI steht für ownership, location und internalization) nutzt die Internalisierung von Transaktionen.[17] Multinationale Unternehmen, für deren Geschäftsmodell firmenspezifische immaterielle Wirtschaftsgüter (wie etwa technisches oder kaufmännisches Know-how) sehr bedeutsam sind und die diese Wirtschaftsgüter im Ausland nutzen wollen, sei dies in der Produktion oder bei der Vermarktung, werden zu diesem Zweck regelmäßig nicht auf Markttransaktionen (etwa Kontrakte mit ausländischen Produzenten oder Händlern) zurückgreifen. Die Unsicherheit bei der Nutzung und Entwicklung von Immaterialgütern ist meist groß, und die Nutzung des Immaterialguts durch eine Partei schließt nicht dessen gleichzeitige Nutzung durch eine andere Partei aus. Diese Eigenschaften tragen dazu bei, dass die Transaktionskosten in Form von Kosten der Verhandlung, der Regelung der Nutzungsrechte und insbesondere des vertraglichen Schutzes des Immaterialguts sowie der Durchsetzung entsprechender Verträge sehr hoch sind. Unter diesen Bedingungen werden Unternehmen es vorziehen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften im Ausland zu gründen.

Wenn für bestimmte Transaktionen Unternehmen entstehen, weil Märkte dafür nicht geeignet sind, so ist aus dieser transaktionsökonomischen Sicht der steuerliche Fremdvergleichsgrundsatz, der für eine interne Transaktion eine vergleichbare Markttransaktion sucht, im Grundsatz verfehlt. Wenn Unternehmen durch die Gründung von Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften den Markt ausgeschaltet haben, wird man für interne Transaktionen keine Marktpreise finden. Direkt vergleichbare Transaktionen außerhalb von Unternehmen gibt es dann nicht. Es ist deswegen auch nicht möglich, Transferpreise für Transaktionen innerhalb eines Unternehmens vergleichbar zu Transaktionen zwischen unabhängigen Unternehmen festzu-

11 Vgl. *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 14th printing 2003, S. 15 ff. für einen Überblick zur Theorie des Unternehmens.

12 Vgl. *Coase*, Economica 1937, 386 ff.

13 Vgl. *Milgrom/Roberts*, Economics, Organization & Management, 1992, S. 80 f.

14 Vgl. *Pepall/Richards/Norman*, Industrial Organization, Contemporary Theory and Empirical Implications, 5th ed. 2014, S. 385 ff.

15 Vgl. *Milgrom/Roberts* (FN 13), S. 552–561.

16 Vgl. *Neus*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, 8. Aufl. 2013, S. 134 ff. für einen Überblick; *Holmström/Roberts*, Journal of Economic Perspectives, 1998, 73; *Milgrom/Roberts*, in: Alt/Shepsle, Perspectives on Positive Political Economy, 1990, S. 57 ff.

17 Vgl. *Dunning*, in: Ohlin/Hesselborn/Wijkman, The International Allocation of Economic Activity, 1977, S. 395 ff.; *Dunning*, International Business Review 2000, 163 ff.

legen: „‚Richtige' Verrechnungspreise ließen sich nur dann erreichen, wenn es sich nie gelohnt hätte, die Unternehmung zu gründen."[18] Der Transferpreis einer internen Transaktion kann deswegen nur unter sehr speziellen Annahmen dem Marktpreis dieser Transaktion gleichen: Es muss einen Markt geben, auf dem vollkommener Wettbewerb herrscht, und das Unternehmen darf sich keiner Veränderung von Kosten und Nutzen gegenübersehen, wenn es statt der internen Transaktion die Transaktion am Markt wählt. Diese Bedingungen dürften indes praktisch häufig nicht erfüllt sein, da es in diesem Fall keinen Grund gibt, die Markttransaktion durch eine interne Transaktion zu ersetzen.

Unternehmen entstehen, wenn es sich lohnt, Aktivitäten und Wirtschaftsgüter unter einheitlicher Entscheidung und Kontrolle zusammenzuführen. Unternehmen beziehen Leistungen und Wirtschaftsgüter zu Marktpreisen, und sie geben Wirtschaftsgüter und Leistungen zu Marktpreisen ab. Die Kooperation in Unternehmen erzeugt einen Gewinn, der sich nicht als Summe einzeln identifizierbarer und bewertbarer Leistungen ergibt. Grundsätzlich fällt der Gewinn den Eigentümern zu, welche die Kooperation organisieren.[19] Es mag auch sein, dass die Eigentümer einen Teil des Gewinns mit Managern oder Arbeitnehmern teilen, weil diese über entsprechende Marktmacht verfügen oder weil sich die Eigentümer davon positive Anreizeffekte versprechen. Wie hier auch immer verfahren wird, der Unternehmensgewinn entsteht durch die gemeinsame Nutzung und Verwertung vom Markt bezogener Wirtschaftsgüter oder Leistungen und beruht damit auf Synergien. Der Wert eines profitablen Unternehmens übersteigt folglich grundsätzlich die Summe der Marktpreise der vom Markt einzeln bezogenen Wirtschaftsgüter oder Leistungen.

Wenn es für Zwecke der Besteuerung erforderlich ist, den auf Synergien beruhenden Gewinn auf einzelne interne Transaktionen aufzuteilen, so kann dies im Grundsatz nach vielen verschiedenen Schemata erfolgen. Bei der Bestimmung von Transferpreisen ist die übliche Herangehensweise, denjenigen Transaktionspartner als zu testenden Transaktionspartner (tested party)[20] festzulegen, für den eine Methode der Bestimmung von Transferpreisen am zuverlässigsten anzuwenden ist. Dies wird regelmäßig derjenige Transaktionspartner sein, der weniger komplexe Funktionen aufweist und deswegen auch weniger Risiken übernimmt. Es mag dann im Einzelfall plausibel erscheinen, einem Transaktionspartner lediglich einen angemessenen Gewinnaufschlag zuzugestehen (etwa im Rahmen der cost plus method), während der darüber hinaus gehende Gewinn dem anderen Transaktionspartner zufällt.

Zur Beurteilung länderbezogener Ertragsteuerinformationen mag man entsprechend einer Tochtergesellschaft mindestens den Gewinn zuordnen, den ein unabhängiges, möglichst vergleichbares Unternehmen erzielt. Jedoch gilt auch hier, dass ein zu einem multinationalen Unternehmen gehörendes Unternehmen nicht selbständig Gewinne erwirtschaftet, sondern dies im Verbund mit anderen Unternehmen erfolgt. Dieser Verbund kann dem verbundenen Unternehmen Vorteile bringen, die etwa durch die Nutzung firmenspezifischer immaterieller Wirtschaftsgüter des multinationalen Unternehmens entstehen. Tatsächlich gibt es empirische Hinweise darauf, dass multinationale Unternehmen in der Regel deutlich produktiver sind als unverbundene nationale Unternehmen.[21] Aber auch Nachteile können einem verbundenen Unternehmen entstehen, wenn etwa zur Steigerung des Gesamtgewinns des Unternehmensverbunds ein Verzicht auf vorteilhafte Transaktionen erzwungen wird. Der auf Synergien beruhende Erfolg eines multinationalen Unternehmens kann deswegen ökonomisch nicht eindeutig einem einzelnen verbundenen Unternehmen und damit auch nicht einem einzelnen Staat zugeordnet werden.

Auch wenn der Vergleich mit einem unabhängigen Unternehmen den Verbundeffekt negiert, kann man doch fragen, wie hoch der Gewinn eines zu einem multinationalen Unternehmen gehörenden Unternehmens wäre, wenn dieses aus dem Verbund herausgelöst würde. Nimmt man etwa die Zerschlagung des verbundenen Unternehmens an, so lässt sich der dabei entstehende Gewinn oder Verlust als Differenz der Marktwerte und der Buchwerte der einzeln zu veräußernden Wirtschaftsgüter dieses Unternehmens bestimmen. In diesen stillen Reserven der Wirtschaftsgüter kann man eine Untergrenze für den Gewinn dieses verbundenen Unternehmens sehen. Allerdings informiert diese Untergrenze des Gewinns nicht darüber, welches der Beitrag der einzelnen Wirtschaftsgüter zum Gewinn des Unternehmens innerhalb des Unternehmensverbundes (also bei Fortführung des verbundenen Unternehmens) ist.

Keine Verteilung aus der Menge möglicher Verteilungen des Gewinns eines multinationalen Unternehmens auf einzelne verbundene Unternehmen entspricht deswegen dem Verursachungsprinzip, das darüber informiert, welchen Beitrag Arbeitsleistungen oder Wirtschaftsgüter, die einem einzelnen verbundenen Unternehmen zur Verfügung stehen, zum Gewinn des multinationalen Unternehmens geleistet haben. Der Gewinn eines Unternehmens lässt sich in diesem kausalen Sinne einzelnen Wirtschaftsgütern oder Arbeitsleistungen nicht „richtig" zuordnen.[22] Es lässt sich daher im Sinne eines Verursachungsprinzips keine eindeutige ökonomische Sollgröße ermitteln, um die Angemessenheit des steuerlichen Gewinns und der gezahlten Ertragsteuern einzelner oder mehrerer Unternehmen in einem Staat zu beurteilen. Insoweit fehlt der Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen ein klarer ökonomischer Referenzpunkt.

---

18 *Schauenberg/Schmidt*, in: Kappler, Rekonstruktion der Betriebswirtschaftslehre als ökonomische Theorie, 1983, S. 247 ff. (265); vgl. auch *Schneider*, Der Betrieb 2003, S. 53, 54.

19 Vgl. *Alchian/Demsetz*, The American Economic Review 1972, 777 ff.

20 Vgl. OECD, Transfer Pricing Methods, 2010, Tz. 46.

21 Vgl. *Helpman/Melitz/Yeaple*, The American Economic Review 2004, S. 300 ff., die finden, dass nur die produktivsten Unternehmen Auslandsaktivitäten entfalten und nur die produktivsten dieser Unternehmen im Ausland investieren.

22 Vgl. *Ewert/Wagenhofer*, Interne Unternehmensrechnung, 8. Aufl. 2014, S. 569.

III. Gerechte Unternehmensbesteuerung

In der Öffentlichkeit wird die Angemessenheit der Ertragsteuerzahlungen multinationaler Unternehmen weniger als ein ökonomisches Problem, sondern vielmehr als eine Frage der steuerlichen Gerechtigkeit gesehen. Auch die Kommission der Europäischen Union will mit der Bekämpfung der internationalen Gewinnverlagerung vor allem das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Fairness der nationalen Steuersysteme wieder herstellen. Zwei Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die Maßnahmen des BEPS Projekts der OECD umzusetzen. Zum einen eine Richtlinie des Rates der Europäischen Union[23] zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken und zum anderen eine Richtlinie des Rates der Europäischen Union[24] betreffend den automatischen Austausch eines länderbezogenen Berichts (Country-by-Country Report). Durch den länderbezogenen Bericht erhalten die Steuerbehörden der Mitgliedstaaten Informationen über die Geschäftseinheiten multinationaler Unternehmen sowie über Erträge, Gewinne und Verluste vor Steuern, gezahlte und noch zu zahlende Ertragsteuern, Kapital, einbehaltene Gewinne, Beschäftigte und materielle Vermögenswerte für alle Staaten, in denen ein multinationales Unternehmen tätig ist. Diese Informationen sollen den Steuerbehörden die sachgerechte Anwendung der Regeln zur Ermittlung von Transferpreisen erleichtern. Mit dem Vorschlag einer Offenlegung länderbezogener Ertragsteuerinformationen geht die Europäische Kommission über diese im Rahmen der OECD vereinbarten Maßnahmen hinaus. Nicht nur den Steuerbehörden zugängliche Informationen, sondern auch öffentlich verfügbare Informationen über die Ertragsteuerzahlungen eines Unternehmens sollen die internationale Gewinnverlagerung eindämmen.

Von der Offenlegung wird erwartet, dass sie den fairen Steuerwettbewerb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union befördert und die Unternehmen in die Verantwortung nimmt, mit ihren Steuern zum Wohlstand beizutragen.[25] Für den Steuerwettbewerb und die Steuersysteme sind die Mitgliedstaaten verantwortlich, welche die steuerrechtlichen Regeln setzen. Dagegen geht es bei der Verantwortung der Unternehmen um deren Handeln innerhalb der von den Staaten gesetzten Regeln. Es ist daher zwischen Regeln und Verhalten innerhalb von Regeln zu unterscheiden.[26] Die Auswahl von Regeln des Steuerrechts erfolgt im politischen Prozess im Rahmen der Gesetzgebung. Gesetzestreue Steuerzahler bewegen sich in dem von diesen Regeln definierten Rechtsraum.

Multinationale Unternehmen verfügen innerhalb der bestehenden steuergesetzlichen Regeln über einen gewissen Spielraum, der sich insbesondere bei der Bestimmung von Transferpreisen zeigt und den sie zur Verlagerung von Buchgewinnen nutzen können. In der ungebührlichen Nutzung dieses Spielraums wird ein Fehlverhalten gesehen, für das die mangelnde Transparenz von Steuerzahlungen verantwortlich gemacht wird: „This non-transparency will allow some companies to engage in tax planning strategies which are not in line with their corporate responsibilities and which, if they were known by the public (consumer, investor, civil society…), would often not be accepted."[27] Tatsächlich zeigen vergleichsweise geringe Steuerzahlungen multinationaler Unternehmen den übrigen Steuerzahlern an, dass sie unverhältnismäßig hoch belastet sind. Die höher belasteten Steuerzahler könnten eine zentrale Regel fairen Verhaltens verletzt sehen, der zufolge ein Akteur keinen Gewinn anstreben sollte, indem er einem anderen Akteur einen entsprechenden Verlust zufügt.[28] Ein von den Steuerzahlern wahrgenommener Verstoß gegen diese Regel könnte das Vertrauen in das Steuersystem schädigen und die Bereitschaft untergraben, steuerliche Pflichten zu respektieren.[29] Vermehrte steuerliche Transparenz soll deswegen öffentlichen Druck auf multinationale Unternehmen erzeugen, diese zu steuerlichem Wohlverhalten bewegen und dadurch insgesamt das Vertrauen in das Steuersystem festigen.

Die Publikation von Steuerinformationen ist nicht völlig neu. In Dänemark, Norwegen und Schweden sind Informationen über steuerpflichtiges Einkommen und Einkommensteuerschulden öffentlich zugänglich. Auch in den USA gab es in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts eine kurze Zeit, in der Einkommensteuerinformationen öffentlich zugänglich waren.[30] Die Regel ist dies allerdings nicht. In Deutschland ist das Steuergeheimnis Komplement der Offenlegungspflicht des Steuerpflichtigen. Die Vertraulichkeit der Information soll es der Finanzverwaltung erleichtern, die steuerlich relevanten Verhältnisse festzustellen und vollständig zu erfassen, um die gesetzmäßige und gleichmäßige Besteuerung zu gewährleisten. Dieses öffentliche Interesse ist im Rechtsstaatsprinzip und im Gleichbehandlungsgebot verankert.[31] Die Offenlegung länderbezogener Steuerinformationen schränkt das Steuergeheimnis ein, unabhängig davon, ob diese Einschränkung innerhalb verfassungsrechtlicher Grenzen erfolgt.

Die Begründung für vermehrte steuerliche Transparenz stützt sich auf eine Sicht des Unternehmens, wonach das Management nicht nur die Interessen der Eigentümer (Shareholder), sondern weiterer Anspruchsgruppen (Stakeholder) zu berücksichtigen hat.[32] Zu den Stakeholdern gehören etwa Arbeitnehmer, Kunden und

23 Vgl. Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 (FN 4) betreffend Hinzurechnungsbesteuerung, Zinsabzugsbeschränkung, doppelte Nicht-Besteuerung und hybride Instrumente, Wegzugsbesteuerung und eine Anti-Missbrauchsregel.

24 Vgl. Richtlinie (EU) 2016/881 des Rates vom 25. Mai 2016 (FN 5).

25 Vgl. Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU (FN 6), S. 11.

26 Vgl. *Brennan/Buchanan*, The reason of rules, Constitutional political economy, 1985, S. 5 ff.

27 Vgl. European Commission, Commission Staff Working Document, SWD (2016) 117 final, 12.4.2016, S. 13.

28 Vgl. *Kahnemann/Knetsch/Thaler*, The American Economic Review 1986, S. 728, 731.

29 Vgl. *Schneider*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2015, S. 412 ff. (420); European Commission, Commission Staff Working Document (FN 27), S. 15.

30 Vgl. *Slemrod/Gillitzer*, Tax Systems, 2014, S. 177.

31 Vgl. BVerfG v. 27.06.1991, 2 BvR 1493/89, BStBl. 1991 II S. 654, 668.

32 Vgl. *Freeman*, Strategic Management: A stakeholder approach, 1984.

Lieferanten, der Staat und die Gesellschaft. Es ist die Aufgabe des Managements, den Zielen der Stakeholder gerecht zu werden. Der Stakeholder-Ansatz ist im Kern normativ begründet. Stakeholder sind Personen, die ein legitimes Interesse an dem Unternehmen haben und deren Interessen daher von dem Unternehmen zu beachten sind.[33] Die unternehmerische soziale Verantwortung (corporate social responsibility) beschreibt somit ein Handeln gegenüber Stakeholdern, das über die Anforderungen des Rechts hinausgeht. Auch das steuerliche Handeln und die steuerliche Reputation eines Unternehmens werden damit in Verbindung gebracht.[34] Die Steuerzahlung dient der Befriedigung der legitimen Interessen aller Anspruchsgruppen. Das Unternehmen soll deswegen einen fairen Beitrag zum Steueraufkommen leisten. Die Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen dient dazu, dieses gebotene steuerliche Verhalten zu stärken, welches zu der sozialen Verantwortung der Unternehmen gehört.[35]

Soziale Verantwortung und soziale Gerechtigkeit sind in den Wohlfahrtsstaaten westlicher Prägung wichtige Ziele im politischen Prozess. Hinter diesen Begriffen verbergen sich aber häufig unbestimmte Vorstellungen über Verteilungsgerechtigkeit.[36] Es ist deswegen auch nicht eindeutig, was soziale Verantwortung der Unternehmen auf dem Gebiet der Ertragsteuern im Einzelnen bedeutet.[37] Nach einer weithin akzeptierten Vorstellung von Fairness werden die Ertragsteuern, die ein multinationales Unternehmen in einem Staat zu zahlen hat, an dem in diesem Staat geltenden Ertragsteuersatz und einem in diesem Staat als angemessen erachteten Gewinn festgemacht. Ihren Referenzpunkt findet diese Sicht von Fairness in der Steuerbelastung von nationalen Unternehmen, die nicht über die Instrumente der internationalen Gewinnverlagerung verfügen, welche einem multinationalen Unternehmen zur Verfügung stehen.[38] Es soll damit sichergestellt werden, dass auch multinationale Unternehmen einen angemessenen Beitrag zur Finanzierung öffentlicher Güter und zur Umverteilung der Markteinkommen leisten. Vor allem multinationalen Unternehmen, die über vergleichsweise große Spielräume der internationalen Gewinnverlagerung verfügen (weil sie interne Transaktionen vollziehen, für die sehr schwer Transferpreise zu bestimmen sind), sollen diese Spielräume verlieren.

Diesem Referenzpunkt fairer Besteuerung scheinen multinationale Unternehmen häufig nicht gerecht zu werden. Es gibt über die einer weiten Öffentlichkeit bekannt gewordenen Einzelfälle hinaus empirische Evidenz dafür, dass multinationale Unternehmen den so bestimmten fairen Anteil am Steueraufkommen nicht tragen. Eine Studie,[39] die auf Daten der Jahresabschlüsse von Unternehmen beruht, die in den Jahren 1999 bis 2006 in 31 europäischen Staaten ansässig waren, findet, dass multinationale Unternehmen in Staaten mit niedrigen Ertragsteuersätzen höhere Gewinne ausweisen als vergleichbare nationale Unternehmen, während in Staaten mit hohen Ertragsteuersätzen der umgekehrte Zusammenhang gilt. Entsprechend sind die Ertragsteuerzahlungen multinationaler Unternehmen in Ländern mit hohen Steuersätzen geringer als die Ertragsteuerzahlungen vergleichbarer heimischer Unternehmen. Für deutsche Unternehmen allerdings berichtet eine Studie,[40] die sich auf Unternehmensdaten der Jahre 2003 bis 2012 stützt, dass die Steuerquoten der Einzelabschlüsse rein deutscher nationaler Konzerne über den gesamten betrachteten Zeitraum niedriger sind als die Steuerquoten der Einzelabschlüsse des deutschen Konzernteils deutscher multinationaler Konzerne. Die Studie vermutet, dass der Steuerplanungsvorteil multinationaler Unternehmen unter anderem durch nicht vermiedene Doppelbesteuerung und Verrechnungspreisstreitigkeiten konterkariert wird.

Im Einzelfall wird ein Management, das sozial verantwortlich handeln will, das öffentliche Interesse an der Steuerzahlung gegen private Interessen abwägen, die im Unternehmen manifest sind. Es gibt dann ein Austauschverhältnis zwischen sozialer Verantwortung und dem privaten Interesse an der Mehrung des Gewinns.[41] Es mag sein, dass der Beitrag zur sozialen Gerechtigkeit als zu gering eingeschätzt wird, um auf eine gewinnerhöhende steuerliche Gestaltung zu verzichten. Daher kann ein Gegensatz zwischen (ungeschriebenen) Regeln sozialer Verantwortung und (geschriebenen) Regeln des Steuerrechts entstehen. Das Management multinationaler Unternehmen, das dem privaten Interesse an höheren Nettogewinnen den Vorzug gibt, scheint man moralisch verurteilen zu können, weil es Altruismus in Form der fairen Teilhabe der Allgemeinheit am Gewinn durch eine höhere Steuerzahlung ablehnt.

Kann man von Unternehmen im Namen der sozialen Verantwortung tatsächlich mehr verlangen als die Steuern zu bezahlen, die sie nach dem Gesetz schulden? Der wohl prominenteste Ökonom, der sich gegen moralische Ansprüche an Unternehmen gewendet hat, die ihre Begründung jenseits des Handelns der Unternehmen in Märkten finden, ist Milton Friedman. Im Mittelpunkt des Denkens von Friedmann steht die individuelle Freiheit[42] und damit auch die Freiheit, über finanzielle Mittel zu verfügen. Eigentümer überlassen Unternehmen ihre finanziellen Mittel. Manager, die Unternehmen führen, sind deren Eigentümern verantwortlich. Manager entscheiden über die Verwendung der Mittel der Eigentümer, und ihre Aufgabe ist es, die-

33 Vgl. Donaldson/Preston, Academy of Management Review 1995, 65 ff.

34 Vgl. *Hardeck/Clemens*, Betriebs-Berater 2016, 918 ff.; *Avi-Yonah*, in: Schön, Tax and Corporate Governance, 2008, 183 ff. für einen Überblick.

35 Vgl. *Lenter/Shackelford/Slemrod*, National Tax Journal 2003, 803, 820; European Commission, Commission Staff Working Document (FN 27), S. 19.

36 Vgl. *Hayek*, Law Legislation and Liberty, Vol. 2, The Mirage of Social Justice, 1976, S. 62 ff., der feststellt: „In a free society in which the position of the different individuals and groups is not the result of anybody's design, […] the differences in rewards cannot meaningfully be described as just or unjust." (S. 83).

37 Vgl. *Dowling*, Journal of Business Ethics 2014, 173 ff.

38 Vgl. *Dowling* (FN 37), S. 175.

39 Vgl. *Egger/Eggert/Winner*, Journal of Public Economics 2010, 99 ff.

40 Vgl. *Watrin/Thomsen*, Steuer und Wirtschaft 2016, 3, 7 ff. mit weiteren Nachweisen.

41 Vgl. *Brennan/Buchanan* (FN 26), S. 146 ff.

42 Vgl. *Friedmann*, Capitalism and Freedom, 1962 (reissued 2002), 7 ff.

se Mittel zu mehren, also möglichst hohe Gewinne zu erzielen. Den Managern eine andere Aufgabe zuzuweisen, bedeutet, sie auf die Verfolgung politischer Ziele zu verpflichten. Nicht das Handeln in Märkten, sondern politische Ziele entscheiden dann über die Verwendung knapper Ressourcen.[43]

Fordert man gleichwohl von Unternehmen, ihrer sozialen Verantwortung im Bereich der Besteuerung gerecht zu werden, so lässt man deren Manager ohne eine klare Zielsetzung. Da es unmöglich ist, gleichzeitig die Erreichung mehrerer im Konflikt stehender Ziele zu maximieren, tritt an die Stelle des eindeutigen Ziels, den Wert der Unternehmung zu maximieren, ein Katalog von Zielen mit nicht eindeutigen Zielgewichten. Es bleibt dann offen, wie das Management die steuerlichen Verhältnisse eines Unternehmens gestalten soll, damit nicht nur die Steigerung des Unternehmenswerts im Interesse der Eigentümer, sondern auch mehrfache weitere Ziele anderer Anspruchsgruppen erreicht werden. Diese Unbestimmtheit verschafft dem Management mehr Entscheidungsspielraum und erschwert dessen Kontrolle durch die Eigentümer. Diese Schwierigkeit entsteht nicht, wenn das Management ausschließlich auf das Ziel der langfristigen Steigerung des Unternehmenswerts verpflichtet ist. Diese ausschließliche Verpflichtung des Managements auf nur ein Ziel bedeutet nicht, dass nur das Interesse der Eigentümer gewahrt wird. Denn bei der Verfolgung dieses Ziels wird das Management die Reaktionen anderer Marktteilnehmer mit einbeziehen.[44] Jensen formuliert diese Einsicht so: „We cannot create value without good relations with customers, employees, financial backers, suppliers, regulators, communities, and so on."[45] Auch Reputation gehört zum wirtschaftlichen Eigeninteresse. Wirtschaftlich Handelnde werden vom gesellschaftlichen Ansehen ausgehende Kosten und Erträge in Rechnung stellen.[46] Die Auswirkungen der Steuerplanung auf die Reputation bestimmen den Unternehmenswert mit. Reputationswirkungen der Steuerplanung werden deswegen zurecht dem Verantwortungsbereich der Unternehmensleitung zugeordnet.[47]

Einen Gegensatz herzustellen zwischen dem wohlverstandenen steuerlichen Eigeninteresse und der steuerlichen Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft und damit einen Mangel an steuerlichem Altruismus als Verstoß gegen ein politisch legitimiertes Gebot sozialer Verantwortung einzustufen, erzeugt eine moralische Distanz zur Marktordnung.[48] Der Wettbewerb in Märkten beruht auf der durch Gesetze definierten Freiheit der Akteure, und das Gewinnstreben führt knappe Ressourcen in die jeweils beste Verwendung. Die Verknüpfung von freiem Handeln in Märkten und Herrschaft des Rechts befördert somit das gemeine Wohl.[49] Daher führt der moralisch begründete Vorwurf egoistischen Handelns insoweit in einen Widerspruch. Von Unternehmen, die im Wettbewerb stehen, kann deswegen auch kein Verhalten gefordert werden, das eine Teilnahme am Wettbewerb erschwert oder gar unterbindet.[50] Steuermoralisch erwünschtes Verhalten kann von anderen Wettbewerbern ausgebeutet werden, welche sich derartigen steuermoralischen Ansprüchen entziehen. Unter diesen Bedingungen kann sich der Verzicht auf Steuerplanung im Markt nicht durchsetzen.

Wenn allerdings der Wettbewerb durch das Vorliegen von Monopolen oder Externalitäten (also erzwungenen negativen Auswirkungen unternehmerischen Handelns auf andere Markteilnehmer, für welche diese keinen Ausgleich erhalten) verzerrt ist, so steht dies dem gemeinen Wohl entgegen.[51] Es kommt zu einer Beschränkung der Freiheit des Handels, und das Markthandeln ist nicht mehr durch Freiheit aller Akteure legitimiert.[52] Steuervermeidung einzelner Unternehmen ist für Wettbewerbsverzerrungen verantwortlich, wenn andere Steuerzahler weder Einfluss darauf ausüben noch dafür einen Ausgleich erhalten.[53] Tatsächlich können multinationale Unternehmen sowohl über erhebliche Marktmacht verfügen als auch Steuern durch internationale Gewinnverlagerung vermeiden. Letztere Möglichkeit ist ausschließlich national investierenden Unternehmen verschlossen. Werden die Steuervorteile multinationaler Unternehmen nicht im Wettbewerb beseitigt, fallen sie den Eigentümern (und Managern) der betreffenden Unternehmen zu.[54] Bei einem gegebenen Ertragsteueraufkommen müssen Unternehmen, die nur national investieren, vergleichsweise höhere Ertragsteuerzahlungen leisten und entsprechende finanzielle Nachteile hinnehmen. Verzerrungen im Wettbewerb zwischen multinationalen Unternehmen und nationalen Unternehmen sind die Folge. Es gibt empirische Evidenz, dass solche Verzerrungen etwa bei dem Erwerb ganzer Unternehmen auftreten.[55]

Ebenso wie Wettbewerbsverzerrungen aufgrund eines Monopols mittels marktordnender gesetzlicher Regeln zu verhindern oder zu beseitigen sind, so müssen auch Wettbewerbsverzerrungen, welche durch Besteuerungsregeln für multinationale Unternehmen entste-

43 Vgl. *Friedman*, in: Zimmerli/Holzinger/Richter, Corporate Ethics and Corporate Governance, 2007, S. 173 ff.

44 Vgl. *Jensen*, Business Ethics Quarterly 2002, 235 ff.; *McWilliams/Siegel*, Academy of Management Review 2001, 117 ff.

45 Vgl. *Jensen* (FN 44), 246.

46 Vgl. *Giersch*, in: Vaubel/Barbier, Handbuch Marktwirtschaft, 1993, S. 12, 16.

47 Vgl. *Erle*, in: Schön, Tax and Corporate Governance, 2008, 205 ff.

48 Vgl. Donaldson/Preston (FN 33), S. 88, „The plain truth is that the most prominent alternative to the stakeholder theory (i.e., the „management serving the shareowners" theory) is morally untenable."

49 Vgl. *Homann/Lütge*, Einführung in die Wirtschaftsethik, 2013, S. 17 ff.; *Jensen* (FN 44), S. 239–240; *Schneider*, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 1990, 869, 879.

50 Vgl. *Homann*, Sollen und Können, 2014, S. 61 ff.; *Wagner*, Deutsches Steuerrecht 2014, 1133, 1136 hält es nicht für sinnvoll, die Steuervermeidung, welche zu einer privatwirtschaftlichen Ökonomie gehört, moralisch anzuprangern.

51 Vgl. *Jensen* (FN 44), 239 f.

52 Vgl. *Friedmann* (FN 42), S. 120; *Jahn/Brühl*, Journal of Business Ethics 2016, published online 24.10.2016.

53 Vgl. *Slemrod/Gillitzer*, (FN 30), S. 99.

54 Vgl. *Slemrod*, National Tax Journal 2004, 877, 893.

55 Vgl. *Belz/Robinson/Ruf/Steffens*, SSRN Working Paper 2013 zu empirischer Evidenz von Vorteilen multinationaler Unternehmen beim Unternehmenskauf, die auf internationaler Gewinnverlagerung beruhen.

hen, mittels einer Änderung dieser Besteuerungsregeln beseitigt werden. Von geänderten Regeln kann man sich dann ein entsprechend verändertes Verhalten multinationaler Unternehmen versprechen. Für eine derartige Regeländerung ist ein Zusammenwirken der Staaten erforderlich, um den Steuerwettbewerb zu überwinden, der sich aus dem steuerlichen Interessengegensatz der Staaten ergibt. Die Staaten befinden sich allerdings in einem Gefangenendilemma: Zwar stellt steuerliche Kooperation alle Staaten besser. Indes hat jeder einzelne Staat ein Interesse daran, sich nicht kooperativ zu verhalten und Investitionen und Gewinne durch steuerliche Maßnahmen anzuziehen. Wenn alle Staaten so vorgehen, kommt Kooperation nicht zustande, und der Steuerwettbewerb bleibt bestehen. Für alle Staaten wird dann das schlechteste Ergebnis erzielt. Die Durchsetzung einer kooperativen Lösung (etwa mittels Sanktionen oder Kompensationen) ist daher schwierig.

Das BEPS Projekt der OECD und die darauf beruhenden Europäischen Richtlinien verringern zwar den Spielraum für internationale Gewinnverlagerungen, sie sind aber nicht geeignet, den steuerlichen Interessengegensatz der Staaten zu beseitigen. Innerhalb der Europäischen Union könnte es allerdings gelingen, den Steuerwettbewerb und steuerlich motivierte internationale Gewinnverlagerungen einzudämmen. Denkbar ist eine Verständigung über die Normen der steuerlichen Gewinnermittlung verbunden mit einer verbindlich geregelten Aufteilung des steuerlichen Gewinns sowie einer Vereinbarung über die Ertragsteuersätze. Die Europäische Kommission hat einen entsprechenden Stufenplan zur Umsetzung einer gemeinsamen, konsolidierten Bemessungsgrundlage vorgeschlagen.[56] Dieser Stufenplan nimmt aber die Ertragsteuersätze aus. Dies ist eine entscheidende Schwäche. Denn ohne eine Vereinbarung über den Ertragsteuersatz löst die Aufteilung der Gewinne Anreize zu Investitions- und Gewinnverlagerungen aus, soweit bei der Aufteilung (wie von der Europäischen Kommission vorgesehen) auf die Faktoren Kapital und Arbeit rekurriert wird.[57] Man könnte deswegen auf diese Aufteilungsfaktoren verzichten und nur die Umsätze für die Aufteilung des Gewinns verwenden.[58] Auch eine völlige Abkehr von der Gewinnbesteuerung hin zu einer Besteuerung von Zahlungen (bestimmungslandbasierte Cash Flow-Steuer) ist denkbar.[59] Weder Umsätze als alleiniger Aufteilungsfaktor noch eine bestimmungslandbasierte Cash Flow-Steuer werden aber derzeit von der Europäischen Kommission erwogen.

Die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene gemeinsame, konsolidierte Bemessungsgrundlage wendet sich nur an die Mitgliedstaaten. Drittstaaten sind in diese Vereinbarung nicht eingebunden. Im Verhältnis zu Drittstaaten würden die derzeitigen Besteuerungsregeln fortgelten. Damit würde Drittstaaten weder der Anreiz genommen noch würden sie gehindert, Regelungen zu schaffen, die steuerliche Investitions- und Gewinnverlagerungen begünstigen. Eine auf die Europäische Union beschränkte Vereinbarung über die Besteuerung der Gewinne multinationaler Unternehmen greift also grundsätzlich selbst dann zu kurz, wenn sie eine Angleichung der Ertragsteuersätze umfasst. Allerdings bestätigt die empirische Evidenz zum Steuerwettbewerb diesen Schluss nicht zweifelsfrei. Es gibt zwar klare Hinweise darauf, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf die Ertragsteuersätze anderer Mitgliedstaaten reagieren und somit über den (effektiven) Ertragsteuersatz Anreize für Investitions- und Gewinnverlagerungen schaffen.[60] Jedoch findet sich nur schwache Evidenz dafür, dass es einen derartigen steuerlichen Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union einerseits und anderen Regionen der Welt andererseits gibt.[61]

Wenn Reaktionen von Drittstaaten auf gemeinsame europäische Besteuerungsregeln für multinationale Unternehmen ausbleiben sollten, könnte eine auf die Europäische Union begrenzte Angleichung des (effektiven) Ertragsteuersatzes geeignet sein, von multinationalen Unternehmen hervorgerufene steuerliche Wettbewerbsverzerrungen im europäischen Binnenmarkt zu verringern. Indes ist unklar, ob Drittstaaten auf eine so weitreichende Maßnahme der Europäischen Union tatsächlich nicht reagieren würden. Hinzu kommt: Eine alle Mitgliedstaaten umfassende Vereinbarung über die Ermittlung, Verteilung und Besteuerung der Gewinne multinationaler Unternehmen würde zwangsläufig wettbewerbliche Elemente des Steuersystems zugunsten kartellähnlicher Harmonisierung beseitigen.[62] Dies hätte zwei Folgen: Zum einen wäre den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten ein zentraler Teil des Steuersystems weitgehend entzogen. Denn ohne Zustimmung aller Mitgliedstaaten wären Änderungen des gemeinsamen Regelwerks nicht mehr möglich. Es käme in diesem Bereich zu einer weitgehenden Erstarrung der nationalen (und europäischen) Steuerpolitik. Selbst wenn dessen ungeachtet ein gemeinsames Regelwerk vereinbart würde, blieben die steuerlichen Interessengegensätze der Mitgliedstaaten (etwa zwischen Mitgliedstaaten mit unterschiedlich stark ausgebauten Systemen der sozialen Sicherung) bestehen. Damit wäre die Instabilität des steuerlichen Regelwerks vorgezeichnet. Zum anderen verändert ein gemeinsames Steuerregime für multinationale Unternehmen den Zugriff der Mitgliedstaaten auf deren steuerliche Ressourcen. Geht man davon aus, dass der steuerli-

56 Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat (FN 3), S. 7–8; European Commission, Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), Strasbourg, 25.10.2016, COM(2016) 683 final; European Commission, Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, Strasbourg, 25.10.2016, COM(2016) 685 final.

57 Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Einheitliche Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer in der Europäischen Union, 2007, S. 27 f.

58 Vgl. *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Florida Tax Review 2009, 497 ff.

59 Vgl. *Auerbach/Devereux/Simpson*, in: Adam et al., Dimensions of Tax Design – The Mirlees Review, 2010, S. 882 ff.

60 Vgl. *Redoano*, European Journal of Political Economy 2014, 353 ff. (364); *Overesch/Rinke*, The Scandinavian Journal of Economics 2011, 579 ff.; *Davies/Voget*, Oxford University Centre for Business Taxation, WP 08/30, 2008 (17).

61 Vgl. *Streif*, ZEW Discussion Paper No. 15-082, 2015 (14).

62 Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Reform der internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung, 1998, S. 96–97.

che Zugriff eines Staates vom Leviathan-Typ durch Regeln der Verfassung einerseits und durch die internationale Mobilität der fiskalischen Ressourcen andererseits begrenzt ist,[63] so würde die Harmonisierung der europäischen Unternehmenssteuern eine der beiden Begrenzungen des steuerlichen Zugriffs schwächen. Denn die Mitgliedstaaten müssten eine Abwanderung fiskalischer Ressourcen in Form von Investitions- und Gewinnverlagerungen weniger fürchten. Bei einer Schwächung der wettbewerblichen Elemente des Steuersystems wären europäische Steuerzahler deswegen stärker auf Restriktionen angewiesen, welche die jeweilige Rechtsordnung dem besteuernden Mitgliedstaat auferlegt. Die Folge könnte eine auf längere Sicht steigende Steuerbelastung sein.

Angesichts der Schwierigkeiten, denen sich eine internationale Vereinbarung über die Besteuerungsregeln für multinationale Unternehmen gegenübersieht und angesichts der Bedenken gegen eine Schwächung wettbewerblicher Elemente der Steuersysteme in der Europäischen Union, könnte es gerechtfertigt sein, nicht die steuerlichen Regeln zu ändern, sondern durch regelmäßige Publikation von Ertragsteuerinformationen auf das steuerliche Verhalten einzuwirken und so die Steuermoral multinationaler Unternehmen zu heben. Tatsächlich gibt es empirische Hinweise darauf, dass eine höhere Steuermoral Aktivitäten der Steuervermeidung verringern und das Steueraufkommen erhöhen kann.[64]

Folgt man dem, so entsteht allerdings eine Grauzone zwischen dem steuergesetzlich Gebotenen und dem steuerpolitisch Erwünschten. Nicht ein der Verfassung und den demokratischen Regeln unterworfener Gesetzgeber, sondern eine nicht näher bezeichnete Öffentlichkeit soll multinationale Unternehmen veranlassen, einen fairen Anteil an den Steuern zu tragen.[65] Die Unterscheidung zwischen staatlich gesetzten Regeln des Steuerrechts und Handeln innerhalb dieser staatlich gesetzten Regeln wird weniger trennscharf, wenn neben die steuergesetzlichen Regeln mit der Publikation von Ertragsteuerinformationen ein weiteres Instrument tritt, welches das Verhalten der Steuerpflichtigen beeinflussen soll. Insoweit kommt es für die Erhebung von Ertragsteuern nicht mehr nur auf die Befolgung von Normen des Steuerrechts, sondern auch auf nicht näher bestimmte steuermoralische Grundsätze an, deren Beachtung von der öffentlichen Meinung erzwungen werden soll. Damit werden neue Restriktionen geschaffen, die jenseits der gesetzlichen Restriktionen liegen, denen der Steuerpflichtige unterworfen ist. Das Verhältnis von Steuerstaat und Steuerzahler beruht dann nicht mehr auf der alleinigen Herrschaft des Rechts.

Gegen den Einsatz von Rechnungslegungsvorschriften zur Hebung der Steuermoral könnte auch sprechen, dass die Offenlegung der Orte, wo Arbeitnehmer beschäftigt, Umsätze erzielt und Gewinne versteuert werden, ihrerseits zu einer Wettbewerbsverzerrung führt. Denn die Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen macht Informationen über das Geschäftsmodell und die Wertschöpfungsketten eines multinationalen Unternehmens publik. Wettbewerber könnten wesentliche Teile der Unternehmensstrategie erkennen und dieses Wissen zum Nachteil des offenlegenden Unternehmens nutzen.[66] Die publizierenden Unternehmen wären davon je nach Produktprogramm (wenige oder viele Produkte) und regionaler Struktur (verbundene Unternehmen in der Europäischen Union oder in Drittstaaten) unterschiedlich betroffen. Zwar ist es schwer, das Ausmaß möglicher Nachteile im Wettbewerb zuverlässig zu quantifizieren, jedoch sind solche Nachteile nicht auszuschließen.

Die Offenlegung länderbezogener Ertragsteuerinformationen ist also ein zwiespältiges Instrument. Der Einsatz dieses Instruments könnte einerseits eine steuerliche Wettbewerbsverzerrung beheben. Andererseits entsteht dadurch eine problematische steuerrechtliche Grauzone, und eine publikationsbedingte Wettbewerbsverzerrung ist nicht auszuschließen. Bevor man deswegen ein solches Instrument einsetzt, stellt sich die Frage, ob öffentlich zugängliche, länderbezogene Ertragsteuerinformationen überhaupt die beabsichtigte Hebung der Steuermoral bewirken. Die Antwort auf diese Frage ist von Bedeutung, weil man zweifeln kann, ob öffentliche Missbilligung und öffentliche Ermahnungen einen starken Einfluss auf die Steuerzahlungen der Unternehmen ausüben,[67] und weil es über die oben genannten Wettbewerbswirkungen hinaus weitere unerwünschte Nebenwirkungen der Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen geben kann.

IV. Publikationswirkungen

1. Reputationseffekte

Die Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen erhöht den Informationsumfang der publizierten Jahresabschlüsse und dürfte daher die Informationseffizienz des Kapitalmarktes verbessern.[68] Konsolidierte Abschlüsse lassen derzeit zwar die Steuerbelastung eines multinationalen Unternehmens erkennen, jedoch fehlt eine Zuordnung der Steuern zu Staaten, in denen sie gezahlt wurden. Auch die Berichterstattung über Segmente liefert diese Informationen nicht,[69] weil sie dem Managementapproach folgt oder weil geographische Angaben zu grob sind. Wenn zusätzlich sowohl über länderbezogene Kennzahlen der Geschäftstätigkeit als auch über die Art der Tätigkeit einzelner in einem Land ansässiger Unternehmen zu berichten ist, können sachkundige Kapitalanleger die Steuerplanung multinationaler Unternehmen besser beurteilen.

Die Offenlegung länderbezogener Ertragsteuerinformationen kann deswegen Einfluss nehmen auf den

63 Vgl. *Brennan/Buchanan*, The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution, 1980, S. 171 ff.

64 Vgl. *Doerrenberg/Duncan/Fuest/Peichel*, Kyklos 2014, S. 29 ff. zu empirischer Evidenz, dass Steuerpflichtige mit höherer Steuermoral sich einer höheren Steuerbelastung gegenübersehen.

65 Vgl. *Oestreicher*, Intertax 2016, 572 f. zur Kritik.

66 Vgl. *Evers/Meier/Spengel*, Bulletin for International Taxation 2014, 6/7; *Lenter/Shackelford/Slemrod* (FN 35), 823; European Commission, Commission Staff Working Document (FN 27), S. 35.

67 Vgl. *Slemrod* (FN 54), S. 894.

68 Vgl. *Lenter/Shackelford/Slemrod* (FN 35), 816.

69 Vgl. *Evers/Meier/Spengel* (FN 66).

Wert eines publizierenden Unternehmens. Bei der Bestimmung dieser Wertänderung werden die Kosten der Publikation nicht entscheidend sein, da die betreffenden Informationen ohnehin für die Finanzbehörden vorgehalten werden müssen. Infrage stehen vor allem Reputationseffekte der Publikation. Denn der öffentliche Einblick in mögliche internationale Gewinnverlagerungen beeinflusst die Reputation eines multinationalen Unternehmens und das gesellschaftliche Ansehen des Managements. Mit Reputationswirkungen ist vor allem dann zu rechnen, wenn in den Medien oder einschlägigen Netzwerken (wie dem Tax Justice Network) über die von dem Unternehmen etablierte Steuerplanung berichtet wird.

Kritik der Öffentlichkeit, politischer Parteien oder einzelner Politiker sowie von staatlichen Organen an internationaler Gewinnverlagerung kann mittelbar und unmittelbar wirken. Mittelbar wirkt sie, wenn öffentliche Kritik zu Reaktionen in den Märkten führt, in denen das Unternehmen aktiv ist. Unmittelbar wirkt sie, wenn das Unternehmen Leistungen an den Staat erbringt oder Empfänger von staatlichen Leistungen ist und wenn es zu Einschränkungen solcher Leistungen kommt. Reputationswirkungen werden somit als Unternehmenswertänderungen aufgrund von Verhaltensänderungen in Märkten fassbar.

Gibt es Reputationswirkungen, so müssen geringere Steuerzahlungen aufgrund internationaler Gewinnverlagerungen nicht mit einem höheren Unternehmenswert einhergehen. Das Management multinationaler Unternehmen wird deswegen den Nutzen internationaler Gewinnverlagerung in Form ersparter Gewinnsteuern gegen die möglichen Kosten der Veröffentlichung von länderbezogenen Ertragsteuerinformationen in Form sinkender Überschüsse vor Steuern abwägen. Die den Unternehmenswert beeinflussenden Reputationseffekte dürften von der Größe des Unternehmens, seiner Marktmacht, der Struktur seiner Eigentümer und der Art der Geschäftstätigkeit abhängen.

Der Verzicht auf internationale Gewinnverlagerungen reduziert für sich genommen die Eigenmittel, die für Ausschüttungen zur Verfügung stehen. Es mag sein, dass die nicht für Investitionen benötigten finanziellen Mittel (free cash flow), dadurch verringert werden und dies die Möglichkeiten der Manager beschneidet, diese Mittel entgegen dem Interesse der Eigentümer zu verwenden. Auch wenn ein solcher Effekt nicht auszuschließen ist, dürften doch wegen höherer Steuerzahlungen verringerte Ausschüttungen und ein deswegen verringerter Unternehmenswert von erheblich größerer Bedeutung sein. Eigentümer könnten sinkende Ausschüttungen missbilligen, weil eine aus ihrer Sicht ineffiziente internationale Steuerplanung zu Wertverlusten führt. Die aktuellen (oder im Falle einer Übernahme des Unternehmens die potentiellen) Eigentümer haben dann einen Anreiz, das Management auszutauschen. Wenn das Management im Interesse der Eigentümer handelt, wird es aus dieser Sicht an der internationalen Gewinnverlagerung ungeachtet der Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen festhalten.

Es ist aber nicht auszuschließen, dass Eigentümer geringere Ausschüttungen aufgrund einer Erhöhung der Steuerzahlung des Unternehmens und die damit verbundenen Minderungen des Unternehmenswerts akzeptieren, weil sie steuermoralischen Erwartungen der Öffentlichkeit gerecht werden wollen. Ob dies allerdings bei Eigentümern der Fall ist, die geringe Anteile an Unternehmen als Teil eines Portefeuilles erwerben und die deswegen weder Einfluss auf die Geschäftstätigkeit nehmen noch einen nennenswerten Anreiz haben, detaillierte Informationen über die Geschäftstätigkeit einzuholen, ist fraglich. Ein solcher Effekt ist eher vorstellbar bei Unternehmen, deren Eigentümer über großen Anteilsbesitz verfügen und die deswegen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit und damit auch auf die Steuerplanung des Unternehmens ausüben. Hier können persönliche Präferenzen der Eigentümer die Geschäftspolitik des Unternehmens direkt beeinflussen. Wenn Eigentümer Minderungen des Unternehmenswerts in Kauf nehmen, kann die Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen der internationalen Gewinnverlagerung entgegenwirken.

Konsumenten, die Leistungen eines Unternehmens nachfragen, können auf Maßnahmen, die im Zusammenhang mit corporate social responsibility stehen, sehr unterschiedlich reagieren. Wenn Unternehmen Mittel für einen guten Zweck einsetzen, könnten Kunden einen Mehrwert (warm glow) wahrnehmen. Kunden könnten aber auch fürchten, dass durch eine solche Maßnahme die Produktpreise steigen. Die wahrgenommene Fairness des Preises hängt vom Verhältnis dieser gegenläufigen Wahrnehmungen ab.[70] Vor diesem Hintergrund könnte ein Verzicht auf internationale Gewinnverlagerungen Kunden nicht veranlassen, mehr für Produkte oder Leistungen des Unternehmens zu zahlen. Kunden könnten internationale Gewinnverlagerungen auch tolerieren oder gar schätzen, weil sie damit niedrigere Preise für die Produkte oder Dienste des Unternehmens verbinden. Der Verzicht auf internationale Gewinnverlagerungen würde dann zu einer Kaufzurückhaltung führen.

Bei Unternehmen, deren Kunden Unternehmen sind, spielen bei Maßnahmen, die auf corporate social responsibility beruhen, das Vertrauen der Kunden in die Zuverlässigkeit eines Unternehmens bei der Abwicklung von Transaktionen und die (Nutzen stiftende) Identifikation der Kunden mit den kommunizierten Werten des Unternehmens eine wichtige Rolle.[71] Bei diesen Unternehmen dürfte ein Verzicht auf internationale Gewinnverlagerungen das Vertrauen der Geschäftskunden in deren Zuverlässigkeit kaum beeinflussen. Der Verzicht könnte allenfalls geeignet sein, die Identifikation der Geschäftskunden mit dem Unternehmen zu erhöhen. Allerdings bleibt auch hier offen, wie die Kunden mögliche Preiseffekte steigender Unternehmenssteuern wahrnehmen.

Unabhängig davon, ob ein Unternehmen Leistungen an private Konsumenten oder an andere Unternehmen erbringt, werden die Reaktionen der Kunden auf internationale Gewinnverlagerungen wesentlich von der Marktmacht des Unternehmens abhängen. Unterneh-

70 Vgl. *Habel/Schons/Alavi/Wieseke*, Journal of Marketing 2016, 84, 86.

71 Vgl. *Homburg/Stierl/Bornemann*, Journal of Marketing 2013, S. 54 ff.

men, die Produkte oder Leistungen vermarkten, für die es wenige oder keine Substitute gibt, werden mit vergleichsweise geringeren Reaktionen am Absatzmarkt rechnen müssen. Bei Unternehmen, die sich einem scharfen Substitutionswettbewerb ausgesetzt sehen und die deswegen mit Ausweichreaktionen unzufriedener Kunden rechnen müssen, sind Reaktionen am Absatzmarkt eher zu erwarten.

Betrachtet man also Kapitalmärkte und Absatzmärkte, so bleibt offen, ob eine Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen das Management multinationaler Unternehmen dazu bewegen kann, internationale Gewinnverlagerungen einzuschränken oder von diesen ganz abzusehen. Es mag sein, dass das Management Unternehmenswertsteigerungen erwartet, wenn es auf internationale Gewinnverlagerungen verzichtet und deswegen von der Öffentlichkeit als good citizen wahrgenommen wird. Es mag aber auch sein, dass das Management bei einem Verzicht auf internationale Gewinnverlagerungen mit Unternehmenswertminderungen rechnet. Es bedarf daher empirischer Evidenz, um die Frage zu beantworten: Bestraft der Markt Steuerplanung der Unternehmen?

Empirische Studien untersuchen regelmäßig den Zusammenhang zwischen öffentlichen Informationen über Steuerplanung der Unternehmen und der Veränderung der effektiven Steuerbelastung dieser Unternehmen, oder sie untersuchen den Einfluss solcher Informationen auf den Anteilswert der betroffenen Unternehmen. Im ersten Fall wird geprüft, ob nach dem Bekanntwerden von Informationen über Steuerplanung die Unternehmen ihre Steuerplanungsmaßnahmen einschränken und es deswegen zu einer Erhöhung der effektiven Steuerbelastung kommt. Im zweiten Fall wird geprüft, ob der Kapitalmarkt auf das Bekanntwerden von Informationen über Steuerplanung mit Kurswertminderungen reagiert. Eine höhere effektive Steuerbelastung oder eine Kurswertminderung können als Beleg dafür gelten, dass das Bekanntwerden von Informationen über Steuerplanung negative Reputationseffekte auslöst.

Eine Studie,[72] die den Einfluss der Einführung von Regeln der Offenlegung länderbezogener Steuerzahlungen im Jahr 2013 für Unternehmen im Rohstoffsektor mit Sitz in Europa sowie Unternehmen, die an einer europäischen Börse gehandelt werden, auf die Aktienkurse untersucht, findet deutliche Effekte. Betrachtet werden Preisänderungen an den Börsen im Gefolge der Einführung der Publikationspflicht. Dazu wird die Differenz zwischen der Rendite des betroffenen Unternehmens und der Marktrendite oder der Rendite von nichteuropäischen Unternehmen im Rohstoffsektor bestimmt (abnormal returns). Dies geschieht zu vier verschiedenen Zeitpunkten, in denen Informationen über die Einführung der neuen Publikationspflicht am Kapitalmarkt verfügbar waren. Es ergeben sich sehr starke negative Effekte auf die Rendite. Über alle vier betrachteten Zeitpunkte des Gesetzgebungsprozesses hinweg findet die Studie kumulierte negative abnormal returns zwischen 5 % und 10 %. Die Autoren vermuten, dass die veröffentliche Steuerinformation öffentlichen Druck auf Unternehmen mit niedrigen effektiven Steuersätzen mobilisiert hat, so dass die Offenlegungspflicht die Gewinne aus erfolgreicher Steuerplanung reduziert hat.

Das Publikationsverhalten von britischen Unternehmen, die nach dem UK Companies Act von 2006 den Namen und die Ansässigkeit sämtlicher Auslandstochtergesellschaften berichten mussten, wird von einer Studie[73] untersucht, die daraus Rückschlüsse auf die internationale Steuerplanung der Unternehmen ableitet. Eine erhebliche Zahl großer Unternehmen kam der Verpflichtung zur Veröffentlichung nicht nach. Ein privates Netzwerk (ActionAid) machte dieses Verhalten öffentlich und kritisierte es. Die Studie findet, dass die Unternehmen aufgrund der entstehenden Öffentlichkeit die geforderten Daten publizierten. Unternehmen, die durch öffentlichen Druck zur Publikation veranlasst wurden, wiesen im Gegensatz zu Unternehmen, die der Publikationspflicht sofort nachgekommen waren, steigende effektive Steuersätze auf. Dieser Effekt war besonders stark ausgeprägt bei den Unternehmen, welche die Anzahl der Tochtergesellschaften in Steueroasen reduziert hatten. Diese Ergebnisse lassen vermuten, dass die Unternehmen auf den öffentlichen Druck hin ihre Steuerplanung vor allem dort verändern, wo die negativen Reputationseffekte am stärksten sind. Die Studie liefert somit empirische Evidenz, dass negative Reputationseffekte Veränderungen der internationalen Steuerplanung und eine Erhöhung der Steuerzahlung bewirken können.

Während die bisher genannten Studien auf bereits vorhandenen Daten aufbauen (archival data), untersucht eine andere Studie[74] mittels einer Befragung, ob das Management negative Konsequenzen der Steuerplanung für das Ansehen des Unternehmens in der Öffentlichkeit in Rechnung stellt. Diese Studie findet, dass 69 Prozent aller befragten Manager (72 Prozent der Manager von an der Börse gehandelten Unternehmen) Reputationseffekte für wichtig oder sehr wichtig erachten. Die Bedeutung von Reputationseffekten für die Steuerplanung wird lediglich von der Bedeutung der gesetzlichen Missbrauchsnorm (business purpose, economic substance) übertroffen. Die Manager von börsennotierten Unternehmen, größeren Unternehmen, profitableren Unternehmen und Einzelhandelsunternehmen schätzen die Bedeutung von Reputationseffekten besonders hoch ein. Man findet den erwarteten Zusammenhang zwischen der Bedeutung von Reputationseffekten und dem effektiven Steuersatz: Unternehmen, die Reputationseffekte stärker bewerten, weisen auch einen höheren effektiven Steuersatz auf. Auch diese Studie legt nahe, dass Reputationseffekte bedeutsam sind und dämpfend auf die Steuerplanung einwirken.

Auch ein Laborexperiment[75] findet Reputationseffekte der Besteuerung. Untersucht wird die Reaktion von Konsumenten auf die Steuerplanung von Unterneh-

72 Vgl. *Johannesen/Larsen*, Economics Letters 2016, S. 120 ff.

73 Vgl. *Dyreng/Hoopes/Wilde*, Journal of Accounting Research 2016, 147 ff.

74 Vgl. *Graham/Hanlon/Shevlin/Shroff*, The Accounting Review 2014, 991 ff.

75 Vgl. *Hardeck/Hertl*, Journal of Business Ethics 2014, 309 ff.

men. Den Probanden ließ man sowohl Informationen über ein fiktives Unternehmen des Konsumgüterbereichs als auch über entsprechende reale Unternehmen und deren verantwortliche oder aggressive Steuerplanung in Form von Medienberichten zukommen. Aggressive Steuerplanung fußte auf internationaler Gewinnverlagerung und war in Beispielen beschrieben; verantwortliche Steuerplanung bestand im ausdrücklichen Verzicht auf aggressive Steuerplanung. Die Studie findet, dass Medienberichte über aggressive Steuerplanung die Reputation des betroffenen Unternehmens beschädigen, während bei Medienberichten über verantwortliche Steuerplanung der umgekehrte Effekt eintritt. Die Stärke des Effekts hängt von der Steuermoral der Konsumenten ab. Allerdings ist der Zusammenhang zwischen Steuerplanung und Zahlungsbereitschaft der Konsumenten nicht eindeutig. Konsumenten honorieren verantwortliche Steuerplanung nicht durch eine höhere Zahlungsbereitschaft, aber sie weisen eine geringere Zahlungsbereitschaft für Produkte von Unternehmen auf, die eine aggressive Steuerplanung betreiben. Bei realen Unternehmen sind die gemessenen Effekte schwächer. Die Ergebnisse legen nahe, dass Konsumenten nicht bereit sind, eine verantwortliche Steuerpolitik der Unternehmen durch die Akzeptanz höherer Produktpreise als für konkurrierende Produkte zu honorieren. Eine Erklärung dafür könnte sein, dass Unsicherheit darüber besteht, ob ein höherer Preis auch zu höheren Ertragsteuern führt. Die Studie liefert somit auch Hinweise darauf, dass höhere Steuerzahlungen aufgrund des Verzichts auf aggressive Steuerplanung nicht durch höhere Überschüsse am Absatzmarkt kompensiert werden könnten.

Reputationswirkungen der Steuerplanung lassen sich aber nicht immer nachweisen. Eine Studie,[76] die US Unternehmen untersucht, welche öffentlich bekannt wurden, weil sie aggressive Steuerplanung (tax shelter) betrieben hatten, nimmt die Reaktionen mehrerer Gruppen in den Blick. Geprüft wird, ob sich Reaktionen der Eigentümer, des Managements oder der Kunden im Vergleich zu anderen Unternehmen nachweisen lassen. Die Studie findet zwar, dass der Kapitalmarkt auf das Bekanntwerden einer Steuerplanungsaktivität mit überdurchschnittlichen Kursverlusten (negative abnormal returns) reagiert. Es handelt sich aber nur um einen temporären Effekt. Innerhalb von 30 Tagen kehrt der Kurswert wieder auf das Niveau vor Bekanntwerden der Steuerplanungsaktivität zurück. Eine nachhaltige, negative Reaktion der Eigentümer lässt sich also nicht nachweisen. Auch besonders starke Veränderungen im Management (CEO und CFO) oder beim Abschlussprüfer im Gefolge öffentlich bekannt gewordener Steuerplanung lassen sich nicht feststellen. Selbst die Kunden reagieren nicht: Umsatzerlöse, Wachstumsraten des Umsatzes und Marketingausgaben bleiben vergleichsweise unverändert. Es finden sich auch keine Hinweise darauf, dass Unternehmen, deren aggressive Steuerplanung öffentlich wurde, danach einen höheren effektiven Steuersatz aufweisen; vielmehr bleibt der effektive Steuersatz weitgehend unberührt. Dies alles deutet darauf hin, dass Unternehmen, deren aggressive Steuerplanung öffentlich wird, keine Reputationskosten fürchten müssen.

Auch eine Studie,[77] welche die Wirkung der Veröffentlichung von Steuervorteilen auf den Anteilswert von Unternehmen untersucht, findet keine Reputationskosten. Die Studie nutzt den Umstand, dass Zusagen der Steuerbehörden Luxemburgs bestimmte Steuergestaltungen zu akzeptieren (advance tax rulings), öffentlich wurden. Von den so genannten LuxLeaks waren sehr viele Unternehmen betroffen. Untersucht werden Unternehmen, deren Anteile gehandelt werden. Die Kurse der Anteilswerte dieser Unternehmen weisen im Durchschnitt eine um 0,55 v.H. höhere Rendite auf als der jeweilige Markt (positive abnormal returns). Die positiven Reaktionen fallen für kleinere Firmen stärker aus. Zudem sind die Effekte stärker bei Unternehmen, die entweder eine sehr niedrige oder eine sehr hohe effektive Steuerbelastung aufweisen. Die Studie findet außerdem nur bei Unternehmen, die Konsumentenmärkte bedienen, signifikant überdurchschnittlich höhere Renditen der Anteilswerte. Diese Ergebnisse sind deswegen von besonderem Interesse, weil der Effekt eines einzigen klar umrissenen Ereignisses gemessen wird und zudem die erzielte Steuerersparnis aufgrund rechtskräftiger Zusagen der Steuerbehörden sicher war; es drohten keine Rückzahlungen. Diese Studie deutet darauf hin, dass die positiven Reputationseffekte von Informationen über erfolgreiche Steuerplanung überwiegen.

Überblickt man die vorhandene empirische Evidenz, so gibt es uneinheitliche Ergebnisse empirischer Untersuchungen, die auf unterschiedlichen Daten und Methoden beruhen. Die Ergebnisse könnten darauf hindeuten, dass die Pflicht zur Offenlegung steuerlicher Verhältnisse die Steuerplanung der Unternehmen einschränkt, während einzelne der Öffentlichkeit bekannt gewordene Fälle erfolgreicher Steuerplanung diesen Effekt nicht haben. Es ist aber im Falle von Offenlegungspflichten nicht auszuschließen, dass das Ausmaß öffentlicher Missbilligung von der wahrgenommenen Effektivität der Steuerbehörden abhängt. Wenn bekannt ist, dass auch die Steuerbehörden über die veröffentlichen Informationen verfügen, könnte der öffentliche Druck wesentlich geringer ausfallen und eine entsprechend geringere Wirkung entfalten. Es gibt zudem empirische Hinweise, dass der Einfluss der Offenlegung von Maßnahmen, die aus Gründen der corporate social responsibility ergriffen werden, auf die Reputation einer Unternehmung vom Adressaten abhängt. So findet eine Studie[78] bei nicht-professionellen Adressaten (Stakeholdern wie Konsumenten, privaten Anlegern und der Öffentlichkeit) keinen Einfluss eines corporate social responsibility Reports auf die Reputation der Unternehmung. Auch wenn offen bleiben muss, ob dieser Zusammenhang bei der Publikation von Steuerinformationen ebenso gegeben ist, so kommen da-

76 Vgl. *Gallemore/Maydew/Thornock*, Contemporary Accounting Research 2014, 1103 ff.

77 Vgl. *Huesecken/Overesch/Tassius*, SSRN Working Paper 2016.

78 Vgl. *Axjonow/Ernstberger/Pott*, Journal of Business Ethics 2016, published online 6.6.2016.

durch doch weitere Zweifel an der Wirksamkeit öffentlichen Drucks auf. Eine verlässliche Aussage darüber, ob eine Offenlegungspflicht für Steuerinformationen die internationale Gewinnverlagerung der Unternehmen beschränkt, ist deswegen nicht möglich.

2. Investitionseffekte

Sollte im Zuge der Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen die internationale Gewinnverlagerung zurückgehen und sollten dadurch auch die Erhebungskosten sinken, steigt zunächst das Aufkommen der Ertragsteuern. Es entsteht dadurch Spielraum für eine Senkung des Satzes der Ertragsteuern. Eine Politik des tax rate cut cum base broadening beseitigt Besteuerungslücken und verringert deswegen und aufgrund der Steuersatzsenkung die Verzerrungen,[79] die von Ertragsteuern auf die Kapitalkosten der in einem Mitgliedstaat stattfindenden Investitionen ausgehen. In diesem Fall könnten Maßnahmen, die in erster Linie die Fairness der Besteuerung sichern sollen, auch einhergehen mit einer Verringerung nachteiliger Wirkungen der Ertragsteuern auf die Investitionen in einem Mitgliedstaat.

Die Einschränkung oder Beseitigung der internationalen Gewinnverlagerung mag zwar Spielraum zur Senkung des tariflichen Steuersatzes verschaffen, sie beraubt allerdings einen Mitgliedstaat der Möglichkeit, auf einfache Weise zwischen der effektiven Steuerbelastung international mobiler und immobiler Investitionen zu differenzieren. Die internationale Gewinnverlagerung vermindert die Steuerbelastung mobilen Kapitals und reduziert den negativen Einfluss des tariflichen Satzes der Ertragsteuern auf die betreffenden Investitionen. Die steuerlichen Bedingungen für mobiles Kapital werden verbessert, ohne dass der für alle Unternehmen geltende Ertragsteuersatz sinkt.[80] Wird nun die internationale Gewinnverlagerung eingeschränkt oder beseitigt, erhöht dies für sich genommen die effektive Steuerbelastung mobilen Kapitals. Dies kann multinationale Unternehmen zu Investitionsverlagerungen veranlassen. Eine alle Unternehmen begünstigende Senkung des Tarifs der Ertragsteuer, welche derartigen internationalen Investitionsverlagerungen entgegen wirken soll, kann mit vergleichsweise hohen Verlusten an Steueraufkommen verbunden sein.[81]

Wie auch immer die Steuerpolitik der Mitgliedstaaten aussehen mag, für das Management eines multinationalen Unternehmens kommt es nur darauf an, ob sich ein Verzicht auf internationale Gewinnverlagerungen lohnt. Kommt es zu einer Einschränkung der internationalen Gewinnverlagerung, hat das Management einen Anreiz, statt der Buchgewinne die Investitionen in Staaten mit niedriger Steuerbelastung zu verlagern. Da es nach dem Fremdvergleichsgrundsatz auf wirtschaftliche Funktionen, vom Personal ausgeübte Tätigkeiten und übernommene Risiken ankommen soll, werden die steuerlichen Gewinne in den Staaten steigen, in welche die Investitionen verlagert werden. Mit anderen Worten: Höhere Investitionen in Staaten mit niedrigen Ertragsteuern erleichtern es, dorthin Gewinne zu verlagern.

Multinationale Unternehmen, die Investitionen in einen Staat verlagern, dort Arbeitnehmer beschäftigen und Umsätze erzielen, nehmen in diesem Staat öffentliche Güter (wie die Infrastruktur) in Anspruch und zahlen dort Ertragsteuern. Dies entspricht dem Leitbild, dem die OECD und die Europäische Union folgen, nämlich dass Ertragsteuern dort zu bezahlen sind, wo die Geschäftstätigkeit tatsächlich stattfindet. Wenn die Publikation von Ertragsteuerinformationen multinationale Unternehmen veranlasst, in Staaten mit niedrigen Steuersätzen zu investieren, um die entsprechenden zu publizierenden Kennzahlen zu beeinflussen, so müssen vor allem Staaten mit vergleichsweise hohen Gewinnsteuersätzen (zu denen Deutschland gehört) damit rechnen, dass dies negative Auswirkungen auf lokale Investitionen hat.

Es gibt umfangreiche empirische Evidenz, dass Gewinnsteuern die Investitionen an einem Standort beeinflussen. Eine Meta-Analyse auf der Grundlage aller Schätzungen aus 46 Studien findet, dass bei einer Erhöhung des relevanten Steuersatzes um einen Prozentpunkt das von multinationalen Unternehmensgruppen lokal gehaltene Kapital um 2,55 % zurückgeht. Für die Standortwahl findet die Meta-Analyse auf der Grundlage von fünf Studien, dass die Ansiedlungswahrscheinlichkeit um 2,58 % und die Anzahl der Tochtergesellschaften um 1,87 % fällt, wenn der relevante Steuersatz um einen Prozentpunkt steigt.[82] Es gibt aber auch empirische Evidenz,[83] dass sehr profitable Neuansiedlungen multinationaler Unternehmen weniger stark auf ein internationales Steuersatzgefälle reagieren. Dies könnte darauf hinweisen, dass diese Investitionen eher ortsspezifisch sind und deswegen nicht so schnell verlagert werden.

Internationale Investitionsverlagerungen sollten steuerlich umso attraktiver sein, je schwerer es ist, ein internationales Steuersatzgefälle durch Gewinnverlagerungen zu nutzen. Über den Zusammenhang von internationaler Gewinnverlagerung und internationaler Investitionsverlagerung gibt es indes vergleichsweise wenig empirische Evidenz. Man findet Evidenz dafür, dass der lokale Gewinnsteuersatz Investitionen in Sachanlagen weniger stark beeinflusst, wenn es im Konzernverbund Unternehmen mit niedrigeren Steuersätzen gibt.[84] Eine andere Untersuchung findet, dass ein Steuersatzgefälle zwischen deutscher (hoch besteuerter) Tochtergesellschaft und ausländischer (niedriger besteuerter) Muttergesellschaft den Investitionsumfang der Tochtergesellschaft in Deutschland positiv beeinflusst.[85] Beide

79 Vgl. *Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl. 2015, S. 256–260.

80 Vgl. *Hong/Smart*, European Economic Review, 2010, S. 82 ff.

81 Vgl. *Keen*, National Tax Journal 2001, S. 757 ff.; *Peralta/Wauthy/van Ypersele*, Journal of International Economics 2006, 24 ff.

82 Vgl. *Heckemeyer/Overesch*, Die Betriebswirtschaft 2012, 454 ff.; *Feld/Heckemeyer*, Journal of Economic Surveys 2011, 233 ff.

83 Vgl. *Barrios/Huizinga/Laeven/Nicodème*, Journal of Public Economics 2012, 946 ff. (954).

84 Vgl. *Overesch/Schreiber*, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 2010, 23 ff.

85 Vgl. *Overesch*, National Tax Journal 2009, 5 ff.

Untersuchungen deuten darauf hin, dass internationale Gewinnverlagerungen dämpfend auf internationale Investitionsverlagerungen wirken.

Erwartete negative Investitionseffekte von Restriktionen der internationalen Gewinnverlagerung lassen sich bisher empirisch nur in Teilen bestätigen. Es gibt Hinweise darauf, dass eine höhere steuerliche Transparenz aufgrund eines verpflichtenden Informationsaustausches sich negativ auf die der Anzahl der Tochtergesellschaften in Steueroasen auswirkt.[86] Es gibt auch Evidenz dafür, dass Investitionen in Staaten mit vergleichsweise hohen Gewinnsteuersätzen zurückgehen, wenn es in diesen Staaten Restriktionen der Fremdfinanzierung gibt.[87] Für Restriktionen im Bereich nicht-finanzieller konzerninterner Transaktionen (wie Anforderungen an die Methoden zur Ermittlung von Transferpreisen und deren Dokumentation) fehlt ein entsprechender Nachweis. Ein solcher Nachweis könnte deswegen nicht gelingen, weil Restriktionen im Bereich der Transferpreise schwerer zu messen sind. Es könnte aber auch sein, dass es bei Vorliegen von Doppelbesteuerungsabkommen zu vermehrter Kooperation der betroffenen Steuerbehörden kommt, was zu einer höheren Rechtssicherheit bei der Festlegung von Transferpreisen und deswegen zu positiven Investitionseffekten führt. Es gibt Evidenz dafür, dass bei Un.ternehmen, die Spielräume bei der Ermittlung von Transferpreisen haben, die wirtschaftliche Aktivität von Tochtergesellschaften zunimmt, wenn ein Doppelbesteuerungsabkommen vorliegt.[88] Schließlich mag es aber auch sein, dass die beiden Kanäle der Gewinnverlagerung, nämlich finanzielle Transaktionen (insbesondere Fremdfinanzierung) und reale Transaktionen für die Unternehmen Substitute sind, so dass schärfere Restriktionen eines Kanals zur stärkeren Nutzung des anderen Kanals führen, und deswegen keine negativen Investitionseffekte entstehen.[89]

Sofern die Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen die Unternehmen veranlasst, auf Gewinnverlagerungen zu verzichten, wird man keine Substitutionseffekte zwischen finanziellen und realen Transaktionen erwarten, weil die Ertragsteuern in beiden Fällen sinken, während die Beschäftigung und die Umsätze mit Dritten davon nicht betroffen sind. Wenn man Substitutionseffekte ausschließen kann, spricht vor dem Hintergrund der vergleichsweise umfangreichen empirischen Evidenz über die Investitionswirkung des lokalen Ertragsteuersatzes aber sehr viel dafür, dass Beschränkungen der internationalen Gewinnverlagerung in einem Staat zum Rückgang von Investitionen in dem betreffenden Staat führen. Vor allem das in der Europäischen Union sehr ausgeprägte Gefälle der Ertragsteuersätze könnte daher nennenswerte Investitionsverlagerungen bewirken.

V. Schlussfolgerungen

Ob die Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen multinationale Unternehmen veranlasst, auf internationale Gewinnverlagerungen zu verzichten, weil sie Reputationsnachteile erwarten, ist weder theoretisch klar noch erlaubt die vorliegende empirische Evidenz, diese Frage zu entscheiden. Man könnte daraus den Schluss ziehen, dass die Publikation dieser Informationen keinen Schaden anrichten kann: Denn entweder die Unternehmen schränken internationale Gewinnverlagerungen ein und zahlen höhere Ertragsteuern oder es bleibt bei dem Zustand, der vor der Einführung der Publikationspflicht herrschte.

Fürchten multinationale Unternehmen allerdings negative Reputationseffekte und schränken deswegen internationale Gewinnverlagerungen ein, so könnte dies stattdessen internationale Investitionsverlagerungen auslösen, mit denen eine sonst höhere Ertragsteuerbelastung abgewehrt wird. Es gibt umfangreiche empirische Evidenz dafür, dass der Standort von Investitionen steuersensitiv ist, und es gibt empirische Hinweise darauf, dass multinationale Unternehmen auf Restriktionen internationaler Gewinnverlagerungen durch eine Verringerung des Investitionsumfangs in dem betreffenden Staat reagieren. Die Veröffentlichung länderbezogener Ertragsteuerinformationen ist daher vermutlich nicht frei von Investitionswirkungen.

Nach dem BEPS Aktionsplan der OECD soll es bei der Bestimmung von steuerlichen Transferpreisen nach dem Fremdvergleichsgrundsatz auf wirtschaftliche Funktionen, vom Personal ausgeübte Tätigkeiten und übernommene Risiken ankommen. Diese Interpretation des Fremdvergleichsgrundsatzes hat zur Folge, dass steuerliche Gewinne vermehrt den Staaten zugeordnet werden, in denen Investitionen stattfinden und entsprechende wirtschaftliche Funktionen ausgeübt werden. Dies mag als eine faire zwischenstaatliche Gewinnaufteilung betrachtet werden. Der Preis dafür dürfte aber regelmäßig eine Erhöhung der Steuerbelastung der Investitionen sein. Staaten mit hohen Gewinnsteuern könnten daher feststellen, dass eine faire Aufteilung der Gewinne zu ihren Lasten geht, soweit es zu internationalen Investitionsverlagerungen kommt.

Je wirksamer die Publikation länderbezogener Ertragsteuerinformationen ist und je erfolgreicher der Kampf gegen die internationale Gewinnverlagerung geführt wird, desto schärfer wird der steuerliche Wettbewerb der Mitgliedstaaten um die Ansiedlung von international mobilen Investitionen. Das mag zu weiter sinkenden Ertragsteuersätzen führen. Der zunehmende steuerliche Druck auf die Mitgliedstaaten mag aber auch deren Neigung fördern, die Spannweite in der Europäischen Union zulässiger Ertragsteuersätze einzuschränken.

86 Vgl. *Braun/Weichenrieder*, ZEW Discussion Paper No. 15-015, 2015.

87 Vgl. *Büttner/Overesch/Wamser*, CESIFO Working Paper No. 4710, 2014.

88 Vgl. *Blonigen/Oldenski/Sly*, American Economic Journal: Economic Policy 2014, 1 ff.

89 Vgl. *Saunders-Scott*, National Tax Journal 2015, 1099 ff.

Der Fremdvergleichsgrundsatz im Internationalen Steuerrecht

– Formelhafte, transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode als Alternative –

Dr. STEFAN GREIL, Berlin*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Der Fremdvergleichsgrundsatz im Internationalen Steuerrecht
1. Die Schwächen des Fremdvergleichsgrundsatzes aus Sicht der Literatur
2. Einfluss von verhaltensökonomischen Erkenntnissen
3. Interaktionsverhalten zwischen dem Steuerpflichtigen und Steuerverwaltung
4. Verwaltungskosten und Tax Compliance-Kosten
5. Zwischenfazit
III. Formelhafte, transaktionsorientierte Gewinnaufteilungsmethode – Darstellung einer Alternative
1. Einführung
2. Transaktionsorientierte Gewinnaufteilungsmethode
3. Formelhafte, transaktionsorientierte Gewinnaufteilungsmethode als neuer Ansatz
4. Zwischenfazit
IV. Zusammenfassung und Ausblick

Mit dem Fremdvergleichsgrundsatz soll eine internationale Einkunftsabgrenzung durchgeführt werden, sodass Unternehmensgewinne dort besteuert werden, wo sie wirtschaftlich entstehen. Durch den Abschluss des G20/OECD BEPS-Projektes scheinen zumindest die (substanzlosen) Steuergestaltungsmöglichkeiten in diesem Bereich reduziert worden zu sein. Jedoch treten hiermit zugleich neue Schwierigkeiten, wie die Beurteilung eines fremdüblichen Verhaltens und eine erwartete vermehrte Anwendung der transaktionsorientierten Profit Split Methode, in den Vordergrund. In Anbetracht dessen erfolgt im vorliegenden Beitrag eine kritische Auseinandersetzung mit dem Fremdvergleichsgrundsatz, insbesondere unter Berücksichtigung verhaltensökonomischer Erkenntnisse, und es wird ein formelhafter, transaktionsorientierter Profit Split als eine „neue" Methode zur Einkünfteabgrenzung vorgestellt.

The dealing at arm's length prinicple (ALP) should ensure the allocation of profits to be aligned with the economic activity that produced the profits. The results of the G20/OECD BEPS-Project seem to reduce the international tax planning possibilities in this area. However, the results create new difficulties like the assessment of arm's length behaviour and the (expected) increasing usage of the transactional based profit split method. Considering this, this paper discusses the arm's length principle especially with regard to insights of behavioral economics and introduces a formulary and transaction based profit split method as a "new" method for profit allocation between associated enterprises.

I. Einleitung

Bei der Bepreisung und der Angemessenheitsprüfung von grenzüberschreitenden Geschäftsvorfällen zwischen verbundenen Unternehmen gilt es, den sowohl in den Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen (DBA) als auch im jeweiligen nationalen Recht verankerten Fremdvergleichsgrundsatz zu beachten, um eine internationale Einkunftsabgrenzung durchführen zu können, sodass Unternehmensgewinne dort besteuert werden, wo sie wirtschaftlich entstehen. Seitens der Steuerverwaltungen wird eine steuerliche Verrechnungspreisbestimmung gefordert, die eine sachgerechte regionale Abgrenzung der Steuerbemessungsgrundlagen und zutreffende Gewinnermittlung garantieren.[1] Der Fremdvergleichsgrundsatz ist damit im internationalen Kontext Ausdruck des Territorialitätsprinzips und dient dem Veranlassungsgrundsatz.[2]

Für die steuerliche Gewinnermittlung werden daher grenzüberschreitende Geschäftsvorfälle zwischen verbundenen Unternehmen und die hierfür zugrundeliegenden Verrechnungspreise seitens der jeweiligen Steuerverwaltung (im Rahmen einer Außenprüfung) auf ihre steuerliche Angemessenheit hin überprüft. Als Maßstab für die Beurteilung dem Grunde und der Höhe nach gilt der Fremdvergleich, wobei zu fragen ist, wie (normative)[3] ordentliche, voneinander unabhängige und gewissenhafte Dritte den Geschäftsvorfall abgewickelt hätten. Wäre also unter Berücksichtigung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters[4] derselbe Vorteil einem fremden Dritten gewährt worden.

---

* *Dipl.-Kfm. Dr. Stefan Greil, LL.M.* ist Referent und Lehrbeauftragter im Bereich des Internationalen Steuerrechts. Daneben ist er externer Habilitand am Institut für Wirtschaftsprüfung und Steuerwesen der Universität Hamburg bei Prof. Dr. Siegfried Grotherr. Der Beitrag ist nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst und gibt nur die wissenschaftliche Erkenntnis des Verfassers wieder, die zugleich zur weiteren Diskussion und Forschung Anlass geben soll. Der Verfasser dankt den anonymen Gutachtern für wertvolle Hinweise.

1 *Scheffler*, Besteuerung von Unternehmen I, 11. Aufl. 2009, 75; *Baumhoff*, Verrechnungspreise für Dienstleistungen, 1986, 1 f.

2 *Luckhaupt*, Fortentwicklung der steuerlichen Erfolgsabgrenzung – Bestandsaufnahme und Reformvorschlag, 2013, abrufbar unter: https://ub-madoc.bib.uni-mannheim.de/33224/1/HLuckhaupt.pdf, 149; *Gosch*, in: Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8 Rz. 290. Im nationalen Recht geht es darum, die Gesellschaftssphäre von der betrieblichen Sphäre abzugrenzen. *Gosch*, in: Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8 Rz. 290.

3 *Gosch* (FN 2) § 8 Rz. 290.

4 BFH v. 16.3.1967, I 261/63, BStBl. III 1967, 626 (627). Vgl. auch u.a. BFH v. 23.7.2003, I R 80/02, BStBl. II 2003, 926 (927); BFH v. 6.4.2005, I R 15/04, BStBl. II 2006, 196 (197).

Sofern für den betreffenden Sachverhalt kein DBA zur Anwendung kommt, ist der Sachverhalt allein nach den auf dem Fremdvergleich basierenden nationalen Vorschriften, wie etwa der verdeckten Gewinnausschüttung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, der verdeckten Einlage gemäß § 8 Abs. 3 Satz 3 KStG, der Entnahme sowie § 1 AStG zu beurteilen.[5] Bei einem grenzüberschreitenden Geschäftsvorfall zwischen verbundenen Unternehmen, deren Ansässigkeitsstaaten untereinander ein DBA abgeschlossen haben, sind im Hinblick auf die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes insbesondere ein dem Art. 9 Abs. 1 OECD-Musterabkommen (OECD-MA) entsprechender Artikel im betreffenden DBA sowie zumindest bei Sachverhalten zwischen OECD-Staaten die OECD-Verrechnungspreisleitlinien[6] (OECD-LL) von Bedeutung.[7]

Das hieraus resultierende „System der Verrechnungspreise" kann jedoch zur Gestaltung der Steuerlast einer multinational tätigen Unternehmensgruppe verwendet werden, bietet hierfür sogar den Anreiz, funktioniert in Anbetracht von Sinn und Zweck nur dürftig und kann zugleich negative Wohlfahrtseffekte aufweisen.[8] Sowohl die Gestaltung über Verrechnungspreise als auch insbesondere unternehmensgruppeninterne Finanzierungsbeziehungen bieten Potenzial für die Verlagerung von Gewinnen, was auch in der empirischen Steuerforschung angeführt wird.[9] So zeigen z.B. *Heckemeyer/Overesch*[10] in einer Meta-Studie, dass eine Reduktion des Steuersatzes im Land einer Tochterunternehmung zu einer Erhöhung des Einkommens dieser Unternehmung führe. Solange jedoch keine strikten Rechtsnormen vorgegeben werden, wird die die Steuerlast minimierende Steuergestaltung vorgenommen werden.[11]

Bauer/Langenmayr[12] zeigen zudem, dass Verrechnungspreise selbst dann zur Gewinnverlagerung beitragen, wenn diese dergestalt vereinbart werden, dass sie dem Fremdvergleichsgrundsatz und damit dem geltenden Steuerrecht entsprechen.

Hiervon betroffen – mit negativen Auswirkungen – sind auch Entwicklungsländer. *Asongu*[13] (2016) führt in diesem Zusammenhang an, „how much should be rationally stolen from Africa by MNEs operating in resource-rich countries?"[14] Dies macht deutlich, dass gerade bei der Verrechnungspreisbestimmung insbesondere die Frage im Vordergrund steht, wie Besteuerungsrechte zwischen den Staaten, in denen multinational Unternehmensgruppen tätig sind, „fair" aufgeteilt werden können;[15] hierfür soll das Einkommen im jeweiligen Staat steuerlich erfasst werden, was von der jeweiligen Gesellschaft im jeweiligen Staat erwirtschaftet wird.[16] Zumindest bisher hat sich die OECD-Staatengemeinschaft hierfür auf die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes geeinigt.

Im weiteren Verlauf erfolgt in Abschnitt II eine kritische Auseinandersetzung mit dem Fremdvergleichsgrundsatz in einer umfassenden Art und Weise, die auch weitere empirische Forschungsfragen aufwirft, und in Abschnitt III wird eine Methode vorgestellt, die den Fremdvergleichsgrundsatz nicht in Gänze verlässt, aber einige, wenn auch nicht alle, Nachteile des Fremdvergleichsgrundsatzes überwindet.

II. Der Fremdvergleichsgrundsatz im Internationalen Steuerrecht

1. Die Schwächen des Fremdvergleichsgrundsatzes aus Sicht der Literatur

Die wesentliche Annahme des Fremdvergleichsgrundsatzes besteht darin, Geschäftsvorfälle zwischen unverbundenen Unternehmen und verbundenen Unternehmen zu vergleichen, um Abweichungen im Preis bzw. Auswirkungen auf den Gewinn der verbundenen Unternehmen festzustellen, um dann eine Korrektur auf das „Fremdübliche", also auf den „Marktpreis", vor-

5 *Scheffler* (FN 1) 83, 424; *Kessler*, Konzernsteuerrecht National – International, 2. Aufl. 2008, 3.

6 Abrufbar unter: http://dx.doi.org/10.1787/9789264125483-de.

7 *Scheffler* (FN 1) 428; *Baumhoff* (FN 1) 84 f.

8 *Kekeritz/Schick*, Für eine gerechte Finanzierung öffentlicher Güter weltweit Steuerhinterziehung und -vermeidung stoppen, Autorenpapier, März 2013, 9; *Luckhaupt/Overesch/Schreiber*, in: Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics, 2012, 91, 98; *Durst*, in: Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics, 2012, 133; *Morse*, The Transfer Pricing Regs Need a Good Edit, 40 Pepp. L. Rev. 5 (2013), abrufbar unter: http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol40/iss5/13; *Devereux/Keuschnigg*, Journal of International Economics 1982, 365; *Kant*, Journal of International Economics 1988, 147; *Aliber*, in: Transnational Corporations and Regional Economic Integration, 1993; *Vann*, World Tax Journal (WTJ) 2010, 291 (291, 313); *Rectenwald*, Duke Journal of Comparative & International Law 2012, 425 f.; *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Working Paper No. 09-003, Public Law and Legal Theory Working Paper Series 2008, http://www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/papers.htm.; *Rathke*, Transfer pricing manipulation, tax penalty cost and the impact of foreign profit taxation, abrufbar unter: https://arxiv.org/abs/1508.03853; *Klassen/Laplante/Carnaghan*, Journal of the American Taxation Association 2014, 27 (30 f.); *Asongu*, AGDI Working Paper, WP/15/052, published in Economics and Political Implications of International Financial Reporting Standards, IGI Global, 2016, 282.

9 Hierzu u.a. *Watrin/Thomsen/Weiß*, IStR 2016, 397 (398 f.); *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 91; *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (111 f.); *Heckemeyer/Overesch*, ZEW Discussion Paper No. 13-045, abrufbar unter: http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13045.pdf; *Dischinger/Knoll/Riedel*, ITPF 2014, 248; *Hines/Rice*, The Quarterly Journal of Economics 1994, 149; *Clausing*, JoPE 2003, 2207; *Huizinga/Laeven*, JoPE 2008, 1164; *Weichenrieder*, ITPF 2009, 281; *Overesch*, Transfer Pricing of Intrafirm Sales as a Profit Shifting Channel – Evidence from German Firm Data, ZEW Discussion Paper No. 06-084, abrufbar unter: ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp06084.pdf; *Grubert/Mutti*, Review of Economics and Statistics 1991, 285; *Mintz/Smart*, JoPE 2004, 1149; *Beer/Loeprick*, ITPF 2015, 426; *Cristea/Nguyen*, Transfer Pricing by Multinational Firms: New Evidence from Foreign Firm Ownerships, 2015.

10 *Heckemeyer/Overesch* (FN 9).

11 *Schneider*, StuW 1984, 345 (349).

12 *Bauer/Langenmayr*, Journal of International Economics 2013, 326.

13 *Asongu* (FN 8).

14 *Asongu* (FN 8). Siehe ferner. *Kekeritz/Schick* (FN 8) 8.

15 Wohl auch *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (117); *Schön*, Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics, 2012, 56.

16 *Schön* (FN 15) 48.

zunehmen. In diesem Vorgehen liegen aber die konzeptionellen Schwächen des Fremdvergleichs.[17]

Diese Idee der Vergleichbarkeit konterkariert das Wesen einer integrierten Unternehmung. Luckhaupt/Overesch/Schreiber bringen es deutlich zum Ausdruck: „The concept of comparability implies that another firm facing the same economic circumstances would use market coordination. However, given good economic reasons for internal coordination, all firms facing the same circumstances would reject market coordination. From a theoretical point of view, under these circumstances, market prices of comparable uncontrolled transactions do not exist."[18] Mithin ignoriert der Fremdvergleichsgrundsatz, „dass sich Koordination im Unternehmen und über den Markt gegenseitig ausschließen" und somit „aus der Sicht der ökonomischen Theorie [Transaktionskostentheorie] unhaltbar"[19] ist. Sie stellen vielmehr unterschiedliche Alternativen der Allokation knapper Ressourcen dar.[20] Zudem werden die durch die Integration in einen Verbund bewirkten Skalenvorteile und Synergieeffekte bei der Verteilung des Gesamtgewinns nicht berücksichtigt[21] bzw. es ist theoretisch unmöglich, Synergieeffekte verursachungsgerecht aufzuteilen.[22] Vergleichbares folgt aus der Transaktionsorientierung. Die Ergebniswirkungen von Verbundvorteilen entfernen sich von den Ergebnisbeiträgen der Geschäftsvorfälle, sodass ein transaktionsbezogener Fremdvergleich zu eher willkürlichen Verteilungen führt.[23] Dies macht daher eine willkürfreie Zuordnung auf das einzelne Unternehmen unmöglich.[24] Demnach geht auch eine Aufteilung anhand von Funktionen und Risiken sowie den eingesetzten Vermögenswerten fehl.[25]

Der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes steht zugleich nicht im Einklang mit der Preisbestimmung für Geschäftsvorfälle aus Sicht einer Unternehmensgruppe für nicht steuerliche Zwecke.[26] Hier dienen Verrechnungspreise vor allem dazu, die Abläufe in Unternehmensgruppen effizient bzw. optimal zu gestalten, um den Gewinn nachhaltig zu maximieren.[27] So führte z.B. Hirshleifer[28] schon an, dass der Marktpreis als Verrechnungspreis nur dann zu wählen sein sollte bzw. den korrekten Verrechnungspreis darstellt, wenn die Ware in einem wettbewerbsorientierten Markt gehandelt wird.[29] Ist dies hingegen nicht der Fall – also besteht kein wettbewerbsorientierter Markt oder gar kein Markt – dann sollte der Verrechnungspreis den marginalen Kosten entsprechen. Zugleich wies schon Schmalenbach darauf hin, dass selbst wenn Marktpreise existieren sollten und diese für die Verrechnungspreisbestimmung als „in jeder Hinsicht vollkommen" angesehen werden könnten, Transaktionskosten preismindernd zu berücksichtigen wären.[30]

Der Fremdvergleichsgrundsatz steht auch dem Gesellschaftsrecht konträr gegenüber. Hiernach haben die Geschäftsleiter die Profitabilität der gesamten Unternehmung zu beachten und nicht des einzelnen Unternehmens, wie es das Steuerrecht verlangt.[31]

Zudem fehlt auch und insbesondere bei immateriellen Werten der für einen Vergleich notwendige Markt. Solche spezifischen Werte werden vor allem unternehmensgruppenintern genutzt, sodass Daten diesbezüglich unzureichend sind[32] und sie auch außerhalb der bestimmten Unternehmensgruppe z.T. nicht verwendet werden können. Daneben ist es kaum möglich, mit immateriellen Werten in Zusammenhang stehende Funktionen und Risiken ausfindig zu machen, um eine Vergütung festlegen zu können. So stehen beispielsweise die Risiken eines immateriellen Werts in einem Zusammenhang mit dessen zukünftigen Erträgen, welche jedoch nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden können.[33] Daneben besteht die Schwierigkeit in der Zuordnung von Erträgen zu einem Steuerhoheitsgebiet, welche durch immaterielle Werte generiert wer-

17 Umfassend *Andresen*, Konzernverrechnungspreise für multinationale Unternehmen, insbes. 190–229. Ferner u.a. *Schön*, Transfer Pricing – Business Incentives, International Taxation and Corporate Law, MPI for Tax, insbes. 6–9; *Rectenwald* (FN 8) 425 ff. Siehe mit einer Tabelle über in der Praxis vorkommende Probleme bei der Feststellung von Vergleichsdaten *Hülster*, IStR 2016, 874 (878).

18 *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 100; *Vann*, WTJ 2010, 291 (292).

19 *Luckhaupt* (FN 2) 26. Klammerzusatz durch den Verfasser eingefügt. Ferner *Coase*, Economica 1937, 386.

20 Siehe auch *Coase*, Economica 1937. Vgl. ferner *Ewert/Wagenhofer*, Interne Unternehmensrechnung, 8. Aufl. 2014, 567 f.

21 *Schreiber/Fell*, in: Besteuerung internationaler Unternehmen, 2016, 386 (391 f.); *Durst* (FN 8) 124; *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8); *Rectenwald* (FN 8) 425 ff.

22 *Ewert/Wagenhofer* (FN 20) 569.

23 *Kleineidam*, IStR 2001, 724 (724 ff.); *Ewert/Wagenhofer* (FN 20) 570.

24 *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (116 f.); *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 92, 100; *Durst* (FN 8) 124 f.; *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8).

25 *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 92.

26 *Hines*, Working Paper No. 3538, NBER Working Paper Series 1990, 3 f.; *Galuszka*, Transfer Pricing as a problem of multinational corporation, abrufbar unter: http://www.ue.katowice.pl/fileadmin/_migrated/content_uploads/12_J.Galuszka_Transfer_Pricing_as_a_Problem…pdf.

27 *Schön* (FN 15) 47 f.; *Hjertberg/Pettersson*, Strategic Transfer Pricing, – The Art of Pricing IntercompanyTransactions between Sweden and China, 21; *Hirshleifer*, The Journal of Business 1956, 172; Tz. 4.1.1. DCGK 2015.

28 *Hirshleifer*, The Journal of Business 1956, 172.

29 Siehe *Hines* (FN 26) 3.

30 *Schmalenbach*, ZfhF 1909, 165 (175). *Schmalenbach* spricht im Original von Verkaufs-Unkosten, die der Verkauf am Markt hervorruft, nicht aber durch die Lieferung an eigne „Werkstätten" entstehen. „Therefore, the arm's length principle, which prescribes the use of market prices, implies transfer prices that systematically exceed marginal cost, thus allowing MNEs to shift profits abroad." *Bauer/Langenmayr* (FN 12).

31 *Schön* (FN 15) insbes. 51–54, 62; *Cristea/Nguyen* (FN 9). Siehe bspw. zum sog. Konzerninteresse und Konzernleitungsrecht *Herkenroth* et al., Konzernsteuerrecht, 2008, 59 ff.; MüKoAktG/*Altmeppen*, AktG, § 308 Rz. 107–110; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, Anh § 13 Konzernrecht der GmbH Rz. 67–70; *Michalski/Servatius*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 4 Konzernrecht Rz. 114–116; MüKoAktG/*Kalss*, AktG, § 76 Rz. 134.

32 *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (116); *Langerak*, International Profit Allocation in the Digital Economy and Cash Flow Taxation as Alternative, 2015, 27 m.w.N.

33 *Langerak* (FN 32) 27.

den.[34] Schließlich muss für immaterielle Werte festgehalten werden, dass es grundsätzlich bedingt möglich ist, einen Wert zu bestimmen, den ein fremder Dritter für diesen zu entrichten bereit wäre.[35] Darüber hinaus gelten gerade diese Werte als ein Vehikel für Gewinnverlagerungsmöglichkeiten.[36] Entsprechend soll die überproportionale Anzahl von Verrechnungspreiskorrekturen mit immateriellen Werten im Zusammenhang stehen.[37]

Somit ist festzuhalten, dass es geradezu eine Fehlvorstellung ist, Transaktionen zwischen unverbundenen Unternehmen auf dem Markt zu finden, die annähernd ausreichend vergleichbar sind zu Geschäftsvorfällen zwischen verbundenen Unternehmen, selbst wenn größte Anstrengungen bei der Funktions- und Risikoanalyse unternommen werden.[38] Mithin widerspricht der Fremdvergleichsgrundsatz der ökonomischen Realität.[39] Zugleich ermöglicht das Verhalten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters keine einzig richtige Handlungsanweisung. Diese Art des Geschäftsleiters existiert als Typus nicht.[40] Damit verbleibt eine subjektive Bandbreite von möglichen als fremdüblich zu erachtenden Preisen,[41] die zu Rechtsunsicherheit für die Steuerpflichtigen führt.[42] Diese erhöht sich dahingehend, dass bei grenzüberschreitenden Sachverhalten mindestens zwei Steuerverwaltungen den Fremdvergleich durchführen. Das bedingt mindestens zwei unterschiedliche Sichtweisen zur Beurteilung der Fremdüblichkeit.

Die OECD-LL[43] versuchen daher als eine Art umfangreicher und komplexer Werkzeugkasten[44] aufzuzeigen, wie die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes in der internationalen Praxis umgesetzt werden kann. Im Ergebnis soll gewährleistet werden, dass die Verrechnungspreisbestimmung in Übereinstimmung mit den wertschöpfenden Aktivitäten und Funktionen steht, die von den Mitgliedern einer multinationalen Unternehmensgruppe ausgeübt werden.[45] Hierfür ist zum einen eine Wertschöpfungsbeitragsanalyse, die sich auf die multinationale Unternehmensgruppe bezieht, erforderlich,[46] führt aber dennoch nicht dazu, dass die Erfolgsaufteilung entsprechend der Wertschöpfung möglich ist.[47] Zum anderen führt dies dazu, dass, soweit erforderlich, die Bedingungen einer schuldrechtlichen Vereinbarung mit der tatsächlichen Durchführung des Geschäftsvorfalls durch die verbundenen Unternehmen zu vergleichen sind und bei einem Abweichen auf das tatsächliche Verhalten der Beteiligten abzustellen ist.[48] Die rechtliche Struktur von Geschäftsvorfällen verliert aufgrund der veränderten Interpretation des Fremdvergleichsgrundsatzes im Zuge des G20/OECD-BEPS-Prozesses an Bedeutung. Stattdessen wird vermehrt auf die Ausübung von Funktionen, die Nutzung/Bereitstellung von Vermögenswerten sowie die Übernahme von Risiken[49] abgestellt.[50] Eine solche Vorgehensweise kann Gewinnverlagerungen erschweren, dürfte dennoch Verhaltensänderungen der Steuerpflichtigen hervorrufen, da die Bedeutung des Gewinnsteuersatzes am Ort der jeweiligen Investition, also der Ort an dem das Realkapital investiert und die Mitarbeiter beschäftigt werden, zunimmt.[51]

Zudem eröffnen die kasuistisch und unbestimmt formulierten OECD-LL verschiedene Auslegungsmöglichkeiten,[52] was einer einheitlichen Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes entgegensteht[53] und Steuerplanungsmöglichkeiten eröffnet.[54] So sind bei der Anwendung dieses Grundsatzes (steuer-)politische Bestrebun-

34 Cockfield, Canadian Tax Journal 2004, 114 (117).

35 *Langerak* (FN 32) 28.

36 Siehe u.a. *Beer/Loeprick*, ITPF 2015, 426; *Dischinger/Riedel*, JoPE 2011, 691–707; *Hejazi*, TMTP 2006, 399; *Holzmann*, Transfer Pricing as tax avoidance under different legislative schemes, 2016.

37 *Kroppen*, Besteuerung internationaler Unternehmen, 2016, 199 (200); *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 97.

38 *Durst*, TNI 2007, 1041; *Durst* (FN 8) 2012, 124 f.; *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8); *Morse* (FN 8) 1415 (1421); *Cockfield*, Canadian Tax Journal 2004, 114 (117).

39 *Rectenwald* (FN 8) 427.

40 *Gosch* (FN 2) § 8 Rz. 301a.

41 BFH v. 6.4.2005, I R 22/04, NZG 2005, 859 (860); BFH v. 17.10.2001, I R 103/00, BStBl. II 2004, 171; FG Hamburg v. 31.10.2011, 6 K 179/10, IStR 2012, 192; *Seer*, EWS 2013, 257 (260); *Kadet*, TNI 2015, 1183 (1184); *Rectenwald* (FN 8) 434.

42 *Hülster*, IStR 2016, 874 (874).

43 Im Hinblick auf die Rechtsqualität der OECD-LL, die aus deutscher Sicht eine Auslegungshilfe darstellen, aber von praktischer Bedeutung sind, siehe u.a. *Li*, in: Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics, 2012, 78 f.; *Böhmer*, FR 2016, 877 (880). Zugleich ist anzumerken, dass in manchen Staaten direkt auf die OECD-LL verwiesen wird. *Osborn/Kittle/Klein*, TNI 2016, 709 (710 f.).

44 *Wilkie*, in: Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics, 2012, 144 f. „[T]he current system is absurdly complex." *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8).

45 *Schreiber/Fell* (FN 21) 386 (386); *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (116); *Schön*, BTR 2015, 417 (419); G20 Leaders' Declaration, Saint Petersburg Summit, September 2013.

46 *Wilmanns*, in: Besteuerung internationaler Unternehmen, 2016, 426 (429). OECD-LL, Tz. 1.51.

47 *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (116).

48 Siehe G20/OECD-Abschlussbericht zu den BEPS-Maßnahmen 8–10, Tz. 1.45. *Kroppen* (FN 37) 199 (202). Zugleich wird ein Abweichen des Verhaltens in Bezug auf das Risiko sich erst dann feststellen lassen, wenn das Risiko auch tatsächlich eingetreten ist. Tritt das Risiko also nicht ein, wird eine abweichende Beurteilung kaum möglich sein. *Kroppen* (FN 37) 199 (203).

49 Siehe zu Unsicherheit und Risiko *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, 1921; *Angner*, A Course in Behavioral Economics, 2. Aufl. 2016, 129.

50 *Schreiber/Fell* (FN 21) 386 (396); *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (116–118, 121); *Kroppen* (FN 37) 199 (202); *Schön*, BTR 2015, 417 (419); *Böhmer*, FR 2016, 877 (880); *Wiss. Beirat Steuern EY*, DB 2016, 2078 (2079).

51 *Schreiber/Fell* (FN 21) 386 (392); *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (117 f.); *Vann*, WTJ 2010, 291 (326); *Wiss. Beirat Steuern EY*, DB 2016, 2078 (2081). Bezug auf die Wirkung von Veränderung der Steuersätze und die Allokation von immateriellen Wert u.a. *Karkinsky/Riedel*, Journal of International Economics 2012, 176.

52 *Baumhoff* (FN 1) 87 f.; *Ditz*, Internationale Gewinnabgrenzung bei Betriebsstätten, 2004, 176; *Andresen* (FN 17) 142 f., 313; *Luckhaupt* (FN 2) 151.

53 *Andresen* (FN 17) 123, 142.

54 In Bezug auf das Steuerrecht in den USA, *Morse* (FN 8) 1415 ff. „Solange keine strikte Rechtsnorm entgegensteht, wird deshalb ‚Handelsbrauch' bzw. allgemeiner: Gebrauch rechtlicher Gestaltungsformen, vernünftigerweise die Steuerausweichung sein." *Schneider*, StuW 1984, 345 (349). Da Verrechnungspreissachverhalte aufgrund der

gen[55] der beteiligten Staaten sowie ethische sowie kulturelle Aspekte von besonderer Bedeutung. Dies äußert sich prinzipiell und grundlegend in dem unterschiedlichen Verständnis des Fremdvergleichsgrundsatzes aus Sicht von Wirtschaftsstaaten (OECD-LL) sowie aus Sicht von Schwellen- und Entwicklungsländer (UN Transfer Pricing Manual[56]). Dieses Manual soll insbesondere die Bedürfnisse von Entwicklungs- und Schwellenländern bei der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes berücksichtigen. Dabei soll die Anwendung inhaltlich konsistent mit den OECD-LL sein.[57] Allerdings zeigen sich insbesondere in den Auffassungen Brasiliens, Chinas, Indiens und Südafrikas Unterschiede in der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes gegenüber der Anwendung der OECD-Staaten.[58] Gerade jedoch diese Staaten repräsentieren circa 30 % des globalen kaufkraftbereinigten Bruttoinlandsproduktes und nahezu die Hälfte der Weltbevölkerung.[59]

Auch ist der den Verrechnungspreisen zugrundeliegende Zielkonflikt (internationaler Verteilungskonflikt um das Steuersubstrat[60]) bedeutungsvoll für die Beurteilung der Angemessenheit von Verrechnungspreisen. Ferner können u.a. die Ausbildung, Erfahrung, Anreiz- sowie Beurteilungssysteme der jeweiligen Betriebsprüfer einen Einfluss auf die Bewertung haben.

Zudem ist es als kritisch zu erachten, dass insbesondere eigenständige nationale Regelungen existieren bzw. eine unterschiedliche (praktische) Handhabung hinsichtlich der Konkretisierung des Fremdvergleichsgrundsatzes in den verschiedenen Staaten erfolgt und die Regelungen auf nationaler als auch internationaler Ebene komplex sind,[61] wodurch die „Idee eines weltweit gültigen Abgrenzungsmaßstabes"[62] an Überzeugungskraft verliert und Qualifikationskonflikte befördert.[63]

Dem Fremdvergleichsgrundsatz fehlt es schließlich an einer ökonomischen Theorie[64] bzw. insbesondere auf internationaler Ebene an einem kohärenten Regelwerk, die bzw. das in der Praxis einwandfrei und übereinstimmend angewendet werden kann.[65] Somit besteht keine Gewährleistung für eine grenzüberschreitende Wertkorrespondenz zwischen den beteiligten Steuerverwaltungen,[66] sodass ein Risiko einer steuerlichen Doppelbelastung verbleibt (latente Gefahr der Doppelbesteuerung[67]). So wird z.B. im EY Global Survey 2013[68] angeführt, dass gerade Verrechnungspreissachverhalte eines der bedeutendsten Kontroversen im Steuerrecht bei Betriebsprüfungen in Deutschland gewesen sind.[69]

Auch in der Literatur[70] wird angeführt, dass gerade die wesentlichen internationalen Steuerstreitverfahren sowohl hinsichtlich der Anzahl der Fälle sowie der Höhe der in Rede stehenden Gewinnkorrekturen Verrechnungspreissachverhalte betreffen. So tragen auch die neueren Entwicklungen anscheinend nicht dazu bei, dass Gebiet der steuerlichen Verrechnungspreise zu vereinfachen und die internationalen Streitverfahren zu reduzieren. Herzfeld fasst das Ergebnis der verrechnungsspreisspezifischen G20/OECD-Aktionspunkte 8–10 plakativ wie folgt zusammen: „Neither the professionals trying to interpret the rules […] nor the officials who drafted them seem to be able to explain them. The OECD […] has left little useful guidance for those who need to apply the rules in practice."[71]

2. Einfluss von verhaltensökonomischen Erkenntnissen

Im Rahmen des Fremdvergleichsgrundsatzes wird auf das Handeln des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters als Sorgfaltsmaßstab abgestellt: Das Verhalten dieses Geschäftsleiters, was gerade durch die neueren Entwicklungen auf OECD-Ebene in den Mittelpunkt rückt[72] und ggf. im Rahmen einer Außen-

Möglichkeiten zur Verlagerung von Gewinnen Misstrauen bei den jeweiligen Steuerverwaltungen hervorrufen, sind Verrechnungspreisfragestellungen in verschiedene BEPS-Aktionspunkte der G20/OECD eingegangen, um dem entgegenzuwirken. U.a. Action 8 „Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles" und Action 13 „Leitlinien zur Verrechnungspreisdokumentation und länderbezogenen Berichterstattung". Abrufbar unter: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-g20-base-erosion-and-profit-shifting-project_23132612. Insgesamt befassen sich 7 der 15 Berichte direkt oder indirekt mit dem Thema Verrechnungspreise.

55 *Luckhaupt* (FN 2) 150.

56 United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries.

57 *Eigelshoven/Ebering*, IStR 2014, 16 (16).

58 Siehe auch *Morse* (FN 8) 1415 (1437 f.).

59 Basierend auf den Daten der Weltbank, abrufbar unter http://data.worldbank.org/data-catalog/gdp-ranking-table. Siehe ferner http://www.morningstar.de/de/news/136536/emerging-markets-etfs-vergessene-wachstumsstory.aspx sowie https://de.statista.com/statistik/daten/studie/248719/umfrage/anteil-der-bric-staaten-am-globalen-bruttoinlandsprodukt-bip/.

60 *Andresen* (FN 17) 130–132; *Kaminski*, Verrechnungspreisbestimmung bei fehlendem Fremdvergleichspreis, 2001, 12; *Schön* (FN 15) 2, 14.

61 *Baumhoff* (FN 1) 133; *Kaminski* (FN 60) 424 f.; *Andresen* (FN 17) 313.

62 *Andresen* (FN 17) 313.

63 *Andresen* (FN 17) 194.

64 Wohl gl.A. *Morse* (FN 8) 1415 (1422). Wohl a.A. ist die OECD, die in Tz. 1.15 anführt, dass der Fremdvergleichsgrundsatz als vernünftig erkannte theoretische Grundlage gelte.

65 *Herzfeld*, TNI 2016, 360 (361, 363); *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8); *Rectenwald* (FN 8) 438; *Morse* (FN 8) 1415 (1426 f.). The ALP „is a failure because it is based upon a legal fiction that complicates and obfuscates instead of clarifying and simplifying." *Rectenwald* (FN 8) 440.

66 *Seer*, EWS 2013, 257 (265). Im Ergebnis wohl auch *Andresen* (FN 17) 313.

67 *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 21 Rz. 16; *Andresen* (FN 17) 146.

68 *EY*, 2013 Global Transfer Pricing Survey, 58.

69 *EY* (FN 68) 41. Siehe wegen der Subjektivität *Rectenwald* (FN 8) 434.

70 *Burnett*, Legal Studies Research Paper No. 08/31, 2008, abrufbar unter: http://ssRz.com/abstract=1120122, 174.

71 *Herzfeld*, TNI 2016, 360 (360).

72 Mithin wird nunmehr ein zweistufiger Ansatz verfolgt In einem ersten Schritt ist ein fremdvergleichskonformes Verhalten festzustellen, um dann in einem zweiten Schritt einen fremdüblichen Preis zu ermitteln. *Kroppen* (FN 37) 199 (203). Die OECD löst sich damit von der rechtlichen Struktur und „ignoriert insoweit das Arm's Length Principle". *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (121). Vgl. auch *Böhmer*, FR 2016, 877 (880); *Puls/Schmidtke/Tränka*, IStR 2016,

prüfung von Betriebsprüfern beurteilt wird, muss sich an diesem Maßstab messen lassen, selbst wenn der Fremdvergleichsgrundsatz an sich und in seiner ursprünglichen Idee keinen Verhaltensgrundsatz darstellt.[73] Dabei ist anzunehmen, dass ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter rational handeln. Mithin sollten sie über eine individuelle aber stabile Präferenzordnung verfügen und unter Berücksichtigung der optimalen Quantität an Informationen ihren Nutzen bzw. den Gewinn ihres Unternehmens maximieren.[74] Der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter sucht dabei nur seinen eigenen wirtschaftlichen Vorteil bzw. den des Unternehmens und ist nicht altruistisch.[75]

Allerdings kann hierzu Folgendes festgestellt werden: „Der reale Mensch ist kein ‚Homo Oeconomicus'. Wir irren uns häufig, sind leicht zu beeinflussen und treffen oft objektiv falsche Entscheidungen. Wir entscheiden auf der Basis schwammiger Faustregeln, überschätzen unsere Fähigkeiten werden aus Verlustangst träge und hängen im Status quo. Und es fehlt uns oft an Selbstkontrolle."[76] Mithin handelt der Mensch eingeschränkt rational (bounded rationality).[77] Dies gilt auch für ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter,[78] wobei deren Verhalten eine rationalere Art und Weise zugrunde liegen dürfte,[79] sowie die den Sachverhalt ermittelnden und prüfenden Betriebsprüfer. Mithin bestehen systematische Fehlleistungen, die sich in Abweichungen vom rational unterstellten Verhalten äußern und ihre Ursache in einem dualen Handlungsmodell haben: So ist zu unterscheiden zwischen einem intuitiv-automatischen (IAS) und einem reflexiv-rationalem System (RRS). Das IAS funktioniert permanent und ohne einen großen geistigen Aufwand auf Basis von unbewussten und erlernten Verhaltensmustern. Das RRS arbeitet hingegen selektiv und mühevoll mittels eines deduzierenden, kontrollierenden sowie regelgeleiteten Denkens.[80] Aus der der „Zusammenarbeit" dieser beiden Systeme resultieren Wahrnehmungsverzerrungen, der Gebrauch von Entscheidungsheuristiken, die Beeinflussung durch Kontexteffekte sowie eine Einschränkung der Selbstkontrolle.[81]

In Bezug auf die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes könn(t)en hieraus unterschiedliche Effekte resultieren, die nachfolgend kritisch zu diskutieren sind und Anlass für weitere Forschungsarbeiten geben:

So zeigen Untersuchungen[82], dass die Präferenzen von Akteuren häufig erst in der konkreten Handlungssituation herausgebildet bzw. von diesen stark beeinflusst werden. Dieses situative Handeln gilt es dann im Rahmen einer Außenprüfung ggf. nachzuvollziehen, was faktisch unmöglich ist, denn für den Betriebsprüfer stellt sich eine zum Zeitpunkt der Außenprüfung andere Situation dar, die wiederum sein Handeln und entsprechend seine Auffassung beeinflussen sollte.

Bei der Bewältigung von komplexen Handlungssituationen neigen Akteure zu einem sog. *overoptimistic bias*.[83] Mithin wird die Wahrscheinlichkeit, dass man als Akteur Opfer eines negativen Ergebnisses wird, geringer eingeschätzt als Nutznießer von positiven Ereignissen zu sein; beispielsweise zu positive Einschätzung

759 (761); *Koch*, IStR 2016, 881 (884). Jedoch sollte ein Verhalten, soweit es von der jeweiligen nationalen Rechtsordnung nicht sanktioniert wird, auch dem Fremdvergleich nicht zugänglich sein: Widerspricht also ein Verhalten nicht der jeweils geltenden Rechtsordnung, so entspricht es dem Grunde nach dem Fremdverhalten, da es fremden Dritten möglich wäre, so zu handeln. Es verbleibt dann nur die Frage der „Bepreisung" unter Berücksichtigung der konkret zugrundeliegenden Bedingungen.

73 *Kroppen* (FN 37) 199 (202 f.).

74 *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, 166; *Cartwright*, Behavioral Economics, 2. Aufl. 2014, 3; *Oertel*, Empirische Analyse des Einflusses der Besteuerung auf die Rationalität von unternehmerischen Investitionsentscheidungen unter Unsicherheit – ein experimenteller Ansatz, zugl. Diss: Frankfurt School of Finance and Management, 2012, 23.

75 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 174; *Leicester/Levell/Rasul*, Tax and benefit policy: insights from behavioural economics, IFS Commentary C125, 2012. „Economics investigates the arrangements between agents each tending to his own maximum utility". The „first principle of Economics is that every agent is actuated only by self-interest". *Edgeworth*, Mathematical Psychics, 1881, 6, 16 nach *James/Edwards*, The importance of behavioral economics in tax research and tax reform, University of Exter, Discussion Papers in Management, Paper number 07/14, 3.

76 *Storbeck*, Die Stunde der Verführer, in: Zeit Online v. 18.05.2010, 2. Ferner u.a. *James/Edwards* (FN 75) 8 f.; *Oertel* (FN 74), 26; *Mullainathan/Thaler*, Behavioral Economics, Working Paper 00-27, 2000, http://papers.ssRz.com/paper.taf?abstract_id=245828; *Sunstein/Thaler*, Libertarian Paternalism is not an oxymoron, 2003, http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html; *Simon*, The Quarterly Journal of Economics, 1955, 99; *Thaler*, Journal of Economic Behavior and Organization 1980, 39; *Kahneman/Tversky*, American Psychologist 1984, 341; *Kahneman/Tversky*, Econometrica 1979, 263. Vgl. zum homo heuristicus *Gigerenzer/Brighton*, Topics in Cognitive Science 2009, 107.

77 *Simon* (FN 76); *Simon*, Rational decision-making in business organizations, Nobel Memorial Lecture, 8 December, 1978; *Gigerenzer/Selten*, Bounded Rationality – The Adaptive Toolbox, MIT Press 2001; *Oertel* (FN 74), 26; *Leicester/Levell/Rasul* (FN 75); *Döring*, Staatsfinanzierung und Verhaltensökonomik – Zur Psychologie der Besteuerung (und Verschuldung) Erkenntnisstand und finanzpolitische Implikationen, sofia-Studien 13-1, 2013, 11; *Towfigh/Petersen* (FN 74) 173; *Pelzmann*, Wirtschaftspsychologie – Behavioral Economics, Behavioral Finance, Arbeitswelt, 6. Aufl. 2012, 5, 9 f.; *Jolls/Sunstein/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, Faculty Scholarship Series, Paper 1765, abrufbar unter: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765.

78 In empirischen Untersuchungen hat sich gezeigt, dass die Reaktionen der Unternehmen auf Steuerrechtsänderungen von jenen, die nach dem Rationalitätsprinzip zu erwarten gewesen wären, abweichen. *Oertel* (FN 74), 8, 21. Vgl. auch *Mullainathan/Thaler* (FN 76).

79 In Bezug auf den Produktionsbereich *Wiswede*, Einführung in die Wirtschaftspsychologie, 2012, 27.

80 *Kahneman*, AER 2003, 1449; *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2011, 28; *Sunstein*, Yale Law Journal, Preliminary draft 11/29/12; *Döring*, Öffentliche Finanzen und Verhaltensökonomik – Zur Psychologie der budgetwirksamen Staatstätigkeit, 2015, 20.

81 *Döring* (FN 80) 21.

82 Siehe u.a. *Kahneman*, AER 2003, 1449 m.w.N.; *Kahneman* et al., Journal of Economic Perspectives 1991, 193; *Döring* (FN 80) 16.

83 *Döring* (FN 80) 21; *Towfigh/Petersen* (FN 74) 182; *Sunstein* (FN 80), 18 ff.

von Investitionsmaßnahmen, die sich im Nachgang als Fehlmaßnahme herausstellen, oder Manager verzögern bzw. vermeiden eine Kostenreduktion während einer Rezession, was in Zukunft zu geringeren Gewinnen führt. Die Frage, die sich dann aber stellt ist, wann hätte ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter dies erkennen müssen; also wann schlägt dieser Optimismus in Fahrlässigkeit um[84] und kann überhaupt eine Verrechnungspreisanpassung vorgenommen werden, wenn Investitionsmaßnahmen sich im Nachgang als eine Fehlmaßnahme feststellen lassen.

In Beziehung hierzu steht das Phänomen, dass Informationen häufig den eigenen Interessen entsprechend interpretiert werden (*self-serving bias*), was schließlich zu subjektiven Resistenzen führen kann.[85] Dann werden nur solche Informationen berücksichtigt, die die festgelegte Entscheidungsposition legitimieren. Dies wiederum kann bewirken, dass der handelnde Akteur wenn überhaupt nur sehr zögerlich den Wechsel zwischen verschiedenen Handlungsalternativen vollzieht, da die Tendenz besteht, an einem gegenwärtigen Zustand festzuhalten (*status-quo bias*), und Akteure Dingen, die sie bereits besitzen, einen zu hohen Wert beimessen (*endowment effect*[86]). In diesem äußert sich auch, dass Menschen Verluste stärker gewichten als Gewinne (*loss aversion*[87]). So verhalten sich Menschen bei Gewinnen überwiegend risikoscheu, sollen hingegen Verluste vermieden werden, sind sie bereit mehr Risiken einzugehen.[88] Dies kann sich insbesondere in Verlustsituationen als ein diskutabler Punkt im Rahmen der Außenprüfung erweisen, da sich dieses Ergebnis nicht mit der traditionellen Erwartungsnutzentheorie in Einklang bringen lässt[89] und gemäß Rechtsprechung[90] Unternehmen in einem absehbaren Zeitraum laufende – angemessene – Gewinne aus der Tätigkeit zu erzielen haben.[91] Zugleich unterschätzen Menschen die Auswirkung dieses endowment effects, was zu verzerrten Vorhersagen über die Präferenzen anderer führt.[92]

Daneben könnte der endowment-effect in Verständigungsverfahren wirken. Wird im Rahmen einer Außenprüfung von einem Betriebsprüfer eine Verrechnungspreiskorrektur in einer bestimmten Höhe vorgenommen und wird diese Korrektur in einem Verständigungsverfahren zwischen den hierfür zuständigen Behörden (in Deutschland gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 5 FVG das BZSt) verhandelt, was zu einer Verringerung des Korrekturbetrages führen könnte, so könnte der Betriebsprüfer geneigt sein bzw. dazu beitragen, das grundsätzlich notwendige Einvernehmen zwischen der Landesfinanzbehörde und dem BZSt nicht herzustellen.[93] In ihrem finalen Bericht zu Aktionspunkt 14 des BEPS-Projektes wurde seitens der G20/OECD dementsprechend festgehalten, dass die für (Vorab-)verständigungsverfahren zuständigen Behörden die Sachverhalte unabhängig entscheiden können sollten.[94]

In den OECD-LL wird zudem immer wieder betont, dass der Steuerpflichtige „will compare the transaction to the other options realistically available to them"[95]. Demnach würde sich der rational handelnde Steuerpflichtige nur für die für ihn vorteilhafteste Option entscheiden. Dabei sollte aber insbesondere von Betriebsprüfern bedacht werden, dass es auch eine status quo-Alternative gibt und gerade in Experimenten eine relative Verzerrung für diese Alternative gezeigt werden kann.[96] Hierneben ist der outcome-bias von Bedeutung. So stützt man sich bei der Beurteilung von Entscheidungen auf die Handlungsergebnisse, anstatt auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung gegebenen Wahrscheinlichkeiten.[97] Darüber hinaus kann der extrapolation bias (bzw. die „*hot hand fallacy*") auftreten, wenn Personen Fortschreibungen der vergangenen Trends für die Zukunft vornehmen. Verlief die Vergangenheit gut, dann wird dies auch für die Zukunft erwartet.[98]

Die Beurteilung eines Sachverhaltes seitens der Finanzbehörde erfolgt grundsätzlich im Nachhinein im Rahmen einer Außenprüfung (§§ 193 ff. AO), wenn der Sachverhalt verwirklicht wurde und der Steuerpflichtige seine Disposition getroffen hat. Mithin wird die Finanzbehörde eine Entscheidung über die seitens des Steuerpflichtigen vorgenommene Wertfindung erst ex post beurteilen. So kann sich neben der reinen aufgrund zeitlicher Aspekte entstehende Sachverhaltsunsicherheit das Problem ergeben, dass seitens des betreffenden Betriebsprüfers die Auffassung vertreten wird, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einen bestimmten Verlauf hätte voraussehen müssen. In dieser Rückschau auf ein Ereignis ist man dann überzeugt, dass ein Ereignis so ausgehen

84 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 184.

85 *Döring* (FN 77) 12; *Döring* (FN 80) 21; *Towfigh/Petersen* (FN 74) 183.

86 *Thaler*, Journal of Economic Behavior and Organization 1980, 39; *Kahneman/Tversky*, American Psychologist 1984, 341; *Döring* (FN 80) 22; *Döring* (FN 77) 12; *Towfigh/Petersen* (FN 74) 188 f.; *Jolls/Sunstein/Thaler* (FN 77) 1471 (1484); Van Boven/Loewenstein/Dunning, Journal of Economic Behavior & Organization 2003, 351; *Cartwright* (FN 74) 49 f.

87 *Kahneman*, AER 2003, 1449 (1457); *Thaler*, Journal of Behavioral Decision Making 1999, 183 (199 f.); *Towfigh/Petersen* (FN 74) 189.

88 *Kahneman/Tversky*, Econometrica 1979, 263.

89 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 189.

90 BFH v. 21.12.1972, I R 70/70, BStBl. II 1973, 449 (451); BFH v. 17.2.1993, I R 3/92, BStBl. II 1993, 457 (458); FG Düsseldorf v. 8.12.1998, 6 K 3661/93 K, G, F, DStRE 1999, 787.

91 „Die Dispositionsfreiheit des unternehmerischen Denkens muss jedoch gewahrt bleiben. Insbes. hat jeder Unternehmer ein Recht auf Fehlentscheidung. Der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter ist keineswegs der „tüchtige", fehlerfrei operierende Geschäftsleiter." *Gosch* (FN 2) § 8 Rz. 301a.

92 *Van Boven/Loewenstein/Dunning* (FN 86).

93 BMF v. 13.7.2006, IV B 6 - S 1300 - 340/06, Tz. 1.4.

94 BEPS Action 14 final Report, abrufbar unter: http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en, 18, Tz. 2.3.

95 Siehe z.B. Tz. 1.39 sowie 1.40. Abschlussbericht zu den BEPS Aktionspunkten 8-10, abrufbar unter http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en.

96 Siehe u.a. *Samuelson/Zeckhauser*, Joumal of Risk and Uncertainty 1988, 7.

97 *Baron/Hershey*, Journal of Personality and Social Psychology 1988, 569–579; *Wiswede* (FN 79) 32.

98 Siehe u.a. *Greenwood/Shleifer*, Review of Financial Studies 2014, 714; *Gilovich/Vallone/Tversky*, Cognitive Psychology 1985, 295.

würde, wie es ausgegangen ist; *hindsight bias*[99]. Mithin wird das Wissen über den Verlauf die Bewertung beeinflussen. In diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist, dass gerade im Zuge des BEPS-Prozesses, die OECD eine Art Sonderbehandlung für sogenannte Hard to Value Intangibles (HTVI) eingeführt hat. Hiernach soll es nämlich der Steuerverwaltung ermöglicht werden, die zukünftige Entwicklung und die zukünftigen Ergebnisse von diesen HTVI als Vermutung dafür zu verwenden, ob die im Zeitpunkt der Bewertung des HTVI zugrundeliegenden Annahmen korrekt waren. Mithin kann die tatsächlich eingetretene Entwicklung als Grundlage einer Verrechnungspreiskorrektur gemacht werden.[100]

Ferner verwenden Akteure in ihrem Entscheidungsprozess mentale Anker (*anchoring*[101]) und treffen ihre Entscheidung daher in Anlehnung an gegebene Orientierungsgrößen und nicht frei von vorgefertigten Urteilen. Diese mentalen Anker, die nicht einmal mit dem entscheidungserheblichen Sachverhalt in Verbindung stehen müssen, können zu Lock-In-Effekten führen. Mithin trifft ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter Entscheidungen nicht nur auf Basis einer optimalen Menge an Informationen, sondern bezieht in sein Entscheidungskalkül mitunter auch irrelevante Informationen ein,[102] die aus Sicht eines Dritten unerheblich und damit nicht erklärlich sind. Gerade in Situationen, wenn Güter bepreist werden sollen, die nicht häufig gekauft werden oder deren Wertermittlung schwierig ist, verwenden Akteure solche Anker.[103] So stellt *Ariely*[104] gar die ökonomische Annahme in Frage, dass der Marktpreis von Angebot und Nachfrage bestimmt wird. In der Realität der Preisfestsetzung wird sich wohl zwischen dem rein ökonomischen Kalkül und dem „Versuchs-Irrtum-Konzept" bewegt.[105]

Dieser Ankereffekt dürfte ebenfalls bei der Beurteilung von Verrechnungspreissachverhalten durch Betriebsprüfer von Bedeutung sein: So können Vergleichswerte aus anderen Außenprüfungen einen Anker für eine Korrektur darstellen (z.B. bei Routinedienstleistungen wird üblicherweise ein Kostenaufschlag in Höhe 5 % verwendet oder bei der Berechnung von Markenlizenzen werden pauschal 1–5 % angenommen[106]) oder es werden zur „Verprobung" Daumenregeln wie die *Neuberg-Knoppe-Formel*[107] oder die sog. *Goldscheider-Rule*[108] verwendet, die zwar gemäß OECD-LL nicht angewendet werden sollen,[109] aber jedoch als Anker wirken und schließlich eine Standardisierung und damit eine Vereinfachung der Verrechnungspreisbestimmung ermöglichen würden.[110]

Ebenso kann man sich diesen Ankereffekt im Rahmen einer Außenprüfung zu Nutze machen. Hier kann der seitens des Betriebsprüfers vorgeschlagenen Erstkorrektur als Ausgangsforderung eine erhebliche Bedeutung zukommen. So zeigt ein Experiment von Chapman/Bornstein[111] im deliktsrechtlichen Bereich, dass Schadenersatzsummen erheblich von der Anfangsforderung beeinflusst werden.[112]

In einem Entscheidungsprozess haben auch sog. *Verfügbarkeitsheuristiken* einen Einfluss dahingehend, dass Akteure ihre Entscheidung auf Informationen stützen, an die sie sich am leichtesten erinnern können und nicht zwingend auf alle relevant anzusehenden Informationen.[113] So müsste bspw. nach der ökonomischen Theorie die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit für eine Steuerhinterziehung dazu führen, dass sich Steuerpflichtige hiervon abschrecken lassen. Dies zeigen auch verschiedene empirische Studien; insbesondere die Erhöhung der Kontrollwahrscheinlichkeit sowie eine steigende Aufdeckungswahrscheinlichkeit beeinflussen die Neigung zur Steuerhinterziehung (Verminderung).[114] Sie lassen sich jedoch bei ihrem Wahrscheinlichkeitsurteil durch die Verfügbarkeitsheuristik beeinflussen und nicht nur von der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit.[115]

Betriebsprüfer könnten ferner dazu neigen, dass sie beim Steuerpflichtigen gemachte Beobachtungen einem bekannten Verhaltensmuster zuordnen (*Repräsentativitätsheuristik*[116]). Mithin besteht die Gefahr, dass durch ein repräsentatives Beispiel andere, für die Beurteilung wichtige Informationen nicht beachtet werden (Denken in Stereotypen). So könnte bspw. (unreflektiert) aus Erfahrungen mit dem betreffenden Steuerpflichtigen in der Vergangenheit sein Verhalten in der Zukunft abgeleitet werden. Eng damit verbunden ist

99 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 181.
100 *Kroppen* (FN 37) 199 (207); OECD-LL, Tz. 6.192. Umfassend *Engelen*, IStR 2016, 146.
101 *Tversky/Kahneman*, Science 1974, 1124; *Kahneman*, AER 2003, 1449; *Chapman/Johnson*, in: Heuristics and biases: The psychology of intuitive thought, 2002, 120–138; *Döring* (FN 80) 23; *Döring* (FN 77) 13.
102 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 185; *Leicester/Levell/Rasul* (FN 75); *Döring* (FN 77) 13 f.; *Chapman/Johnson* (FN 101) m.w.N.
103 *Huettel*, Behavioral Economics: When Psychology and Economics Collide.
104 *Ariely*, Denken hilft zwar, nützt aber nichts – Warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen, 2010.
105 *Wiswede* (FN 79) 307 m.w.N.
106 *Nestler*, BB 2015, 811 (812) mit Verweis auf Rechtsprechung von Zivilgerichten; z.B. FG Münster v. 14.2.2014 – 4 K 1053/11 E openJur 2014, 7175.
107 *Neuberg*, Der Lizenz-Vertrag und die internationale Patentverwertung, 3. Aufl. 1955, 105; *Knoppe*, Die Besteuerung der Lizenz- und know-how-Verträge, 2. Aufl. 1972, 102.
108 *Goldscheider/Jarosz/Mulhern*, les Nouvelles 2002, 123.
109 Tz. 6.144.
110 So auch *Luckhaupt* (FN 2) 157.
111 *Chapman/Bornstein*, Applied Cognitive Psychology 1996, 519–540.
112 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 186; *Chapman/Bornstein*, Applied Cognitive Psychology 1996, 519–540.
113 *Tversky/Kahneman*, Science 1974, 1124; *Döring* (FN 77) 13; *Döring* (FN 80) 23; *Towfigh/Petersen* (FN 74) 179; *Sunstein* (FN 80), 20 f.; *Angner* (FN 49) 114.
114 *Döring* (FN 80) 66 f.; *Alm* et al., Kyklos 1995, 3; *Körner/Strotmann*, Steuermoral – Das Spannungsfeld von Freiwilligkeit der Steuerzahlung und Regelverstoß durch Steuerhinterziehung, IAW-Forschungsberichte Nr. 64, 2006, 14 ff.; *Alm* et al., JoPE 1992, 21–38; *Spicer/Lundstedt*, Public Finance 1976, 295.
115 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 180. In Deutschland beträgt die Prüfungsquote insgesamt 2,4 %. Bei Großbetrieben (Mittelbetrieben) beträgt der Anteil hingegen 21,5 % (6,5 %). BMF-Monatsbericht Oktober 2015.
116 *Tversky/Kahneman*, Science 1974, 1124; *Towfigh/Petersen* (FN 74) 179 f.; *Döring* (FN 77) 13.

die *Rekognitionsheuristik*. Werden Akteure mit einem bekannten und einem unbekannten Sachverhalt konfrontiert, schätzen sie den bekannten Sachverhalt als wichtiger ein. Aus dem Vorliegen bestimmter für eine (steuerminimierende) Verrechnungspreisgestaltung typischer Anhaltspunkte könnte geschlossen werden, dass eine solche (steuerminimierende) Gestaltung tatsächlich vorliegt. Hierbei werden aber sog. a priori-Wahrscheinlichkeiten dieser Anhaltspunkte missachtet. Nur weil etwas typisch ist, ist es nicht beweiskräftig.

Daneben werden Entscheidungen auch durch die Entscheidungssituation, wie sie sich für den Akteur gestaltet, beeinflusst. Mithin erweisen sich Entscheidungen kontextabhängig (*framing effect*[117]) und demnach auch nur schwer nachvollziehbar. Die Entscheidung wie etwa Steuern zu hinterziehen, entspricht beispielsweise einer Wahl zwischen einer „sicheren" Alternative und einer riskanten Alternative, deren Ausgang ökonomisch vorteilhafter (Senkung der Steuerlast) oder nachteilhafter (Nachzahlung, Bestrafung etc.) sein kann als bei der „sicheren" Alternative. Wie eine solche Entscheidung aussieht, dürfte von der individuellen Risikoneigung abhängen. Diese jedoch kann beeinflusst werden durch das Verfahren der Steuererhebung.[118]

Die *Prospect Theory*[119] erlaubt dabei eine Voraussage dahingehend, dass eine Steuerrückerstattung als Gewinn aufgefasst und die beim Steuerpflichtigen erhobene Steuer als Verlust wahrgenommen wird, denn die Beurteilung, was als Gewinn oder als Verlust aufgefasst wird, erfolgt zu einem neutralen Referenzpunkt. Im Gewinnbereich agieren Menschen eher risikoavers, sodass in Ländern, die Steuern direkt an der Quelle erheben (wie etwa die Einkommen- oder Körperschaftsteuer in Deutschland), Steuerhinterziehung seltener ist als in Ländern, in denen die Steuer nicht direkt an der Quelle erhoben wird. Allerdings wird eine beim Steuerpflichtigen erhobene Steuer als Verlust wahrgenommen, wobei insgesamt zu konstatieren ist, dass eine Steuer als Zwangsabgabe dem Steuerpflichtigen Handlungsfreiheit entzieht ohne einen direkten Ausgleich vorzunehmen und damit Reaktanz fördert.[120] Dies kann dann insbesondere von Bedeutung sein, wenn sich im Rahmen der Außenprüfung ergibt, dass eine Steuernachforderung für den Steuerpflichtigen droht, die als Verlust empfunden werden kann. So zeigen Experimente, dass Akteure häufig extreme Positionen einnehmen bzw. konfrontative Verhaltensstrategien verfolgen, wenn es um eine Minimierung bzw. die Vermeidung von Verlusten geht (*negatively framed*).[121]

Mithin kann eine Steuernachforderung zu solchem risikofreudigen Verhalten und zugleich zu einer erhöhten Steuerunehrlichkeit führen.[122] Betrachtet man sich in diesem Zusammenhang den § 1 AStG, der nur dann zur Anwendung kommt, wenn eine Korrektur zugunsten der Steuerverwaltung und damit zulasten des Steuerpflichtigen im Rahmen einer Außenprüfung erfolgt, darf das Compliance-Verhalten des Steuerpflichtigen hinterfragt werden, wenn eine solche Korrektur seitens der Steuerverwaltung angekündigt worden ist. Im Gegensatz dazu verbindet sich mit einer Steuererstattung ein subjektives Gewinngefühl, welches zu einer höheren Steuerehrlichkeit führt. Zumindest in Verrechnungspreissachverhalten dürfte dies wohl eher die Ausnahme sein, obwohl der Außenprüfer die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zugunsten sowie zuungunsten des Steuerpflichtigen zu prüfen hat (§ 200 AO).[123]

Akteure lassen sich ebenso von dem was andere kommunizieren und entscheiden beeinflussen (*herding effect*[124]). Mithin werden Verhaltensmuster übernommen, die bei anderen zu beobachten sind. In einer Außenprüfung könnte dieser Effekt dahingehend Bedeutung erlangen, wenn beispielsweise Betriebsprüfer sich über „Verrechnungspreisgestaltungspraktiken" austauschen und sich hierdurch in ihrem Urteilsvermögen auf den einzelnen Sachverhalt von ihrem sozialen Umfeld beeinflussen lassen. Dies kann noch dadurch bestärkt werden, wenn Betriebsprüfer davon ausgehen, dass sie von ihrem sozialen Umfeld beobachtet werden und sie hierdurch versuchen, sich an das, was sie für die Erwartung der anderen halten, anzupassen (*spotlight effect*[125]). Zwar wird die Erzielung von Mehrergebnissen nicht für die Beurteilung der Bediensteten der deutschen Steuerverwaltung herangezogen, sie werden aber statistisch erfasst und mithin beobachtet.

Zudem werden entgegen einem rationalen Verhalten auch vergangene Kosten berücksichtigt (*sunk cost effect*[126]). Dies führt hiernach dazu, dass in der Vergangenheit gemachte Erfahrungen im Kontext für aktuelle Entscheidungen berücksichtigt werden. So wird z.B. an Entscheidungen intensiver festgehalten, je mehr Aufwendungen für die mit dieser Entscheidung im Zusammenhang stehende Investition schon getätigt worden sind.[127]

Die Ausführungen verdeutlichen, dass die Realität von den Akteuren nicht immer so wahrgenommen wird, wie sie sich objektiv darstellt: „[S]ubjektive Wahrnehmungs-, Erinnerungs- und Urteilsprozesse bilden nicht immer die Realität ab."[128] Dies jedoch führt nicht nur in

117 *Kahneman*, AER 2003, 1449; *Thaler/Sunstein*, Nudge – Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, 2008, 36; *Cartwright* (FN 74) 46 f.; *Döring* (FN 80) 28; *Döring* (FN 77) 15.

118 In Bezug auf Steuerhinterziehung *Towfigh/Petersen* (FN 74) 191.

119 *Kahneman/Tversky*, Econometrica 1979, 263; *Kahneman*, AER 2003, 1449; *Leicester/Levell/Rasul* (FN 75).

120 *Döring* (FN 80) 43 f.; *Pelzmann* (FN 77) 37.

121 *Döring* (FN 77) 56; *Franzen*, Steuerpsychologie und Steuerpolitik, 2010, 98.

122 *Döring* (FN 77) 57; *Pelzmann* (FN 77) 37; *Engström* et al., Tax compliance and loss aversion, 2013; *Franzen* (FN 121) 17 f., 98; *Robben* et al., Journal of Economic Psychology 1990, 341; *Körner/Strotmann* (FN 114) 124 f.; *Cartwright* (FN 74) 154; *Wiswede* (FN 79) 170.

123 Siehe auch *Hülster*, IStR 2016, 874 (875).

124 *Thaler/Sunstein* (FN 117) 53 ff.; *Döring* (FN 80) 29; *Döring* (FN 77) 16.

125 *Thaler/Sunstein* (FN 117) 60 f.; *Döring* (FN 80) 29.

126 *Jolls/Sunstein/Thaler* (FN 77) 1471 (1490 f.); *Thaler*, Journal of Behavioral Decision Making 1999, 183 (190 f.); *Angner* (FN 49) 41; *Döring* (FN 77) 16; *Döring* (FN 80) 27.

127 *Wiswede* (FN 79) 32.

128 *Döring* (FN 77) 12.

der allgemeinen Außenprüfungssituation zu Problemen, sondern insbesondere dann, wenn es gilt, was als fremdübliches Verhalten zu qualifizieren ist. Ein durchgeführtes Verhalten kann nicht aufgrund einer nachträglichen subjektiven Einschätzung per se als fremdunüblich qualifiziert werden, ohne dieses Verhalten empirisch haltbar überprüft zu haben. Mithin müssen normative Vorstellungen, also wie sich ein Geschäftsleiter verhalten soll, nicht mit in der Realität vorzufindendem Entscheidungsverhalten übereinstimmen.

Die Rechtsordnung kann sicherlich die Dispositionsfreiheit des Steuerpflichtigen ex ante begrenzen, um unüberlegtes Verhalten zu verhindern,[129] jedoch erscheint dies nur dann zielführend, wenn diese Begrenzung weitestgehend bestimmt ist.

3. Interaktionsverhalten zwischen dem Steuerpflichtigen und Steuerverwaltung

Darüber hinaus sind Akteure entgegen dem homo oeconomicus nicht nur egoistisch. Menschen und, damit einhergehend, auch Geschäftsleiter können bereit sein, „in bestimmten Situationen auf die Wahrnehmung ihres eigenen Vorteils zu verzichten und sie beachten bei Entscheidungen den Kontext, in dem sie sich bewegen"[130]. So verhalten sich beispielsweise in Experimenten die Teilnehmer kooperativ und belohnen auch faires bzw. bestrafen unfaires Verhalten.[131] Mithin werden Menschen durch Fairnessnormen bzw. soziale Normen motiviert.[132] Zum Beispiel sind Menschen nicht nur aus Furcht vor einer Strafe rechtstreu. Sofern diese davon ausgehen, dass sich die meisten anderen ihrer Mitmenschen an bestehende (gesellschaftliche) Normen halten, sind sie selbst bereit, sich an diesen zu orientieren und sie einzuhalten.[133] So könnte schon ein Hinweis in der Prüfungsanordnung, der an dieses Fairnessbedürfnis anknüpft, förderlich für das Interaktionsverhalten zwischen Steuerpflichtigem und Steuerverwaltung sein.[134]

Dies funktioniert jedoch nicht nur in diese eine positive Richtung. Sofern sich das subjektive Gefühl einstellen sollte, dass man als „Ehrlicher" der „Dumme" ist, kann das Eigeninteresse in den Vordergrund rücken und Widerstand erzeugen.[135] Dies kann im Bereich der Verrechnungspreise insbesondere dann der Fall sein, wenn der Steuerpflichtige Außenprüfungen subjektiv als unfair wahrnimmt (fehlender respektvoller Umgang mit dem Steuerpflichtigen[136]), sich als ungerecht bzw. ungleich gegenüber anderen Steuerpflichtigen behandelt fühlt oder beim Steuerpflichtigen das Gefühl erweckt wird, dass die an einem Geschäftsvorfall beteiligten Staaten bzw. Finanzbehörden den Geschäftsvorfall bepreisen, wie sie es für richtig erachten, unabhängig davon, wie sehr sich der Steuerpflichtige bemüht hat, den Fremdvergleichsgrundsatz zu befolgen.[137] Hier können insbesondere die Repräsentativ- sowie die Verfügbarkeitsheuristik von Bedeutung sein und verstärkend wirken.

Aus Sicht der Steuerpflichtigen kann dies dazu führen, dass die Gestaltung von Verrechnungspreisen nur noch zu einer Art Abwehrmaßnahme vor steuerstrafrechtlichen Sanktionen verkommt. Mithin könnte es lediglich nur noch darum gehen, zu zeigen, dass der Steuerpflichtige versucht hat, sich tax compliant zu verhalten, ihm aber der Fremdvergleichsgrundsatz im Grunde gleichgültig wird, da dieser aus der Sicht des Steuerpflichtigen nunmehr lediglich ein Instrument der beteiligten Staaten darstellt, sich die Besteuerungsrechte aufzuteilen.

Hierneben gilt es zu berücksichtigen, dass die Beurteilung verschiedener Arten der Steuervermeidung durch den sozialen Kontext gekennzeichnet ist. So zeigen Kirchler et al.[138], dass Finanzbeamte alle Formen der Steuervermeidung (illegale Steuerhinterziehung, legale Steuerausweichung und legale Steuerflucht) als wenig fair empfinden, obwohl bei anderen Gruppen eine differenziertere Sichtweise gegeben ist.[139] Dies wiederum könnte zu Widerstand seitens der Finanzbeamten selbst bei legalen Verhaltensweisen führen, denn so zeigen Alhakami/Slovic[140], dass sich Menschen bei einer Beurteilung einer Aktivität auch von ihren Gefühlen beeinflussen lassen.[141]

Überdies kommt gerade dem Interaktionsverhalten zwischen der Steuerverwaltung und dem Steuerpflichtigen eine besondere Bedeutung zu. Ist dieses besonders durch Abschreckungsmaßnahmen und Kontrolle in der Umsetzung gekennzeichnet, kann dies zu einer „Räuber-und-Gendarm-Mentalität"[142] führen.[143] Auf Seiten der Steuerpflichtigen könnte sich der Eindruck verdichten, dass sie einem Generalverdacht der Steuerunehrlichkeit ausgesetzt sind, was in der derzeitigen politischen Umgebung, sei es auf EU- oder OECD-Ebene, auch z.T. (undifferenziert) zum Ausdruck gebracht

129 *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439).
130 *Weimann* et al., Geld macht doch glücklich – Wo die ökonomische Glücksforschung irrt, 2012, 196; *Döring* (FN 77) 17; *Döring* (FN 80) 30.
131 *Falk*, Wirtschaftsdienst 2001, 300; *Döring* (FN 77) 17; *Döring* (FN 80) 30; *Leicester/Levell/Rasul* (FN 75); *Jolls/Sunstein/Thaler* (FN 77) 1489 ff.
132 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 176; *Leicester/Levell/Rasul* (FN 75); *Döring* (FN 77) 17; *Mullainathan/Thaler* (FN 76).
133 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 177.
134 Für eine Feldstudie vgl. *Blumenthal/Christian/Slemrod*, National Tax Journal 2001, 125–138.
135 *Towfigh/Petersen* (FN 74) 177; *Döring* (FN 80) 32; *Döring* (FN 77) 19 f.
136 *Döring* (FN 80) 42; *Döring* (FN 77) 23.
137 Bzgl. „Steuerprivilegien" und Steuermoral *Döring* (FN 77). Bzgl. horizontale Steuergerechtigkeit sowie Steuerverfahrensgerechtigkeit u.a. *Franzen* (FN 121) 10, 70 f.
138 *Kirchler/Maciejovsky/Schneider*, ECONSTOR Discussion Papers, No. 2001-43.
139 *Döring* (FN 77) 69.
140 *Alhakami/Slovic*, Risk Analysis 1994, 1085–1096.
141 Siehe u.a. *Slovic/Peters*, Current Directions in Psychological Science 2006, 322.
142 *Kirchler/Pitters*, in: Moser, Kontraproduktives Verhalten durch Schädigung öffentlicher Güter, in: Wirtschaftspsychologie, 2007, 373; *Döring* (FN 80) 94.
143 Studien zeigen auch, dass zumindest eine erhöhte Außenprüfungswahrscheinlichkeit bzw. Kontrolldichte das Compliance-Verhalten fördern kann. Vgl. u.a. *Pommerehne/Weck-Hannemann*, Public Choice 1996, 161; *Maciejovsky/Schwarzenberger/Kirchler*, Journal of Business Ethics 2013, 339.

wird[144]. Mithin kann eine Verschärfung der Kontrolle sowie Bestrafung kontraproduktiv wirken, wenn sie vom Steuerpflichtigen als inadäquat empfunden wird.[145] Hingegen kann ein respektvoller Umgang zu einem steigenden Vertrauen in die Steuerverwaltung führen und in steigender Steuermoral münden.[146] Hier wird die Institution der „kundenorientierten Steuerbehörde" angeführt,[147] die dem Steuerpflichtigen Dienstleistungen anbietet, ihn einbezieht, „sachlich und fair agiert und auf diese Weise das Vertrauen und die Kooperationsbereitschaft der Steuerpflichtigen fördert"[148]

Auch die Reduzierung von Möglichkeiten der Steuergestaltungsmöglichkeiten kann zu einer Steigerung von Steuerehrlichkeit führen.[149] Wenn es kaum Gelegenheiten zur Steuergestaltung gibt, dann sind die Steuerpflichtigen gezwungen, sich der Besteuerung zu fügen.[150] Im Gegensatz kann ein Ansteigen der Komplexität von steuerlichen Normen eine Verringerung der Steuerehrlichkeit zur Folge haben.[151]

4. Verwaltungskosten und Tax Compliance-Kosten

Bei der Gestaltung grenzüberschreitender Geschäftsvorfälle ist seitens der Steuerpflichtigen zu beachten, dass der Fremdvergleichsgrundsatz zwar in den OECD-LL beschrieben wird, jedoch von den betreffenden Staaten rechtlich abweichend ausgestaltet sein bzw. interpretiert werden kann. Dies wiederum ist vom Steuerpflichtigen zu beachten, wenn er sich compliant verhalten möchte, und kann demnach zu einem Anstieg der Tax Compliance-Kosten führen.[152] Gerade Verrechnungspreissachverhalte führen zu relativ hohen Compliance-Kosten sowie zu einer Erhöhung des Risikos einer Doppelbesteuerung.[153]

So deutet eine Studie von Deloitte daraufhin, dass Außenprüfungen mit einer erheblichen Planungsunsicherheit für die Unternehmen behaftet sind. Im Durchschnitt führte die letzte abgeschlossene Außenprüfung zu einer zusätzlichen Abschlusszahlung von 49 % des durchschnittlichen, jährlichen Ertragsteueraufwandes.[154] Sind Steuerwirkungen jedoch nicht planbar, ist die Steuerbelastung ungerecht, „weil der Steuerpflichtige sich auf sie bei seiner Gestaltungsplanung nicht einstellen […] kann."[155] Diese zusätzliche Belastung für die Steuerpflichtigen kann zu unerwünschten Ausweichreaktionen bis hin zur Steuerhinterziehung führen.[156]

Dem Steuerpflichtigen bietet sich in jedem Fall an, ein Tax Compliance-System aufzusetzen, welches auch den Bereich der Verrechnungspreise mitumfasst, um zum einen den jeweiligen Steuerverwaltungen darlegen zu können, dass sie sich konsistent und im Einklang mit dem geltenden Recht verhalten.[157] Zum anderen führt dies auch zu einer Selbstkontrolle bestimmte Aktionen konsistent durchzuführen.[158]

Daneben dürften die Verwaltungskosten für die Durchsetzung des Fremdvergleichsgrundsatzes in Deutschland relativ hoch sein;[159] andere Staaten, insbesondere Entwicklungsländer haben zugleich Schwierigkeiten den Fremdvergleichsgrundsatz zu administrieren.[160] Es fehlt insbesondere an dem entsprechend ausgebildeten Personal in ausreichender Anzahl. Zu den Verwaltungskosten existieren zwar keine offiziellen Statistiken, betrachtet man aber das offizielle Ergebnis der steuerlichen Betriebsprüfung 2014 werden zumindest bundesweit 13.533 Prüfer eingesetzt.[161] Wie viele hiervon insbesondere Verrechnungspreissachverhalte prüfen und wie hoch die Anzahl der Arbeitstage für einen solchen Prüfungsfall (Prüfungszeitraum) ist, wird jedoch nicht veröffentlicht. Damit geben die veröffentlichten Statistiken keinerlei Hinweise auf den Verwaltungsaufwand, sodass nur gemutmaßt werden kann,

144 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5156_de.htm; http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5188_de.htm; http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_de; https://www.oecd.org/berlin/presse/aktionsplan-besteuerung-mnu.htm. Siehe wohl auch *Prinz/Wolfersdorff*, DB 2016, Heft 42, S. 9 (S. 11). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Steuervermeidung (tax avoidance) die legale Nutzung von Möglichkeiten darstellt, die Besteuerung zu umgehen, und nicht mit der Steuerhinterziehung (tax evasion) als illegale Aktivität zur Reduzierung der Steuerlast gleichzusetzen ist. Siehe für eine Differenzierung beispielsweise *Kirchler/Maciejovsky/Schneider*, ECONSTOR Discussion Papers, No. 2001-43.

145 *Döring* (FN 80) 92; *Fjeldstad/Semboja*, World Development 2001, 2059–2074; *Mohdali/Isa/Yusoff*, Procedia – Social and Behavioral Sciences 2014, 291.

146 *Kogler* et al., Journal of Economic Psychology 2013, 169; *Feld/Frey*, Law & Policy 2007, 3; *Döring* (FN 80) 92 f.

147 Siehe auch *Gangl* et al., FinanzArchiv 2013, 487; *Alm* et al., Journal of Economic Psychology 2010, 577.

148 *Döring* (FN 80) 95. Ferner *Gangl* et al., FinanzArchiv 2013, 487 (488); *Alm/Torgler*, Journal of Business Ethics 2013, 635–651; *James*, eJournal of Tax Research 2012, 345 (353, 356). Gerade auch Emotionen spielen bei der Frage nach dem Compliance-Verhalten eine Rolle. *Maciejovsky/Schwarzenberger/Kirchler*, Journal of Business Ethics 2013, 339.

149 *Döring* (FN 80) 95 f.

150 *Döring* (FN 77) 59 f.; *Wiswede* (FN 79) 170.

151 *Leicester/Levell/Rasul* (FN 75); *Alm* et al., Journal of Economic Psychology 2010, 577; *Franzen* (FN 121) 36.

152 *Galuszka* (FN 26); *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 92.

153 *European Commission*, European Tax Survey, Working Paper 3/2004, 43; *Galuszka* (FN 26); *Kroppen/Dawid/Schmidtke*, Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics, 2012, 281; *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 92, 98; *Slemrod/Venkatesh*, The Income Tax Compliance Cost of Large and Midsize Businesses, 54; *Mehafdi*, Journal of Business Ethics 2000, 376; *Eichfelder* et al., Auswirkungen von Steuervereinfachungen, abrufbar unter: http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/gutachten/Steuervereinfachung2010.pdf, 116; COM (2001) 582, 2010Ja, 11, 284, 296; *Peters/Haverkamp*, BB 2011, 1303.

154 *Eismayr/Schnell*, IWB 2010, 909.

155 *Rose*, StuW 1985, 336 f.

156 Im Hinblick auf die Bildung der Schattenwirtschaft *Pelzmann* (FN 77) 85 f. Ferner *Franzen* (FN 121) 69.

157 Siehe u.a. *Rogge*, BB 2014, 664–669.

158 *Leicester/Levell/Rasul* (FN 75).

159 *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 92; COM (2001) 582, 2010, 291.

160 *Li*, Protecting the Tax Base in the Digital Economy, Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2014, abrufbar unter: http://www.un.org/esa/ffd/tax/2014TBP/, 43; *Kadet*, TNI 2015, 1183 (1184); *Rectenwald* (FN 8) 427.

161 BMF Monatsbericht Oktober 2015.

dass die Prüfung von Verrechnungspreissachverhalten komplizierter als „normale" Fälle sein dürfte und daher zu längeren Prüfungszeiträumen führen sollte. Zugleich sollten hierfür spezialisierte Betriebsprüfer eingesetzt werden.[162] Dies könnte mit relativ hohen Mehrergebnissen in diesem Bereich gerechtfertigt sein, wobei auch hierzu keine offizielle Statistik geführt wird und eine Evaluierung des bestehenden Systems derzeit unmöglich macht.[163] Festzustellen ist aber, dass international die Steuerverwaltungen in den vergangenen Jahren nicht nur Verrechnungspreis(dokumentations)vorschriften eingeführt bzw. erweitert haben, sondern auch in diesem Bereich personelle Ressourcen aufstocken und spezialisieren.[164]

Schließlich entstehen noch weitere Verwaltungskosten in insbesondere etwaig anschließenden Verständigungsverfahren. So wurden im Jahr 2015 (2014) 363 (374) Verständigungsverfahren nach DBA beantragt; davon betrafen 141 (194) Verfahren Verrechnungspreissachverhalte bzw. Betriebstättengewinnzuordnungen. Ferner waren am Ende des Jahres 2015 (2014) 1147 (1029) Verständigungsverfahren nach DBA noch nicht erledigt; davon betrafen 539 (483) Verfahren Verrechnungspreissachverhalte bzw. Betriebstättengewinnzuordnungen.[165] Im BZSt werden hierfür nunmehr umfangreiche Personalressourcen eingesetzt, die diese Sachverhalte mit den zuständigen Behörden der anderen Staaten verhandeln, wobei ethische sowie sozio-kulturelle Einstellungen der verhandelnden Personen eine bedeutende Rolle auf das Verständigungsergebnis haben dürften.[166] Allerdings haben abgeschlossene Verständigungsvereinbarungen keine Auswirkungen auf vergleichbare oder gar dieselben Sachverhalte, wenn sie andere Jahre oder Staaten betreffen. Damit haben sie für die Steuerpflichtigen in Bezug auf andere Verfahren keinen Informationsgehalt, was nicht dazu beiträgt, die Rechtssicherheit in diesem Bereich zu steigern.

Zugleich macht sich allerdings auch die demografische Entwicklung in der Steuerverwaltung spürbar. Diese sowie die abnehmenden personellen Ressourcen beeinflussen zunehmend das Besteuerungsverfahren,[167] sodass auch hier Veränderungen notwendig sind. So wurden z.B. durch das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens[168] in § 88 Abs. 2 und 3 AO auch die Komponenten der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit explizit im Amtsermittlungsgrundsatz verankert sowie eine Stärkung der ausschließlich automationsgestützten Bearbeitung von dazu geeigneten Steuererklärungen durch Einsatz von Risikomanagementsystemen erfolgte (§ 88 Abs. 5 AO). Dies gilt es auch, weitestgehend auf den Bereich der Verrechnungspreise zu übertragen. Mithin müsste ein Verrechnungspreissystem und -dokumentationsansatz verfolgt werden, das bzw. der elektronisch ausgelesen werden kann.

5. Zwischenfazit

Die Ausführungen zeigen, dass der Fremdvergleichsgrundsatz an sich konzeptionelle Schwächen aufweist und die derzeitige internationale Entwicklung nicht dazu führt, diese Schwächen zu minimieren, sondern neue zu kreieren. Besinnt man sich darauf zurück, dass sich der Maßstab des Fremdvergleichs, zumindest gemäß der Rechtsprechung des BFH, an der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters orientiert, die im Zivilrecht als zentraler Maßstab für die Haftung der Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer auf Schadensersatz gegenüber der Gesellschaft und deren Gläubigern gilt, so dürfte eine Pflichtverletzung nicht vorliegen, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Dementsprechend gibt das „gedachte Verhalten des ‚Soll-Geschäftsleiters' als Maßstab für ein gedachtes (hypothetisches) Regelverhalten […] nur eine grobe Richtschnur, die in eine Veranlassungsvermutung mündet und als solche der steuerlichen Beurteilung unterfallen kann."[169] Daher sollte eine Verrechnungspreiskorrektur dem Grunde nach nur insoweit erfolgen, wie ein Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze aufgezeigt werden kann, wobei ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen ist, denn ohne diesen ist eine unternehmerische Tätigkeit nicht möglich. Dies löst jedoch nicht die zuvor beschriebenen Schwächen und mit der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes einhergehenden Probleme.

III. Formelhafte, transaktionsorientierte Gewinnaufteilungsmethode – Darstellung einer Alternative

1. Einführung

Zuerst gilt es festzuhalten, dass ein Aufteilungsmechanismus für den Gewinn einer multinationalen Unternehmensgruppe von den Staaten als fair[170] empfunden werden muss, um die Chance auf eine Einigung

162 COM (2001) 582, 2010, 291. Es werden z.T. auch spezialisierte Prüfer eingesetzt.

163 Nach den statistischen Aufzeichnungen der obersten Finanzbehörden der Länder haben die Betriebsprüfungen, die im Jahr 2014 abgeschlossen wurden, zu Mehrsteuern und Zinsen von rund 17,9 Mrd. Euro geführt. BMF Monatsbericht Oktober 2015. Eine weitere Differenzierung, auf welcher Regelung eine Korrektur basiert, wird offiziell nicht geführt.

164 *Hjertberg/Pettersson* (FN 27) 2.

165 Statistiken: http://www.oecd.org/ctp/dispute/map-statistics-2006-2014.htm.

166 Zumindest im Hinblick auf die Verhandlung von Verrechnungspreisen in der Unternehmung haben ethische Einstellungen einen Einfluss. *Green/Wier*, Accounting and Finance Research 2015, 30.

167 http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2014-11-21-Modernisierung-des-Besteuerungsverfahrens-Diskussionsentwurf.html sowie BT-Drs. 18/7457. Vgl. ferner Landtag von Baden-Württemberg, Drucksache 14/3052 v. 21.7.2008; http://www.ofd.niedersachsen.de/aktuelles_service/pressemitteilungen/niedersachsen-bereitet-sich-auf-demografischen-wandel-in-der-steuerverwaltung-vor-136062.html.

168 BGBl. I 2016, 1679.

169 *Gosch* (FN 2) § 8 Rz. 302.

170 Dabei gilt es jedoch zu bedenken: The „assessments of fairness are distorted by their own self-interest." *Jolls/Sunstein/Thaler* (FN 77) 1471 (1501).

zu haben.[171] Die Beantwortung unterliegt jedoch einer subjektiven politischen Wertung bzw. Wertvorstellung.[172] Bisher kann davon ausgegangen werden, dass der Fremdvergleichsgrundsatz dies übernommen hat und noch übernimmt. Dennoch werden gerade in der EU Vorschläge einer alternativen Ausgestaltung der Steuererhebung vorgebracht, mit der vom Fremdvergleichsgrundsatz abgekehrt würde.[173]

Um steuerlich unerwünschte Gewinnverlagerungen einzudämmen und steuerlich bedingte Investitionsverlagerungen zu minimieren, ist nur eine Steuerbasis geeignet, die immobil ist.[174] Dies schließlich sind die Kunden bzw. der Ort des Kunden der multinationalen Unternehmensgruppe. Der Außenumsatz mit diesen ist exogen gegeben und lässt sich nicht gestalten.[175] Mithin solle die Besteuerung insbesondere dort stattfinden, wo die Kunden ansässig sind.[176] Eine Entwicklung dahingehend ist in den vergangenen Jahren schon zu beobachten.[177] Dabei gilt es im Sinne einer „internationalen Steuergerechtigkeit" zu beachten, dass auch diejenigen Staaten, in denen keine Absatzleistung erfolgt, ein Besteuerungsrecht an einem Teil des Gewinnes der multinationalen Unternehmensgruppe erhalten.[178] Zudem sollte die ökonomische Realität von global integrierten Unternehmungen besser abgebildet werden können.

Darüber hinaus gilt es, eine Methode zu verwenden, die die Nachteile der zuvor angeführten Gewinnaufteilung, wie etwa im Hinblick auf entstehende Rechtsunsicherheiten, insbesondere in Form einer Doppelbesteuerung, für die Steuerpflichtigen, subjektive Beurteilungsspielräume sowohl seitens der Steuerpflichtigen als auch der Steuerverwaltung, die Tax Compliance-Kosten und den Verwaltungsaufwand mindern kann.[179]

Im internationalen Kontext bedarf es für die Umsetzung einer „neuen" Methode jedoch einer abgestimmten internationalen Kooperation, sodass das Konzept eine zumindest vage Aussicht auf Konsensfähigkeit aufweisen sollte, weswegen eine völlige Abkehr vom bestehenden System (zumindest derzeit) nicht aussichtsreich erscheint. So hält die OECD auch weiterhin trotz aller Unzulänglichkeiten, die mit dem Fremdvergleichsgrundsatz verbunden sind, in Tz. 1.15 OECD-LL daran fest, dass eine Abkehr vom Fremdvergleichsgrundsatz den internationalen Konsens bedrohen und das Risiko von Doppelbesteuerung substanziell vergrößern würde. Ebenso führt die OECD weiterhin in Tz. 1.9 aus, dass der Fremdvergleichsgrundsatz in der Mehrzahl der Sachverhalte effektiv funktioniere. Allerdings zeigen gerade die OECD-Statistiken zu den (Vorab-)Verständigungsverfahren und empirische Untersuchungen, dass gerade das Thema Verrechnungspreise und damit auch der Fremdvergleichsgrundsatz eine maßgebende Ursache von Doppelbesteuerungsrisiken sind.[180]

2. Transaktionsorientierte Gewinnaufteilungsmethode

Zwar soll die transaktionsorientierte Gewinnaufteilungsmethode („transactional profit split-method"; PSM) als eine Methode zur Ermittlung bzw. Verprobung von fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen grundsätzlich nur zur Anwendung gelangen, wenn insbesondere die an einem Geschäftsvorfall beteiligten Unternehmen ökonomisch signifikante Risiken teilen.[181] Dies kann dann gegeben sein, wenn die Unternehmen in hochintegrierten betrieblichen Vorgängen vergleichbare Funktionen ausüben oder die beteiligten Unternehmen einzigartige Beiträge leisten.[182] Zugleich wird die PSM jedoch an Bedeutung gewinnen:[183]

So erscheint es insbesondere fraglich, ob die bestehende Verrechnungspreissystematik neuen Wertschöpfungsprinzipien gerecht wird bzw. diese sachgerecht abbilden kann. Der Einfluss der Digitalisierung auf die Ausgestaltung von Wertschöpfungsketten bzw. im Rahmen der sog. Digital Economy[184] führt vermehrt dazu, dass sich klassische Wertschöpfungsketten verändern, die Wertschöpfung insbesondere auf IT-gestützten Geschäftsprozessen basiert, Geschäftsmodelle auf Internettechnologien basieren, Aktivitäten virtuell ausgeübt werden, Netzwerkexternalitäten[185] eine be-

171 *Schreiber/Fell* (FN 21) 386 (391).

172 *Jolls/Sunstein/Thaler* (FN 77) 1471 (1501).

173 Siehe COM(2016) 685 final sowie COM(2016) 683 final. Siehe zur CCCTB mit kritischen Äußerungen *Rasch/Tillmann*, ISR 2013, 139 (142).

174 *Schreiber/Fell* (FN 21) 386 (392).

175 *Watrin/Thomsen/Weiß*, IStR 2016, 397 (398); *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8).

176 *Schreiber/Fell* (FN 21) 386 (393); *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (118); *Devereux/Fuest/Lockwood*, JoPE 2015, 83-97.

177 *Schön*, Destination-Based Income Taxation and WTO Law, MPI for Tax Law and Public Finance Working Paper 2016-03, 1.

178 *Schreiber/Fell* (FN 21) 386 (388).

179 Siehe zu einem Ansatz, der auf der Spieltheorie basiert, aber für die Praxis vor dem Hintergrund der genannten Ziele ungeeignet erscheint. *Pellefigue*, ITPJ 2015, 95 (99 f.); zugleich selbst eingestehend.

180 *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 97; *Durst* (FN 8) 125. Daneben werden Vorschriften „von den sie Verfassenden so lange als ‚bewährt' bezeichnet, bis eine Änderung beschlossen ist." *Schneider*, StuW 1984, 345 (350).

181 Siehe zu den Verrechnungspreismethoden *Greil*, DStZ 2016, 910-922.

182 *Herzfeld*, TNI 2016, 360 (362); *Heggmair/Riedl/Wutschke*, IStR 2014, 323 (328); *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (119).

183 *Schreiber/Fell* (FN 21) 386 (396); *Kadet*, TNI 2015, 1183 (1183).

184 „The digital economy is characterised by an unparalleled reliance on intangibles, the massive use of data (notably personal data), the widespread adoption of multi-sided business models capturing value from externalities generated by free products, and the difficulty of determining the jurisdiction in which value creation occurs." OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 final Report, 16, http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en. „Der Begriff ‚digitale Wirtschaft' wird in zwei Bedeutungen verwendet. Einerseits wird er verwendet, um den Wirtschaftszweig der Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) und Internetbranche zu bezeichnen, andererseits um das Phänomen der zunehmenden Digitalisierung der Wirtschaft zu beschreiben." *Müller* et al., Geschäftsmodelle in der digitalen Wirtschaft, Studien zum deutschen Innovationssystem Nr. 13-2016, fortiss Technische Universität München, 2016, 4.

185 „THE benefit that a consumer derives from the use of a good often is an increasing function of the number of other consumers purchasing compatible items." *Katz/Shapiro*, Oxford Economic Papers, New Series 1986, 146 (146).

sondere Bedeutung einnehmen, Kunden in den Wertschöpfungsprozess einbezogen werden, insbesondere immaterielle Werte eingesetzt werden und sich zum Teil oligo- und monopolistische Strukturen bilden.[186]

Hierdurch wird die Anwendung des Verrechnungspreissystems erschwert, da sich dieses an greifbaren bzw. klassischen Transaktionen orientiert[187], eine Analyse der gesamten Wertschöpfungskette notwendig wird und annähernd vergleichbare Daten fehlen.[188] Gerade die Zuordnung sowie die Vergütung von immateriellen Werten tragen hierzu bei.[189] Schließlich mangelt es auch an einer ökonomischen Theorie, den Gewinn insbesondere von hochintegrierten wertschöpfenden Prozessen einzelnen Wertschöpfungsstufen willkürfrei zuzuordnen,[190] sodass eine einwandfreie Einkünftezuordnung zu den einzelnen Unternehmen der Unternehmensgruppe nicht erfolgen kann.[191]

Schließlich dürfte insbesondere die PSM als geeignete Methode für diese Geschäftsmodelle angesehen werden können, da diese insbesondere für Geschäftsvorfälle dann verwendet werden soll, wenn hochintegrierte und komplexe Wertschöpfungsketten zugrunde liegen und immaterielle Werte eingesetzt werden.[192] Entsprechend enthalten auch die OECD-LL nach dem Abschluss des G20/OECD-BEPS-Projektes eine indirekte Aussage zu einer breiteren Anwendung der PSM.[193] In diesem Zusammenhang kann auch die derzeitige noch nicht finalisierte Überarbeitung der OECD-LL bzgl. der PSM gesehen werden.[194]

3. Formelhafte, transaktionsorientierte Gewinnaufteilungsmethode als neuer Ansatz

Die nachstehend vorgeschlagene Vorgehensweise orientiert sich sowohl an der von *Luckhaupt/Overesch/Schreiber*[195], *Schreiber*[196], *Schreiber/Fell*[197] vorgestellten absatzorientierten bzw. umsatzbasierten PSM, dem vereinfachenden Ansatz der PSM von *Kadet*[198] als auch an der von *Durst*[199] sowie *Avi-Yonah/Clausing/Durst*[200] vorgestellten formelhaften PSM.

Dieser Ansatz wird bewusst vorgestellt, da eine globale Gewinnzerlegung, die den Fremdvergleichsgrundsatz in Gänze verlässt, klare Vorteile[201] und eine politische Einigung nicht erwarten lässt.[202] Hingegen kann in einer formelhaften, transaktionsbezogenen PSM noch ein Bezug zum Fremdvergleich gesehen werden.

In einem **ersten Schritt** gilt es den Gesamtgewinn aus einer Transaktion (einem Geschäftsvorfall) zu ermitteln. Dieser bestimmt sich aus der Differenz zwischen dem Umsatz mit fremden Dritten und den hierfür aufgewendeten Vorleistungen, was die gesamte Wertschöpfung der Transaktion abbildet.[203] Eine Zusammenfassung zu einem Transaktionsbündel kann auch wie bisher stattfinden, wenn die Transaktionen wirtschaftlich vergleichbar sind. Hieran anschließend ist die Wirtschaftlichkeit der Transaktion ausgedrückt als $\frac{(Umsatz - Vorleistung)}{Umsatz}$ zu bestimmen.

In einem **zweiten Schritt** ist zu differenzieren zwischen einer Gewinn- und einer Verlustsituation aus der Transaktion, um zu vermeiden, dass die Unternehmensgruppe als Gesamtheit aus der Transaktion einen Verlust erzielt und dennoch eine Besteuerung von Scheingewinnen bei den betreffenden Gesellschaften erfolgt. Dieses bisherige Vorgehen aufgrund des seperate entity tax accounting erfolgt im Interesse der Steuergläubiger, missachtet zugleich, dass die Unternehmen einer Unternehmensgruppe ein gemeinsames wirtschaftliches Schicksal teilen, selbst wenn sie rechtlich selbständige Einheiten darstellen.

Sollte die Wirtschaftlichkeit positiv sein, sind in Anlehnung an die Vergütung von Dienstleistungen mit geringer Wertschöpfung[204] die im am Wertschöpfungsprozess beteiligten Routinefunktionen mit einem festen Aufschlag auf die hierdurch entstehenden Kosten (Vorleistungen) zu vergüten. Der Aufschlagssatz kann z.B. entsprechend der Vergütung von Routinedienstleistungen standardisiert 5 % betragen,[205] wird aber begrenzt durch die Wirtschaftlichkeit.[206] Somit

186 Siehe u.a. *Heggmair/Riedl/Wutschke*, IStR 2014, 323 (324 f.); *Pellefigue*, ITPJ 2015, 95 (96 ff.); *Olbert/Spengel*, International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?, 26; *Langerak* (FN 32) 28; *Müller* et al. (FN 184) 4, 7, 50.

187 Gl.A. *Heggmair/Riedl/Wutschke*, IStR 2014, 323 (325).

188 *Reinfeld/Riedl/Wutschke*, IStR 2016, 763 (765); *Olbert/Spengel* (FN 186) 13, 31; *Pellefigue*, ITPJ 2015, 95 (98 f.); *Cockfield*, Canadian Tax Journal 2004, 114 (117).

189 *Heggmair/Riedl/Wutschke*, IStR 2014, 323 (326); *Langerak* (FN 32) 28.

190 *Ewert/Wagenhofer* (FN 20) 570; *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8) 101; *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8). Als „Proxy" kann das Konzept des Economic Value Added (EVA) herangezogen werden. *Olbert/Spengel* (FN 186) 22.

191 *Olbert/Spengel* (FN 186) 32.

192 Siehe auch *Heggmair/Riedl/Wutschke*, IStR 2014, 323 (328); *Olbert/Spengel* (FN 186) 12, 20, 38. Im Hinblick auf das zweite Beispiel auch *Pellefigue*, ITPJ 2015, 95 (99).

193 OECD, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 final Reports, http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en, 55 f. Gl.A. *Olbert/Spengel* (FN 186) 12, 20. Vgl. ferner *Heggmair/Riedl/Wutschke*, IStR 2014, 323 (328).

194 Revised Guidance on Profit Splits, Public Discussion Draft. Ferner *Kadet*, TNI 2015, 1183 (1183).

195 *Luckhaupt/Overesch/Schreiber* (FN 8).

196 *Schreiber*, zfbf 2015, 101.

197 *Schreiber/Fell* (FN 21).

198 *Kadet*, TNI 2015, 1183.

199 *Durst*, TNI 2007, 1041.

200 *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8).

201 *Kroppen/Dawid/Schmidtke* (FN 153) erwarten Effizienzverluste bei der Einführung einer solchen Gewinnaufteilung.

202 So auch *Cockfield*, Canadian Tax Journal 2004, 114 (119).

203 Wertschöpfung kann definiert werden als Differenz zwischen Umsatz und Vorleistungen. *Schreiber*, zfbf 2015, 102 (116); *Olbert/Spengel* (FN 186) 22.

204 OECD-LL, Tz. 7.61.

205 *Luckhaupt* (FN 2) 170 ff. verwendet einen standardisierten Ansatz.

206 Bzgl. der Vergütung immaterieller Werte, *Hines* (FN 26) 15.

würde mit den Kosten eine objektive Datenquelle für die Aufteilung verwendet werden.[207]

Das nachstehende Beispiel soll die Vorgehensweise verdeutlichen.

Die D-AG mit Sitz und Geschäftsleitung in Deutschland entwickelt und produziert Waren, bspw. Kfz. Hierfür wendet die D-AG pro Stück 50.000 EUR (25.000 EUR für die Produktion und 25.000 EUR für die Entwicklung) auf. Diese Waren liefert die D-AG an ihre 100 %ige Vertriebstochtergesellschaft in Südafrika (SA-Ltd.). Die SA-Ltd. veräußert die Kfz für umgerechnet 100.000.- EUR an die Endkunden. Die unstreitigen Aufwendungen der SA-Ltd., die unter anderem dazu beitragen, die Marke der Unternehmensgruppe im südlichen Afrika zu stärken, betragen währungsbereinigt 10.000 EUR. In den Kfz ist ein Bordcomputer eingebaut, der das Fahrverhalten der Kunden speichert und automatisch an die US-Corp., eine Tochtergesellschaft der D-AG, liefert. Die US-Corp. analysiert diese Daten und kombiniert sie in einem speziellen und nicht öffentlich bekanntem Verfahren mit unter anderem von fremden Dritten zugekauften Datensätzen über Kundenverhalten im südlichen Afrika. Die insgesamt bei der US-Corp. entstehenden Kosten betragen 5.000 EUR. Die Analyseergebnisse werden automatisch im Produktionsprozess der D-AG verwendet, sodass die Kfz passgenau an die Kundenwünsche angepasst werden. Einer „Lieferung" im klassischen Sinne der Daten bedarf es dafür nicht.

Was sind nun die fremdüblichen Preise für die Lieferung eines Kfz der D-AG an die SA-Ltd. sowie der Lieferung der Datensätze seitens der US-Corp. an die D-AG?

In einem ersten Schritt lässt sich die Wertschöpfung in Höhe von 35.000 EUR (100.000 EUR ./. 50.000 EUR ./. 10.000 EUR ./. 5.000 EUR) ermitteln. Die Wirtschaftlichkeit beträgt mithin 35 %. In einem zweiten Schritt sind der D-AG und der SA-Ltd. für die Ausübung von Routinefunktionen 5 % auf ihre Vorleistungen zuzuweisen. Der D-AG mithin 1.250 EUR (= 5 % * 25.000 EUR) sowie der SA-Ltd. 500 EUR (= 5 % * 10.000 EUR). Würde die Wirtschaftlichkeit beispielsweise nur 4 % betragen, so würden in diesem Schritt maximal 4 % auf die jeweiligen Vorleistungen zugewiesen werden.

Hiergegen kann eingewendet werden, dass diese Vorgehensweise dazu führt, dass Investitionsentscheidungen weiterhin von der Besteuerung abhängig sind und das System bedingt vereinfacht werde.[208] Allerdings nutzen diese Unternehmen die Infrastruktur in den Staaten vor Ort und die betreffenden Staaten werden es wohl kaum als fair empfinden, dass sie keinen Anteil am Gewinn erhalten sollen. Eine solche Vorgehensweise wirkt dann wie eine Quellensteuer und räumt jedem beteiligten Staat ein beschränktes Besteuerungsrecht ein. Hierdurch kann dazu beigetragen werden, dass auch Schwellen- und Entwicklungsländer „angemessen" berücksichtigt werden. Ferner kann auf diese Weise ein Anknüpfungspunkt für die Wertschöpfung bzw. den Input der jeweiligen Unternehmen gesehen werden.[209]

Im Falle einer negativen Wirtschaftlichkeit partizipieren die in Schritt zwei angesprochenen Gesellschaften hieran. Mithin ist diesen ein Verlust in Höhe der negativen Wirtschaftlichkeit, maximal jedoch in Höhe des festgelegten Aufschlagssatzes zuzuweisen.

Fortführung des Beispiels: Würde hingegen ein Verlust (bspw. i.H.v. 15.000 EUR) resultieren, weil die Kfz nur zu 50.000 EUR an den Endkunden veräußert werden, beträgt die Wirtschaftlichkeit -30 %. In diesem Fall würden der D-AG 1.250 EUR und der SA-Ltd. 500 EUR Verlust zugeordnet werden (entspricht jeweils 5 %).

In einem **dritten Schritt** erfolgt eine Vergütung auf Basis entstandener Kosten (Vorleistungen) für Funktionen der leistungserbringenden Unternehmen, die im Wertschöpfungsprozess beteiligt sind und andere als Routinefunktionen erbringen. Als Maßstab kann entweder ein pauschaler Prozentsatz, wie etwa 50 %, vorgegeben werden, oder es erfolgt eine Orientierung anhand der übernommen und ausgeübten Funktionen und Risiken. Die zweitgenannte Variante würde jedoch den Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum erweitern und eine subjektive case-by-case Beurteilung bzgl. der Höhe der Vergütung erforderlich machen und damit dem Vereinfachungsgedanken zuwiderlaufen,[210] weswegen diese Vorgehensweise nicht zu dem hier vorgebrachten Ansatz passt. Eine Begrenzung erfolgt durch die Wirtschaftlichkeit. Im Verlustfall entspricht die Vorgehensweise dem Schritt 2.

Sowohl zu Schritt 2 und 3 kann angeführt werden, dass relativ zum Umsatz hohe Vorleistungen den Anteil der Vergütung ansteigen lassen. Selbiges Problem besteht jetzt schon bei der Kostenaufschlagsmethode. Mithin müsste auch weiterhin analysiert werden, ob die Vorleistung ursächlich und damit der Transaktion zuordenbar ist. Jedoch erfolgt eine Vereinfachung gegenüber dem bestehenden Verrechnungspreissystem dadurch, dass der jeweilige Aufschlagssatz fest vorgegeben ist und die für eine bisherige Verrechnungspreisanalyse obligatorisch vorzunehmende von subjektiven Elementen abhängige Funktions- und Risikoanalyse entfällt. Es ist lediglich festzustellen, welche Funktionen als Routinefunktionen bezogen auf die Transaktion qualifiziert werden können. Hierfür kann eine feste Definition herangezogen werden.[211]

In einem **vierten Schritt** erfolgt dann die Zuordnung des verbleibenden Gewinns (oder auch Verlusts) zu den absatzorientierten Unternehmen; also zu den Unternehmen, die Umsätze mit fremden Dritten mit den erstellten oder erbrachten Dienstleistungen erzielen.[212] Hierdurch werden steuerliche Einflüsse auf die Investi-

207 Die OECD erfordert im Rahmen der PSM eine verifizierbare und objektive Datenquelle. Revised Guidance on Profit Splits, Public Discussion Draft, Tz. 42, 47. Vgl. *Kadet*, TNI 2015, 1183 (1185).

208 *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (121).

209 *Hines* (FN 26) 16: „[…] cost is he only additive metric of affiliate input."

210 Gerade die Abstrahierung hiervon stellt einen maßgebenden Vereinfachungsgedanken dar. *Kadet*, TNI 2015, 1183 (1186).

211 So werden bspw. Routinedienstleistungen schon in den OECD-LL in Tz. 7.45 definiert.

212 Siehe *Avi-Yonah*, University of Michigan Law School, Paper No. 378, 2013, http://ssRz.com/abstract=369944.

tionstätigkeit zumindest vermindert, sodass nicht-steuerliche Bedingungen an den Investitionsstandorten bedeutender werden können.[213]

Fortführung des Beispiels: Im dritten Schritt ist der D-AG für die Ausübung der Forschungs- und Entwicklungsleistungen ein Betrag in Höhe von 8.750 EUR (= 35 % * 25.000 EUR) zuzurechnen. Die Tätigkeit der US-Corp. lasse sich hier nicht als Routinefunktion qualifizieren, sodass ihr ebenfalls 35 % (= 1.750 EUR) zuzuordnen wären. Es erfolgt damit eine Begrenzung auf die Wirtschaftlichkeit. Der verbleibende Gewinn in Höhe von 22.750 EUR (= 35.000 EUR ./. 1.250 EUR ./. 500 EUR ./. 8.750 EUR ./. 1.750 EUR) verbleibt bei der Vertriebsgesellschaft, der SA-Ltd.

Im Verlustfall würde nun der D-AG 7.500 EUR (= 30 % * 25.000 EUR), der US-Corp. 1.500 EUR (= 30 % * 5.000 EUR) und der SA-Ltd. der Restverlust in Höhe von 4.250 EUR (15.000 EUR ./. 7.500 EUR ./. 1.500 EUR ./. 1.250 EUR ./. 500 EUR) zugeordnet werden.

Sofern mehr als ein Unternehmen eine solche Absatzleistung erbringen sollte, hat die Aufteilung im Verhältnis des Umsatzes der beteiligten Unternehmen mit fremden Dritten zu erfolgen.[214]

Der Ort des Umsatzes bemisst sich dann aber allerdings nach dem Ort, wo die Tochtergesellschaft als ansässig gilt oder die Betriebstätte besteht, welcher der Umsatz mit dem Kunden zuzurechnen ist, sodass für die Besteuerung überhaupt ein Anknüpfungspunkt besteht. Hiergegen mag angeführt werden, dass dann weiterhin Gestaltungspotenzial – insbesondere für Unternehmen der Digital Economy[215] – besteht, jedoch erschweren gerade die derzeitigen internationalen Entwicklungen einer umsatzbasierten Gewinnaufteilung auszuweichen.[216] Dennoch werden nicht alle Konstellationen erfasst, sodass Gestaltungsspielräume verbleiben, die nur über Fragen der Steuerpflicht und den damit verbundenen Anknüpfungspunkten der Besteuerung zu lösen sind.

Schließlich trägt somit der Staat, in dem die Kunden sind bzw. die entsprechende Gesellschaft ansässig oder die Betriebstätte besteht, auch einen Teil des Risikos des Geschäftsmodells in Bezug auf die spezifischen Transaktionen. Im Falle eines Verlustes ist dieser zu akzeptieren, aber dafür bestehen zugleich Chancen auf ein höheres Ertragspotenzial.

Die in dieser Form vorgestellte Anwendung der PSM könnte dabei als „opt-in"[217] für die Steuerpflichtigen ausgestaltet werden und gilt bei Ausübung der Option für alle Transaktionen des Steuerpflichtigen mit verbundenen Unternehmen, sodass eine konsistente unternehmensgruppenweite Anwendung zu erfolgen hat. Hierdurch kann sichergestellt werden, dass sich der Steuerpflichtige eher mit dem System identifiziert, aktiv in den Prozess eingebunden wird und Steuergestaltungsmöglichkeiten vermindert werden. Sein Anreiz, zu diesem „System" zu optieren, liegt insbesondere darin, dass aufgrund des schematischen Vorgehens die Gewinnabgrenzung staatenübergreifend korrespondierend erfolgen kann, sodass das Risiko einer Doppelbesteuerung erheblich vermindert wird und Außenprüfungen zügiger durchgeführt werden können.

Für die Steuerverwaltungen bedeutet dies zwar, dass diese Methode zusätzlich zum bestehenden System hinzukommt, dürfte aber keinen zusätzlichen Verwaltungsaufwand verursachen und zugleich wird Gelegenheit geben, diese Vorgehensweise zu evaluieren und schrittweise (ggf. verpflichtend) zu etablieren[218].

Da Finanzierungsbeziehungen jedoch unter diesem Ansatz nicht erfasst werden können, müssten diese gesondert behandelt werden. Ein Ansatz hierfür wurde bereits von Greil/Schilling[219] vorgestellt.

4. Zwischenfazit

Mit der vorgestellten Vorgehensweise lassen sich nicht alle beschriebenen Nachteile vermeiden. Jedoch verlässt diese Methode nicht gänzlich bisher etablierte Vorgehensweisen,[220] nutzt die aktuellen Entwicklungen und führt nicht zu einer abrupten Änderung des bestehenden Systems. In Außenprüfungen würden nahezu alle subjektiven und zuvor angeführten verhaltensökonomischen Aspekte reduziert werden. Ein etwaiges Verhalten und eine subjektive (mitunter im Nachhinein erstellte) Funktions- und Risikoanalyse der an der Transaktion beteiligten Unternehmen verliert an Bedeutung. In der Folge ist der so ermittelte Verrechnungspreis weniger korrekturanfällig, sodass Doppelbesteuerungsrisiken minimiert werden können. Aufgrund des Verringerungspotenzials von Verrechnungspreiskorrekturen kann die Steuermerklichkeit und entsprechend die Neigung zur Steuerunehrlichkeit reduziert werden,[221] sodass auch das Tax Compliance-Verhalten positiv beeinflusst werden kann. Damit zusammenhängend kann dieser Ansatz dazu führen, dass Steuerpflichtige weniger konfrontative Strategien in der Außenprüfung verfolgen.

Als weitere Vorteile können insbesondere angeführt werden, dass

- die Möglichkeiten für Gewinnverlagerungen aufgrund der in den Vordergrund tretenden Absatzmarktorientierung eingeschränkt werden können,
- ein konsistentes, standardisiertes, verpflichtendes und stringentes Regelwerk geschaffen wird und dadurch Interpretations- und Auslegungsspielräume seitens der Steuerpflichtigen (auch seitens der

213 *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (121); *Avi-Yonah/Clausing/Durst* (FN 8). Siehe kritisch in Bezug auf die Gestaltung aufgrund steuerlicher Anreize, die durch das jetzige Verrechnungspreissystem geschaffen werden, *Durst* (FN 8) 133.

214 *Durst*, TNI 2007, 1041.

215 *Klassen/Laplante/Carnaghan* (FN 8) 29.

216 *Schreiber*, zfbf 2015, 101 (121).

217 *Sunstein/Thaler* (FN 76); Sunstein, Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law.

218 Gerade bei der Variante als „opt-in" müssten sich die Steuerpflichtigen aktiv darum bemühen und bewusst für dieses System entscheiden, was zu zeitlichen Verzögerungen führen dürfte, sofern das System überhaupt angenommen wird.

219 *Greil/Schilling*, DK 2016, 329; *dies.*, Intertax 2016, 802.

220 Siehe im Hinblick auf die Verteilung des Residualgewinns *Avi-Yonah*, University of Michigan Law School, Paper No. 378, 2013, http://ssRz.com/abstract=369944.

221 Siehe hierfür *Döring* (FN 80) 98.

Steuerverwaltungen) vermindert werden, sodass Steuerplanungsmöglichkeiten reduziert werden könnten, sowie die Anwendung erleichtert wird,[222]

- die mit der ex ante Wertbestimmung von insbesondere immateriellen bzw. schwer bewertbaren Werten (und deren ex post Prüfung) verbundene Unsicherheit minimiert wird,
- das System der Verrechnungspreise erheblich vereinfacht würde, was auf das Verhalten der Steuerpflichtigen einen positiven Einfluss entfalten kann,[223]
- hierdurch auch die Tax Compliance-Kosten reduziert werden[224] – so könnten insbesondere die Dokumentationsverpflichtungen auf ein wesentliches Maß herabgesetzt werden, um dann die freiwerdenden Ressourcen wirtschaftlich zu verwenden; zugleich ist der dargestellte Ansatz elektronisch abbildbar –,
- hierdurch ebenfalls die Kosten der Verwaltungsadministration gesenkt werden könnten und der demografischen Entwicklung in der Verwaltung begegnet werden kann – so könnten Außenprüfungen in kürzerer Zeit erfolgen, es dürften weniger Streitigkeiten zwischen den Steuerpflichtigen und den Steuerverwaltungen sowie zwischen den Verwaltungen untereinander entstehen[225] und die Anzahl der Verständigungsverfahren könnte in diesem Bereich reduziert werden; dementsprechend wäre weniger Personal einzusetzen und darüber hinaus wird aufgrund des schematischen Ansatzes eine digitale Risikoprüfung ermöglicht –,
- gegenüber einer formelhaften Gewinnaufteilung ein geringerer Eingriff in die Souveränität der Staaten erfolgt,[226]
- Einkommen auch den Staaten zugeordnet wird, in denen die Aktivitäten der Unternehmensgruppe ausgeübt werden,[227] wodurch das Territorialitätsprinzip gewahrt wird,
- jeder Staat beteiligt werden würde, obwohl die Beurteilung als „fair" weiterhin eine Wertungsfrage bleibt und den Staaten selbst kaum mehr Verhandlungsspielraum verbliebe.[228]

Gewichtige und nicht zu vernachlässigende Nachteile eines jeden formelhaften Ansatzes sind, neben der vagen Aussicht auf politische Einigung, dass ein solcher Ansatz willkürlich sei, keine genaue Analyse der relativen Wertbeiträge erfolgt und stets „a great temptation for states to change the formula when that seems to be in their favour."[229] Jedoch wird über den dargestellten Ansatz im Wege der formelhaften, transaktionsorientierten PSM eine gegenüber einer reinen formelhaften Gewinnaufteilung flexiblere Aufteilung verfolgt und mit nachweisbaren sowie objektiven Daten verbunden, die zu einer korrespondierenden Gewinnabgrenzung[230] führen können.

Schließlich verbleibt es bei den Gesetzgebern, zu einem kohärenten System zu gelangen, welches Rechtssicherheit befördert, aggressive Gewinnverlagerungsaktivitäten vermindert, Verwaltungsressourcen schont, Tax Compliance-Kosten senkt und das Verhalten der Steuerpflichtigen positiv beeinflusst, jedoch ggf. auch eine negative Auswirkung auf das Steueraufkommen haben könnte. Allerdings sollten dann die entsprechenden Vorteile gegengerechnet werden. Im Hinblick auf das Steueraufkommen sollte jedoch relativierend ergänzt werden, dass – zumindest nach Dharmapala[231] – der Anteil der Staatseinnahmen aufgrund der Körperschaftsteuer auf circa 10 % im OECD-Durchschnitt geschätzt wird.[232]

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Fremdvergleichsgrundsatz zur Einkünfteabgrenzung international tätiger Unternehmensgruppen ein bedingt tauglicher Maßstab ist, da hierdurch u.a. Gewinnverlagerungen begünstigt werden können, eine einheitliche Auslegung und Anwendung erschwert wird, sodass Doppelbesteuerungsrisiken entstehen, und die Administration sowohl seitens der Steuerpflichtigen als auch der Steuerverwaltungen aufwendig ist. Man kann ihm jedoch zugutehalten, dass er im internationalen Kontext weite Akzeptanz findet und sich die Staaten in ihren Doppelbesteuerungsabkommen auf diesen Maßstab geeinigt haben.

Mit dem hier vorgestellten Ansatz einer transaktionsorientierten, formelhaften PSM lassen sich nicht alle beschriebenen Nachteile vermeiden. Jedoch verlässt diese Methode nicht gänzlich bisher etablierte Vorgehensweisen, nutzt die aktuellen Entwicklungen und führt daher nicht zu einer abrupten Änderung des bestehenden Systems, sodass auch eine vage Aussicht auf eine politische Einigung bestehen könnte.

Neben dem hier vorgestellten Ansatz sind andere (rein nationale) Ansätze möglich, denen eine Aussicht auf Umsetzung innewohnen könnte: Zum einen könnte rein national vermehrt mit Vereinfachungsregelungen, Standardisierungen oder safe-harbor-Regelungen[233] gearbeitet werden. Der Gesetzgeber ist frei darin, den Fremdvergleichsgrundsatz auszulegen. Ohne den in den DBA enthaltenen Fremdvergleichsgrundsatz da-

222 *Kadet*, TNI 2015, 1183 (1185), der eine vereinfachende und objektive Vorgehensweise bei der Anwendung der PSM vorgeschlagen hat. In Bezug auf „formula-based transfer pricing" *Morse* (FN 8) 1415 (1428).

223 Im Hinblick auf Förderung der Steuerehrlichkeit aufgrund der Vereinfachung des Steuersystems, *Döring* (FN 80) 97 f.

224 Bzgl. einer formelhaften Gewinnaufteilung, *Kroppen/Dawid/Schmidtke* (FN 153) 278.

225 *Kadet*, TNI 2015, 1183 (1186).

226 Bzgl. einer formelhaften Gewinnaufteilung *Cockfield*, Canadian Tax Journal 2004, 114 (119).

227 Bzgl. einer formelhaften Gewinnaufteilung und die Vermeidung von Steuerminimierungsmöglichkeiten, *Durst*, ICTD Working Paper 32, 2015.

228 Allerdings könnten gerade Entwicklungs- und Schwellenländer einem solchen Vorgehen nicht abgeneigt sein. Wohl auch *Morse* (FN 8) 1415 (1433).

229 *Vann*, WTJ 2010, 291 (340) in Bezug auf eine formelhafte Gewinnaufteilung.

230 *Ditz* (FN 52) 95.

231 *Dharmapala*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 702, 2014.

232 *Watrin/Thomsen/Weiß*, IStR 2016, 397 (399).

233 Hierzu *Luckhaupt* (FN 2) 157.

bei durch einen sog. „treaty override" zu überschreiben, dürfte es möglich sein, unilateral eine Regelung vorzusehen, die bspw. bei der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes eine Verrechnungspreiskorrektur erst ab einer bestimmten Größenordnung von Geschäftsvorfällen oder ab einem Über- bzw. Unterscheiten von gewissen Kennzahlen, bei international inkonsistenter Durchführung seitens der Steuerpflichtigen, bei einer doppelten Nichtbesteuerung oder bei Gestaltungen mit niedrig besteuernden Staaten vorsieht. Mithin würde aus rein nationaler Sicht eine Vereinfachung folgen und den Fremdvergleichsgrundsatz für Steuerpflichtige in Deutschland und die deutsche Steuerverwaltung handhabbarer machen. Jedoch stellen sich dann die Fragen, ob ein solches Vorgehen mit den Beihilferegelungen der EU vereinbar ist und wie andere Staaten auf dieses Vorgehen reagieren würden.

Zum anderen könnte eine weitere nationale Möglichkeit darin bestehen, dass dem Steuerpflichtigen eine Art zusätzlicher Vertrauensvorsprung gewährt wird. Setzen die Unternehmen z.B. ihre Verrechnungspreise für ihre Geschäftsbeziehungen mit verbundenen Unternehmen im Vorhinein nachvollziehbar auf Basis ökonomischer Methoden (sog. Price-Setting) und konsistent in der Unternehmensgruppe fest, so dürfte eine Korrektur seitens der Steuerverwaltung nur noch vorgenommen werden, wenn objektive Fehler in der Verrechnungspreiskalkulation enthalten sind, sofern es sich nicht um Steuergestaltungspraktiken handelt, die zu einer Nichtbesteuerung oder einer „niedrigen" Besteuerung führen. Falls in einem solchen Sachverhalt seitens ausländischer Steuerverwaltungen Verrechnungspreiskorrekturen vorgenommen würden, könnte in einem etwaig resultierenden Verständigungsverfahren die deutsche Steuerverwaltung mit dem Steuerpflichtigen in einem vermehrten Maße zusammenarbeiten, um die Doppelbesteuerung zu vermeiden. In einem solchen Konzept treten Tax Compliance-Systeme der Steuerpflichtigen samt ordnungsgemäßer, nachvollziehbarer Dokumentationen der Geschäftsvorfälle sowie ein international konsistentes Verrechnungspreissystem in der Unternehmensgruppe in den Vordergrund. Aber gerade hier kann die fortschreitende Digitalisierung behilflich sein.

Abhandlungen

Zur Bedeutung von „Gesetzesbegründungen" im Steuerrecht

– Eine kritische Betrachtung –

Dr. CARSTEN HOHMANN, LL.M. (Cambridge), München*

Inhaltsübersicht

I. Einführung
II. Wider den Begriff der „Gesetzesbegründung"
1. Begründet werden Gesetzentwürfe, nicht Gesetze
2. Existenz weiterer Materialien neben Gesetzentwürfen
3. Adressat der Begründungen
4. Fazit: Vorzugswürdigkeit des Begriffs der „Gesetzesmaterialien"
III. Zur Bedeutung von Gesetzesmaterialien
1. Im Allgemeinen: Gesetzesmaterialien als politische Willensäußerungen
2. Im Besonderen: Gesetzesmaterialien im Steuerrecht
a) Erstes Beispiel: Der (nur vorgebliche) Zweck der Regelung
b) Zweites Beispiel: Die (nur vorgebliche) redaktionelle Klarstellung
3. Fazit: Gesetzesmaterialien als *ein unverbindliches* Hilfsmittel der Auslegung

Vielfach finden sich auch im steuerrechtlichen Kontext Verweise auf sog. „Gesetzesbegründungen". Der Beitrag zeigt zum einen auf, dass dieser Begriff gleichwohl dem Gesetzgebungsverfahren fremd und letztlich auch unzutreffend ist. Statt ihm sollte daher der Terminus der „Gesetzesmaterialien" verwendet werden. Zum anderen wird die Bedeutung von Gesetzesmaterialien als politischen Äußerungen gerade im steuerrechtlichen Zusammenhang kritisch betrachtet. Dazu wird auf die beiden Problemfelder des (nur vorgeblichen) Zwecks der Regelung sowie der (nur vorgeblichen) redaktionellen Klarstellung eingegangen.

References to so-called (official) "legal explanations" can be found quite often in tax law. On the one hand, the article demonstrates that there are in fact no such explanations in the law-making process and that this term is improper in the end. Therefore, the term "legal materials" should be used in lieu. On the other hand, the relevance of those legal materials as political statements is critically analysed from a tax law perspective. In doing so, the article addresses both the issue of the (merely alleged) purpose of a provision and the issue of a (merely alleged) clarification.

I. Einführung

Vielfach finden sich im steuerrechtlichen Schrifttum, zum Teil aber auch in der einschlägigen Rechtsprechung Verweise auf sog. „Gesetzesbegründungen", mitunter gar solche auf „amtliche Gesetzesbegründungen"[1]. Im Folgenden wird zum einen aufgezeigt, dass schon der erstgenannte Begriff dem Gesetzgebungsverfahren fremd ist und daher am besten überhaupt nicht verwendet werden sollte oder zumindest ausschließlich in Anführungszeichen – wie im Titel dieses Beitrags. Zum anderen wird die Rolle dieser „Gesetzesbegründungen" im Steuerrecht untersucht – welche spielen sie *realiter*, und welche *sollten* sie spielen? Dabei wird zur Veranschaulichung auf Beispiele aus verschiedenen Gesetzgebungsverfahren zurückgegriffen.

Eingangs sei kurz darauf hingewiesen, dass den „Gesetzesbegründungen" im Rahmen der historischen bzw. genetischen[2] Auslegung[3] stets wenigstens eine gewisse Bedeutung zukommt[4]. An dieser Stelle soll nicht weiter auf das Verhältnis der verschiedenen

---

* Dr. *Carsten Hohmann*, LL.M. (Cambridge), Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), ist als Rechtsanwalt im Bereich des Steuerrechts in München tätig. Der vorliegende Beitrag basiert auf dem Vortrag, den der *Verfasser* im Rahmen seines Rigorosums an der Ludwig-Maximilians-Universität München gehalten hat. In seiner am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen erstellten Dissertation zum Thema „Beschränkung des subjektbezogenen Verlusttransfers im Kapitalgesellschaftsteuerrecht – Eine vergleichende Untersuchung der Rechtslage in den Ländern Deutschland, Österreich, Schweiz, Vereinigtes Königreich und USA unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Deutschland" hat der Verfasser einen alternativen Regelungsvorschlag zur Vorschrift des § 8c KStG entwickelt (erscheint Ende Mai 2017).

1 So z.B. *Engl*, in: FS Müller, 2001, S. 279 (282, 283, 293 und 298). Vgl. auch *Tipke*, Steuerrechtsordnung, Bd. III, 2. Aufl. 2012, S. 1613; *Seibert*, in: Fleischer, Mysterium „Gesetzesmaterialien", 2013, S. 111 (112 und 117 ff.); *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2826); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 329 f. Hingegen sind „echte Gesetzesbegründungen" in Gestalt von Präambeln, Zweckbestimmungen oder Leitvorschriften im entsprechenden Steuergesetz selbst heutzutage unüblich, vgl. *Kanzler*, FR 2007, 525 (526).

2 Vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, S. 144 f., FN 40, wonach „genetisch" die anhand der Entstehungsgeschichte und der Gesetzesmaterialien vorgehende Auslegung ist, wohingegen „historisch" im eigentlichen Sinne die Auslegung anhand von Normvorläufern sei. Vgl. ferner *Tipke* (FN 1), S. 1613, FN 95; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (958, FN 13). Hingegen verwenden *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 619 f., den Begriff der genetischen Auslegung als Oberbegriff u.a. für jenen der konkret historischen Auslegung, die nach dem Willen des konkreten Gesetzgebers frage.

3 Bei der traditionellen Unterscheidung der deutschen Methodenlehre, wonach die teleologische neben den anderen Auslegungsmethoden steht. Anderer Auffassung sind z.B. *Tipke* (FN 1), S. 1599 und 1614; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl. 2015, § 22 Rz. 725 ff.

4 Vgl. nur *K. Röhl/H. Röhl* (FN 2), S. 620: „Die subjektive Auslegung unterscheidet sich von der historischen dadurch, dass sie den (subjektiven) Willen des Gesetzgebers für maßgeblich erklärt und damit der historischen Aus-

Auslegungsmethoden zueinander[5] und auch nicht auf den Theorienstreit zwischen den Vertretern der subjektiven und jenen der objektiven Auslegungstheorie[6] eingegangen werden[7] – tatsächlich überwiegen inzwischen vermittelnde Auffassungen[8]. Hingewiesen sei jedoch darauf, dass selbst das BVerfG – trotz seines grundsätzlichen Bekenntnisses zur objektiven Theorie – in einer Vielzahl seiner Entscheidungen vor allem die Entstehungsgeschichte des zu beurteilenden Gesetzes im Rahmen der Auslegung beleuchtet hat[9]. Auch deshalb dürfen und sollten die „Gesetzesbegründungen" nicht schon *a priori* außer Acht gelassen werden[10]. Dies gilt umso mehr für den Bereich des Steuerrechts angesichts dessen Schnelllebigkeit. Denn diese Schnelllebigkeit entschärft jedenfalls den Streit zwischen objektiver Auslegung, die als „geltungszeitlich" angesehen wird, und subjektiver Auslegung, die als „entstehungszeitlich" bezeichnet wird[11].

II. Wider den Begriff der „Gesetzesbegründung"

1. Begründet werden Gesetzentwürfe, nicht Gesetze

Schon ein einfacher Blick in Art. 77 I 1 GG offenbart, dass allein die Bundes*gesetze* vom Bundestag beschlossen werden, nicht aber eine wie auch immer geartete „offizielle" Begründung hierzu[12]. Auch schreibt z.B. § 42 I 1 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien[13] für Gesetzesvorlagen der Bundesregierung (*innen*rechtlich) explizit vor, dass sie u.a. aus dem „Entwurf des Gesetzestextes (Gesetzentwurf)" und der „Begründung zum Gesetz*entwurf* (Begründung)"[14] bestehen sollen[15]. Auch sonstige Gesetz*entwürfe* sind (auf Grund *innen*rechtlicher Verpflichtungen) zu begründen[16], obschon es ganz grundsätzlich[17] keine *verfassungs*rechtliche Begründungspflicht gibt[18].

---

legung den Vorrang vor den anderen Auslegungsmethoden einräumt. Das Gegenstück der subjektiven ist die objektive Auslegung […].". Vgl. auch, a.a.O., S. 627.

5 Vgl. in diesem Zusammenhang *Kanzler*, FR 2007, 525 (528): „Zu den Auslegungstheorien ‚ist schon alles gesagt, nur noch nicht von allen'."

6 Die sog. objektive Auslegungstheorie sucht im Gegensatz zur sog. subjektiven Auslegungstheorie nicht nach dem Regelungswillen des Gesetzgebers, sondern nach dem „Willen des Gesetzes", vgl. statt aller nur die Darstellung bei *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 3), § 22 Rz. 796 f.

7 Hingewiesen sei allein auf die Auffassung von *K. Röhl/H. Röhl* (FN 2), S. 631, dass *realiter* die „subjektive" Auslegung objektiv ist und die „objektive" Auslegung subjektiv. *K. Röhl/H. Röhl* zustimmend *Tipke* (FN 1), S. 1601, sie aufgreifend *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 3), § 22 Rz. 820; vgl. auch ebenda: Die „subjektive" Auslegung suche objektive Tatsachen zu erforschen, nämlich den ursprünglichen Gesetzeszweck, während die angeblich „objektive" Auslegung stattdessen subjektive richterliche Normsetzung sei; beide Theorien behandelten „notwendige Schritte bei der Gesetzesauslegung und bei der Rechtsanwendung unter irreführenden Etiketten"; vgl. ferner, a.a.O., § 22 Rz. 796 f., 806 ff., 810, 812, 815, 815a, 821, 724 und 802. Vgl. auch *Engisch* (FN 2), S. 168 und 175 ff.; *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2826 und 2831); *Larenz* (FN 1), S. 303; *Fleischer*, in: ders., Mysterium „Gesetzesmaterialien", 2013, S. 1 (5); *Waldhoff*, in: Fleischer, Mysterium „Gesetzesmaterialien", 2013, S. 75 (86).

8 *Fleischer* (FN 7), S. 1 (9 f.). Vgl. auch *Engisch* (FN 2), S. 170 f. und 172 ff.; *Larenz* (FN 1), S. 302 ff., 313 und 331; *K. Röhl/H. Röhl* (FN 2), S. 632; *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 3), § 22 Rz. 820; *Tipke* (FN 1), S. 1602 und 1604; *Tappe*, Die Begründung von Steuergesetzen, 2012, PDF-Fassung, S. 417 und 420 f. Vgl. schließlich das Sondervotum der Richter *Voßkuhle*, *Osterloh* und *Di Fabio* zu BVerfG v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 (283): „Er [der Wortlaut der Vorschrift] gibt allerdings nicht immer hinreichende Hinweise auf den (subjektiven oder objektivierten) Willen des Gesetzgebers […]."

9 *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 3), § 22 Rz. 800; *K. Röhl/H. Röhl* (FN 2), S. 630; *Tipke* (FN 1), S. 1603 f.; *Kanzler*, FR 2007, 525 (528 f.); *Fleischer* (FN 7), S. 1 (11 f.); *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2825 f.); *Tappe* (FN 8), S. 307; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (965). Vgl. schließlich nur *expressis verbis* das BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 597/56, BVerfGE 7, 377 (412): „Selbstverständlich werden bei dieser Prüfung die Erfahrungsgrundlagen, Erwägungen und Wertungen des Gesetzgebers für das BVerfG stets von größter Bedeutung sein; wo sie nicht entkräftet werden, dürfen sie die Vermutung der Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen."

10 So auch *Fleischer* (FN 7), S. 1 (9); *Larenz* (FN 1), S. 303 f., 313, 315 und 329 f.; *Engisch* (FN 2), S. 172 ff.; *Korn*, in: FS Felix, 1989, S. 165 (165); *Tappe* (FN 8), S. 249 f.; sowie im Ergebnis *Thiessen*, in: Fleischer, Mysterium „Gesetzesmaterialien", 2013, S. 45 (74 a.E.). Vgl. ferner *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (90 und 92); *Engisch* (FN 2), S. 171 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 3), § 22 Rz. 783, 787 ff. und 792 ff.; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (963 und 964); sowie das BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 597/56, BVerfGE 7, 377 (412).

11 Kritisch zu diesen Begrifflichkeiten *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 3), § 22 Rz. 784 f. Vgl. auch allgemein *K. Röhl/H. Röhl* (FN 2), S. 632; *Seibert* (FN 1), S. 111 (117, FN 21); *Tappe* (FN 8), S. 260 f.; *Kanzler*, FR 2007, 525 (529); *Rüthers/Fischer/Birk*, a.a.O., § 22 Rz. 730, 730d und 788; sowie die allgemeinen Nachweise bei *Fleischer* (FN 7), S. 1 (10, FN 69).

12 Konsequenterweise findet sich im BGBl. I allein der entsprechende Gesetzesbeschluss mit dem jeweiligen Gesetzestext.

13 GGO i.d.F. v. 1.9.2011.

14 Im Rahmen dieser Begründung darzustellende Einzelheiten benennt § 43 GGO.

15 Hervorhebungen durch *Verf.*

16 Vgl. hinsichtlich der Vorlagen von Mitgliedern des Bundestages § 76 II GOBT. Vgl. ferner im Hinblick auf sog. Finanzvorlagen § 96 III 1 GOBT. Eine Begründungspflicht für Gesetzentwürfe des Bundesrats folgt mittelbar aus den Regelungen der §§ 24 und 26 III GOBR, vgl. *Rixecker*, in: FS Ellscheid, 1999, S. 126 (127); *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2826, FN 16); *Tappe* (FN 8), S. 335, FN 479 a.E., und S. 345.

17 Auf die engen Ausnahmefälle, z.B. bei der Gewährung staatlicher Leistungen oder bei der Neugliederung von Gemeinden (besondere planerische Erwägungen), sei hier nur hingewiesen. Vgl. dazu nur *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2827 ff.); *Tappe* (FN 8), S. 308, 363 f. und 372 ff.

18 *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, Art. 20–82, 3. Aufl. 2015, Art. 76 Rz. 29 ff., m.w.N. in FN 60; *Kersten*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 76 Rz. 22 (Dez. 2015), m.w.N. in FN 3. Vgl. ferner *Rixecker* (FN 16), S. 126 (131 f. und 134); *Kanzler*, FR 2007, 525 (532). Deutlich auch *Schlaich/Korioth*, Das BVerfG, 10. Aufl. 2015, Rz. 541 f. Wohl als Erster hat sich *Geiger*, in: Berberich/Holl/Maaß, Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 131 (141), wie folgt geäußert: „Der Gesetzgeber schuldet den Verfassungsorganen und Organen im Staat, auch den Verfassungsgerichten, nichts als das Gesetz. Er schuldet ihnen weder eine Begründung noch gar die Darlegung aller seiner Motive, Erwägungen

Bereits dies verdeutlicht, dass die Verwendung des Begriffs „*Gesetzes*begründung" zwar praktisch erscheinen mag, *realiter* aber zumindest irreführend ist. Denn zunächst vermittelt dieser Terminus eine – vermeintliche[19] – Autorität, die tatsächlich deplatziert ist[20]: Begründet werden nur die Gesetz*entwürfe* (und andere Zwischenschritte zum Gesetz)[21], die in den Bundestags- und/oder Bundesrats-Drucksachen veröffentlicht werden, nicht das Gesetz als solches. Damit gibt es erst recht keine „amtlichen (Gesetzes-)Begründungen"[22] – ein Begriff, der zusätzlich eine Sonderstellung der Begründungen der Gesetzentwürfe im Verhältnis zu Begründungen in anderen „Gesetzesmaterialien" zu implizieren vermag, die *realiter* jedenfalls nicht *per se* existiert[23].

Überdies stammen sämtliche „Gesetzesmaterialien" nicht von „*dem* Gesetzgeber als solchem", sondern sind das Produkt einzelner Stellen, Organe und Teilorgane im Zuge des gestuften Gesetzgebungsverfahrens[24] – damit können sie, da sie regelmäßig nur Teilschritte dieses Verfahrens betreffen, schon keine Authentizität hinsichtlich des Verständnisses des Gesetzes selbst – gleichsam als Endprodukt des Verfahrens – für sich beanspruchen[25].

Werden diese Materialien aber nicht vom Bundestag beschlossen, so handelt es sich bei ihnen auch um keine demokratisch legitimierten „Gesetzesbegründungen". Damit ist der Normanwender aber schon von vornherein keinesfalls an sie gebunden, mögen sie auch (mitunter wertvolle) Hilfsmittel bei der Gesetzesauslegung darstellen[26], auf die der Normanwender zurückgreifen *darf*[27], allerdings nicht muss[28].

2. Existenz weiterer Materialien neben Gesetzentwürfen

Ferner ist der Begriff der „Gesetzesbegründung" auch deshalb abzulehnen, weil es über die Gesetzentwürfe hinaus sonstige Materialien gibt, die im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens Relevanz erlangen können und zumindest in aller Regel Begründungen der jeweiligen Urheber enthalten. Zu nennen sind insoweit vor allem Stellungnahmen des Bundesrates zu Gesetzentwürfen der Bundesregierung[29], Gegenäußerungen der Bundesregierung zu diesen Stellungnahmen sowie Beschlussempfehlungen und Berichte des Finanzausschusses des Bundestags[30].

3. Adressat der Begründungen

Gibt es aber *realiter* allein Begründungen zu Gesetz*entwürfen* (etc.), jedoch nicht zum Gesetz selbst, so hat dies auch Auswirkungen auf den Adressaten: Während sich ein Gesetz an den Normanwender und den Normunterworfenen richtet, sind die Begründungen der Gesetzentwürfe (etc.) jedenfalls in allererster Linie an die Parlamentarier als Normgeber gerichtet[31] – und nur subsidiär an den Normanwender und ggf. den Normunterworfenen[32]. Mithin entfaltet das Gesetz selbst externe Wirkung, wohingegen der Begründung zu einem Gesetzentwurf (etc.) primär interne Wirkung zukommt.

Dies unterstreicht, dass diesen Begründungen im Rahmen der historischen Auslegung schon *a priori* zumindest keine uneingeschränkte Geltungskraft oder erhöhte Autorität bzw. Legitimität gleichsam *ex cathedra*

---

und Abwägungen." Vgl. schließlich *Tappe* (FN 8), S. 355 ff., Ergebnis: S. 361; vgl. auch, a.a.O., S. 363, 425 f. und 426 a.E.

19 Anderer Auffassung ist aber *Seibert* (FN 1), S. 111 (117).

20 In diesem Sinne offenbar auch *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (964).

21 Vgl. auch *Kanzler*, FR 2007, 525 (525); *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (90), m.w.N.; *Tappe* (FN 8), S. 353.

22 Für die Frage, ob auch eine Begründung des Gesetzes selbst wünschenswert ist, vgl. nur bejahend *Tipke* (FN 1), S. 1613 f.; *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2827, m.w.N., 2829 und 2831); *Tipke* zustimmend *Korn* (FN 10), S. 165 (166). Ablehnend vgl. z.B. *Kanzler*, FR 2007, 525 (527 f.); *Tappe* (FN 8), S. 307 und 355; im Ergebnis „eher" ablehnend auch *Seibert* (FN 1), S. 111 (123 ff.).

23 So auch *v. Buch*, ZRP 1973, 64. Zumindest tendenziell a.A. sind aber wohl *Fleischer* (FN 7), S. 1 (14 und 37); *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (90 und 92). Eine überzeugende Differenzierung liefert *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (964 f.).

24 Vgl. insoweit auch *Schlaich/Korioth* (FN 18), Rz. 542; *Tappe* (FN 8), S. 250.

25 *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (90), m.w.N. Anderer Auffassung sind die Vertreter der sog. „Paktentheorie", nach der das Parlament mit der Beschlussfassung des Gesetzes „denjenigen Sinn akzeptiert, den die eigentlichen Gesetzesverfasser dem von ihnen erarbeiteten gesetzlichen Text mit auf den Weg gegeben haben und den sie in der ‚Begründung' kund getan haben", vgl. *Engisch* (FN 2), S. 171; diesem folgen etwa *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2826). Vgl. auch *Tipke* (FN 1), S. 1603; *Fleischer* (FN 7), S. 1 (15). – Allerdings ist die Paktentheorie selbst, da ihr eine übervereinfachende reine Fiktion zugrunde liegt, abzulehnen, vgl. nur *Larenz* (FN 1), S. 314; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (958). Explizit ablehnend auch der BFH v. 22.8.1958 – III 283/56 U, BStBl. III 1958, 404 (406): „keine Paktentheorie!".

26 Im letztgenannten Sinne auch *Engisch* (FN 2), S. 171 f., obwohl er maßgeblicher Vertreter der „Paktentheorie" ist. Vgl. auch *Englisch* (FN 2), S. 173. Wie hier *Larenz* (FN 1), S. 315, 316 und 330. Vgl. zudem *Kanzler*, FR 2007, 525 (530 und 532 f.); *Fleischer* (FN 7), S. 1 (19 f. und 40); *Tappe* (FN 8), S. 250 und 258; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (964). Für weitere Funktionen der Begründungen von Rechtsnormen vgl. allgemein *Tappe*, a.a.O., S. 258 ff., 337 ff., insb. 339 ff., und 365 ff.

27 Vgl. auch aus rechtsvergleichender Sicht *Fleischer* (FN 7), S. 1 (35). Vgl. ferner *Tappe* (FN 8), S. 426 und 250.

28 Vgl. insoweit auch *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (92). Schwächer indes *Seibert* (FN 1), S. 111 (117).

29 Gemäß Art. 76 II 2 GG ist der Bundesrat berechtigt, zur Gesetzesvorlagen der Bundesregierung Stellung zu nehmen.

30 Gemäß § 66 II 1 GOBT müssen die Ausschussberichte an den Bundestag u.a. die Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses mit Begründung enthalten.

31 *Seibert* (FN 1), S. 111 (112 ff.), betont – darüber hinausgehend – die von ihm als sowohl intern als auch extern qualifizierte Bedeutung der Begründung insbesondere des Referentenentwurfs als „rechtspolitisches Marketing-Tool" bzw. „politisches Marketinginstrument" bis zur Verabschiedung des Gesetzes, das „schon während des Gesetzgebungsverfahrens gezielt zur Erläuterung des Gewollten für die anderen Ressorts (Bundesministerien) und die sog. beteiligten Kreise (Verbände, Wirtschaftsakteure, Gewerkschaften, Wissenschaft, Presse) eingesetzt" werde; „Gesetzesbegründungen" hätten einen „multiplen Empfängerhorizont" (a.a.O., S. 111 (114)).

32 Vgl. *Kanzler*, FR 2007, 525 (525 f.). Vgl. ferner *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2827), m.w.N. *Kanzler* folgend *Tappe* (FN 8), S. 350.

zugesprochen werden kann und darf; letztlich werden sie nicht einmal *ex officio* für die Normanwender und -unterworfenen als primäre Adressaten veröffentlicht.

4. Fazit: Vorzugswürdigkeit des Begriffs der „Gesetzesmaterialien"

Infolgedessen sollte von der Verwendung des – wenn auch plakativen, so doch gleichzeitig übervereinfachenden und sachlich unzutreffenden – Begriffs der „Gesetzesbegründung" tunlichst Abstand genommen werden, und erst recht von jenem der „amtlichen Gesetzesbegründung"[33]. Vielmehr sollte stattdessen mit dem Begriff der „Gesetzesmaterialien"[34] ein neutraler Terminus verwendet werden, der nicht nur umfassender ist, sondern auch nicht (potentiell) fehlleitend.

III. Zur Bedeutung von Gesetzesmaterialien

1. Im Allgemeinen: Gesetzesmaterialien als politische Willensäußerungen

Für eine kritische Hinterfragung vor allem der sich in den Materialien findenden (vorgeblichen) rechtlichen Einschätzungen[35] spricht bereits die Tatsache, dass die parlamentarische Gesetzgebung notwendigerweise von Kompromissen geprägt ist[36] bzw. zumindest geprägt sein kann[37]. Dadurch wird die Suche nach einer juristisch verwertbaren Intention „des Gesetzgebers" aber wenigstens erschwert[38]. Denn wegen dieser jedenfalls nicht auszuschließenden Kompromisshaftigkeit besteht zumindest die Gefahr, dass in den Materialien eine rechtliche Einschätzung apodiktisch behauptet wird, die „der Gesetzgeber" im entsprechenden Gesetz zwar gerne umgesetzt wissen wollte, *realiter* aber gerade nicht umgesetzt hat; diese Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, unabhängig von der Frage, ob eine wie auch immer geartete Andeutungstheorie[39] überhaupt noch verfolgt werden sollte. Auch können sich in den Materialien vorgebliche Einschätzungen finden, die schlechthin unzutreffend[40] oder aber zumindest ohne echten Erkenntniswert[41] sind, jedoch das Erreichen der parlamentarischen Mehrheit im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens sichern soll(t)en[42].

Sieht man wie *Seibert*[43] die Gesetzesmaterialien *per se* als „Ausdruck des politischen Gestaltungsprozesses" und erachtet „primär die politische Durchsetzbarkeit des Entwurfs und die politische Gestaltungsabsicht und nicht eine rechtsdogmatische wissenschaftliche Klärung der Rechtsfrage" als ihr Ziel, so mag man einerseits eine Forderung nach mehr „Argumentationsehrlichkeit" in ihnen zwar als „realitätsfern" abtun[44]. Andererseits spricht dies auch schon von vornherein deutlich gegen eine Stellung wenigstens der (vorgeblichen) rechtlichen Einschätzungen in den Materialien, die über das bloße Äußern bzw. Behaupten irgendeiner (Rechts-)Ansicht hinausgeht[45]. Schließlich ist eine nicht nur potentielle Manipulations-, Missbrauchs- und Verschleierungsanfälligkeit der Gesetzesmaterialien (leider) keinesfalls von der Hand zu weisen[46] – wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, gilt dies im besonderen Maße fürs Steuerrecht[47].

2. Im Besonderen: Gesetzesmaterialien im Steuerrecht

Wenden wir uns sodann der spezifischen Bedeutung der Materialien im Steuerrecht zu. Insoweit muss man sich zunächst vor Augen führen, dass Regierungsentwürfe auf Referentenentwürfe zurückgehen – und damit im Steuerrecht auf die Feder des BMF. Berücksichtigt man zusätzlich den grundlegenden Zweck

33 So auch *v. Buch*, ZRP 1973, 64.

34 So auch *Kanzler*, FR 2007, 525 (526), inklusive des Hinweises auf mehrere Hundert Entscheidungen des BFH, in denen sich dieser Begriff findet. Den Begriff der „Gesetzesmaterialien" verwenden z.B. auch *Engisch* (FN 2), S. 173; *K. Röhl/H. Röhl* (FN 2), S. 620; *Korn* (FN 10), S. 165 (166 und 175); *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 ff.; *Tipke* (FN 1), S. 1613 f.; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (957, 961 und 966); sowie fast sämtliche Autoren im Sammelband von *Fleischer* (FN 7), der überdies den Titel „Mysterium ‚Gesetzesmaterialien'" trägt.

35 Vgl. auch allgemein *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (92), der eine „Auslegung/Interpretation der Gesetzgebungsmaterialien selbst" als „eine Teiloperation in dem Gesamtprojekt Gesetzesauslegung" befürwortet.

36 Vgl. insoweit auch *Fleischer* (FN 7), S. 1 (14), m.w.N.; *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (91); *Tappe* (FN 8), S. 341; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (961 und 963).

37 Vgl. insoweit *Seibert* (FN 1), S. 111 (119).

38 Vgl. *Fleischer* (FN 7), S. 1 (14), m.w.N.

39 Laut der sog. Andeutungstheorie sind bei unklarem und mehrdeutigem Wortlaut einer Norm nur solche Auslegungsergebnisse zulässig, die im Wortlaut einen – wenn auch unvollkommenen – Ausdruck gefunden haben, also „angedeutet" sind, vgl. nur *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 3), § 22 Rz. 734, allerdings die Theorie ablehnend in Rz. 735, inklusive des Hinweises, sie werde heute in der Rechtsprechung und Methodenlehre kaum noch vertreten; kritisch z.B. auch *K. Röhl/H. Röhl* (FN 2), S. 615 f.; *Fleischer* (FN 7), S. 1 (18 f.). Hingewiesen sei allerdings auch noch auf das BVerfG v. 17.5.1960 – 2 BvL 11/59, BVerfGE 11, 126 (130): „Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat." Diesen Beschl. aufgreifend z.B. der BFH v. 13.8.1989 – IV R 55/88, BStBl. II 1990, 23 (24); v. 20.4.2004 – VII R 54/03, BFHE 206, 502 (507); v. 11.2.2009 – I R 73/08, BStBl. II 2009, 516 (517). Vgl. auch bereits den BFH v. 22.8.1958 – III 283/56 U, BStBl. III 1958, 404 (406).

40 Vgl. auch *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (77 und 93).

41 Vgl. auch *Tappe* (FN 8), S. 342.

42 Vgl. auch *Seibert* (FN 1), S. 111 (119).

43 *Seibert* (FN 1), S. 111 (119). Vgl. auch, a.a.O., S. 111 (120): „Es ist überhaupt nicht Aufgabe des Gesetzgebers, sich auf das Terrain wissenschaftlicher Auseinandersetzung zu begeben." Vgl. ferner *Korn* (FN 10), S. 165 (166). In diesem Sinne wohl auch *Kanzler*, FR 2007, 525 (531). Vgl. schließlich bereits *Knobbe-Keuk*, BB 1988, 1086 (1086 f.), die mehrfach auf den Konflikt zwischen (Steuer-)Politik und einer wirklichen „Steuer*rechts*reform" hinweist.

44 So *Seibert* (FN 1), S. 111 (119).

45 Immerhin räumt auch *Seibert* (FN 1), S. 111 (121), ein, dass die Begründungen der Gesetzesmaterialien „auch Ort für kühne Rechtsbehauptungen" sein können.

46 So auch *Fleischer* (FN 7), S. 1 (8).

47 Vgl. auch *Tappe* (FN 8), S. 413 f.; *Korn* (FN 10), S. 165 (167 und 169 ff.); *Kanzler*, DStZ 1996, 676 (679 f.); *ders.*, FR 2007, 525 (531 f.); *Knobbe-Keuk*, BB 1988, 1086 (1087 ff.). *Fasolt*, DStR 2000, 7 (10), fragt allgemein immerhin: „Warum sind viele Gesetzesbegründungen nicht sachlich?".

jeglicher Steuererhebung[48], den allgemeinen Staatshaushalt zu finanzieren[49], so nimmt es nicht sonderlich wunder, dass in letzter Konsequenz jedes Steuergesetz *realiter* wenigstens zuvörderst von der Erzielung von Steuereinnahmen getrieben ist[50] – selbst wenn in der Begründung zum Regierungsentwurf Gegenteiliges behauptet wird oder keinerlei Aussagen zu finden sind.

Dass Aussagen in den Materialien gerade im Steuerrecht mit großer Vorsicht zu genießen sind, soll im Folgenden anhand von Beispielen aus verschiedenen Gesetzgebungsverfahren aufgezeigt werden. Weil sie sich in besonderem Maße zur kritischen Analyse eignen, konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die beiden Problemfelder des (nur vorgeblichen) Zwecks der Regelung sowie der (nur vorgeblichen) redaktionellen Klarstellung[51].

a) Erstes Beispiel: Der (nur vorgebliche) Zweck der Regelung

Dem „wahren" bzw. „tatsächlich verfolgten" Zweck kommt im Steuerrecht unter dem Gesichtspunkt der Fremdkontrolle eine entscheidende Rolle zu, ist er doch nicht nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung[52], sondern auch innerhalb der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung[53] von ausschlaggebender Bedeutung. Auch reichen bekanntermaßen bloße fiskalische Motive zur Rechtfertigung ganz grundsätzlich nicht aus[54]. Vor diesem Hintergrund fragt sich aber, wie mit Aussagen in den Materialien umzugehen ist, die den Zweck – unabhängig von der Auslegung der betreffenden Rechtsnorm selbst – in den Raum stellen. Exemplarisch soll vorliegend auf die Einführung der Urfassung der Regelung des § 8c KStG durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008[55] eingegangen werden.

Hier findet sich im Allgemeinen Teil der Begründungen des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD sowie des inhaltsgleichen Gesetzentwurfs der Bundesregierung jeweils die Aussage, die „geltende Mantelkaufregelung" des § 8 IV KStG a.F., „die eine ungerechtfertigte Nutzung und den Handel mit Verlustvorträgen verhindern soll", sei kompliziert und gestaltungsanfällig[56]. Für den Wegfall des Verlustvortrags werde „daher künftig nur noch darauf abgestellt, ob ein neuer Anteilseigner maßgebend auf die Geschicke der Kapitalgesellschaft einwirken kann und es so prinzipiell in der Hand hat, die Verwertung der Verluste zu steuern"[57]. Im Besonderen Teil der Begründungen heißt es jeweils außerdem, die „geltende[] Mantelkaufregelung" werde „gestrichten und durch eine einfachere und zielgenauere Verlustabzugsbeschränkung in § 8c KStG ersetzt"[58]. Auch findet sich in der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Bundestags zum betreffenden Gesetzentwurf die Aussage, der Gestaltungsanfälligkeit der „geltenden ‚Mantelkaufregelung'" solle entgegengewirkt werden, „indem für den Wegfall des Verlustvortrags künftig nur auf den Anteilseignerwechsel abgestellt wird"[59]. Ferner heißt es im entsprechenden Bericht: „Die Gestaltungsanfälligkeit der geltenden ‚Mantelkaufregelung' wird dahingehend verändert, dass […]."[60]. Schließlich folgt an gleicher Stelle die Aussage, die Bundesregierung habe berichtet, dass die Maßgeblichkeit des Anteilseignerwechsels „*auch* in der *bisherigen* Mantelkaufregelung so verankert […] sei"[61].

All diese Ausführungen zeigen, dass nicht nur der Vorgängerregelung des § 8 IV KStG a.F., sondern auch der Urfassung der Regelung des § 8c KStG n.F. in den einschlägigen Materialien deutlich ein Missbrauchsvermeidungszweck zugeschrieben wurde. Dieser kam ihr allerdings *realiter* nach weit überwiegender Auffassung – zumindest in dieser Absolutheit – nicht zu[62]; allein die eindeutig einen solchen Zweck suggerierende Bezeichnung „Mantelkaufregelung" war nunmehr schon von Grund auf fehl am Platze[63].

Festzuhalten bleibt daher Folgendes: Wegen seiner Relevanz insbesondere auch für die verfassungsrechtliche Überprüfung ist die Frage nach dem „wahren" Zweck gerade eine rechts*wissenschaftliche* und nicht nur eine (rechts-)*politische*. Damit erfordert sie aber eine genaue Untersuchung[64] und darf sich nicht in der unreflektierten Übernahme der mehr oder weniger apodiktischen Behauptungen in den Gesetzesmaterialien erschöpfen. Zudem würde ein anderes Verständnis der in den Materialien zum vorgeblichen Zweck zu findenden Aussagen gerade im Steuerrecht potentiellem Missbrauch seitens „des Gesetzgebers" Tür und Tor öffnen.

---

48 So genannter Fiskalzweck. Sozialzweck (insb. Lenkungszweck) und Vereinfachungszweck seien an dieser Stelle unbeachtet; die Unterscheidung dieser drei Gruppen von Normzwecken geht zurück auf *Tipke* (FN 1), S. 1616.

49 Vgl. auch § 3 I, Halbs. 1 AO, wonach Steuern „zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden".

50 Vgl. insoweit auch *Tappe* (FN 8), S. 255 und 409. Vgl. ferner bereits *Knobbe-Keuk*, BB 1988, 1086 (1087): „Dass die Verantwortung für den Haushalt und diejenige für die Pflege des Steuerrechts als einer Rechtsmaterie politisch und organisatorisch nicht getrennt sind, beide zusammen im Bundesfinanzministerium erledigt werden, ist eine der wesentlichen Ursachen für die fortschreitende Verdrängung von Systematik im Steuerrecht."

51 Eine Untersuchung weiterer Problemfelder – beispielsweise jenes der (nur vorgeblichen) Vereinfachung – unterbleibt.

52 Vgl. insoweit auch *Waldhoff* (FN 7), S. 75 (81 f. und 91).

53 Vgl. *Tappe* (FN 8), S. 248 f., 251, 258, 367 und 426.

54 Vgl. die Nachweise bei *Tappe* (FN 8), S. 255 und 270 f. Kritisch zum generellen Ausschluss des Finanzbedarfs aus den „legitimen Zwecken" *Tappe*, a.a.O., S. 271.

55 Art. 2 Nr. 7 Unternehmensteuerreformgesetz 2008, BGBl. I 2007, 1912–1938.

56 BT-Drucks. 16/4841, 34; BR-Drucks. 220/07, 60.

57 BT-Drucks. 16/4841, 34 f.; BR-Drucks. 220/07, 60.

58 BT-Drucks. 16/4841, 74; BR-Drucks. 220/07, 123.

59 BT-Drucks. 16/5452, 3.

60 BT-Drucks. 16/5491, 3.

61 BT-Drucks. 16/5491, 16 [Hervorhebungen durch *Verf.*].

62 Vgl. statt aller nur die Nachweise bei *Hohmann*, Beschränkung des subjektbezogenen Verlusttransfers, 2017, S. 159 ff.

63 Vgl. nur *Hohmann* (FN 62), S. 158 f.

64 Vgl. auch *Kanzler*, DStZ 1996, 676 (679): „Denksportaufgabe, der sich insbesondere ein Richter kaum entziehen kann". Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung indes nicht unkritisch *Tappe* (FN 8), S. 416.

b) Zweites Beispiel: Die (nur vorgebliche) redaktionelle Klarstellung

Immer wieder gibt es im steuerrechtlichen Kontext Gesetzesmaterialien, in denen sich die Aussage findet, die betreffende Gesetzesänderung diene allein der redaktionellen Klarstellung, habe mit anderen Worten rein deklaratorischen Charakter.

Zu einem – in jüngerer Zeit zu einem Beschluss des BVerfG[65] führenden – Beispiel für solch eine Aussage in den Materialien ist es im Zusammenhang mit der Einführung des vormaligen[66] § 40a I 2 Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) gekommen. Dieser ordnete[66] die Anwendung von § 3c II EStG und § 8b III KStG auf bestimmte, im Zusammenhang mit Anteilsscheinen an einem Wertpapier-Sondervermögen stehende Gewinnminderungen an; gemäß dem zeitgleich eingefügten § 43 XVIII KAGG war[66] § 40a I 2 KAGG n.F. – ggf. rückwirkend – für alle noch offenen Veranlagungszeiträume anzuwenden. Insoweit findet sich in der Begründung des betreffenden Gesetzentwurfs der Bundesregierung[67] allein die apodiktische Aussage, dass es sich beim eingeführten § 40a I 2 KAGG um eine „[r]edaktionelle Klarstellung [handele], dass § 8b Abs. 3 KStG [unter bestimmten Voraussetzungen] auch bei Investmentanteilen gilt"[68]. Eine nähere Erläuterung, warum es sich denn nur um eine „redaktionelle Klarstellung" handeln soll, wird nicht gegeben.

Hier soll nicht in die – gerade im Steuerrecht immens wichtige – Rückwirkungsproblematik[69] eingestiegen werden[70]. Auch die vom BVerfG vorgenommene Abgrenzung des nur deklaratorischen vom konstitutiven Charakter einer Regelung[71] soll vorliegend nicht weiter interessieren. Vielmehr soll stattdessen das Phänomen des apodiktischen und – zumindest im vorgenannten Fall – begründunglos erfolgenden Behauptens einer „redaktionellen Klarstellung" in den Materialien beleuchtet werden.

Denn auch ansonsten erfolgen in steuerrechtlichen Gesetzesmaterialien zusehends Ausführungen zu (vorgeblichen) Klarstellungen: So heißt es etwa in der Begründung des betreffenden Gesetzentwurfs der Bundesregierung[72] anlässlich der geplanten Einführung des § 4 I 3 EStG, dieser „beinhalte[] eine Klarstellung zum geltenden Recht"; immerhin wird dies hier etwas näher ausgeführt: „Der bisher bereits bestehende höchstrichterlich entwickelte und von der Finanzverwaltung angewandte Entstrickungstatbestand […] wird nunmehr gesetzlich geregelt und in das bestehende Ertragsteuersystem eingepasst."[73]. Zwar mit anderen Worten, in der Sache aber ähnlich findet sich im Bericht des Finanzausschusses des Bundestags zum betreffenden Gesetzentwurf der Bundesregierung[74] anlässlich der geplanten Einführung des § 50d X EStG[75] die Aussage, dieser „entspr[eche] der bisher praktizierten Besteuerung […]. Sie soll unverändert beibehalten werden."[76]. Zur Einführung der §§ 4 IX und 9 VI EStG liest man Folgendes im Bericht des Finanzausschusses des Bundestags zum betreffenden Gesetzentwurf der Bundesregierung[77]: „Mit der Ergänzung wird klargestellt, dass […]."[78]; „Klarstellung der vom Gesetzgeber gewollten Rechtslage"[79]. Besonders deutlich hervorgetreten ist eine Ursache des Anführens einer bloßen Klarstellung indes im Zusammenhang mit der Neufassung der Sätze 1 bis 3 des § 6a GrEStG, die nach dem zeitgleich eingefügten § 23 XIII GrEStG – ggf. rückwirkend – anzuwenden sind. Denn insoweit heißt es in der Begründung des betreffenden Gesetzentwurfs der Bundesregierung[80], nachdem zunächst bzgl. des § 6a GrEStG von einer Klarstellung zu lesen ist[81], ausdrücklich: „§ 23 Abs. 12 […] GrEStG stellt sicher, dass die Klarstellung in [§ 6a Satz 1 bis 3 GrEStG] rückwirkend ab Inkrafttreten der neu eingefügten Rechtsvorgänge des § 6a Satz 1 GrEStG gilt. Das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot ist vorliegend schon nicht einschlägig, da die Änderungen des betreffenden Tatbestandes rein redaktionellen Charakter haben."[82].

Würden diese rechtlichen Einschätzungen – tatsächlich wird es sich häufig eher um bloße Behauptungen einer rechtlichen Einschätzung handeln[83] – in den Gesetzesmaterialien unbesehen übernommen, wäre es „dem

65 BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1–48 (konkretes Normenkontrollverfahren).

66 Gemäß Art. 17 I 2 Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentmodernisierungsgesetz) trat das KAGG mit Wirkung zum 1.1.2004 außer Kraft.

67 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz. Das betreffende Gesetz wurde auch Korb-II-Gesetz genannt, vgl. das BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 4).

68 BT-Drucks. 15/1518, 17 = BR-Drucks. 560/03, 20.

69 Dazu vgl. nur das BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 37 ff., 49 ff. und 59 ff.).

70 Diese führte dazu, dass das BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 35), § 43 XVIII KAGG im Ergebnis für verfassungswidrig erklärte, soweit er für die betreffenden Gewinnminderungen die rückwirkende Anwendung des § 40a I 2 KAGG in den Veranlagungszeiträumen 2001 und 2002 anordnete. Vgl. auch den Tenor, a.a.O., 1 (1).

71 Dazu vgl. nur das BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 52 f.).

72 Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG).

73 BT-Drucks. 16/2710, 28.

74 Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009 (JStG 2009).

75 § 50d X EStG ist als sog. Nichtanwendungsgesetz einzuordnen, vgl. BT-Drucks. 16/11108, 23.

76 BT-Drucks. 16/11108, 25 und 31.

77 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Beitreibungrichtlinie-Umsetzungsgesetzes – BeitrRLUmsG).

78 BT-Drucks. 17/7524, 10.

79 BT-Drucks. 17/7524, 25.

80 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des nationalen Steuerrechts an den Beitritt Kroatiens zur EU und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften.

81 BR-Drucks. 184/14, 97 = BT-Drucks. 18/1529, 79.

82 BR-Drucks. 184/14, 97 f. = BT-Drucks. 18/1529, 80.

83 Vgl. auch das BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 45): „Der Gesetzgeber kann […] die Prüfungskompetenz der Gerichte nicht durch die Behauptung unterlaufen, seine Norm habe klarstellenden Charakter […]." Vgl. auch nahezu inhaltsgleich bereits dass. v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 u.a., BVerfGE 126, 369 (392). Weniger streng aber wohl *Kanzler*, FR 2007, 525 (532): „Die

Gesetzgeber" auf diese Weise möglich, sich durch das „Totschlagargument" der „redaktionellen Klarstellung" – und unabhängig von der tatsächlich Gesetz gewordenen Rechtslage – gleichsam von vornherein einer Verantwortung im Sinne einer verfassungsrechtlichen Überprüfungsmöglichkeit zu entziehen. Denn wäre tatsächlich nur etwas klargestellt worden, hätte das geltende Recht keinerlei materielle Änderung erfahren[84] und könnte deshalb schon *a priori* keine Rechtskontrolle im Hinblick auf eine geänderte Gesetzeslage erfolgen. Damit besteht auch insoweit eine nicht von der Hand zu weisende Gefahr der missbräuchlichen Verwendung der Materialien durch „den Gesetzgeber"[85] – selbst wenn im Einzelfall tatsächlich nur eine rein redaktionelle Klarstellung erfolgen mag.

3. Fazit: Gesetzesmaterialien als *ein unverbindliches* Hilfsmittel der Auslegung

Infolgedessen sollte – nicht nur, aber vor allem den steuerrechtlichen – Gesetzesmaterialien insbesondere im Hinblick auf (vorgebliche) rechtliche Einschätzungen im Ergebnis keine herausragende Stellung beigemessen werden[86]. Dies gilt auch in Anbetracht ihres frühen Stadiums im Gesetzgebungsverfahren und ihres vorgeblichen „Insidervorteils"[87] sowie ungeachtet des Umstands, dass sie mitunter die Verständlichkeit des betreffenden Gesetzes erhöhen *können*[88]. Erforderlich ist vielmehr stets eine genaue Hinterfragung und Prüfung unter maßgeblicher Berücksichtigung des verabschiedeten Gesetzes als solchen[89]. Zudem ist zu bemängeln, dass den Materialien gerade in der Anfangsphase häufig eine – unreflektierte – Meinungsführerschaft zukommt[90] bzw. eine „jedenfalls faktisch[e]" Wirkungskraft zugeschrieben wird[91]. Was hinsichtlich der rein deskriptiven Beschreibung der rechtlichen Ausgangslage[92] sowie hinsichtlich (des Versuchs) der Erläuterung der beabsichtigten Regelung im Allgemeinen noch glimpflich ausgehen dürfte[93], kann bei ungeprüfter Übernahme der rechtlichen Einschätzungen ernsthafte Fehldeutungen der Rechtslage als solcher mit sich bringen – zumal *realiter* häufig wohl eher reine Rechts*behauptungen* vorliegen werden.

Daraus folgt: Gesetzesmaterialien sollten allein als *ein* Hilfsmittel der historischen Auslegung angesehen werden, haben aber keinesfalls einen alleinigen Geltungsanspruch bzw. eine wie auch immer geartete Bindungswirkung[94]. Sie sind vielmehr nur eine Stimme unter vielen – wenngleich auch oft die erste. Mit dem BVerfG ist daher festzuhalten, dass die verbindliche Auslegung der Gesetze grundsätzlich[95] ausschließlich den zuständigen Fachgerichten obliegt[96] – zur sog. authentischen Interpretation der Gesetze ist „der Gesetzgeber" nicht befugt[97] bzw. sie ist für die Rechtsprechung zumindest nicht verbindlich[98]. Entsprechend hat das BVerfG in seinem Beschluss zu den vorgenannten Regelungen des KAGG völlig zu Recht konstatiert, eine in den Materialien „vertretene Auffassung" „schränk[e] weder die Kontrollrechte und -pflichten der Fachgerichte und des BVerfG ein[,] noch relativier[e] sie die für sie maßgeblichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe"[99].

Bezeichnung einer Gesetzesänderung als Klarstellung ist denn auch nichts mehr als die Äußerung einer Rechtsansicht, […]." Vgl. schließlich in anderem Kontext auch *Fasolt*, DStR 2000, 7 (9): „Woher nimmt der Gesetzgeber die kühne Behauptung, verfassungsrechtliche Bedenken bestünden nicht?".

84 Vgl. insoweit auch das BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 42); den BFH v. 24.6.1999 – IV R 33/98, BStBl. II 2003, 58 (Rz. 60); sowie *Engl* (FN 1), S. 279 (280).

85 Vgl. auch *Engl* (FN 1), S. 279 (280): „Gesetzesbegründung mit dem Etikettenschwindel ‚Klarstellung'"; *Kanzler*, FR 2007, 525 (532): „Dahinter steht oftmals der naive Versuch, eine gesetzliche Rückwirkung zu rechtfertigen, der aber kaum geeignet ist, die Gerichte zu täuschen."

86 Vgl. auch *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (964), nach dem die Gesetzesmaterialien „die Rolle von Indizien ein[nehmen], ohne dass ihnen die Autorität des Gesetzestextes zukommt".

87 So *Seibert* (FN 1), S. 111 (117).

88 Vgl. insoweit auch *Wedemann*, in: Fleischer, Mysterium „Gesetzesmaterialien", 2013, S. 127 (127). Allerdings findet sich ebenda auch die – m.E. deutlich zu positive – Einschätzung, die Gesetzesmaterialien seien „doch unzweifelhaft äußerst nützlich" – dies ist keine treffende Beschreibung der Rechtswirklichkeit, mag es auch nachvollziehbarer Teil ihres „Wunschzettels an den Gesetzgeber" sein.

89 Enger indes das BVerfG v. 15.5.1984 – 1 BvR 464/81 u.a., BVerfGE 67, 70 (87), vor dem Hintergrund einer gleichheitsrechtlichen Prüfung: „Gegenstand der verfassungsrechtlichen Überprüfung sind *allein* der sachliche Inhalt einer Vorschrift und ihre Wirkung […]." [Hervorhebung durch *Verf.*]. Hierbei beruft sich das BVerfG auf den m.E. insoweit noch nicht so strengen Beschl. v. 9.8.1978 – 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148 (165): „[…]; *entscheidend* sind vielmehr der sachliche Gehalt der Vorschrift und ihre Wirkung." [Hervorhebung durch *Verf.*].

90 Dazu, dass dies der Fall ist, vgl. *Seibert* (FN 1), S. 111 (117).

91 So z.B. *Wedemann* (FN 88), S. 127 (128 und 130).

92 Vgl. auch *Tappe* (FN 8), S. 258.

93 Vgl. aber auch z.B. den BFH v. 6.9.2006 – XI R 26/04, BStBl. II 2007, 167 (175), wonach „eine Gesetzesbegründung einer unverständlichen Norm bei einer derart komplexen Materie nicht zur gebotenen Klarheit verhelfen kann".

94 Vgl. insoweit auch den BFH v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (167). Vgl. ferner das BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 597/56, BVerfGE 7, 377 (412).

95 Soweit es im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle auf die Auslegung und das Verständnis des einfachen Rechts ankommt, erfolgt eine Vollprüfung des einfachen Rechts durch das BVerfG selbst, vgl. das BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 48).

96 Das heißt nicht dem BVerfG selbst, vgl. das BVerfG v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196 (211); v. 17.6.2004 – 2 BvR 383/03, BVerfGE 111, 54 (107); v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 u.a., BVerfGE 126, 369 (392); v. 2.5.2012 – 2 BvL 5/10, BVerfGE 131, 20 (37); v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 47).

97 BVerfG v. 2.5.2012 – 2 BvL 5/10, BVerfGE 131, 20 (37); v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 45 a.E.).

98 BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 u.a., BVerfGE 126, 369 (392).

99 BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 (Rz. 44). Vgl. auch bereits nahezu inhaltsgleich dass. v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 u.a., BVerfGE 126, 369 (392).

Bewertung für grundsteuerliche Zwecke zwischen Wunsch und Wirklichkeit

Prof. Dr. HENRIETTE HOUBEN, Berlin*

Inhaltsübersicht

I. Motivation
II. Die Eignung des Kostenwertes unter Beachtung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung als Leitprinzip im Rahmen der Grundsteuer
III. Sind Verkehrswertermittlungen im Massenverfahren möglich?
1. Vorbild Niederlande
2. Vorbild erbschaftsteuerliches Vergleichswertverfahren
3. Hedonische Bewertung im nichtlinearen Modell am Beispiel der Berliner Kaufpreissammlung als Alternative
a) Wertbestimmende Eigenschaften in einem hedonischen Modell
b) Grundsätzliche Überlegungen zur Modellspezifikation
c) Modellspezifikation für ein alternatives hedonisches Modell
d) Bewertungsgüte des alternativen Modells
IV. Das Kostenwertverfahren als Proxi zur Verkehrswertermittlung
V. Fazit

Die Grundsteuer gilt seit langem als reformbedürftig. Nachdem die Vergangenheit eher von grundsätzlichen Diskussionen um Flächen- oder Verkehrswertbesteuerung geprägt war, sieht der jüngste, auf einer Bundesratsinitiative beruhende Gesetzesentwurf eine gänzlich neue Besteuerungsgrundlage vor: den Kostenwert. Der Kostenwert soll nicht den gemeinen Wert approximieren, gleichwohl aber dem Anspruch an eine gleichmäßige Besteuerung gerecht werden. Allerdings zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass der Kostenwert insbesondere aufgrund der Baujahresdifferenzierung zu kaum durch das Vereinfachungsargument rechtfertigbaren Belastungsdifferenzen führt. Zudem kann er konzeptionell seinem Anspruch, einen pauschalierten Investitionsaufwand in realitätsnaher Weise zu schätzen, nicht gerecht werden, da wesentlichen Einflussfaktoren wie Bauausführung und Ausstattung unberücksichtigt bleiben, obwohl deren enormer Werteinfluss bekannt ist. Da das Kostenwertverfahren konzeptionell nicht zu überzeugen vermag, liegt im Rahmen einer wertbasierten Grundsteuer die Anwendung des Vergleichswertverfahrens nahe. Es zeigt sich aber bei beispielhafter Betrachtung für Berlin, dass auch Vergleichswertverfahren zu einer ungleichmäßigen Bewertung führen können. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Kostenwert als vereinfachtes Sachwertverfahren betrachtet werden kann, dass zu einer dem Vergleichswertverfahren ähnlichen Grad an Gleichmäßigkeit der Bewertung führt. Doch auch als vereinfachtes Sachwertverfahren besteht das Kostenwertverfahren nicht, da es kaum einfacher als das Vergleichswertverfahren ist, aber eine deutlich geringere Bewertungsgüte gemessen an der Gleichmäßigkeit der Bewertung aufweist.

The German real estate tax system has long been in the need for reform. Whereas past discussions mainly focused on the question of whether to prefer an area-based or a market-value-based tax, the most recent suggestion, based on a draft backed by the German Bundesrat, puts forward the notion of using a new concept, the so called Kostenwert (cost value) as the tax base. It is not the purpose of the Kostenwert to approximate a market value, but at the same time it is claimed that this tax base is able to satisfy the need for an equal real estate tax. Closer examination however reveals that the need for a simplification unlikely justifies the sizeable differences in taxation that arise due to the way the Kostenwert relates to the date of construction. Furthermore, the concept of the Kostenwert fails to reliably estimate investment costs, because it does not depend on cost drivers such as construction or interior outfitting. Its conceptional shortcomings suggest the use of hedonic price models as an alternative to determine the tax base. However, the empirical results for Berlin revealed that even using hedonic price models equality of taxation may not be easily met. Hence the question arises, whether the cost value method may serve as a simplified replacement cost indicator that could lead to a degree of valuation regularity close to that of hedonic models. In the end the advantage of a simple approach is being outshone by a far higher degree of valuation irregularities.

I. Motivation

Die Grundsteuer ist steuersystematisch ein überaus kontrovers diskutiertes Thema. Schon ihre pure Erwünschtheit ist umstritten: Sie wird von einigen für gänzlich verfehlt und weder durch das Leistungsfähigkeits- noch durch das Äquivalenzprinzip gerechtfertigt betrachtet.[1] Andere Stimmen plädieren dafür, die Grundsteuer basierend auf dem Äquivalenzprinzips vorzugswürdig als reine Bodensteuer auszugestalten.[2] Der Wissenschaftliche Beirat des BMF empfahl 2010 die Grundsteuer als eine notwendige Steuer, die wertbasiert auf einer Boden- und Gebäudekomponente beruhen sollte.[3]

Die veraltete Bemessungsgrundlage der jetzigen Grundsteuer führt dazu, dass ihre Reform Gegenstand der momentanen politischen Reformbemühungen ist. Dabei steht aktuell ihre grundsätzliche Erhebung im Rahmen des vorliegenden Gesetzesentwurfs nicht in Frage.[4] Vielmehr gilt das gesetzgeberische Bemühen der zutreffenden Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage.

---

* *Prof. Dr. Henriette Houben* ist Inhaberin der Ernst & Young Junior-Stiftungsprofessur für Quantitative Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 Siehe bspw. *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. 2003, S. 953–966.

2 Siehe bspw. *Marx*, DB 49/2016, M5.

3 Vgl. *Wissenschaftlicher Beirat des BMF*, Stellungnahme zur Reform der Grundsteuer, 2010. Die gleiche Ansicht vertritt auch *Spengel*, StBW 2012, 31–36.

4 Die Abschaffung der Grundsteuer fordert bspw. der Bund der Steuerzahler, vgl. *Schulemann*, Reform der Grundsteuer – Handlungsbedarf und Reformoptionen, Heft 109 der

Die Grundsteuer knüpft aktuell an Einheitswerte basierend auf den Wertverhältnissen von 1964 im alten Bundesgebiet und 1935 im neuen Bundesgebiet an. Dies führt zu schwerwiegenden Bedenken hinsichtlich der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und damit der verfassungsgemäßen Ausgestaltung der Grundsteuer. Bereits 2014 legte der Bundesfinanzhof deshalb die Einheitsbewertung dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vor, weil er die Einheitswerte als Grundlage für die Grundsteuer spätestens ab dem Bewertungsstichtag 1.1.2009 für verfassungswidrig hält.[5]

Das vorerst letzte Kapitel im jahrelangen Ringen um eine Grundsteuerreform stellt der am 4.11.2016 vom Bundesrat eingebrachte Gesetzesentwurf dar.[6] Der Entwurf sieht eine neue Hauptfeststellung der Grundstückswerte zum 1.1.2022 vor. Dazu sollen in 2022 erstmals Steuererklärungen abgegeben werden. Die Immobilienbewertung soll dann aufgrund der erst im Nachhinein feststehenden Bodenrichtwerte und dem technischen Stand der Finanzverwaltung in 2023 beginnen. Wann die Bewertung der etwa 35 Mio. Bewertungsobjekte abgeschlossen ist, steht noch nicht fest. Nach jetziger Planung geht der Gesetzesentwurf davon aus, dass die auf den Bewertungsstichtag 1.1.2022 festgestellten Werte erstmals 2027 Besteuerungsgrundlage sind. In den Folgejahren sieht der Entwurf eine erneute Hauptfeststellung zum 1.1.2030 und dann alle sechs Jahre vor.

In der Entwurfsbegründung heißt es: „Ziel des Gesetzes ist, eine rechtssichere, zeitgemäße und verwaltungsökonomische Bemessungsgrundlage für Zwecke der Grundsteuer zu schaffen, die den Erhalt der Grundsteuer als verlässliche kommunale Einnahmequelle dauerhaft gewährleistet."[7] Der Entwurf sieht als Bewertungsziel den begrifflich neu eingeführten Kostenwert vor (§ 230 BewG-E), der ganz ausdrücklich nicht den gemeinen Wert abbilden soll.[8]

Der Kostenwert ermittelt sich bei unbebauten Grundstücken aus dem Produkt von Grundstücksgröße und Bodenrichtwert. Bei bebauten Grundstücken ermittelt sich der Kostenwert des Grund und Bodens wie der Wert des unbebauten Grundstücks. Zusätzlich ist noch der Kostenwert des Gebäudes zu ermitteln, der sich aus dem sogenannten Gebäudepauschalherstellungswert abzüglich einer Alterswertminderung ergibt. Der Gebäudepauschalherstellungswert ist das Produkt aus den Pauschalherstellungskosten und der Bruttogrundfläche des Gebäudes. Die Pauschalherstellungskosten sind einer Anlage zum BewG zu entnehmen. Dabei werden grundsätzlich 20 Gebäudearten unterschieden, bei einzelnen Gebäudearten sind feinere Gruppierungen vorgesehen. So werden Ein- und Zweifamilienhäuser je nach Bauart in die vier Gruppen „unterkellert, Dachgeschoss", „unterkellert, Flachdach oder flach geneigtes Dach", „nicht unterkellert, Dachgeschoss" und „nicht unterkellert, Flachdach oder flach geneigtes Dach" unterteilt. Zusätzlich werden drei Baujahresklassen unterschieden: vor 1995, 1995–2004, ab 2005.

Aus den Ausführungen wird relativ schnell klar, dass der Kostenwert gedanklich eine Art „abgespeckter" Sachwert ist. Das Sachwertverfahren ist ein in der Grundstücksbewertung anerkanntes Standardverfahren zur Ermittlung des Verkehrswertes,[9] dessen Patenschaft beim Verweis auf die Normalherstellungskosten 2010 in der geplanten Anlage 36 zum BewG überdeutlich wird.[10] Allerdings erstaunt es doch, dass das Ziel einer zeitgemäßen Bewertung dadurch erreicht werden soll, dass die Grundsteuer im erstmaligen Anwendungsjahr 2027[11] auf Pauschalherstellungskosten beruht, die ihrerseits auf Grundlage der Normalherstellungskosten 2010 (NHK 2010)[12] ermittelt wurden und auf den 1.1.2022 per Index fortgeschrieben werden. Bei den verwendeten Indizes ist nach dem Gesetzesentwurf auf „Preisindizes für die Bauwirtschaft abzustellen, die das Statistische Bundesamt für den Neubau in konventioneller Bauart von Wohn- und Nichtwohngebäuden"[13] veröffentlicht. Bei der Fortschreibung der Pauschalherstellungskosten wird demnach kaum differenziert, da die genannten Preisindizes des Statistischen Bundesamtes im Wesentlichen nur zwischen Wohn- und Nichtwohngebäuden bei der Wertfortschreibung unterscheiden.[14]

Der Gesetzesentwurf führt daher zu allerlei Fragen, von denen die Folgenden im Anschluss diskutiert werden sollen:

A. Misst der Kostenwert den Investitionsaufwand und was bedeutet die Abkehr vom gemeinen Wert als Bewertungsziel im Hinblick auf die Gleichmäßigkeit der Besteuerung?

B. Sind Vergleichswertverfahren (hedonische Verfahren) zur Schätzung des gemeinen Wertes und die Beibehaltung des gemeinen Wertes als Bewertungsziel die Lösung für die Grundsteuerbemessungsgrundlage?

C. Taugt das Kostenwertverfahren als (vereinfachtes) Sachwertverfahren und kann damit eine gleichmäßige Bewertung erreicht werden?

II. Die Eignung des Kostenwertes unter Beachtung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung als Leitprinzip im Rahmen der Grundsteuer

Die verfassungsrechtlichen Bedenken des BFH im Rahmen der aktuellen Grundsteuer beruhen explizit auf der Verletzung des allgemeinen Gleichheitssat-

Schriftenreihe des Karl-Bräuer-Instituts des Bundes der Steuerzahler e.V., 2011.

5 S. dazu BFH v. 22.10.2014 – II R 16/13, BStBl. II 2014, 957.

6 Vgl. zum folgenden Abschnitt BT-Drs. 18/10753, S. 42–43.

7 BT-Drs. 18/10753, S. 39.

8 Der Entwurf zu § 230 BewG lautet: „Der Bewertung ist abweichend vom gemeinen Wert (§ 9) der nach den §§ 233 und 235 ermittelte Kostenwert zugrunde zu legen." (BT-Drs. 18/10753, S. 18).

9 § 8 ImmoWertV sieht neben dem Vergleichswert- und dem Ertragswertverfahren das Sachwertverfahren als drittes Standardverfahren vor.

10 Vgl. zu den Normalherstellungskosten 2010 die Sachwertrichtlinie (SW-RL) vom 5.9.2012, die gem. § 1 Abs. 1 SW-RL „Hinweise für die Ermittlung des Sachwerts nach den §§ 21 bis 23 der Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV) vom 19.5.2010 (BGBl. I S. 639)" gibt.

11 S. BT-Drs. 18/10753, S. 43.

12 S. BT-Drs. 18/10753, S. 36.

13 § 236 Abs. 2 BewG-E.

14 Zu den Preisindizes s. *Statistisches Bundesamt*, Preisindizes für die Bauwirtschaft, Fachserie 17 Reihe 4, 2016.

zes.[15] Dazu führt der BFH aus: „Die mit der Wahl des Steuergegenstandes einmal getroffene Belastungsentscheidung hat der Gesetzgeber unter dem Gebot möglichst gleichmäßiger Belastung aller Steuerpflichtigen bei der Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestandes folgerichtig umzusetzen."[16] Die Steuerart, der Steuergegenstand und die Steuerbemessungsgrundlage müssen also in einem logischen inneren Zusammenhang stehen.

Das Bundesverfassungsgericht sieht bei der Grundsteuer den Steuergegenstand als „die Ertragsfähigkeit des Grundbesitzes als eine mögliche Einnahmequelle" (fundiertes Einkommen).[17] Es geht zwar nicht um die finanzielle Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen, da die Grundsteuer ohne Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen erhoben wird; gleichwohl zielt die Grundsteuer nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes auf die „durch den Besitz sogenannten fundierten Einkommens vermittelte Leistungskraft"[18] ab. Der Grundsatz der Folgerichtigkeit erfordert dann „einen an dem Bewertungszweck ausgerichteten Bewertungsmaßstab, der folgerichtig bei allen Bewertungsfällen anzulegen ist"[19]. In diesem Sinne ist eine generelle Über- oder Unterbewertung (im Vergleich zum gemeinen Wert) unproblematisch, solange sie alle Bewertungsobjekte gleichmäßig betrifft.

Wie steht nun der im Gesetzesentwurf neu eingeführte Kostenwert zu diesen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben? In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird das Konzept des Kostenwertes wie folgt dargestellt: Der „Kostenwert bildet (typisiert) den Investitionsaufwand für die Immobilie ab. Die Höhe des Investitionsvolumens dient als Indikator für die durch das Grundstück vermittelte Leistungsfähigkeit."[20] Die Abkehr vom gemeinen Wert als Bewertungsziel wird in der Gesetzesbegründung als legitim und zulässig betrachtet, da der Gesetzgeber einen weiten Entscheidungsspielraum bei seiner Belastungsentscheidung habe. Beschränkungen sieht der Gesetzesentwurf in erster Linie nur durch das Erfordernis einer realitätsgerechten Wertfindung. In der Gesetzesbegründung heißt es weiter: „Die angesetzten Werte müssen allerdings als ‚wirkliche Werte' angesehen werden können (BVerfGE 41, 269 (280)). Hierfür kommt es darauf an, dass sie ihre Grundlage in tatsächlich vorgegebenen Größen finden und auf dieser Basis eine in sich relationsgerechte Differenzierung der Bewertungsgegenstände erlauben. Diesen Vorgaben entspricht der Kostenwert. Er ist eine objektiv quantifizierbare, wirkliche Größe, die den Investitionsaufwand für die Immobilie abbildet und zugleich eine widerspruchsfreie innere Relation bei der Erfassung unterschiedlicher Bebauungsintensitäten ermöglicht. Der Investitionsaufwand hat zudem eine maßgebliche Aussagekraft über die durch den Besitz eines solchen Grundstücks vermittelte Leistungsfähigkeit."[21]

In der zitierten Gesetzesbegründung überraschen gleich etliche Aussagen. Denn folgende Einwände muss sich der Gesetzesentwurf gefallen lassen:

1) Der Kostenwert kann systematisch weder den ursprünglichen Investitionsaufwand noch den Investitionsaufwand bei einer gedanklichen Wiederherstellung – auch nicht bei typisierender Betrachtung – abbilden.
2) Da der Kostenwert nicht dem im Sachwertverfahren[22] ermittelten Verkehrswert entsprechen soll, ist fraglich, woher sich seine Indikatoreigenschaft für die durch das Grundstück vermittelte Leistungsfähigkeit (im Sinne eines fundierten Einkommens) ableitet. Die reine Hoffnung, es könnte einen gewissen (losen) Zusammenhang zwischen Kostenwert und gemeinem Wert geben, scheint zu vage für die Begründung und wird im Übrigen auch nicht von der Gesetzesbegründung angeführt. Der im Sachwertverfahren ermittelte Verkehrswert unterscheidet sich vom Kostenwert dabei in zwei wesentlichen Punkten: zum einen in der Berechnung des typisierten Investitionsaufwandes und zum anderen in der fehlenden Marktanpassung.[23]
3) Wenn der Kostenwert eine „wirkliche Größe" im Sinne eines in der Realität vorzufindenden Wertes ist, so überrascht es, dass der Gesetzgeber ihn erst neu erfinden muss, und weder ein reales Geschehen (Markttransaktionen, Abfindungsvereinbarungen oder ähnliches) noch ein anderes Gesetz an diesen Wert anknüpft.

Während der zweite und dritte Einwand selbsterklärend sind, bedarf der erste Einwand einiger näheren Ausführungen: Der Kostenwert bildet nicht den ursprünglichen Investitionsaufwand ab, vielmehr ist ein typisierter, verbleibender Investitionsaufwand gemeint. Bei der Berechnung des Kostenwertes wird das Baujahr im Rahmen von Baujahresklassen und im Rahmen eines Alterswertabschlags berücksichtigt. Der Alterswertabschlag richtet sich nach dem Verhältnis des Alters des Gebäudes im Hauptfeststellungszeitpunkt zur Nutzungsdauer lt. Anlage 22 BewG, die bspw. für Ein- und

15 S. den Leitsatz zu BFH v. 22.10.2014 – II R 16/13, BStBl. II 2014, 957. Zu grundsätzlichen Einwänden gegen die Erhebung einer Grundsteuer vgl. *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. 2003, S. 953–966.

16 BFH v. 22.10.2014 – II R 16/13, BStBl. II 2014, 957 (Rz. 47).

17 Zur Definition der Grundsteuer im Rahmen der Abgrenzung zur Zweitwohnungssteuer vgl. BVerfG v. 6.12.1983 – 2 BvR 1275/79, BVerfGE 65, 325 (Rz. 88).

18 BVerfG v. 6.12.1983 – 2 BvR 1275/79, BVerfGE 65, 325 (Rz. 88).

19 BFH v. 22.10.2014 – II R 16/13, BStBl. II 2014, 957 (Rz. 52).

20 BT-Drs. 18/10753, S. 40.

21 BT-Drs. 18/10753, S. 41.

22 Die gutachterliche Grundstücksbewertung kennt drei Verfahren zur Marktwertermittlung. Das Vergleichs-, das Ertrags- und das Sachwertverfahren. Das Sachwertverfahren basiert dabei auf einer typisierten Bestimmung des Investitionsaufwandes. Der auf Basis von Normalherstellungskosten ermittelte typisierte Investitionsaufwand wird beim Sachwertverfahren mittels Marktwertanpassungsfaktoren an die aktuellen Marktgegebenheiten angepasst, um den Verkehrswert zu ermitteln. Das Sachwertverfahren stellt damit die geeignete Benchmark für die Bestimmung eines typisierten Investitionsaufwandes dar, wobei ggf. über die Notwendigkeit von Marktanpassungen diskutiert werden kann, sofern man den typisierten Investitionsaufwand und nicht den gemeinen Wert als Bewertungsziel betrachtet.

23 Während der typisierte Investitionsaufwand eher vergangenheitsorientiert ist, ist der Verkehrswert eher zukunftsorientiert und gibt daher das Einkommenspotential besser wieder.

Zweifamilienhäuser 70 Jahre beträgt. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass die Berücksichtigung einer Alterswertminderung auch bei Ansatz des Kostenwertes folgerichtig sei, da der Investitionsaufwand „sich durch die mit Zeitablauf eintretende Substanzeinbuße ratierlich gemindert“[24] habe. Beabsichtigt ist also die Abbildung des Investitionsaufwandes für die im Hauptfeststellungszeitpunkt vorhandene „Substanz“. Ein 7 Jahre altes Einfamilienhaus weist danach 90 % des Kostenwertes eines Neubaus auf. Ein 14 Jahre altes Einfamilienhaus hat einen Kostenwert von 80 % des Neubaus, usw.[25] Eine Alterswertminderung findet jedoch nur solange statt, wie dadurch nicht das Mindestniveau von 30 % des Gebäudepauschalherstellungswertes unterschritten wird (§ 236 Abs. 4 BewG-E).

Die Anwendung von auf den Hauptfeststellungszeitpunkt fortgeschriebener Planherstellungskosten[26] legt die Vermutung nahe, es sollen in einem ersten gedanklichen Schritt die Investitionskosten ermittelt werden, die ein Neubau zum Hauptfeststellungszeitpunkt verursacht hätte. Dabei wird die im Baujahr übliche Bauweise pauschal durch nach Baujahresklassen gestaffelte Kostensätze berücksichtigt. In einem zweiten Schritt wird unterstellt, die Gebäudesubstanz würde sich ratierlich verbrauchen, so dass bspw. die bestehende Substanz eines 35-jährigen Gebäudes der Hälfte der Substanz eines Neubaus entspräche.[27] Wenn der Gesetzesentwurf also davon spricht, der Kostenwert entspräche dem Investitionsaufwand, so ist damit keineswegs der tatsächliche, ursprüngliche Investitionsaufwand (auch nicht in pauschalierter Weise) gemeint. Vielmehr scheint die implizierte Frage zu sein: „Was kostete es, ein 35 Jahre altes Haus heute neu zu bauen?“. Diese Frage ist rein theoretischer Natur, da es selbstverständlich nicht möglich ist, ein altes Haus neu zu bauen.[28] Gedanklich macht ein Alterswertabschlag, der an der Preisentwicklung gehandelter Immobilien orientiert ist, viel mehr Sinn. Da der Gesetzentwurf sich aber gerade vom gemeinen Wert als Bewertungsmaßstab verabschiedet, muss der Gesetzesentwurf sich der deutlich problematischeren Argumentation eines gleichmäßigen Substanzverbrauchs bedienen.

Nun kann man sicher darüber diskutieren, ob ein derart determinierter, theoretischer Investitionsaufwand ein geeignetes Maß für die Bemessung der Grundsteuer sei. Dieser Gedanke soll hier aber nicht vertieft werden. Stattdessen gilt die nähere Betrachtung dem Kostenwertverfahren als Ermittlungsmethode des Investitionsaufwandes. Die Bewertung eines Wohngebäudes richtet sich im Kostenwertverfahren nach dem Baujahr, der sog. Bruttogrundfläche und der Gebäudeart. Für Ein- und Zweifamilienhäuser wird unterschieden, ob ein Keller vorhanden ist oder nicht. Gleiches gilt für das Vorhandensein eines Dachgeschosses. Dafür sei ein Beispiel betrachtet:

Beispiel: Ein Einfamilienhaus mit einer Bruttogrundfläche von 200 m² habe keinen Keller aber ein Dachgeschoss. Eine Bruttogrundfläche[29] von 200 m² entspricht je nachdem, ob das Dachgeschoss als Wohnfläche ausgebaut ist oder nicht und in Abhängigkeit davon, wie viele Geschosse das Haus hat, einer Wohnfläche zwischen knapp 90 m² und knapp 170 m².[30] Unabhängig davon, welchen Anteil die Wohnfläche ausmacht, wird im Kostenwertverfahren je nach dem, wann das Haus gebaut wurde, jeder m² Bruttogrundfläche mit 730 €/m² bei Baujahren vor 1995, 835 €/m² bei Baujahren zwischen 1995 und 2004 bzw. 1.010 €/m² bei Baujahren ab 2005 bewertet. Anschließend wird der Alterswertabschlag (1/70 je Jahr, maximal 70 %) berücksichtigt.

24 BT-Drs. 18/10753, S. 66.

25 Vorausgesetzt ist stets, dass beide Häuser der gleichen Baujahresklasse angehören.

26 Gem. BT-Drs. 18/10753, S. 36, handelt es sich bei den tabellierten Planherstellungskosten um bereits auf den 1.1.2022 indexierte Werte. Ein Vergleich mit den Normalherstellungskosten 2010 lässt aber Zweifel daran aufkommen, auch wenn beide nicht direkt vergleichbar sind.

27 Der Gedanke des Substanzverbrauchs ist nicht ohne weiteres leicht nachzuvollziehen, da ja nach 35 Jahren nicht nur noch ein halbes Haus steht. Ohne Frage braucht es bei alternden Gebäuden zunehmenden Erhaltungsaufwandes. Alterswertminderungen erklären sich in Bezug auf Marktwertentwicklungen aber auch maßgeblich durch Änderungen des Ausstattungsstandards (wie bspw. Wärmedämmung, Raumhöhe, Fensterausführung) und des Wohngeschmacks. Dass der Marktwert eines 35 Jahre alten Hauses deutlich unter dem eines Neubaus liegt, erklärt sich also nur zum Teil durch den Substanzverlust im Sinne eines gestiegenen Erhaltungsaufwandes.

28 Vor diesem Hintergrund scheint es eigentümlich, dass der Gesetzesentwurf den Kostenwert dennoch als „wahre Größe“ bezeichnet.

29 Die Bruttogrundfläche ist „die Summe der bezogen auf die jeweilige Gebäudeart marktüblich nutzbaren Grundflächen aller Grundrissebenen eines Bauwerks“ (BT-Drs. 18/10753, S. 36). Es handelt sich dabei – vereinfachend ausgedrückt – um die Fläche inkl. Außenmauern aller Geschosse, sofern das Geschoss eine Mindesthöhe von 1,25 m aufweist. Die Wohnfläche ist stets kleiner als die Bruttogrundfläche. Mit den vom *Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau* herausgegebenen Normalherstellungskosten 1995 (abrufbar unter http://werttax.de/downloads/normalherstellungskosten1995nhk95.pdf) wurden auch durchschnittliche Verhältnisse von Bruttogrundfläche und Wohnfläche angegeben. Danach ist bei eingeschossiger Bauweise ohne Keller mit Flachdach die Bruttogrundfläche etwa 15 % größer als die Wohnfläche. Bei eingeschossiger Bauweise mit Keller und nicht ausgebauten Dachgeschoss ist die Bruttogrundfläche im Mittel 145 % größer als die Wohnfläche, wobei bei der Angabe der Mittelwerte nicht zwischen ausgebautem und unausgebautem Keller unterschieden wurde.

30 Dies entspricht – unter Verwendung eines Verhältnisses von Bruttogrundfläche zu Wohnfläche von 1,2 – bei eingeschossiger Bauweise mit Dachgeschoss einer Wohnfläche von rund 167 m², falls das Dachgeschoss ausgebaut ist. Wird das Dachgeschoss nicht als Wohnraum genutzt, so ergibt sich unter Verwendung des mittleren Umrechnungsfaktors von 1,85 eine Wohnfläche von ungefähr 108 m². Weißt das unausgebaute Dachgeschoss die gleiche Bruttogrundfläche wie das Erdgeschoss auf, so wäre ein Umrechnungsfaktor von 2,3 plausibel, woraus sich bei einer Bruttogrundfläche von 200 m² eine Wohnfläche von 87 m² ergäbe. Der Dachgeschossausbau ist für die Berechnung des Kostenwertes unerheblich, da i.d.R. alle Geschossflächen (auch die von Kellern und unausgebauten Dachböden) berücksichtigt werden. Nähere Ausführungen zur Berechnung der Bruttogrundfläche finden sich auch in Abschnitt 4.1.1.4 der Sachwertrichtlinie bzw. in DIN 277-1: 2005-2.

Die folgende Darstellung enthält die Kostenwerte in Abhängigkeit vom Baujahr des Hauses (vgl. Abb. 1).

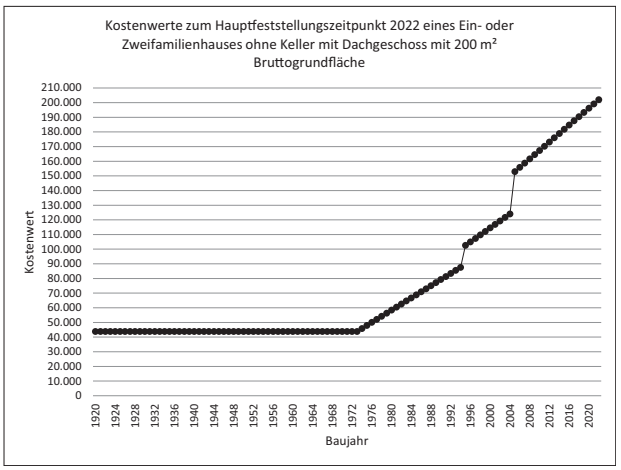

Abb. 1: Beispielhafter Verlauf des Kostenwertes in Abhängigkeit vom Baujahr (Quelle: Eigene Darstellung).

Betrachtet man die Verteilung des Kostenwertes nach Baujahr am Beispiel von Ein- und Zweifamilienhäusern ohne Keller mit Dachgeschoss, so wird offensichtlich, dass es sich für ältere Gebäude (ab Baujahr 1972)[31] bei einer auf dem Kostenwert basierenden Grundsteuer faktisch um eine nach der Gebäudeart differenzierenden Flächensteuer handelt, denn die Bemessungsgrundlage für den Gebäudeteil hängt dann nur von der Bruttogrundfläche des Gebäudes ab. Für die Mehrheit der momentan existierenden Wohngebäude ist daher davon auszugehen, dass (bezogen auf die Gebäudekomponente) die Grundsteuer eine gebäudeartspezifische Flächensteuer wäre.[32] Dies gilt auch für Mehrfamilienhäuser, so dass ein 1920 erbautes Mehrfamilienhaus bei gleicher Bruttogrundfläche den gleichen Kostenwert aufweist wie ein 1972 erbautes Mehrfamilienhaus.

Zudem wird bei der Beispielsbetrachtung offensichtlich, dass die nach Baujahresklassen differenzierten Pauschalherstellungskosten in Kombination mit dem Alterswertabschlag zu kaum begründbaren Belastungssprüngen führen (vgl. Abb. 2): Der Kostenwert eines 1995er Einfamilienhauses liegt mehr als 17 % über dem eines 1994 erbauten Einfamilienhauses; der Kostenwert eines 2005 erbauten Einfamilienhauses liegt bei gleicher Bruttogrundfläche mehr als 23 % über dem eines 2004 erbauten Einfamilienhauses. Diese markanten Unterschiede resultieren primär aus den Pauschalherstellungskostenunterschieden: Das 2005 erbaute Haus ist vor Berücksichtigung des Alterswertabschlags mit 1.010 € je m² Bruttogrundfläche zu bewerten, das 2004 erbaute Haus mit 835 €; allein daraus resultiert ein Bewertungsunterschied von fast 21 %. Die verbleibende Differenz der Kostenwerte ist Ergebnis des Alterswertabschlages. Ob sich eine derart ungleiche Bewertung noch mit dem Typisierungsargument rechtfertigen lässt, scheint zweifelhaft, zumal der Zusammenhang zwischen Baujahr und durchschnittlichem Investitionsaufwand recht lose ist, da der Investitionsaufwand maßgeblich von der Bauweise und Ausstattung beeinflusst ist.

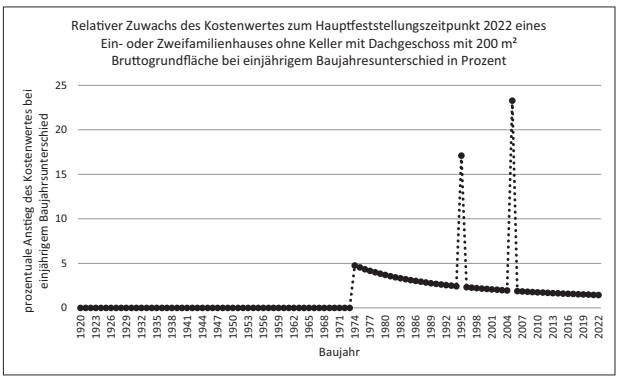

Abb. 2: Kostenwertanstieg im Beispiel bei einjährigem Baujahrsunterschied (Quelle: Eigene Darstellung).

Die Ermittlung eines typisierten Investitionsaufwandes bei einem gedanklichen Nachbau inkl. Gebäudealterung ist nicht neu. Das in der Verkehrswertbewertung[33] vorgesehene Sachwertverfahren (§§ 21–23 ImmoWertV) hat genau diese Aufgabe. Dieses Verfahren unterscheidet bspw. für Ein- und Zweifamilienhäusern nach 5 Standardstufen[34], 3 Arten von Ein- und Zweifamilienhäusern, 3 Dachformen und 4 Geschosskategorien, folglich 180 verschiedene Planherstellungskos-

31 Für Wohngebäude sieht Anlage 22 zum BewG eine Gesamtnutzungsdauer von 70 Jahren vor. Für Gebäude, die vor 1973 gebaut wurden führt die Mindestbewertung mit 30 % des Gebäudepauschalherstellungswertes dazu, dass die Bemessungsgrundlage nur von der Fläche und der Gebäudeart abhängt, da wegen (2022 – 1973)/70 = 70 % bei Gebäude mit Baujahr 1973 der maximale Alterswertabschlag erreicht ist.

32 Gem. der Gebäude- und Wohnungszählung im Rahmen des Zensus 2011 sind 50,8 % der Wohngebäude vor 1970 gebaut (*Statistisches Bundesamt*, Gebäude- und Wohnungsbestand in Deutschland, Erste Ergebnisse der Gebäude und Wohnungszählung 2011, 2014, S. 32). Die Mehrzahl der aktuell bestehenden Wohngebäude würde demnach nur nach der Bruttogrundfläche und der Gebäudeart besteuert.

33 Gem. § 192 BauGB sind für die Ermittlung von Grundstückswerte selbständige, unabhängige Gutachterausschüsse zu bilden. Zu ihren Aufgaben gehört gem. § 193 BauGB auch die Erstattung von Verkehrswertgutachten für Gerichte und Justizbehörden. Wie die Verkehrswerte zu bestimmen sind, wird durch die ImmoWertV präzisiert (§ 199 BauGB). Nach § 8 ImmoWertV kann der Verkehrswert im Ertragswert-, Sachwert- und/oder Vergleichswertverfahren bestimmt werden. Auch eine Kombination mehrerer Verfahren ist möglich. Zur weiteren Präzisierung des Sachwertverfahrens ist die Sachwertrichtlinie (SW-RL) vom *Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung* heranzuziehen (abrufbar unter https://www.bundesanzeiger-verlag.de/fileadmin/BIV-Portal/Dokumente/PDF/Sachwertrichtlinie.pdf). Gem. Abschnitt 2 SW-RL wird das Sachwertverfahren vor allem für Ein- und Zweifamilienhäuser empfohlen.

34 Die Standardstufen berücksichtigen die Eigenschaften von Bauweise und Ausstattung. Ein fehlender Wärmeschutz der Außenwände führt diesbezüglich bspw. zur Einordnung in Standardstufe 1, ein nicht zeitgemäßer Wärmeschutz in Standardstufe 2. Ein nach 1995 vorgenommener Wärmedämmputz wäre der Standardstufe 3 zuzuordnen. Standardstufe 4 ergäbe sich bei einer nach 2005 vorgenommenen Dämmung und eine Wärmedämmung nach Passivhausstandard würde zur Einordnung in Stufe 5 führen.

tenkategorien für Ein- und Zweifamilienhäuser und nicht etwa 12 wie das Kostenwertverfahren. Bezüglich der Standardstufen sind dann jeweils 9 Kategorien[35] zu bewerten und diese mit kategoriespezifischen Gewichten zu multiplizieren. Im Anschluss findet eine Anpassung an das Verkehrswertniveau mittels Markwertanpassungsfaktoren statt. Danach erfolgt eine Berücksichtigung der objektspezifischen Besonderheiten wie bspw. grundstücksbezogene Rechte und Lasten, Baumängel und Bauschäden sowie ein überdurchschnittlicher Erhaltungszustand.

Auch wenn die Einordnung in Standardstufen in der in der Sachwertrichtlinie vorgesehenen Art eine gutachterliche Eingruppierung voraussetzt, kann auch für eine im Steuerrecht stärker typisierende Ermittlung von Investitionskosten nicht auf die Berücksichtigung der Ausführung/Ausstattung verzichtet werden, da der Ausstattungseinfluss von herausragender Bedeutung ist. Die Normalherstellungskosten nach Sachwertrichtlinie unterscheiden sich je nach Standardstufe um mehr als 90 %, d.h. je nach Standardstufe ist bei gleicher Gebäudeart und Bruttogrundfläche das Investitionsvolumen ggf. nahezu doppelt so hoch bei einer hochwertigen Ausführung im Vergleich zu einem niedrigen Ausführungsstandard. Bspw. betragen die Normalherstellungskosten 2010 bei einem freistehenden Einfamilienhaus mit Erdgeschoss und Dachgeschoss bei der 1. Standardstufe 790 € je m² Bruttogrundfläche aber bei 5. Standardstufe 1.515 € (+ 92 %) je m² Bruttogrundfläche, falls das Dachgeschoss voll ausgebaut ist. Ist das Dachgeschoss nicht ausgebaut, so betragen die Normalherstellungskosten 585 € je m² Bruttogrundfläche für Gebäude der Standardstufe 1 aber 1.125 € (+ 92 %) je m² Bruttogrundfläche bei der Standardstufe 5. Die Unterschiede in den Standardstufen führen beim Sachwertverfahren im Übrigen nicht zu Belastungssprüngen, weil die Eingruppierung auch anteilig in mehrere Standardstufen erfolgen kann. Wenn die Eigenschaften eines Gebäudes z.B. zu 20 % Standardstufe 2 und zu 80 % Standardstufe 3 entsprechen, so ergibt sich der anzuwendende Kostensatz als gewichteter Mittelwert der Kostensätze beider Standardstufen.

In der Gesamtschau aller bislang ausgeführten Aspekte kann der Kostenwert nicht als gleichmäßige Näherung für den Investitionsaufwand gesehen werden. Vielmehr würde er selbst dann, wenn man einen hypothetischen Investitionsaufwand als Bewertungsziel ansähe und eine Abweichung vom gemeinen Wert als Bewertungsziel akzeptiert, keine gleichmäßige Besteuerung begründen. Vor dem Hintergrund der mangelnden konzeptionellen Eignung des Kostenwertes als Bemessungsgrundlage stellt sich die Frage, ob eine Ermittlung des gemeinen Wertes als Grundsteuerbemessungsgrundlage keine gangbare Alternative ist, da der gemeine Wert als Bewertungsziel verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt.[36]

III. Sind Verkehrswertermittlungen im Massenverfahren möglich?

1. Vorbild Niederlande

Wenn es darum geht, die Grundsteuer basierend auf Marktwerten zu erheben, dann gelten die Niederlande als europäischer Musterschüler. Das der niederländischen Bewertung zugrundeliegende Immobiliengesetz (Wet Waardering Onroerende Zaken) fordert für steuerliche Zwecke die Feststellung offizieller, am Marktwert orientierter Grundstückswerte (sogenannter WOZ-Werte) zunächst zum Januar 1995, 1999, 2003, 2005 und seit 2007 jährlich.[37] Die Bewertung erfolgt grundsätzlich rückwirkend, so werden bspw. zu Beginn 2008 die vorläufigen Wertansätze zum Stichtag 1.1.2007 ermittelt. Die endgültigen Werte sind gegen Ende 2008 verfügbar. Die offiziellen Grundstückswerte sind seit Oktober letzten Jahres grundsätzlich für jeden online zugänglich, um die Transparenz für die Bürger zu erhöhen.[38] Zum gegenwärtigen Zeitpunkt lassen sich aber nur für einen Teil der Grundstücke die offiziellen Grundstückswerte abrufen.[39]

Für die Bewertung zuständig sind die Gemeinden, wobei nur die größeren Gemeinden selbst bewerten, während sich die kleineren Gemeinden freien Grundstücksbewertern bzw. Bewertungsgesellschaften bedienen.[40] Es gibt keine vorgeschriebene Bewertungsmethodik, aber die meisten Bewerter nutzen hedonische Verfahren, vor-Ort-Besichtigungen und lokale Marktinformationen gleichzeitig.[41] Hedonische Verfahren sind statistikbasierte Vergleichswertverfahren, bei denen es darum geht, aus Verkäufen der Vergangenheit mittels Bewertungsgleichungen oder -modellen Bewertungsvorschriften abzuleiten. Ein vom Steuerpflichtigen als überhöht wahrgenommener offizieller Grundstückswert kann in den Niederlanden per Wider-

35 Bezüglich der Kategorien Außenwände, Dächer, Außentüren und Fenster, Innenwände, Deckenkonstruktion und Treppen, Fußböden, Sanitäreinrichtungen, Heizung sowie sonstige technische Ausstattung sind jeweils die Hauseigenschaften in die 5 Standardstufen 1 bis 5 einzuordnen, wobei auch eine partielle Einordnung zu verschiedenen Standards in Frage kommt. Die Wärmedämmung ist bspw. ein Aspekt, der bei der Bewertung der Außenwände eine Rolle spielt. Daneben sind bspw. bei der Bewertung der Außenwände Aspekte wie die Ausführung des Mauerwerkes, Glasfassaden, Säulen oder ähnlicher Fassadenschmuck, Ein- oder Zweischaligkeit des Mauerwerkes und vieles mehr zu berücksichtigen.

36 Der BFH führt aus, dass eine zwingende Bewertung zum gemeinen Wert für Grundsteuerzwecke „nicht von vornherein vorgegeben" (BFH v. 22.10.2014 – II R 16/13, BStBl. II 2014, 957 [Rn. 52]) sei, aber beanstandet den gemeinen Wert als Bewertungsziel auch nicht, sondern fordert lediglich die folgerichtige und realitätsgerechte Ausgestaltung der Bewertung.

37 Vgl. auch zu den folgenden Ausführungen *de Vries* et al., A house price index based on the SPAR method, in: Journal of Housing Economics, Vol. 18 (2009), S. 214–223.

38 S. https://www.bsgw.nl/en/news/2016/09/26/woz-value-homes-from-1-october-public.

39 Das Onlineportal, in dem neben der Anschrift des Grundstückes, das Gebäudebaujahr und auch der offizielle Grundstückswert (WOZ) abrufbar sind, ist unter https://www.wozwaardeloket.nl erreichbar. Die Navigation erfolgt sehr einfach und übersichtlich über Karten und alternativ über die Ortseingabe.

40 Vgl. *von Bloh*, Grundsteuer auf Basis von Verkehrswerten – Machbarkeitsstudie, 2011, S. 26 (www.finanzen.bremen.de/sixcms/media.php/13/Machbarkeitsstudie_lang__22.pdf).

41 Vgl. *de Vries* et al. (FN 37), S. 217.

spruch angefochten werden. Zudem bieten unabhängige Gutachter bspw. die Vorabverständigung mit der bewertenden Gemeinde über den offiziellen Grundstückswert an.[42] Da der offizielle Grundstückswert auch im Rahmen der Ertrags- und Erbschaftsbesteuerung berücksichtigt wird, geht seine Bedeutung deutlich über die Grundsteuer hinaus.

Auch wenn es also kein standardisiertes Massenverfahren in den Niederlanden gibt, wird wiederholt die Bewertungsgüte gepriesen. Dies basiert auf einer Studie für die Provinz Overijessel, der zu folge die Bewertungsqualität in den ersten Jahren deutlich zunahm und mit Stand 2003 80 % der Immobilien mit einer Bewertungsabweichung von weniger als 10 % verglichen zum Preis bewertet wurden. Nur 4 % der Immobilien wiesen eine Abweichung von mehr als 25 % auf. Die Kosten der Bewertung lagen 1995 bei 16 Euro pro Fall, später bei 4 bis 7 Euro.[43] Diese offensichtlich hervorragenden Bewertungsergebnisse fanden auch in der deutschen Politik Berücksichtigung und waren u.a. Anlass für das sogenannte Nordländermodell, das eine wertbasierte Grundsteuer vorschlägt.[44]

2. Vorbild erbschaftsteuerliches Vergleichswertverfahren

Auch das deutsche Steuerrecht kennt die Anwendung von Vergleichswertverfahren zur Grundstücksbewertung. Seit 2009 soll Grundvermögen im Rahmen der Schenkung- und Erbschaftsteuer marktnah bewertet werden. Gemäß § 182 Abs. 2 BewG sind Ein- und Zweifamilienhäuser sowie Wohnungs- und Teileigentum im Vergleichswertverfahren zu bewerten. Lassen sich Vergleichswerte mangels vergleichbarer Objekte und mangels anwendbarer Vergleichswertfaktoren nicht ermitteln, wird ersatzweise auf das Sachwertverfahren[46] abgestellt (§ 182 Abs. 4 BewG).

Der Vergleichswert kann dabei auf einem direkten Vergleich mit gehandelten Grundstücken oder einem über Vergleichswertfaktoren berechneten Wert beruhen. Der direkte Vergleich ist zum einen aufwändiger, weil für jeden Bewertungsvorgang die Vergleichsgrundstücke bestimmt werden müssen und bei abweichenden Eigenschaften diese bezüglich ihres Werteinflusses beurteilt werden müssen. Dies erfordert einen Datenzugriff des Bewertenden auf die Kaufpreissammlung. Zudem kann es problematisch sein, hinreichend viele Vergleichsfälle zu finden. Deshalb bieten sich Vergleichsfaktorenmodelle an, die den Werteinfluss der Einzelmerkmale als Funktion berücksichtigen. Der Berliner Gutachterausschuss für Grundstückswerte veröffentlicht bspw. zu diesem Zwecke für (Teilgebiete von) Berlin Vergleichswertfaktoren.

Die genaue Berechnung der Vergleichswerte basierend auf den Berliner Vergleichswertfaktoren hängt u.a. vom Bewertungsjahr, Gebäudeart und Wohnlage ab. Exemplarisch sei dafür die Berechnungsweise für Ein- und Zweifamilienhäuser in einfacher, mittlerer oder gu-

1.1 – Ein- und Zweifamilienhäuser in der einfachen, mittleren und guten stadträumlichen Wohnlage

Tabelle 1: Vergleichsfaktoren (Beträge in EUR/m² Brutto-Grundfläche):

Vergleichsfaktoren für Ein- und Zweifamilienhäuser 2016

BRW (EUR/m²)	**Baugrundstücksfläche in (m²)** (entspricht in der Regel der Grundstücksfläche)										
	100	**200**	**300**	**400**	**500**	**600**	**700**	**800**	**900**	**1.000**	1.800
70	689	704	720	735	751	766	782	797	813	828	952
100	769	785	800	816	831	847	862	878	893	909	1.033
150	903	918	934	949	865	980	996	1.011	1.027	1.042	1.166
200	1.037	1.052	1.068	1.083	1.099	1.114	1.130	1.145	1.161	1.176	1.300
250	1.171	1.186	1.202	1.217	1.233	1.248	1.264	1.279	1.295	1.310	1.434
300	1.304	1.320	1.335	1.351	1.366	1.382	1.397	1.413	1.428	1.444	1.568
350	1.438	1.454	1.469	1.485	1.500	1.516	1.531	1.547	1.562	1.578	1.702
400	1.572	1.587	1.603	1.618	1.634	1.649	1.665	1.680	1.696	1.711	1.835
600	2.107	2.123	2.138	2.154	2.169	2.185	2.200	2.216	2.231	2.247	2.371

Innerhalb der Tabellenwerte kann linear interpoliert werden.

Abb. 3: Ausgangswert für den Vergleichsfaktor am Beispiel von Berliner Ein- und Zweifamilienhäusern in einfacher bis guter stadträumlicher Wohnlage.[45]

42 In der Werbung einer Gutachtergesellschaft heißt es bspw. „We conduct preliminary consultations with the large(r) municipalities, with which we have maintain excellent relations. Purpose of these preliminary consultations on the WOZ value is to determine the WOZ value in close consultation with the municipality. If the WOZ value is determined during the preliminary consultations, this value will be reflected on your first following property tax assessment. […] What's more, you are saved the bother of the objection procedure and possible subsequent legal procedures." (https://www.dtz.nl/media/215885/woz-value_2013.pdf).

43 Vgl. *von Bloh* et al. (FN 40) S. 27.

44 Vgl. *von Bloh* et al. (FN 40).

45 *Geschäftsstelle des Gutachterausschusses für Grundstückswerte in Berlin* (FN 46), S. 4.

46 Das in den §§ 190–192 BewG präzisierte Sachwertverfahren entspricht weitgehend dem in der Sachwertrichtlinie konkretisierten Sachwertverfahren. Die Regelherstellungskosten gem. der zugehörigen Anlage 24 zum BewG entsprechen den Normalherstellungskosten der Sachwertrichtlinie.

ter stadträumlicher Wohnlage für das Jahr 2016 betrachtet. Die vom Berliner Gutachterausschuss gewählte Darstellung der 2016er Vergleichsfaktoren bezieht sich auf Quadratmeterpreise für die Bruttogrundfläche.[47] Je nach Bodenrichtwert (ohne Geschossflächenzahlanpassung) und Grundstücksfläche, sowie Gebäudeart und Wohnlage wird durch lineare Interpolation für die Quadratmeterpreise aus einer Tabelle der Ausgangswert bestimmt.

Je nach Baujahrsgruppen, Bauzustand und Gebäudekonstruktion sind dann ggf. weitere Zu- und Abschläge vorzunehmen. Der so ermittelte Wert ist dann mit der Bruttogrundfläche des Gebäudes zu multiplizieren und ergibt den Gesamtwert des bebauten Grundstücks (inkl. Grund und Boden).

Nachfolgend findet sich das vom Gutachterausschuss bereitgestellte Rechenbeispiel, das die genaue Berechnungsmethodik veranschaulicht.

Das zu bewertende Beispielobjekt wird wie folgt beschrieben:	
Lage in einer Bodenrichtwertzone von:	300 EUR/m²
Brutto-Grundfläche:	200 m²
Baugrundstücksfläche	500 m²
Baulicher Unterhaltungszustand:	normal
Gebäudekonstruktion	Massivhaus
Ermittlung des Ausgangswerts (Tabelle 1, Zeile 5, Spalte 6):	1.366 EUR/m² BFG
Baujahr 1960:	– 62 EUR/m² BFG
Ergebnis:	1.304 EUR/m² BFG
Somit errechnet sich der Wert für das zu bewertende Grundstück wie folgt: 1.304 EUR/m² BFG * 200 m² = **260.800 EUR.**	

Abb. 4: Berechnungsbeispiel des Gutachterausschusses[48]

Die Vergleichswertermittlung auf Basis von Vergleichswertfaktoren ist daher nicht nennenswert komplexer als die Berechnung des Kostenwertes. Der Ermittlungsaufwand auf Seiten von Steuerpflichtigem und Finanzverwaltung ist bei beiden Bewertungsverfahren vergleichbar. Allerdings liegen selbst in Berlin nicht für alle Gebiete und Häusertypen Vergleichswertfaktoren vor.[49]

Wie gut Vergleichsfaktoren den Preis tatsächlich gehandelter Immobilien nachbilden können, wurde bereits empirisch untersucht. Den Vergleichswertfaktoren für Berlin und Niedersachsen wurde mit Stand 2009 eine relativ schlechte Bewertungsperformance bescheinigt.[50] Danach führten die Vergleichswerte im Durchschnitt zu einer Überbewertung und nur bei 54 % der betrachteten Fälle aus Berlin und Niedersachsen wich der im Vergleichswertverfahren ermittelte Wert um weniger als 20 % vom Verkaufspreis ab,[51] zu dem die Grundstücke tatsächlich gehandelt wurden.[52]

3. Hedonische Bewertung im nichtlinearen Modell am Beispiel der Berliner Kaufpreissammlung als Alternative

a) Wertbestimmende Eigenschaften in einem hedonischen Modell

Wenn die Bewertung mittels hedonischer Modelle in den Niederlanden so gut gelingt, dann liegt es nahe, nach besseren Vergleichswertmodellen zu suchen, die ein den bisherigen Vergleichswertfaktoren überlegenes Bewertungsergebnis liefern.[53] Bei der hedonischen Bewertung geht es darum, Bewertungsgleichungen bzw. Berechnungsvorschriften aus Kaufpreissammlungen abzuleiten, die eine möglichst gute Berücksichtigung der wertbeeinflussenden Merkmale bieten. Hedonische Verfahren vertrauen darauf, dass es einen Zusammenhang zwischen dem Grundstückswert und den wertbeeinflussenden Eigenschaften von Grund und Boden sowie Gebäuden gibt. Das Grundstück

47 Vgl. zum gesamten Absatz *Geschäftsstelle des Gutachterausschusses für Grundstückswerte in Berlin*, Vergleichsfaktoren für bebaute Ein- und Zweifamilienhaus- und Villen- und Landhausgrundstücke, 2016 (https://www.berlin.de/gutachterausschuss/_assets/amarktinformationen/adaten-zur-wertermittlung/05-05-010-1600.pdf).

48 *Geschäftsstelle des Gutachterausschusses für Grundstückswerte in Berlin* (FN 46), S. 16.

49 So können die Vergleichswertfaktoren von 2016 bspw. für Ein- und Zweifamilienhausgrundstücke in den einfachen, mittleren und guten stadträumlichen Wohnlagen nicht in den Ortsteilen Mitte, Moabit, Hansaviertel, Tiergarten-Süd, Wedding, Friedrichshain, Kreuzberg, Charlottenburg, Schmargendorf, Grunewald, Charlottenburg-Nord, Halensee, Schöneberg, Friedenau, Neukölln, Alt-Treptow, Plänterwald, Oberschöneweide, Malchow, Fennpfuhl und Rummelsburg angewendet werden, weil diese Gebiete vergleichsweise wenige Ein- und Zweifamilienhäuser aufweisen.

50 *Broekelschen/Maiterth*, StuW 2010, S. 41.

51 Aufgrund der Rechtsprechung zur Erbschaftsteuer gilt im Rahmen der Ermittlung des gemeinen Wertes eine Bewertungstoleranz von 20 % als verfassungsrechtlich tolerabel, weil es bei Immobilien nicht den einen Marktwert gäbe, sondern es sich eher um ein Marktwertniveau handle. Das BVerfG merkt dazu an: „Wie das vorlegende Gericht zutreffend ausführt, gibt es für Grundvermögen keinen absoluten und sicher realisierbaren Marktwert, sondern allenfalls ein Marktwertniveau, auf dem sich mit mehr oder weniger großen Abweichungen vertretbare Verkehrswerte bilden. Dabei wird von einer Streubreite von plus/minus 20 % der Verkaufspreise für ein und dasselbe Objekt ausgegangen, innerhalb derer ein festgestellter Verkehrswert als noch vertretbar angesehen wird […]. Der nach den erbschaftsteuerlichen Bewertungsvorschriften ermittelte Grundbesitzwert kann deshalb nur daraufhin überprüft werden, ob er sich noch innerhalb des Korridors vertretbarer Verkehrswerte bewegt oder außerhalb dieses Bereichs liegt." (BVerfG v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 [Rn. 137]).

52 Weitere Studien beschäftigen sich zwar grundsätzlich mit den Aufkommens- und Verteilungswirkungen von vergleichswertbasierten Grundsteuervarianten, können aber nichts zur Bewertungsgüte aussagen. *Nehls/Scheffler*, ifst-Schrift 503 (2015), S. 48, konnten in der Untersuchung für die Stadt Fürth die Verkehrswerte im Vergleichswertverfahren mangels Daten nicht abbilden. *Henger/Schäfer*, IW policy paper, Nr. 32/2015 simulieren Grundsteuermodelle auf kommunaler Ebene, aber nicht auf Ebene einzelner Bewertungsobjekte. Auch die Untersuchung von *Färber* et al., Wirtschaftsdienst 2014, S. 740–747, basiert nicht auf Einzeldaten zu den Bewertungsobjekten, sondern analysiert regionale Effekte alternativer Grundsteuermodelle.

53 Zur konzeptionellen Eignung von Vergleichswertmodellen siehe *Spengel*, StBW 2012.

wird dabei als Güterbündel verstanden, wobei der Wertbeitrag der einzelnen Grundstückseigenschaften durch das hedonische Modell erklärt werden soll.[54] Basierend auf Transaktionsdaten wird der Zusammenhang zwischen Grundstückseigenschaften und Verkaufspreis eines Grundstücks geschätzt.

Mittels hedonischer Bewertung abgeleitete Bewertungsformeln haben im Besteuerungsprozess erhebliche Vorteile:

1. Da die Bewertungsformeln direkt aus getätigten Verkäufen abgeleitet werden, ist das Bewertungsziel der Marktwert bzw. gemeine Wert.
2. Die Bewertungsgleichungen sind transparent und interpersonell nachvollziehbar.[55] Subjektive Einflüsse bei der Bewertung sind vergleichsweise gering und beschränken sich auf die Eigenschaftsfeststellung eines Gebäudes.
3. Die Anwendung der Bewertungsgleichungen ist im EDV-Zeitalter wenig aufwendig und leicht administrierbar.

Wie aufwändig die Bewertung im Massenverfahren ist, hängt maßgeblich davon ab, wie aufwändig es ist, die wertbestimmenden Merkmale eines Grundstücks festzustellen. Hier geht es also darum, wie gut Steuerpflichtiger und Finanzverwaltung die wertbestimmenden Eigenschaften bestimmen und kontrollieren können. Die wertbestimmenden Eigenschaften müssen auch für die beobachteten Kauffälle vorliegen, aus denen die Bewertungsgleichung (bspw. durch die Gutachterausschüsse) abgeleitet wird, da es bei der hedonischen Bewertung gerade darum geht, den formelmäßigen Zusammenhang von wertbestimmenden Merkmalen und Marktpreis zu schätzen.

Auf Basis der Berliner Kaufpreissammlung, die für sämtliche Grundstückstransaktionen in Berlin den Preis sowie eine Reihe von Grundstückseigenschaften enthält, soll beispielhaft ein hedonisches Modell für Ein- und Zweifamilienhäuser entwickelt und evaluiert werden. Die Gutachterausschüsse in Deutschland sind zwar durchgängig gesetzlich verpflichtet, Kaufpreissammlungen zu führen (§ 193 Abs. 5 BauGB). Allerdings ist der Aufbau und Variablenumfang für diese Datensammlung nicht bundeseinheitlich vorgegeben, so dass sich die in den Kaufpreissammlungen erfassten Merkmale regional unterscheiden können. Die Berliner Kaufpreissammlung enthält u.a. die folgenden Merkmale:

- Grundstücksfläche
- Wohnfläche
- Gebäudeart
- Kellerart
- Dachart
- Heizungsart
- Vermietet, bezugsfrei oder Mieterkauf
- Ungewöhnliche Verhältnisse
- Persönliche Beziehungen
- Kauf oder sonstige Transaktion
- Geschossflächenzahl
- Wasserlage und
- Bodenrichtwert.

Nach § 195 BauGB ist jeder Grundstückskaufvertrag von der beurkundenden Stelle (i.d.R. Notare) in Kopie an den Gutachterausschuss zu senden, so dass davon auszugehen ist, dass die Kaufpreissammlungen das Marktgeschehen vollständig wiedergibt. Für die weitere Untersuchung werden exemplarisch die Transaktionsjahre 2010 und 2011 in Berlin betrachtet, da dies die jüngsten Jahre im vorliegenden Datenmaterial sind.

b) Grundsätzliche Überlegungen zur Modellspezifikation

Es ist üblich, bei der Bewertung grundsätzlich entweder additive oder multiplikative Modelle zu schätzen. Nicht selten wird dabei mehr auf die beste statistische Modellgüte und/oder die Einfachheit der Modellierung als auf die ökonomische Fundierung des Modelles Wert gelegt.

Bei additiven Modellen ist der Werteinfluss bei zunehmender Merkmalsausprägung der erklärenden Grundstückscharakteristika absolut (in €) konstant. Ein additives Modell liegt bspw. den Berliner Vergleichswertfaktoren für steuerliche Zwecke von Ein- und Zweifamilienhäusern für das Jahr 2009 zugrunde.[56] Für ein 2002 erbautes, freistehendes Einfamilienhaus in mittlerer stadträumlicher Wohnlage und normalem baulichen Unterhaltungszustand würden sich bei einer Bruttogrundfläche des Gebäudes von 200 m² abhängig vom Bodenrichtwert und der Grundstücksfläche für das gesamte Grundstück (Grund und Boden mit Gebäude) die folgenden Vergleichswerte ergeben:

	Grundstücksfläche		
Bodenrichtwert	500 m²	1.000 m²	Differenz
200 €/m²	228.291 €	267.224 €	38.933 €
250 €/m²	254.656 €	293.588 €	38.933 €
Differenz	26.364 €	26.364 €	

Abb. 5: Beispielhafte Vergleichswerte Berlin 2009 in Abhängigkeit von Bodenrichtwert und Grundstücksfläche

Unabhängig davon, ob das Grundstück 500 m² oder 1.000 m² groß ist, steigt der Vergleichswert um 26.364 €, wenn der Bodenrichtwert 250 €/m² statt 200 €/m² beträgt. Dies gilt nicht nur bei den oben abgebildeten Beispielfällen, sondern für alle Vergleichswerte 2009: Ein

54 Vgl. zu einem Überblick über hedonische Grundstückswertmodelle *Sirmans/Macpherson*, The Composition of Hedonic Pricing Models: A review of the Literature, National Center for Real Estate Research, National Association of Realtors, 2003.

55 Allerdings ist die funktionelle Form der Gleichung durchaus strittig. Ein theoretisch eindeutig überlegenes Bewertungsmodell gibt es nicht. S. dazu bspw. *Sirmans/Macpherson* (FN 53), *Schulz/Wersing/Werwatz*, SFB 649 Discussion Paper 2013-046 und *Sanftenberg*, Hedonische Modelle: Chancen und Anwendungsrestriktionen für die Grundstückswertermittlung, 2014.

56 Zur Berechnung der Vergleichswerte s. *Geschäftsstelle des Gutachterausschusses für Grundstückswerte in Berlin*, Vergleichsfaktoren für bebaute Ein- und Zweifamilienhausgrundstücke zur Verwendung gem. § 183 Abs. 2 BewG, 2009 (https://www.berlin.de/gutachterausschuss/_assets/amarktinformationen/adaten-zur-wertermittlung/05-05-010-0900.pdf).

zusätzlicher Euro Bodenrichtwert führt stets zu einem (konstanten absoluten) Anstieg von 527 € im Vergleichswert.[57] Auch der Einfluss der Grundstücksfläche ist in absoluter Höhe (also in Eurobeträgen) konstant: unabhängig vom Bodenrichtwert bringen 500 m² mehr Grundstücksfläche einen Wertzuwachs von 38.933 €. Der Flächenzuwachs von 1 m² Grundstücksfläche führt unabhängig vom Bodenrichtwert damit stets zu einem Wertzuwachs von 78 €.

Das aktuelle Modell (Stand 2016) des Berliner Gutachterausschusses ist ein additives Modell für den Preis je m² Bruttogrundfläche und kein additives Modell für den Gesamtpreis.[58] Der Preis je m² Bruttogrundfläche des Gebäudes ist dabei eine lineare Funktion von Eigenschaften des Grund und Bodens (der Grundstücksfläche und des Bodenrichtwertes). Steigt die Grundstücksfläche um 500 m², so steigt der Quadratmeterpreis des Gebäudes um 77,5 €. Bei einer (Gebäude-)Bruttogrundfläche von 200 m² würde dies einen Grundstückswertanstieg von 15.500 € verursachen, bei einer Bruttogrundfläche von 300 m² hingegen einen Preisanstieg von 23.250 €. Der Anstieg wäre wiederum unabhängig vom Bodenrichtwert, was irritierend ist, da der Bodenrichtwert den durchschnittlichen Quadratmeterpreis des Grund und Bodens wiedergibt.

Bei multiplikativen Modellen ist der relative (prozentuale) Einfluss aber nicht der absolute Einfluss in € konstant. So ist bspw. der Einfluss von Inflation multiplikativ: Die Preise steigen durch Inflation ggf. um 2 %, aber nicht um einen festen Eurobetrag pro Grundstück. Auch bei der Bewertung von Flächen ist der Zusammenhang zum Quadratmeterpreis grundsätzlich multiplikativ. Steigt der Quadratmeterpreis um 10 %, so steigt der Preis für die gesamte Fläche (bspw. Grund und Boden) um 10 %. Ein rein multiplikatives Modell lässt sich durch Logarithmieren in ein additives Modell überführen, was aber dann nicht möglich ist, wenn das ursprüngliche Modell additive und multiplikative Zusammenhänge aufweist.

c) Modellspezifikation für ein alternatives hedonisches Modell

Um auch nichtlineare Zusammenhänge in einer nachvollziehbaren Weise abbilden zu können und ein ökonomisch gut begründbares Modell zu schätzen, wurde für die hiesige Modellierung ein nichtlineares Modell gewählt.[59] In diesem Modell ergibt sich der Grundstückswert grundsätzlich als Summe aus Bodenwert und Gebäudewert. Zusätzlich wird ein Interaktionsterm aus Boden- und Gebäudewert berücksichtigt.[60] Stehen sich Käufer- und Verkäufer nahe, wird angenommen, dass der Preis durch das Näheverhältnis beeinflusst sein könnte. Bei Vorliegen von solchen persönlichen Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber wird eine mögliche relative Preisänderung modelliert. Damit gilt grundsätzlich im hiesigen Modell:

Verkaufspreis = (Bodenwert + Gebäudewert + β_{int} · Bodenwert · Gebäudewert) · (1 + β_{pers} · Dummy_Nahestehende)

Beeinflussen sich Gebäude- und Bodenwert nicht gegenseitig, dann wäre β_{int} *nahe Null bzw. insignifikant. Spielt es für den beobachteten Transaktionspreis keine Rolle, ob sich Käufer und Verkäufer nahe stehen, dann wäre* β_{pers} *nahe Null bzw. insignifikant. Die Aufnahme des Interaktionsterms von Boden- und Gebäudewert und die Berücksichtigung der Tatsache, ob sich Verkäufer und Käufer nahe stehen, impliziert nicht, dass dies preisrelevant ist, sondern erlaubt lediglich die Berücksichtigung von Einflüssen für den Fall, dass diese Größen preisrelevant sind.*

Der Bodenwert wird als Produkt aus Grundstücksfläche und angepassten Bodenrichtwert geschätzt. Zusätzlich wird ein Zuschlag für Grundstücke mit Wasserlage berücksichtigt. Danach wird eine relative Wertänderung in den einzelnen Verkaufsjahren berücksichtigt.

Bodenwert = (Grundstücksfläche · angepasster Bodenrichtwert + Zuschlag für Wasserlage) · (1+$\beta_{2011}I_{2011}$)

Der Parameter β_{2011} gibt die durchschnittliche Bodenwertsteigerung von 2011 gehandelten Grundstücken im Vergleich zu 2010 gehandelten Grundstücken wieder, soweit sie nicht schon in den Bodenrichtwerten erfasst ist. Der Bodenrichtwert wird in Bezug auf die Grundstücksgröße angepasst. Damit wird bspw. berücksichtigt, dass sehr große Grundstücke geringere Quadratmeterpreise aufweisen können als durchschnittlich große Grundstücke.

Beim Gebäudewert wurden Baujahresklassen und zustandsspezifische Quadratmeterpreise je Quadratmeter Wohnfläche geschätzt, die um Zuschläge für den Vermietungszustand und die Gebäudeart korrigiert wurden. Die sich so ergebenden Quadratmeterpreise wurden auf die Wohnfläche angewandt. Zusätzlich wurden Zuschläge für die Keller- und Dachform sowie die Heizungsart berücksichtigt. Auch beim Gebäudewert wurden verkaufsjahresspezifische Preisänderungen berücksichtigt. Vereinfachend lässt sich daher schreiben:

Gebäudewert = (Wohnfläche · geschätzer Quadratmeterpreis + Zuschlag_Heizung_Dach) · (1+$\beta_{Geb2011}I_{2011}$)

d) Bewertungsgüte des alternativen Modells

Anders als die Vergleichsfaktorenmodelle des Berliner Gutachterausschusses lässt sich das hier vorgestellte Bewertungsmodell gut bewertungstheoretisch fundieren. Das Modell berücksichtigt dabei die bewertungstheoretisch gängigen Annahmen wie bspw., dass sich der Grundstückswert im Wesentlichen als Summe aus Gebäude- und Bodenwert ergibt und dass der Werteinfluss der Grundstücksgröße abhängig vom Quadratmeterpreis des Bodens ist. Damit sollte man erwarten, dass dieses Modell sehr gut geeignet ist, die Verkaufspreise zu erklären.

---

57 Bei 50 € Bodenrichtwertdifferenz ergibt eine Wertdifferenz von 26.364 € im Grundstückswert einen Wertänderung von 26.364/50 = 527 pro Euro Bodenrichtwertdifferenz.

58 Zur genaueren Spezifikation des vom Berliner Gutachterausschuss geschätzten Modell vgl. Anhang 1.

59 Die genaue Modellbeschreibung befindet sich im Anhang 2.

60 Der Koeffizient für den Interaktionsterm ist klein aber positiv. D.h., dass Gebäude auf höherwertigem Grund- und Boden tendenziell auch (gegeben der übrigen berücksichtigten Merkmale) wertvoller sind. Die Berücksichtigung des Interaktionsterms führt bei einer In-Sample-Beurteilung zu einer Verbesserung der Modellqualität (Gütemaß: Anteil der mit weniger als 20 % Abweichung bewerteten Immobilien), auch wenn es auf dem 5 %-Niveau nicht signifikant ist.

Die Bewertungsgüte lässt sich dabei durch eine Regression des tatsächlichen Preises auf den geschätzten Preises (Wert lt. hedonischem Modell) evaluieren: Bei einer In-Sample-Schätzung ergibt sich in der Regression des Kaufpreises auf den Schätzwert ein adjustiertes R-Quadrat von 0,91 (ohne Konstante) bzw. 0,81 (mit Konstante und ein Parameterschätzer von 0,989 (ohne Konstante) und 0,938 (mit Konstante). Beides deutet auf eine im Mittel sehr gute Schätzung hin. Allerdings gelingt es auch in diesem Modell nur knapp 60 % der Beobachtungen mit einer Schätzabweichung von maximal 20 % zu schätzen, d.h. nur bei knapp 60 % der Fälle weicht der hedonisch ermittelte Vergleichswert um nicht mehr als 20 % vom Kaufpreis ab.[61] In allen anderen Fällen ist die Abweichung größer. Weitere knapp 11 % bzw. 14 % weisen eine Über- bzw. Unterbewertung von 20 % bis 35 % auf. Deutliche Fehlbewertungen (gemessen am Preis) von mehr als 35 % treten bei 15 % der Fälle auf.

Für die abschließende Beantwortung der Frage, mit welcher Bewertungsgüte man in hedonischen Modellen für Deutschland rechnen kann, genügt die Betrachtung des vorstehenden Modells sicher nicht, da noch etwas bessere Ergebnisse im Rahmen von hedonischen Schätzungen unter Berücksichtigung weiterer Variablen wie bspw. der Mikrolage und damit zusammenhängender Variablen (Lärm, Infrastrukturausstattung, etc.) erzielbar sein könnten. Daneben könnten Verbesserungen der Datenbasis im Hinblick auf die Vollständigkeit, Aktualität und Verlässlichkeit der Werte weiteres Optimierungspotential bieten. Auch eine differenziertere Berücksichtigung des Ausstattungsstandards dürfte zweckmäßig sein. Genauso lässt der funktionale Modellzusammenhang theoretisch weitere Optimierungsmöglichkeiten zu.

Allerdings muss deutlich herausgestellt werden, dass die theoretische Überlegenheit von Vergleichswertmodellen bei der Ermittlung des gemeinen Wertes aufgrund der praktischen Datenverfügbarkeit spürbare Grenzen erfährt, da der Immobilienmarkt in Deutschland bezogen auf den jeweiligen engen räumlichen Kontext oft nicht durch hinreichend viele Verkäufe gleichartiger Immobilien gekennzeichnet ist und/oder bestimmte wertrelevante Merkmale nicht hinreichend gut erfasst sind.

Die festgestellte (mäßige) Bewertungsqualität im oben beschriebenen Modell wird durch die Evaluation der Bewertungsqualität auf der zur Schätzung verwendeten Stichprobe tendenziell sogar noch überschätzt.[62] Doch warum zeigen sich in den Niederlanden so viel bessere Ergebnisse? In Deutschland können Bewertungsergebnisse wie in den Niederlanden allein wegen der unterschiedlichen Struktur der Immobilienlandschaft möglicherweise nicht erzielt werden. So sind bspw. in den Niederlanden fast 70 % der Häuser eigentümerbewohnt, während das in Deutschland nur gut 50 % sind. Von diesen Häusern sind fast 90 % der niederländischen aber nur 50 % der deutschen Immobilien fremdfinanziert.[63] Das weist insgesamt auf einen aktiveren Immobilienmarkt in den Niederlanden hin. Zudem könnte auch die nun begonnene Veröffentlichung der niederländischen Werte als Indiz für eine bestehende Unzufriedenheit in der Bevölkerung mit den Werten angesehen werden, wodurch möglicherweise der Wunsch nach mehr Transparenz ausgelöst wurde, so dass fraglich ist, ob die in der Studie für einen Teilmarkt festgestellte Bewertungsqualität auf die Niederlande insgesamt tatsächlich übertragbar ist.

IV. Das Kostenwertverfahren als Proxi zur Verkehrswertermittlung

Die vorstehenden Abschnitte haben gezeigt, dass auch von hedonischen Modellen nicht unbedingt treffgenaue Ergebnisse hinsichtlich der Marktbewertung von Grundvermögen im Massenverfahren zu erwarten sind. Ältere empirische Studien zeigen, dass Sachwertverfahren durchaus geeignet sein können, den Marktwert in besserer Weise als bestimmte Vergleichswerterfahren abzubilden.[64] Vor dem Hintergrund, dass eine einheitliche innerkommunale Fehlbewertung im Sinne einer gleichmäßigen Unter- oder Überbewertung von Grundstücken bei der Grundsteuer unproblematisch ist,[65] da sie das Gleichmäßigkeitsgebot nicht verletzt, stellt sich die Frage, ob die Kostenwerte des Gesetzesentwurfs vielleicht doch zu einer zumindest annehmbar gleichmäßigen Bewertung führen.

In dem Bewusstsein, dass die Verfasser des Gesetzesentwurfs explizit darauf hinweisen, dass der Kostenwert nicht den gemeinen Wert approximieren soll, werden die Verkaufspreise dennoch hier als Referenzpunkt verwendet. Denn es ist nicht ersichtlich, warum eine Steuerbemessungsgrundlage, die im Vergleich zu den Marktwerten beliebige Abweichungen produziert, verfassungskonform sein soll. Würde der Kostenwert hingegen in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle bspw. 80 % des Marktwertes betragen, so wäre die 20 %ige Unterbewertung unproblematisch, da sie ja nahezu alle Grundstücke gleichmäßig träfe.

Die Bewertung im Kostenwertverfahren wird auf den Daten der Kaufpreissammlung evaluiert. Um zu Abschnitt III.3. vergleichbare Zahlen zu berichten, wird für dieselbe Teilstichprobe der Berliner Kaufpreissammlung, die auch im hedonischen Modell des vorherigen Abschnitts verwendet wurde, der Kostenwert simuliert. Der Kostenwert beträgt in dieser Stichprobe im Verhältnis zum Verkaufspreis im Durchschnitt 87,42 %. Die dadurch angezeigte Unterbewertung ist, wie bereits erwähnt, grundsätzlich unproblematisch, relevant ist vielmehr, ob sie gleichmäßig erfolgt.

Eine absolut gleichmäßige Bewertung läge vor, wenn der Kostenwert für alle Objekte 87,42 % des Kaufpreises betrüge. Genau wie beim gemeinen Wert lässt sich eine so strenge Anforderung an Gleichmäßigkeit aber

61 Aufgrund der Rechtsprechung zur Erbschaftsteuer gilt eine Bewertungstoleranz von 20 % als verfassungsrechtlich tolerabel (siehe dazu FN 52).

62 Die negativen Quadratmeterpreise bei kaum besetzten Zustands-Baujahrklassen-Kombinationen sprechen für ein overfitting des Modells.

63 Vergleich housing statistics auf der Seite von eurostat: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics.

64 Vgl. *Broekelschen/Maiterth*, StuW 2010, S. 33–43.

65 Interkommunale Differenzen im Bewertungsniveau können dem kommunalen Wettbewerb schaden, falls dem Hebesatz eine besondere Signalwirkung zukäme.

kaum stellen. Vielmehr sollte auch hier eine Abweichung von +- 20 % als noch hinnehmbar gelten. Eine 20 %ige Abweichung nach unten entspräche einer minimalen Kostenwert/Kaufpreis-Relation von 69,94 % (0,8 · 87,42 %). Wird eine 20 %ige Abweichung nach oben toleriert, so sollte die beobachtete Kostenwert/Kaufpreis-Relation nicht mehr als 104,90 % betragen.

Die Umrechnung von maximal und minimal tolerablen Abweichungen lässt sich vermeiden, wenn man den die Kostenwert/Kaufpreis-Relation so normiert, dass der Mittelwert wieder 1 ist. Dafür wird die Kostenwert/Kaufpreis-Relation eines jeden Grundstücks durch 87,42 % geteilt, die derart normierte Relation kann als einfaches Gleichmäßigkeitsmaß dienen. Der Wert 0,8 zeigt an, wenn die Kostenwert/Kaufpreis-Relation des betreffenden Grundstücks die durchschnittliche Kostenwert/Kaufpreis-Relation aller Grundstücke um 20 % unterschreitet. Eine normierte Kostenwert/Kaufpreisrelation von 1,2 zeigt eine um 20 % über der durchschnittlichen Kostenwert/Kaufpreis-Relation liegende Bewertung an.

Abb. 6 zeigt die Verteilung der normierten Kostenwert/Kaufpreis-Relationen. Es wird schnell deutlich, dass nur gut 45 % der Beobachtungen innerhalb der Zielstreubreite von 20 % tolerierter Abweichung schwanken und damit ein erheblich schlechterer Wert als beim hedonischen Verfahren aus Abschnitt III.3. erreicht wird. Etwa 30 % der Grundstücke werden deutlich unterbewertet (normierte Steuerwert/Kaufpreis-Relation $< 0{,}8$), gut 25 % erfahren eine relativ starke Überbewertung im Vergleich zu den anderen Grundstücken der Stichprobe (normierte Steuerwert/Kaufpreis-Relation $\geq 1{,}2$). Besonders auffällig ist die vergleichsweise häufige Fehlbewertung über 35 %: Nahezu jeder dritte Steuerfall (29 %) würde zu den Fällen gehören, deren Bewertungsungenauigkeit unter Gleichmäßigkeitsaspekten[66] 35 % überschreitet.

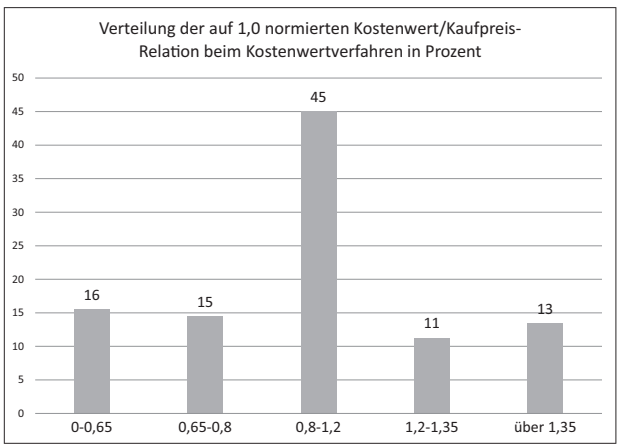

Abb. 6: Verteilung der Kostenwert/Kaufpreis-Relation (Quelle: Eigene Darstellung, Simulation auf Basis der Berliner Kaufpreissammlung).

Bei mehr als 12 % der Beobachtungen überschreitet der (nicht normierte) Kostenwert sogar 120 % des Verkaufspreises. Nur jeder Zehnte dieser deutlich höheren Kostenwerte entfällt auf einen Kauffall mit einem persönlichen Näheverhältnis, so dass das Ergebnis für die überwiegende Mehrzahl der Fälle nicht durch atypisch niedrige Kaufpreise aufgrund einer Nähebeziehung erklärt werden kann.

V. Fazit

Der jüngst vom Bundesrat initiierte Gesetzesentwurf sieht die Beibehaltung der Grundsteuer unter Berücksichtigung einer Boden- und Gebäudekomponente vor. Dabei wendet er sich von einer am gemeinen Wert orientierten Bewertung ab und führt als Bemessungsgrundlage den eigens für diese Zwecke kreierten Kostenwert ein. Der Kostenwert soll typisierend einen Investitionsaufwand wiederspiegeln.

Um zu beurteilen, ob der Kostenwert geeignet ist, den Investitionsaufwand pauschalierend abzubilden, wird neben der Betrachtung einer Beispielrechnung der Vergleich zu einem anerkannten Grundstücksbewertungsverfahren angestellt. Die Grundstücksbewertung ist in Deutschland durch Verordnungen und Richtlinien geregelt. Die Immobilienwertermittlungsverordnung sieht dabei grundsätzlich drei anerkannte Bewertungsverfahren für Grundvermögen vor. Eines dieser Verfahren ist das Sachwertverfahren, dessen Durchführung in der Sachwertrichtlinie konkretisiert wird. Das Sachwertverfahren basiert dabei auf der Ermittlung des typisierten Investitionsaufwandes. Eine Betrachtung des im Rahmen der Immobilienbewertung anerkannten Sachwertverfahrens offenbart die gravierenden Schwächen des Kostenwertverfahrens und zeigt auf, dass das Kostenwertverfahren deutlich von der anerkannten Methode zur Ermittlung eines typisierten Investitionsaufwandes abweicht.

Damit rückt die Betrachtung einer am gemeinen Wert orientierten Bemessungsgrundlage wieder in den Fokus: Eine am gemeinen Wert orientierte Bewertung mittels auf hedonischen Bewertungsansätzen beruhender Vergleichswertverfahren scheint der systematisch überlegene Weg, um eine verfassungskonforme Grundsteuer zu erreichen, da die Bewertung aus tatsächlich realisierten Verkäufen abgeleitet wird und die Bewertung intersubjektiv nachvollziehbar ist. Frühere Ergebnisse in der Literatur lassen allerdings Zweifel an der Qualität der gegenwärtigen für steuerliche Zwecke eingesetzten Bewertungsverfahren mittels Vergleichswertfaktoren aufkommen. Ein eigens ermitteltes, komplexes, ökonomisch begründbares Vergleichswertverfahren zeigt, dass auch differenzierte Vergleichswertverfahren eine immer noch erhebliche Bewertungsvariation aufweisen. Eine punktgenaue

66 Die Bewertungsgenauigkeit gemessen am Verkehrswert wird durch die unnormierte Kostenwert/Kaufpreis-Relation wiedergegeben. Die Bewertungsgenauigkeit unter dem Gleichmäßigkeitsaspekt lässt sich leichter an der normierten Kostenwert/Kaufpreisrelation ablesen. Beide unterscheiden sich durch den gewählten Bezugspunkt für die Beurteilung einer Fehlbewertung. Im Rahmen der Gleichmäßigkeitsbeurteilung geht es darum, ob die Kostenwert/Kaufpreis-Relation für die einzelnen Grundstücke der mittleren beobachteten Relation entspricht. Ein Kostenwert, der mehr als 110 % des Preises entspräche, würde bspw. unter Gleichmäßigkeitsaspekten als deutliche Fehlbewertung (mehr als 20 % Abweichung) einzustufen sein, wenn die mittlere Kostenwert/Kaufpreis-Relation unter 90 % liegt, auch wenn er den Verkehrswert hinreichend gut (Abweichung nur gut 10 %) abbildet.

Bewertung scheint damit im Massenverfahren auch mit hedonischen Modellen nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich zu sein. Wenn man sich aber damit abfinden muss, dass die Steuerwerte für die Grundsteuer nicht in jedem Fall einheitliche Transformationen des gemeinen Wertes sind, dass also – bezogen auf den gemeinen Werte – eine gewisse Ungleichmäßigkeit in der Bewertung hinzunehmen ist, dann stellt sich die Frage, ob sich der Kostenwert trotz seiner theoretischen Mängel als empirisch hinreichend gleichmäßig erweist.

Allerdings wird auch bei der empirischen Betrachtung deutlich, dass der Kostenwert in der Mehrzahl der untersuchten Fälle zu deutlichen Über- oder Unterbewertungen führt und eine gleichmäßige Bewertung durch ihn nicht erreicht werden kann.

Anhang 1: Beispiel zu den Vergleichswertfaktoren

Zu der Berechnungsmethodik der 2016er Vergleichswertfaktoren von Berlin vergleiche die Ausführungen im Text und Abb. 3 und 4. Anhand der dort beschriebenen Berechnungsmethodik lässt sich die implizite Bewertungsgleichung herleiten:

Es gilt:

Grundstückswert = Quadratmeterpreis_je_m²_Gebäudefläche * Bruttogrundfläche

Der Quadratmeterpreis je m² Gebäudefläche ergibt sich aus:

Quadratmeterpreis = Ausgangswert + Baujahrsgruppenzuschlag + Zustandszuschlag + Konstruktionszuschlag

Der Ausgangswert bestimmt sich basierend auf der Tabelle 1 der Berechnungsvorschrift des Gutachterausschusses (in diesem Beitrag wiedergegeben in Abb. 3). Dabei zeigt sich, dass der Unterschied zwischen zwei Spalten pro Zeile stets 15 € oder 16 € pro 100 m² Grundstücksflächendifferenz beträgt. Der Unterschied zwischen zwei Zeilen beträgt pro Spalte 133 € oder 134 € je 50 € Bodenrichtwertdifferenz. Es handelt sich folglich um ein additives Modell. Verwendet man approximativ die Werte 15,5 und 133,7 als Näherungswerte und den tabellierten Wert (769) bei 100 m² Grundstücksfläche und 100 € Bodenrichtwert, so ergibt sich für die Konstante aus

769 = a + 15,5/100 * 100 + 133,7/50 * 100

a = 486,1.

Folglich gilt für den Ausgangswert

Ausgangswert = 486,1 + 15,5/100 * Grundstücksfläche + 133,7/50 * Bodenrichtwert.

Unter Verwendung dieser Gleichung lässt sich Tabelle 1 mit einer Abweichung von maximal 1 € nachbilden. D.h. die Bewertungsmethodik sieht einen von der Grundstücksfläche und dem Bodenrichtwert linear abhängigen Quadratmeterpreis pro Quadratmeter Grundfläche der Summe aller Geschosse (ggf. inkl. Keller und unausgebauten Dach) des Gebäudes vor. Anders formuliert: Der Quadratmeterpreis für die Gebäudefläche ist linear abhängig von der Fläche des Grund und Bodens und dem Bodenrichtwert. Ein solches Modell mag bei Restriktion der betrachteten Modelle statistisch möglichst gut den Daten angepasst sein, aber es fehlt an einer ökonomischen Begründung.

Anhang 2: Hedonisches Modell

Die Schätzgleichung (Schätzparameter sind kursiv) ist:

ln(Preis) = ln((BW + GW + *interact* * BW * GW) * (1 + *AFpers** D_pers))

Dabei ist:

BW	Bodenwert
GW	Gebäudewert
D_pers	Dummy, mit D_pers = 1, falls eine persönliche Beziehung zwischen Käufer und Verkäufer besteht

Der Bodenwert berechnet sich aus:

BW = (Grundstücksfläche * Bodenrichtwert * Groessenkorrektur + Zuschlag für Wasserlage) * *Jahrespreisindex_Bodenpreis*

Der Gebäudewert wurde wie folgt modelliert:

GW = (Wohnfläche
* *vorläufiger m²-Preis je Baujahrsklasse* und Zustand
* Anpassungsfaktor Gebäudeart
* Anpassungsfaktor Vermietungszustand
+ Zuschläge in Abhängigkeit von Dach, Heizung und Keller
)* *Jahrespreisindex_Gebäudepreis*.

Es wurden für die Quadratmeterpreise je m² Wohnfläche 7 Baujahrsklassen und 3 Klassen für den baulichen Zustand [schlecht, normal und gut] unterschieden. Zudem wurde zwischen West- und Ostlagen unterschieden.

Die Baujahrsklassen sind:

1: Baujahr vor 1920
2: Baujahr in den 1920ern und 1930ern
3: Baujahr zwischen 1940 und 1950
4: Baujahr in den 1950ern und 1960ern
5: Baujahr in den 1970ern und 1980ern
6: Baujahr in den 1990ern
7: Baujahr ab 2000

Der Quadratmeterpreis (€/m²) wird für das Gebiet x_i_j mit

x = {W,0} für West oder Ost, i = {1,2,…7} für die Baujahrsklassen und

j = {s,n,g} für den baulichen Zustand beschrieben.

Parameterschätzer

Parameter	Schätzwert	Approx Std.fehler	Approximierte 95 % Konfidenzgrenzen	
Preisänd GrBo 2011	0.0312	0.0865	-0.1385	0.2009
Preisänd Geb. 2011	0.0218	0.0504	-0.0770	0.1205
Wasserlage	13948.0	11298.9	-8208.9	36104.9
Wassernähe	2561.9	2872.3	-3070.7	8194.5
Wasserzugang	66853.0	48065.6	-2742.5	161108
Konst. Größenkorr	0.2994	0.1926	-0.0782	0.6770
Fläche lineare Größenkorrektur	-0.00015	0.000096	-0.00034	0.000040
Fläche quadratische Größenkorrektur	2,52E-08	1,67E-08	-7.59E-9	5,80E-08
Teilkeller	11852.8	3129.7	5715.6	17990.1
Vollkeller Dummy	10915.9	4170.1	2738.4	19093.4
Vollkeller m²	24.0958	12.8119	-1.0279	49.2196
Etagenheizung	45593.8	8633.6	28663.5	62524.0
Ofenheizung	31691.4	7799.5	16396.9	46986.0
Ofen-Sammelheizung	40295.8	15200.6	10487.7	70103.9
Sammelheizung	33434.2	7027.1	19654.3	47214.1
Dachgeschossausbau	-3266.8	1846.1	-6887.1	353.4
sonst. Dachform	13833.9	12161.2	-10014.0	37681.8
Flachdach	-1518.4	2112.2	-5660.5	2623.7
Pultdach	2601.5	3784.7	-4820.2	10023.2
Walmdach	1528.1	2165.4	-2718.3	5774.4
Mansardendach	-188.1	4913.1	-9822.7	9446.4
Zeltdach	-1818.2	5641.1	-12880.2	9243.8
€/m² (W_1_s))	74.4548	48.5889	-20.8268	169.7
€/m² (W_2_s))	264.0	76.5619	113.9	414.2
€/m² (W_3_s))	237.0	187.7	-131.1	605.2
€/m² (W_4_s))	160.2	63.9136	34.9003	285.6
€/m² (W_5_s))	397.0	137.0	128.4	665.6
€/m² (W_1_n))	368.2	65.3503	240.0	496.3
€/m² (W_2_n))	459.6	77.5713	37.5	611.7
€/m² (W_3_n))	464.9	99.3351	270.1	659.7
€/m² (W_4_n))	365.6	63.6457	240.8	490.4
€/m² (W_5_n))	466.3	77.0602	315.2	617.4
€/m² (W_6_n))	626.7	109.9	411.2	842.3
€/m² (W_7_n))	785.6	141.3	508.6	1062.6
€/m² (W_1_g))	612.3	111.3	394.1	830.5
€/m² (W_2_g))	646.0	109.1	431.9	860.0

Parameter	Schätzwert	Approx Std.fehler	Approximierte 95 % Konfidenzgrenzen	
€/m² (W_3_g))	755.1	177.5	46.9	1103.3
€/m² (W_4_g))	586.0	101.7	386.7	785.4
€/m² (W_5_g))	596.0	99.2407	401.4	790.6
€/m² (W_6_g))	749.7	131.3	492.3	1007.1
€/m² (W_7_g))	813.9	129.1	560.8	1067.0
€/m² (O_1_s))	169.4	51.8281	67.8060	271.1
€/m² (O_2_s))	-30.1058	57.7134	-143.3	83.0689
€/m² (O_4_s))	-81.4535	185.8	-445.8	282.9
€/m² (O_5_s))	298.3	182.0	-58.5208	655.2
€/m² (O_1_n))	45.0308	92.2154	-135.8	225.9
€/m² (O_2_n))	367.7	78.1693	214.4	521.0
€/m² (O_3_n))	55.9756	147.9	-234.0	346.0
€/m² (O_4_n))	215.8	154.1	-86.4002	518.0
€/m² (O_5_n))	356.9	132.2	97.5545	616.2
€/m² (O_6_n))	700.7	141.3	423.7	977.8
€/m² (O_7_n))	943.7	209.7	532.4	1355.0
€/m² (O_1_g))	611.0	243.0	134.4	1087.6
€/m² (O_2_g))	607.5	242.0	133.0	1082.1
€/m² (O_6_g))	1158.0	280.4	608.1	1708.0
€/m² (O_7_g))	828.1	137.4	558.7	1097.6
Kleinwohnhaus	-0.1424	0.2247	-0.5831	0.2983
EFH mit Einliegerwohnung	-0.0255	0.0653	-0.1536	0.1025
ZFH	-0.1925	0.0392	-0.2694	-0.1157
Villa	0.4405	0.0975	0.2493	0.6316
Reihenhaus	0.2741	0.0495	0.1771	0.3711
Reihenendhaus	0.1236	0.0471	0.0313	0.2158
bezugsfrei	0.0562	0.1351	-0.2087	0.3210
Mieterkauf	-0.0726	0.1267	-0.3211	0.1758
vermietet	-0.1992	0.1122	-0.4191	0.0208
Interaktion zwischen Gebäude- und Bodenwert	0.000034	0.000027	-0.00002	0.000087
persönliche Verhältnisse	-0.1606	0.0228	-0.2052	-0.1159

Zusammenhang von hedonisch geschätztem Vergleichswert und Veräußerungspreis

The REG Procedure
Model: MODEL1
Dependent Variable: _Preis

Number of Observations Read	2411
Number of Observations Used	2411

Note: No intercept in model. R-Square is redefined.

Varianzanalyse					
Quelle	DF	Quadrat-summe	Mitlleres Quadrat	F-Statistik	Pr > F
Model	1	3.800193E14	3.800193E14	25634.8	<.0001
Error	2410	3.572676E13	14824380069		
Uncorrected Total	2411	4.157461E14			

Root MSE	121755	R-Square	0.9141
Dependent Mean	307253	Adj R-Sq	0.9140
Coeff Var	39.62708		

Parameterschätzer					
Variable	DF	Parameter-schätzer	Standard-fehler	t-Wert	Pr > |t|
Preis_geschaetzt	1	0.98941	0.00618	160.11	<.0001

The REG Procedure
Model: MODEL1
Dependent Variable: _Preis

Number of Observations Read	2411
Number of Observations Used	2411

Varianzanalyse					
Quelle	DF	Quadrat-summe	Mitlleres Quadrat	F-Statistik	Pr > F
Model	1	1.532409E14	1.532409E14	10578.8	<.0001
Error	2409	3.489608E13	14485711163		
Corrected Total	2410	1.88137E14			

Root MSE	120357	R-Square	0.8145
Dependent Mean	307253	Adj R-Sq	0.8144
Coeff Var	39.17182		

Parameterschätzer					
Variable	DF	Parameter-schätzer	Standard-fehler	t-Wert	Pr > |t|
Intercept	1	27715	3659.89289	7.57	<.0001
Preis_geschaetzt	1	0.93812	0.00912	102.85	<.0001

Abb. 7: Lineare Regression des geschätzten Vergleichswertes auf den Kaufpreis (ohne und mit Konstante).