# Verfassungsrecht

## Die Freiheit vor dem Steuergesetz im Rechtsstaat

### – Anknüpfend an *Paul Kirchhof*, StuW 2017, 3 ff. –

Prof. Dr. MONIKA JACHMANN-MICHEL, München*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Zur grundsätzlichen Rechtfertigung der Steuererhebung im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes
1. Steuer als Entgelt für die Nutzung der staatlichen Erwerbskultur
2. Steuer als Wahrnehmung von Bürgerverantwortung
III. Zur Zielrichtung des Steuereingriffs
1. Ansatz beim Entzug von Geldvermögen
2. Ansatz beim Steuertatbestand als Eingriffsgrundlage
IV. Zum Ertrag der freiheitsrechtlichen Konkretisierung des Steuereingriffs
1. Originärer freiheitsgrundrechtlicher Schutz gegenüber dem Steuereingriff
2. Freiheitsgrundrechtliche Relevanz der Höhe der (Gesamt-)Steuerlast
V. Die Freiheit gegenüber dem „schlechten" Steuergesetz
VI. Der Blick nach vorn

*Das Grundgesetz bindet gem. Art. 20 Abs. 3 auch den Steuergesetzgeber. Traditionell steht dabei die Besteuerungsgleichheit im Focus, während den Freiheitgrundrechten kaum Effektivität beigemessen wird. Demgegenüber geht der vorliegende Beitrag der Frage nach, inwieweit die Freiheitsgrundrechte dem Steuergesetzgeber Grenzen setzen. Anzusetzen ist hier bei der grundsätzlichen Rechtfertigung der Steuererhebung. Der Steuereingriff ist als Freiheitseingriff zu konkretisieren. Dies führt zu einem speziell freiheitsgrundrechtlichen Schutz der Steuerpflichtigen gegenüber einem sich übermäßig gerierenden Steuergesetzgeber.*

*Art. 20 of the German constitution (Basic Law) binds the tax legislator. Traditionally, the key point of discussion lies on the constitutional non-discrimination principle (equality of taxation) whilst the constitutional basic freedoms are mostly seen not to contain any restrictions in the field of taxation. The paper reflects which limits are set by the constitutional freedoms for the tax legislator. Taking in the mind the reasons that justify the levy of taxes, taxation may under certain circumstances be classified as a violation of the constitutional freedoms. These offer protection against an excessively acting tax legislator.*

### I. Einleitung

Die Steuer ist die reale Existenzgrundlage des modernen Staates. Der Staat lebt „auf Kosten" seiner Bürger und erfährt als demokratischer Staat zugleich seine Legitimation von diesen Bürgern. In der Art, wie der Staat als Entscheidungsträger dabei seinen Bürgern begegnet, erweist sich die Qualität des Staates. Gerade der Umgang des Staates mit dem Steuerpflichtigen spiegelt das Verhältnis zu seinen Bürgern wieder, dies insbesondere auch in seiner rechtsstaatlichen Dimension.

Jüngst hat *Paul Kirchhof* das Bild des gerechten Steuerstaats gezeichnet, der dem Steuerpflichtigen im Anliegen einer stetigen, ertragreichen Ertragsquelle begegnet[1] – ein in sich ruhendes, eine fast verklärte Ausgewogenheit ausstrahlendes Bild. Zentrale Säule dieses Bildes ist die Besteuerungsgleichheit.[2] Im Steuerstaat korrespondiert der Allgemeinheit der Steuer die relative Belastungsgleichheit im Verhältnis der einzelnen Steuerpflichtigen untereinander. Die Steuer ist also – gleichheitsrechtlich – im Hinblick auf die Verteilung der steuerlichen Belastung auf die Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft zu rechtfertigen.[3] Die Steuergleichheit als elementares Wesensgesetz des Steuerstaates ist individualrechtlich durch Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet. Hier endet freilich die Grundrechtsrelevanz des Steuereingriffs nicht:

Innerhalb der gleichmäßigen Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind Freiheitsgrundrechte insoweit relevant, als ihrer wertsetzenden Bedeutung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen ist. Jenseits dessen erfahren steuerliche Belastungswirkungen[4] eine Begrenzung auch unmittelbar aus den Freiheitsgrundrechten, insbesondere aus Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG. Die freiheitsgrundrechtlich vorgegebenen Belastungsgrenzen können überschritten sein, auch wenn die Anforderungen der Besteuerungsgleichheit gewahrt sind. Steuerrecht ist intensives Eingriffsrecht. Abhängig von der konkreten Gestalt des Steuertatbestandes ist der Steuereingriff nach seinem sozialen Sinn dem Tatbestand eines Freiheitsgrundrechts zuzuordnen. Insofern begrenzt der Rechtsstaat auch den gleichheitsgerecht übermäßige

* Prof. Dr. *Monika Jachmann-Michel* ist Vorsitzende Richterin des VIII. Senats am Bundesfinanzhof und Honorarprofessorin an der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität in München.

1 *P. Kirchhof*, Die Gleichheit vor dem Steuergesetz – Maßstab und Missverständnisse, StuW 2017, 3, 13.

2 Vgl. demgegenüber die „Präponderanz der Freiheit" in der allgemeinen Grundrechtsdogmatik, dazu stv. *Seiler*, VVDStRL 75 (2016), 333, 339 m.w.N., der zutreffend von Asymmetrie von Freiheit und Gleichheit im Steuerverfassungsrecht spricht, a.a.O., 334 ff.

3 Dazu nur *M. Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern (2003), 51 ff.; *dies.*, DStZ 2001, 225 f. m.w.N.

4 Lenkungsteuern sind nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen.

Steuerlasten verteilenden Steuerstaat. Die freiheitsgrundrechtliche Sicht führt auch zur Antwort auf die Frage, inwieweit der Steuerpflichtige inhaltliche bzw. technische Mängel des Steuergesetzes[5] „ausnutzen" darf.

## II. Zur grundsätzlichen Rechtfertigung der Steuererhebung im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes

### 1. Steuer als Entgelt für die Nutzung der staatlichen Erwerbskultur

„Gerechtfertigt ist die Steuerlast gegenüber demjenigen, der die Steuerschuld in seiner Zugehörigkeit zur Erwerbs- und Tauschgemeinschaft der Inländer bezahlen kann, in dieser über Eigentum verfügt."[6] „Wer diese Erwerbskultur [des Staates] für den individuellen Einkommenserwerb genutzt hat, soll einen maßvollen Teil dieses Einkommens an den Steuerstaat abgeben (Allgemeinäquivalenz)."[7] – So die zentrale Säule von *Paul Kirchhofs* Ansatz zur grundsätzlichen Steuerrechtfertigung.

Dieser Grundansatz scheint sich geradezu aufzudrängen: Der Staat schafft die Voraussetzungen für die erwerbswirtschaftliche Freiheitsausübung des Bürgers, dafür hat der Bürger in Gestalt der Ertragsteuer zu zahlen. Jedoch ist mit konkreten Schlussfolgerungen aus dem genannten Grundansatz Zurückhaltung geboten: Ist doch im freiheitlichen Rechtsstaat die grundrechtlich geschützte Freiheit des Einzelnen eine originäre. Wenn der Bürger durch Ausübung seines Berufs, d.h. „dank seiner individuellen Leistungen, aber auch dank der Nutzung der ihm verfügbaren Erwerbskultur"[8] Einkommen erzielt, schafft der Staat Voraussetzungen dieser Freiheitsausübung. Dies bedeutet aber nicht, dass der Freiheitsschutz allein deshalb allgemein reduziert wäre. Wenn der vom Staat geschaffene Rahmen für die individuelle Erwerbstätigkeit als Existenzbedingung dieser Freiheitsausübung gedacht wird, mutiert die Freiheit zu einer staatsvermittelten. Sicher, der demokratisch legitimierte Souverän bestimmt Art und Maß der staatlichen Vorstrukturierung des Wirtschaftslebens. Jedoch: Ist es im Rechtsstaat nicht gerade die Aufgabe der Freiheitsrechte, den einzelnen in der freien Entscheidung über die Art seiner Erwerbstätigkeit zu schützen. Ohne einen entscheidenden Blick auf diese freiheitsrechtliche Dimension wäre die von *Paul Kirchhof* genannte Grundrechtfertigung der Steuer im Steuerstaat geeignet, jeglichen staatlichen Zugriff auf das individuell Erworbene zu tragen, solange er nur auf dem Gedanken beruht, staatliche Investitionen zu finanzieren und gleichmäßig alle Leistungsfähigen trifft – durchaus keine freiheitliche Vorstellung.

### 2. Steuer als Wahrnehmung von Bürgerverantwortung

Vor diesem Hintergrund scheint es sachgerechter, zur Rechtfertigung der Steuer dort anzusetzen, wo sie erhoben wird, beim Bürger. Steuern werden ohne unmittelbar korrespondierende Gegenleistung zur Finanzierung der Aufgabenerfüllung des Staates im Interesse der staatlichen Allgemeinheit erhoben. Dementsprechend ist das Steueraufkommen auch von der staatlichen Allgemeinheit zu finanzieren. Die Steuer wird so zum Solidarbeitrag des Einzelnen zur Finanzierung der Erfüllung der im demokratischen Verfahren bestimmten allgemeinen Staatsaufgaben.[9]

Der Bürger lebt in der grundgesetzlich verfassten staatlichen Gemeinschaft, ist Teil von ihr. Damit trifft ihn auch eine Mitverantwortung für das Gelingen dieser Gemeinschaft, d.h. für die allgemeine staatliche Aufgabenerfüllung. Diese Mitverantwortung wird zentral durch die Steuerzahlung wahrgenommen.[10] Sie endet, wo die individuelle Freiheit beginnt. Damit wird die Steuer zu dem, was sie aus der – im Rechtsstaat maßgeblichen – Perspektive des Steuerpflichtigen ist, ein intensiver Freiheitseingriff. In der Steuer korrespondieren – im originär rechtsstaatlichen Sinne – Freiheit und Verantwortung.

## III. Zur Zielrichtung des Steuereingriffs

### 1. Ansatz beim Entzug von Geldvermögen

*Paul Kirchhof* verortet den Steuereingriff als Freiheitseingriff allgemein bei Art. 14 GG: „Die Grundrechte richten den Steuerzugriff auf das Eigentum aus. Steuerpflichtig ist der dank Eigentums Zahlungsfähige, […]. Die Grundrechte definieren in Art. 14 GG vor dem Schutzbereich, den Schranken und den Schrankenschranken einen Eingriffsbereich, der den Steuereingriff auf das Geldeigentum der Grundrechtsberechtigten ausrichtet, die Grundrechtsberechtigten in ihren übrigen Grundrechten aber prinzipiell verschont."[11] … „Die Steuer fordert Geldzahlungen, belastet den Steuerpflichtigen also in seinem Geldvermögen oder in seinem in Geld eintauschbaren Vermögen. Beide Vermögensarten sind gleichermaßen […] Eigentum, das von Art. 14 GG geschützt ist. […] Die Steuer verpflichtet den Eigentümer, nicht den Nichteigentümer."[12] „Demgegenüber sieht die Garantie der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – jenseits einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht (Art. 14 Abs. 2 GG) – keine Arbeits- und Erwerbspflicht für den Staat vor. Der Erwerbstätige muss nicht für den Staat arbeiten, sondern den Staat an seinem Erwerbserfolg – dem erworbenen Eigentum – teilhaben lassen. Arbeitet er nicht oder arbeitet er ertraglos, so entsteht keine Steuerpflicht."[13]

---

5 Dazu, dass bei sog. Cum-Ex-Geschäften die Kapitalertragsteuer „aus technischen Gründen" mehrfach erstattet werden konnte, etwa nur Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22.3.2017, 16; vgl. auch *Loritz*, WM 2017, 309, 310: zur „‚Mechanik' des deutschen Kapitalertragsteuerverfahrens".

6 *P. Kirchhof* (FN 1), 5.

7 *P. Kirchhof* (FN 1), 6.

8 *P. Kirchhof* (FN 1), 6.

9 *M. Jachmann*, in: FS Reiss (2008), 339.

10 Dazu im einzelnen *M. Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern (2003), 51 ff.

11 *P. Kirchhof* (FN 1), 5.

12 *P. Kirchhof* (FN 1), 6.

13 *P. Kirchhof* (FN 1), 5.

„Die Steuern auf das Einkommen und den Umsatz belasten nicht ein dem Eigentümer schon auf Dauer zugeordnetes, sondern das soeben am Markt erworbene Eigentum. Dieser Zugriff auf das durch Nutzung des Marktes soeben erworbene Eigentum oder den am Markt soeben vollzogenen Tausch trifft eine sachlich vernünftige Unterscheidung. Die Steuer verdrängt den Eigentümer nicht aus einem ihm vertrauten Bestand, sondern formuliert die Bedingungen für das Erzielen von Einkommen […]. Der Steuerpflichtige lässt sich in Kenntnis des EStG[14] […] auf Erwerb […] ein, nimmt die Steuer als eine Marktbedingung seines Wirtschaftens hin. Diese freiheitschonende Art des Steuerzugriffs ist einsichtig."[15]

Diese Verortung des freiheitsgrundrechtlichen Schutzes vor dem staatlichen Steuerzugriff entscheidet wesentlich über die Beurteilung von Art und Intensität des Zugriffs. Der Eigentumsschutz des Art. 14 GG steht von vorneherein unter dem Vorbehalt der Sozialbindung des Eigentums, die *Paul Kirchhof* sub specie Steuer in einen Bereich vor den Grundrechtsschranken verlagert.[16]

*Paul Kirchhof* nennt damit insbesondere drei Spezifika des Eigentumsschutzes vor dem Steuereingriff:

(1) In Art. 14 GG ist vor Schutzbereich und Schranken ein Eingriffsbereich definiert, der den Steuereingriff auf das Geldeigentum ausrichtet, die anderen Grundfreiheiten aber prinzipiell verschont.

(2) Die Teilhabe am Erwerbserfolg ist deshalb besonders freiheitsschonend, weil nicht auf Dauer zugeordnetes, sondern soeben am Markt erworbenes Eigentum zugegriffen wird.

(3) Der Steuerstaat verlangt „nur" Teilhabe am Erwerbserfolg, begründet aber keine staatsnützige Erwerbspflicht.

Eine erste Analyse der drei genannten Thesen ergibt Folgendes:

Zu (1): Allein aus Art. 14 GG erwächst ein freiheitsgrundrechtlicher Schutz gegenüber dem Steuerzugriff. Effektivität kann dieser Freiheitsschutz aber nicht erlangen, weil die Schrankenprüfung ins Leere läuft, setzt sie doch erst nach erfolgter Rechtfertigung des Steuerzugriffs auf das eben Erworbene ein.

Die Frage, ob derjenige, der sein Grundeigentum zur Ertragserzielung, insbesondere durch Vermietung nutzt, in dieser von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsnutzung gerade durch die Einkommensteuerpflicht der Mieterträge beeinträchtigt ist, wird nicht gestellt.[17] Die Freiheit, ein Eigentumsobjekt zu nutzen,[18] impliziert auch die Freiheit zur ertragbringenden Anlage.[19] Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers umfasst auch „die Freiheit, den Eigentumsgegenstand zu veräußern und aus seiner Vermietung den Ertrag zu ziehen, der zur finanziellen Grundlage für eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung beiträgt".[20] Die Besteuerung der Erträge, die ein Steuerpflichtiger durch den Einsatz seines Eigentums erzielt, greift in das Recht zur Eigentumsnutzung ein. Belastet wird die Nutzung vorhandenen Eigentums nach der Entscheidung des Eigentümers und zu seinem Nutzen. Zielobjekt des Steuerzugriffs ist die privatnützige Ertragserzielung. Erfolgt diese Ertragserzielung durch Einsatz von Eigentum, so geht es primär nicht um das Eigentum als Ergebnis der eigenen Leistung, sondern um den Einsatz des Eigentums für eine – ertragsorientierte – Leistung. Der Zugriff auf das zu erwerbende Vermögen ist lediglich die Folge der Beschränkung der Eigentumsnutzung für Zwecke des Erwerbs. Das individuell erworbene, einem einzelnen bereits zugeordnete Privateigentum wird gerade als Ergebnis der ertragsorientierten Freiheitsausübung besteuert.

Zu (2): Mit der Kategorie des soeben am Markt erworbenen Eigentums beschreibt *Paul Kirchhof* das letzte reale Objekt des Steuerzugriffs, verkennt jedoch ausgehend davon die konkrete freiheitsgrundrechtliche Ausrichtung des Steuereingriffs der Ertragsteuer als Grundrechtseingriff, indem er die Tatbestände der Ertragsbesteuerung ausblendet. Die Einkommensteuer belastet gezielt den Erwerb am Markt, sofern er in einer der in ihren Tatbeständen beschriebenen Art stattfindet.

Der freiheitsgrundrechtlich relevante Steuereingriff durch eine Ertragsteuer besteht im einzelnen tatbestandlichen Steuerzugriff auf eine ertragsorientierte Eigentumsnutzung bzw. Arbeitsleistung, nicht nur in der Begründung einer abstrakten Geldschuld. Mit der Besteuerung von Einkommen greift der Steuergesetzgeber auf das Ergebnis der Einkommenserzielung zu. Belastet wird der Steuerpflichtige, der in der tatbestandlich vorgegebenen Weise durch wirtschaftliche Ertragserzielung am Markt Einkommen erwirtschaftet. Die geltende Besteuerung von Einkommen ist Ertragsbesteuerung im Sinne einer steuerlichen Abschöpfung des Ergebnisses wirtschaftlicher Ertragserzielung am Markt.

Belastungsgrund der Einkommensteuer ist das Erzielen konkreter Einkünfte. Die Erwerbshandlung bestimmt den Steuertatbestand. Zwar wird die Steuerschuld nach Maßgabe der Einkünfte, d.h. des Ergebnisses von Erwerbstätigkeit verschiedener Art berechnet. Durch das zu versteuernde Einkommen wird die für die gleichheitsrechtliche Rechtfertigung der Einkommensteuer maßgeblich Leistungsfähigkeitssteigerung des Steuerpflichtigen abgebildet. Jedoch bestimmen sich Steuerbarkeit wie Steuerfreiheit von Einnahmen allein nach deren Herkunft.

---

14 Nicht Gegenstand der vorliegenden Ausführungen sind Verbrauchsteuern, insbesondere die Umsatzsteuer. Zu deren freiheitsgrundrechtlicher Relevanz vgl. etwa *M. Jachmann*, in: FS Reiss (2003), 339, 343 ff.

15 *P. Kirchhof* (FN 1), 6 f.

16 Demgegenüber konkreter und freiheitschonender *Seiler*, VVDStRL 75 (2016), 333, 353.

17 Dazu *M. Jachmann*, in: FS Reiss (2003), 339, 341 m.w.N.; *dies.*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern (2003), 67 f. – Zur Relevanz der genannten Frage im Kontext des sog. Erdrosselungsverbots sogleich III.2.

18 BVerfG v. 14.2.1989 – 1 BvR 308, 336, 356/88, BVerfGE 79, 292, 304; v. 5.2.2002 – 2 BvR 305, 348/93, BVerfGE 105, 17, 30; v. 7.12.2004 – 1 BvR 1804/03, BVerfGE 112, 93, 107. Vgl. *Depenheuer*, Handbuch der Grundrechte (2013), Bd. V, § 111, Rn. 56 m.w.N.

19 Vgl. auch *P. Kirchhof*, in: HStR V, 3. Aufl. (2007), § 118 Rn. 117.

20 BVerfG v. 14.2.1989 – 1 BvR 308, 336, 356/88, BVerfGE 79, 292, 304.

Der Einkommensteuertatbestand setzt Zielgerichtetheit voraus. Der bloße Vermögenszuwachs begründet noch keine Einkommensteuerbarkeit. Die Einkommensteuer greift zu, weil die tatbestandlich beschriebene Art von Ausübung wirtschaftlicher Freiheit erfolgreich war – nicht etwa nur, weil der Steuerpflichtige sich betätigt hat. Sie belastet die Effektivität wirtschaftlichen Handelns und damit die Freiheit wirtschaftlicher Ertragserzielung. Aus freiheitsgrundrechtlicher Sicht ist steuerliches Eingriffsziel die privatwirtschaftliche Ertragserzielung, nicht das gerade Erlangthaben von Geld. Der freiheitsgrundrechtlich relevante Steuereingriff durch eine Ertragsteuer besteht also im einzelnen tatbestandlichen Steuerzugriff auf eine ertragsorientierte Eigentumsnutzung bzw. Arbeitsleistung, nicht erst in der Begründung einer abstrakten Geldschuld.

Zu (3): Die Botschaft an den Bürger lautet: Du brauchst nicht arbeiten, aber wenn du es tust, gehört ein Teil des Verdienten dem Staat – oder inhaltsgleich: Du arbeitest einen Teil deiner erwerbswirtschaftlich genutzten Arbeitszeit für den Staat und der Staat entscheidet auch, wie lang. Damit beeinträchtigt aber etwa die Lohnsteuer gerade die Freiheit, eigennützig zu arbeiten.

### 2. Ansatz beim Steuertatbestand als Eingriffsgrundlage

Ausgangspunkt eines unmittelbaren, nicht durch Art. 3 Abs. 1 GG vermittelten freiheitsgrundrechtlichen Schutzes vor übermäßigen steuerlichen Belastungswirkungen ist der durch sie bewirkte Grundrechtseingriff; der Steuereingriff erfährt seine konkrete Gestalt im Steuertatbestand. Die Steuerwürdigkeitsentscheidung des Gesetzgebers orientiert sich maßgeblich nicht an der abstrakten Höhe des einem Steuerpflichtigen zufließenden oder in seinem Bestand vorhandenen Vermögens. Sie stellt auf die Grundlage dieses Zuflusses oder Bestandes ab. Hieran ist auch der freiheitsgrundrechtliche Schutz vor dem Steuerzugriff auszurichten. Entscheidend ist insoweit etwa, inwieweit eine durch Art. 14 GG geschützte Art der Freiheitsbetätigung Steuergegenstand ist und so durch die Besteuerung beschränkt wird.[21] Gerade mit Blick auf die Analyse von *Paul Kirchhofs* o.g. These (3) wird die Problematik der Annahme deutlich, der Arbeitnehmer werde allein in der Freiheit begrenzt, das gerade bekommene Geld behalten zu dürfen. Wird doch verkannt, dass der Arbeitnehmer dieses Geld in der durch das EStG festgelegten Höhe gerade deshalb abgeben muss, weil er es als Arbeitnehmer i.S.v. § 19 EStG verdient hat. Hätte er es geschenkt bekommen, gäbe es den Zugriff der Einkommensteuer nicht; ein etwaiger Eingriff in Gestalt der Schenkungsteuer vollzöge sich nach anderen Regeln.

Art. 12 GG gewährleistet nun aber nicht nur die Freiheit, sich beruflich zu betätigen, sondern gerade auch, dies entgeltlich zu tun. Im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG lassen sich Berufsausübung und Erwerb nicht trennen.[22] Entsprechend ist auch der Eingriff in Art. 12 GG zu beurteilen.[23] Der Steuergesetzgeber, der das wirtschaftliche Ergebnis der Tätigkeit abschöpft, greift auch in die Freiheit zur Berufsausübung ein. So wird der Betrieb eines Gewerbes erschwert, indem er mit Einkommensteuer auf die Erträge belastet wird.[24] Soweit es dabei ausschließlich um die Abschöpfung von Erträgen der gewerblichen Tätigkeit geht, liegt ein Eingriff in die Freiheit der Gewerbeausübung jedenfalls dann vor, wenn Erträge entzogen werden, deren Verwendung für die Fortführung der gewerblichen Tätigkeit erforderlich oder hierfür vorgesehen sind. Denn die Berufsfreiheit dient gerade der Erzielung von Einnahmen zur Schaffung einer wirtschaftlichen Basis der eigenverantwortlichen Lebensführung.[25] Der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit sind auch die erzielten Einnahmen zuzuordnen.[26]

Freilich entspricht es traditioneller Lehre, freiheitsbeeinträchtigende Gesetze nur dann an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, wenn sie „infolge ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und – objektiv – eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen".[27] Hieran soll es – vorbehaltlich der Fälle einer Erdrosselung – bei allgemeinen Steuergesetzen, insbesondere auch des Einkom-

21 S.o. III.1.

22 In ständiger Formel des BVerfG erfasst der Tatbestand „Beruf" die Erwerbstätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient, BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 397 ff.; v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228; v. 26.6.2002 – 1 BvR 1428/91, BVerfGE 105, 252. Vgl. auch BVerfG v. 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, BVerfGE 30, 292, 334: „Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist also in erster Linie persönlichkeitsbezogen. Es konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung" (wortgleich bei BVerfG v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, 223 und v. 5.5.1987 – 1 BvR 981/81, BVerfGE 75, 284, 292); BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 254: „Berufliche Tätigkeit, für die Art. 12 Abs. 1 GG den erforderlichen Freiraum gewährleistet, dient nicht nur der personalen Entfaltung des arbeitenden Menschen in der Gesellschaft, den meisten Bürgern gewährleistet sie vor allem die Möglichkeit, sich eine wirtschaftliche Grundlage ihrer Existenz zu schaffen."

23 Vgl. *Peine*, Handbuch der Grundrechte (2009), Bd. III, § 57, Rn. 8, 25.: „Schutzbereich und Eingriff […] sind aufeinander bezogen. Der Eingriff setzt logisch-begrifflich den Schutzbereich voraus."

24 Vgl. auch *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rn. 169; *Weber/Crezelius*, in: GS Klein (1977), 542, 550; *Bodenheim*, Der Zweck der Steuer (1979), 284 f.

25 Vgl. insbes. *Papier*, in: HVerfR, 2. Aufl. (1994), § 18 Rn. 100. Vgl. auch *P. Kirchhof*, HStR, 3. Aufl. (2007), Bd. V, § 118, Rn. 147, der anerkennt, dass das die Einkommensteuer als Erwerbsbedingung ein Teil der objektiven Berufsordnung und damit einen Eingriff in die individuelle Erwerbsfreiheit und ihren Erfolg darstellt und die Berufsausübung insoweit dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG unterfällt.

26 Vgl. *Arndt/Schumacher*, AöR 118 (1993), 513, 582; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rn. 426. – Wenn *P. Kirchhof* (FN 1), 5 f., Ökonomische Freiheiten der Steuer als ökonomischem Staatseingriff zugänglich erachtet, wäre auch Art. 12 GG hierzu zu zählen.

27 BVerfG v. 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181, 186; v. 22.3.1963 – 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147, 162; v. 12.10.1976 – 1 BvR 197/73, BVerfGE 42, 374, 384 f.; v. 11.10.1977 – 1 BvR 343/73, 83/74, 183/75, 428/75, BVerfGE 47, 1, 21; v. 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87, BVerfGE 81, 108, 121; v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267, 302.

mensteuerrechts,[28] „in aller Regel" fehlen. Begründet wird dies damit, dass diese „Normen mit einem unspezifischen Adressatenkreis ohne unmittelbare Beziehung zu einem Beruf an generelle Merkmale wie Gewinn, Ertrag, Umsatz oder Vermögen" anknüpfen[29] – jedoch: was trifft den Kern einer Berufsausübung mehr als der Teilentzug ihrer Entgeltlichkeit.

Maßgeblich abzustellen ist auch sub specie Art. 12 GG auf den sozialen Sinn einer eingreifenden Maßnahme. Insoweit weist der Steuerzugriff auf die Einnahmeerzielung via Berufsausübung durchaus eine objektiv berufsregelnde Tendenz auf, erfährt die Berufsausübung doch in dem durch sie erzielten Einkommen – neben der beruflichen Entfaltung – ihren wesentlichen Sinn. Gerade dieses Einkommen wird zum Teil abgeschöpft. Wollte man nicht folgen, wäre der Steuereingriff in die Entgeltlichkeit der Berufsausübung an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen, dies bei gleichem Schutzniveau.[30]

Erst wenn der Ertrag der individuellen Berufsausübung (Art. 2 Abs. 1, 12 GG) oder der Nutzung von Grundeigentum zur Vermietung (Art. 14 GG) in einem Maße weggesteuert würde, dass die jeweilige steuerbare Tätigkeit wirtschaftlich sinnlos und die steuerliche Belastungswirkung erdrosseln würde,[31] gäbe es auch nach dem traditionell allgemein anerkannten Erdrosselungsverbot ein – zwangsläufig freiheitrechtlich fundiertes – Korrektiv, d.h. effektiven Freiheitsschutz gegenüber einer Einzelsteuer. Systematisch möglich scheint dies aber nur auf Basis eines entsprechenden Grundrechtseingriffs,[32] der ohne Blick auf die steuerbare Handlung und damit den Steuertatbestand nicht auskommt.[33]

Jede an eine Berufstätigkeit anknüpfende Abgabepflicht tangiert danach die Freiheit der Berufsausübung in belastender Weise und stellt so einen Eingriff in das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG dar.[34] Gründe dafür, warum diese allgemeinen Grundsätze der Grundrechtsdogmatik für Art. 12 GG nicht gelten sollten, sind nicht ersichtlich.[35] Im Übrigen weist, soweit Steuergegenstand die Einnahmeerzielung via Berufsausübung ist, der Steuerzugriff durchaus eine objektiv berufsregelnde Tendenz auf.[36]

## IV. Zum Ertrag der freiheitsrechtlichen Konkretisierung des Steuereingriffs

### 1. Originärer freiheitsgrundrechtlicher Schutz gegenüber dem Steuereingriff

Zu fragen bleibt, welchen Nutzen die Diskussion der grundsätzlichen Steuerrechtfertigung und des konkreten Ansatzes des Steuereingriffs als Freiheitseingriff hat.

Zunächst spiegelt es ein grundsätzlich verschiedenes Staatsverständnis wieder, ob man mit *Paul Kirchhof* den freiheitsgewährenden Staat als der Freiheitsausübung des einzelnen vorgreiflich sieht oder beim rechtsstaatlichen Freiheitsverteilungsprinzip bleibt, wonach sich der Bürger für eine Freiheitsausübung im Ansatz nicht zu rechtfertigen hat, jedoch der Staat für jeden einzelnen Freiheitseingriff.

Greift der freiheitsgrundrechtliche Schutz vor Besteuerung – abgesehen von einem Erdrosselungsverbot der Einzelsteuer[37] – effektiv nicht, bleibt es beim allein gleichheitsrechtlichen. Danach darf die Belastung durch eine Einzelsteuer wie auch die Gesamtsteuerlast des einzelnen beliebig hoch sein, sofern der Steuergesetzgeber nur die Belastungsgrundentscheidung des einzelnen Steuergesetzes folgerichtig fortführt. Eine Kontrolle am Maßstab der Freiheitsgrundrechte findet weder hinsichtlich der Belastungsgrundentscheidung noch hinsichtlich der Höhe der Belastung des Einzelnen durch den Zugriff verschiedener Steuerarten statt. Gerade die Gesamtbelastung sollte jedoch in Zeiten eines zunehmenden Rufs nach Umverteilung via Steuer in den Blick rücken. Das von *Paul Kirchhof* gezeichnete Bild des gerechten Steuerstaats kann einem nahezu unbegrenzten Steuerzugriff auf das (Geld-)Eigentum den Weg bereiten.

Die entscheidende Frage ist: Bedarf es eines Korrektivs? *Paul Kirchhof* ist im wohlverstandensten Wortsinn Aristokrat, der in der Dimension einer einsichtigen Art des Steuerzugriffs denkt. Hier bedarf es keines Schutzes des erwerbswirtschaftlich Arbeitenden vor einer übermäßigen Steuerlast gerade im Zusammenwirken mehrerer Steuerarten. Wer jedoch in

28 BVerfG v. 11.10.1977 – 1 BvR 343/73, 83/74, 183/75, 428/75, BVerfGE 47, 1, 21 f.; v. 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87, BVerfGE 81, 108, 121.

29 BVerfG v. 11.10.1977 – 1 BvR 343/73, 83/74, 183/75, 428/75, BVerfGE 47, 1, 21 f.

30 *Kämmerer* in v. Münch/Kunig, GGK, 6. Aufl. (2012), Rz. 48 zu Art. 12. Zum gleichen Schutzniveau von Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG im Steuerverfassungsrecht BVerfG v. 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97, 114 f., v. 15.1.2014 – 1 BvR 1656/09, BVerfGE 135, 126, 141; v. 5.2.2002 – 2 BvR 348/93, BVerfGE 105, 17, 32; *Seiler*, VVDStRL 75 (2016), 333, 344 m.w.N.; zur parallelen Funktion von Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG als Schutz vor dem staatlichen Zugriff auf eigenes Wirtschaften und als Schutz der Grundlagen einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung *ders.*, aaO., 351 f.

31 Vgl. dazu BVerfG v. 24.7.1962 – 2 BvL 15/61, 2 BvL 16/61, BVerfGE 14, 221, 241; v. 8.3.1983 – 2 BvL 27/81, BVerfGE 63, 312, 327; v. 22.3.1983 – 2 BvR 475/78, BVerfGE 63, 343, 368; v. 15.5.1984 – 1 BvR 464/81, 1 BvR 427/82, 1 BvR 440/82, 1 BvR 605/81, BVerfGE 67, 70, 88; v. 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287, 310 f.; *M. Jachmann*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Besteuerung (1996), 35, 54 ff.; *dies.*, in: FS Schiedermair (2001), 391, 396 m.w.N.

32 Dazu, dass die Annahme, eine nicht übermäßige Belastung lasse die Eigentumsgarantie grundsätzlich unberührt, die Frage nach der tatbestandlichen Zuordnung der Zahlungspflicht zum einschlägigen Freiheitsrecht mit der Folgefrage der Verletzung vermischt, stv. *Seiler*, VVDStRL 75 (2016), 333, 340 FN 24 m.w.N.

33 Vgl. dazu weiter VI.1.

34 Vgl. zur Sozialversicherungsbeitragspflicht des Arbeitgebers *Papier/Möller*, SGb.1998, 337, 338. Zur Ablehnung des Erfordernisses einer berufsregelnden Tendenz auch BVerwGE 87, 37, 43 f.; *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff (1992), 192 ff. Zur Einordnung der Vergnügungssteuer für Spielautomaten als Berufsausübungsregelung zu Lasten der Automatenaufsteller BVerfG v. 1.3.1997 – 2 BvR 1599/89, 2 BvR 1714/92, 2 BvR 1508/95, NVwZ 1997, 573, 574 f.

35 Diese Finalität bei Art. 12 GG grundsätzlich in Frage stellend: *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff (1992), 186, 192 ff.

36 Wollte man diese berufsregelnde Tendenz verlangen, im Steuereingriff aber nicht sehen, wäre Art. 2 Abs. 1 GG mit gleichem Schutzniveau einschlägig, s.o. III.2.

37 Dazu oben III.2. a.E.

der aktuellen politischen Diskussion, geprägt vom Ruf nach mehr Staatsausgaben, weniger Vertrauen in eine selbst auferlegte Zurückhaltung des „einsichtigen" Steuerstaates hat und gerade in dem eingriffsintensiven Bereich der Besteuerung Wert auf rechtsstaatlichen Freiheitsschutz legt, sollte letzteren nicht global formal abtun, sondern die einzelnen Steuertatbestände darauf überprüfen, in welche Freiheitsgrundrechte sie eingreifen und in welchem Maße.

Ist eine ertragsteuerliche Belastungswirkung im dargelegten Sinn als Eingriff in Art. 12 (Art. 2 Abs. 1) bzw. 14 GG fassbar, so ist nach dessen Verhältnismäßigkeit zu fragen. Eignung und Erforderlichkeit der Steuererhebung für die staatliche Einnahmeerzielung können grundsätzlich bejaht werden. Dies entbindet jedoch nicht von einer auf den einzelnen Steuerzugriff bezogenen Angemessenheitsprüfung.[38] Diese Angemessenheitsprüfung ist an der Eingriffsintensität der Steuer auszurichten. Die Steuerhöhe ist in der Relation zur jeweiligen Freiheitsbeeinträchtigung zu betrachten. Die Unangemessenheit eines Steuereingriffs kann sich allein aus dessen Art bzw. Intensität im Vergleich zum konstanten Einnahmeerzielungszweck ergeben.

Prototypisch für einen unangemessenen Steuereingriff ist die erdrosselnde Belastungswirkung.[39] Die steuerliche Abschöpfung von Erträgen aus einer Freiheitsbetätigung, welche durch Art. 12, 14 GG gerade auch hinsichtlich ihrer Entgeltlichkeit geschützt ist, ist jedenfalls dann unangemessen, wenn durch sie die Freiheitsausübung wirtschaftlich sinnlos wird. Einer erdrosselnden Steuer steht in ihrer freiheitsvernichtenden Wirkung die konfiskatorische Steuer nahe. Diese knüpft an einen Eigentumsbestand an und kann nicht aus den Erträgen hieraus finanziert werden. Ihre Verfassungswidrigkeit ergibt sich aus Art. 14 Abs. 2 GG, wonach der „Gebrauch" des Eigentums dem Allgemeinwohl dienen soll. Dies bedeutet zum einen, dass die Freiheit zur Nutzung des Eigentums, die sog. Nutzungsgarantie, für Zwecke des Allgemeinwohls in verhältnismäßiger Weise beschränkt werden kann. Zum anderen rechtfertigt Art. 14 Abs. 2 GG den Eingriff in den Eigentumsbestand gerade nicht. Ein solcher ist grundsätzlich nur in Gestalt der Enteignung gegen Entschädigung vorgesehen, nicht aber auch für den Bereich der Inhalts- und Schrankenbestimmung. Verfassungsrechtlich zulässiger Besteuerungsgegenstand ist nur die Ertragsfähigkeit des Eigentums. Diese zeigt sich primär im tatsächlich erzielten Ertrag. Soweit es an einem solchen fehlt, könnte die Besteuerung auf den typischerweise zu erzielenden Ertrag zugreifen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann es insoweit allenfalls eine Sollertragsteuer, keine Substanzsteuer geben.

Jenseits dessen stellt sich aber die Frage nach einer freiheitsgrundrechtlichen Deckelung der individuellen Steuerlast.

### 2. Freiheitsgrundrechtliche Relevanz der Höhe der (Gesamt-)Steuerlast

Über das Postulat des Zweiten Senats des BVerfG einer annähernd hälftigen Ertragsteilung zwischen Steuerpflichtigem und Fiskus[40] scheint Gras gewachsen zu sein. Der BFH hat diesem Grundsatz keine verbindliche verfassungsrechtliche Obergrenze für die Gesamtbelastung mit der Einkommen- und Gewerbesteuer entnommen.[41] Der Erste Senat des BVerfG hat die Aussagen des Beschlusses des Zweiten Senats auf das Zusammentreffen von Vermögensteuer und Einkommensteuer beschränkt und so deutlich abgeschwächt.[42]

Erkennt man jedoch an, dass die Ertragsteuerbelastung einer im Steuertatbestand vorgezeichneten steuerbaren Handlung einen Eingriff in das Freiheitsgrundrecht darstellt, in dessen Schutzbereich die steuerbare Handlung fällt, ist auch der Weg frei für eine Begrenzung der Steuer der Höhe nach, wobei nach allgemeinen Grundsätzen gleichgerichtete Steuerbelastungen zu addieren sind.[43] Die an den Freiheitsgrundrechten zu messende Steuerbelastung bestimmt sich danach, inwieweit der Bürger die Erträge aus einer bestimmten privatwirtschaftlichen Tätigkeit für die Zahlung von Steuern verwenden muss, die gerade wegen dieser Betätigung anfallen.

Die Addition der Belastungswirkungen verschiedener Steuern als Addition von Grundrechtseingriffen ist geboten, soweit die Belastungswirkungen der jeweiligen Steuern im Hinblick auf einen bestimmten verfassungsrechtlichen Maßstab denselben sozialen Belastungssinn haben und damit gleichgerichtet in dasselbe Freiheitsgrundrecht eingreifen.[44]

Eine Addition der Belastungswirkungen verschiedener Steuern beeinflusst zum einen insoweit die Besteuerungsgleichheit, als die Summe aller zu addierenden Steuerbelastungen eines Steuerpflichtigen in Relation zur gleichgerichteten Belastung anderer Steuerpflichtiger zu setzen ist. Zum anderen wären, soweit vorhanden, die Belastungswirkungen verschiedener – sub specie grundrechtlicher Freiheitsschutz – gleichgerichteter Steuern für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der steuergesetzlichen Freiheitsbeeinträchtigung zu addieren.

Die Addition der Belastungswirkungen verschiedener Steuern bedeutet eine Addition von Grundrechtseingriffen. Ist eine ertragsteuerliche Belastungswirkung als Eingriff in Art. 12 bzw. 14 GG fassbar, so ist nach dessen Verhältnismäßigkeit zu fragen. Die Frage nach

38 Vgl. auch *Seiler*, VVDStR 75 (2016), 333, 353, der in den Konsequenzen freilich sehr vage bleibt, repräsentativ für die Gegenauffassung *F. Kirchhof*, BB 2017, 662, 665 m.w.N.

39 Dazu schon oben III.2.

40 BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 Leitsatz 3: „Die Vermögensteuer darf zu den übrigen Steuern auf den Ertrag nur hinzutreten, soweit die steuerliche Gesamtbelastung des Sollertrags bei typisierender Betrachtung von Einnahmen, abziehbaren Aufwendungen und sonstigen Entlastungen in der Nähe einer hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand verbleibt".

41 BFH v. 12.8.1999 – XI R 77/97, BStBl. II 1999, 771, BFHE 189, 413; anders *M. Jachmann*, DStJG 26 (2002), 195, 203 ff.

42 BVerfG v. 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97.

43 Zur Kumulation von Steuereingriffen eingehend *M. Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern (2003), 75 ff.; *dies.*, in: FS Schiedermair (2001), 391, 399 ff. m.w.N.; *Seiler*, VVDStRL 75 (2016), 333, 362 f.

44 Vgl. *Lücke*, DVBl. 2001, 1469, 1475.

einer freiheitsgrundrechtlichen Deckelung der individuellen Steuerlast jenseits des durch Erdrosselung und Konfiskation abgesteckten Bereichs führt zu Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG,[45] wonach Eigentumsgebrauch und Allgemeinwohl in angemessenen Ausgleich zu bringen sind. Einen Maßstab für die Wertigkeit von Eigentumsgebrauch und Allgemeinwohl im Rahmen der gebotenen Abwägung liefert Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG zunächst nicht. Insoweit erlangt das Subsidiaritätsprinzip zugunsten eines Primats der individuellen Selbstverantwortung bzw. Privatinitiative entscheidende Bedeutung.[46] Es führt zu einem abstrakten Vorrang der Privatnützigkeit des Eigentums vor einer Verwendung zur Finanzierung staatlichen Handelns. Dieser Vorrang der Privatnützigkeit privatwirtschaftlichen Handelns gilt aber nicht nur für die ertragsorientierte Eigentumsnutzung. Er erfasst in gleicher Weise die erwerbende Berufsausübung.[47] Ist Leistungseigentum primär privatnützig, dann notwendig auch seine Erzielung.[48]

Relevant würde dies insbesondere für die Beurteilung von – ggf. neu einzuführenden – Sollertragsteuern[49] die zur entsprechenden Ertragsteuerbelastung zu addieren wären[50].

## V. Die Freiheit gegenüber dem „schlechten" Steuergesetz

*Paul Kirchhof* stellt treffend klar, dass dann, wenn das Steuergesetz Gestaltungsoptionen anbietet, an fehlender Folgerichtigkeit oder Formulierungsmängeln leidet, es legal ist, diese zur Verringerung der individuellen Steuerschuld zu nutzen.[51] „Es gilt das im Gesetzblatt verkündete Wort".[52] Allerdings erreiche die Steuergestaltung eine Ungleichheit vor dem Gesetz. Keine Frage, Aufgabe des Gesetzgebers wäre es, den Gestaltungsraum der Steuerplanung gleichheitsgerecht zu verengen. Jedoch: Diese Aufgabe folgt schon aus der Wesentlichkeitstheorie in ihrer Adressierung an den Steuergesetzgeber,[53] die Voraussetzungen der Besteuerung im Sinne einer möglichst konkreten Vorzeichnung des Steuereingriffs, d.h. der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung exakt vorzugeben.[54] Was aber, wenn der Steuergesetzgeber dabei versagt? Kann es eine sanktionierbare moralische Verpflichtung der Steuerpflichtigen geben, das Gesetz nicht „beim Wort" zu nehmen, um auf eigene Kosten dem Steuerstaat das an Ertrag zu sichern, was der Steuergesetzgeber tatbestandlich einzufangen nicht in der Lage war? Also eine Besteuerung nach Moral statt nach Gesetz? – im Rechtsstaat nicht.[55]

Sicherlich kann formale Rechtsgestaltung materielle Belastungsunterschiede nicht rechtfertigen.[56] Hier findet insbesondere § 42 AO seine Rechtfertigung. Wer aber ein im Tatbestand misslungenes Steuergesetz anwendet, umgeht es nicht.[57] Angesichts der aktuellen steuerpolitischen Diskussion[58] und zunehmenden Zweifeln an der juristischen Qualität von Steuergesetzen[59] wird man aber die Frage stellen müssen, ob der Steuerpflichtige, der einen inhaltlichen bzw. technischen Fehler der Steuergesetze erkennt, diesen korrigieren muss. In der steuerpolitischen Diskussion zu Cum-Cum-Geschäften wird etwa gefragt: „Darf eine Bank alles tun, was legal ist?".[60] Nimmt man die rechtsstaatliche Fundierung des Steuergesetzes ernst, kann die Antwort nur „ja" lauten. Exekutive und Judikative

45 Vgl. BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BStBl. II 1995, 655, 661.

46 Vgl. stv. *Seer*, FR 1999, 1280, 1284 ff.; *Butzer*, StuW 1999, 227, 241; *M. Jachmann*, StuW 1996, 97, 104.

47 Vgl. allg. zur parallelen Bewertung der Beschränkbarkeit der Rechte aus Art. 12 und 14 GG BVerfG v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380, 386 f.; BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 334 f.; BVerfG v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, DVBl. 1998, 394, 397; *Depenheuer* in v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. (2010), Art. 14 GG Rz. 99.

48 Zur Parallele der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Eingriffen in die Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Eigentumsnutzung (Art. 14 Abs. 1 GG) im Rahmen der Sozialversicherung vgl. auch *Gaßner/Dürschke*, SGb 1998, 621, 626. Zur konkreten Gestalt dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgehend vom Primat der Privatnützigkeit wirtschaftlicher Ertragserzielung im Rahmen von Art. 12 und 14 GG *M. Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern (2003), 72 ff.; *dies.* in: FS Reiss (2003), 339, 355 ff.; *dies.* in: FS Schiedermair (2001), 391, 399 f. m.w.N.; *dies.*, StuW 1996, 97, 103 f.

49 Zur Einordnung der Grundsteuer als Sollertragsteuer BVerfG v. 6.12.1983 – 2 BvR 1275/79, BVerfGE 65, 325, BStBl. II 1984, 72, Rn. 88; *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. (2015), § 16, Rn. 1; *P. Kirchhof* in HStR, Bd. V, 3. Aufl. (2007), § 118, Rn. 237 ff. *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 3 AO, Rn. 384; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 18. Aufl. (2015), Rn. 80 – zur Einordnung der Vermögensteuer als Sollertragsteuer BVerfG v. 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121, Vermögensteuer; *P. Kirchhof*, in HStR, Bd. V, 3. Aufl. (2007), § 118, Rn. 237 ff.; *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. (2015), § 3, Rn. 62; *dies.*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Einführung zum EStG, Rn. 1; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl. (2003), Bd. II, 917, 961; *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. (2015), § 16, Rn. 1; *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 3 AO, Rn. 378; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 18. Aufl. (2015), Rn. 78; a.A. *Birk*, DStJG 22 (1999), 16 (wegen Rechtfertigung durch Leistungsfähigkeitsprinzip eine Substanzsteuer).

50 *M. Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern (2003), 75 f., 165 ff.

51 *P. Kirchhof* (FN 1), 12.

52 *P. Kirchhof* (FN 1), 8; speziell zur aktuellen Thematik der Cum-Ex-Verfahren *Klein*, BB 2016, 2006, 2007 ff.

53 Dazu *P. Kirchhof* (FN 1), 8 m.w.N. zur Rspr. des BVerfG in FN 22.

54 Zur möglichen Delegation von Details *P. Kirchhof* (FN 1), 10. Aus rechtsstaatlicher Sicht muss der Steuertatbestand – auch in Gestalt eines nur materiellen Gesetzes – jedoch den einzelnen Steuereingriff exakt vorzeichnen.

55 Vgl. auch *Spilker*, FR 2017, 138, 148.

56 *P. Kirchhof* (FN 1), 12 mit umfassenden Nachweisen zur Rspr. des BVerfG in FN 79.

57 Vgl. zu Cum-Cum- und Cum-Ex-Geschäften *Spilker*, FR 2017, 138, 145.

58 Vgl. etwa die Postulate einer sog. Reichen Steuer (vgl. Beiträge in Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 2013, Heft 1, „Höhere „Reichensteuern": Möglichkeiten und Grenzen"), einer mehr umverteilenden Erbschaftsteuer (so auch *Wartenburger*, MittBayNot 2017, 220), oder dem Abzugsverbot für Managergehälter (Nachweise bei *Hey/Hey*, FR 2017, 309 und *Fleischer/Hupka*, DB 2010, 601).

59 Vgl. *Prinz/v. Wolfersdorff*, DB 2016, 9.

60 Handelsblatt vom 3.5.2016, 1.

sind an das Gesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). „Sie dürfen sich nicht als ‚Reparaturgesetzgeber' verstehen,"[61] um den Schaden des Fiskus aus mangelhaften Steuergesetzen zu beseitigen.

Erfolgt die Steuergestaltung im Sinne eines Ausnützens erkannter Fehler des Steuergesetzes beispielsweise zur Vermehrung des Ertrags eines Unternehmens, unterfällt auch sie der unternehmerischen Freiheit des Art. 12 bzw. 14 GG, den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zu optimieren. Im Rechtsstaat ist die Freiheitsausübung primär nicht rechtfertigungsbedürftig, findet Grenzen in der Freiheit der anderen sowie (v.a. verfassungsrechtlich fundierten) Belangen der Allgemeinheit. Rechtfertigungsbedürftig ist der staatliche Eingriff. Dieser Eingriff ist – als Steuereingriff – aus der Mitverantwortung des Bürgers für die allgemeine staatliche Aufgabenerfüllung zu rechtfertigen[62] und dabei im Sinne der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung engmaschig konkret im Steuergesetz vorzuzeichnen (Art. 20 Abs. 3 GG). Erlaubt das Steuergesetz für bestimmte Konstellationen – zumindest bei einer nachvollziehbaren Auslegung – eine mehrfache Erstattung eines nur einmal erhobenen Betrags – so beim unstreitig moralisch höchst fragwürdigen – Cum-Ex-Geschäft[63] – bedarf es keiner Steuergestaltung, wenn der Steuerpflichtige diese Möglichkeit nutzt.[64] Vielmehr wäre es Sache des Steuergesetzgebers, auf derartige gesetzliche Fehler – anders als bei den Cum-Ex-Geschäften geschehen[65] – sofort zu reagieren.

## VI. Der Blick nach vorn

In einer Zeit, in der viele Bürger – vielleicht zu Recht – das Vertrauen in die Zurückhaltung des Fiskus und in die Qualität der Steuergesetze verloren haben, rückt die rechtsstaatliche Qualität von Steuergesetzen als Eingriffsgesetze wieder in den Blick.

So stellt sich die Frage nach verfassungsfesten Grenzen der steuerlichen Belastung des einzelnen. Solche erwachsen – neben den Anforderungen der Besteuerungsgleichheit – aus den Freiheitsgrundrechten, insbesondere Art. 12 und 14 GG. Zwar ist jede Steuer, egal wie hoch, geeignet und – bei unterstelltem Finanzbedarf des Staates – auch erforderlich für die Finanzierung der allgemeinen staatlichen Aufgabenerfüllung. Dies entbindet jedoch nicht von einer Angemessenheitsprüfung der Höhe der Einzelsteuer sowie – nach Addition gleichgerichteter Steuereingriffe – der Gesamtsteuerlast. Ertragsteuern wie Sollertragsteuern beeinträchtigen die Freiheit zur wirtschaftlichen Ertragserzielung in Gestalt von individueller Arbeitsleistung wie Eigentumsnutzung. Der Staat hat bei derartigen Steuereingriffen die Grenze der Angemessenheit zu wahren. Konkrete Gestalt erlangt diese Angemessenheitsprüfung aus dem Vorrang der Privatnützigkeit privatwirtschaftlichen Handelns. In den Blick zu nehmen ist dabei auch die steuerliche Gesamtbelastung einer Freiheitsausübung zur Ertragserzielung in Gestalt von Ertragsteuern wie Sollertragsteuern. Hier findet auch Umverteilung via Steuer ihre Grenze.

Rechtsstaatliche Steuergesetzgebung hat als Regelung eines intensiven Eingriffsrechts den Anforderungen der Tatbestandsmäßigkeit zu genügen. Entsprechend muss sich der Steuergesetzgeber beim „Wort" nehmen lassen. Dies gilt auch für technisch mangelhafte Steuergesetze, insbesondere wenn sie eine systemwidrige Inanspruchnahme von Steuervorteilen gestatten. Es kommt nicht in Betracht, dass der Steuergesetzgeber, gefangen in der selbst geschaffenen Überkompliziertheit der Steuergesetze, in politischer oder fachlicher Überforderung seine originäre Steuerungsaufgabe auf den „moralisch richtig" handelnden Steuerpflichtigen delegiert. Vielleicht ist angesichts der „Cum-Ex/Cum-Cum-Debatte" die Zeit gekommen, dass der Steuergesetzgeber endlich die politische Kraft findet, den längst überfälligen Kurs in Richtung einfacher, handhabbarer Gesetze einzuschlagen. Wenn sich der Steuerstaat trotz langjähriger Forderungen von Wissenschaft und Praxis nach einfachen Steuergesetzen samt konkreter Gesetzesentwürfe[66] weiterhin in der eigenen Kompliziertheit verstrickt, hat der Steuerpflichtige dies nicht zu kompensieren. Im rechtsstaatlichen Steuerstaat gilt: Keine Steuer ohne Gesetz und die Höhe der Steuer genau nach der gesetzlichen Vorgabe.

---

61 *Spilker*, FR 2017, 138; *Klein*, BB 2013, 1054, 1055; *Podewils/Zink*, DStZ 2013, 177, 179; *Englisch*, Börsenzeitung v. 11.2.2012, 13. Zur Rechtsprechung als Reparaturbetrieb vgl. auch *Reimer* und *Krüger* nachgewiesen bei *Ebner/Malzahn/Martini/u.a.*, DStR-Beih. 2017, 77, Tagungsbericht zum 6. Steuerwissenschaftlichen Symposium beim Bundesfinanzhof.

62 S.o. VI.1.

63 Cum-Ex-Geschäfte werden innerhalb der zwei Tage der vom Kapitalmarkt tolerierten Erfüllungsfrist abgewickelt, indem Aktien vor dem Dividendenstichtag (mit Dividendenanspruch) veräußert, allerdings erst nach dem Dividendenstichtag ohne Dividendenanspruch geliefert werden. Der Verkäufer zahlt dem Käufer eine sog. Dividendenkompensation in Höhe der Nettodividende. Bezüglich der Differenz zur Bruttodividende stellt die deutsche Depotbank des Käufers diesem eine Kapitalertragsteuerbescheinigung aus, da sie ihn bereits zum Zeitpunkt der Veräußerung als wirtschaftlichen Eigentümer/Anteilseigner betrachtet (§ 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO). Am Ende reichen Verkäufer (ursprünglicher Eigentümer) der Aktien wie auch Käufer (neuer Eigentümer) der Aktien die ihnen erteilten Steuerbescheinigungen beim Finanzamt ein und begehren die Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer. Eingehend zur streitigen Diskussion über die „Legalität" von Cum-Ex-Geschäften pro: *Spatscheck/Spilker*, DB 2016, 2920; *dies.*, DB 2017, 752, 753; contra: *Eisgruber/Spengel*, DB 2017, 750, 751, jeweils m.w.N.

64 Schon der wissenschaftliche Diskurs über die „Legalität" von Cum-Ex-Geschäften (vgl. *Loritz*, WM 2017, 309 m.w.N.) zeigt, dass der Gesetzgeber hier keine klare Gesetzeslage geschaffen hat. Die dahingehende Auslegung, dass die Bezüge i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG ein anderer als der Anteilseigner nach Abs. 5 erhält, da er sonst Dividenden nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG bezogen hätte (*Spatscheck/Spilker*, DB 2017, 752, 753), ist jedenfalls durchaus nachvollziehbar.

65 Dazu nur *Spilker*, FR 2017, 138, 145 m.w.N.

66 Einen ausführlichen Überblick über die Reformvorschläge geben *Jachmann/Liebl*, in Lademann, EStG, Einführung EStG, Rn. 1101 ff.; Kurzüberblick bei *Mellinghoff* in DStJG 34 (2014), 1, 4 f.

Gewinnermittlung

# Zinsbereinigte EU-Körperschaftsteuer

## – Kritische Würdigung eines innovativen Vorschlags der EU-Kommission zur Gemeinsamen Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage –

Prof. (em.) Dr. MANFRED ROSE, Heidelberg*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Maßgebliche Wirkungen aus der Einführung einer Besteuerung zinsbereinigter Unternehmensgewinne
III. Erforderliche rechtliche Ausgestaltung des Abzugs von Eigenkapitalzinsen zur Gewährleistung der angestrebten Entscheidungsneutralität
IV. Rechtliche Ausgestaltung des Abzugs von Eigenkapitalzinsen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission
V. Zu erwartende ökonomische Wirkungen aus der Einführung des Abzugs von Eigenkapitalzinsen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission
VI. Änderungen im Richtlinienentwurf zur Beschränkung von Fehlwirkungen
VII. Korrespondierender Reformbedarf bei der Einkommensbesteuerung von Dividenden und den Gewinnentnahmen bei Personenunternehmen
VIII. Zusammenfassung

*Die Europäische Kommission hat 2016 eine neue Richtlinie zu einer konsolidierten Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer vorgelegt. Diese Rechtsgrundlage enthält auch einen Vorschlag zum Abzug von Zinsen auf das Eigenkapital der Kapitalgesellschaften. Der Beitrag untersucht, ob sich damit die von der Kommission erhoffte Neu-tralität bezüglich alternativer Formen der Investitionsfinanzierung und eine Stimulation der Investitionstätigkeit sowie Wachstum erreichen lassen. Die wichtigsten Untersuchungsergebnisse sind, dass Finanzierungsneutralität nicht erreicht wird, aber Impulse für mehr Investition und Wachstum ausgelöst werden. Es wird auch darauf hingewiesen, dass mit der rechtlichen Regelung des Abzugs von Eigenkapital unerwünschte Wirkungen entstehen können und wie man diese durch eine geeignete Änderung der Regelungen einschränken kann.*

*The European Commission submitted a new Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base 2016. This legal base contains also a proposal for the deduction of interest on corporate equity. The paper analyses whether this proposal would result, as the Commission is hoping for, in providing tax neutrality with respect to different alternatives of financing investments and stimulating investment as well as growth within the EU-economies. The basic findings are that tax neutrality cannot be achieved. However, the corporations will be motivated to undertake more investments. Further, this paper also point out that the legal framework of the concerned proposal can result in undesirable effects and that this can be restricted by an appropriate change of specific regulations.*

### I. Einleitung

Die Europäische Kommission hat ihren Richtlinienvorschlag für eine „Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage" aus dem Jahr 2011 (GKKB 2011) grundlegend überarbeitet und schlägt neuerdings eine stufenweise Einführung vor. In einem ersten Schritt sollen sich die EU-Mitgliedstaaten über eine Reihe verbindlicher Vorschriften für die „Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage" (GKB) einigen. Für diesen ersten Schritt hat die Europäische Kommission einen eigenständigen Richtlinienvorschlag[1] veröffentlicht (GKB-Richtlinie). Die Konsolidierung auf Basis dieser vereinheitlichten Bemessungsgrundlage soll erst in einem zweiten Schritt erfolgen und sodann die endgültige „Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage" (GKKB) ergeben. Mit der zweistufigen Vorgehensweise verbunden ist die Hoffnung auf eine höhere Akzeptanz unter den Mitgliedstaaten im Vergleich zur GKKB 2011, die nicht zuletzt wegen der formelbasierten Aufteilung der konsolidierten Steuerbemessungsgrundlage (über die Faktoren Arbeit, Vermögenswerte und Umsatz) Skepsis unter vielen EU-Mitgliedstaaten hervorrief.

Mit der GKB-Richtlinie sollen die Bemessungsgrundlagen der einzelnen Körperschaftsteuersysteme in den EU-Mitgliedstaaten vereinheitlicht werden.[2] Besondere steuerliche Fördermaßnahmen sieht die GKB für Forschung & Entwicklung vor. Hierbei werden „Maßnahmen ergriffen, um den Anreizen im Steuersystem für Fremdfinanzierung anstatt Beteiligungskapital ent-

* *Dr. Manfred Rose* ist emeritierter Professor für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Finanzwissenschaft, an der Universität Heidelberg, Ich danke an dieser Stelle Herrn *Dr. Daniel Zöller* für die gemeinsamen Diskussionen zur Identifizierung der Steuerwirkungen aus der Einführung der EU-Zinsbereinigung sowie auch für eine Reihe redaktioneller Änderungsvorschläge zu einer ursprünglichen Fassung meines Beitrags. Mein Dank gilt auch den beiden Gutachtern für ihre Änderungsvorschläge, von denen die meisten bei Erstellung der Endfassung berücksichtigt wurden.

1 *European Commission*, Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, 2016.

2 Es bleibe nicht unerwähnt, dass die GKB auch Bestimmungen zur Sicherung eines Mindestmaßes an Schutz der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage enthält, die im Zuge der Umsetzung zentraler OECD BEPS Maßnahmen bereits mit der sog. Anti Tax Avoidance Directive (ATAD)[2] verbindlich in der EU eingeführt worden sind (insbesondere Zinsschrankenregelung, Entstrickungsbesteuerung, Hinzurechnungsbesteuerung, Double-Dip-Regelungen).

gegenzuwirken, und zwar durch einen Freibetrag für die Beschaffung von Beteiligungskapital. … Dadurch werden Anreize für Unternehmen geschaffen, stabilere Finanzierungsquellen zu erschließen und Kapitalmärkte in Anspruch zu nehmen."[3] Ermittlungstechnisch bedeutet dies, dass bestimmte fiktive Eigenkapitalzinsen zukünftig als Betriebsausgaben abzugsfähig sind.

Der vorliegende Beitrag untersucht diesen Vorschlag, womit sich die Europäische Kommission zu einem vollständig neuen Ansatz der Regelungen zur steuerlichen Absetzbarkeit von Finanzierungskosten entschieden hat. Standardisierte Eigenkapitalzinsen sollen allerdings nur für neu gebildetes Eigenkapital und dabei für eine begrenzte Zeit abzugsfähig sein. Der auf das neue Eigenkapital anzuwendende fiktive Eigenkapitalzins müsse sich aus einem risikofreien Zinssatz und einer Risikoprämie zusammensetzen und würde unter aktuellen Marktbedingungen 2,7 % betragen[4].

In Europa ist die Besteuerung zinsbereinigter Gewinne – mit jeweils besonderen Ausgestaltungsformen – bereits im Unternehmenssteuerrecht von Belgien, Italien und Liechtenstein verankert.[5]

In den Abschnitten II und III wird in Kurzform dargestellt, welche ökonomischen Wirkungen aus der Einführung einer Besteuerung zinsbereinigter Unternehmensgewinne zu erwarten und welche spezifischen rechtlichen Regelungen hierfür erforderlich sind. Auf dieser Referenzgrundlage wird dann im Abschnitt IV die rechtliche Ausgestaltung der Zinsbereinigung nach dem Richtlinienentwurf dargestellt. Unter Berücksichtigung der im Anhang vorgenommenen Analysen wird im Abschnitt IV eine Abschätzung der damit zu erwartenden Wirkungen vorgenommen. Im Abschnitt VI werden Änderungen der Regelungen zur Zinsbereinigung im Richtlinienvorschlag vorgeschlagen, die einer besseren Absicherung der von der Kommission erhofften Wirkungen dienen sollen. Auf dieser Grundlage enthält Abschnitt VII Hinweise auf den korrespondierenden Reformbedarf bei der Besteuerung von Gewinnen der Personenunternehmen und privaten Kapitaleinkünfte.

## II. Maßgebliche Wirkungen aus der Einführung einer Besteuerung zinsbereinigter Unternehmensgewinne

In den Steuerwissenschaften wird eine zinsbereinigte Unternehmenssteuer schon längere Zeit als eine attraktive Alternative zur traditionellen Besteuerung von Unternehmensgewinnen vorgeschlagen. Mit den folgenden Darstellungen werden die wichtigsten Wirkungen einer solchen Steuer im Vergleich zur traditionellen Gewinnbesteuerung, d.h. jener ohne Eigenkapitalzinsabzug beschrieben.

Ein rein *traditionelles System* der Besteuerung von Unternehmensgewinnen gewährt auf der Unternehmensebene nur den Abzug der auf das Fremdkapital gezahlten Zinsen. Kapitalerträge (Dividenden bzw. auch Gewinnentnahmen), die auf der Unternehmensebene durch eine Gewinnsteuer belastet wurden, unterliegen auf der Ebene des Unternehmers oder Gesellschafters keiner weiteren Besteuerung. Nachweislich kann hiermit die Neutralität der Finanzierung von Investitionen und Finanzanlagen gewährleistet sein, d.h. die ohne Steuern aus Sicht des Investors optimale Rangfolge der Finanzierungsformen (Beteiligungs-, Selbst- und Fremdfinanzierung) wird durch die Erhebung von Steuern nicht verändert.[6]

Das traditionelle Steuersystem verzerrt jedoch die Investitionsentscheidungen der Unternehmen sowie die Konsum-/Sparentscheidungen der Haushalte. Dabei kann je nach dem zeitlichen Verlauf der Einnahmenüberschüsse und der steuerlich zulässigen Abschreibungen eine in der Welt ohne Steuern rentable Investition nach Einführung von Steuern für den Investor nicht mehr günstig sein oder auch eine ohne Steuern nicht durchgeführte Investition nach Steuern im Vergleich zu einer Alternativanlage vorteilhafter erscheinen. Die letztere Wirkung entspricht nicht der intuitiven Erwartung bezüglich des Einflusses einer Gewinnsteuer auf Investitionsentscheidungen, bleibt jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Dieter Schneider hat für dieses Phänomen den Begriff Steuerparadoxon eingeführt.[7]

---

3 *Europäische Kommission*, *Pressemitteilung* vom 25.10.2016, S. 2. Siehe auch *Europäische Kommission*, Vorschlag einer Richtlinie über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, 2016, S. 12: „Im Rahmen der Neuauflage der Initiative soll das Ungleichgewicht behoben werden, das durch die Tatsache geschaffen wird, dass für Darlehen gezahlte Zinsen von der gemeinsamen Bemessungsgrundlage eines Steuerpflichtigen abzugsfähig sind, während dies für Gewinnausschüttungen nicht gilt. Dies schafft definitiv einen Vorteil zugunsten einer Fremdkapitalfinanzierung im Vergleich zur Eigenkapitalfinanzierung."

4 Siehe *Europäische-Kommission, Pressemitteilung* vom 25.10.2016, S. 2.

5 Zur früheren und gegenwärtigen Regelung einer Besteuerung um Eigenkapitalzinsen bereinigter Unternehmensgewinne in einigen Ländern siehe *ZEW*, Konsequenzen einer zinsbereinigten Bemessungsgrundlage für die Steuerbelastung deutscher Unternehmen und das Steueraufkommen, 2012, S. 91 ff. sowie *Busch*, Attraktivität- und Aufkommenswirkungen zinsbereinigter Steuersysteme, 2015, Abschnitte 4 und 5. In der Schweiz sollte eine bestimmte zinsbereinigte Gewinnermittlung im Rahmen der Unternehmenssteuerreform III umgesetzt werden, das Referendum hierzu haben die Wähler in der Schweiz jedoch jüngst abgelehnt.

6 Beteiligungsfinanzierung bezeichnet dabei eine Mittelgewinnung zur Investitionsfinanzierung durch Kapitaleinbringungen der Eigentümer bzw. Gesellschafter, Selbstfinanzierung eine Mittelgewinnung durch Zurückbehaltung von Gewinnen und Fremdfinanzierung eine Mittelgewinnung durch Aufnahme von Krediten und damit Bildung von Fremdkapital. Siehe einen kurzgefassten Nachweis der steuerlichen Finanzierungsneutralität im traditionellen System auf Basis des Kapitalkostenansatzes im ersten Teil des Anhangs.

7 Vgl. *Sigloch*, Ertragsteuerparadoxa, 2009, der sich in seinem Beitrag auf das in *Schneider*, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 1992, S. 246 ff. dargestellte Theorem bezieht, unterscheidet anschaulich und informativ verschiedene Arten des Steuerparadoxons (positiv bzw. negativ) bei Fremd- und Eigenfinanzierung und bei Gewinn bzw. Verlust. Anhand zeitlicher Ertrags- und Abschreibungsverläufe zeigt er weiterhin, dass sich ein Steuerparadoxon auch bei linearer steuerlicher Abschreibung durch relativ später anfallende Erträge ergeben kann.

Der Einfluss der ertragsteuerlichen Vorschriften zur Bewertung von Wirtschaftsgütern und sowie auch zu Art und Höhe steuerlich zulässiger Rückstellungen kann für das betreffende Unternehmen nicht nur vorteilhaft, sondern auch nachteilig sein. Der Fiskus wird dann in der Regel zeitlich vorgezogene Steuereinnahmen realisieren, was für ihn einen Zinsvorteil hat. Regelmäßige Diskussionen um Bewertungsfragen bei Betriebsprüfungen lassen sich auf diese Weise ökonomisch erklären. Die steuerliche Neutralität bei Investitionsentscheidungen ist im traditionellen Steuersystem allein durch Anwendung der Ertragswertabschreibung[8] gewährleistet. Sie lässt sich jedoch auf Grund ihres subjektiven Charakters nicht praktizieren. Somit führt das anwendbare steuerliche Bewertungsrecht in der Regel zu einer Veränderung der ohne Steuern gerade noch durchführbaren Investition in Sachanlagen (Grenzinvestition) sowie der Rangfolge von Realinvestitionen, deren Renditen die Renditen alternativer Finanzinvestitionen übersteigen.

Sind die aus traditionell versteuerten Gewinnen ausgezahlten Dividenden von den Empfängern zu versteuern, z.B. wie in Deutschland gemäß der Abgeltungssteuer oder im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens, geht damit eine zusätzliche steuerliche Belastung der Finanzierung über neues Eigenkapital einher. Ist ein Unternehmer auf solche Investitionsfinanzierungen angewiesen, wird er wegen der Doppelbelastung der Dividenden die ohne Steuern noch vorteilhafte Grenzinvestition nicht mehr durchführen. Das Steuersystem führt also zu einer potenziellen Einschränkung der unternehmerischen Investitionstätigkeit.

Gegenüber der traditionellen Besteuerung von Unternehmensgewinne erscheint eine – systematisch korrekt ausgestaltete – *zinsbereinigte Gewinnbesteuerung* unter Effizienzaspekten insofern vorteilhafter, weil sie unternehmerische Entscheidungen bezüglich alternativer Formen der Finanzierung wie auch bezüglich Art, Umfang und der vorteilsorientierten Rangfolge von Investitionen nicht verzerrt.[9] Weiterhin kann auch die Neutralität bezüglich alternativer Gewinnermittlungsvorschriften, d.h. hier des Wertansatzes von Wirtschaftsgütern und Schulden in der Steuerbilanz gewährleistet sein. Die steuerliche Entlastung aus dem zulässigen Ansatz von gegenüber den ökonomischen Wertansätzen günstigeren steuerlichen Wertansätzen wird nämlich dadurch vollständig neutralisiert, dass aufgrund des geminderten Eigenkapitals zukünftig geringere Eigenkapitalzinsen abziehbar sind. Anders als im traditionellen Steuersystem kann der Investor also durch die zulässige Bildung von Rückstellungen für bestimmte Betriebsausgaben in der Zukunft bis zu deren Auflösung keinen Zinsvorteil gewinnen. Umgekehrt trägt der Investor keine zusätzlichen Steuerlasten, falls nach dem *steuerlichen Bewertungsrecht* z.B. die ökonomische Abschreibung eines Investitionsgutes seiner steuerlichen zeitlich vorangeht. In diesem Fall erfolgt die Neutralisierung dieser (scheinbaren) Belastung durch den Abzug höherer Eigenkapitalzinsen in der Folgezeit.[10] Man kann insofern hier auch von der Neutralität der Anwendung des steuerlichen Bewertungsrechts sprechen.

Sind mit unternehmerischen Investitionen in einzelnen Perioden Verluste zu erwarten, die wegen fehlender Ausgleichmöglichkeit mit anderen Gewinnen des Unternehmens – hierbei auch mit solchen früherer Jahre (Verlustrücktrag) – vorzutragen sind, bleibt die Entscheidungsneutralität nur dann gewährleistet, wenn in nachfolgenden Perioden bei erfolgsbedingten Ausgleichsmöglichkeiten nicht nur der *Verlustvortrag* verrechnet werden darf, sondern auch die darauf entfallen *Zinsen* – berechnet mittels Anwendung des Eigenkapitalzinssatzes.[11]

Die steuerliche Neutralität bei Investitionsentscheidungen ist im System der reinen Zinsbereinigung weiterhin nur dann erreichbar, wenn auch Kapitalerträge auf der privaten Ebene mit ihrem der marktüblichen Verzinsung des Sparkapitals entsprechenden Teil steuerfrei[12] sind und der Eigenkapitalzinssatz mit dem Zinssatz für Investitionskredite übereinstimmt. Unterliegen die *marktüblichen Erträge privater Kapitalanlagen* jedoch der Besteuerung, so sind Investitions- und Finanzierungsneutralität in umfassenden Sinn nur erreichbar, wenn der Sparer eine mit der „Spardose" Unternehmen vergleichbare steuerliche Behandlung seiner Kapitalerträge beanspruchen darf. Marktübliche Kapitalerträge würden erst dann der persönlichen Einkommenssteuer oder wie gegenwärtig der Abgeltungssteuer unterliegen, wenn sie für Konsumzwecke oder andere private Zwecke verwendet werden.[13] Hierzu müssten alle natürlichen Personen das Recht haben, ein *„qualifiziertes Bankkonto"*[14] zu führen, auf

8 In diesem Fall stimmt der Kapitalwert einer Investition in der (fiktiven) Situation ohne Steuern mit ihrem Kapitalwert bei Erhebung einer Gewinnsteuer überein, womit die Gewinnsteuer Investitionsentscheidungen nicht verzerrt. Die für die Steuerpraxis anwendbaren Bewertungsvorschriften, also hier vor allem die Abschreibungsregeln, bewirken dann eine Verzerrung unternehmerischer Investitionsentscheidungen.

9 Das Konzept einer Besteuerung neben Fremdkapitalzinsen auch durch Eigenkapitalzinsen bereinigter Unternehmensgewinne geht maßgeblich auf *Wenger*, Finanzarchiv 1983 und *Boadway/Bruce*, Journal of Public Economics 1984 zurück. Zur uneingeschränkten Gewährleistung der Entscheidungsneutralität müssen bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Hier vor allem die Übereinstimmung des Zinssatzes für Investitionskredite mit der Rendite einer als Alternativinvestition fungierenden risikolosen Finanzanlage, ein heute und mit Gewissheit auch zukünftig geregelter einheitlicher Steuersatz sowie eine symmetrische steuerliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten. Es kann und soll an dieser Stelle auch nicht darum gehen, die inzwischen umfangreiche Literatur zum Konzept einer Besteuerung zinsbereinigter Unternehmensgewinne zu würdigen. Neue Aspekte vermitteln auf jeden Fall die Arbeiten von *Zöller*, Die Zinsbereinigte Gewinnsteuer (ZGS), 2011, *ZEW* (FN 5) und *Busch* (FN 5).

10 Letztlich bewirkt das reine System der Zinsbereinigung, dass die Kapitalwerte aller Investitionsprojekte in der Situation ohne Steuern bei dem Gewinnsteuersatz s um den Steuerfaktor (1-s) gekürzt werden. Die Rangfolge der Investitionsprojekte nach ihrer Vorteilhaftigkeit wird also durch die Steuer nicht verändert.

11 Dies impliziert die in FN 9 erwähnte symmetrische steuerliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten.

12 Hier wäre der Ertrag einer risikolosen Finanzanlage als Abzug von den erhaltenen Kapitaleinkünften anzusetzen.

13 Diesen Nachweis hat erstmalig *Zöller* (FN 9) erbracht.

14 Siehe hierzu auch *Rose/Scholz/Zöller*, StuW 2009.

dem marktübliche Zinsen sowie Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von Unternehmensanteilen (Aktien) bis zu ihrer steuerpflichtigen Entnahme steuerfrei reinvestiert werden können.

Für die gesamtwirtschaftliche Beurteilung der zu erwartenden Wirkungen aus der Einführung einer Besteuerung zinsbereinigter Unternehmensgewinne ist zweifelsohne von großer Bedeutung, wie die *Gegenfinanzierung einer* solchen *Reform* erfolgen sollte. Mögliche Antworten zu dieser Frage für eine Einführung in Deutschland bieten vor allem die Studien von Kiesewetter/Rumpf und des ZEW.[15] Die Wahl der Gegenfinanzierung hat auch maßgebliche Bedeutung für die Ermittlung der *gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtseffekte*, wobei sich eine mögliche Verstärkung der steuerlichen Verzerrung der Arbeitsangebotsentscheidungen (d.h. der. Konsum-/Freizeitentscheidungen der Haushalte) wohlfahrtsmindernd auswirken kann. Zu berücksichtigen sind für die Ermittlung der gesamtwirtschaftliche Vorteilhaftigkeit eines Übergangs von der traditionellen zur zinsbereinigten Gewinnsteuer weiterhin auch Verteilungseffekte.[16]

Oft wird zur Einführung der Zinsbereinigung in einem Land die Frage gestellt, ob und wie die *anderen Länder* mit traditioneller Gewinnbesteuerung *Abwehrmaßnahmen* zum Schutz des eigenen Standortes für Investitionen ergreifen könnten. Dies betrifft letztlich die erhöhten Dividenden, die inländische Tochtergesellschaften an ihre ausländischen Muttergesellschaften ausschütten, sowie die erhöhten Nettogewinne von Betriebsstätten ausländischer Unternehmen. Da diese Investitionserträge letztlich im Ausland der Einkommensbesteuerung unterliegen, gewinnt der dortige Fiskus höhere Einnahmen. Möchte der ausländische Staat trotzdem das bisherige Niveau der betreffenden Erträge nach Steuern wahren, müssen Dividenden sowie Gewinne inländischer Betriebsstätten ausländischer Unternehmen durch eigene Steuern höher belastet werden, faktisch durch eine Hinzurechnungsbesteuerung. Hierzu könnte der Anwendungsbereich der Missbrauchsvermeidungsvorschriften ausgedehnt werden. Oft ist dies allerdings nur durch eine entsprechende Änderung des jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommens möglich. Dabei kommen sicherlich alle durch die jeweiligen Ermittlungsvorschriften in den einzelnen Ländern bewirkten steuerlichen Vergünstigungen auf den Tisch. Hierzu gehört auch der Vorteil im Ausland ansässiger Unternehmen aus der mittels Sonderabschreibungen erreichbaren Renditenverbesserung, die im Inland gerade wegen der Zinsbereinigung nicht mehr möglich ist. Soweit bekannt ist, hat Kroatien in der Zeit der Anwendung einer Besteuerung zinsbereinigter Unternehmensgewinne von 1994 bis 2000 bei den Abschlüssen sowie Verhandlungen über Doppelbesteuerungsabkommen damit keine Probleme gehabt. Weder wurde der Abschluss deshalb verweigert noch musste Kroatien eine Sondersteuer des ausländischen Staates akzeptieren. Zu einer Revision von Doppelbesteuerungsabkommen auf Grund von Abwehrmaßnahmen ist es wohl auch nicht bei Einführung der Zinsbereinigung in Italien, Belgien und Liechtenstein gekommen.

## III. Erforderliche rechtliche Ausgestaltung des Abzugs von Eigenkapitalzinsen zur Gewährleistung der angestrebten Entscheidungsneutralität

Ausgangspunkt für die *Ermittlung des Eigenkapitals*[17] im System der Zinsbereinigung ist der in der Steuerbilanz am Jahresanfang ausgewiesene Gesamtbestand aus einbezahltem Grund- bzw. Stammkapital, Rücklagen, Rückstellungen für noch nicht beglichene sowie ungewisse Körperschaftsteuerschulden und Gewinnvorträgen. Zu modifizieren ist dieser Eigenkapitalbestand insbesondere um

- den Abzug/die Ergänzung der jahresanfänglich vorhandenen nicht betriebsnotwendigen Vermögenswerte/Schulden;
- den Abzug der jahresanfänglichen Buchwerte aller qualifizierten Beteiligungen;
- den Abzug/die Ergänzung unterjähriger Minderungen/Erhöhungen des Eigenkapitals.

Zum Eigenkapital gehören also neben dem von Eigentümern bzw. Gesellschaftern eingelegten Kapital auch Bestandteile der am Jahresanfang in der Steuerbilanz ausgewiesenen Teile früherer Gewinne (Reserven), die bis zum Abschluss des vergangenen Steuerjahres im Unternehmen verblieben sind. Dies gilt natürlich auch für aufgrund eines Steuerbescheids bereits feststehende und deshalb als Verbindlichkeiten bilanziell ausgewiesene Gewinnsteuerschulden sowie für jene, die aufgrund der vergangenen Jahresergebnisse noch nicht getilgt sind und deshalb unter der Rubrik *Steuerrückstellungen* aufgeführt werden. Auch wenn solche vom Eigenkapital bilanziell ausgegrenzten Gewinnteile eine andere Bezeichnung aufweisen, gehören sie nach dem Konzept der Zinsbereinigung dennoch zum schutzbedürftigen Eigenkapital. Hiermit können nämlich bis zur Tilgung der betreffenden Steuerschulden betriebliche Aufwendungen und Anschaffungen von Sachanlagen finanziert werden, die dann zu steuerpflichtigen Erträgen mit dem Abzug der Zinsen auf das betreffende Eigenkapital führen. Wenn z.B. nach derzeitigem Ertragssteuerrecht Liechtensteins die Ermittlung des maßgebenden Eigenkapitals ohne Berücksichtigung von Rückstellungen für noch zu zahlende Ertragsteuern zu erfolgen hat[18], dann entgeht

15 Siehe *Kiesewetter/Rumpf*, Was kostet eine finanzierungsneutrale Besteuerung von Kapitalgesellschaften?, 2009 sowie *ZEW* (FN 5).

16 Ergebnisse zu solchen Wirkungen bietet u.a. die Studie von *Fehr/Wiegard*, in: FS Rose, 2003.

17 Zu einer Ermittlung des steuerlichen Eigenkapitals durch Verwendung neu konzipierter Steuerformulare siehe *Rose*, Besteuerung zinsbereinigter Gewinne persönlich geführter Unternehmen, fortlaufend.

18 Die Regelungen zum Abzug von Eigenkapitalzinsen sind im Artikel 54 des Gesetzes vom 23.9.2010 über die Landes- und Gemeindesteuer (*Steuergesetz*) und in den Artikeln 32 sowie 32a der Verordnung vom 21.9.2010 über die Landes- und Gemeindesteuern enthalten. Diesen Vorschriften ist nicht zu entnehmen, dass Rückstellungen für noch zu zahlende Erwerbssteuer der natürlichen Personen und Ertragsteuer juristischer Personen zum maßgeblichen Eigenkapital für die Ermittlung der Eigenkapitalzinsen gehören.

dem betreffenden Unternehmen eine systematisch gebotene Entlastung.

*Qualifizierte Beteiligungen* sind Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften, wenn die Beteiligungserträge (Dividenden sowie Veräußerungsgewinne) auf Grund eines Schachtelprivilegs auf der Ebene des haltenden Unternehmens steuerfrei sind. Mit dem Abzug der qualifizierten Beteiligungen vom Eigenkapital gemäß Steuerbilanz wird eine sonst mögliche steuerliche Doppeltentlastung aus dem Abzug sämtlicher Finanzierungskosten (inkl. Eigenkapitalzinsen) auf der Ebene des beteiligten Unternehmens einerseits und gleichzeitiger Steuerfreiheit der Beteiligungserträge andererseits vermieden. Grundsätzlich kann sich durch den Abzug der qualifizierten Beteiligungen auch ein *negatives Eigenkapital* ergeben, womit Eigenkapitalzinsen als fiktiver Ertrag die Bemessungsgrundlage der Gewinnsteuer erhöhen. Nach dem Steuerrecht Liechtensteins wird dies explizit ausgeschlossen.[19] Damit ergeben sich Möglichkeiten für eine Steuerlastminderung durch bestimmte Gesellschaftsstrukturen. Bei Ausschluss eines negativen Eigenkapitals, das durch einen mit neuen Schulden finanzierten Beteiligungserwerb entstandenen ist, würde nämlich die Muttergesellschaft mit dem vollständigen Abzug der Kreditzinsen von anderen Gewinnen eine systemwidrige Steuerermäßigung erhalten. Durch eine geschickte Aufspaltung eines Unternehmens in Unternehmen zweier Teilgesellschaften lässt sich also die asymmetrische Behandlung von positivem und negativem Eigenkapital systematisch ausnutzen, um die Steuerschuld zu verringern.[20]

Größte Sorgfalt erfordert auch die rechtliche Regelung der zeitanteilig zu berücksichtigenden unterjährigen Abgänge und Zugänge von Eigenkapital. So ist u.a. zu beachten, dass *Teile des Jahresgewinns keine* zu berücksichtigenden *Eigenkapitalzugänge* darstellen. Nach dem Prinzip der Besteuerung zinsbereinigter Gewinne ist ein Belastungsschutz der zu neuem Eigenkapital führenden Gewinne in Höhe der Eigenkapitalrendite nämlich nur dann gerechtfertigt, wenn die Gewinne bereits versteuert wurden. Während des Steuerjahres gebildete Gewinne haben indes noch nicht der Gewinnbesteuerung unterlegen. Eine positive Erfassung als berücksichtigungsfähiges Eigenkapital bereits im Entstehungsjahr ist systematisch daher nicht gerechtfertigt. Entsprechend dürfte ein Jahresverlust auch nicht zu einer Minderung des maßgebenden Eigenkapitals für den Zinsabzug führen. Unter diesen Aspekten ist es zu begrüßen, dass der Steuergesetzgeber Liechtensteins die ursprünglich mögliche Berücksichtigung des halben Jahresergebnisses als Eigenkapitalzugang ab März 2013 abgeschafft hat.[21]

Als Eigenkapitalabgänge sind weiterhin die Tilgungen von Schulden der jeweiligen Gewinnsteuer (z.B. der Körperschaftsteuer), nicht abzugsfähige Betriebsausgaben sowie verdeckte Ausschüttungen zu berücksichtigen. Letzterer Abzug war nach dem Steuerrecht Liechtensteins vorgesehen, ist aber nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr zu berücksichtigen.[22]

Zur Sicherung der möglichen Entscheidungsneutralität einer zinsbereinigten Gewinnsteuer ist es weiterhin unabdingbar zu regeln, dass *Verluste* – auch wenn sie aus dem Abzug von Eigenkapitalzinsen entstanden sein sollten – unbegrenzt vortragsfähig sein müssen. Zu einem solchen Vortrag gehören auch Eigenkapitalzinsen, wenn ihr Abzug zu einer negativen Bemessungsgrundlage führt oder eine solche erhöht.[23] Hierbei ist dann zu beachten, dass bei der späteren Verrechnung eines Verlustvortrags auch die darauf *entfallenden Eigenkapitalzinsen* als weitere Betriebsausgaben abzugsfähig sind. Regelt der Gesetzgeber aus fiskalischen Gründen, dass die Verrechnung von Verlustvorträgen bis zu einem bestimmten Teil des Gewinns begrenzt ist, erleidet das Unternehmen wegen der Verzinsung des in die Folgejahre vorzutragenden restlichen Verlustvortrags keinen Nachteil aus einer solchen Einschränkung.

Die Regelungen der Zinsbereinigung in dem jeweiligen Steuerrecht betreffen natürlich auch den auf den maßgebenden Eigenkapitalbestand anzusetzenden Zinssatz – hier *Eigenkapitalzins* genannt. Allein unter administrativen Aspekten kann dieser nicht unternehmensindividuell, sondern nur für alle Unternehmen einheitlich bestimmt sein. In der Literatur zur Frage eines unter theoretischen Aspekten geeigneten und dabei standardisierten Eigenkapitalzinses dominiert die Empfehlung, ihn mit der Rendite einer tendenziell risikolosen Anlage auf Kapitalmärkten festzusetzen. Hierbei wird oft auf die Rendite 10-jähriger Staatsanleihen verwiesen. Grundlage dieser Regelung ist die Annahme, dass der Investor als Eigentümer oder Anteilseigner eines persönlich geführten Unternehmens dann sein verfügbares Kapital für eine dortige Realinvestition verwenden wird, wenn deren Rendite mindestens der Rendite einer risikolosen Finanzanlage entspricht. Fane, Bond und Devereux kommen mit ihren entscheidungstheoretischen Analysen zu dem Ergebnis, dass die Investitionsneutralität dieser Festsetzung des Eigenkapitalzinses auch für risikobehaftete Investitionsprojekte gewährleistet ist.[24] Nach Panteghini[25] gelten diese Theoreme nicht mehr, wenn Verluste durch einen gesetzlich unzureichend geregelten Vortrag bzw. Rücktrag nicht zu einer vollständigen Steuererstattung führen, womit sie nicht symmetrisch zu der Besteuerung von Gewinnen behandelt werden. Ei-

19 Siehe hierzu *Steuergesetz* (FN 18), Art. 54 (2d).

20 Siehe hierzu ein Gestaltungsbeispiel in *Rose*, Liechtenstein auf dem Weg zu einem neuen Steuersystem, 2011, S. 88 f.

21 Vgl. hierzu *Steuergesetz* (FN 18), Fassung ab 1.3.2013 mit seiner Fassung davor.

22 Vgl. hierzu Steuergesetz (FN 18), Fassung ab 5.12.2015 mit seiner Fassung davor. Nicht abzugsfähige Betriebsausgaben werden im Steuergesetz (FN 18), Art. 54, nicht aufgeführt, sind wohl deshalb auch nicht anzusetzen.

23 Nach dem *Steuergesetz* (FN 18) Liechtensteins regelt der dortige Artikel 54 (1) systemwidrig „Durch den Eigenkapital-Zinsabzug kann kein laufender Verlust entstehen oder sich erhöhen".

24 Vgl. *Fane*, Journal of Public Economics 1987, *Bond/Devereux*, Journal of Public Economics 1995 und *Bond/Devereux*, Journal of Public Economics 2003.

25 Siehe Panteghini, On Corporate Tax Asymmetries and Neutrality, 2000.

ne *Asymmetrie* bezüglich der steuerlichen Behandlung von Verlusten liegt im Übrigen auch dann vor, wenn abzugsfähige Eigenkapitalzinsen im Verlustfall nicht vortragsfähig sowie die auf vorgetragene Verluste entfallenden Zinsen nicht abzugsfähig sind. Ungewissheit bezüglich des zukünftigen Steuersatzes impliziert eine weitere Verzerrung der Investitionsentscheidung bei Anwendung der Rendite risikoloser Finanzanlagen als Mindestrendite. Panteghini (FN 25) zeigt, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch bei diesen Rahmenbedingungen Entscheidungsneutralität dadurch erreicht werden kann, dass der Eigenkapitalzins die Rendite risikoloser Anlagen übersteigt und damit die aufgeführten Unvollkommenheiten zu kompensieren vermag. Diese als Risikoaufschlag zu interpretierende Erhöhung der traditionell favorisierten Mindestrendite hängt allerdings von Erwartungen des Investors hinsichtlich zukünftiger Gewinne und möglicher Verluste ab, ist also subjektiv bestimmt. Weiterhin gibt es spezifische Besonderheiten bei Investitionsprojekten bezüglich ihrer zeitlichen Durchführung und möglichen Veräußerung, die für den adäquaten Risikoaufschlag bestimmend sind. Für den Steuerpolitiker ist diese Botschaft nicht besonders hilfreich. Sofern er einen bestehenden unvollkommenen Verlustausgleich aus politischen Gründen nicht zu ändern und auch Gewissheit bezüglich zukünftiger Steuersätze nicht zu garantieren vermag, kann er nur den Risikoaufschlag für alle Unternehmen einheitlich arbiträr festsetzen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass insbesondere große Unternehmen interne Verlustausgleichsmöglichkeiten haben, so dass der Abzug von Eigenkapitalzinsen mit Risikoaufschlag für sie quasi eine nicht gerechtfertigte Steuerentlastung impliziert.

Besonderheiten für die Wahl eines geeigneten Eigenkapitalzinses ergeben sich auch aus den Unvollkommenheiten des Kapitalmarktes, womit der Zinssatz für Investitionskredite die Rendite einer risikolosen Kapitalanlage übersteigt. Ist der Unternehmer auf Grund unzureichender eigener Mittel dazu gezwungen, Kredite zur Investitionsfinanzierung aufzunehmen, wird er bei einer Investitionsrendite in Höhe der Rendite einer risikolosen Anlage nicht in der Lage sein, die Kreditzinsen zu zahlen. Die Mindestrendite für die Beurteilung der Vorteilhaftigkeit einer Realinvestition übersteigt bei Mischfinanzierungen damit den Ertrag aus risikolosen Finanzinvestitionen. Werden Investitionen nur durch Eigenkapital finanziert, so ist grundsätzlich zu fragen, ob Unternehmer bei ihren Entscheidungen, Privatkapital für die Finanzierung von Investitionen zu verwenden, als Mindestrendite tatsächlich nur die Rendite risikoloser Finanzanlagen und nicht einen höheren Kalkulationszins wählen. Diese Grundsatzfrage lässt sich wohl nur auf empirischem Weg klären.

Eine weitere Besonderheit für die Wahl eines adäquaten Eigenkapitalzinsen ergibt sich bei solchen Kapitalgesellschaften wie auch Personengesellschaften, deren Anteilseigner nur einen geringen oder keinen Einfluss auf die Investitionsentscheidungen in dem betreffenden Unternehmen haben. Bestimmend sind hier die Präferenzen der Manager, die sich u.a. auf die Sicherung eines hohen Einkommens und von Machtpositionen erstrecken. Diese Ziele lassen sich wohl kaum durch Investitionsrenditen in Höhe der Rendite einer risikolosen Kapitalanlage realisieren. Berücksichtigt man weiterhin, dass die Kapitalgeber (Anteilseigner) oft keinen Einfluss auf das Risikomanagement des Unternehmens haben, werden ihre Mindestanforderungen bezüglich der Dividenden wohl den Alternativertrag aus risikolosen Finanzanlagen übersteigen. Es kann davon ausgegangen werden, dass Manager solcher Gesellschaften ihre Investitionsentscheidungen vornehmlich unter Einbeziehung der für sie auf der Unternehmensebene maßgeblichen Finanzierungskosten treffen. Unter steuerlichen Aspekten ist die Grundvoraussetzung für steuerliche Finanzierungsneutralität dann gegeben, wenn die Kosten aller wählbaren Finanzierungarten als Betriebsausgaben abzugsfähig sind. Bezüglich der Zinsen bei Fremdfinanzierung sollte dies eigentlich schon jetzt gewährleistet sein. In vielen Ländern ist jedoch die Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen beschränkt, so in Deutschland durch in § 4h EStG geregelte Zinsschranke. Für die Finanzierung mit Eigenkapital wäre die Absetzbarkeit der Dividenden als relevante Finanzierungkosten bis zur Höhe der abziehbaren Eigenkapitalzinsen möglich. Die Frage nach der hier erforderlichen Mindestrendite hängt dann von der erforderlichen Dividende ab. Wäre sie z.B. durch die auf den Marktwert (Börsenwert) des betreffenden Anteils angewendete Rendite risikoloser Kapitalanlagen bestimmt, müsste das Unternehmen dennoch eine höhere Eigenkapitalrendite erzielen, da der Marktwert der Anteile in der Regel das nach Steuerbilanz maßgebliche Eigenkapital des Unternehmens übersteigt. Nicht nur aus diesem Grund erscheint es unwahrscheinlich, dass Manager ihre Renditeanforderung bei Investitionsentscheidungen – im eigenen Interesse wie auch im Interesse der Anteilseigner – in Höhe der Rendite einer für sie eigentlich nicht wählbaren risikolosen Kapitalanlage festsetzen. Eher ist damit zu rechnen, dass die für den Kapitaldienst bei Kreditfinanzierung erforderliche Rendite auch als Mindestrendite bei Finanzierung mit Eigenkapital fungiert. Bei einem solchen Verhalten der Investoren, das allerdings noch nicht durch ausreichende empirische Untersuchungen als dominierend gesichert ist, müssten Steuerpolitiker den Eigenkapitalzins in Höhe eines repräsentativen durchschnittlichen Zinssatzes für Investitionskredite festsetzen. Dabei ist zu beachten, dass die von den Eigentümern bzw. Anteilseignern persönlich geführten Unternehmen eine entscheidungstheoretisch nicht gerechtfertigte Steuerentlastung erfahren, wenn die Rahmenbedingungen ihrer Investitionen es erlauben, zur Gewährleistung der angesprochenen Neutralität eine Mindestrendite näher zum Zinssatz risikoloser Finanzanlagen zu wählen.

Zur Sicherung Entscheidungsneutralität bezüglich Finanzierung, Höhe und Rangfolge vorteilhafter Investitionen ist neben der Zinsbereinigung der Gewinne auf der Unternehmensebene auch eine hierzu korrespondierende einkommensteuerliche Belastung von Dividenden und anderen Erträgen aus Finanzanlagen des Privatvermögens erforderlich. Hierauf wird im Abschnitt VII eingegangen.

## IV. Rechtliche Ausgestaltung des Abzugs von Eigenkapitalzinsen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission

Artikel 11 Absätze 1 bis 3 der GKB-Richtlinie regelt, dass der berücksichtigungsfähige *FWI-Eigenkapitalbestand – weitgehend systemgerecht* – nach den Bilanzgliederungen gemäß Anhang III bzw. IV der Richtlinie 2013/34/EU oder den in der EU anerkannten Internationalen Rechnungslegungsstandards zu ermitteln ist. Die erforderliche Ausgrenzung nicht betriebsnotweniger Vermögensteile wird allerdings nicht angesprochen. Unerwähnt bleibt auch die erforderliche Hinzufügung der – systematisch berücksichtigungsfähiges Eigenkapital darstellenden – Rückstellungen für zu erwartende bzw. Verbindlichkeiten für bereits durch Bescheid feststehende *Körperschaftsteuerschulden*. Weithin *fehlt* eine Regelung bezüglich Bestimmung des Eigenkapitals nach den Bewertungsvorschriften der *Steuerbilanz*. Dies hätte unter Hinweis auf die steuerlichen Vorschriften gemäß Artikel 30 ff. der GKB-Richtlinie geschehen können.

Von besonderer Bedeutung ist, dass Beteiligungsbestände gemäß Artikel 11 Absatz 1 der GKB-Richtlinie als qualifiziert gelten und damit abzuziehen sind, wenn es sich um *Anteile an verbundenen Unternehmen* handelt. Nach Artikel 56 der GKB-Richtlinie sind dies Anteile, die dem steuerpflichtigen Unternehmen mehr als 20 Prozent der Stimmrechte oder mehr als 20 Prozent der Eigentümerrechte gewähren. Weiterhin kann auch ein signifikanter Einfluss auf die Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens dem hier relevanten Qualifikationsmerkmal entsprechen. Damit unterbleibt – systemwidrig – eine Minderung des berücksichtigungsfähigen Eigenkapitals auch dann, wenn die Erträge steuerfrei sind und die Beteiligung an einem im Sinne der GKB nicht verbundenen Unternehmen besteht. Es wäre unschwer möglich gewesen zu regeln, dass jene im Anlagevermögen gehaltenen Beteiligungen nicht zum maßgebenden Eigenkapital gehören, deren Erträge gemäß Artikel 8 Buchstaben (c) und (d) der GKB-Richtlinie steuerfrei sind.

Grundlage für die Anwendung des Eigenkapitalzinses ist nach Artikel 11 Absätze 3 und 4 das Eigenkapital am Ende des Steuerjahres nach Abzug des Eigenkapitals zu Beginn des Jahres, für das der Steuerpflichtige seinen Gewinn nach den Regeln der GKB-Richtlinie erstmalig ermittelt. Also gilt der Abzug von *Eigenkapitalzinsen nur für das neu gebildete Eigenkapital*. Daraus ergibt sich eine Reihe unter rechtlichen Aspekten zu lösender *Abgrenzungsprobleme*.

Dies betrifft vor allem die *unterjährigen Veränderungen des Eigenkapitals*. Gegenüber der für eine unter theoretischen Aspekten einwandfreien Regelung dieser Vorgänge im Steuerjahr ergeben sich für das Unternehmen jeweils Vorteile oder Nachteile. Als systemwidrig einzustufende Entlastungen können die betreffenden Unternehmen dadurch erreichen, dass Eigenkapitalzugänge zum Ende des Jahres so „belohnt" werden als wären sie bereits im jahresanfänglichen Kapital enthalten gewesen. Dem reinen System der Zinsbereinigung nicht entsprechende Belastung hat das Unternehmen bei Eigenkapitalabgängen während des Jahres zu tragen, denn sie werden so berücksichtigt als wären sie am Jahresanfang entstanden.

Neues berücksichtigungsfähiges Eigenkapital entsteht nach der GKB 2016 auch durch die im Steuerjahr erzielten Gewinne. Verluste des Steuerjahres mindern das maßgebliche Eigenkapital. Wird die FWI-Eigenkapitalbasis hierdurch negativ, sieht die GKB-Richtlinie die Besteuerung negativer Eigenkapitalzinsen vor (Artikel 11 Absatz 3 i.V.m. Absatz 4). Ursächlich für die Minderung der Eigenkapitalbasis können grundsätzlich auch Gewinnausschüttungen (Auflösung von Reserven) und andere Abgänge von Kapitalbeständen sein, die schon vor Einführung der GKB bestanden. Im Richtlinienentwurf finden sich hierzu keine Regelungen bezüglich der Ausgrenzung solcher Minderungen des neu gebildeten Eigenkapitals. Da qualifizierte Beteiligungen die Eigenkapitalbasis reduzieren, sinkt diese bei einer Zunahme dieser Bestände und kann dabei auch negativ werden. Unter rechtlichen Aspekten spielt es keine Rolle, ob die Finanzierung aus Mitteln des alten oder des neuen Eigenkapitals erfolgt. Unbeachtlich ist ferner, ob mit der neu erworbenen Beteiligung eine Kapitalzuführung bei dem beteiligten Unternehmen verbunden ist und wer die Beteiligung in anderen Fällen veräußert hat, wobei dies ein Unternehmen in einem Mitgliedsland der EU oder außerhalb der EU bzw. auch eine Privatperson sein könnte. Die mit der Beteiligung erzielten Erträge können schließlich, obwohl sie beim empfangenen Unternehmen grundsätzlich steuerfrei sind, dennoch durch eine Besteuerung der nicht zinsbereinigten Gewinne beim Auszahler belastet sein.

Nach Artikel 11 Absatz 5 des Richtlinienvorschlags soll der *Eigenkapitalzins* der um eine Risikoprämie von 2 % erhöhten Rendite für zehnjährige staatliche Benchmark-Anleihen des Euro-Währungsgebiets entsprechen. Er wird nach Bekanntgabe der Europäischen Zentralbank im Dezember des dem relevanten Steuerjahr vorausgehenden Jahres festgesetzt und beträgt mindestens 2 %. Für Unternehmen von Publikumsgesellschaften erscheint eine solche Wahl des Eigenkapitalzinses akzeptabel. Bei von den Gesellschaftern persönlich geführten Unternehmen bleibt es allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Einfügung einer Risikoprämie als eine Begünstigung gesehen wird. Entsprechend hätte dies dann auch Einfluss auf die Vorteilhaftigkeit der Investitionsfinanzierung mit eigenen Mitteln.

Die nach dem reinen Konzept der Besteuerung zinsbereinigter Unternehmensgewinne zur Sicherung ihrer Entscheidungsneutralität vorgesehene *Verzinsung von Verlustvorträgen* ist nach Artikel 11 der GKB-Richtlinie *nicht vorgesehen*. Es fehlt auch eine Regelung des Vortrags von Eigenkapitalzinsen, so dass sie zu einem steuerlichen Verlust führen oder ein solchen erhöhen können. Eine derartige asymmetrische Behandlung von Verlusten rechtfertigt nach Panteghini (FN 25) einen Risikoaufschlag.

Nach Artikel 11 Absatz 4 der GKB-Richtlinie gilt die Bemessungsgrundlage für den Abzug von Eigenkapitalzinsen *nur für die ersten zehn Jahre nach Einführung* dieses Verfahrens. Für die nachfolgenden Steuerjahre wird der von der Eigenkapitalbasis abziehbare Ausgangsbetrag jährlich um ein Steuerjahr fortgeschrieben. Damit würde die in den ersten zehn Anwendungsjahren insgesamt gebildete Eigenkapitalmehrung sukzessive als Basis der Zinsberechnung

entfallen. Spätestens nach 20 Anwendungsjahren entfiele die Eigenkapitalneubildung der ersten 10 Jahre vollständig.

*Hinweise für* die Erfordernisse einer die gewünschte Entscheidungsneutralität absichernde *Besteuerung der Dividenden* bei ihrer Einkommensbesteuerung außerhalb von Unternehmen enthält die GKB-Richtlinie nicht. Es gibt auch keine gesonderten Empfehlungen für die notwendige Reform der Besteuerung des Gewinns von Personenunternehmen, damit die neue steuerliche Behandlung der Finanzierungskosten auch dem Anspruch nach Rechtsformneutralität genügen kann.

### V. Zu erwartende ökonomische Wirkungen aus der Einführung des Abzugs von Eigenkapitalzinsen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission

Maßgeblich für steuerlich bedingte Wirkungen auf Höhe und Finanzierung der Investition ist neben der Zinsbereinigung auf der Unternehmensebene auch die einheitliche einkommensteuerliche Belastung von Dividenden und anderen Erträgen aus Finanzanlagen, die außerhalb von Unternehmen gehalten werden. Grundsätzlich werden Dividenden im Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners (natürliche Person) besteuert, gegebenenfalls unter Anrechnung von Quellensteuern auf die Dividende. Insofern ergibt sich die Gesamtbelastung von Erträgen aus Eigenkapitalinvestitionen in Unternehmen von Kapitalgesellschaften kumulativ aus der Besteuerung der Gewinne auf Unternehmensebene (Körperschaftsteuer zzgl. kommunale Gewinnsteuern) und der Besteuerung der Dividenden auf persönlicher Besteuerungsebene des Anteilseigners (Einkommensteuer).

Für die Analyse der Finanzierungsneutralität des Abzugs von Eigenkapitalzinsen auf der Grundlage des Kapitalkostenansatzes[26] mögen für den Unternehmer und Investor der von ihm persönlich geführten Kapitalgesellschaft die nachfolgend aufgeführten Voraussetzungen gegeben sein.

(1) Die Bruttorendite seiner Alternativinvestition ist bei allen Finanzierungsform gleich hoch und entspricht dem gesetzlich festgesetzten Eigenkapitalzins.

(2) Fremdkapitalzinsen sind vollständig abzugsfähig und Sonderabschreibungen des Investitionsgutes nicht zulässig.

(3) Zinsen und Dividenden unterliegen als Kapitaleinkünfte dem gleichen Einkommensteuersatz.

(4) Gewinne aus mit neuem Eigenkapital finanzierten Investitionen werden im Jahr ihrer Entstehung sofort ausgeschüttet.

(5) Die Investition ist im Rahmen der 10-Jahresfrist nach erstmaliger Anwendung der Richtlinie abgeschlossen.

Bei diesen Voraussetzungen wären die Beteiligungs- und die Selbstfinanzierung mit Einführung der EU-Zinsbereinigung bei Kapitalgesellschaften dann günstiger als die Fremdfinanzierung. In der *Rangfolge der Finanzierungsalternativen* würde die Fremdfinanzierung also von ihrem derzeitigen ersten auf den letzten Platz wandern. Weiterhin ergibt sich, dass mit der Anlage zurückbehaltener Gewinne im Unternehmen letztlich ein größeres Endvermögen realisiert werden kann als bei Ausschüttung des Gewinns und Anlage dieser Mittel auf dem Kapitalmarkt zum gleichen Zins. Auch bei einer Finanzierung mit neuem Eigenkapital aus dem Privatvermögen des Unternehmers kann er letztlich ein größeres Endvermögen realisieren als bei Anlage dieser Mittel auf dem Kapitalmarkt. Der relative Vermögenszuwachs ist jedoch bei der Selbstfinanzierung größer als bei der Beteiligungsfinanzierung. Dies ergibt sich daraus, dass die auf der Unternehmensebene erzielte Nettorendite bei Selbstfinanzierung mit der auf dem Kapitalmarkt erzielten Nettorendite und die Nettorendite bei Beteiligungsfinanzierung mit der Bruttorendite des Kapitalmarktes verglichen werden. Unter diesen Aspekten wird der Unternehmer bei seinen Entscheidungen über die Verwendung der erzielten Gewinne es vorziehen, diese im Unternehmen weiter anzulegen, also deren Ausschüttung zeitlich aufzuschieben. Er kann dann in den weiteren Jahren mit steuerfreien Gewinnteilen investieren, was ihm – nach derzeitiger Steuerrechtslage in den EU-Ländern – bei Privatanlagen auf dem Kapitalmarkt nicht möglich ist. Es kommt also zu eine. *Lock-in-Effekt*, und zwar nicht nur bei Selbstfinanzierung, sondern auch bei Beteiligungsfinanzierung.

Bei Finanzierungsentscheidungen der Manager von Publikumsgesellschaften ist demgegenüber zu erwarten, dass sie bei einer Investitionsfinanzierung mit Eigenkapital auf die jeweilige Kapitaländerung nach Leistung der jeweiligen Kapitaldienste schauen. Bei der Neubewertung sowohl der Selbst- als auch der Beteiligungsfinanzierung werden sie dann feststellen, dass dem Unternehmen nahezu ein gleicher Kapitalzuwachs verbleibt – siehe hierzu die Ergebnisse im zweiten Teil des Anhangs. Insofern werden sie dann – unter vorrangiger Beachtung der steuerlichen Belastungs- bzw. Entlastungseffekte – die Eigenfinanzierung gegenüber der alternativen Fremdfinanzierung ihrer Investitionen präferieren.

Besondere Wirkungen ergeben sich weiterhin aus der steuerlichen Behandlung *qualifizierter Beteiligungen*. Dies vor allem, wenn das Unternehmen neue Anteile mit Mitteln seines alten Eigenkapitals finanziert, um z.B. Kapital in ein verbundenes Unternehmen einzubringen. Handelt es sich hierbei um eine im EU-Raum ansässige Kapitalgesellschaft, werden deren Gewinne so belastet wie gerade unter Bezugnahme auf die Investitionsrechnung im Anhang dargestellt wurde. Das kapitaleinbringende Unternehmen wird damit rechnen, in späterer Zeit eine steuerfreie Dividende zu erhalten, die sie dann allerdings nicht vollständig an ihre eigenen Aktionäre ausschütten kann. Der Beteiligungserwerb mindert nämlich das für die Ermittlung von Eigenkapitalzinsen maßgebliche Eigenkapital, womit es zu einer Erhöhung der Steuerbemessungsgrundlage kommt. Letztlich hat die Muttergesellschaft nicht nur eine Steuer auf die – eigentlich – steuerfreie Dividende zu leisten, sondern muss darü-

26 Siehe hierzu die Darstellung der Kapitalkosten unterschiedlicher Finanzierungswege im ersten Teil des Anhangs.

ber hinaus noch eine Extralast tragen.[27] Eine Kompensation dieser Last ist dadurch erreichbar, dass das kapitalerhaltene Unternehmen die Zahlung von Dividenden an das kapitalgebende Unternehmen zeitlich nach vorn verlagert, also die steuerfreien Gewinnteile zunächst weiter investiert. Insofern bleibt offen, ob sich aus der Anwendung der EU-Richtlinie eine steuerliche Diskriminierung oder Begünstigung der *Konzernbildung* ergibt.

Zu einer faktischen Versteuerung negativer Eigenkapitalzinsen wird es dann kommen, wenn die *steuerliche Abschreibung* der Investitionsausgaben dem ökonomischen Wertverzehr des Investitionsgutes zeitlich vorangeht, was hier Sonderabschreibung genannt sei.[28] Bei mit Bankkrediten finanzierten Investitionen kann die Versteuerung von Eigenkapitalkapitalzinsen im Investitionsjahr dann zur Folge haben, dass eine bislang gerade noch durchgeführte Investition nicht mehr vorteilhaft ist. Eine als steuerliche Entlastung gedachte Änderung des Steuerrechts erweist sich als eine Belastung. Man könnte deshalb hier auch von einem besonderen *Steuerparadoxon* sprechen.[29] Besonders nachteilig sind solche Wirkungen für kleine und junge Unternehmen, die auf eine Kreditfinanzierung angewiesen und deshalb unter Liquiditätsaspekten an einem zeitlichen Hinausschieben der Steuerzahlung mittels Wahrnehmung von Sonderabschreibungen interessiert sind. Auch bei einer Finanzierung der Investitionen mit eigenen Mitteln kommt es bei dem Ansatz von Sonderabschreibungen zu Rentabilitätseinbußen. Durch den quasi zeitlich vorgezogen Abzug von Eigenkapitalzinsen auf das neue Eigenkapital im Investitionsjahr realisiert das Unternehmen jedoch insgesamt eine Rentabilitätserhöhung, die sogar jene bei Sonderabschreibungen unter einem traditionellen System der Gewinnbesteuerung übersteigt. Mit einer Einführung der Zinsbereinigung nach dem EU-Modell würde sich also der entscheidungsverzerrende Einfluss des steuerlichen Bewertungsrechts auf Finanzierungs- und letztlich auch auf Investitionsentscheidungen gravierend erhöhen. Das ist aber für das Ziel einer Harmonierung des Unternehmenssteuerrechts in der EU kontraproduktiv.

Besonders nachteilig für das von der EU-Kommission verfolgte Ziel bezüglich der Entlastung von Investitionserträgen im Falle der Investitionsfinanzierung mit neuem Eigenkapital ist dessen steuerliches *Entschwinden 10 Jahre nach Einführung*. Ist die erste Investition abgeschlossen und das eingebrachte Eigenkapital für eine neue Investition verfügbar, werden die damit erzielten Erträge nach Ablauf der 10-Jahresfrist sukzessive einer vergleichbaren Doppelbelastung wie derzeit ausgesetzt sein. Unternehmer wie Manager könnten dann zur Optimierung der Finanzstruktur ihres Unternehmens eine Kapitalrückführung durchführen und im Gegenzug neues Fremdkapital aufnehmen bzw. bislang vorteilhafte Investitionen unterlassen. Eine solche Eigenkapitalminderung gibt es im Übrigen nicht umsonst. Wenn das ursprünglich eingebrachte Eigenkapital entnommen wird, impliziert dies nach Ablauf der 10-Jahresfrist eine negative Eigenkapitaländerung, die zur Versteuerung von Eigenkapitalzinsen führt. Der Investor muss dann den Kapitalwert der ursprünglichen Steuerentlastung infolge des Eigenkapitalzinsabzugs mit dem Kapitalwert der Steuernachbelastung vergleichen. Der „Umkehreffekt" wirkt sich umso geringer aus, je länger die ursprüngliche Investition in Jahr 1 im Unternehmen verbleibt. Es ist zu befürchten, dass eine solche Perspektive zu Entscheidungen führt, die nicht oder zumindest nicht vollumfänglich zu den von der Europäischen Kommission erhofften Wirkungen führen werden. Die Steuerermäßigung aus dem nur zeitweisen Abzug der Eigenkapitalzinsen wird dann ggf. nur ‚mitgenommen', wobei eine vollständige und nachhaltige Neubewertung der Finanzierungsalternativen unterbleiben könnte.

Bei einer Einführung der Besteuerung zinsbereinigter Gewinne der Unternehmen von Kapitalgesellschaften dürfte trotz aller aufgeführten Fehlwirkungen damit zu rechnen sein, dass die im Falle der Investitionsfinanzierung mit Eigenkapital – wenn auch nur zeitlich begrenzt – erreichbaren Entlastungen zu vermehrter Investitionstätigkeit sowie Eigenkapitalbildung anregen und damit auch einen Wachstumsimpuls im Wirtschaftsbereich der EU-Mitgliedsländern auslösen werden. Noch bessere Resultate bezüglich eines effizienteren und zugleich wachstumsfreundlichen Steuerrechts ließen sich erreichen, wenn sich die EU-Kommission dazu entschließen könnte, die nachstehend aufgeführten Änderungen bei den Regelungen der Zinsbereinigung im dem GKB-Richtlinienentwurf vorzunehmen.

## VI. Änderungen im Richtlinienentwurf zur Beschränkung von Fehlwirkungen

Auf Grund der beschriebenen Rechtsgrundlagen und Wirkungen der Einführung einer Zinsbereinigung nach dem EU-Konzept ist zu empfehlen, die Berechnung der berücksichtigungsfähigen Eigenkapitalbasis am Ende des Steuerjahres dahingehend zu ändern, dass der Jahresgewinn bzw. Jahresverlust nicht mehr in der Eigenkapitalbasis am Ende des Jahres enthalten ist. Wie den im Anhang dargestellten Investitionsrechnungen zu entnehmen ist, kann dann die Neutralität des steuerlichen Bewertungsrechts sowohl bei der Kreditfinanzierung als auch bei der Eigenfinanzierung erreicht werden. Bliebe es bei der Berücksichtigung im Steuerjahr neu zugeführten Eigenkapitals in der Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der Eigenkapitalzinsen, wäre die Eigenfinanzierung vorteilhafter als die Fremdfinanzierung.

27 Diese Extralast resultiert letztlich nicht aus der Versteuerung von Eigenkapitalzinsen, denn diese bewirken eine Belastung der von der Muttergesellschaft erhaltenen Erträge, so dass ihre Aktionäre gerade jene Dividende erhalten, die sie bei einer Anlage des hier relevanten Teils des alten Eigenkapitals sonst erhalten hätten. Die Muttergesellschaft hat vielmehr eine Extralast dadurch zu tragen, dass die betreffende Steuerschuld als Rückstellung verbucht wird und damit das maßgebliche Eigenkapital mindert.

28 Siehe hierzu die Ermittlung der aus einer Sofortabschreibung resultierenden Rentabilitätseffekte im Falle eines vereinfachten Zwei-Perioden-Investitionszeitraums im zweiten Teil des Anhangs.

29 Siehe hierzu die Ausführungen in Verbindung mit FN 7.

Weiterhin dürften auch Ausschüttungen der mit früheren Investitionen erzielten Gewinne nicht zu einer Minderung der Eigenkapitalbasis führen. Entsprechend sollte ein Verlust, der mit Investitionen vor Einführung der Zinsbereinigung erwirtschaftet wurden, nicht dazu führen, dass sogar negative Eigenkapitalzinsen zu versteuern sind. Allerdings ist das hier vorliegende Abgrenzungsproblem in praktischen Fällen eigentlich administrativ nicht lösbar. Insofern gilt es, ein Kompromissverfahren zu wählen. So könnte man z.B. regeln, dass neue Jahresverluste die Eigenkapitalbasis nur anteilsmäßig gemäß dem Verhältnis des neuen zum Gesamtbestand des Eigenkapitals mindern dürfen. Weiterhin sollten negative Eigenkapitalzinsen nur durch die Minderung der Eigenkapitalbasis am Jahresende mittels Erwerb neuer qualifizierter Beteiligungen entstehen dürfen. Von einer bis zum betreffenden Jahr erfolgten Eigenkapitalerhöhung sind deshalb Gewinnausschüttungen und sonstige Kapitalabgänge nur bis zur Höhe einer bis dahin vorliegenden Eigenkapitalerhöhung abzugsfähig.

Auf jeden Fall sollte das Auslaufen einer steuerlich wirksamen Eigenkapitalerhöhung nach den ersten 10 Anwendungsjahren unbedingt entfallen.

Zu empfehlen ist, die Vorschriften des Richtlinienentwurfs zum Abzug von Zinsen auf das neu gebildete betriebliche Eigenkapital nach diesen Anforderungen wie nachfolgend dargestellt neu zu fassen (in Anführungsstrichen: geänderte deutsche Fassung der Richtlinie[30] ohne Änderung des jeweiligen Inhalts; kursive Schrift: Empfehlung für Änderungen bzw. Ergänzungen von Vorschriften des Richtlinienentwurfs; zu entfernende Regelungen: durchgestrichener Text).

*Artikel 11*
*Freibetrag für Wachstum und Investitionen („FWI")*

1. Für die Zwecke dieses Artikels bezeichnet „FWI-Eigenkapitalbasis" in einem Steuerjahr das Eigenkapital eines Steuerpflichtigen abzüglich des Steuerwerts *seiner im Anlagevermögen gehaltenen Beteiligungen, deren Erträge gemäß Artikel 8 Buchstaben (c) und (d) steuerfrei sind.*

**Kommentar:** Mit dieser Änderung werden die zu erfassenden Beteiligungen dem Grundkonzept der Zinsbereinigung entsprechend definiert.

2. Für die Zwecke dieses Artikels bezeichnet der Begriff „Eigenkapital"
   (a) „Eigenkapital" im Sinne des Anhang III Buchstabe A unter „Passiva" der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates[31];
   (b) „Eigenkapital" im Sinne des Anhang IV Buchstabe L der Richtlinie 2013/34/EU;
   (c) „Eigenkapital" im Sinne der Internationalen Rechnungslegungsstandards, die in der Union gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates[32] angenommen wurden und verwendet werden.

*Dabei sind die in der Richtlinie vorgeschriebenen steuerlichen Wertansätze zur Ermittlung des „Eigenkapitals" gemäß Artikel 30 ff. zu verwenden. Rückstellungen sowie Verbindlichkeiten für noch zu zahlende Körperschaftsteuern gehören zum „Eigenkapital".*

**Kommentar:** Hiermit wird explizit geregelt, dass das „Eigenkapital" gemäß Steuerbilanz zu ermitteln ist und dabei alle noch nicht durch Ausschüttungen und Steuerzahlungen das Unternehmen verlassene Kapitalteile erfasst werden.

3. „Von der Bemessungsgrundlage eines Steuerpflichtigen abzugsfähig sind gemäß den Absätzen 1 bis 6
   (a) ein Betrag in Höhe des gemäß Absatz 5 definierten Ertrags aus der Erhöhung der FWI- Eigenkapitalbasis;
   *(b) ein Betrag aus der Anwendung des Eigenkapitalzinssatzes gemäß Absatz 5 auf gemäß Artikel 41 Absatz 1 vorgetragene Verluste, die seit der Anwendung dieser Richtlinie entstanden sind und auf die Erhöhung der FWI-Eigenkapitalbasis gemäß Absatz 4 entfallen.*

Nimmt die FWI-Eigenkapitalbasis ab, so wird ein Betrag in Höhe des gemäß Absatz 5 definierten Ertrags aus dem Rückgang der FWI-Eigenkapitalbasis steuerpflichtig."

**Kommentar:** Redaktionell modifizierte deutsche Fassung von Absatz 3 sowie Ergänzung des Abzugs von Zinsen, die auf anrechenbare Verlustvorträge entfallen.

4. Erhöhungen oder Herabsetzungen der FWI-Eigenkapitalbasis werden für *jene Steuerjahre*, in denen ein Steuerpflichtiger den Vorschriften der vorliegenden Richtlinie unterliegt, berechnet als Differenz zwischen der FWI-Eigenkapitalbasis am Ende des relevantes Steuerjahres und der FWI-Eigenkapitalbasis am ersten Tag des Steuerjahrs, in dem die Vorschriften der vorliegenden Richtlinie erstmalig zur Anwendung kommen. ~~Nach den ersten zehn Steuerjahren wird der Ausgangsbetrag der FWI-Eigenkapitalbasis für den Vergleich mit der FWI-Eigenkapitalbasis am Ende des relevanten Steuerjahres jährlich um ein Steuerjahr fortgeschrieben.~~

   *Die FWI-Eigenkapitalbasis ist wie folgt zu korrigieren:*
   *(a) von ihrem steuerlichen Wert am Ende des Steuerjahres wird der noch nicht um Eigenkapitalzinsen bereinigte und zu versteuernde Gewinn bzw. ermittelte Verlust des Steuerjahres abgezogen bzw. hinzugefügt;*
   *(b) Minderungen auf Grund einer Gewinnausschüttung, von Körperschaftsteuerzahlungen sowie sonstiger Kapitalabgänge während des Jahres sind nur zu berücksichtigen, soweit sie gemäß besonderer Rechtsakte (Absatz 7) auf die FWI-Eigenkapitalbasis vor Abzug dieser Eigenkapitalabgänge entfallen;*
   *(c) in der FWI-Eigenkapitalbasis am Ende des Steuerjahres nicht berücksichtigte Minderungen des Eigenkapitals führen zu einer Minderung der FWI-Eigenkapitalbasis am Anfang des Steuerjahres, in dem die*

30 Siehe *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, 2016.

31 Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. L 182 vom 29.6.2013, S. 19).

32 Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards (ABl. L 243 vom 11.9.2002, S. 1).

*Vorschriften dieser Richtlinie erstmalig zur Anwendung kommen;*

*(d) ist jener Teil des Verlustes eines Vorjahres nicht auf Investitionen aus bisherigen Eigenkapitalerhöhungen zurückzuführen, so ist er nach Maßgabe von Vorschriften gemäß Absatz 7 wie eine in Buchstabe (c) geregelte Minderung zu behandeln.*

**Kommentar:** Diese Vorschriften begrenzen den Ansatz nicht systematisch gerechtfertigter Eigenkapitalminderungen und damit unerwünschte Fehlwirkungen. Negatives Eigenkapital und damit zu versteuernde Eigenkapitalzinsen können damit nur durch den Erwerb neuer qualifizierter Beteiligungen entstehen.

5. „Der gemäß Absatz 3 abziehbare Ertrag ergibt sich aus der Anwendung des Eigenkapitalzinses auf die Erhöhung bzw. Herabsetzung der FWI-Steuerbasis gemäß Absatz 4. Der Eigenkapitalzins entspricht der um eine Risikoprämie von 2 % erhöhten Rendite für zehnjährige staatliche Benchmark-Anleihen des Euro-Währungsgebiets gemäß Bekanntgabe der Europäischen Zentralbank im Dezember des dem relevanten Steuerjahr vorausgehenden Jahres und beträgt mindestens 2 %."

**Kommentar:** Mit den dargestellten Änderungen werden Unklarheiten wie auch Fehler in der deutschen Fassung von Absatz 5 beseitigt.

6. (keine Änderungen)
7. *Die Kommission wird ermächtigt, delegierte Rechtsakte für detaillierte Vorschriften zur Ermittlung der Änderung der FWI-Steuerbasis gemäß Artikel 66 zu erlassen, und zwar insbesondere zur Kürzung der FWI-Steuerbasis eines Steuerjahres durch einen Jahresverlust sowie Eigenkapitalabgänge aus Gewinnausschüttungen, Kapitalrückführungen, Zahlungen von Körperschaftsteuern und anderen Abgängen, die auf das Kapital vor Einführung der Vorschriften der Richtlinien zur Zinsbereinigung entfallen.*

**Kommentar:** Die erforderlichen Abgrenzungen werden wegen ermittlungstechnischer Zuordnungsprobleme nicht zu einer perfekten, sondern nur zu einer angemessenen Kompromisslösung führen. Notwendig sind diesbezügliche Vorschriften, um besonders krasse Fehlwirkungen zu vermeiden.

**Artikel 41**
**Verluste**

1. Von einem gebietsansässigen Steuerpflichtigen oder der Betriebsstätte eines gebietsfremden Steuerpflichtigen in einem Steuerjahr erlittene Verluste können vorgetragen und in späteren Steuerjahren abgezogen werden, sofern diese Richtlinie nichts anderes vorsieht. *Soweit die Abzüge gemäß Artikel 11 Absätze 3 und 5 nicht ausgeglichen werden, können sie ebenfalls vorgetragen und in späteren Jahren abgezogen werden.*

**Kommentar:** Die gewünschte Entscheidungsneutralität ist ohne die aufgeführte mögliche Verlustwirkung aus dem Abzug von Eigenkapitalzinsen nicht erreichbar.

## VII. Korrespondierender Reformbedarf bei der Einkommensbesteuerung von Dividenden und den Gewinnentnahmen bei Personenunternehmen

Die Zinsbereinigung des Gewinns von Körperschaften nach dem GKB-Richtlinienentwurf der EU-Kommission ist von den Mitgliedsstaaten individuell umzusetzen. Dazu wären Empfehlungen hilfreich gewesen, warum und in welche Richtung sie eine korrespondierende Reform ihrer derzeitigen Einkommensbesteuerung von Kapitaleinkünften und Gewinnen von Personenunternehmen vorzunehmen haben. In vielen Mitgliedsländern werden z.B. Dividenden und Zinsen nicht der gleichen Besteuerung unterworfen[33], was für das von der Kommission verfolgte Ziel der EU-weiten Gewährleistung von Entscheidungsneutralität bezüglich alternativer Formen der Investitionsfinanzierung jedoch zwingend ist. Zu überprüfen wäre hierbei, wie eine vielleicht bisher bestehende oder für ein zukünftiges Steuerrecht gedachte Anrechnung der auf Dividenden entfallenden Unternehmenssteuern auszugestalten ist. Relevant wird ein damit verbundener Reformbedarf insbesondere dann, wenn Kapitaleinkünfte der progressiven Einkommensteuer unterliegen. Eine Anrechnung von Unternehmenssteuern muss dann für jenen Teil der Dividenden entfallen, der aus steuerfreien Gewinnteilen des Unternehmens ausgeschüttet wurde. Hierfür müsste die Kapitalgesellschaft mit der Dividendenzahlung eine diesbezügliche Quellenangabe liefern. Zu regeln wäre dafür auch die Verwendungsreihenfolge versteuerter bzw. steuerfreier Gewinnteile.

Zur vollständigen Vermeidung von Lock-in-Effekten wäre es allerdings erforderlich, dass Erträge aus Privatanlagen steuerlich genauso behandelt werden wie Investitionserträge auf der Unternehmensebene. Unter administrativen Aspekten dürften dann nur solche Erträge Berücksichtigung finden, die mit einem Kapital erzielt wurden, das der Anleger seinen qualifizierten Bankkonten zugeführt hat – siehe hierzu die Ausführungen in Verbindung mit FN 12 bis 14.

Sofern die einzelnen Mitgliedsländer neben der Akzeptanz der GKB-Richtlinie es auch für wichtig erachten, dass Gewinne nicht nach jeweiliger Rechtsform des Unternehmens unterschiedlich belastet werden, wird eine Reform der Besteuerung des Gewinns von Personenunternehmen im Rahmen der Einkommensteuer erforderlich. Zu gewährleisten ist dann, dass die Erträge aus Investitionen von Personenunternehmen der gleichen Belastung wie jene von Unternehmen der Kapitalgesellschaften unterliegen. Der Einkommensteuersatz für zinsbereinigt ermittelte und zurückbehaltene Gewinne müsste dann dem Körperschaftsteuersatz entsprechen[34]. Dabei hätte der Unternehmer natürlich auch die Wahl, einen Teil des thesaurierten Gewinns der progressiven Einkommensteuer zu unterwerfen. In Deutschland wird ein – wenn auch missglückter – Ansatz für eine rechtsformneutrale Besteuerung der Gewinne von Personenunternehmen mit dem § 34a EStG verfolgt. Die Ausgestaltung dieser Regelung garantiert leider nicht eine mit der Körperschaftsteuer vergleichbare Steuerbelastung. Vielmehr kann

33 Siehe hierzu *Bundesministerium der Finanzen*, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich 2013, 2014.

34 Zuzüglich Satz einer evtl. bestehenden kommunalen Gewinnsteuer, in Deutschland der Gewerbesteuer.

es bei der Entnahme der vormals thesaurierungsbegünstigten Gewinne letztlich zu exzessiven Steuerlasten kommen. Mit einer Steuerentlastung gegenüber der Besteuerung zurückbehaltener Gewinne nach dem Progressionstarif kann der Unternehmer überhaupt nur bei einem langen Verbleib der Gewinne im Unternehmen und einem sehr hohen persönlichen Steuersatz rechnen.[35] Es gilt somit, den § 34a EStG so zu modifizieren, dass solche Fehlwirkungen vermieden werden und das Ziel einer Gleichbelastung in Unternehmen zurückbehaltener Gewinne unabhängig von ihrer Rechtsform erreichbar wird.[36]

Weiterer Reformbedarf kann aus einer bislang noch nicht erwähnten erforderlichen Neuregelung im Körperschaftsteuergesetz folgen. Der Abzug von Eigenkapitalzinsen gilt nach der GKB-Richtlinie auch für die Versteuerung von Erträgen aus Finanzanlagen, die mit neuem Eigenkapital finanziert werden. Da nicht bzw. vorläufig nicht damit zu rechnen ist, dass es zu einer entsprechenden einkommensteuerlichen Befreiung thesaurierter Eigenkapitalzinsen bei Finanzanlagen des Privatvermögens kommt[37], gilt es die entsprechende Entlastung bei den Unternehmen zu verhindern. Daraus resultieren rechtlich und administrativ nicht einfach zu lösende Abgrenzungsprobleme. Weiterhin wäre zu gewährleisten, dass auf der Unternehmensebene belastete Erträge aus neuen Finanzanlagen in Höhe der darauf entfallenden Eigenkapitalzinsen bei ihrer Ausschüttung[38] und Einkommensbesteuerung als Kapitaleinkünfte bei den Anteilseignern nicht zusätzlich belastet werden. Dies kann eigentlich nur dadurch verhindert werden, dass die Anteilseigner die betreffende Dividende vor anteiliger Körperschaftsteuer bei Anrechnung derselben zu versteuern haben. Der daraus folgende Ermittlungsaufwand für Steuerpflichtige und Finanzverwaltung sollte bei der Bewertung des vorgeschlagenen Konzepts einer Besteuerung zinsbereinigter Gewinn beachtet werden.

## VIII. Zusammenfassung

Die Einführung einer Körperschaftsteuer auf zinsbereinigte Gewinne hat erstmals Gammie 1991 für die Harmonisierung der Bemessungsgrundlagen der Körperschaftsteuer in den EU-Mitgliedsländer vorgeschlagen[39]. Allerdings ging er dabei nicht auf eine bilanzorientierte Ermittlung der Zinsbereinigung ein sowie auch nicht näher auf die Erreichbarkeit der Entscheidungsneutralität des steuerlichen Bewertungsrechts. Für das Harmonierungsziel ist es bei einer zinsbereinigten Körperschaftsteuer nicht zwingend erforderlich, dass alle Mitgliedsländer eine Gewinnermittlung unter Anwendung des gleichen Rechts der Bewertung von Wirtschaftsgütern und Schulden anwenden. Zumindest findet sich bereits bei Gammie der Hinweis, dass eine zinsbereinigte Körperschaftsteuer „provides an option for corporate tax harmonisation within Europe without the need to harmonise the tax base."[40]

Es ist nicht bekannt, durch welche Vorlagen sich die Europäische Kommission dazu entschlossen hat, die Besteuerung zinsbereinigter Bemessungsgrundlagen für die Körperschaftsteuer der Mitgliedsländer zu empfehlen. Bemerkenswert ist zumindest, dass hiermit die in den meisten Ländern bestehende Diskriminierung einer Investitionsfinanzierung mit eigenen Mitteln[41] beseitigt und dadurch zugleich die zu mehr Wachstum führende Investitionstätigkeit im EU-Raum stimuliert werden kann. Merkwürdig ist aber auf der anderen Seite, dass die einer Zinsbereinigung inhärente Neutralität des steuerlichen Bewertungsrechts als eine bedeutsame steuerliche Rechtsgrundlage für die Harmonisierung der Bemessungsgrundlage der Unternehmenssteuern nicht erwähnt wird.

Wegen der vermutlichen Missachtung dieser Wirkungsmöglichkeiten einer Zinsbereinigung hat die Kommission bei der Ausarbeitung der Vorschriften wenig oder vielleicht sogar überhaupt nicht beachtet, dass es mit der vorgelegten Fassung zu einer noch größeren Verzerrung der Finanzierungs- wie auch Investitionsentscheidungen dann kommen kann, wenn das steuerliche Bewertungsrecht von der ökonomisch gebotenen Bewertung von Vermögensänderungen abweicht, was ja unter administrativen Aspekten nahezu immer der Fall sein wird.

Diese Wirkungen haben maßgeblichen Einfluss auf die durch das neue Steuerrecht bewirkte neue vorteilhafte Rangfolge der Finanzierungsalternativen. Mit der Entlastung der Gewinne aus mit eigenen Mitteln finanzierten Investitionen erscheinen die Alternativen Beteiligungsfinanzierung und Selbstfinanzierung zukünftig wesentlich günstiger als die Fremdfinanzierung. Fraglich ist, ob die Kommission diese Umkehrung der Rangfolge tatsächlich beabsichtigt hat.

Wohl hauptsächlich aus fiskalischen Gründen schlägt die Europäische Kommission vor, einen Abzug von Eigenkapitalzinsen als steuerlich abzugsfähige Betriebsausgabe nur für das nach erstmaliger Anwendung der GKB-Richtlinie im Unternehmen neu gebildete Kapital zu erlauben. Grundsätzlich ist ein solcher Ansatz auch zur Sicherung seiner Akzeptanz seitens der EU-Mit-

35 Es ist unter kritischer Würdigung dieser Wirkungen verständlich, dass eine Modifikation des § 34a EStG oder sogar dessen Abschaffung gefordert wird. Siehe zu solchen Forderungen *Zöller*, in: Die Vorschläge zum steuerpolitischen Ideenwettbewerb, 2015, S. 130 f.

36 Einen diesem Ziel entsprechenden Vorschlag zu einer Modifikation des § 34a EStG unterbreitet *Zöller* (FN 35). Siehe in diesem Sinne auch die Analysen von *Rose* (FN 17).

37 Dies könnte über Qualifizierte Bankkonten geschehen. Sie hierzu die Ausführungen in Abschnitt II und die entsprechende Literatur in FN 13 und 14.

38 Zu regeln wäre im Körperschaftsteuergesetz dann auch ein von anderen Gewinnen getrennter Ausweis der betreffenden Erträge sowie die Verwendungsreihenfolge bezüglicher solcher und anderer Gewinnteile bei ihrer Ausschüttung.

39 Siehe *Gammie*, European Taxation 1991. Zu nachfolgenden Vorschlägen bzw. Analysen einer zinsbereinigten EU-Körperschaftsteuer siehe u.a. *Schmidt*, Allowance for corporate equity, 1998, *Rumpf*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2009, de Mooij/Devereux, An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU, 2011 sowie *Rose/Zöller*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2012, S. 18 f.

40 *Gammie* (FN 39), S. 241.

41 Die regelmäßigen Analysen des ZEW zu den Kapitalkosten der Finanzierungsalternativen zeigen dies mit aller Deutlichkeit. Siehe hierzu *ZEW*, Effective Tax Levels Using Devereux/Griffith Methodology, 2016.

gliedstaaten akzeptabel. Allerdings bringt diese Beschränkung einige zusätzliche Ermittlungsprobleme sowie notwendige Ausgrenzungen bestimmter Kapitalzugänge und Kapitalabgänge mit sich, wofür die bisherige rechtliche Regelung der Ermittlung von Eigenkapitalzinsen geändert werden muss.

Dies betrifft auch die Beseitigung der – gegenüber dem reinen Konzept der Zinsbereinigung als schwerer Systemfehler zu wertende – Einbeziehung des Jahresgewinns bzw. Jahresverlusts in die maßgebliche Eigenkapitaländerung. Mit dieser Korrektur kann die Grundlage für eine Reihe von eigentlich kaum erwünschten Nebenwirkungen, z.B. aus der Besteuerung von (negativen) Eigenkapitalzinsen, beseitigt werden. Erreichbar wird vor allem eine maßgebliche Reduzierung des von dem jeweiligen steuerlichen Bewertungsrecht ausgehenden Einflusses auf die Steuerbelastung der Gewinne. Wie die Investitionsrechnungen im zweiten Teil des Anhangs zeigen, kann unter bestimmten Bedingungen sogar die Neutralität des steuerlichen Bewertungsrechts gewährleistet sein.

Einschränkend bezüglich der von der Kommission erhofften Wirkungen dürfte sich das vorgesehene Auslaufen der Entlastung aus dem Eigenkapitalzinsabzug durch die nach den ersten zehn Steuerjahren eintretende Fortschreibung des Ausgangsbetrages der FWI-Eigenkapitalbasis erweisen. Die Unternehmen müssen deshalb damit rechnen, dass sich die Steuerbelastung ihrer mit eigenen Mitteln finanzierten Investitionen zeitlich schrittweise wieder der des bestehenden Systems nähert. Da es dafür überhaupt keine Notwendigkeit gibt, sondern nur zu befürchten ist, dass die Unternehmen die Eigenkapitalfinanzierung nicht in dem Maße wahrnehmen werden wie es eigentlich bei einer systemgerechten Ausgestaltung der Zinsbereinigung möglich ist, sollte diese Beschränkung unbedingt entfallen.

Trotz aller möglichen Fehlwirkungen aus einer Regelung der Zinsbereinigung im GKB-Richtlinienentwurf ist damit zu rechnen, dass – wenn auch mit zeitlicher Begrenzung – nicht nur eine steuerliche Besserstellung der Beteiligungs- und Selbstfinanzierung, sondern gerade hierdurch auch eine Anregung zu mehr Investitionen in den Unternehmen von Kapitalgesellschaften erreichbar wird. Wesentlich bessere Wirkungen auf Finanzierungs- und Investitionsentscheidungen der Unternehmen können in Verbindung mit der im Abschnitt VI vorgeschlagene Revision des Artikels 11 des EU-Richtlinienentwurfs erreicht werden.[42] Weiterhin gibt es zur Unterstützung der mit der GKB-Richtlinie von der EU-Kommission verfolgten Ziele einen im Abschnitt VII angesprochenen korrespondierenden Reformbedarf bei der Einkommensteuer in den meisten Mitgliedsländern. Letztlich sollte bei der politischen Würdigung des neuen Konzepts steuerlich anerkannter Finanzierungskosten unbedingt Berücksichtigung finden, dass die angezeigten Reformen des Steuerrechts – kurz- bis mittelfristig – zu Minderungen des Steueraufkommens führen werden.

## Anhang

Überprüfung des Vorschlags der EU-Kommission zu einer zinsbereinigten Körperschaftsteuer bezüglich der steuerlichen Finanzierungsneutralität

### Überprüfung der Finanzierungsneutralität mit dem Kapitalkostenansatz

Zur Beurteilung der von einem Unternehmer (Investor)[43] zu bewertenden Rangfolge von Finanzierungsalternativen werden oft die damit verbundenen Kapitalkosten verwendet.[44] Es handelt sich hierbei um eine Mindestrendite der Investition, und zwar um jene, die mit der Investition vor Abzug der Steuern zu erzielen ist, damit sie die Nettorendite einer sicheren Kapitalanlage aus dem Privatvermögen des Investors erbringt. Bei Vernachlässigung des Einflusses von Abschreibungen, einer möglichen Steuer auf Wertsteigerungen, einem unbeschränkten steuerlichen Abzug von Fremdzinsen und einer Sofortausschüttung der Gewinne bei Finanzierung mit Beteiligungskapital oder im Unternehmen zurückbehaltenen Gewinnen sind die mit alternativen Finanzierungsformen verbundenen Kapitalkosten $r^F$ wie folgt bestimmt:

(1) $r^F = k^F/(1–s^G)$; $k^{FF} = (1–s^G)i$, $k^{SF} = (1–s^Z)i$, $k^{BF} = (1–s^Z)i/(1–s^D)$,

wobei F = FF(Fremdfinanzierung), SF(Selbstfinanzierung), BF(Beteiligungsfinanzierung),

$k^F$: Kalkulationszins bei F,

$s^G$: Körperschaftsteuersatz + Steuersatz einer kommunalen Gewinnsteuer,

$s^Z$: Zinssteuersatz bei einer verzinslichen Finanzanlage des Privatvermögens,

$s^D$: Dividendensteuersatz bei Haltung von Unternehmensanteilen im Privatvermögen,

i: Bruttorendite einer sicheren Finanzanlage des Privatvermögens.

Bei einem nach dem theoretischen Konzept einer traditionellen Einkommens- und Gewinnbesteuerung (auch *Schanz/Haig Einkommensteuer* genannt) ausgestalteten Steuersystem[45] gilt

(2) $s^G = s^Z$ und $s^D = 0$.

Aus (1) und (2) folgt dann

(3) $r^{FF} = r^{SF} = r^{BF} = i$

und damit Finanzierungsneutralität.

Die in den meisten Ländern der EU *realisierten Steuersysteme* sind zwar auch grundsätzlich nach dem tradi-

42 Sie hierzu die Ergebnisse bezüglich der Veränderung der Nettorendite der Investition im Anhang.

43 Hier wird davon ausgegangen, dass das Unternehmen im Rahmen einer Kapitalgesellschaft (GmbH u.Ä.) vom Gesellschafter geführt wird, der damit als Unternehmer tätig ist.

44 Nach *Modigliani/Miller*, American Economic Review 1958 und *King/Fullerton*, The Taxation of Income from Capital, 1984. Siehe hierzu auch *Wiegard/Rumpf*, Kapitalertragsbesteuerung und Kapitalkosten, 2010 sowie zu den Kapitalkosten nach der Unternehmenssteuerreform in Deutschland 2008 *Homburg, Houben, Maiterth*, Die Wirtschaftsprüfung 2007.

45 Dieses System der Einmalbesteuerung jeglicher Einkommen geht auf *Haig*, The Federal Income Tax, 1921 und *von Schanz*, Finanzarchiv 1896, zurück.

tionellen Konzept ausgestaltet, sehen aber neben der Gewinnsteuer auf der Unternehmensebene meistens noch eine Besteuerung der bereits durch Unternehmenssteuern belasteten Dividenden bzw. der Gewinne aus Veräußerung von Unternehmensanteilen beim Anteilseigner vor. Der Gewinnsteuersatz entspricht in der Regel auch nicht den Steuersätzen auf Dividenden und Zinsen.

Damit gilt

(4) $r^{FF} = i$, $r^{SF} = i(1–s^Z)/(1–s^G)$, $r^{BF} = i(1–s^Z)/(1–s^G)(1–s^D)$.

Das Verhältnis von Beteiligungsfinanzierung zu Selbstfinanzierung wird also maßgeblich durch den Dividendensteuersatz bestimmt. Die Selbstfinanzierung ist gegenüber der Fremdfinanzierung bei $s^Z < s^G$ nachteiliger und bei $s^Z > s^G$ vorteilhafter. Für den Vergleich der Kapitalkosten bei Beteiligungsfinanzierung gegenüber jenen bei Fremdfinanzierung gilt dies auch. Zusätzlich ist die Beteiligungsfinanzierung durch die Dividendensteuer diskriminiert. Wenn – wie in Deutschland – Kapitaleinkünfte einer Abgeltungssteuer mit dem Satz $s^A$ unterliegen, gilt

(5) $s^Z = s^D = s^A$.

Falls $s^G > s^A$, erhält man

(6) $r^{BF} = i/(1–s^G) > r^{SF} = i(1–s^A)/(1–s^G) > r^{FF}$.

Bei Einführung einer *Besteuerung der zinsbereinigten Unternehmensgewinne und der zinsbereinigten Kapitaleinkünfte* kommt es zu einer Änderung des Gewinnsteuersatzes wie auch zu einer Änderung der Nettorendite der Alternativanlage. Entspricht der abziehbare Eigenkapitalzins auf der Unternehmensebene wie auch auf der Privatebene der Rendite i, beträgt der Kalkulationszins bei allen drei Finanzierungsformen ebenfalls i. Damit erhält man

(7) $r^F – s^G(r^F – i) = i$ bzw. $r^F = i$ für F = SF, BF,

d.h. die gleichen Kapitalkosten wie in Gleichung (3) und somit Finanzierungsneutralität.

Erfolgt eine *Zinsbereinigung nur der Unternehmensgewinne*, unterliegen also Zinsen bei Finanzanlagen des Privatvermögens sowie Dividenden weiterhin der Einkommensbesteuerung – z.B. einer Abgeltungssteuer –, so ergeben sich für die Selbst- und Beteiligungsfinanzierung die folgenden Kapitalkosten:

(8) $r^{SF} – s^G(r^{SF} – i) = i(1–s^A)$ bzw. $r^{SF} = i[1–s^G–s^A]/(1–s^G)$;

(9) $r^{BF} – s^G(r^{BF} – i) = i$ bzw. $r^{BF} = i$.

Beteiligungs- und Fremdfinanzierung sind somit zwei gleichwertige Finanzierungsalternativen. Die Selbstfinanzierung wird demgegenüber zur vorteilhaftesten Finanzierungform.

Die *Zinsbereinigung nach dem GKB-Richtlinienentwurf* erfolgt ebenfalls nur auf der Unternehmensebene. Weiterhin sieht dieser Entwurf vor, dass der Unternehmensgewinn selbst zum für den Zinsabzug maßgeblichen Eigenkapital gehört. Dies hat für die Eigenfinanzierung von Investitionen folgende Konsequenzen:

(10) $r^{SF} – s^G[r^{SF} – i(1+r^{SF})] = i(1–s^A)$ bzw. $r^{SF} = i[1–s^G–s^A]/[1–s^G(1–i)]$;

(11) $r^{BF} – s^G[r^{BF} – i(1+r^{BF})] = i$ bzw. $r^{BF} = i[1–s^G]/[1-s^G(1–i)]$.

Die spezielle Einbeziehung des Jahresgewinns in die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug bewirkt also bei beiden Formen der Eigenfinanzierung von Investitionen eine Senkung der Kapitalkosten. Die Fremdfinanzierung ist zugleich die ungünstigste Alternative der Investitionsfinanzierung. Die Selbstfinanzierung rangiert vor der Beteiligungsfinanzierung.

Diesem Ergebnis liegen zwei wichtige Annahmen zugrunde. Die steuerlich zulässige Abschreibung hat keine Auswirkungen auf die Steuerbelastung des Gewinns und der mit der Investition erzielte Gewinn wird im gleichen Jahr ausgeschüttet. Damit ist aber unter realen Bedingungen nicht zu rechnen.

Nachfolgend gilt es deshalb vor allem, die Auswirkungen einer dem ökonomischen Wertverlust vorangehenden steuerlichen Abschreibung der Investition zu untersuchen und damit die wichtige Neutralität des steuerlichen Bewertungsrechts zu überprüfen.

## Rentabilitätseffekte bei einer Sonderabschreibung der Investitionsausgaben und alternativen Finanzierungsarten

Die Entscheidung des jeweiligen Investors betreffe nur die sogenannte Grenzinvestition, d.h. jene Investition, deren Erträge in der Referenzsituation ohne Steuern gerade noch ausreichen, um dem jeweiligen Kapitaldienst nachzukommen.

Für den Neutralitätstest bei alternativen Finanzierungsarten seien folgende vereinfachende Annahmen für den Zeitablauf einer Investition getroffen. Im Jahr 1 kann das Unternehmen seine zum Jahresende getätigte Investition I durch eigenes Kapital (aus Gewinnen früherer Investitionen bzw. durch Emission neuer Anteile) $\Delta EK_1$ oder mit Fremdkapital $\Delta FK_1$ finanzieren und damit eine Sonderabschreibung der Investitionsausgaben im Jahr 1 in Höhe von $AFA_1 = \alpha I$, $0 \leq \alpha \leq 1$, wahrnehmen. Das Jahr 1 sei das erste Jahr der Inanspruchnahme eines Abzugs von Eigenkapitalzinsen. Im Jahr 2 – es liegt also noch in dem vorgegebenen ersten 10-Jahreszeitraum – werden sämtliche Reinerträge der Investition erzielt, was zugleich die vollständige Verwertung des eingesetzten realen Kapitalstocks impliziert. Die restliche steuerliche Abschreibung beträgt in diesem Jahr $AFA_2 = (1–\alpha)I$. Zu ermitteln ist die nach Abschluss des Investitionsprozesses, Leistung von Kapitaldiensten $KD_2$ (Kreditzinsen bzw. Dividenden) und der Steuerzahlung im Unternehmen vorhandene zusätzliche Kapitalausstattung $K_2$. Ermittelt wird diese für ein traditionelles Steuersystem (Trad-Modell), das neue Steuersystem nach dem GKB-Richtlinienentwurf (EU-Modell) und ein Steuersystem nach dem gemäß Abschnitt VI revidierten Richtlinienentwurf (Rev-EU-Modell). Die relevanten Einnahmen, Ausgaben und Kapitaländerungen auf der Grundlage der Steuerbilanz werden in den nachstehenden Tabellen bezeichnet und bestimmt.[46]

46 Die Tabellen sind so aufgebaut, dass die jeweiligen Größen in Verbindung mit ihren Bestimmungsgleichungen und den bereits vorliegenden Informationen über die Einflussgrößen schrittweise ermittelt werden können. Leider ist es dabei teilweise unvermeidbar, dass relativ komplexe Gleichungszusammenhänge zu behandeln sind.

Die besondere Komplexität der dort erfassten Zinsbereinigung nach dem GKB-Richtlinienentwurf ergibt sich gegenüber einer Zinsbereinigung nach dem Idealkonzept daraus, dass der Jahresgewinn das maßgebende Eigenkapital am Jahresende erhöht, die Jahressteuerschuld dieses jedoch mindert. Um die mit dem – fehlerhaften – Abzug der Steuerschuld verbundenen Wirkungen darzustellen, wird angenommen, dass die Zahlung der jeweiligen Steuerschuld eines Jahres t am Anfang des Folgejahres t+1 erfolgt. Die der Entstehung der Steuerschuld zeitlich nachfolgende Steuerzahlung entspricht im Übrigen der tatsächlichen zeitlichen Reihenfolge von Gewinnentstehung, Steuerbescheid und Steuerzahlung. Es sei hierzu daraufhin gewiesen, dass der Gewinn bzw. Verlust des Steuerjahres beim Rev-EU-Modell – anders als beim EU-Modell – nicht zur maßgeblichen Änderung des Eigenkapitals des gleichen Ermittlungszeitraums gehört. Außerdem führen nicht Steuerschulden, sondern erst Steuerzahlungen zu einer Minderung des maßgeblichen Eigenkapitals.

Aus Vereinfachungsgründen werden nur Kapitalanlagen auf der Unternehmensebene berücksichtigt. Anderenfalls müsste noch das Steuerregime für Erträge aus alternativen Finanzanlagen außerhalb des Unternehmens modelliert werden. Eine Komplexität, auf die man zur Verdeutlichung des Einflusses des steuerlichen Bewertungsrechts auf die Nettorendite von Investitionen an dieser Stelle verzichten kann. Dies bedeutet zugleich, dass die zusätzlichen Mittel aus Steuererstattungen bei Wahrnehmung von Sonderabschreibungen auf der Unternehmensebene als Finanzinvestition W (Wertpapierbestand) angelegt werden. Ihre Rendite entspreche der Rendite r der Sachinvestition. Aus Vereinfachungsgründen wird weiterhin angenommen, dass der Kreditzins bei einer Fremdfinanzierung der Investition dieser Rendite entspricht.

Im Rahmen des in den meisten Ländern der EU geltenden traditionellen Systems der Gewinnbesteuerung führt die Sonderabschreibung zu einer bei Fremd- und Eigenfinanzierung gleichen Rentabilitätsverbesserung. Wegen der Besteuerung der Dividenden bleibt es jedoch bei der schon oben dokumentierten steuerlichen Diskriminierung der Beteiligungsfinanzierung. Bei Anwendung der Zinsbereinigung nach dem EU-Richtlinienentwurf ergeben sich auf der Unternehmensebene höchst unterschiedliche Rentabilitätseffekte bei den einzelnen Finanzierungsarten. Bei einer Fremdfinanzierung stellt sich ein Renditenverlust ein, der sich nur durch Verzicht auf Sonderabschreibungen – sofern rechtlich zulässig – abwenden lässt. Bei einer Finanzierung mit Eigenkapital fällt die Rentabilitätsverbesserung größer aus als bei den gegenwärtig implementierten Steuersystemen. Mit der Einführung des revidierten EU-Modells ergibt sich aus Sonderabschreibungen im Falle der Kreditfinanzierung – anders als

*Rahmenbedingungen für mit Fremdkapital ($\Delta FK_1$) finanzierte Realinvestitionen (I) im Jahr t = 1 und mit Mitteln aus Steuererstattung finanzierte Finanzinvestitionen (W) im Jahr t = 2*

| | | |
|---|---|---|
| r : Rendite der Real- und Finanzinvestition = Kreditzins = Eigenkapitalzins | I : Realinvestition (Sachanlage) | $W = -T_t = -S_{t-1}$: Finanzinvestition (Wertpapierbestand) |

$\Delta FK_1 = I$; $s$: Gewinnsteuersatz; $s^* = s/(1 - rs)$: modifizierter Gewinnsteuersatz
$G_t$: steuerpflichtiger Gewinn vor Abzug der Eigenkapitalzinsen im Jahr t = 1,2
$AFA_t$: steuerliche Abschreibung im Jahr t = 1,2; $AFA_1 = \alpha I$; $AFA_2 = (1 - \alpha)I$; $0 \leq \alpha \leq 1$

$$G_1 = -\alpha I \qquad G_2 = (1 + r)I + rW - (1 - \alpha)I - r\Delta FK_1$$

*Wirkungen alternativer Steuersysteme bei Fremdfinanzierung*

| | *Trad-Modell* | *EU-Modell* | *Rev-EU-Modell* |
|---|---|---|---|
| $\Delta EKZ_t$ : Änderung des für die Ermittlung der Eigenkapitalzinsen maßgeblichen Eigenkapitals | | | |
| $\Delta EKZ_1$ : | 0 | $G_1 - S_1$ | 0 |
| $\Delta EKZ2$ : | 0 | $\Delta EKZ_1 + G_2 - S_2$ | $G_1 + W = G_1 - S_1$ |
| $S_t = s(G_t - r\Delta EKZ_t)$ : Steuerschuld des Jahres t; $T_t = S_{t-1}$ : Steuerzahlung des Jahres t | | | |
| $S_1$ : | $sG_1 = -W = -s\alpha I$ | $s^*((1-r)G_{1=} - W = -s^*(1 - r)\alpha I$ | $sG_1 = -W = -s\alpha I$ |
| $S_2$ : | $sG_2 = s(1 + rs)\alpha I$ | $s^*[(1 - r)G_2 - r(G_1 - S_1)]I = s^*[1 - s^*r^2(1 - r)]\alpha I$ | $s[G_2 - r(G_1 - S_1)]I = s(1 + r)\alpha I$ |
| $\Delta M_2 = (1 + r)(I + W)$: Am Ende des Steuerjahres 2 verfügbares Kapital vor Abzug des Kapitaldienstes (der Kreditzinsen) $KD_2$ und der Steuerschuld $S_2$ | | | |
| | $(1 + r)(1 + s\alpha)I$ | $(1 + r)[1 + s^*(1 - r)\alpha]I$ | $(1 + r)(1 + s\alpha)I$ |
| $\Delta KD_2$: nach Ende des Steuerjahres 2 zu leistende Kapitaldienste | | | |
| | $r\Delta FK_1$ | $r\Delta FK_1 =$ | $r\Delta FK_1$ |
| $\Delta K_2 = \Delta M_2 - \Delta KD_2 - S_2$: Veränderung des verfügbaren Kapitals abzüglich Kapitaldienst und Tilgung der verbleibenden Steuerschuld | | | |
| | $[1 + sr(1-s)\alpha]I$ | $[1 - r^2s^*[1 - s^*(1 - r)]\alpha]I$ | I |
| $\alpha = 1$ | $[1 + sr(1-s)]I$ | $[1 - r^2s^*[1 - s^*(1 - r)]]I$ | I |
| $\alpha = 0$ | I | I | I |

*Rahmenbedingungen für mit Eigenkapital ($\Delta EK_1$) finanzierte Realinvestitionen (I) im Jahr t=1 und mit Mitteln aus Steuererstattung finanzierte Finanzinvestitionen (W) im Jahr t=2*

r: Rendite der Real- und Finanzinvestition = Kreditzins = Eigenkapitalzins

I: Realinvestition (Sachanlage)

$W = -T_t = -S_{t-1}$: Finanzinvestition (Wertpapierbestand)

$\Delta EK_1 = I$; s: Gewinnsteuersatz; $s^* = s/(1 - rs)$: modifizierter Gewinnsteuersatz
$G_t$: steuerpflichtiger Gewinn vor Abzug der Eigenkapitalzinsen im Jahr t = 1,2
$AFA_t$: steuerliche Abschreibung im Jahr t = 1,2; $AFA_1 = \alpha I$; $AFA_2 = (1-\alpha)I$; $0 \leq \alpha \leq 1$

$G_1 = -\alpha I$ $\quad$ $G_2 = (1 + r)I + rW - (1 - \alpha)I$

*Wirkungen alternativer Steuersysteme bei Eigenfinanzierung*

| | *Trad-Modell* | *EU-Modell* | *Rev-EU-Modell* |
|---|---|---|---|
| $\Delta EKZ_t$ : Änderung des für die Ermittlung der Eigenkapitalzinsen maßgeblichen Eigenkapitals | | | |
| $\Delta EKZ_1$ : | 0 | $\Delta EK_1 + G_1 - S_1$ | $\Delta EK_1$ |
| $\Delta EKZ2$ : | 0 | $\Delta EKZ_1 + G_2 - KD_2 - S_2$ | $\Delta EKZ_1 + G_1 - KD_2 + W$ |
| $S_t = s(G_t - r\Delta EKZ_t)$ : Steuerschuld des Jahres t; $T_t = S_{t-1}$ : Steuerzahlung des Jahres t | | | |
| $S_1$ : | $sG_1 = -W = -s\alpha I$ | $s^*[G_1 - r(\Delta EK_1 + G_1)] = -W = -s^*[\alpha(1 - r) + r]I$ | $s(G_1 - r\Delta EKZ_1) = -W = -s(\alpha + r)I$ |
| $S_2$ : | $sG_2 = s[\alpha(1 + rs) + r]I$ | $s^*[(1 - r)G_2 - r(\Delta EK_1 + G_1 - S_1 - rI)] = s^*\alpha(1 - r^2s^*)I$ | $s(G_2 - r\Delta EKZ_2) = s[\alpha(1 + r) + r^2]I$ |
| $\Delta M_2 = (1 + r)(I + W)$ : Am Ende des Steuerjahres 2 verfügbares Kapital vor Abzug des Kapitaldienstes (Dividende[47]) $KD_2$ und der Steuerschuld $S_2$ | | | |
| | $(1 + r)(1 + \alpha s)I$ | $(1 + r)[1 + s^*(\alpha(1-r)+r)]I$ | $(1 + r)[1 + s(\alpha + r)]I$ |
| $\Delta KD_2$: nach Ende des Steuerjahres 2 zu leistende Kapitaldienste | | | |
| | $r(1 - s)\Delta EK_1$ | $r\Delta EK_1$ | $r\Delta EK_1$ |
| $\Delta K_2 = \Delta M_2 - \Delta KD_2 - S_2$: Veränderung des verfügbaren Kapitals abzüglich Kapitaldienste und Tilgung der verbleibenden Steuerschuld | | | |
| | $[1 + \alpha rs(1 - s)]I$ | $[1 + rs^*(1 + r - \alpha r(1 - s^*))]I$ | $(1 + sr)I$ |
| $\alpha = 1$ | $[1 + rs(1 - s)]I$ | $[1 + rs^*(1 + rs^*)]I$ | $(1 + sr)I$ |
| $\alpha = 0$ | I | $[1 + rs^*(1 + r)]I$ | $(1 + sr)I$ |

47 Dividenden sind die zu leistenden Kapitaldienste bei einer Investitionsfinanzierung mit Eigenkapital. Bei einem traditionellen Steuersystem ist der Gewinn nach Gewinnsteuer r(1–s)I für Dividendenzahlungen verfügbar. Bei einer Besteuerung zinsbereinigter Gewinne ist – in dem angenommenen Fall der Übereinstimmung von Bruttorendite und Eigenkapitalzins – der Bruttogewinn rI für Ausschüttungen verfügbar. Der zusätzliche Ertrag aus dem Ansatz von Sonderabschreibungen bleibe in dem dargestellten Beispiel aus Vereinfachungsgründen im Unternehmen. Dividendenzahlungen mindern im EU-Modell das für die Zinsbereinigung berücksichtigungsfähige Eigenkapital.

beim gegenwärtigen Steuersystem – kein Rentabilitätseffekt. Das steuerliche Bewertungsrecht ist hier also neutral wie beim reinen Konzept der Zinsbereinigung. Im Falle der Eigenfinanzierung kommt es beim EU-Modell zu einer größeren Erhöhung der Rendite als bei dem gegenwärtigen System, jedoch nicht wegen eines stärkeren Einflusses des steuerlichen Bewertungsrechts. Die Rentabilitätserhöhung resultiert vielmehr daraus, dass das zusätzlich Eigenkapital bereits im Investitionsjahr zu einer Erhöhung des für die abziehbaren Eigenkapitalzinsen maßgeblichen Eigenkapitals führt. Das revidierte EU-Modell ist die einzige Modellvariante, bei der die aus europäischer Sicht so wichtige Neutralität des steuerlichen Bewertungsrechts garantiert ist.

## Literaturverzeichnis

*Boadway, R. W./Bruce. N.*, A General Proposition on the Design of a Neutral Business Tax, Journal of Public Economics 24, 1984, S. 231–239.

*Bond, S.R./Devereux, M. P.*, On the design of a neutral business tax under uncertainty, Journal of Public Economics, 58, 1995, S. 57–71.

*Bond, S.R./Devereux, M. P.*, Generalised R-based and S-based taxes under uncertainty, Journal of Public Economics, 87, 2003, S. 1291–1311.

*Bundesministerium der Finanzen*, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich 2013, Berlin 2014.

*Busch, Simon*, Attraktivitätswirkungen zinsbereinigter Steuersysteme, München und Vaduz 2015.

*Devereux, M./Freeman, H.*, A General Neutral Profits Tax, Fiscal Studies 12 (3), 1991, S. 1–15.

*De Mooij, R. A./Devereux, M.*, An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU, International Tax and Public Finance 18, 2011, S. 93–120.

*Europäische Kommission*, Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12.07.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, Amtsblatt der Europäischen Union vom 19.07.2016, L193/1.

*Europäische Kommission*, Pressemitteilung: Kommission schlägt umfassende Reform der Unternehmensbesteuerung in der EU vor, Straßburg, 25. Oktober 2016.

*Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, Straßburg 25. Oktober 2016.

*European Commission*, Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC (OJ L 182, 29.06.2013, p. 19).

*European Commission*, Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, COM (2016) 685 final, Strasbourg 25. October 2016.

*Fane*, G., Neutral Taxation under Uncertainty, Journal of Public Economics, 33, 1987, S. 95–105.

*Fehr, Hans/Wiegard, Wolfgang*, ACE for Germany? Fighting for a better tax system, in: M. Ahlheim/H.-D. Wenzel/W. Wiegard (Hrsg.), Steuerpolitik – Von der Theorie zur Praxis, Festschrift für Manfred Rose, Berlin-Heidelberg 2003, S. 297–324.

*Gammie, Malcolm*, Corporate Tax Harmonisation: An „ACE" Proposal Harmonising European Taxation Through An Allowance For Corporate Equity, European Taxation 31, 1991, S. 238–242.

*Haig, R. M.* (Hrsg.), The Federal Income Tax, New York, 1921.

*Kiesewetter, Dirk/Rumpf, Dominik*, Was kostet eine finanzierungsneutrale Besteuerung von Kapitalgesellschaften?, arqus Diskussionsbeitrag Nr. 71, 2009, E1-E30.

*King, M. A./Fullerton, D.*, The Taxation of Income from Capital. A Comparative Study of the United States, the United Kingdom, Sweden and West Germany, Chicago 1984.

*Modigliani, Franko/Miller, Merton H.*, The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment, The American Economic Review 48 (3), 1958, S. 261–297.

*Panteghini, Paolo M.*, On Corporate Tax Asymmetries and Neutrality, CESifo Working Paper No. 276, 2000.

*Rose, Manfred/Scholz, Markus-Thomas/Zöller, Daniel*, Das „Qualifizierte Bankkonto" (QBK) zur steuerlichen Gleichbelastung von Kapitaleinkünften, Steuer und Wirtschaft, Nr. 3 August 2009, S. 232–245.

*Rose, Manfred*, Umfassende Reform der direkten Steuern Liechtensteins – Abzug von Eigenkapitalzinsen für alle Unternehmen, Steuer und Wirtschaft, Nr. 1 Februar 2011, 100–103.

*Rose, Manfred/Zöller, Daniel*, Abzug von Eigenkapitalzinsen als Betriebsausgaben – ein steuersystematischer Beitrag zur Krisenbewältigung von Unternehmen, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, Band 13, Heft 3, August 2012, 214–238.

*Rose, Manfred*, Besteuerung zinsbereinigter Gewinne persönlich geführter Unternehmen, in: einfachsteuer.de, Abschnitt ZGS-System: Ein Übergangsmodell zur Einfachsteuer, Das Konzept, Abhandlung ZGS-System Teil II, Heidelberg, fortlaufend.

*Rose, Manfred*, Liechtenstein auf dem Weg zu einem neuen Steuersystem, in: einfachsteuer.de. Abschnitt Forschungsprojekte, Internationale Steuerreformen, Forschungsbericht (Teil B) über die Reform der direkten Steuern des Fürstentums Liechtenstein, Heidelberg 2011.

*Rumpf, Dominik.*, Zinsbereinigung des Eigenkapitals im internationalen Steuerwettbewerb – Eine kostengünstige Alternative zu „Thin Capitalization Rules, Arqus-Diskussionsbeitrag zur quantitativen Steuerlehre, No. 48, 2008.

*Von Schanz, Georg*, Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, Finanzarchiv 13, 1896, S. 1–87.

*Schmidt, Frank*, Allowance for corporate equity: zinskorrigierte Besteuerung zur Harmonisierung der Steuersysteme in Europa, Berlin 1998.

*Schneider, Dieter*, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 7. Auflage, Wiesbaden 1992.

*Sigloch, Jochen*, Ertragssteuerparadoxa – Ursachen und Erklärungsansätze, argus Diskussionsbeitrag Nr. 79, 2009, M1-M21.

*Wagner, Franz W.*, Neutralität und Gleichmäßigkeit als ökonomische und rechtliche Kriterien steuerlicher Normenkritik, Steuer und Wirtschaft 1992, S. 291–301.

*Wenger, Ekkehard*, Gleichmäßigkeit der Besteuerung von Arbeits- und Vermögenseinkünften, Finanzarchiv 41, 1983, S. 207–252.

*Wiegard, Wolfgang/Rumpf, Dominik*, Kapitalertragsbesteuerung und Kapitalkosten, Wiesbaden 2010.

*ZEW*, Konsequenzen einer zinsbereinigten Bemessungsgrundlage für die Steuerbelastung deutscher Unternehmen und das Steueraufkommen, Untersuchung des Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH für DIE FAMILIENUNTERNEHMER-ASU, Mannheim 2012.

*ZEW*, Effective Tax Levels Using Devereux/Griffith Methodology, Project for the EU Commision, Final Report 2016, Mannheim 2016.

*Zöller, Daniel*, Die Zinsbereinigte Gewinnsteuer (ZGS), Steuersystematische Entwicklung und ökonomische Analyse eines Reformvorschlags für Deutschland, Tübingen 2011.

*Zöller, Daniel*, Der neue Reinvestitionstarif: Abbau der steuerlichen Benachteiligung von Personenunternehmen gegenüber Kapitalgesellschaften – Ein Vorschlag zur Fortentwicklung des § 34a EStG als Bestandteil eines konsistenteren Ertragsteuersystems zur Stärkung des Mittelstands, in: Die Vorschläge zum steuerpolitischen Ideenwettbewerb, ifst-Schrift 507, 2015, S. 125–170, Berlin/Köln 2015.

**STEUER UND WIRTSCHAFT**

**ZEITSCHRIFT**

Modul jetzt kostenlos testen!
**otto-schmidt-online.de**

# Felix Austria und seine Maßgeblichkeit

## – Was Deutschland hinsichtlich der Zukunft der Maßgeblichkeit von Österreich lernen kann –

PD Dr. KARINA SOPP, Wien/Prof. Dr. LUTZ RICHTER, Trier
Prof. Dr. STEPHAN MEYERING, Hagen*

Inhaltsübersicht

I. Einführung
II. Zur Maßgeblichkeit unternehmensrechtlicher GoB in Österreich
III. Analysefeld 1: Umgang mit unterschiedlichen Zwecken von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung
1. Einordnung und Konkretisierung
2. Handhabe in Österreich
3. Würdigung der Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland
IV. Analysefeld 2: Machtverschiebungen zwischen Handels- und Steuerrecht durch die Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit
1. Einordnung und Konkretisierung
2. Handhabe in Österreich
3. Würdigung der Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland
V. Analysefeld 3: Kasuistik bei aktuellen Verlautbarungen von Gesetzgebung und Verwaltung
1. Einordnung und Konkretisierung
2. Handhabe in Österreich
3. Würdigung der Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland
VI. Analysefeld 4: Einführung und Ausgestaltung der E-Bilanz
1. Einordnung und Konkretisierung
2. Handhabe in Österreich
3. Würdigung der Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland
VII. Fazit

*Dieser Beitrag analysiert das (unklare) Verhältnis zwischen steuerlicher Gewinnermittlung und handelsrechtlicher Rechnungslegung in Deutschland. Unter Rückgriff auf die österreichische Rechtslage und -entwicklung zeigen die Verfasser zum einen die Ursachen für den aktuellen Status der Maßgeblichkeit in Deutschland auf. Zum anderen analysieren die Verfasser mit dem Ziel, einer unstrukturierten Ko-Existenz von steuerlicher Gewinnermittlung und handelsrechtlicher Rechnungslegung Einhalt zu gebieten, Möglichkeiten zur Übertragung der österreichischen Handhabe auf die deutsche Rechtslage. Basis für die Ableitung der Übertragungsmöglichkeiten sind vier Analysefelder.*

*This paper deals with the ambiguous relation between profit determination under tax and under commercial law in Germany. Based on the evolution and the current status of the legal framework in Austria, the authors first identify the roots of the authoritative principle (so-called "Maßgeblichkeitsprinzip") as currently applied in Germany. Second, the authors analyse whether and to what extent it might be beneficial for the German system to lean on the Austrian implementation of the authoritative principle. This is to avoid an unstructured co-existence of accounting requirements for tax purposes on the one and reporting purposes on the other side. In order to do so, the authors separately analyse four subtopics.*

### I. Einführung

Die steuerliche Gewinnermittlung in *Deutschland* entfernt sich – diametral zur Forderung im Rahmen der Saarbrücker Thesen aus dem Jahre 2004[1] – zunehmend von der auf der Teilhaberthese beruhenden Einheitsbilanz[2,3] Kernelement der Einheitsbilanz ist die Maßgeblichkeit handelsrechtlicher GoB für die steuerliche

* *PD Dr. Karina Sopp* ist Dozentin am Institut für Betriebswirtschaftslehre an der Universität Wien; *Prof. Dr. Lutz Richter* ist Inhaber der Professur für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Unternehmensrechnung an der Universität Trier; *Prof. Dr. Stephan Meyering* ist Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftslehre, insb. Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der FernUniversität in Hagen. Mit diesem Beitrag gratulieren die Autoren ihrem hochverehrten akademischen Lehrer, Herrn *Prof. Dr. Heinz Kußmaul*, Inhaber des Betriebswirtschaftlichen Instituts für Steuerlehre und Entrepreneurship, Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insb. Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, Institut für Existenzgründung/Mittelstand an der Universität des Saarlandes, zu seinem 60. Geburtstag!

1 Vgl. *Küting*, StuB 2004, 683 (686). Hiernach soll im Mittelstand eine steuerlich geprägte Einheitsbilanz anzustreben sein, welche simultan der Gewinnausschüttung sowie gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen Genüge trägt. Ein Unterzeichner der Saarbrücker Thesen ist der Jubilar.

2 Vgl. *Döllerer*, BB 1971, 1333 (1334) und hinsichtlich von Überlegungen zu einer Einheitsbilanz in Deutschland bereits *Kahl*, Macht und Markt, 1956, S. 85 f. Eine Zweckdivergenz von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung vermag eine eigenständige Steuerbilanz nicht zu rechtfertigen. Vielmehr erweist es sich als sinnvoll, zur Messung der steuerlichen Leistungsfähigkeit aus Vereinfachungsgründen auf den betriebswirtschaftlichen und handelsrechtlichen Maßstab der Leistungsfähigkeit zurückzugreifen. Vgl. zu Recht *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 9, Rz. 45 ff., s. b. Rz. 48, 51; *Kahle*, DB 2014, Beilage Nr. 4, 1 (5).

3 Vgl. nur *Breithecker/Klapdor/Zisowski*, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, 1999, S. 51 ff. („Abschaffung der Einheitsbilanz"); *Döllerer*, BB 1971, 1333 („Ideal einer stets übereinstimmenden Handelsbilanz und Steuerbilanz tatsächlich kaum erreicht werden wird"); *Gräbe*, Das Maßgeblichkeitsprinzip vor dem Hintergrund des BilMoG, 2012, S. 74 („Erstellung einer Einheitsbilanz stellt zumeist eine Utopie dar"); *Herzig*, DB 2009, 1 (2) („Ende der Einheitsbilanz eingeläutet"). Vgl. auch *Mayer*, in: Schön, Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, 2005, S. 185.

Gewinnermittlung (im Folgenden: Maßgeblichkeit). Bei genauem Besehen befindet sich die steuerliche Gewinnermittlung hierzulande bezüglich der Maßgeblichkeit in einem *Zwischenstadium*: Es herrscht keine reine Maßgeblichkeit vor, man entschied sich aber auch noch nicht für eine andere Art der steuerlichen Gewinnermittlung. Belastet wird die Maßgeblichkeit seit jeher durch die divergierenden Zwecke, die der Handels- und der Steuerbilanz zu Grunde liegen (Analysefeld 1). Hinzu kommen Entwicklungen der jüngeren Zeit, die eine Entfernung von der Einheitsbilanz bewirken. Diese Entwicklungen können u.E. wie nachstehend zusammengeführt werden: Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit einschließlich der damit einhergehenden Machtverschiebungen zwischen Handels- und Steuerrecht (Analysefeld 2), Kasuistik bei jüngsten Verlautbarungen von Gesetzgebung und Verwaltung (Analysefeld 3) sowie Ausgestaltung der E-Bilanz (Analysefeld 4).[4]

In *Österreich* bestand seit Jahrzehnten ein Gleichklang mit der steuerlichen Gewinnermittlung in Deutschland. So wurde mit der Kodifizierung des Einkommensteuergesetzes 1953 zwar die Basis der steuerlichen Gewinnermittlung – insb. § 5 EStG – aus dem deutschen Recht übernommen,[5] was den Grundsatz der Maßgeblichkeit inkludiert. Dieser Gleichklang wurde jedoch dadurch aufgelöst, dass die deutschen Entwicklungen der letzten Jahre nicht in vergleichbarem Maße nachvollzogen wurden. Stattdessen ist in Österreich eine *Tendenz hin zu einer Kräftigung der Einheitsbilanz* erkennbar.

Mithin verfügt die steuerliche Gewinnermittlung in Österreich über *die gleichen Wurzeln wie die in Deutschland*, weist aber deutliche Unterschiede auf. Daher drängt sich die Frage auf, ob aus diesen Unterschieden *Lehren für die Zukunft der steuerlichen Gewinnermittlung in Deutschland* gezogen werden können. Ziel dieses Beitrags ist, für die oben benannten vier Analysefelder die Handhabe in Österreich zu erheben sowie etwaige Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland zu analysieren. Konkret wird den folgenden Forschungsfragen nachgegangen:

1. Wie werden die Analysefelder „Umgang mit unterschiedlichen Zwecken von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung", „Machtverschiebungen zwischen Handelsrecht und Steuerrecht durch die Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit", „Kasuistik bei aktuellen Verlautbarungen von Gesetzgebung und Verwaltung" sowie „Einführung und Ausgestaltung der E-Bilanz" auf österreichischer Seite gehandhabt?
2. Lässt sich die österreichische Handhabe jeweils auf Deutschland übertragen?

Im wissenschaftlichen Schrifttum wurden seit dem BilMoG nur wenige Analysen der österreichischen steuerlichen Gewinnermittlung vorgenommen.[6] Fast keiner dieser Beiträge befasst sich mit der hier im Vordergrund stehenden deutschen Sichtweise oder beinhaltet gar einen Vergleich mit der derzeitigen steuerlichen Gewinnermittlung in Deutschland. Eine Ausnahme bildet in Ansätzen der Beitrag von *Bertl/Eberhartinger/Hirschler* aus dem Jahr 2008, der bereits die Änderungen durch das BilMoG berücksichtigte.[7] Naturgemäß konnten seinerzeit aber noch nicht dessen gesamte Auswirkungen abgesehen werden. Die vorhandenen Forschungsergebnisse beantworten die Forschungsfragen somit nicht.

## II. Zur Maßgeblichkeit unternehmensrechtlicher GoB in Österreich

Analog zu Deutschland besteht auch in Österreich *kein einheitliches Gewinnermittlungsverfahren*.[8] Dem Betriebsvermögensvergleich kommt zwar gleichsam eine große Bedeutung zu, das Verhältnis von § 5 öEStG[9] (sog. unternehmensrechtlicher Betriebsvermögensvergleich) und § 4 Abs. 1 öEStG (auch: *steuerlicher Betriebsvermögensvergleich*) unterscheidet sich jedoch von der deutschen Herangehensweise. So verkörpert Letzterer die *Hauptgewinnermittlungsart*.[10] Dem steht nicht entgegen, dass der Betriebsvermögensvergleich gem. § 5 öEStG für im Firmenbuch eingetragene Gewerbetreibende einen großen Anwendungsbereich umfasst – selbst wenn dieser dem Anwendungsbereich des § 4 Abs. 1 öEStG zahlenmäßig unterlegen sein mag[11].

Gemäß § 4 Abs. 2 öEStG sind beim Betriebsvermögensvergleich nach § 4 Abs. 1 öEStG die *allgemeinen GoB* anzuwenden. Diese umfassen „jene Grundsätze, die sich aus dem Wesen eines Betriebsvermögensvergleiches ergeben"[12] und „gründen sich auf gesetzliche Bestimmungen, die zum Gewohnheitsrecht gewordene

4 Ein vermeintliches fünftes Analysefeld – latente Steuern, deren Identifikation gemäß des bilanzorientierten Temporary-Konzepts eine Gegenüberstellung von Handelsbilanzwerten und steuerlichen Werten erfordert (§§ 274 HGB, 198 Abs. 9–10 UGB) – findet hier keine Beachtung, da einerseits die Klientel einer Einheitsbilanz ohnehin keiner Verpflichtung zur Abgrenzung latenter Steuern unterliegt und andererseits das Analysefeld der latenten Steuern mit zunehmender Annäherung an eine Einheitsbilanz auch zunehmend obsolet wird.

5 Siehe hierzu Bundesgesetz v. 3. Dezember 1953, betreffend die Vorschriften über die Besteuerung natürlicher Personen (Einkommensteuergesetz 1953 – EStG 1953), öBGBl. 1954 Nr. 1 v. 16.1.1954, 1 ff. Vgl. zur historischen Entwicklung auch *Bertl/Eberhartinger/Hirschler*, in: Brähler/Lösel, Deutsches und internationales Steuerrecht, 2008, S. 740; *Titz*, Das Bilanzsteuerrecht in Gegenwart und Zukunft, 2013, S. 7.

6 Vgl. *Denk*, RWZ 2008, 67 (67-70, 97-101); *Bertl/Eberhartinger/Hirschler* (FN 5), S. 739–764; *Beiser*, SWK 2012, 929 (929-932); *Titz* (FN 5); *Marchgraber*, RWZ 2014, 16 (16-22).

7 Vgl. *Bertl/Eberhartinger/Hirschler* (FN 5), S. 739–764.

8 Zu den vier möglichen Gewinnermittlungsverfahren für betriebliche Einkünfte siehe etwa öEStR 2000, Rz. 414; *Marschner*, in: Jakom, Einkommensteuergesetz 2017, 2017, § 4 EStG, Anm. 16; *Zorn*, in: Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer, § 4 EStG, Anm. 23.

9 Zur Unterscheidung von deutschen und gleichnamigen österreichischen Gesetzen und Richtlinien wird österreichischen Regelungen hier und im Folgenden ein „ö" vorangestellt.

10 Vgl. *Zorn/Varro*, in: Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, Kommentar zum EStG, § 4 EStG, Anm. 101; *Zorn* (FN 8), § 4 Abs. 2, Anm. 2.

11 Zur zahlenmäßigen Überlegenheit vgl. *Zorn*, ÖStZ 2001, 186.

12 Erläuterungen zur RV zum EStG 1988, 621 BlgNR 17. GP., S. 64.

allgemeine anerkannte Übung der kaufmännischen Praxis und auf Gutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder sowie der Vertreter der Kaufleute"[13]. Hierunter fallen etwa das Realisationsprinzip, der Grundsatz der Bilanzkontinuität und der Grundsatz der Bilanzwahrheit – die allgemeinen GoB umfassen somit auch einen Teil der unternehmensrechtlichen GoB.[14]

Zusätzlich zu den allgemeinen GoB sind bei der Gewinnermittlung nach § 5 öEStG – also für Steuerpflichtige, die in der Regel auch eine Unternehmensbilanz zu erstellen haben –[15] entsprechend § 5 Abs. 1 S. 1 öEStG die *unternehmensrechtlichen GoB* zu beachten.[16] Hieraus ergibt sich der Grundsatz der Maßgeblichkeit der unternehmensrechtlichen GoB für die steuerliche Gewinnermittlung. Während die Anwendung der allgemeinen GoB gewährleisten soll, dass „aus der Buchführung die jeweilige Lage des Vermögens und des Betriebsergebnisses entnommen werden kann"[17], umfassen die unternehmensrechtlichen GoB zudem die in § 201 UGB enthaltenen, spezielleren Bewertungsgrundsätze wie das Vorsichtsprinzip und das Imparitätsprinzip.[18] Zwischen der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 öEStG und nach § 5 öEStG bestehen jedoch weitere Unterschiede als nur hinsichtlich des zu befolgenden GoB-Umfangs. Beispielsweise kann bei der Gewinnermittlung nach § 5 öEStG neben dem notwendigen Betriebsvermögen auch gewillkürtes Betriebsvermögen angesetzt werden.[19]

Die Anwendung der unternehmensrechtlichen GoB unterliegt nach § 5 Abs. 1 S. 1 HS 2 öEStG der Einschränkung, dass diese unter Berücksichtigung der zwingenden steuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften zu erfolgen hat.[20] Diesem *Maßgeblichkeitsvorbehalt* entsprechend gelten die unternehmensrechtlichen GoB nur in jenem Bereich, in dem das Steuerrecht Spielräume eröffnet.[21] Die Auffassung, dass es sich dabei letztlich nur um einen minimalen Bereich handelt,[22] wird hier trotz der unten angeführten Einschränkungen des Maßgeblichkeitsgrundsatzes nicht geteilt.

Unstrittig ist jedenfalls, dass gesetzlich normierte Vorschriften des Steuerrechts bei der steuerlichen Gewinnermittlung der Anwendung des Unternehmensrechts vorgehen. Derartige *Sondervorschriften* – vergleichbar zu den in Deutschland geltenden Bilanzierungs- und Bewertungsvorbehalten – existieren in umfangreichem Ausmaß, so dass hieraus zahlreiche potentielle Abweichungen zwischen unternehmensrechtlicher und steuerlicher Gewinnermittlung resultieren.[23] Als Beispiele für solche Unterschiede sei auf folgende zwei Sachverhalte hingewiesen: (1) Das steuerliche (aber unternehmensrechtlich nicht existente) Verbot der Bildung von Rückstellungen für Firmenjubiläen und (2) die zwingend in abweichender Höhe anzunehmende Dauer der Abschreibung eines Firmenwerts.[24]

Die in § 5 Abs. 1 S. 1 HS 2 öEStG kodifizierte Einschränkung der Maßgeblichkeit kann aber nicht nur aus einer ausdrücklichen (gesetzlichen) Regelung, sondern auch *aus der Systematik und Teleologie des Steuerrechts* resultieren.[25] Davon ausgehend gewinnt die Auslegung des Steuerrechts zu Fragen der steuerlichen Gewinnermittlung an Bedeutung, insb. durch die Rechtsprechung. Beispielsweise nennt der österreichische Verwaltungsgerichtshof (VwGH) als (den unternehmensrechtlichen GoB) vorrangige steuerliche Grundsätze den Leistungsfähigkeitsgrundsatz, den Periodengewinngrundsatz und den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung.[26] In der Folge sind nach Ansicht des VwGH etwa unternehmensrechtlich gebildete Rückstellungen ungeachtet des Maßgeblichkeitsprinzips steuerlich nur dann anzuerkennen, wenn dies mit den allgemeinen steuerlichen Grundsätzen bzw. Zielen in Einklang steht.[27] Auf diese Weise entwickelte sich im Steuerrecht ein eigenständiger Rückstellungsbegriff.[28] Hinzuweisen ist zwar darauf, dass im Rahmen des RÄG 2014 eine Annäherung des Rückstellungsbegriffs nach Unternehmens- und Steuerrecht erfolgte.[29] Nichtsdestotrotz zeigt sich an die-

13 öEStR 2000, Rz. 419.

14 Siehe zu den allgemeinen GoB – auch ausführlicher – öEStR 2000, Rz. 420–425. Zu einer „gelockerten" Verknüpfung der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 öEStG mit den unternehmensrechtlichen GoB siehe *Fritz-Schmied*, Die steuerbilanzielle Gewinnermittlung, 2005, S. 47–48. Zur Gültigkeit des Realisationsprinzips vgl. etwa *Quantschnigg/Schuch*, Einkommensteuer-Handbuch, 1993, § 4, Anm. 16.1.1; *Zorn* (FN 8), § 4 Abs. 2 EStG, Anm. 4–8.

15 Zu Fällen, in denen bei Steuerpflichtigen, die ihren Gewinn nach § 5 öEStG ermitteln, keine nach dem UGB erstellte Bilanz existiert, siehe *Zorn/Varro* (FN 10), § 4 EStG, Anm. 113; *Quantschnigg/Schuch* (FN 14), § 5, Anm. 6, 8 und 11.

16 Zur ergänzenden Anwendung der unternehmensrechtlichen GoB vgl. auch öEStR 2000, Rz. 429.

17 *Quantschnigg/Schuch* (FN 14), § 4, Anm. 16.1.1.

18 Vgl. öEStR 2000, Rz. 431. Zu den Inhalten der allgemeinen und der unternehmensrechtlichen GoB siehe ausführlich *Titz* (FN 5), S. 19–24.

19 Zu den Unterschieden zwischen den beiden Gewinnermittlungsarten siehe öEStR 2000, Rz. 416.

20 Siehe hierzu auch öEStR 2000, Rz. 429.

21 Vgl. *Zorn* (FN 8), § 4 EStG, Anm. 34 und 38.

22 Vgl. hierzu *Zorn/Varro* (FN 10), § 4 EStG, Anm. 113; *Ruppe*, in: GS Gassner, 2005, Anm. 7; *Zorn*, ÖStZ 2001, 186; *Zorn* (FN 8), § 4 EStG, Anm. 60–64; *Zorn* (FN 8), § 4 Abs. 2 EStG, Anm. 3–4.

23 Vgl. zu den zahlreichen Unterschieden *Achatz*, in: GS Gassner, 2005, Anm. 92; *Hirschler*, RWZ 2015, 209 (209–210); *Lindbauer*, RWZ 2015, 215 (218); *Titz* (FN 5), S. 32.

24 Zum Verbot der Bildung von Rückstellungen für Firmenjubiläen vgl. § 9 Abs. 4 öEStG; zur Firmenwertabschreibung vgl. § 8 Abs. 3 öEStG mit § 203 Abs. 5 UGB; zu den hier erwähnten und weiteren Unterschieden siehe auch *Altenburger*, RWZ 2015, 204 (205); *Hirschler*, RWZ 2015, 209 (209–210); *Lindbauer*, RWZ 2015, 215 (218).

25 Vgl. VwGH v. 28.3.2000, 94/14/0165; *Zorn/Varro* (FN 10), § 4 EStG, Anm. 108; *Marschner* (FN 8), § 4 EStG, Anm. 203; *Ruppe*, in: GS Gassner, 2005, Anm. 5. A.A. *Achatz*, in: GS Gassner, 2005, Anm. 92, der eine Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes nur dann anerkennt, wenn abweichendes zwingendes Steuerrecht explizit normiert ist.

26 Vgl. VwGH v. 28.3.2000, 94/14/0165; v. 26.5.2004, 2000/14/0181.

27 Vgl. VwGH v. 28.3.2000, 94/14/0165.

28 Vgl. auch genauer VwGH v. 26.5.2004, 2000/14/0181.

29 Siehe hierzu bspw. *Zaminer*, in: Urnik/Fritz-Schmied, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2015, 2015, S. 15–47.

sem Beispiel die Möglichkeit zur Einschränkung der Maßgeblichkeit durch die Rechtsprechung.[30]

Der in § 5 Abs. 1 öEStG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Maßgeblichkeit der unternehmensrechtlichen GoB für die steuerliche Gewinnermittlung weist viele Parallelen zum deutschen EStG auf. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Rechtskreisen zeigt sich jedoch hinsichtlich der *Reichweite des Maßgeblichkeitsgrundsatzes*. So wird in Österreich nach h.M. von der Gültigkeit einer *formellen Maßgeblichkeit* ausgegangen.[31] Für die steuerliche Gewinnermittlung ist damit – unter Berücksichtigung des erwähnten Maßgeblichkeitsvorbehalts – der *konkrete Ansatz* in der nach unternehmensrechtlichen Vorschriften erstellten Bilanz maßgeblich.[32] Demzufolge umfasst die Maßgeblichkeit sowohl die Bilanzierung dem Grunde als auch die Bilanzierung der Höhe nach.

Aus der Annahme einer formellen Maßgeblichkeit folgt, dass der Ansatz in der Unternehmensbilanz von steuerlichen Erwägungen beeinflusst sein kann.[33] Immerhin müssen *steuerliche Wahlrechte* – soweit diese Begünstigungen nicht außerbilanziell geltend gemacht werden können – bereits *in der Unternehmensbilanz umgesetzt* werden, um steuerlich wirksam werden zu können.[34]

Die Umsetzung der steuerlichen Gewinnermittlung nach § 5 öEStG kann, muss aber nicht zwingend durch die Erstellung einer *eigenen Steuerbilanz* erfolgen.[35] In § 44 Abs. 2 öEStG wird von einer „Übersicht für steuerliche Zwecke" gesprochen.[36] Alternativ ist es möglich, die steuerlichen Abweichungen in einer gesonderten Aufstellung zur Unternehmensbilanz – der sog. *Mehr-Weniger-Rechnung* – darzulegen.[37] Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Mehr-Weniger-Rechnung nicht nur der Anpassung unternehmensrechtlicher Vorschriften Rechnung trägt, sondern auch weitere Korrekturen – etwa die Korrektur von Aufwandsposten – umfasst.[38]

In der Praxis *überwiegt* die *Bedeutung der Mehr-Weniger-Rechnung* gegenüber der Erstellung einer eigenen Steuerbilanz.[39] Weiter geht noch die in der Literatur oft vertretene Einschätzung zur Dominanz der *Einheitsbilanz*, so dass in den überwiegenden Fällen nicht einmal eine steuerliche Mehr-Weniger-Rechnung (mit Blick auf bilanzielle Korrekturen) der Unternehmensbilanz beigefügt werde.[40] Dieser Einschätzung stehen Aussagen gegenüber, die eine Einheitsbilanz „in weiter Ferne" sehen.[41]

## III. Analysefeld 1: Umgang mit unterschiedlichen Zwecken von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung

### 1. Einordnung und Konkretisierung

Aufgrund unterschiedlicher Zwecke von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung[42] bestehen in Deutschland unüberbrückbare Unterschiede zwischen beiden Rechenwerken, welche mittels einer Überleitungsrechnung oder einer eigenständigen Steuerbilanz nachzuvollziehen sind. Jene basieren auf *steuerlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorbehalten* und lassen sich auf verpflichtend sowie gegensätzlich anzuwendende Vorschriften in Handels- und Steuerrecht zurückführen – sei es (periodenidentisch) auf Ansatz-[43] und/oder Bewertungsebene[44], sei es periodeninkongruent (z.B. phasenverschobene Gewinn-

30 Siehe auch *Ruppe*, in: GS Gassner, 2005, Anm. 7.

31 Vgl. bspw. *Zorn/Varro* (FN 10), § 4 EStG, Anm. 109; *Fritz-Schmied* (FN 14), S. 41–42; *Hirschler*, RWZ 2015, 209 (211); *Marschner* (FN 8), § 4 EStG, Anm. 178 und 203; *Quantschnigg/Schuch* (FN 14), § 5, Anm. 9; *Ruppe*, in: GS Gassner, 2005, Anm. 5; *Titz* (FN 5), S. 28–31. Einschränkend zum hier dargestellten formellen Maßgeblichkeitsverständnis äußert sich *Zorn* (FN 8), § 4 Abs. 2 EStG, Anm. 12–24.

32 Vgl. öEStR 2000, Rz. 433.

33 Vgl. *Zorn/Varro* (FN 10), § 4 EStG, Anm. 109; *Ruppe*, in: GS Gassner, 2005, Anm. 6.

34 Zur umgekehrten Maßgeblichkeit vgl. *Zorn/Varro* (FN 10), § 4 EStG, Anm. 109; *Hirschler*, RWZ 2015, 209 (211); *Marschner* (FN 8), § 4 EStG, Anm. 206; *Quantschnigg/Schuch* (FN 14), § 5, Anm. 20/20.1. A.A. wohl *Zorn* (FN 8), § 4 Abs. 2 EStG, Anm. 15–17.

35 Die Steuerbilanz ist eine den abweichenden steuerrechtlichen Vorschriften angepasste Unternehmensbilanz. Vgl. öEStR 2000, Rz. 432.

36 Hierunter ist die Steuerbilanz zu verstehen. Siehe auch *Sulz/Hirschler*, SWK 2010, 717.

37 Vgl. öEStR 2000, Rz. 432.

38 Vgl. *Egger*, in: Bertl et al, Wiener Bilanzrechtstage 2012, 2013, S. 99–100.

39 Vgl. *Achatz*, in: GS Gassner, 2005, Anm. 83.

40 Zur Bedeutung der Einheitsbilanz vgl. *Bertl/Eberhartinger/Hirschler* (FN 5), S. 749; auf Basis einer empirischen Studie *Bertl/Greimel/Klostermann*, RWZ 2004, 106; *Kalss*, SWK 2010, W 127. *Quantschnigg/Schuch* (FN 14), § 5, Anm. 15, äußern die Vermutung, dass die österreichische Praxis „grundsätzlich mehr oder weniger das gesamte Handelsrecht für Belange der Steuerbilanz" übernehme.

41 So *Kirchmayr/Achatz*, taxlex 2015, 81. Vgl. auch *Hirschler*, RWZ 2015, 209 (209–210).

42 Vgl. zu den Zwecken bspw. *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, 14. Aufl. 2017, S. 105–115; *Bieg/Kußmaul/Waschbusch*, Externes Rechnungswesen, 6. Aufl. 2012, S. 67–70; *Kußmaul*, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, 7. Aufl. 2014, S. 11; *Scheffler*, Besteuerung von Unternehmen II, 8. Aufl. 2014, S. 1–7; *Schneeloch/Meyering/Patek*, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, Band 1: Grundlagen der Besteuerung, Ertragsteuern, 7. Aufl. 2016, S. 7–9.

43 Z.B. Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften, für die steuerlich prinzipiell ein Aktivierungsverbot besteht (§ 5 Abs. 4a S. 1 EStG), RAP für Zölle und Verbrauchsteuern bzw. für Umsatzsteuer auf erhaltene Anzahlungen nach der Bruttomethode (§ 5 Abs. 5 S. 2 EStG), für deren Ansatz seit dem BilMoG ein Aktivierungsverbot besteht, das steuerliche Saldierungsverbot von Altersversorgungsverpflichtungen mit Planvermögen (§ 5 Abs. 1a S. 1 EStG) bei simultaner handelsrechtlicher Saldierungspflicht (§ 246 Abs. 2 S. 2 HGB) oder das steuerliche Passivierungsverbot bestimmter Rückstellungsarten bei Nichterfüllung der genannten restriktiven Erfordernisse (§ 5 Abs. 3–4 und § 6a EStG) bei handelsrechtlicher Passivierungspflicht als Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten (§ 249 Abs. 1 S. 1 1. Alt. HGB).

44 Z.B. unterschiedliche Regelungen bei der Nutzungsdauer eines Geschäfts- oder Firmenwerts (§ 253 Abs. 3 S. 4 HGB, § 7 Abs. 1 S. 3 EStG), bei einer voraussichtlich nicht dauernden Wertminderung im Umlaufvermögen (§ 253 Abs. 4 S. 1 HGB, § 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG), bei der Abzinsung von Rückstellungen (§ 253 Abs. 2 und Abs. 6 HGB, § 6 Abs. 1 Nr. 3a Buchst. e EStG) oder bei der Ertragsrealisation aus der Währungsumrechnung mit Restlaufzeiten von max. einem Jahr (§ 256a S. 2 HGB).

vereinnahmung)[45].[46] Mehrheitlich beruhen jene zwingend voneinander abweichenden Ansätze auf fiskalisch motivierten Entscheidungen in Gestalt der generellen Vermeidung von Aufwendungen[47] bzw. der Vermeidung der Antizipation von Aufwendungen[48]. Jedoch sind auch Fälle präsent, in denen aus Objektivierungsgründen eine (steuerliche) Verschiebung realisierter Erträge in künftige Perioden[49] bzw. eine Aufwandsantizipation erfolgt.[50] Als Folge resultieren „Grundsätze ordnungsmäßiger steuerlicher Bilanzierung"[51], d.h. *originär steuerlich ausgelegte GoB*.[52] Letztlich existieren Posten, die ausschließlich der handelsrechtlichen resp. der steuerlichen Rechnungslegung immanent sind.[53]

### 2. Handhabe in Österreich

Die abweichenden Zwecksetzungen zwischen Unternehmensbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung bestehen auch in Österreich.[54] Ausprägung findet dies gerade in der dort vorzufindenden *Reichweite der Maßgeblichkeit*. Hierzu lässt sich – anknüpfend an Kapitel II – festhalten:

1. Durch die Annahme eines formellen Maßgeblichkeitsprinzips besteht eine grundsätzlich enge Verzahnung zwischen unternehmensrechtlicher Rechnungslegung und steuerlicher Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich.
2. Der Maßgeblichkeitsvorbehalt lockert diese Verbindung auf, indem
   a) zahlreiche explizit gesetzlich normierte steuerliche Sondervorschriften der Anwendung der unternehmensrechtlichen Vorschriften für die steuerliche Gewinnermittlung entgegenstehen und
   b) darüber hinaus allgemeine steuerliche Grundsätze, die nicht ausdrücklich gesetzlich kodifiziert sind, dem Unternehmensrecht vorangehen.

Vor allem der zuletzt genannte Aspekt, im Rahmen dessen eine Auslegung zu erfolgen hat, wird umso bedeutender, je weiter entfernt die Zwecke der unternehmensrechtlichen und der steuerlichen Gewinnermittlung voneinander gesehen werden. Als vorteilhaft erweist sich bei dieser Konzeption der Maßgeblichkeit gerade, dass sich die *abweichenden Zwecksetzungen* von Unternehmens- und Steuerrecht bei einer dennoch grundsätzlich engen Verzahnung beider Rechtsgebiete *ausreichend abgebildet finden*. Gleichzeitig lässt sich so *vermeiden*, dass zukünftige Anpassungen am Unternehmensrecht die steuerliche Gewinnermittlung *in unerwünschter Weise nachhaltig verändern* – gerade mit Blick auf die Beeinflussung der nationalen durch die internationalen Rechnungslegungsvorschriften und den besonderen Stellenwert des EU-Rechts für die nationalen Rechnungslegungsvorschriften. Somit müssen steuerliche Regelungen, die allein fiskalischer Natur sind oder sozialpolitischen Erwägungen Rechnung tragen – und dies in einem angemessenen Rahmen auch (sein) dürfen – nicht von unternehmensrechtlichen Regelungen überlagert werden, die den genannten Zwecken (teilweise) entgegenstehen.

### 3. Würdigung der Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland

In *Österreich* ist das Verhältnis von unternehmensrechtlicher Rechnungslegung und steuerlicher Gewinnermittlung eher von einem *Miteinander* geprägt. Hierin kann durchaus ein Unterschied zu *Deutschland* gesehen werden, wo sich das Verhältnis – zugespitzt – *eher als Gegeneinander* charakterisieren lässt. Der österreichischen Vorgehensweise ist mit einem ausdrücklichen Bekenntnis zur Maßgeblichkeit zu Gute zu halten, dass selbst die umfassenden Abweichungen zwischen Unternehmens- und Steuerrecht den Verzicht auf eine eigene Steuerbilanz bzw. auf bilanziell bedingte Korrekturen in der Mehr-Weniger-Rechnung *grundsätzlich ermöglichen*. Dabei ist es unbeachtlich, ob sich die Unterschiede aus expliziten gesetzlichen Regelungen oder aus allgemeinen steuerlichen Grundsätzen ergeben. Die Möglichkeit der Übertragung dieses Vorgehens auf Deutschland ist keine Frage von Gesetzen und Normen, sondern vielmehr eine *Frage der Grundhaltung der beteiligten Akteure*, namentlich der Gesetzgeber und der Verwaltung in den Bereichen handelsrechtliche Rechnungslegung und steuerliche Gewinnermittlung. Die Teilhaberthese, von der sich im Zeitablauf stetig entfernt wurde, sollte wieder gestärkt werden.

---

45 Vgl. z.B. BGH v. 3.11.1975 – II ZR 67/73, DB 1976, 38 ff.; v. 21.7.1994 – II ZR 82/93, DB 1994, 1868 f.; v. 12.1.1998 – II ZR 82/93, DB 1998, 567 ff.; BFH v. 26.11.1998 – IV R 52/96, DB 1999, 508 ff.; v. 16.12.1998 – I R 50/95, DStRE 1999, 249 ff.; v. 7.8.2000 – GrS 2/99, DStR 2000, 1682 ff.; v. 31.10.2000 – VIII R 85/94, DB 2001, 412 ff.

46 Vgl. auch die Übersicht der OFD Münster v. 14.9.2012, DB 2012, 2309 ff.

47 So beim Passivierungsverbot gem. § 5 Abs. 4a S. 1 EStG zur Gegenfinanzierung gesenkter Steuersätze/Steuertarife. Vgl. Entwurf eines Steuerreformgesetzes (StRG) 1998 v. 24.6.1997, BT-Drs. 13/8020, S. 26.

48 So beim Aktivierungsgebot gem. § 5 Abs. 5 S. 2 EStG, bei dem der BFH seinerzeit eine sofortige Aufwandsverrechnung befürwortete. Vgl. BFH v. 26.2.1975 – I R 72/73, BStBl. II 1976, 13 (15-16); v. 26.6.1979 – VIII R 145/78, BStBl. II 1979, 625 ff. und Nichtanwendungserlasse des BMF v. 19.12.1975 – IV B 2 – S 2173 – 15/75, BStBl. I 1976, 7; v. 24.3.1980 – IV B 2 – S 2170 – 32/80, BStBl. I 1980, 188.

49 So bei der Gewinnvereinnahmung von Beteiligungserträgen, die steuerlich unter bestimmten Prämissen eine Periode später als handelsrechtlich realisiert werden.

50 So beim Verbot der Aktivierung von Entwicklungsaufwendungen gem. § 5 Abs. 2 EStG.

51 *Hoffmann*, StuB 2000, 1039 f.; *Hoffmann*, DStR 2000, 1809 (1813); *Saure*, StBp 1999, 298 (301). Vgl. auch *Scheffler*, Der Konzern 2016, 482 (483) sowie kritisch *Marx*, FR 2016, 389 ff.

52 Vgl. auch BFH v. 31.3.2013 – GrS 1/10, BStBl. II 2013, 317 ff., zum subjektiven Fehlerbegriff.

53 Z.B. latente Steuern (§ 274 HGB) und ausschließlich steuerlich relevante Ausgleichsposten wie der auf Ebene des Organträgers anlässlich eines Organschaftsverhältnisses (§ 14 Abs. 4 KStG) oder der im Kontext der Entstrickungsbesteuerung i.S.v. § 4g EStG.

54 Vgl. bspw. *Egger/Samer/Bertl*, Der Jahresabschluss nach dem Unternehmensgesetzbuch, Band 1, 16. Aufl. 2016, S. 91–92; *Fritz-Schmied*, ÖStZ 2009, 507; *Hilber*, in: Torggler, UGB, 2. Aufl. 2016, § 195 UGB, Anm. 1.

## IV. Analysefeld 2: Machtverschiebungen zwischen Handels- und Steuerrecht durch die Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit

### 1. Einordnung und Konkretisierung

Bis zum Ergehen des BilMoG wurde die Maßgeblichkeit in Deutschland durch eine umgekehrte Maßgeblichkeit flankiert. Die *Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit*, deren ursprüngliche Intention in einem gleichermaßen bestehenden Steuerverzicht des Staates als stillem Teilhaber sowie einem Ausschüttungsverzicht der Gesellschafter bestand,[55] führt zu einem Auseinanderdriften von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung. Werden *steuersubventionelle (GoB-inkonforme) Wahlrechte* wie Sonderabschreibungen, erhöhte AfA, Bewertungsabschläge und der Sonderposten mit Rücklageanteil in Anspruch genommen, was regelmäßig der Fall sein wird,[56] sind jene nicht mehr in der Handelsbilanz nachzuvollziehen (§ 5 Abs. 1 S. 1 HS 2 EStG). Dies bewirkt eine Annäherung an die IFRS und – nach Ansicht des Gesetzgebers – eine Erhöhung von deren Informationsniveau,[57] läuft jedoch der Erstellung einer *Einheitsbilanz zuwider*. Demgegenüber vergrößern *GoB-konforme (steuerliche) Wahlrechte*[58] ebenfalls steuerbilanzpolitische Freiheitsgrade, *können* aber auch in der Handelsbilanz ausgeübt werden, um eine *einheitliche Bilanz* sicherzustellen.[59] Alternativ ist eine *unterschiedliche Ausübung* in der Handelsbilanz *denkbar*, um den jeweiligen Zwecken der Rechenwerke differenziert Rechnung zu tragen. Eine autonome Wahlrechtsausübung löst zusätzlichen administrativen Aufwand in Form von Aufzeichnungspflichten nach Maßgabe von § 5 Abs. 1 S. 2–3 EStG aus, da anderenfalls das Wahlrecht als nicht in Anspruch genommen gilt.[60]

Diskussionswürdig bleibt, ob bei Vorliegen einer voraussichtlich dauernden Wertminderung der handelsrechtlichen Pflicht zur Abschreibung auf den niedrigeren beizulegenden Wert steuerlich ein autonomes Wahlrecht zur Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert gegenüber steht – *Hennrichs* spricht von einem fiskalisch motivierten Wahlrecht, zu dem ein zwingendes GoB-Pendant im HGB existiert[61]. Während das BMF gemessen an dem überschießenden Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 HS 2 EStG ein diesbezüglich eigenständiges steuerliches Wahlrecht annimmt,[62] fällt der Sachverhalt für andere – u.E. nach Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens[63] zu Recht – unter die materielle Maßgeblichkeit, wonach aus dem steuerlichen Wahlrecht eine dementsprechende Pflicht resultieren müsste.[64] Der Wahlrechtsvorbehalt des § 5 Abs. 1 S. 1 HS 2 EStG wurde seitens des BMF u.E. insoweit zu weit ausgelegt.

### 2. Handhabe in Österreich

*Vor Umsetzung des RÄG 2014* gab es in Österreich ebenfalls *gesetzlich induzierte Rückwirkungen* der steuerlichen Gewinnermittlung auf die Unternehmensbilanz von nicht unbeachtlichem Ausmaß. Mit dem RÄG 2014 hat der österreichische Gesetzgeber den möglichen Anwendungsbereich derartiger Rückwirkungen stark eingeschränkt. Zeitgleich wurden Maßnahmen ergriffen, um einem Auseinanderdriften von Unternehmensbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung Einhalt zu gebieten. Konkret kommt diese Herangehensweise in den beiden folgenden Fällen zum Ausdruck:

1. § 208 Abs. 2 UGB i.d.F. vor RÄG 2014 – betreffend Wertaufholungen bei Vermögensgegenständen – beinhaltete einen Tatbestand der umgekehrten Maßgeblichkeit. Diese Regelung sah vor, dass von der Verpflichtung zur Zuschreibung im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss dann abgesehen werden konnte, wenn ein niedrigerer Wertansatz auf Basis steuerlicher Vorschriften beibehalten wurde. Mit der Umsetzung des RÄG 2014 entfiel dieser Tatbestand, indem zeitgleich mit der Verankerung

55 Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) v. 18.11.1985, BT-Drs. 10/4268, S. 146. Eine Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit z.B. befürwortend Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft, DStR 2008, 1057 ff.; *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993, S. 29 ff.; *Schildbach*, BFuP 1989, 123 (133 ff.).

56 Eine denkbare Ausnahme bildet die Generierung eines höheren steuerlichen Gewinns mit dem Ziel des zeitnahen Abbaus eines existenten Verlustvortrags.

57 Vgl. Begr. Allgemeiner Teil Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) v. 30.7.2008, BT-Drs. 16/10067, S. 34 f. und S. 49.

58 So z.B. bei Verbrauchsfolgeverfahren, Abschreibungsmethoden, geringwertigen Wirtschaftsgütern und dem Sammelposten i.S.v. § 6 Abs. 2a EStG.

59 Hier sei exemplarisch das steuerliche Wahlrecht zur Lifo-Methode genannt (§ 6 Abs. 1 Nr. 2a EStG), welches entweder autonom oder in Einklang mit § 256 S. 1 HGB auszuüben ist. Vgl. kritisch zur autonomen Ausübung GoB-konformer Wahlrechte *Gräbe* (FN 3), S. 342.

60 Vgl. BMF v. 12.3.2010 – IV C 6 – S 2133/09/10001, BStBl. I 2010, 239, Rn. 21.

61 Vgl. *Hennrichs*, Ubg 2009, 533 (535 f.).

62 Vgl. BMF v. 12.3.2010 – IV C 6 – S 2133/09/10001, BStBl. I 2010, 239, Rn. 15. Vgl. im Ergebnis zustimmend (h.M.) z.B. *Förster/Schmidtmann*, BB 2009, 1342 (1345 f.); *Herzig/Briesemeister*, DB 2009, 926 (930); *Marx*, BB 2011, 1003 (1003); *Ortmann-Babel/Bolik/Gageur*, DStR 2009, 934 (935 f.); *Prinz*, DB 2010, 2069 (2071); *Theile*, DStR 2009, 2384 (2385). Der Verzicht auf die Ausübung des Wahlrechts böte sich zur Vermeidung der sog. „5 %-Zuschreibungsfalle" im Anschluss an eine Teilwertabschreibung auf Kapitalgesellschaftsanteile an (§ 8b Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 S. 1 KStG).

63 Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates Begr. Nr. 17 (Art. 3 Nr. 1 Buchst. a) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) v. 30.7.2008, BT-Drs. 16/10067, S. 1 (41, 120 u. 124).

64 Vgl. m.w.N. objektiv-teleologisch interpretierend Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft, DB 2009, 2570 (2571 f.); *Freidank/Velte*, StuW 2010, 185 (188 ff.); *Hennrichs*, Ubg 2009, 533 (538, 541); *Kahle*, DB 2014, Beilage Nr. 4, 1 (19 f.); *Kahle/Günter*, StuW 2012, 43 (45); *Kußmaul/Gräbe*, StB 2010, 264 (266 f.); *Richter*, GmbHR 2010, 505 (508 f.); *Weber-Grellet*, DB 2009, 2402 (2403); *Wehrheim/Fross*, StuW 2010, 195 (202). Vgl. auch BFH v. 31.1.1991 – IV R 31/90, BStBl. II 1991, 627; v. 24.2.1994 – IV R 18/92, BStBl. II 1994, 514 (515); v. 20.8.2003 – I R 49/02, BStBl. II 2003, 941 (942); v. 5.5.2004 – IX R 43/03, BFH/NV 2005, 22.

eines umfassende(re)n unternehmensrechtlichen Zuschreibungsgebots – aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips und unter Berücksichtigung von § 6 Z. 13 öEStG – die Pflicht entstand, jene *Zuschreibungen* auch steuerlich zu vollziehen.[65] Der steuerliche Wertansatz richtet sich dabei nach der unternehmensrechtlichen Zuschreibung,[66] so dass sich Unternehmensbilanz und steuerliche Gewinnermittlung trotz *Wegfall der umgekehrten Maßgeblichkeit*[67] nicht voneinander abkehren.

2. Die Abbildung *unversteuerter Rücklagen* im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss, die vor ihrer *Aufhebung durch das RÄG 2014* in den §§ 205, 230 UGB geregelt war, konnte ebenfalls als ein Anwendungsfall der umgekehrten Maßgeblichkeit bezeichnet werden.[68] Nach § 205 Abs. 1 UGB waren Sonderabschreibungen von Vermögensgegenständen des Anlagevermögens, die auf Grund steuerlicher Vorschriften vorgenommen wurden (Bewertungsreserve), und sonstige unversteuerte Rücklagen *auf der Passivseite auszuweisen*. Somit war immer dann eine unversteuerte Rücklage in der Unternehmensbilanz zu passivieren, wenn derartige steuerliche Begünstigungen in Anspruch genommen wurden.[69] Für Geschäftsjahre mit Beginn nach dem 31.12.2015 setzt die Inanspruchnahme steuerlicher Begünstigungen nicht mehr die Erfassung im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss voraus.[70] Stattdessen wurden die einzelnen *steuerlichen Begünstigungsregelungen ergänzt*, um die gesetzlich vorgeschriebene Maßgeblichkeit nicht zu verletzen.[71] Im Konkreten enthalten die steuerlichen Regelungen nun den Zusatz, dass deren Inanspruchnahme „unabhängig von der Behandlung im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss erfolgen" kann.[72] Dies fördert eine *Abkehr von Unternehmensbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung*.[73]

   Demgegenüber wurde die Abschaffung der unversteuerten Rücklagen von einer weiteren Maßnahme flankiert, die das potentielle Auseinanderdriften von Unternehmensbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung begrenzt. Dies betrifft die *Sofortabschreibung geringwertiger Wirtschaftsgüter*. Vor Umsetzung des RÄG 2014 kam korrespondierend mit der Sofortabschreibung geringwertiger Wirtschaftsgüter nach § 13 öEStG die Bildung einer unversteuerten Rücklage in der Unternehmensbilanz in Frage. Seit Umsetzung des RÄG 2014 ist die Sofortabschreibung gem. § 13 öEStG unabhängig von der Behandlung im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss vorzunehmen. Allerdings wurde das *Unternehmensrecht* mit der Einfügung von § 204 Abs. 1a UGB zeitgleich so *an das Steuerrecht angepasst*, dass eine unternehmensrechtliche Sofortabschreibung geringwertiger Wirtschaftsgüter im „Gleichklang mit dem Einkommensteuerrecht"[74] möglich ist. Demzufolge kann der Steuerpflichtige in diesem Fall in den Genuss der steuerlichen Begünstigung kommen, ohne von der Einheitsbilanz Abstand nehmen zu müssen.

In Zusammenhang mit dem Wegfall der unversteuerten Rücklagen wird – entgegen der deutschen Sichtweise – zuweilen *ein Informationsverlust bemängelt*, da der Bilanzadressat nicht mehr feststellen könne, ob und in welchem Umfang steuerliche Begünstigungen in Anspruch genommen werden.[75] Beispielsweise wird die Vornahme steuerlicher Sonderabschreibungen nicht mehr direkt aus der Unternehmensbilanz ersichtlich – soweit sich die Information nicht der Position der latenten Steuern entnehmen lässt.[76] Demgegenüber wird argumentiert, dass beim *Ausweis unversteuerter Rücklagen* die gesonderte Information über die latenten Steuern verloren ginge, so dass – auch unter dem Gesichtspunkt des international unüblichen Ausweises unversteuerter Rücklagen – der Bilanzierung latenter Steuern der Vorzug zu geben sei.[77]

An diesem Anwendungsfall zur (nicht mehr vorhandenen) umgekehrten Maßgeblichkeit zeigt sich, dass alleine die nur schwer zu beantwortende Frage, ob ein

65 Vgl. zur umgekehrten Maßgeblichkeit und zu den Änderungen mit der Umsetzung des RÄG 2014, ErlRV 367, 25. GP., S. 23–24; *Fritz-Schmied* in: Urnik/Fritz-Schmied, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2015, 2015, S. 49–51; *Gruber*, GES 2015, 80 (80-84).

66 Vgl. *Laudacher*, in: Jakom, Einkommensteuergesetz 2017, 2017, § 6 EStG, Anm. 202. A.A. *Gruber*, GES 2015, 80 (83, 84). Nach *Hirschler*, SWK 2015, 6 (8), besteht „jedenfalls eine Maßgeblichkeit dem Grunde nach".

67 Zeitgleich wurde zwar ein neuer Tatbestand der umgekehrten Maßgeblichkeit geschaffen, nämlich in Zusammenhang mit der Zuschreibungsrücklage bzw. deren Abbildung in der Unternehmensbilanz. Jener ist allerdings in seiner Anwendung auf einen Übergangszeitraum begrenzt. Zur Einstufung als Tatbestand der umgekehrten Maßgeblichkeit siehe auch *Bertl/Hirschler*, RWZ 2014, 359 (360); *Dokalik/Hirschler*, in: SWK-Spezial RÄG 2014, 2014, § 208.

68 Vgl. etwa *Eberhartinger/Geutebrück*, in: Bertl/Mandl, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, § 205, Anm. 4 und differenzierender in Anm. 9–12; *Fritz-Schmied*, ÖStZ 2009, 507 (508, 511); *Hirschler*, SWK 2015, 6 (11). A.A. *Egger/Samer/Bertl* (FN 54), S. 98–99, nach denen nicht von einer umgekehrten Maßgeblichkeit gesprochen werden kann, da die Bewertung des begünstigten Gegenstandes in der unternehmensrechtlichen Bilanz eigenständig nach den unternehmensrechtlichen Grundsätzen erfolge. Das wesentliche Kennzeichen der umgekehrten Maßgeblichkeit, die vom Steuerpflichtigen bestimmte Bewertungseinheit, fehle völlig.

69 Vgl. ausführlich bspw. *Eberhartinger/Geutebrück* (FN 68), § 205.

70 Vgl. etwa *Hirschler*, SWK 2015, 6 (10).

71 Vgl. hierzu auch *Egger/Samer/Bertl* (FN 54), S. 100.

72 Vgl. zu dieser Formulierung §§ 8 Abs. 2 öEStG, 12 Abs. 1 öEStG, 12 Abs. 8 öEStG, § 13 öEStG.

73 Ähnlich auch *Gruber*, GES 2015, 80 (83). Nach *Eberhartinger/Geutebrück* (FN 68), § 205, Anm. 6, steht der Wegfall der umgekehrten Maßgeblichkeit in Zusammenhang mit der Abschaffung der unversteuerten Rücklagen der „nach wie vor vorherrschenden Praxis der Einheitsbilanz" entgegen.

74 ErlME 59/ME 25. GP., S. 8.

75 So etwa *Egger/Samer/Bertl* (FN 54), S. 98 (hiernach waren die unversteuerten Rücklagen „ein ausgezeichnetes Informationsinstrument für alle Bilanzadressaten"), S. 99 und S. 100 sowie *Egger*, RWZ 2008, 264 (267).

76 Vgl. *Hirschler*, SWK 2015, 6 (10).

77 Zu einer Gegenüberstellung des Ansatzes latenter Steuern und des Ansatzes unversteuerter Rücklagen, auch im Hinblick auf den damit verbundenen Informationsgehalt, siehe *Eberhartinger/Geutebrück* (FN 68), § 205, Anm. 5–7.

bestimmter Zweck des unternehmensrechtlichen Jahresabschlusses – hier die Informationsfunktion – durch die Verzahnung mit der steuerlichen Gewinnermittlung mehr oder weniger gut erfüllt wird, die *Entscheidung für oder gegen eine Einheitsbilanz erschwert*.

### 3. Würdigung der Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland

An der Diskussion um die (nicht mehr vorhandene) umgekehrte Maßgeblichkeit in Verbindung mit dem Wegfall der unversteuerten Rücklagen in Österreich wird offenkundig, dass die in Analysefeld 1 angeführten Erwägungen zur Entscheidung für oder gegen eine Einheitsbilanz unter Berücksichtigung teils abweichender Zwecke von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung *unvollständig sind*. So geht der in Analysefeld 1 thematisierten Schwierigkeit die Frage voran, *wie diese Zwecke am besten zu erreichen sind*. Gerade die enge Verzahnung von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung lässt sich *mit einer Informationssteigerung gegenüber externen Adressaten* begründen, indem Informationen mit steuerlichem Hintergrund Eingang in die Handelsbilanz finden. Allerdings ist strittig, inwieweit dies der handelsrechtlichen Rechnungslegung tatsächlich dienlich ist. Der Aufnahme solcher Informationen in die Handelsbilanz stehen etwa Argumente gegenüber, die eine internationale Vergleichbarkeit solcher vom nationalen Steuerrecht geprägten Bilanzen bemängeln.[78] Damit gewinnt wieder die bei Analysefeld 1 angesprochene *Grundhaltung von Gesetzgeber und Finanzverwaltung* an Relevanz. Immerhin liegt es insb. in deren Ermessen, wie die jeweiligen Zwecke am besten zu erfüllen und welche Zwecke stärker oder schwächer zu gewichten sind. Dies beinhaltet auch die Berücksichtigung weiterer Einflussfaktoren auf die Reichweite der Maßgeblichkeit, die nicht primär Ausfluss einer handelsrechtlichen oder steuerlichen Zweckerfüllung sind. So können Regelungen, die einer bestimmten Zweckerfüllung dienen, durchaus in Frage gestellt werden, wenn durch deren Umsetzung anderweitige unerwünschte Auswirkungen unbeachtet bleiben. Unter solche Einflussfaktoren fallen etwa der häufig diskutierte Vereinfachungsgedanke oder die weniger oft geäußerte Kontrollfunktion[79].

Konkret scheint der österreichische Gesetzgeber bei der Verzahnung von Unternehmens- und Steuerrecht *mehr Einflussfaktoren Beachtung zu schenken* als dies in Deutschland der Fall ist. Dort wurde die Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit, welche etwa dem Zweck der Annäherung der nationalen an internationale Rechnungslegungsvorschriften dient, *nicht von weiteren Maßnahmen begleitet*, die eine Einheitsbilanz auf anderem Wege fördern, um bspw. dem Vereinfachungsaspekt Rechnung zu tragen. Ganz im Gegenteil scheinen Auswirkungen auf die steuerliche Gewinnermittlung *nur unzureichend bedacht worden zu sein*. So bewirkte die Aufhebung der umgekehrten Maßgeblichkeit durch das BilMoG, dass derzeit mehr steuerliche Wahlrechte als (durch das BilMoG simultan gestrichene und ohnehin nur sporadisch genutzte[80]) handelsrechtliche Wahlrechte bestehen[81] – ein vor dem Hintergrund seltsam anmutender Befund, dass „Bilanzierungswahlrechte im Steuerrecht […] auch schwerlich im Einklang mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichheit der Besteuerung (Art. 3 des Grundgesetzes) [stehen, d. Verf.]."[82] Hier kann Österreich als Vorbild dienen. Dort zeigt sich am Beispiel der Sofortabschreibung geringwertiger Wirtschaftsgüter, dass sich Unternehmensbilanz und die steuerliche Gewinnermittlung selbst bei Wegfall einer normierten umgekehrten Maßgeblichkeit *nicht voneinander entfernen müssen*, wenn flankierende Maßnahmen getroffen werden.

## V. Analysefeld 3: Kasuistik bei aktuellen Verlautbarungen von Gesetzgebung und Verwaltung

### 1. Einordnung und Konkretisierung

Die bislang aufgezeigten Abkopplungstendenzen zwischen Handels- und Steuerbilanz in Deutschland werden durch unsystematische Einzelregelungen und Auslegungen flankiert. Dies ist nicht zuletzt auf das Fehlen einer eindeutigen Regelung zum Verhältnis zwischen beiden Rechenwerken zurückzuführen. Besonders deutlich wird dies angesichts der Diskussion, ob die derzeit implementierte Maßgeblichkeit eine materielle oder eine formelle Maßgeblichkeit darstellt. Gemäß der *materiellen Maßgeblichkeit* muss die in der Steuerbilanz vorgenommene Bilanzierung mit den abstrakten handelsrechtlichen GoB vereinbar sein, nicht aber der konkreten handelsrechtlichen Bilanzierung folgen.[83] Dies bedeutet, dass steuerliche Bilanzierungswahlrechte innerhalb der Grenzen handelsrechtlicher GoB anders als in der Handelsbilanz ausgeübt werden könnten.[84] Demgegenüber müssten bei Gültigkeit einer *formellen Maßgeblichkeit* die handels- und die steuerrechtliche Bilanzierung übereinstimmen. Dies bedingt, dass steuerliche Wahlrechte ebenso auszuüben wären wie in der Handelsbilanz (siehe auch Kapitel II).[85]

78 So etwa *Christian/Lüdenbach*, RWZ 2009, 223; *Fritz-Schmied*, ÖStZ 2009, 507 (511).

79 Zur gegenseitigen Kontrollfunktion, die Unternehmens- und Steuerbilanz ausüben, vgl. *Egger/Samer/Bertl* (FN 54), S. 104.

80 Vgl. dazu die Untersuchung des Bilanzierungsverhaltens von 5.979 Aktiengesellschaften im Zeitraum 2006–2011 bei *Haddad*, Qualität der Rechnungslegung, 2016, S. 104.

81 Vgl. *Weber-Grellet*, DB 2016, 1279 (1280).

82 BFH v. 3.2.1969 – Gr. S. 2/68, BStBl. II 1969, 291 (293). Vgl. m.w.N. Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft, DB 2009, 2570 (2572); *Hennrichs*, Ubg 2009, 533 (539), wonach steuerliche Wahlrechte einer besonderen Legitimation bedürfen, wobei das Ziel der Einräumung von Steuerbilanzpolitik keinen Rechtfertigungsgrund darstellt. Vgl. auch *Kahle/Günter*, StuW 2012, 43 (51 f.).

83 Vgl. *Scheffler* (FN 42), S. 21; *Schütz*, Der Maßgeblichkeitsgrundsatz gemäß § 5 Abs. 1 EStG – ein Fossil?, 2002, S. 34; *Tanski*, Rechnungslegung und Bilanztheorie, 2013, S. 158–159.

84 Vgl. *Krumm*, in: Blümich, § 5 EStG, Rn. 180; *Scheffler* (FN 42), S. 21.

85 Vgl. *Gräbe* (FN 3), S. 113; *Knobbe-Keuk* (FN 55), S. 22.

Im Zuge der Neufassung der Bestimmung zur Maßgeblichkeit entbrannte eine Diskussion, ob der Gesetzgeber eine formelle oder eine materielle Maßgeblichkeit adressiert.[86] Die Finanzverwaltung schien diese Diskussion *zu Gunsten einer materiellen Maßgeblichkeit* entscheiden zu wollen, da sie mit Schreiben vom 12.3.2010[87] einer von der Handelsbilanz unabhängigen Wahlrechtsausübung das Wort redete und damit die Abkopplung der steuerlichen Gewinnermittlung von der Handelsbilanz vorantrieb. Bereits in diesem Schreiben zeigte sich aber, dass die Finanzverwaltung dies offenbar nicht als generelle Leitlinie ansieht, sondern sachverhaltsspezifisch auch *Abweichungen* davon für denkbar hält:

- Im Hinblick auf die Bilanzierung von *Pensionsrückstellungen* führte sie aus, dass das handelsrechtliche Ansatzgebot (§ 249 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 HGB) auch steuerlich gilt (vgl. auch R 6a Abs. 1 S. 2 EStR), obgleich der für den Ansatz von Pensionsrückstellungen maßgebliche § 6a EStG ein steuerliches Ansatzwahlrecht nahe legt („Für eine Pensionsverpflichtung darf eine Rückstellung (Pensionsrückstellung) nur gebildet werden […]"). Bei Gültigkeit einer materiellen Maßgeblichkeit dürfte über den Ansatz von Pensionsrückstellungen losgelöst von der Bilanzierung in der Handelsbilanz entschieden werden.

- Bei der Bilanzierung von *Fremdkapitalzinsen i.S.v. § 255 Abs. 3 HGB* zeigte sich ebenfalls eine dem allgemeinen Grundsatz zuwiderlaufende Vorgehensweise. Während Fremdkapitalzinsen vor dem BilMoG zweifelsohne in den Anwendungsbereich der umgekehrten Maßgeblichkeit fielen (R 6.3 Abs. 4 S. 1 HS 2 EStR 2008),[88] sieht das BMF seit dem BilMoG eine explizite Zuordnung zu § 5 Abs. 1 S. 1 HS 1 EStG als gegeben an, wonach die handelsrechtliche Ausübung des Bewertungswahlrechts auch steuerlich nachzuvollziehen ist (R 6.3 Abs. 5 EStR 2012)[89]. Dieser *Zuordnungsübergang von der umgekehrten Maßgeblichkeit hin zur materiellen Maßgeblichkeit* ist unverständlich, da das Wahlrecht des § 255 Abs. 3 HGB eine nicht GoB-konforme Bewertungshilfe darstellt[90] und damit nicht in den Anwendungsbereich der Maßgeblichkeit fallen dürfte.

Auch bei einer später vorgenommenen Gesetzesauslegung im Zusammenhang mit der *Bewertung von Rückstellungen* für ungewisse Verbindlichkeiten nahm das BMF einen Rückgriff auf das Handelsrecht vor, da die Bestimmung in § 6 Abs. 1 Nr. 3a EStG („Rückstellungen sind höchstens insbesondere unter Berücksichtigung folgender Grundsätze anzusetzen") auf Grund des Worts „höchstens" in dem Sinne zu verstehen sei, dass der steuerliche Wertansatz der Rückstellungen den handelsrechtlichen nicht übersteigen darf (R 6.11 Abs. 3 EStR).[91]

An anderer Stelle betont das BMF gerade die zunehmende Eigenständigkeit der steuerlichen Gewinnermittlung gegenüber der Handelsbilanz. So ist nach Ansicht der Verwaltung die Anwendung der sog. *Lifo-Methode* nur unter deutlich engeren Voraussetzungen möglich als in der Handelsbilanz.[92] Auch die Voraussetzungen zur Anwendung des Wahlrechts auf Vornahme von *Teilwertabschreibungen bei voraussichtlich dauernder Wertminderung* unterscheiden sich von den Maßgaben, welche handelsrechtlich an außerplanmäßige Abschreibungen geknüpft sind.[93]

Auch der *Gesetzgeber* legte bei jüngsten Gesetzesänderungen ein unklares Maßgeblichkeitsverständnis zu Grunde, wie sich zuletzt bei der Neuregelung zum *Umfang der steuerlichen Herstellungskosten* zeigte. Der durch das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens[94] eingefügte *§ 6 Abs. 1 Nr. 1b EStG* statuiert entgegen der jüngeren Auffassung der Finanzverwaltung, welche einen steuerlichen Herstellungsvollkostenansatz postulierte,[95] für auf den Herstellungszeitraum entfallende angemessene Teile der Kosten der allgemeinen Verwaltung, Aufwendungen für soziale Einrichtungen des Betriebs, für freiwillige soziale Leistungen sowie für die betriebliche Altersversorgung ein (erstmals gesetzlich kodifiziertes) *steuerliches Aktivierungswahlrecht*. Dieses unterliegt aber zwecks Vermeidung einer rein steuerlich motivierten Wahlrechtsausübung einem *Übereinstimmungsvorbehalt* mit der Handelsbilanz, d.h. die genannten Wahlrechte sind steuerlich nur dann auszuüben, wenn sie auch in der Handelsbilanz ausgeübt wurden. Dieser Vorbehalt lässt sich nicht auf bilanzsystematische, sondern vielmehr auf arbeitstechnische, vereinfachende Gründe zurückführen, da eine zwingend gesonderte

86 Vgl. *Anzinger/Schleiter*, DStR 2010, 395 (397); *Crezelius*, in: Kirchhof, § 5 EStG, Rn. 1; *Hennrichs*, Ubg 2009, 533 ff.; *Herzig/Briesemeister*, DB 2009, 926 (929 f.); *Herzig/Briesemeister*, WPg 2010, 63 (65 f.); *Krumm* (FN 84), § 5 EStG, Rn. 183; *Patek*, Steuerliche Ergebnisermittlung der Unternehmen: Konzeptionsanalyse und Reformüberlegungen zur ertragsteuerlichen Bemessungsgrundlagenermittlung, 2015, S. 17; *Prinz*, DB 2010, 2069 (2070); *Schulze-Osterloh*, DStR 2011, 534 (535); *Theile/Hartmann*, DStR 2008, 2031 (2034); *Wehrheim/Fross*, StuW 2010, 195 (200–203); *Werth*, DStZ 2009, 510.

87 Vgl. BMF v. 12.3.2010 – IV C 6 – S 2133/09/10001, BStBl. I 2010, 239 ff.

88 Vgl. BFH v. 7.11.1989 – IX R 190/85, BStBl. II 1990, 460 (461); v. 27.12.1989 – V B 138/88, BFH/NV 1990, 487.

89 Vgl. BMF v. 12.3.2010 – IV C 6 – S 2133/09/10001, BStBl. I 2010, 239, Rn. 6.

90 Vgl. *Richter/Künkele/Zwirner*, § 255 HGB, in: Petersen/Zwirner/Brösel, Systematischer Praxiskommentar Bilanzrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 273.

91 Vgl. hierzu umfassend *Velte*, StuW 2013, 197 (206–208); *Prinz/Fellinger*, Ubg 2013, S. 362 ff.

92 Vgl. BMF v. 12.5.2015 – IV C 6 – S 2174/07/10001:002, BStBl. I 2015, 462. Vgl. zu dessen Würdigung *Marx*, StuB 2015, 443 ff.

93 Vgl. BMF v. 16.7.2014 – IV C 6 – S 2171-b/09/10002, BStBl. I 2014, 1162 sowie dem nachfolgend BMF v. 2.9.2016 – IV C 6 – S 2171-b/09/10002:002, BStBl. I 2016, 995. Vgl. zu einer Analyse des BMF-Schreibens vom 16.7.2014, das sich nur unwesentlich von dem Vorgängerschreiben unterscheidet, *Meyering/Gröne/Portheine*, DStZ 2015, 84 ff.

94 Vgl. Art. 4 Nr. 3 Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016, BGBl. I 2016, 1679 (1695).

95 Vgl. BMF v. 12.3.2010 – IV C 6 – S 2133/09/10001, BStBl. I 2010, 239, Rn. 8 zu R 6.3 Abs. 4 EStR 2008 sowie die Nichtbeanstandungsregelungen des BMF v. 22.6.2010 – IV C 6 – S 2133/09/10001, BStBl. I 2010, 597; v. 25.3.2013 – IV C 6 – S 2133/09/10001:004, BStBl. I 2013, 296.

Erfassung und Schlüsselung obiger (Gemein-)Kostenarten unter Eliminierung von Leerkosten obsolet ist.[96] Formal wird die Einheit von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung gewahrt, materiell erfolgt u.E. *de facto* eine *Reaktivierung* der im Zuge des BilMoG abgeschafften *umgekehrten Maßgeblichkeit*.[97]

Es bleibt zu resümieren, dass sich bei den aktuellen Verlautbarungen von BMF und Gesetzgebung *keine klare Linie* zeigt. Vielmehr sind jene von Kasuistik geprägt. Zwar schienen die Verlautbarungen des BMF bei erstem Besehen auf die Gültigkeit eines materiellen Maßgeblichkeitsverständnisses hinzudeuten, doch zeigten sich unmittelbar Ausnahmen von diesem vermeintlichen Grundsatz. Der Gesetzgeber machte entgegen der allgemein identifizierten Abkopplungstendenz der beiden Rechenwerke voneinander jüngst sogar wieder einen Schritt in Richtung einer Vereinheitlichung von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung.

### 2. Handhabe in Österreich

Die jüngsten Reformmaßnahmen im Unternehmens- und Steuerrecht weisen – gleichermaßen unsystematisch wie in Deutschland – *keine einheitliche Richtung* auf. Dies zeigt sich bspw. an den mit dem RÄG 2014 einhergehenden Anpassungsmaßnahmen. Obwohl eine der Zielsetzungen des RÄG 2014 darin bestand, einen weiteren Schritt in Richtung Einheitsbilanz zu gehen,[98] finden sich sowohl Maßnahmen für als auch gegen die Einheitsbilanz wieder[99]. Bei einer Gesamtbetrachtung scheinen erstere jedoch zu überwiegen.[100]

Stellvertretend für eine *Maßnahme zur Annäherung* der Unternehmensbilanz an die steuerliche Gewinnermittlung steht die *Ermittlung der Herstellungskosten*. Das für Deutschland angeführte Beispiel kann damit auch zur Verdeutlichung der Rechtsentwicklung in Österreich herangezogen werden – wenngleich die Entwicklung nicht einheitlich zu bewerten ist: § 203 Abs. 3 UGB beinhaltet – anstelle des dort vor Umsetzung des RÄG 2014 kodifizierten Aktivierungswahlrechts – eine Aktivierungspflicht für die angemessenen Teile der fixen und variablen Material- und Fertigungsgemeinkosten.[101] Gleichsam sind bei der steuerlichen Gewinnermittlung gem. § 6 Z. 2 Buchst. a öEStG die angemessenen Teile der fixen und variablen Material- und Fertigungsgemeinkosten zu aktivieren.[102] Zwar konnte durch die Inanspruchnahme des unternehmensrechtlichen Wahlrechts zur Aktivierung der Gemeinkosten bereits vor Umsetzung des RÄG 2014 ein Gleichlauf zwischen Unternehmensbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung erreicht werden; nichtsdestotrotz kam es vermutlich in vielen Fällen zum Einzelkostenansatz in der Unternehmensbilanz und in der Folge zu Anpassungen in der steuerlichen Mehr-Weniger-Rechnung.[103] Jene entfallen mit der hier beschriebenen *Annäherung des Unternehmensrechts an die steuerlichen Vorgaben*.[104]

Die in der Vergangenheit erfolgten Anpassungen hin zur Einheitsbilanz betrafen – wie auch im gerade angeführten Beispielfall – *vornehmlich das Unternehmensrecht*. Wenngleich dort Potential für eine weitere Harmonisierung besteht, könnte eine zukünftige Stärkung der Einheitsbilanz nun v.a. durch Anpassungen am Steuerrecht herbeigeführt werden – insb. durch eine Reduktion von steuerlichen Sondervorschriften.[105]

### 3. Würdigung der Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland

Hinsichtlich dieses Analysefelds besteht auf den ersten Blick kein Unterschied zwischen Deutschland und Österreich: Auch in Österreich folgen die jüngsten Anpassungen keiner einheitlichen Systematik. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass im Gegensatz zu den jüngsten Anpassungen in Deutschland die *Anpassungen in Österreich nicht an der dortigen formellen Maßgeblichkeit rütteln*, sondern im Wesentlichen die Anzahl der Maßgeblichkeitsvorbehalte betreffen (abgesehen von der Aufgabe der Bewertungsreserve, die – ähnlich einer umgekehrten Maßgeblichkeit – vor RÄG 2014 eine Nachvollziehbarkeit steuerlicher Ansätze in der Unternehmensbilanz bewirkte). Für Österreich ist außerdem eine *Tendenz zur Annäherung des Unternehmensrechts an das Steuerrecht zu beobachten* – zumindest soweit dies mit den IFRS vereinbar ist. Darin könnte auf politischer Ebene ein stärkeres Bewusstsein für die Bedeutung der Einheitsbilanz bzw. des Unternehmensrechts für das Steuerrecht zum Ausdruck kommen.

In *Deutschland* ist bei den in Kapitel V.1 genannten Beispielen für Anpassungsmaßnahmen das *Bemühen um eine pragmatische Lösung* grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings erfolgt dies derart pragmatisch, dass Zweifel daran aufkommen, ob nur das konkrete Pro-

96 Vgl. ausführlich *Meyering/Gröne*, DStR 2016, 1696 (1699 f.).

97 Gleicher Ansicht: *Hiller/Eichholz*, DStZ 2016, 459 (464).

98 Zu den Zielsetzungen des RÄG 2014 vgl. ErlME 59/ME 25. GP., S. 1.

99 Vgl. zu den einzelnen Schritten für und gegen die Einheitsbilanz *Altenburger*, RWZ 2015, 204 (204–205). Siehe dazu auch *Moser*, taxlex 2015, 84.

100 Zu einer grundsätzlichen Annäherung zwischen Unternehmens- und Steuerrecht durch das RÄG 2014 vgl. *Altenburger*, RWZ 2015, 204 (205); *Hirschler*, RWZ 2015, 209; *Lindbauer*, RWZ 2015, 215 (217); *Zaminer* (FN 29), S. 32 und S. 46–47. Zur Verstärkung der Einheitsbilanz, die schon mit der Umsetzung des RÄG 2010 zu beobachten war, vgl. *Grangl/Helga*, in: FS Bertl, 2013, S. 669; *Lindbauer*, RWZ 2015, 215 (217).

101 Vgl. etwa *Hirschler*, RWZ 2015, 209; *Lindbauer*, RWZ 2015, 215 (216).

102 Vgl. auch öEStR 2000, Rz. 2196; *Laudacher* (FN 66), § 6 EStG, Anm. 31.

103 Siehe hierzu *Wolf*, RdW 2015, 50 sowie *Lindbauer*, RWZ 2015, 215 (216).

104 Vgl., auch zu damit einhergehenden Vereinfachungseffekten, *Wolf*, RdW 2015, 50.

105 Siehe hierzu vom Grundsatz her auch *Zaminer* (FN 29), S. 32. Zur geplanten verstärkten Maßgeblichkeit durch eine Neukodifizierung des öEStG siehe *Kofler*, RWZ 2015, 141 (144). Ansätzen des österreichischen Gesetzgebers hin zu einer verstärkten Maßgeblichkeit durch die Reduktion von unnötigen und unsystematischen Abweichungen zwischen Unternehmensbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung widmet sich *Mayr*, DStJG 34 (2011), 327 (333-343).

blem (hier bspw. die Ermittlung der Herstellungskosten) gelöst werden soll oder ob nicht vielmehr *auch die zu Grunde liegende Systematik durchbrochen wird*. Handelt es sich tatsächlich um eine zu Grunde liegende Systematik, sollte dies gar nicht passieren. Passiert es zu häufig, führt es die Systematik *ad absurdum*.

Das BilMoG führte in Deutschland hinsichtlich der steuerlichen Gewinnermittlung zu neuen Rahmenbedingungen, so dass sich das Verhältnis von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung erst neu justieren musste. Wie bereits oben ausgeführt, kristallisiert sich hinsichtlich der Auslegung der Maßgeblichkeit ein *materielles Verständnis* heraus. Allerdings sind auch andere Tendenzen auszumachen. Hier wäre ein *eindeutiges Bekenntnis* des handelsrechtlichen und des steuerlichen Gesetzgebers sowie der Finanzverwaltung[106] hilfreich. Mit einem solchen wäre der Rahmen für künftige Änderungen abgesteckt. Gleichzeitig wäre die Deduktionsbasis für die Klärung von künftigen Zweifelsfragen determiniert.

Aus dem österreichischen Vorgehen lässt sich u.E. Folgendes ableiten: Wenn Anpassungen notwendig sein sollten (im Handels- oder im Steuerrecht), dürfen jene keine Zweifel daran aufkommen lassen, dass *das grundsätzliche Gefüge dadurch nicht tangiert werden soll*.[107]

## VI. Analysefeld 4: Einführung und Ausgestaltung der E-Bilanz

### 1. Einordnung und Konkretisierung

Als weiteren Grund für eine Distanzierung von einer Einheitsbilanz lässt sich in Deutschland die verpflichtende Abgabe der *E-Bilanz* identifizieren. Die in § 5b Abs. 1 S. 1–2 EStG genannte Möglichkeit, die Inhalte von Handelsbilanz, handelsrechtlicher GuV sowie einer Überleitungsrechnung „nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz", d.h. nach den Vorgaben der Taxonomie, zu transferieren, impliziert *in puncto Ausweis* eine *„umgekehrte Maßgeblichkeit"* steuerlicher und *standardisierter* Vorgaben. Insofern ist die Mussfeldtiefe im Ergebnis auch innerhalb der Gliederung der (für steuerliche Zwecke benötigten) Handelsbilanz *größenklassen- und rechtsformunabhängig* nachzuvollziehen,[108] sei es originär bei der Übermittlung, sei es erst im Zuge der anschließenden Überleitungsrechnung.[109]

Die Übermittlung jener Berichtsbestandteile besitzt gegenüber der gesetzlich offerierten Alternative – Einreichung einer Steuerbilanz und einer steuerlichen GuV – zwei *Nachteile*:

1. Mittels der standardisierten Überleitungsrechnung sind alle Ansätze und Beträge, die nicht den steuerlichen Vorschriften entsprechen, auf allen hierarchischen Ebenen innerhalb der Taxonomie auf die jeweiligen steuerlichen Werte überzuleiten.[110] Dies erhöht die *Intransparenz sowie die Fehleranfälligkeit*[111], die sich aber mittels geeigneter Software minimieren lassen, und schließt gleichermaßen die Erstellung einer Überleitungsrechnung erst nach Ablauf eines Wirtschaftsjahres aus[112]. Unter Bezugnahme auf die derzeit aktuelle Taxonomieversion 6.1[113] und unter Setzung bestimmter Prämissen[114] wären max. 135 Mussfelder in der Bilanz und 271 Mussfelder in der GuV überzuleiten.[115] Hinzu kämen max. 38 bzw. 9 steuerlich unzulässige Positionen in der Handelsbilanz bzw. handelsrechtlichen GuV, die zwingend aufzulösen sind respektive max. 1 Bilanzposition („Aufwandsverteilungsposten"), die nicht in der Handelsbilanz, wohl aber in der steuerlichen Gewinnermittlung Berücksichtigung findet.
2. Es besteht die Gefahr, der Finanzverwaltung im Vergleich zur Einreichungsalternative einer im Regelfall gebuchten Steuerbilanz samt steuerlicher GuV deutlich *mehr Informationen* preiszugeben, da sich Abweichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz und somit detailliertere Einblicke in die Steu-

106 Das BMF-Schreiben vom 12.3.2010 – IV C 6 – S 2133/09/10001, BStBl. I 2010, 239 ff., könnte als Bekenntnis der Finanzverwaltung zur materiellen Maßgeblichkeit verstanden werden. Wie jedoch gezeigt, sieht die Finanzverwaltung die materielle Maßgeblichkeit offenbar nicht als generelle Leitlinie an, sondern hält sachverhaltsspezifisch auch Abweichungen davon für denkbar (vgl. Kapitel V.1).

107 Ähnlich sprachen sich zuletzt *Prinz/von Wolfersdorff*, DB 2016, Heft 42, S9 (S16), für die strikte Beachtung von Leitlinien aus.

108 Vgl. *Richter/Kruczynski*, in: Küting/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, 5. Aufl. 2002 ff., Kap. 6, E-Bilanz, Rn. 549 und Rn. 554 sowie die empirischen Studien bei Klein- und Kleinstbetrieben i.S.v. § 3 BpO von *Richter/Kruczynski*, DStR 2012, 919 ff. und bei Versicherungsunternehmen von *Richter/Kruczynski*, BFuP 2014, 478 ff. Vgl. kritisch zum fehlenden Größenklassen- und Rechtsformbezug *Kußmaul/Weiler*, StuB 2010, 17 (18 f.); *Kußmaul/Ollinger/Weiler*, StuW 2012, 131 (144, 147).

109 Entsprechendes gilt für die handelsrechtliche GuV, wobei es seitens der Finanzverwaltung unbeanstandet bleibt, wenn alle erfolgswirksamen Divergenzen in der steuerlichen Überleitungsrechnung in die Position „Sammelposten für Gewinnänderungen aus der Überleitungsrechnung" fließen. Vgl. Bayerisches Landesamt für Steuern et al., FAQ, Vers. 2016-1 (Stand: Dezember 2016), S. 17, abrufbar unter: http://www.esteuer.de.

110 Vgl. BMF v. 28.9.2011 – IV C 6 – S 2133-b/11/10009, BStBl. I 2011, 855, Rn. 24.

111 Vgl. auch *Förster/Schmidtmann*, BB 2009, 1342 (1346); *Kahle*, DB 2014, Beilage Nr. 4, 1 (3).

112 Vgl. *Richter/Kruczynski* (FN 108), Rn. 535. Vgl. auch *Koch/Nagel*, NWB 2010, 1340 (1344, 1346 f.).

113 Vgl. BMF v. 16.5.2017 – IV C 6 – S 2133-b/17/10003, BStBl. I 2017, 776.

114 Es wird von der Existenz weiterer substanzieller Werte bei Positionen mit anderen Positionseigenschaften (rechnerisch notwendige Positionen, materielle Selbstständigkeit erlangende Summenmussfelder) abgesehen.

115 Relativierend vermindern sich die genannten Zahlen durch softwareseitige Erleichterungen bzgl. Rechtsform und GuV-Verfahren. So wären exemplarisch von o.g. 406 Positionen bei einer Körperschaft, welche das Gesamtkostenverfahren anwendet, 74 Positionen für die Bilanz und 146 Positionen für die GuV einschlägig. Alle weiteren Positionen, die für andere Rechtsformtypen und/oder das Umsatzkostenverfahren charakteristisch sind, sollten softwareseitig mit dem „NIL-Wert" (eindeutige Kennzeichnung für Leerposition) befüllt werden.

erbilanzpolitik (außerhalb von Betriebsprüfungen) nachvollziehen ließen.[116]

Die angeführten Gründe setzen tendenziell den *Anreiz*, einen *eigenen steuerlichen Buchungskreis* zu führen,[117] obwohl unbenommen dessen das GCD-Modul innerhalb der Taxonomie im Zuge des Elements „Bilanzierungsstandard" nach wie vor die Ausprägung „deutsches Handelsrecht (sog. Einheitsbilanz)" zur Wahl anbietet.[118]

Während das Projekt E-Bilanz der Erstellung einer Einheitsbilanz eher hinderlich ist, wurde ab der Taxonomieversion 5.2[119] für nach dem 31.12.2013 beginnende Wirtschaftsjahre immerhin eine *Einheitstaxonomie* insofern geschaffen, als die Daten zugleich für Einreichungen zur Finanzbehörde, zum Bundesanzeiger oder für sonstige (freiwillige) Reportingzwecke verwendet werden können (bspw. zur Übermittlung von Informationen an Kreditinstitute). Die Einheitstaxonomie wirkt dem inhaltlichen Abdriften von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung zumindest auf formaler und informatorischer Ebene entgegen.[120]

### 2. Handhabe in Österreich

Diametral zu dem in Deutschland bestehenden und der Erstellung einer Einheitsbilanz zuwider laufenden Befund herrscht in Österreich einerseits keine Verpflichtung, sondern eine *freiwillige elektronische Übertragungsmöglichkeit* von Bilanz und GuV per Verordnungsermächtigung vor (§ 44 Abs. 8 öEStG i.V.m. § 1 Abs. 2 FOnErklV),[121] von der eine zwar nicht unerhebliche Anzahl, jedoch weitaus nicht alle betroffenen Unternehmen Gebrauch machen. So beträgt der (im Zeitvergleich ansteigende) Anteil der E-Bilanzen im Verhältnis zu allen in Österreich zur Bilanzierung verpflichteten Unternehmen im Jahr 2016 27,02 % (2015: 24,71 %; 2014: 22,53 %; 2013: 22,07 %).[122] Andererseits basiert die im Falle einer elektronischen Einreichung von Bilanz und GuV maßgebliche und unflexible Gliederungsstruktur bis auf wenige Ausnahmen (größenklassen- und rechtsformunabhängig) auf den *Gliederungsvorgaben der §§ 224 und 231 UGB*,[123] wobei eine verpflichtende und hierarchisch tiefergehende Strukturierung im Gegensatz zu Deutschland ausscheidet[124]. Resümierend ist in Österreich aufgrund der willentlich ausschließlichen Substitution papierbasierter Verfahrensabläufe durch elektronische Kommunikation sowie des nahezu unveränderten Aggregationsgrads von Firmenbuchbilanz und E-Bilanz gerade *keine „umgekehrte Maßgeblichkeit" auf Ausweisebene* feststellbar. Mit der vergleichsweise weniger tiefgehenden Gliederung ist eine geringere Fehleranfälligkeit im Kontext der Mehr-Weniger-Rechnung zu erwarten. Darüber hinaus setzt die österreichische E-Bilanz keinen Anreiz dahingehend, die bislang überwiegend verwendete Mehr-Weniger-Rechnung durch eine eigenständige Steuerbilanz zu substituieren. Aufgrund des tatsächlichen Ersatzes von Papier durch Elektronik werden den Finanzbehörden auch keine zusätzlichen Daten im Vergleich zu davor preisgegeben, welche den Übergang zu einer eigenständigen Steuerbilanz erklären könnten.

### 3. Würdigung der Übertragungsmöglichkeiten auf Deutschland

Unseres Erachtens wäre es sachgerecht, die *Gliederungstiefe* der deutschen E-Bilanz *nach österreichischem Vorbild* zu gestalten und es bei einer größenklassen- und rechtsformunabhängigen Gliederungstiefe nach Maßgabe der §§ 266 und 275 HGB zu belassen. Unter Berufung auf § 51 Abs. 4 Nr. 1b EStG, der das BMF ermächtigt, im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden den Mindestumfang der nach § 5b EStG elektronisch zu übermittelnden Bilanz und GuV resp. die Taxonomieinhalte zu determinieren, wurde seitens der Finanzverwaltung die Berechtigung zur Schaffung eines *weit über die handelsrechtlichen Vorschriften hinausgehenden Mindestumfangs gesehen*.[125] Selbstverständlich kommen insb. nur diejenigen sich aus der ordnungsmäßigen individuellen Buchführung ableitbaren Daten zur (werthaltigen) elektronischen Übertragung in Frage, welche hinsichtlich Rechtsform und Wirtschaftszweig des Unternehmens einschlägig sind,[126] jedoch speist sich der Mindestumfang nicht ausschließlich aus den durch das BMF definierten Mussfeldern (mit erwünschtem Kontennachweis),[127] sondern *auch aus Summenmussfeldern und u.U. aus rechnerisch notwendigen Positionen*. Unseres Erachtens *mangelt* es der *Auslegungsreichweite* trotz Berufung auf § 51 Abs. 4 Nr. 1b EStG an einer *gesetzlichen Deckung*. Es ist zu erwarten, dass der *viel zu extensiv definierte Taxonomieumfang* – ebenso wie im Übrigen ohne Legitimation inkludierte Berichtsbestandteile (z.B. steuerliche Gewinnermittlung, steu-

116 Vgl. *Herzig/Briesemeister/Schäperclaus*, DB 2011, 1 (7, 9).

117 Vgl. *Hoffmann*, StuB 2000, 961 (965 f.).

118 Vgl. hierzu *Koch/Nagel*, NWB 2010, 1340 (1346). In diesem Fall wird die Übermittlung einer Steuerbilanz erwartet. Vgl. Bayerisches Landesamt für Steuern et al., Technischer Leitfaden zur HGB-Taxonomie 6.1 v. 1.4.2017, S. 38.

119 Vgl. BMF v. 27.6.2013 – IV C 6 – S 2133-b/11/10016:003, BStBl. I 2013, 844.

120 Gleicher Ansicht: *Herzig/Schäperclaus*, DB 2013, 1 (10).

121 Vgl. insb. Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die elektronische Übermittlung von Steuererklärungen sowie von Jahresabschlüssen und anderen Unterlagen anlässlich der Steuererklärung (FinanzOnline-Erklärungsverordnung – FOnErklV), öBGBl. II Nr. 512 v. 27.12.2006 i.V.m. der Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Einreichung von Anbringen, die Akteneinsicht und die Zustellung von Erledigungen in automationsunterstützter Form (FinanzOnline-Verordnung 2006 – FOnV 2006), öBGBl. II Nr. 97 v. 2.3.2006.

122 Diese Daten entstammen Informationen des österreichischen BMF (zur Anzahl der E-Bilanzen) sowie des österreichischen BRZ (zur Anzahl der Bilanzierenden in Österreich). Vgl. zu den Einreichungsquoten in früheren Jahren *Sopp/Kruczynski/Richter*, DStR 2013, 605 (608).

123 Vgl. *Doralt*, in: Doralt, Einkommensteuergesetz, 2011, § 44 EStG, Rn. 9; *Kutschera*, SWK 2006, 799 (800).

124 Vgl. *Sopp/Kruczynski/Richter*, SWI 2011, 443 (448).

125 A.A. *Meurer*, DB 2010, Heft 36, Standpunkte, 63 (64), welche § 51 Abs. 4 Nr. 1b EStG für eine solche umfangreiche Auslegung als ausreichend erachtet.

126 Vgl. Bayerisches Landesamt für Steuern et al. (FN 109), S. 6.

127 Vgl. BMF v. 28.9.2011 – IV C 6 – S 2133-b/11/10009, BStBl. I 2011, 855, Rn. 16 ff.

erliche Gewinnermittlung bei Feststellungsverfahren) oder Sonderbilanzen – den Gegenstand gerichtlicher Verfahren bilden wird.

Es ist augenscheinlich, dass die Auswahl und Anzahl an Taxonomiepositionen in Deutschland derzeit anscheinend denjenigen Informationsumfang determinieren, der *für ein effizientes Risikomanagementsystem der Finanzverwaltung erforderlich* zu sein scheint. Für eine notwendige Reduktion des Berichtsumfangs spricht bereits die Tatsache, dass die seinerzeit versprochene Vermeidung einer *Doppelabfrage von Daten* in E-Bilanz und Steuererklärung[128] bis dato nicht behoben wurde (vgl. die ertragsteuerlich ohnehin irrelevante Untergliederung der Position „Umsatzerlöse" nach umsatzsteuerlichen Tatbeständen bzw. die Untergliederung der Position „sonstige betriebliche Aufwendungen" nach gewerbesteuerlichen Hinzurechnungstatbeständen).

Der durch den Übergang entstandene signifikante Mehraufwand steht den eigentlichen Zielen der deutschen E-Bilanz entgegen, weswegen der Wirtschaftsausschuss folgerichtig dafür plädierte, „… dass Umfang und Detaillierungsgrad der zu übermittelnden Daten auf das Nötigste beschränkt werden."[129] Die *Obergrenze der zu übermittelnden Daten* sollte wie in Österreich in den handelsrechtlich abbildbaren Positionen bestehen. Ob die E-Bilanz in der derzeitigen Form überdies dem auch für sie beanspruchten GoB der *Bilanzklarheit und Übersichtlichkeit* (§ 243 Abs. 2 HGB) Genüge trägt[130], ist zu bezweifeln.

Dagegen sollte in Deutschland diametral zu Österreich von einer *freiwilligen elektronischen Übermittlung abgesehen* werden, da neben eines anderen Übermittlungsmediums zudem im Falle einer Papiereinreichung die Taxonomievorgaben nicht einzuhalten wären, weswegen eine dementsprechende Legitimation der Unterlassung einer umfangreicheren und standardisierten Deklaration von Datenmaterial einem effektiven Risikomanagement zuwiderliefe und dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (§ 85 S. 1 AO) widerspräche.

## VII. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass die steuerliche Gewinnermittlung in Deutschland und Österreich zwar über gemeinsame Wurzeln verfügt, hinsichtlich der Regelungen, des Verständnisses dieser Regelungen sowie deren Anwendung aber doch deutliche Unterschiede bestehen. Insofern kann die steuerliche Gewinnermittlung in Österreich *nicht als Blaupause für die steuerliche Gewinnermittlung in Deutschland dienen*. Gleichwohl konnten einige Übertragungsmöglichkeiten abgeleitet werden, die sich thesenförmig wie folgt zusammenfassen lassen:

1. Das Verhältnis von handelsrechtlicher Rechnungslegung und steuerlicher Gewinnermittlung als Fundament der Einheitsbilanz sollte weniger als Gegeneinander verstanden, sondern *als Miteinander gelebt werden*. Dies geht weit über die in Normen abgebildeten Regelungen hinaus und stellt eine Frage der Grundhaltung der beteiligten Akteure dar, namentlich des Gesetzgebers und der Verwaltung in den Bereichen handelsrechtliche Rechnungslegung und steuerliche Gewinnermittlung.
2. Im Sinne einer Nutzen-Kosten-Abwägung bewirkt die Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit eine informatorische Aufwertung der Handelsbilanz, welche den Nachteil einer (weiteren) Divergenz von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung überkompensiert.[131] Unter Berücksichtigung von Effizienz- sowie Einheitsüberlegungen sollten Rückführungen bisheriger Divergenzen zwischen Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung i.S. einer Orientierung an Ersterer mit dem Effekt einer besseren Koppelung von Ausschüttungs- und Steuerbemessung erwogen werden.[132] Dies führt zumindest zu einer Entlastung von kleinen und womöglich auch von mittelgroßen Unternehmen. Österreich könnte dabei als Vorbild dienen. Entsprechend diesem Vorbild ist dann, wenn Anpassungen am Handels- oder Steuerrecht vorgenommen werden, um einem bestimmten Ziel – etwa der Internationalisierung der Rechnungslegung – gerecht zu werden, immer auch zu prüfen, inwieweit *diese ein Auseinanderfallen von Handelsbilanz und steuerlicher Gewinnermittlung* bewirken.
3. Hilfreich wäre ein *eindeutiges Bekenntnis* des handelsrechtlichen und des steuerlichen Gesetzgebers sowie der Finanzverwaltung *zu einem materiellen Verständnis der Maßgeblichkeit*. Falls Anpassungen notwendig sein sollten (im Handels- oder im Steuerrecht), dürfen jene keine grundsätzlichen Zweifel daran aufkommen lassen, dass das zu Grunde liegende Gefüge, d.h. die Maßgeblichkeit und deren materielles Verständnis, *dadurch nicht tangiert werden soll*.
4. Die *Gliederungstiefe* der verpflichtend zu übermittelnden deutschen E-Bilanz sollte nach österreichischem Vorbild ausgestaltet werden, d.h. die Gliederungstiefe sollte größenklassen- und rechtsformunabhängig nach Maßgabe der §§ 266 und 275 HGB belassen werden. Die E-Bilanz sollte *lediglich* rein papierbasierte Verfahrensabläufe durch Elektronik *substituieren*. Dann bestünde neben einer Einschränkung zu erwartender Gerichtsverfahren auch ein geringerer Anreiz, eine eigenständige Steuerbilanz zu erstellen.

Würden diese Maßnahmen ergriffen, wäre das eingangs skizzierte Zwischenstadium zwar nicht beseitigt,

128 Vgl. Bayerisches Landesamt für Steuern et al. (FN 109), S. 7.

129 Empfehlungen der Ausschüsse, BR-Drucks. 722/1/10 v. 3.12.2010, S. 2.

130 Vgl. explizit BMF v. 19.1.2010 – IV C 6 – S 2133-b/0, BStBl. I 2010, 47.

131 Vgl. Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft, DStR 2008, 1057 (1060).

132 Gleicher Ansicht Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft, DB 2009, 2570 (2573); *Hennrichs*, Ubg 2009, 533 (542). Vgl. auch *Schanz/Schanz*, StuW 2009, 311 (317), die konstatieren, dass sich (durch das BilMoG) die Handelsbilanz der Steuerbilanz anpasste.

es bestünde aber zumindest ein Rahmen, der die Unsicherheit für Unternehmen reduzieren würde. Damit wäre Zeit gewonnen, um im nächsten Schritt festzulegen, welche Art der steuerlichen Gewinnermittlung langfristig angestrebt wird. Dazu müssen zunächst die Anforderungen des Gesetzgebers und auch der betroffenen Unternehmen bestimmt werden. Anschließend sind die Handlungsoptionen zu erarbeiten, die diese Anforderungen erfüllen. Schließlich ist die Beurteilung jener Optionen notwendig – aus Sicht des Gesetzgebers und aus Sicht der Unternehmen. Bei den Anforderungen und auch bei den Beurteilungskriterien ist dabei die Diversität der Unternehmen zu berücksichtigen (insb. unterschiedlichste Branchen, Rechtsformen und Größen).

Europäisches Steuerrecht und Missbrauchsbekämpfung

# Harmonisierung der Missbrauchsabwehr durch die Anti-Tax-Avoidance-Directive (ATAD)

## – Rechtsmethodische, kompetenzielle und verfassungsrechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf § 42 AO –

Prof. Dr. JOHANNA HEY, Köln*

Inhaltsübersicht


I. Einführung und Fragestellung
II. Harmonisierungsziele und Harmonisierungskonzept der ATAD
  1. Vom Abbau steuerlicher Freizügigkeitshemmnisse zur Abschottung der nationalen Steuerquellen
  2. Mindestschutzkonzept: Harmonisierung der Abwehrmaßnahmen oder Verhinderung unfairen Steuerwettbewerbs durch Abwehrlücken?
  3. ATAD als Baustein einer auf die Körperschaftsteuer beschränkten Harmonisierung
III. ATAD und Primärrecht, insb. Grundfreiheiten
IV. ATAD und Grundrechte
  1. Prüfungsmaßstab für die durch die ATAD vorgeschriebenen Grundrechtseingriffe
  2. Verfassungsrechtliche Bewertung einer auf die Körperschaftsteuer beschränkten Umsetzung?
V. ATAD und Vorlagepflicht (Kontrolle durch den EuGH)
  1. Auswirkungen des Mindestschutzkonzepts auf die Vorlagepflicht
  2. Auswirkungen der sachlichen Begrenzung der ATAD auf die Vorlagepflicht
VI. Art. 6 ATAD: Harmonisierung des allgemeinen Missbrauchstatbestandes
  1. Sonderprobleme einer Harmonisierung von § 42 AO
  2. Zweck der Aufnahme eines allgemeinen Missbrauchstatbestandes in die ATAD
  3. Welche Handlungspflichten folgen aus Art. 6 ATAD für Deutschland?
    a) Umsetzung von Richtlinien
    b) Vorgaben des Art. 6 ATAD
    c) Auswirkungen auf § 42 AO
  4. Verschiebung der Missbrauchskontrolle vom BFH zum EuGH: Vorlagepflicht und Entscheidungsumfang
  5. Möglichkeit des Rückgriffs auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Missbrauchsbekämpfung?
VII. Fazit


*Die EU hat sich zum Ziel gesetzt, die seitens der OECD entwickelten Anti-BEPS-Maßnahmen zeitnah in Europäisches Recht umzusetzen. Mit der sog. ATAD soll ein europäisches level playing field der Missbrauchsabwehr geschaffen werden. Diese neuartigen europäischen Freizügigkeitsgrenzen werfen zunächst die Frage der Vereinbarkeit mit dem Primärrecht auf. Gleichzeitig bestehen erhebliche Zweifel, ob die EU-Missbrauchsgesetzgebung durch die ATAD tatsächlich zu einer Harmonisierung führen wird. Die neue europäische Fiskalgesetzgebung setzt lediglich einen Mindeststandard. Zudem ist der Anwendungsbereich auf die Körperschaftsteuer beschränkt. Vorliegend wird untersucht, welche Schlussfolgerungen sich aus dem Mindestschutzkonzept für die Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten einerseits, die Zuständigkeit des EuGH andererseits ergeben. Besonders zweifelhaft ist die harmonisierende Wirkung der ATAD im Hinblick auf die Vorgabe einer allgemeinen Missbrauchsvorschrift, da deren Anwendung eng mit dem nicht harmonisierten nationalen Körperschaftsteuerrecht verwoben ist.*

*The European Union committed itself to transfer OECD's BEPS actions into binding European law as soon as possible. The ATAD intends to create a European level playing field of anti-abuse legislation. This new type of restrictions to the fundamental freedoms raises the question to which extent it may be reviewed in respect of the AEUV. Furthermore, it is unclear whether the ATAD will actually lead to a harmonization. It only contains a minimum standard and allows the member states stricter anti-abuse measures; the directive's scope is limited to the corporate income tax. This article scrutinizes consequences for the transformation of the directive by the Member States and the competence of the European Court of Justice. It seems especially unlikely that the general anti-avoidance rule, also part of the ATAD, will cause significant convergence of the GAAR practice in Europe, since it is deeply intertwined with the business taxation which is still not harmonized.*

### I. Einführung und Fragestellung

Nicht nur die OECD, auch die EU hat sich die Bekämpfung steuerlichen Missbrauchs auf die Fahnen geschrieben. Am 12. Juli 2016 hat der Rat die Richtlinie 2016/1164 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes verabschiedet[1], für die sich der Name *Anti-Tax-Avoidance-Directive* oder kurz ATAD eingebürgert hat. Die Geschwindigkeit, mit der hier massive Eingriffe in die nationale Steuerhoheit einstimmig verabschiedet wurden, ist bemerkenswert. Zwischen Richtlinienentwurf und Annahme lag noch nicht einmal ein halbes Jahr[2]. Dieses Tempo in einem derart komplexen Gebiet wie der Missbrauchsvermeidung gibt Anlass zu Zweifeln, ob die Maßnahmen hinreichend durchdacht sind.

* *Prof. Dr. Johanna Hey* ist Direktorin des Instituts für Steuerrecht an der Universität zu Köln.

1 Abl. EU v. 19.7.2016, L 193/1.

2 Freilich wurde der Prozess als solcher bereits vier Jahre zuvor mit der Mitteilung der Kommission v. 6.12.2012, COM(2012) 722 final, initiiert, mit der der Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung vorgestellt wurde und der bereits von einer Empfehlung der Kommission betreffend aggressive Steuerplanung flankiert war, vgl. C(2012) 8806 final.

Für das nationale Steuerrecht scheint sich auf den ersten Blick durch die ATAD wenig zu ändern. Es kann als kluger Schachzug angesehen werden, dass es Deutschland gelungen ist, einige seiner bereits existenten Missbrauchsregelungen in die ATAD hineinzuschreiben[3], sie damit für alle EU-Mitgliedstaaten verpflichtend zu machen und sich gleichzeitig über das Konzept des „Mindestschutzniveaus" eine Hintertür offen zu halten, um schärfere Regeln beizubehalten bzw. jederzeit neu einführen zu können. So wird die ATAD im Gesetzestext möglicherweise wenig Spuren hinterlassen[4]. Wohl aber muss man sich fragen, was es für die Rechtsanwendung bedeutet, wenn vormals autonom nationale Vorschriften im Nachhinein eine europarechtliche Rechtsgrundlage bekommen.

Diese rechtsmethodischen Fragen stehen im Zentrum des vorliegenden Beitrags. Vertieft werden sie für die Vorgabe eines allgemeinen Missbrauchstatbestands durch Art. 6 ATAD. Dafür ist in einem ersten Schritt das Harmonisierungsziel und -konzept der ATAD zu klären (II.1), weil sich danach die Auslegung des harmonisierten Rechts sowie die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs beantwortet. Fragen wirft hier vor allem das Konzept des Mindestschutzniveaus (II.2.) sowie der auf die Körperschaftsteuer beschränkte Anwendungsbereich der ATAD (II.3.) auf. Außerdem wird zu erörtern sein, in welchem Ausmaß der EuGH die ATAD bzw. die auf der ATAD fußenden nationalen Vorschriften am Primärrecht, namentlich den Grundfreiheiten (III.) prüfen wird. Aber auch die Verlagerung des Grundrechtsschutzes auf die EU-Ebene bedarf besonderer Erörterung (IV.).

In einem zweiten Schritt soll analysiert werden, welche Konsequenzen sich aus der Harmonisierung des allgemeinen Missbrauchstatbestandes ergeben (VI.). Während die übrigen Regelungsgegenstände der ATAD größtenteils per se auf Kapitalgesellschaften und grenzüberschreitende Vorgänge, jedenfalls aber auf den Bereich der Unternehmensbesteuerung beschränkt sind, gehört § 42 AO zu einer der allgemeinsten Regeln des Steuerrechts und findet bei jedem Steuergesetz Anwendung. Dies wirft die Frage auf, wie es sich auswirkt, wenn die Norm in Teilbereichen zukünftig europaweit einheitlich angewendet werden muss. Zweifel bestehen darüber hinaus, ob eine Harmonisierung – so sie überhaupt Ziel der ATAD ist – in Bezug auf eine Generalklausel erreichbar ist, deren Ergebnisse so sehr vom Einzelfall abhängen und die derart eng verwoben ist mit dem größtenteils nicht harmonisierten Unternehmensteuerrecht der Mitgliedstaaten.

## II. Harmonisierungsziele und Harmonisierungskonzept der ATAD

### 1. Vom Abbau steuerlicher Freizügigkeitshemmnisse zur Abschottung der nationalen Steuerquellen

Missbrauchsvermeidung spielt als Rechtfertigungstopos in der Rechtsprechung des EuGH eine bedeutende Rolle und hat bereits in der Vergangenheit sukzessiv Einzug in das steuerliche Sekundärrecht gehalten[5]. Dennoch markiert die ATAD einen Richtungswechsel[6] und kann nicht als bloße Fortsetzung bisheriger EU-Steuerpolitik eingestuft werden. Erstmals soll nicht mehr nur der Missbrauch freizügigkeitsermöglichender Normen des EU-Sekundärrechts verhindert werden, sondern Missbrauchsvermeidung wird zum eigenständigen Reglungsziel. Statt um Markteröffnung geht es um Abschottung der nationalen Steueraufkommen gegenüber der Verlagerung von Steuersubstrat. Die Union wird zum Advokaten der mitgliedstaatlichen Fiskalinteressen. *Georg Kofler* spricht provokant von der Union als „verlängerter Werkbank der Fiskalinteressen der Mitgliedstaaten"[7]. *Wolfgang Schön* sieht einen Trend vom „steuerlichen Binnenmarkt zum Europa der Finanzämter"[8].

Wie sich das aus nationalstaatlicher Sicht nachvollziehbare Anliegen der Substratsicherung in die Binnenmarktidee einfügt, ist noch nicht hinreichend verstanden. In der Rechtsprechung des EuGH haben die Fiskalinteressen zwar sowohl unter dem Rechtfertigungsgrund der Missbrauchsvermeidung als auch der gerechten Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten schon seit langem einen festen Platz[9]. Die Konturen[10], auch das Verhältnis der beiden Rechtfertigungsgründe zueinander[11], sind aber richterlich noch nicht abschließend geklärt. Die einleitenden Erwägungsgründe der ATAD stellen einen Bezug nur zu den BEPS-Maßnahmen der OECD her[12]. In welchem Verhältnis die ATAD zur bisherigen

3 § 4h EStG als „*blueprint*" für Art. 4 ATAD, vgl. *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2 (4).

4 Dabei hängt das Maß notwendiger Anpassung der bestehenden Vorschriften auch vom Verständnis des Mindestschutzniveaus (Art. 3 ATAD) ab; s. dazu unten II.2.

5 Vgl. z.B. die Neufassung des Missbrauchsvorbehalts in Art. 1 Abs. 2 und 3 der Mutter-Tochter-Richtlinie durch die Richtlinie 2015/121/EU v. 27.1.2015 (Abl. EU 2015, L 21/1).

6 Vgl. auch *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2; *Rigaut*, European Taxation 2016, 497: „*defining moment for EU tax policy*". Zu vergleichbaren Richtungswechseln der OECD im BEPS-Prozess s. *Morriss/Moberg*, Cartelizing Taxes: Understanding the OECD's Campaign against „Harmful Tax Competition", Columbia Journal of Tax Law, Vol. 4 (2013), No. 1, 1 ff.; *Genschel/Rixen*, The International Tax Regime: Historical and Political Change, 2012 (abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2139665).

7 *Kofler*, in: Schön/Heber, Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 2015, 1.

8 *Schön*, ifo-Schnelldienst 15/2015, 3.

9 Seit EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, EuGHE 2005, I-10837, Rz. 45.

10 „Mangel an rechtsdogmatischer Ausdifferenzierung", *Englisch*, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.254.

11 Hierzu vertiefend *Hey*, StuW 2008, 167 (180–183); ferner *Koriak*, European Taxation 2016, 552 (556 f.). *Englisch* sieht im Rechtfertigungsgrund der Missbrauchsvermeidung einen qualifizierenden Unterfall der angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse, vgl. *Englisch*, in: Schaumburg/Englisch (FN 10), Rz. 7.226 und 7.250.

12 ATAD (FN 1), Erwägungsgründe 1–3. *Rigaut*, European Taxation 2016, 497 (498), Politischer Administrator beim Europäischen Rat, beschreibt die Gesetzgebungsinitiative indes als Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH mit dem Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit.

EuGH-Rechtsprechung steht, bleibt dagegen offen[13]: Versteht der EU-Gesetzgeber die ATAD als Umsetzung der bisherigen EuGH-Rechtsprechung oder handelt es sich um eine rechtsprechungsmodifizierende oder gar rechtsprechungsbrechende Maßnahme? Im Unterschied zu den Möglichkeiten der Rechtsprechung, sich der Güterabwägung zwischen nationalen Fiskalinteressen und individuellem Freizügigkeitsanspruch tastend zu nähern[14], zementiert die ATAD diese Grenzlinie und macht sie nur einstimmig wieder verschiebbar. Allerdings bleibt der EuGH am Zug[15], je offener und weniger eindeutig die Vorgaben der ATAD sind.

### 2. Mindestschutzkonzept: Harmonisierung der Abwehrmaßnahmen oder Verhinderung unfairen Steuerwettbewerbs durch Abwehrlücken?

Eine Angleichung von Missbrauchsvorschriften kann theoretisch zwei Ziele verfolgen: Sie kann zum einen verhindern, dass es durch Anwendung unterschiedlicher, nicht aufeinander abgestimmter Abwehrvorschriften zu einer Überregulierung mit der Folge einer Doppelbelastung kommt. Sie kann zum anderen Mindeststandards vorschreiben, um den gezielten Einsatz von Abwehrlücken zur Erlangung von Wettbewerbsvorteilen im zwischenstaatlichen Steuerwettbewerb zu unterbinden[16].

Diesen Weg geht die ATAD[17]. Sie lässt sich insofern auch als eine Reaktion auf die vielseits beklagte willentliche Schutzlücke der US-amerikanischen CFC-Regeln verstehen[18]. Auch wenn sich BEPS nicht hierauf reduzieren lässt, so wären die Steuerminimierungsbemühungen der US-Konzerne weit weniger effektiv, würde die US-amerikanische Hinzurechnungsbesteuerung verhindern, dass niedrigbesteuerte Gewinne dauerhaft *off-shore* geparkt werden können. Mit dem Beihilferecht ist vergleichbaren Praktiken in der EU kaum zu begegnen, falls ein Staat von sich aus keine Missbrauchsabwehr betreibt, weil Missbrauchsvermeidungsnormen dann nicht zum allgemeinen System der Regelbesteuerung gehören. Genau dies wird nunmehr mittels der ATAD statuiert, und zwar nicht mehr in der Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten, sondern europaweit einheitlich.

Zu einer Harmonisierung führt die ATAD indes nicht[19]. Dies verhindert das Mindestschutzkonzept des Art. 3 ATAD. Zwar ist die ATAD mehr als ein *best practice* Papier, weil nach unten hin *verbindliche* Standards der Missbrauchsabwehr gesetzt werden. Rechtssicherheit, die Vermeidung der Gefahr internationaler Doppelbesteuerung und -belastung kann die ATAD dagegen per se nicht leisten, da sie das Fortbestehen uneinheitlicher Regeln nicht verhindert, sondern den Mitgliedstaaten strengere Regeln zur Gewährleistung eines „höheren Maßes an Schutz der inländischen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlagen" (Art. 3 ATAD) ausdrücklich erlaubt. Damit scheint eine Berufung auf die ATAD gegenüber schärferen nationalen Abwehrregeln per se ausgeschlossen, soweit das Konzept des Mindestschutzniveaus nicht binnenmarktkonform eingeschränkt wird.

Zwar ist eine gewisse Flexibilität der nationalen Abwehrregime wohl unverzichtbar, weil die Mitgliedstaaten andernfalls neu aufkommenden Problemen nur durch einstimmige Revision der ATAD begegnen könnten. Das scheint schon deshalb nicht opportun, weil das Missbrauchspotential nicht in allen Mitgliedstaaten gleich ist, vielmehr kann es erhebliche Unterschiede geben, wenn nicht harmonisierte Normareale hineinspielen. Steuergestaltungen werden von den Steuerpflichtigen normspezifisch, anhand der jeweils zu umgehenden Steuervorschriften, entwickelt[20]. Deshalb kommt eine Beschränkung der Mitgliedstaaten auf die Abwehr bestimmter Gestaltungen nicht in Betracht. Insofern macht es Sinn, dass die ATAD die zulässigen Abwehrtatbestände nicht abschließend normiert.

Weniger zwingend ist dagegen Flexibilität im Anwendungsbereich der in der ATAD geregelten Abwehrinstrumente. Zwar mag etwa der Freibetrag der Zinsschranke (Art. 4 Abs. 3 Buchst. a ATAD: „*bis zu* 3 Mio. Euro") einen Zusammenhang mit der Größe der Volkswirtschaft und der in ihr angesiedelten Unternehmen aufweisen oder von aktuellen wirtschaftlichen Rahmendaten beeinflusst sein[21]. Die den Mitgliedstaaten zugestanden Spielräume gehen aber einseitig zulasten des Interesses der Steuerpflichtigen, wirtschaftliche Doppelbelastung grenzüberschreitender Betätigungen[22] zu vermeiden[23]. Die vom ATAD-Gesetzgeber für die Begründung des Mindestschutzkonzepts herangezogene Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV[24] kann nicht überzeugen. Die Gefahr von Doppelbelastungen infolge unkoordiniert über das Mindestschutzniveau hinausschießender einseitiger Verschärfungen der in der ATAD vorgesehenen Miss-

13 S. hierzu auch *Cordewener*, EC Tax Review 2017, 60 (61 ff.).

14 Nicht immer gradlinig, kritisch unter dem Gesichtspunkt der Rechtskontinuität *Linn*, IStR 2016, 103 (105 f.).

15 Zum Einfluss des in Art. 3 ATAD vorgegebene Mindestschutzniveaukonzept auf die Zuständigkeit des EuGH s. unten V.1.

16 Zur Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen durch Steuergestaltungsmöglichkeiten *Cordewener/Kofler/van Thiel*, Common Market Law Review 2009, 1951 (1976).

17 Ebenso *Kahlenberg*, SWI 2016, 206.

18 Hierzu *Pinkernell*, StuW 2012, 369 (372); *Pinkernell*, IStR 2013, 180 (184 f.).

19 *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2 (19).

20 *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 251 (2008); *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Rz. 54a (2010) weist auf die Abhängigkeit der Missbrauchsvermeidung vom jeweiligen aktuellen Gesetzesstand hin.

21 Hierfür spricht z.B. die Anhebung der Freigrenze des § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. a EStG von 1 Mio. Euro auf 3 Mio. Euro im Zuge des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes als Reaktion auf die Finanz- und Wirtschaftskrise, vgl. BT-Drs. 17/15, 10.

22 Mag diese – soweit die Regelung diskriminierungsfrei ausgestaltet ist – auch grundfreiheitenrechtlich nicht verboten sein, vgl. EuGH v. 14.11.2006 – Rs. C-513/04, *Kerckhaert Morres*, EuGHE 2006, I-10967, Rz. 15 ff.; ausf. hierzu *Schaumburg*, in: Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 17.4.

23 Zu Recht krit. *Lüdicke/Oppel*, BB 2016, 351; *Haug*, DStZ 2016, 446 (448); *Dettmeier et al.*, NWB 2016, 3082 (3089).

24 ATAD (FN 1), Erwägungsgrund 16.

brauchstatbestände ist vorhersehbar und durch unilaterale Maßnahmen kaum abwendbar. Damit sind nationale Maßnahmen nicht gleich effizient. Abschließende Regeln bzw. genau definierte Öffnungsklauseln innerhalb der einzelnen in der ATAD normierten Missbrauchstatbestände wären in Bezug auf die aufgegriffenen Missbrauchsfälle mit dem Subsidiaritätsprinzip durchaus vereinbar gewesen.

Dies spricht für eine einschränkende Interpretation der Konzeption des Mindestschutzniveaus. Insb. ist zu überprüfen, welches Verständnis von Art. 3 ATAD einerseits mit den Zielen der ATAD, andererseits mit der Grundfreiheiten am besten vereinbar ist. Dabei ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die ATAD heterogene Regelungsgegenstände enthält, nämlich zum einen auf Missbrauchsvermeidung ausgerichtete Maßnahmen, zum anderen Maßnahmen zur kohärenten Erfassung grenzüberschreitender Sachverhalte mit dem Ziel ausgewogener Verteilung der Besteuerungsgrundlagen zwischen den Mitgliedstaaten.

Alle steuerlichen Richtlinien, die der Vermeidung einer Doppel*belastung* grenzüberschreitender Betätigungen dienen, enthielten bisher ein Mindestschutzkonzept[25]. Es ist den Mitgliedstaaten beispielsweise unbenommen, den Verzicht auf Kapitalertragsteuer in der Mutter-Tochter-Richtlinie an weniger restriktive Vorgaben zu knüpfen, etwa was die Beteiligungshöhe oder Mindesthaltedauer betrifft. Allerdings war die Schutzrichtung eine andere. In diesen Richtlinien ging es nicht um den Schutz der mitgliedstaatlichen Steueraufkommen[26], sondern der individuellen Freizügigkeitsgarantien.

Dagegen erfordert – dies lässt sich am harmonisierten Mehrwertsteuerrecht ablesen – das Ziel einer eindeutigen und kohärenten Zuordnung von Besteuerungsbefugnissen in beide Richtungen verbindliche, starre Regeln. Nur so lassen sich Wettbewerbsverzerrungen vermeiden. Zwar behalten die Mitgliedstaaten durch die Möglichkeit der Beibehaltung und Einführung von Sondertatbeständen, insb. Steuerermäßigungen, auch im harmonisierten Mehrwertsteuerrecht nicht zu unterschätzende Spielräume[27], jedoch darf von Vorschriften über die Ortsbestimmung grundsätzlich weder zugunsten noch zulasten der Steuerpflichtigen abgewichen werden[28].

In gleicher Weise setzen auch bei den direkten Steuern Vorschriften, die eine einerseits überschneidungsfreie, andererseits lückenlose Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse intendieren, ein *passgenaues* Ineinandergreifen voraus. Hier sind Mindestschutzkonzept und Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten verfehlt. Dies betrifft zum Beispiel den Bereich der in Art. 5 ATAD geregelten Übertragung von Vermögensgegenständen und Wegzugsbesteuerung. Die Wegzugsbesteuerung hat kein Missbrauchselement[29], ihr Eingreifen setzt kein Steuerbelastungsgefälle zwischen Abgabe- und Aufnahmestaat voraus. Vielmehr geht es hier in erster Linie um eine kohärente Besteuerung. Art. 5 Abs. 5 ATAD sieht daher eine Buchwertverknüpfung zwischen Abgabe- und Aufnahmestaat vor, was sinnvoll ist, um Überschneidungs- und Lückenfreiheit zu gewährleisten. Dem Problem abweichender Bewertung in Abgabe- und Aufnahmestaat wird Rechnung getragen durch die Einschränkung, dass der vom Herkunftsstaat festgesetzte Wert nur dann im Aufnahmestaat akzeptiert werden muss, wenn er dem Marktwert entspricht. Gehen beide Staaten grundsätzlich von demselben Bewertungsansatz aus, kann Uneinigkeit über den genauen Wert mittels der bestehenden Streitbeilegungsmechanismen[30] beseitigt werden. Ein Streitbeilegungsverfahren dürfte indes wenig weiterhelfen bei einem von vornherein abweichenden Wertmaßstab, wie ihn Deutschland im Rahmen der Funktionsverlagerung des § 1 Abs. 3 AStG[31] anlegt. Deshalb kann ein abweichender Wertmaßstab auch nicht als Maßnahme zur Verwirklichung eines höheren Schutzniveaus legitimiert werden.

---

25 Auch hier ist die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten mittlerweile (Richtlinie 2014/86/EU v. 8.7.2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/96/EU über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten) jedoch durch die Vorgabe eines materiellen Korrespondenzprinzips in Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie, von dieser scheinen die Mitgliedstaaten auch nicht zugunsten der Steuerpflichtigen abweichen zu dürfen; in den Erwägungsgründen heißt es hierzu „sollten".

26 Allerdings kommt – zumindest in den Erwägungsgründen 5 und 9 – in der Neufassung der Missbrauchsklausel in Art. 1 Abs. 2–4 der Mutter-Tochter-Richtlinie (s. FN 5) bereits die Idee einer Mindestschutzregel mit Abweichungsmöglichkeiten nach oben zum Ausdruck zum Schutz des mitgliedstaatlichen Steueraufkommens zum Ausdruck. Dies könnte die Frage aufwerfen, ob die Europarechtswidrigkeit von § 50d Abs. 3 EStG überhaupt auf die Mutter-Tochter-Richtlinie gestützt werden kann oder nur aus den Grundfreiheiten abzuleiten ist. In den Vorlagen zu § 50d Abs. 3 EStG des FG Köln v. 8.7.2016 – 2 K 2995/12, EFG 2016, 1801 (Az. EuGH C-504/16) und v. 31.8.2016 – 2 K 721/13, EFG 2017, 51 (Az. EuGH C-613/16) wird dies noch keine Rolle spielen, da sie sich auf die vorherige Fassung von Art. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie beziehen.

27 Insb. in Bezug auf die Beibehaltung von Steuerermäßigungen, weniger bei Steuerbefreiungen, vgl. *Englisch*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 17 Rz. 273; *Ismer* et al., DStR 2010, 1970; vgl. auch *Kraeusel*, in: Reiß/Kraeusel/Langer, § 12 UStG Rz. 83 (2015).

28 *Englisch*, in: Tipke/Lang (FN 27), § 17 Rz. 401, mit dem Hinweis, dass selbst bei grds. bindenden Vorgaben infolge divergierender Umsetzung und Auslegung eine lückenlose und überschneidungsfreie Aufteilung der Besteuerungskompetenzen nicht perfekt gewährleistet werden kann.

29 A.A., allerdings ohne dies im Tatbestand von Art. 5 ATAD nachzuweisen, *Rigaut*, European Taxation 2016, 497 (502), wonach die Verlagerung von Wirtschaftsgütern *für „mere aggressive tax planing purposes"* vermieden werden soll.

30 ATAD (FN 1), Erwägungsgrund 10.

31 Die Bewertung der verlagerten Funktion erfolgt nach Maßgabe des hypothetischen Fremdvergleichs, s. z.B. *Kaminski*, in: Strunk/Kaminski/Köhler, AStG/DBA, § 1 AStG Rz. 764 (2011) i.V.m. Rz. 199 ff. (2010). Im Unterschied dazu wird bei einer fiktiven Entnahme i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 3 und 4 EStG der Wert des entnommenen Wirtschaftsguts nicht mit dem im Verhältnis zur Betriebsstätten maßgeblichen Fremdvergleichspreis, sondern aufgrund der Änderung des § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG durch das SEStEG mit dem gemeinen Wert bestimmt, vgl. *Wied*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 1 AStG Rz. 488a (2015).

Aber auch im Bereich der auf Missbrauchsvermeidung angelegten Vorschriften erlaubt das Mindestschutzniveau keinen konzeptionellen Wildwuchs. Andernfalls käme es zu einem offenen Widerspruch zu dem in Erwägungsgrund 5 der ATAD niedergelegten Ziel, Markthemmnisse durch Doppelbesteuerung zu vermeiden[32]. In Anbetracht dieser Zielsetzung des Richtliniengebers liegt es nahe, das Mindestschutzkonzept dahingehend einschränkend auszulegen, dass die Mitgliedstaaten den Vorgaben der ATAD jedenfalls konzeptionell folgen müssen. Zwar erlaubt Erwägungsgrund 6 den Mitgliedstaaten die Beibehaltung anderweitiger Unterkapitalisierungs- und Gesellschafterfremdfinanzierungsvorschriften *neben* der in Art. 4 ATAD vorgeschriebenen Zinsschranke. Daraus lässt sich aber umgekehrt ableiten, dass solche konzeptionell abweichenden Vorschriften eben gerade nicht als Umsetzung der Richtlinienvorgabe angesehen werden können, unabhängig davon, ob sie möglicherweise zu noch schärferen Restriktionen führen. Schon um der Vergleichbarkeit des Schutzniveaus willen[33], müssen sich die Mitgliedstaaten konzeptionell im Kanon der ATAD bewegen.

*Jens Schönfeld*[34] exemplifiziert dies an den unterschiedlichen Konzepten der Hinzurechnungsbesteuerung nach ATAD und des AStG. Art. 7 Abs. 1 Buchst. a ATAD folgt ersichtlich einem gesellschaftsrechtlichen Beherrschungskonzept, während § 7 Abs. 2 AStG das Konzept der Inländerbeherrschung zugrunde liegt. Man kann dies als höheres Schutzniveau ansehen[35], weil es zu einem schnelleren Eingreifen der Hinzurechnungsbesteuerung führt, richtigerweise ist aber mit *Schönfeld* davon auszugehen, dass es sich um ein – unzulässiges – aliud handelt.

Diese einschränkende Auslegung des Mindestschutzkonzepts trägt auch den Grundfreiheiten am besten Rechnung. Auch wenn die ATAD grundsätzlich keinen freizügigkeitseröffnenden Ansatz verfolgt, so müssen die in ihr vorgesehenen Begrenzungen der Freizügigkeit in einen schonenden Ausgleich mit den Grundfreiheiten gebracht werden. Dies ist nicht eine autonom zu bewältigende Aufgabe der umsetzungsverpflichteten Mitgliedstaaten, sondern bereits bei Auslegung der Richtlinie und des in ihr enthaltenen Mindestschutzkonzepts zu beachten; Richtlinienauslegung muss stets im Lichte der Grundfreiheiten erfolgen (s. auch III.). Diese Differenzierung ist insofern erheblich, als auch solche nationalen Missbrauchsvorschriften dem EuGH vorlegt werden müssen, deren Vereinbarkeit mit der von der ATAD vorgegebenen Konzeption zweifelhaft ist. Schon die konzeptionelle Abweichung würde den Richtlinienverstoß begründen. Das Mindestschutzkonzept steht einer solchen Vorlagefrage nicht entgegen. Die Grundfreiheiten selbst würden hier dagegen nicht weiterhelfen, da sich den in ihnen enthaltenen Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten keine Aussagen bzgl. eines bestimmten Konzepts zulässiger Missbrauchsvermeidungsvorschriften entnehmen lassen.

### 3. ATAD als Baustein einer auf die Körperschaftsteuer beschränkten Harmonisierung

Art. 3 ATAD beschränkt das Schutzziel der Richtliniengesetzgebung ausdrücklich auf die Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage. Dies entspricht bisheriger Harmonisierungspraxis. Aus europäischer Sicht wird Unternehmensteuerrecht gleichgesetzt mit der Körperschaftsteuer. Wenn Vorschläge für eine Harmonisierung der Bemessungsgrundlagen gemacht werden, dann immer beschränkt auf die Körperschaftsteuer[36]; die bisher verabschiedeten Richtlinien (Mutter-Tochter-, Fusions- und Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie) beziehen sich alle auf die Körperschaftsteuer[37].

Dies liegt zum einen daran, dass einkommensteuerpflichtige Unternehmen außerhalb Deutschlands, jedenfalls für Zwecke grenzüberschreitender Betätigung, eine untergeordnete Rolle spielen; auch kleine und mittelständische Unternehmen sind vielfach kapitalistisch organisiert[38]. Vor allem in Südeuropa sind zudem auch Personengesellschaften der Körperschaftsteuer unterworfen[39]. Zum anderen wird gemeinhin angenommen, das Einkommensteuerrecht müsse, weil es vorrangig der Verwirklichung von Umverteilungszielen diene, in der Hoheit der nationalen Steuergesetzgeber verbleiben[40].

Allerdings wird aus der Begründung der ATAD ersichtlich, dass der Richtliniengesetzgeber durchaus erkennt, dass BEPS-Gefahren auch außerhalb der Körperschaftsteuer bestehen. Die Beschränkung der ATAD auf den Schutz der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage scheint eher pragmatische Gründe gehabt zu haben. Erwägungsgrund 4 begründet die Aussparung von „Unternehmen, die nicht der Körperschaftsteuer in einem Mitgliedstaat unterliegen, d.h. insb. steuerlich transparente Unternehmen“ damit, dass „sonst ein noch breiteres Spektrum an nationalen Steuern erfasst werden müsste“.

Unabhängig davon, was die Motivation für die Beschränkung auf die Körperschaftsteuer ist, führt sie im Ergebnis dazu, dass die Reichweite der Harmonisierung vom Unternehmensteuersystem des jeweiligen

32 S. die einhellige Kritik, z.B. *Oppel*, IStR 2016, 797 (803).

33 Zu diesem Problem auch *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2 (19); *Dettmeier* et al., NWB 2016, 3082 (3090 f.).

34 *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Anti-Tax-Avoidance-Directive, IStR 2017, (im Erscheinen).

35 So *Haug*, DStZ 2016, 446 (453).

36 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) v. 25.10.2016, COM(2016) 685 final.

37 S. Art. 2 Buchst. c der Mutter-Tochter-Richtlinie (90/435/EWG, Abl. EG 1990, L 225/6); Art. 3 Buchst. c der Fusionsrichtlinie (90/435/EWG, Abl. EG 1990, L 225/2); Art. 3 Buchst. a Unterbuchst. iii der Zins- und Lizenzrichtlinie (2003/49/EG, Abl. EU 2003, L 157/51); Anhang II des GKKB-Vorschlag (FN 36, S. 75). Die (mittlerweile durch die Richtlinie 2015/2060, Abl. EU 2015, L 301/1 aufgehobene) Zins-Richtlinie (2003/48/EG, Abl. EU 2003, L 157/38) führt nicht zu einer Harmonisierung materiellen Einkommensteuerrechts.

38 Zwar dominiert mit ca. 70 % die Rechtsform des Einzelunternehmens, jedoch bildet die zweitgrößte Gruppe mit ca. 15 % bereits die Rechtsform der GmbH, s. *Janssen*, Rechnungslegung im Mittelstand, Diss. 2008, S. 15.

39 Übersicht bei *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Aufl. 2016, S. 123.

40 *J. Lang*, StuW 1989, 3 (12).

Mitgliedstaates abhängt. Unproblematisch ist dies, soweit Normen harmonisiert werden, die aus den Eigenarten des Körperschaftsteuerrechts resultieren, wie etwa die Hinzurechnungsbesteuerung. Zu Problemen führt diese Beschränkung indes dort, wo die ATAD, wie bei der Übertragung von Vermögenswerten/Wegzugsbesteuerung oder der allgemeinen Missbrauchsvorschrift, Steuertatbestände berührt, die grundsätzlich rechtsformunabhängig sind. Ob sie beschränkt auf die Körperschaftsteuer umgesetzt werden können, ist auch eine gleichheitsrechtliche Frage (s. unten IV.2.).

Schwierigkeiten bereitet in dem auf die Körperschaftsteuer fokussierten europäischen Harmonisierungsansatz zudem die Gewerbesteuer, da diese naturgemäß nicht auf der Agenda des europäischen Gesetzgebers steht. Die in anderen Mitgliedstaaten zum Teil existierenden lokalen Zusatzbelastungen für Unternehmensgewinne[41] sind mehrheitlich nicht mit der deutschen Gewerbesteuer vergleichbar,[42] welcher die Funktion einer zweiten lokalen Körperschaftsteuer zukommt. Die territoriale Abgrenzung des Steuergegenstands der Gewerbesteuer reduziert zwar den Abstimmungsbedarf bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, weil Auslandsgewinne grundsätzlich nicht mit Gewerbesteuer belastet werden. Kommt es jedoch zu einer gewerbesteuerlichen Erfassung, so ist diese in die Umsetzung der ATAD einzubeziehen. Dies betrifft z.B. den in Art. 8 Abs. 7 ATAD zur Vermeidung von Doppelbelastungen vorgesehenen Abzug der ausländischen Steuer von der Steuerschuld auf den Hinzurechnungsbetrag. Die Einbeziehung des Hinzurechnungsbetrages in die Gewerbesteuer durch § 7 Sätze 7, 8 GewStG[43], noch dazu ohne korrespondierende Erweiterung des Anrechnungstatbestandes in § 12 AStG steht hierzu in offenem Widerspruch[44]. Dabei bedarf es hier für die Einbeziehung der Gewerbesteuer noch nicht einmal einer erweiternden Auslegung des Richtlinienbegriffs „Körperschaftsteuer", weil in Art. 8 Abs. 8 ATAD – wie an anderen Stellen der ATAD auch – lediglich allgemein von der „Steuerschuld" die Rede ist (ebenso in Art. 6 Abs. 3 ATAD)[45].

Der Schutz der „inländischen *Körperschaftsteuer*bemessungsgrundlagen" (Art. 3 ATAD) ist richtigerweise als eine Art Programmsatz zu verstehen und entbindet die Mitgliedstaaten nicht von einer folgerichtigen Umsetzung in ihren jeweiligen nationalen Steuersystemen, gegebenenfalls unter Einbeziehung anderweitiger Steuern. Soweit tatbestandliche Folgerungen in anderen Steuerarten gezogen werden müssen, kann sich der Gesetzgeber auch nicht auf das Konzept des Mindestschutzes berufen. Man mag zwar in der Gewerbesteuerbelastung des Hinzurechnungsbetrages ohne Anrechnung ausländischer Steuern ein besonders wirksames Instrument sehen, die Verlagerung von Aktivitäten in Niedrigsteuerstandorte zu verhindern und den Schutz der inländischen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlagen zu verstärken, es bewegt sich aber außerhalb des von Art. 7 und 8 ATAD einvernehmlich verabschiedeten Konzepts der Hinzurechnungsbesteuerung. Dieses soll Steuerstundungseffekte vermeiden und eine Einmalbesteuerung des Hinzurechnungsbetrages sicherstellen, sieht indes keine zusätzlichen Sanktionen in Form steuerlicher Doppelbelastungen vor (Art. 8 Abs. 7 ATAD)[46].

### III. ATAD und Primärrecht, insb. Grundfreiheiten

Die oben dargestellte Ambiguität der ATAD-Ziele (II.1.) wirft die Frage nach dem Verhältnis der Richtlinienbestimmungen zu den Grundfreiheiten auf, da sie der Freizügigkeit innerhalb der Union zum Teil unmittelbar zuwiderlaufen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen

(1) Der Überprüfbarkeit der ATAD und der sie unmittelbar umsetzenden nationalen Vorschriften an den Grundfreiheiten und

(2) der Überprüfbarkeit nationaler Vorschriften an den Grundfreiheiten, die im Rahmen der von der ATAD harmonisierten Regelungsbereiche ein höheres Maß an Schutz der inländischen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlagen verwirklichen („überschießende Regeln").

Soweit die ATAD Rechtfertigungswirkung entfaltet, kann sich dies nur auf den in der Richtlinie festgelegten Mindeststandard beziehen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die ATAD decke auch strengere Regeln, weil sie sie nicht verbiete. Vielmehr folgt hieraus nur, dass strengere Missbrauchsvorschriften nicht gegen die Richtlinie verstoßen. Sie bleiben aber uneingeschränkt an den Grundfreiheiten überprüfbar[47].

Ebenso unzweifelhaft ist, dass bei der *Auslegung* der ATAD durch den EuGH die Grundfreiheiten zu beachten sind. Sekundärrecht ist stets im Lichte der Freizügigkeitsgarantien auszulegen[48]. Dies könnte dort eine Rolle spielen, wo die ATAD im Wortlaut von der EuGH-Rechtsprechung abweicht, die sie umzusetzen scheint. So sieht Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATAD im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung eine offenkundig auf der Rechtssache *Cadbury Schweppes* basierende Entlastungsmöglichkeit vor, fordert aber den Nachweis einer „*wesentlichen* wirtschaftlichen Tätigkeit" wohingegen der EuGH – aus den Grundfreiheiten abgeleitet – von einer „*wirklichen* wirtschaftlichen Tätigkeit" gesprochen hatte[49]. Auch auf das Verständnis des Mindestschutzkonzepts hat eine primärrechtskonforme Auslegung Einfluss (s. oben II.2.).

41 Z.B. in Frankreich, Ungarn, Italien und Luxemburg, vgl. für eine Übersicht *Jacobs* (FN 39), S. 147.

42 *Jacobs* (FN 39), S. 147 m.w.N.

43 Anordnung der Gewerbesteuerpflicht des Hinzurechnungsbetrages durch das sog. BEPS-UmsG v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000; entgegen BFH v. 11.3.2015 – I R 10/14, BStBl. II 2015, 1049.

44 Zutreffend, allerdings ohne insofern die Bedeutung des Mindestschutzkonzepts zu thematisieren, *Rieck*, IStR 2017, 399 (401).

45 *Kahlenberg/Prusko*, IStR 2017, 304 (309).

46 *Schönfeld*, IStR 2017 (im Erscheinen) unter 7.

47 *de Graaf/Visser*, EC Tax Review 2016, 199 (206); *Dettmeier* et al., NWB 2016, 3082 (3089).

48 EuGH v. 18.9.2003 – Rs. C-168/01, *Bosal*, EuGHE 2003, I-9409, Rz. 26; *Englisch*, in: Tipke/Lang (FN 27), § 4 Rz. 8.

49 EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EuGHE 2006, I-7995, Rz. 55; s. hierzu *Schönfeld*, in: 68. Steuerrechtliche Jahrestagung Unternehmen 2017 (Arbeitsbuch), S. 39; *Schönfeld*, IStR 2017 (im Erscheinen) unter 5.3.

Darüber hinaus ist die ATAD, dort wo die Grenzen der Auslegung erreicht sind, selbst am Primärrecht zu messen[50] und entzieht nationale Regeln auch dann nicht der primärrechtlichen Überprüfung, wenn sie innerhalb der Mindeststandards liegen. Zwar geht der Richtliniengeber in Erwägungsgrund 2 davon aus, die ATAD biete die Gewähr, dass auf ihrer Grundlage ergangene Maßnahmen mit dem Unionsrecht in Einklang stehen. Steuerpflichtige sind aber nicht gehindert, sich gegenüber der ATAD auf die Grundfreiheiten zu berufen. Nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Organe der EU sind an die Grundfreiheiten gebunden (Art. 13 Abs. 2 Satz 1 EUV).[51]■Korr. nicht lesbar■[52]. Angreifbar ist die ATAD überdies hinsichtlich der Tragfähigkeit der Rechtsgrundlage des Art. 115 AEUV[53].

Geltend gemacht werden könnte die Primärrechtswidrigkeit sowohl im Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV auf Vorlage eines Gerichts als auch im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV[54], die allerdings gegen EU-Rechtssetzungsakte nicht von natürlichen oder juristischen Personen erhoben werden kann, sondern nur von den Mitgliedstaaten oder von Europäischem Parlament, Rat oder Kommission (Art. 263 Abs. 2, 4 AEUV).

Freilich stellt sich dem EuGH bei primärrechtlicher Überprüfung von Richtlinienrecht das Problem des Umgangs mit der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit des Gemeinschaftsgesetzgebers[55]. In ähnlicher Weise wie das BVerfG sich bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zurücknimmt, ist auch der EuGH durch das gemeinschaftsrechtliche Prinzip der Gewaltenteilung[56] zu Zurückhaltung verpflichtet. Die Wertungen des Gemeinschaftsgesetzgebers sollen nicht durch die der Luxemburger Richter ersetzt werden. Diese Zurückhaltung hat im Bereich des Europarechts noch mehr Berechtigung als im Verfassungsrecht, weil die Europäische Union durch einen dynamischen Integrationsprozess (Art. 1 Abs. 2 AEUV) gekennzeichnet ist[57], dessen Geschwindigkeit und Ausmaß in erster Linie politisch durch die Mitgliedstaaten bestimmt wird. Deshalb muss insb. einstimmig erlassenen Rechtsakten, die von allen Mitgliedstaaten getragen werden, Konkretisierungsfunktion beigemessen werden. Hierin mag der Grund liegen, warum Urteile, in denen Sekundärrecht einer Überprüfung am Maßstab der Grundfreiheiten unterzogen wird, eine Ausnahme darstellen[58].

Deshalb ist nicht damit zu rechnen, dass der Gerichtshof etwa in Bereichen wie der Unterkapitalisierung oder Entstrickung die Entwicklung der eigenen, aus dem Primärrecht abgeleiteten Dogmatik fortsetzen wird. Dieser Weg ist im Fall der Gesellschafterfremdfinanzierung schon deshalb verbaut, weil Art. 4 ATAD, indem er die Einführung einer Zinsschranke unterschiedslos für In- und Auslandssachverhalte vorschreibt, jede Möglichkeit nimmt, die in der Rechtssache *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*[59] in den Blick genommene Rechtfertigung einer Anwendung nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten weiterzuentwickeln[60]. Andererseits ist *Axel Cordewener* beizupflichten, dass die Mitgliedstaaten das Instrument der Richtlinie nicht nutzen können, um in offenen Widerspruch zu den insb. in der Rechtssache *Cadbury Scheppes* aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Grenzen der Missbrauchsgesetzgebung zu treten[61]. Außer Kraft setzen können Sekundärrechtsakte das Primärrecht nicht.

## IV. ATAD und Grundrechte

### 1. Prüfungsmaßstab für die durch die ATAD vorgeschriebenen Grundrechtseingriffe

Eine folgenreiche Konsequenz des Übergangs von EU-Richtlinien mit potentiell entlastendem Inhalt zu verbindlichen Vorgaben für die Schaffung von Eingriffstatbeständen durch die Mitgliedstaaten betrifft die Frage nach dem Grundrechtsschutz gegenüber hierauf gestützten staatlichen Eingriffsakten[62]. Wird sich der Bürger zukünftig gegenüber nationalen Regelungen, die in Umsetzung der ATAD ergehen bzw. deren Vorgaben bereits entsprechen, noch auf deutsche Grundrechte berufen können oder ist dem BVerfG die Entscheidungshoheit insoweit entzogen? Bereits im Vorfeld ist diese Frage im Hinblick auf das seit 2015 beim BVerfG anhängige Vorlageverfahren des I. Senats des BFH zur Zinsschranke (Streitjahre 2008/09)[63] unter dem Stichwort der Vorwirkung von *Moritz Glahe* und *Wolfgang Mitschke* kontrovers diskutiert worden[64].

Der Frage nach der Ebene des Grundrechtsschutzes kommt umso mehr Gewicht zu, als auf Unionsebene

50 Vgl. EuGH v. 27.1.1994 – Rs. C-98/91, *Herbrink*, Slg. 1994, I-00223, Rz. 9; v. 21.3.1991 – Rs. C-314/89, *Rauh*, Slg. 1991, I-01647 Rz. 17; *Fehling*, in: Schaumburg/Englisch (FN 10), Rz. 23.43.

51 *Pieper*, in: Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, B. I. Rechtsquellen Rz. 129; *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 114 AEUV Rz. 179 (Aug. 2012); *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 34 AEUV Rz. 29; *Müller-Graff*, in: Streinz (FN 51), Art. 56 AEUV Rz. 62; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz (FN 51), Art. 63 AEUV Rz. 14; *Dettmeier* et al., NWB 2016, 3082 (3091).

52 EuGH v. 9.8.1994 – Rs. C-51/93, *Meyhui*, Slg. 1994, I-3879, Rz. 11.

53 *de Graaf/Visser*, EC Tax Review 2016, 199 (202 ff.); siehe auch unten VI.3.b)bb).

54 *Fehling*, in: Schaumburg/Englisch (FN 10), Rz. 23.51 ff.

55 *Cordewener*, EC Tax Review 2017, 60 (65).

56 EuGH v. 18.4.2013 – Rs. C-413/11, *Germanwings*, Rz. 16; *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 13 EUV Rz. 31 ff.

57 *Zitscher*, RabelsZ 69 (1996), 648 (649); *Bungenberg*, EuR 2000, 879 (880).

58 *Teichmann*, in: FS Scheuing, 2011, S. 735 (744 ff.).

59 EuGH v. 13.3.2007 – Rs. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, EuGHE 2007, I-2107, Rz. 92, 102.

60 Zu den aktuellen Vorgaben des EuGH etwa *Kühbacher*, ÖStZ 2017, 169 ff.

61 *Cordewener*, EC Tax Review 2017, 60 (65).

62 *Dettmeier* et al., NWB 2016, 3082 (3089); *Kofler*, in: Schön/Heber (FN 7), S. 1 (21): Schaffung „verfassungsrechtlich problematischer Besteuerungsansprüche".

63 BFH v. 14.10.2015 – I R 20/15, BFHE 252, 44.

64 *Mitschke*, FR 2016, 412 ff.; Replik *Glahe*, FR 2016, 829 ff.; Duplik *Mitschke*, FR 2016, 834 ff.

bisher ein steuerverfassungsrechtliches Vakuum besteht[65]. Es gibt schlicht keine Judikatur, die die Unionsgrundrechte steuerverfassungsrechtlich erschließt. Nur zum Rechtsstaatsprinzip gibt es erste Ansätze[66], wobei es sich hierbei nicht um genuin *steuer*verfassungsrechtliche Fragen handelt.

Die bisher defizitäre Entwicklung eines europäischen Grundrechtsschutzes auf dem Gebiet des Steuerrechts ändert jedoch nichts daran, dass nach den Grundsätzen der *Solange II*-Rechtsprechung[67] nationale Vorschriften, die in Umsetzung der ATAD ergangen sind, der Kompetenz des BVerfG entzogen sind, denn auf EU-Ebene stehen äquivalente Grundrechte, namentlich der allgemeine Gleichheitssatz[68], zur Verfügung. Expliziter steuerverfassungsrechtlicher Gewährleistungen, wie sie noch in der Weimarer Reichsverfassung vorgesehen waren und in manchen europäischen Verfassungen enthalten sind[69], bedarf es hierzu nicht[70]; das belegt die Art. 3 GG-Judikatur des BVerfG.

Zwar betont das BVerfG in *Solange II*, dass die Grundrechtsgewährleistung gerade auch durch die Rechtsprechung des EuGH verwirklicht werden müsse[71], es kann also nicht ausreichen, dass die Grundrechte lediglich auf dem Papier stehen, lässt es dann aber doch ausreichen, dass ein vergleichbarer Grundrechtskatalog kodifiziert ist[72]. Gerade damit sich aus diesem ein europäisches Steuerverfassungsrecht entwickeln kann, bedarf es der Zuständigkeit des EuGH.

Damit bewirkt die ATAD eine Kompetenzverschiebung zugunsten des EuGH unzweifelhaft zum Ablauf der Umsetzungsfrist am 31.12.2018[73]. Eine Vorwirkung auf bereits anhängige Verfahren, die in der Vergangenheit liegende Sachverhalte betreffen, ist demgegenüber abzulehnen. Zur Überprüfung eines vor Inkrafttreten der ATAD am 8.8.2016 verwirklichten Sachverhalts wäre der EuGH gar nicht zuständig[74]. Hieraus folgt m.E. auch, dass das BVerfG auch nach Inkrafttreten der ATAD bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist noch zuständig bleibt[75]. Dies muss jedenfalls für bestehendes nationales Recht gelten, mag es den Vorgaben der ATAD auch „zufällig" bereits entsprechen[76].

Dass dies rein theoretisch dazu führen könnte, dass das BVerfG eine Vorschrift für verfassungswidrig erkennt, die kurz darauf aus europarechtlichen Gründen wieder eingeführt werden müsste[77], mag auf den ersten Blick irritieren[78], wäre aber für die Entwicklung eines europäischen Steuerverfassungsrechts überaus hilfreich. Denn eine solche Norm müsste in einem Folgeverfahren dem EuGH zur nochmaligen Beantwortung der verfassungsrechtlichen Frage, nunmehr gemessen an den europäischen Grundrechten, vorgelegt werden. Der EuGH würde sich dann wohl auch mit der Rechtsprechung des BVerfG befassen, schließlich bezieht sich der EuGH bei der Ausfüllung europäischer Grundrechte auf die Verfassungstradition der Mitgliedstaaten[79].

---

65 *Englisch*, in Schön/Beck, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 39 (84): Entwicklung in den Anfängen; auch in anderen Bereichen wird Verbesserungspotential hinsichtlich des europäischen Grundrechtsschutzes gesehen, vgl. *Schroeder*, EuZW 2011, 462 (463). *M. Lang*, Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht 2015, 119 (141 ff.) begrüßt dagegen die Zurückhaltung des EuGH, da er im Unionsrecht insb. keine Grundlage für die Entwicklung eines Gebots gleichmäßiger Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sieht.

66 EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10, *Åckerberg Fransson*, EWS 2013, 99, Rz. 34 u. 37.

67 BVerfG v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339.

68 Vgl. EuGH v. 2.9.2010 – Rs. C-453/08, *Karanikolas* u.a., Slg. 2010 I-7895, Rz. 52; v. 17.10.1995 – Rs. C-44/94, *The Queen* u.a., Slg. 1995 I-3115, Rz. 46; v. 22.10.1992 – Rs. C-85/90, *Dowling*, Slg. 1992, I-5305, Rz. 21; v. 17.5.1988 – Rs. 84/87, *Erpelding*, Slg. 1988, 2647, Rz. 29. Der Grundrechtscharakter des allgemeinen Gleichheitssatzes wird in der Literatur überwiegend bejaht, s. dazu *Staebe*, Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen vor europäischen und deutschen Gerichten, Diss. 2001, S. 91 m.w.N.

69 So in Frankreich, Griechenland, Italien und Spanien, s. dazu *Tipke*, in: FS Vogel, 2000, 561 (567); Für die Weimarer Reichsverfassung Art. 134 WRV.

70 *Englisch*, in: Brokelind, Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law, 2014, S. 439 (442).

71 BVerfG v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (2. Leitsatz).

72 BVerfG v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (2. Leitsatz), Rz. 100; ähnlich BVerfG v. 7.6.2000 – 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (2. Leitsatz): Zuständigkeit des BVerfG nur, wenn nachgewiesen ist, dass ein vergleichbarer Grundrechtsschutz „generell" nicht besteht. S. dazu *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 23 Rz. 82 ff. (Okt. 2009); *Bleckmann*, Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union, Diss. 2011, S. 157 f.; *Funk-Rüffert*, Kooperation von Europäischem Gerichtshof und BVerfG im Bereich des Grundrechtsschutzes, Diss. 1999, S. 86 ff.

73 Mit *Glahe*, FR 2016, 829 (833), ist davon auszugehen, dass die ATAD vor ihrem Inkrafttreten verwirklichte Sachverhalte nicht berührt, so dass auch das anhängige Verfahren beim BVerfG nicht berührt wird.

74 Dass im Fall der konkreten Vorlage des I. Senats des BFH (Az. I R 20/15) Verfahrensgegenstand die Rückausnahmen des § 8a Abs. 2 und 3 KStG sind, lässt den Kompetenzkonflikt allerdings nicht per se entfallen. Zwar haben diese in Art. 4 ATAD keine Entsprechung, die verfassungsrechtliche Würdigung dieser Vorschriften baut aber auf der Einordnung der Grundnorm des § 4h EStG – bzw. ihrer nunmehr in Art. 4 ATAD geschaffenen Entsprechung – auf.

75 Gegen eine Vorlagepflicht bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist auch BFH v. 28.3.2000 – VIII R 77/96, BStBl. II 2002, 227 (230).

76 Die *Mangold*-Entscheidung (EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Rz. 72 ff.) ist daher von vornherein nicht einschlägig, da es dort um die Zulässigkeit eines Gesetzes ging, das erst während der Umsetzungsfrist der Richtlinie erlassen worden war.

77 Eine Möglichkeit der autonomen verfassungskonformen Umsetzung der Richtlinie (so *Haug*, DStZ 2016, 446 [450]) besteht im Zweifel nicht. Der Konflikt zwischen der im Hinblick auf Art. 4 Abs. 3 EUV für den nationalen Gesetzgeber verbindlichen Richtlinienvorgabe und Grundrechten ist auf europarechtlicher Ebene zu lösen, solange es sich nicht um einen „ausbrechenden" Rechtsakt handelt (hierzu unten FN 81).

78 *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2 (5).

79 Ausdrücklich in Bezug genommen in Art. 6 Abs. 3 EUV; Art. 52 Abs. 4 EU-GRCharta; EuGH v. 17.12.1970 – Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, Rz. 4; v. 11.7.1989 – Rs. C-265/87, *Schräder*, Slg. 1989, 2237, Rz. 14; *Englisch*, in Schön/Beck (FN 65), S. 39 (43).

### 2. Verfassungsrechtliche Bewertung einer auf die Körperschaftsteuer beschränkten Umsetzung?

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach grundgesetzlichen Vorgaben für die Umsetzung des auf die Körperschaftsteuer beschränkten Harmonisierungsauftrags der ATAD. Die Prüfung, ob es mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, diese isoliert nur für Zwecke der Körperschaftsteuer umzusetzen oder ob eine einheitliche Umsetzung auch für Personenunternehmen geboten ist, würde weiterhin der Kontrolle des BVerfG unterliegen, da die ATAD hierzu keine (zwingenden) Vorgaben enthält.

Einige der Vorschriften, wie etwa die Regeln über die Hinzurechnungsbesteuerung (Art. 7 und 8 ATAD) sind per se nur auf Körperschaften zugeschnitten. Dagegen ist die Wegzugsbesteuerung (Art. 5 ATAD) oder die allgemeine Missbrauchsvorschrift (Art. 6 ATAD) bisher nicht rechtsformspezifisch ausgestaltet. Eine Differenzierung wäre in diesen Bereichen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, da die Vorschriften nicht an strukturelle Unterschiede zwischen Kapitalgesellschaften und Personenunternehmen anknüpfen, so dass es nicht darauf ankommt, ob die Rechtsprechung des BVerfG[80] überzeugen kann, wonach eine Ungleichbehandlung dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie der vermögensrechtlichen Trennung zwischen Gesellschafts- und Anteilseignerebene Rechnung trägt. Hier geht es nicht um die streitige Existenz eines verfassungsrechtlichen Gebots der Rechtsformneutralität. Dass die ATAD nur die Körperschaftsteuer adressiert, lässt die Vergleichbarkeit von Personenunternehmen und Körperschaften nicht entfallen. Allenfalls auf der Rechtfertigungsebene ließe sich diskutieren, ob die europarechtliche Bindung einschneidendere Normen gegenüber Kapitalgesellschaften rechtfertigen kann. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber zu einer gleichheitssatzkonformen Umsetzung verpflichtet ist, solange es sich nicht um ihrerseits verfassungsrechtlich zweifelhafte Normen handelt[81].

## V. ATAD und Vorlagepflicht (Kontrolle durch den EuGH)

### 1. Auswirkungen des Mindestschutzkonzepts auf die Vorlagepflicht

Nicht nur bzgl. der Definition der verfassungsrechtlichen Grenzen, sondern auch bzgl. der Auslegung der durch die ATAD vorgegebenen Normen kommt es zu einer Kompetenzverschiebung zugunsten des EuGH. Dabei ist zwischen Richtlinienunterschreitungen und Richtlinienüberschreitungen bzw. konzeptionellen Abweichungen zu differenzieren.

Schutzwirkung zugunsten des Steuerpflichtigen kommt der ATAD infolge des Mindestschutzkonzepts auf den ersten Blick nicht zu. Dies ist nur dann anders zu beurteilen, wenn man, wie hier vertreten (II.2.), Art. 3 ATAD dahingehend einschränkend auslegt, dass zum einen konzeptionelle Abweichungen (Bsp. Hinzurechnungsbesteuerung) verboten sind, zum anderen verschärfende Abweichungen zumindest dort unzulässig sind, wo es nicht um Missbrauchsvermeidung, sondern um die Kohärenz der mitgliedstaatlichen Steuersysteme geht (Bsp. Wegzugsbesteuerung). In diesem Fall wäre eine Vorlage im Hinblick auf die Richtlinienkonformität[82] auch dann geboten, wenn nationale Vorschriften über die ATAD hinausgehen. Folgt man dieser einschränkenden Auslegung von Art. 3 ATAD nicht, wäre im Fall überschießender Normen ein Vorabentscheidungsersuchen nur im Hinblick auf die Grundfreiheiten möglich.

Problematisch ist, wie sich das Mindestschutzkonzept auf die Vorlagepflicht bei Auslegungsproblemen von solchen nationalen Vorschriften auswirkt, deren Wortlaut den Richtlinienvorgaben entspricht.

Sieht man das Ziel der ATAD weniger in einer Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften als vielmehr in einer Begrenzung unfairen Steuerwettbewerbs durch absichtliche Schlupflöcher, dann wirkt sich dies auch auf die Kontrolldichte durch den EuGH aus. Einerseits hat die Kommission mit der ATAD ein Instrument an der Hand, das ihr – das Beihilferecht flankierend – ermöglicht, die Mitgliedstaaten mit Hilfe von Vertragsverletzungsverfahren[83] von unfairen Praktiken abzuhalten. Andererseits werden sich die hierzu erlassenen Normen, insb. wenn sie wie Art. 6 ATAD große Wertungsspielräume enthalten, nur dann steuerwettbewerbsbegrenzend auswirken, wenn sie konsequent im Sinne dieses Ziels angewendet werden. Zweifel bzgl. der Zulässigkeit einer einschränkenden begünstigenden Interpretation der in Umsetzung der ATAD erlassenen Vorschriften zwingen zur Vorlage.

Richtigerweise kann die Vorlagepflicht in Bezug auf die richtlinienkonforme Auslegung nationaler Vorschriften aber nicht in eine Richtung begrenzt werden. Zwar ließe sich vertreten, dass eine verschärfende Auslegung einer die ATAD umsetzenden nationalen Vorschrift stets zulässig ist, weil die ATAD nur nach unten, aber nicht nach oben begrenzend wirkt. Das ebenfalls mit der ATAD verfolgte Ziel, der Schaffung von Rechtssicherheit würde in diesem Fall aber komplett negiert. Jedenfalls dort, wo Mitgliedstaaten er-

---

80 BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (199); v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (248); v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, DStR 2017, 1094 (1101).

81 Von der europarechtlichen Umsetzungspflicht in Bezug auf die Körperschaftsteuer würde der nationale Gesetzgeber demgegenüber, auch bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Vorschriften, nur durch die äußersten Grenzen des *ultra vires*-Verbots entbunden, vgl. BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 (336 f.). Die Nichtdurchführung einer Richtlinie kommt nur dann in Betracht, wenn „der fragliche Rechtsakt mit besonders schweren und offensichtlichen Fehlern behaftet wäre, so dass er als inexistenter Rechtsakt qualifiziert werden könnte", s. dazu EuGH v. 11.10.2016 – Rs. C-601/14, *Italienische Republik/Kommission*, ABl. EU 2016, Nr. C 462, 2, Rz. 33; v. 29.7.2010 – Rs. C-189/09, *Kommission/Österreich*, Slg. 2010, I-99, Rz. 16; v. 5.3.2015 – Rs. C-502/13, *Kommission/Luxemburg*, UR 2015, 308, Rz. 56.

82 Zu unterscheiden von einer Vorlage im Hinblick auf die ohnehin zweifelhafte Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten, hierzu *Rolf*, IStR 2009, 152 ff.

83 *Dettmeier* et al., NWB 2016, 3082 (3089), scheinen davon auszugehen, dass nur Vertragsverletzungsverfahren in Betracht kommen.

kennbar in Umsetzung des ATAD-Mindeststandards gehandelt haben, muss der EuGH in die Lage versetzt werden, den Richtlinieninhalt aus sich selbst heraus zu entwickeln, zumal die ATAD in jedem Fall im Lichte des Primärrechts auszulegen ist (s. oben III.), schon dies kann einer verschärfenden Auslegung durch nationale Gerichte entgegenstehen.

### 2. Auswirkungen der sachlichen Begrenzung der ATAD auf die Vorlagepflicht

Auch der sachlich auf die Körperschaftsteuer beschränkte Anwendungsbereich der ATAD wirft Fragen bzgl. der Reichweite der Vorlagepflicht auf, soweit die Umsetzung durch allgemein anwendbare Vorschriften erfolgt. Würde die Vorlagepflicht in diesem Fall auf die die Körperschaftsteuer beschränkt, käme es über kurz oder lang zu einer gespalteten Rechtsentwicklung, trotz einheitlichen Wortlauts. In gleicher Weise stellt sich die Frage, ob eine Vorlagepflicht nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten besteht, wobei die Besonderheit der ATAD darin liegt, dass einige der Vorschriften – insb. Art. 4 und 6 ATAD – von vornherein nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte begrenzt sind[84].

Diese Fragestellungen sind nicht neu, sondern zum Beispiel bekannt von der Umsetzung der 4. Bilanzrechtsrichtlinie, die in § 238 ff. HGB rechtsformneutral auch für nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasste Personenunternehmen umgesetzt wurde[85], oder von dem Streit um die einheitliche oder gespaltene Auslegung des Teilbetriebsbegriff des Umwandlungssteuerrechts[86].

Zu unterscheiden ist dabei zwischen der Vorlagepflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte einerseits und der Zuständigkeit des EuGH im Fall einer Vorlage andererseits, denn der EuGH überlässt die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Vorlage mit der äußersten Grenze der Zweckentfremdung des Vorabentscheidungsverfahrens der Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte[87].

Eine Erstreckung der zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen Normen auf sachlich nicht von ihrem Anwendungsbereich erfasste Bereiche führt grundsätzlich nicht zu einer Bindung der nationalen Gerichte an die Richtlinie oder die Rechtsprechung des EuGH. Es handelt sich insoweit nur um *ein* Auslegungskriterium, das jedoch keinen absoluten Vorrang vor anderen Auslegungsmethoden hat[88]. Der EuGH hat gem. Art. 13 Abs. 2 Satz 1 und 19 EUV keine Rechtsprechungskompetenz bzgl. des nationalen Rechts. Im Fall der überschießenden Umsetzung ist eine Vorlage gem. Art. 267 AUEV jedoch zulässig, soweit der nationale Gesetzgeber im Unionsrecht getroffene Regelungen (freiwillig) für nicht von der Richtlinie abgedeckte Bereiche übernimmt.[89]

So hat der EuGH in der Rechtssache *Leur-Bloem* seine Zuständigkeit auch bzgl. der Anwendung der Fusionsrichtlinie auf rein innerstaatliche Sachverhalte unter Berufung auf die *Dzodzi*-Rechtsprechung[90] bejaht[91], dies gilt jedenfalls dann, wenn der Mitgliedstaat die Umsetzung nicht explizit auf grenzüberschreitende Sachverhalte begrenzt[92]. Hat ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung einer Richtlinienbestimmung beschlossen, rein innerstaatliche Sachverhalte und Sachverhalte, die unter die Richtlinie fallen, gleichzubehandeln, und hat er in diesem Sinne seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften umfassend an Gemeinschaftsrecht angepasst, ist der Gerichtshof – bei Vorlage durch ein mitgliedstaatliches Gericht – auch in diesem Fall für die Auslegung der Richtlinie zuständig. Eine gespaltene Auslegung, die eine Benachteiligung reiner Inlandssachverhalte und ggfs. Wettbewerbsverzerrungen zur Folge hätte, läuft den Zielen der Europäischen Union zuwider. Dasselbe muss auch bei überschießender Umsetzung bzgl. des sachlichen Anwendungsbereichs gelten[93]. Anders ist dies nur dann zu beurteilen, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung dem Wortlaut und Willen des historischen Gesetzgebers widerspricht[94]. Nicht klar ist, wie der Wille des Gesetzgebers dann zu ermitteln ist, wenn er keine Anpassung vornimmt, weil das nationale Recht den Vorgaben der ATAD bereits entspricht, wie im Fall der Zinsschranke, aber über die Richtlinienvorgaben hinausgeht. Als der deutsche Gesetzgeber 2008 § 4h EStG auch mit Geltung für die Einkommensteuer eingeführt hat, konnte er noch gar keinen Willen bzgl. einer Erstreckung der ATAD auf nicht von ihr umfasste Bereiche bilden. Da aber auch hier nicht davon auszugehen ist, dass der deutsche Gesetzgeber eine gespaltene Auslegung der Tatbestände des § 4h EStG anstrebt, je nachdem ob sich das Ergebnis in der Körperschaft- oder in der Einkommensteuer auswirkt, ist auch hier von einer Zuständigkeit des EuGH auszugehen.

---

84 *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2.

85 Vgl. dazu *Meilicke*, BB 1999, 890 (892 f.); *Goerdeler*, Auswirkungen des Bilanzrichtlinien-Gesetzes auf Personengesellschaften, insb. auf deren Gesellschaftsvertrag, in: FS Fleck, 1988, S. 53.

86 Zur Diskussion der Auslegungsfrage s. *Schmitt*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 7. Aufl. 2016, § 20 UmwStG Rz. 80.

87 EuGH v. 18.10.1990 – Rs. C-297/88 u.a., *Dzodzi*, Slg. 1990, I-3763, Rz. 33 f.; v. 8.11.1990 – Rs. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, Slg. 1990 I-4003, Rz. 18 f.

88 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (FN 51), Art. 288 AEUV Rz. 131. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rz. 83 m.w.N., *Kuhn*, EuR 2015, 216 (235).

89 *Ehricke*, in: Streinz (FN 51), Art. 267 AEUV Rz. 14; insb. EuGH v. 18.10.1990 – Rs. C-297/88 u.a., *Dzodzi*, Slg. 1990, I-3763, Rz. 37 ff.

90 EuGH v. 18.10.1990 – Rs. C-297/88 u.a., *Dzodzi*, Slg. 1990, I-3763, Rz. 33 f.

91 EuGH v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95, *Leur Bloem*, EuGHE 1997, I-4161, Rz. 27 ff.

92 Zur Zulässigkeit einer überschießenden Umsetzung s. nur *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (FN 51), Art. 288 AEUV Rz. 131.

93 BGH v. 9.4.2002 – XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248, Rz. 34 f.; a.A. BFH v. 28.3.2000 – VIII R 77/96, BStBl. II 2002, 227, Rz. 30 für die Anwendung von § 238 ff. HGB auf Personengesellschaften.

94 Entgegenstehender Wille des historischen Gesetzgebers, vgl. BGH v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, EuZW 2013, 157 (159), Rz. 22 mit lesenswerter Anm. von *Fornasier*. S. zur Umsetzung des BilRiG ausdrücklich ohne Wirkung für die Steuerbilanz *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (FN 27), § 9 Rz. 95.

Freilich ist der EuGH in jedem Fall streng auf die Auslegung europäischen Rechts, hier der ATAD, beschränkt. Das nicht harmonisierte nationale Recht liegt nicht in seiner Entscheidungskompetenz,[95] mag es auch unmittelbar in die Anwendung harmonisierter Vorschriften hineinspielen. Diese Abschichtung dürfte vor allem im Bereich von Art. 6 ATAD eine große Rolle spielen. Außerhalb der von der ATAD geregelten Gegenstände wird der Gerichtshof im Zweifel nicht zu abschließenden Aussagen bzgl. der Verwirklichung des allgemeine Missbrauchstatbestandes kommen, da seine Anwendung denklogisch von der umgangenen Norm des jeweiligen nationalen Rechts („Ziel und Zweck des geltenden Steuerrechts", Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ATAD) abhängt; hierzu sogleich VI.1.

## VI. Art. 6 ATAD: Harmonisierung des allgemeinen Missbrauchstatbestandes

### 1. Sonderprobleme einer Harmonisierung von § 42 AO

Damit ist zugleich eines der Kernprobleme der im Folgenden näher zu beleuchtenden Harmonisierung der allgemeinen Missbrauchsvorschrift angesprochen. Generalklauseln wie § 42 AO leben aus dem Dictum der an Einzelfällen entwickelten Rechtsprechung[96]. Erst durch Fallgruppenentwicklung wird ihre Anwendung vorhersehbar. Damit ist einerseits klar, dass die durch die ATAD begründete Pflicht zur europaweiten Einführung einer derartigen Generalklausel als solche noch nicht zu einer Rechtsvereinheitlichung führen wird[97], und andererseits wird die Bedeutung der genauen Definition der Entscheidungskompetenzen des EuGH in diesem Bereich deutlich.

Zunächst wird sich dem deutschen Gesetzgeber allerdings die Frage stellen, ob überhaupt Maßnahmen zur Umsetzung von Art. 6 ATAD erforderlich sind oder ob § 42 AO in seiner aktuellen Fassung den europarechtlichen Vorgaben bereits vollumfänglich entspricht. Dann aber ist zu entscheiden, ob § 42 AO zukünftig einheitlich europarechtskonform ausgelegt werden soll, d.h. sowohl in rein innerstaatlichen Gestaltungen als auch in Bezug auf Drittstaaten sowie in Gestaltungen, die andere Steuerarten als die Körperschaftsteuer betreffen. Dass sich die ATAD mit Art. 6 der Richtlinie in eine Harmonisierung allgemeiner Gesetzesanwendungsmethodik vorwagt, die sich nicht isoliert auf einzelne Steuergesetze oder Fallkonstellationen begrenzen lässt, verschärft die zum Teil bereits angesprochenen Probleme des Geltungsbereichs der ATAD. Diesen lässt sich auch nicht abhelfen, indem der Gesetzgeber dem Körperschaftsteuergesetz eine eigene, Art. 6 ATAD genau entsprechende allgemeine Missbrauchsregelung voranstellt, weil sich eine isolierte Missbrauchsdogmatik nur für die Körperschaftsteuer gleichheitsrechtlich nicht rechtfertigen lässt (s. oben IV.2.)

### 2. Zweck der Aufnahme eines allgemeinen Missbrauchstatbestandes in die ATAD

Eine zentrale Schwierigkeit bei der Entscheidung dieser Fragen liegt in den unklaren Zwecken der ATAD in Bezug auf die Harmonisierung der allgemeinen Missbrauchsbekämpfung.

Die Erwägungsgründe[98] weisen Art. 6 ATAD Lückenschließungsfunktion gerade *außerhalb* besonderer Missbrauchsvorschriften zu. Mehr einleuchten würde es, wenn Art. 6 ATAD die speziellen Missbrauchstatbestände der Richtlinie flankieren würde, um deren Umgehung zu verhindern. Art. 6 ATAD könnte die anderen in der ATAD enthaltenen Missbrauchstatbestände umgehungsfest machen. Erwägungsgründe und Wortlaut sprechen indes gegen einen derart begrenzten Anwendungsbereich. Der Richtliniengeber sieht die Funktion von Art. 6 ATAD gerade darin, Lücken dort zu schließen, wo missbräuchliche Steuerpraktiken auftreten, gegen die noch keine besonderen Vorschriften bestehen, die also gerade außerhalb des Regelungsbereichs der ATAD liegen; zur Konkurrenz zu spezialgesetzlichen Missbrauchsnormen auch unten VI.3.b.(3).

Demnach muss davon ausgegangen werden, dass Art. 6 ATAD ganz allgemein den Aufgriff missbräuchlicher Gestaltungen ermöglichen soll. Dies führt zu einer Verzahnung mit dem gesamten nationalen, nicht harmonisierten Körperschaftsteuerrecht der Mitgliedstaaten. Denn wie § 42 AO ist auch Art. 6 ATAD eine Blankettnorm, deren Inhalt sich erst im Zusammenhang mit den Normen entfaltet, die umgangen werden sollen[99]. Wann eine Gestaltung unangemessen ist, und wann es sich lediglich um die „steuereffizienteste Struktur"[100], handelt, die weiterhin nicht sanktioniert werden soll, lässt sich Art. 6 ATAD nicht unmittelbar entnehmen, was nicht weiter verwundert, weil sich eben diese Grenzziehung nur aus dem jeweils umgangenen Tatbestand des nationalen Rechts gewinnen lässt.

Für eine „einheitliche Anwendung"[101] bedarf es genauer Vorgaben durch den EuGH. Als Blankettnormen sind allgemeine Missbrauchstatbestände extrem wertungsoffen und damit auf Konkretisierung durch die Rechtsprechung angewiesen. Dass eine Vorschrift wie § 42 AO ganz unterschiedlich gehandhabt werden kann, lässt sich an der Rechtsprechung des BFH ebenso wie der jüngeren Gesetzesentwicklung ablesen, die durch den Konflikt zwischen weitem Verständnis der Finanzverwaltung und deutlich engerem Missbrauchsverständnis des BFH gekennzeichnet ist[102].

95 *Gille*, IStR 2007, 194 (198).
96 *Schön*, DStJG 33 (2010), 29 (58).
97 Zweifelnd bzgl. der Vereinheitlichungswirkung auch *de Graaf/Visser*, EC Tax Review 2016, 199 (204 u. 207).
98 ATAD (FN 1), Erwägungsgrund 11.
99 *Fischer*, in: HHSp (FN 20), § 42 AO Rz. 62.
100 ATAD (FN 1), Erwägungsgrund 11.
101 ATAD (FN 1), Erwägungsgrund 11, Satz 4.
102 Diese Wechselwirkung zwischen Rspr. und Gesetzgeber lässt sich schon in der Entstehung von § 5 RAO 1919 nachweisen s. *Fischer*, in: HHSp (FN 20), § 42 AO Rz. 1; zu dem Versuch, die Rspr. durch die ab 1.1.2008 anzuwendende Neufassung von § 42 AO zu beeinflussen s. BT-Drs. 16/7036, 33.

Soll Art. 6 ATAD unfairen Steuerwettbewerb durch laxe allgemeine Missbrauchsbekämpfung unterbinden, wären eine weitreichende Kontrolle der Anwendungspraxis und die Entwicklung einheitlicher Anwendungsmaßstäbe durch den EuGH zwingend. Ob dieses Ziel überhaupt erreichbar ist und von den Kompetenzen des EuGH gedeckt ist, wird im Folgenden noch näher untersucht (VI.4.). Sollte dies verneint werden, dann würde sich die Funktion von Art. 6 ATAD darin erschöpfen, jeden Mitgliedstaat dazu zu verpflichten, einen allgemeinen Missbrauchstatbestand zu kodifizieren. Viele Mitgliedstaaten verfügen bereits über eine solche Norm bzw. wenden allgemeine Rechtsgrundsätze der Steuerumgehung an[103]. Art. 6 ATAD hat dann eher Bekenntnisfunktion. Dass sich die Mitgliedstaaten allgemein dem Ziel der Missbrauchsbekämpfung verpflichtet fühlen, wird aber nicht zu einer Vereinheitlichung der Rechtspraxis führen.

### 3. Welche Handlungspflichten folgen aus Art. 6 ATAD für Deutschland?

#### *a) Umsetzung von Richtlinien*

Das Wesen der Richtlinienharmonisierung ist die Eröffnung von Gestaltungsspielräumen zugunsten der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber[104]. Diese müssen den Wortlaut der Richtlinien nicht sklavisch übernehmen, wenn das Recht der Richtlinie inhaltlich bereits entspricht. In diesem Fall, bedarf es weder eines Umsetzungsaktes noch eines Hinweises, dass dem Gesetz nun eine Richtlinie zugrunde liegt[105].

Die Beurteilung des gesetzgeberischen Anpassungsbedarfs setzt zunächst eine genaue Analyse des Inhalts der europarechtlichen Vorgaben voraus. Bei der ATAD wird der Gesetzgeber besonders peinlich darauf achten müssen, ob nationales und europäisches Recht einander entsprechen, weil bei der Statuierung staatlicher Eingriffstatbestände eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie nicht möglich ist.

Zwar können Eingriffstatbestände richtlinienkonform extensiv auch zu Lasten des Bürgers ausgelegt werden. Zur Erfüllung der europarechtlichen Umsetzungspflicht reicht bei abweichendem Wortlaut des Gesetzes eine richtlinienkonforme Auslegung durch nationale Behörden und Gerichte aus[106]. Die rechtstaatliche Wortlautgrenze ist indes nicht außer Kraft gesetzt[107].

#### *b) Vorgaben des Art. 6 ATAD*

##### *aa) Missbrauchskonzept*

Um beurteilen zu können, ob § 42 AO und dessen Konkretisierung durch den BFH bereits heute den Vorgaben der ATAD entsprechen, bedarf es einer genauen Analyse des Art. 6 ATAD zugrundeliegenden Missbrauchskonzepts. Problematisch ist, dass die Erwägungsgründe der ATAD hierzu keine Ausführungen enthalten.

Ausführlich begründet war dagegen die Empfehlung der EU-Kommission zur europaweiten Einführung einer allgemeinen Missbrauchsvorschrift aus dem Jahr 2012. Möglicherweise kann, trotz Abweichungen im Wortlaut, auf die damals zum Ausdruck gebrachten Motive zum Teil zurückgegriffen werden.

2012 hatte die EU-Kommission noch die Aufnahme folgender Klausel in die nationalen Rechtsordnungen empfohlen[108]:

> „Eine künstliche Vorkehrung oder eine künstliche Reihe von Vorkehrungen, die mit dem wesentlichen Zweck eingeführt wurde, eine Besteuerung zu vermeiden und die zu einem steuerlichen Vorteil führt, bleibt außer Acht. Die nationalen Behörden behandeln solche Vorkehrungen für steuerliche Zwecke entsprechend ihrer wirtschaftlichen Substanz."[109]

Art. 6 ATAD weicht in relevanten Punkten ab, insb. ist der Begriff der „künstlichen Gestaltung" nicht mehr enthalten[110]:

(1) Liegt unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände eine unangemessene Gestaltung oder eine unangemessene Abfolge von Gestaltungen vor, bei der der wesentliche Zweck oder einer der wesentlichen Zwecke darin besteht, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen, der dem Ziel oder Zweck des geltenden Steuerrechts zuwiderläuft, so berücksichtigen die Mitgliedstaaten diese bei der Berechnung der Körperschaftsteuerschuld nicht. Eine Gestaltung kann mehr als einen Schritt oder Teil umfassen.

(2) Für die Zwecke von Absatz 1 gilt eine Gestaltung oder eine Abfolge solcher Gestaltungen in dem Umfang als unangemessen, als sie nicht aus trifti-

---

103 Überblick s. EATLP International Tax Series, Vol. 15 (im Erscheinen). In diesen Fall würde sich die Frage stellen, ob es überhaupt einer Positivierung im Steuergesetz bedarf. Der Richtlinieninhalt muss nicht notwendigerweise in eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift übernommen werden, wenn die Sicherstellung der innerstaatlichen Anwendung der Richtlinie auch durch einen allgemeinen rechtlichen Rahmen aus bestehenden verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen sichergestellt werden kann. Dabei muss die tatsächliche vollständige Anwendung durch Behörden gewährleistet sein sowie die sich aus diesen Grundsätzen ergebende Rechtslage, soweit Ansprüche des Einzelnen begründet werden sollen, hinreichend bestimmt und klar sein und die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese ggf. vor nationalen Gerichten geltend zu machen, vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (FN 88), Art. 288 AEUV Rz. 33; *Biervert*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rz. 28; EuGH v. 23.5.1985 – Rs. 29/84, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1985, 1661, Rz. 23.

104 Vgl. 288 Abs. 3 AEUV: Verbindlich hinsichtlich des zu erreichenden Ziels, Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Wahl der Form und der Mittel.

105 Allenfalls ließe sich das Erfordernis eines entsprechenden Hinweises aus Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 3 ATAD ableiten, wenn man die dort normierte Hinweispflicht auch auf bestehende Vorschriften erstreckt.

106 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (FN 51), Art. 288 AEUV Rz. 135.

107 *Englisch*, in: Tipke/Lang (FN 27), § 4 Rz. 32.

108 Empfehlung der Kommission v. 6.12.2012 betreffend aggressive Steuerplanung (2012/772/EU), ABl. EU v. 12.12.2012, L 338/43.

109 Empfehlung der Kommission v. 6.12.2012 (FN 108), Tz. 4.2.

110 Entspricht aber genau dem Wortlaut von Art. 58 des GKKB-Vorschlags (FN 36).

gen wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wurde, die die wirtschaftliche Realität widerspiegeln.

(3) Bleiben Gestaltungen oder eine Abfolge solcher Gestaltungen gemäß Absatz 1 unberücksichtigt, so wird die Steuerschuld im Einklang mit nationalem Recht berechnet.

Ungeachtet der Unschärfen der bisherigen Anwendung des Künstlichkeitskriteriums in der Rechtsprechung[111], geht der Missbrauchsbegriff der ATAD in jedem Fall über den seitens des EuGH entwickelten Rechtfertigungsgrund der „rein künstlichen, jeder wirtschaftlichen Realität baren Gestaltung" hinaus[112], an dem sich der Vorschlag aus dem Jahr 2012 noch orientiert hat. Der Begriff der Künstlichkeit ist durch unangemessen ersetzt. Für den subjektiven Tatbestand reicht es jetzt auch aus, dass *einer* der wesentlichen Zwecke darin besteht, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen. Ähnlich wie in § 42 AO wird die Unangemessenheit vor allem dadurch begründet, dass das Belastungsergebnis dem Normzweck zuwider läuft.

Eine Erläuterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale wird in den Erwägungsgründen der ATAD nicht gegeben. Dagegen enthielt die Empfehlung aus dem Jahr 2012 eine Konkretisierung des Begriffs der „künstlichen Vorkehrung". Vorkehrungen seien künstlich, wenn sie keinen „wirtschaftlichen Gehalt" haben. Zur Feststellung sei zu prüfen, ob eine oder mehrere der folgenden Situationen vorliege[113]:

a) die rechtlichen Merkmale der einzelnen Schritte, aus denen eine Vorkehrung besteht, stehen nicht im Einklang mit der rechtlichen Substanz der Vorkehrung als Ganzes;

b) die Vorkehrung oder die Reihe von Vorkehrungen wird auf eine Weise ausgeführt, die bei einem als vernünftig anzusehenden Geschäftsgebaren in der Regel nicht angewandt würde;

c) die Vorkehrung oder die Reihe von Vorkehrungen umfasst Elemente, die die Wirkung haben, einander auszugleichen oder zu aufzuheben;

d) die Transaktionen sind zirkulär;

e) die Vorkehrung oder die Reihe von Vorkehrungen führt zu einem bedeutenden steuerlichen Vorteil, der sich aber nicht in den vom Steuerpflichtigen eingegangenen unternehmerischen Risiken oder seinen Cashflows widerspiegelt;

f) der erwartete Gewinn vor Steuern ist unbedeutend im Vergleich zum Betrag des erwarteten steuerlichen Vorteils.

Der Begriff der künstlichen Gestaltung ist im Zweifel enger als der der unangemessenen Gestaltung. Es ist daher davon auszugehen, dass die zur Künstlichkeit gebildeten Fallgruppen trotz des gegenüber der Empfehlung von 2012 geänderten Wortlauts in jedem Fall auch vom Willen des ATAD-Gesetzgebers umfasst sind. Die Beispiele weisen zudem eine deutliche Schnittmenge zu den im Rahmen von § 42 AO anhand des Tatbestandsmerkmals der Unangemessenheit entwickelten Fallgruppen auf[114].

Weit weniger klar ist, welche Relevanz die ATAD außersteuerlichen Zwecken und dem subjektiven Erfordernis der Missbrauchsabsicht[115] zuweist, und zwar sowohl im Hinblick auf die 2012er-Empfehlung als auch auf § 42 Abs. 2 AO.

Nach der Empfehlung von 2012 sollte es auf die Absichten des Steuerpflichtigen nicht ankommen. Entscheidend sei, ob die Gestaltung „den Gegenstand, Geist und Zweck der Steuervorschriften unterläuft, die andernfalls gelten würden"[116]. Diese Erläuterung wurde in der ATAD in den Gesetzestext selbst aufgenommen. Unterschiede bestehen bzgl. der Gewichtung bei Vorliegen steuerlicher und nichtsteuerlicher Beweggründe. In der Empfehlung von 2012 heißt es hierzu noch, der Zweck der Steuervermeidung sei dann wesentlich, wenn „jeder andere Zweck, der der Vorkehrung oder der Reihe von Vorkehrungen zugeschrieben wird oder werden könnte, in Anbetracht aller Umstände des Falls allenfalls als vernachlässigbar gilt"[117]. Hieraus folgt, dass der steuerliche Zweck ein (deutliches) Übergewicht haben muss. Nach der ATAD reicht demgegenüber bereits ein anderen Zwecken gleichrangiges steuerliches Ziel („wesentlicher Zweck oder *einer* der wesentlichen Zwecke").

Näher erläutert wird die Relevanz außersteuerlicher Gründe in den Erwägungsgründen. Dort heißt es: „Bei der Bewertung, ob eine Gestaltung als unangemessen zu betrachten ist, hätten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, alle triftigen wirtschaftlichen Gründe, einschließlich finanzieller Tätigkeiten, zu berücksichtigen". Diese Passage lässt sich zugleich als Hinweis auf den arbeitsteiligen Rechtsanwendungsprozess[118] verstehen. Einerseits wird der EuGH entscheiden müssen, nach welche Kriterien zu beurteilen ist, wann wirtschaftliche Gründe triftig sind, andererseits obliegt die Beurteilung des Sachverhalts nicht dem EuGH, da dieser nur für die Auslegung der europarechtlichen Vorgaben zuständig ist, sondern den mitgliedstaatlichen Gerichten. Dieser Subsumtionsvorgang enthält zwangsläufig Wertungen, die in jedem Mitgliedstaat unterschiedlich ausfallen können, was wiederum den Angleichungserfolg in Frage stellt.

Insgesamt ist einige Zurückhaltung gegenüber der Rolle des Wortlauts für die Präzisierung des europäischen Missbrauchsvorbehalts geboten. Die bisherige Kodifizierung europäischer Missbrauchsvorschriften zeichnet sich durch verbalen Wildwuchs aus, auch wenn der europäische Gesetzgeber sich seit einigen Jahren um sprachliche Vereinheitlichung bemüht. So entspricht die Formulierung in Art. 6 ATAD der Neu-

111 S. die Kritik hierzu z.B. bei *Schön*, in: Jones/Harris/Oliver, Comparative perspectives on revenue law – Essays in honour of John Tiley, S. 75 (87, 91).

112 Zutreffend *Oppel*, IStR 2016, 797 (802).

113 Empfehlung der Kommission v. 6.12.2012 (FN 108), Tz. 4.4.

114 S. die Typologie bei *Fischer*, in: HHSp (FN 20), § 42 AO Rz. 351 ff.

115 Vgl. die diesbzgl. Analyse der bisherigen EuGH-Rspr. zum Rechtsmissbrauch *Englisch*, StuW 2009, 3 (5–9).

116 Empfehlung der Kommission v. 6.12.2012 (FN 108), Tz. 4.5.

117 Empfehlung der Kommission v. 6.12.2012 (FN 108), Tz. 4.4.

118 S. hierzu auch bereits oben V.2.

fassung[119] von Art. 1 Abs. 2 und 3 der Mutter-Tochter-Richtlinie[120] sowie der Formulierung in Art. 58 des 2016er-CCCTB-Richtlinienvorschlages[121], die allerdings deutlich von den bisher im Richtlinienrecht verwendeten Formulierungen abweichen[122]. Wenn trotzdem teilweise von einem einheitlichen europäischen Missbrauchsbegriff ausgegangen wird[123], lässt dies nur den Schluss übrig, dass dem Wortlaut – an erhellenden Gesetzesmaterialien fehlt es meist ganz – keine besondere Bedeutung beikommt. Dies macht freilich noch einmal die alles entscheidende Bedeutung des EuGH für die Entwicklung eines in allen Mitgliedstaaten gleich verstandenen einheitlichen europäischen Missbrauchsbegriffs deutlich.

*bb) Anwendungsbereich von Art. 6 ATAD*

Des Weiteren ist nach dem Anwendungsbereich von Art. 6 ATAD zu fragen, und zwar sowohl in sachlicher Hinsicht (nur Körperschaftsteuer) als auch in räumlicher Hinsicht (nur grenzüberschreitende Gestaltungen innerhalb der EU?).

Art. 6 ATAD ist auf Steuergestaltungen im Zusammenhang mit Normen des Körperschaftsteuerrechts beschränkt. Zwar wird für die Unangemessenheit ohne Beschränkung auf die Körperschaftsteuer darauf abgestellt, ob die Gestaltung „dem Ziel und Zweck des geltenden *Steuerrechts*" zuwiderläuft, die Pflicht zur Korrektur beschränkt sich dann aber auf die Berechnung der Körperschaftsteuerschuld. Diese grundsätzliche Beschränkung auf die Körperschaftsteuer[124] folgt auch aus dem Kontext der übrigen Vorschriften der ATAD. Gem. Art. 1 gilt die ATAD „für alle Steuerpflichtigen, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten *körperschaftsteuerpflichtig* sind, einschließlich der in einem oder mehreren Mitgliedstaaten belegenen Betriebsstätten von Unternehmen, die steuerlich in einem Drittland ansässig sind. Dem entspricht auch Art. 3 ATAD, wonach es den Mitgliedstaaten unbenommen ist, ein höheres Maß an „Schutz der inländischen *Körperschaftsteuer*bemessungsgrundlagen" zu verfolgen.

Freilich ist fraglich, ob eine rein auf das Körperschaftsteuerrecht beschränkte Anwendung überhaupt Sinn macht. Gerade wenn die Gestaltung darauf abzielt, Körperschaftsteuer zu vermeiden zugunsten einer Berücksichtigung in der Einkommensteuer oder umgekehrt, wird deutlich, dass die Rechtsfolgen nicht isoliert in der Körperschaftsteuer gezogen werden können. Dies ist insb. bei hybriden Gestaltungen denkbar, wenn sich im einen Staat ein Abzug in der Körperschaftsteuer auswirkt, im anderen in der Einkommensteuer erfasst wird. Dementsprechend fehlt in Art. 9 ATAD auch der Bezug auf eine bestimmte Steuerart; ebenso in Art. 8 Abs. 7 ATAD.[125]

Unklar ist ferner, ob der Anwendungsbereich der durch die ATAD vorgegebenen Angleichung der allgemeinen Missbrauchsvorschrift auf grenzüberschreitende Vorgänge beschränkt ist. Dem Wortlaut von Art. 6 ATAD lässt sich dies nicht entnehmen.

Die systematische Auslegung ergibt ein heterogenes Bild. Die ATAD ist nicht klar auf grenzüberschreitende Sachverhalte begrenzt. Wegzugsbesteuerung und Hinzurechnungsbesteuerung setzen die Grenzüberschreitung per se voraus. Hybride Gestaltungen, die zu einem doppelten Abzug führen, sind theoretisch auch im rein inländischen Kontext denkbar, die Formulierung von Art. 9 ATAD lässt indes den Rückschluss zu, dass die Richtlinie nur auf Fälle Anwendung findet, in denen der doppelte Abzug in zwei unterschiedlichen Mitgliedstaaten stattfindet. Der Anwendungsbereich der in Art. 4 ATAD geregelten Zinsschranke ist dagegen nicht auf grenzüberüberschreitende Zahlungen begrenzt[126].

Es ist davon auszugehen, dass der ATAD-Gesetzgeber auch Art. 6 ATAD nicht auf grenzüberschreitende

119 S. FN 5; Art. 1 Abs. 2 lautet: „Liegt – unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände – eine unangemessene Gestaltung oder eine unangemessene Abfolge von Gestaltungen vor, bei der der wesentliche Zweck oder einer der wesentlichen Zwecke darin besteht, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen, der dem Ziel oder Zweck dieser Richtlinie zuwiderläuft, so gewähren die Mitgliedstaaten Vorteile dieser Richtlinie nicht. Eine Gestaltung kann mehr als einen Schritt oder Teil umfassen." Art. 1 Abs. 3: „Für die Zwecke von Absatz 2 gilt eine Gestaltung oder eine Abfolge von Gestaltungen in dem Umfang als unangemessen, wie sie nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wurde, die die wirtschaftliche Realität widerspiegeln." In der Ursprungsfassung (Richtlinie 90/435/EWG v. 23.7.1990, ABl. 1990, L 225/6-9) hatte es in Art. 1 noch ganz allgemein geheißen, die Mitgliedstaaten seine nicht gehindert, den Missbrauch der Richtlinie zu verhindern.

120 Richtlinie 2011/96/EU v. 30.11.2011, ABl. EU 2011, L 345/8.

121 GKKB-Vorschlag (FN 36).

122 In Art. 15 Abs. 1a der 2009er Fassung der Fusionsrichtlinie (2009/133/EG v. 19.10.2009, Abl. EU 2009, L 310/34) heißt es noch „Ein Mitgliedstaat kann die Anwendung der Artikel 4 bis 14 ganz oder teilweise versagen oder rückgängig machen, wenn einer der in Artikel 1 genannten Vorgänge als hauptsächlichen Beweggrund oder als einen der hauptsächlichen Beweggründe die Steuerhinterziehung oder -umgehung hat; vom Vorliegen eines solchen Beweggrundes kann ausgegangen werden, wenn der Vorgang nicht auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen – insb. der Umstrukturierung oder der Rationalisierung der beteiligten Gesellschaften – beruht". In Art. 5 Abs. 2 der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie (2003/49/EG v. 3.6.2003, Abl. EU 2003, L 157/49) lautet der Missbrauchsvorbehalt wie folgt: „Die Mitgliedstaaten können im Fall von Transaktionen, bei denen der hauptsächliche Beweggrund oder einer der hauptsächlichen Beweggründe die Steuerhinterziehung, die Steuerumgehung oder der Missbrauch ist, den Rechtsvorteil dieser Richtlinie entziehen bzw. die Anwendung dieser Richtlinie verweigern."

123 *Vogenauer*, in de la Feria/Vogenauer, The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law, 2011, 521 (529); *Schön*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 1271 (1273) erkannte eine gedankliche Einheit in den verschiedenen Entwicklungslinien der EUGH-Judikatur; zu Recht a.A. *M. Lang*, Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht 2015, 119 (144); *Panayi*, European Union Corporate Tax Law (2013), 333; *Wilke*, UR 2011, 925 (926).

124 Zur Notwendigkeit andere Steuerraten im Rahmen der von der ATAD angeordneten Rechtsfolgen einzubeziehen s. oben II.3.

125 S. dazu bereits oben II.3.

126 ATAD (FN 1), Erwägungsgrund 7.

Sachverhalte begrenzen wollte. In Erwägungsgrund 11 heißt es hierzu:

„Innerhalb der Union sollten die allgemeinen Vorschriften zur Verhinderung von Missbrauch auf unangemessene Gestaltungen angewendet werden; … Zudem ist es wichtig, dass die allgemeinen Vorschriften zur Verhinderung von Missbrauch im Inland, innerhalb der Union und gegenüber Drittländern einheitlich angewendet werden, damit sich ihr Anwendungsbereich und die Ergebnisse ihrer Anwendung in *inländischen* [Hervorhebung nur hier] und grenzüberschreitenden Situationen nicht unterscheiden. …"

Indes stellt sich die Frage, inwieweit die Harmonisierung der Missbrauchsvermeidung im rein innerstaatlichen Sachverhalt von der Kompetenz gem. Art. 115 AEUV gedeckt ist[127]. Versteht man Diskriminierungsverbote als Harmonisierungsgebote[128] dann ließe sich begründen, dass der Richtliniengeber Diskriminierungen des Auslandsachverhalts durch eine weniger restriktive Missbrauchskontrolle für reine Inlandsfälle verhindern darf. Nicht jedoch kann den Mitgliedstaaten verwehrt werden, für reine Inlandsfälle eine strengere Missbrauchskontrolle zur Anwendung zu bringen. Eine derartige Inländerdiskriminierung[129] könnte allenfalls aus dem Blickwinkel des Beihilferechts ein Problem darstellen, weil auf diese Weise ausländischen Investoren ein Vorteil geboten würde. Die ATAD selbst verbietet einen solchen strengeren Maßstab für Inlandsfälle schon deshalb nicht, weil sie infolge des Mindestschutzkonzepts nach oben hin ohnehin keine begrenzende Wirkung entfaltet. Ebenso wenig lässt sich der Richtlinie entnehmen, dass strengere Maßnahmen zum Schutz des Steueraufkommens auch auf den Auslandsfall erstreckt werden müssen. Damit lässt sich festhalten, dass Art. 6 ATAD nur in seiner Funktion als Missbrauchsmindeststandard unterschiedslos in In- und Auslandssachverhalten zur Anwendung kommen muss.

Ähnliche Fragen wirft die nach den Erwägungsgründen geforderte Setzung einheitlicher Standards auch gegenüber Drittstaaten auf[130]. Eine laxere Handhabung der Missbrauchsbekämpfung gegenüber Drittstaaten fällt nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten[131]. Ein Meistbegünstigungsprinzip hat der EuGH bisher nicht anerkannt[132] Diskriminierungen werden nur im Verhältnis zwischen In- und Auslandssachverhalt begründet, nicht jedoch aus dem Vergleich zweier Auslandssachverhalte.

*cc) Verhältnis zu speziellen Missbrauchsvorschriften*

Unklar ist schließlich das Verhältnis zu den speziellen Missbrauchsvorschriften[133]. Nach den Erwägungsgründen soll Art. 6 ATAD den Mitgliedstaaten ermöglichen, gegen missbräuchliche Steuerpraktiken vorzugehen, „für die noch keine besonderen Vorschriften bestehen". Dies deckt sich mit der überwiegenden Auffassung zu § 42 AO zum Konkurrenzverhältnis zwischen allgemeiner und spezieller Missbrauchsvermeidung, wonach § 42 AO zurücktritt. Einem Verständnis von § 42 AO als allgemeiner Auffangtatbestand[134] dürfte zukünftig die richtlinienkonforme Auslegung entgegenstehen[135], wobei sich die Frage stellt, ob das Konzept des Mindeststandards nicht auch eine anderweitige Konkurrenzregel erlaubt, solange diese den Anwendungsbereich der allgemeinen Missbrauchsvorschrift erweitert. In diesem Fall würde die Berufung auf die gemeinschaftskonforme Auslegung nicht weiterhelfen. Der Streit müsste wie bisher nach allgemeinen Konkurrenzregeln entschieden werden[136].

In der Richtlinie nicht beantwortet ist zudem die Frage, wie in Fällen einer Umgehung der in der ATAD vorgesehenen spezialgesetzlichen Normen zu verfahren ist. Auch nach dem in Deutschland vorherrschendem Verständnis der Konkurrenz zwischen spezialgesetzlichen Missbrauchsregeln und § 42 AO, wonach ein genereller Rückgriff auf § 42 AO ausscheidet, wenn der Tatbestand der Spezialnorm nicht erfüllt ist[137], wird die Anwendung von § 42 AO *innerhalb* von Spezialnormen für möglich gehalten, um deren Umgehung zu verhindern[138]. Innerhalb spezieller Missbrauchstatbestände wird § 42 AO daher weiterhin Anwendung finden müssen, wie dies z.B. im Anwendungsschreiben § 4h EStG vorgesehen ist[139]. Man wird die in den Erwägungsgründen enthaltene Aussage zum Verhältnis zu spezialgesetzlichen Tatbeständen nicht so verstehen dürfen, dass den Mitgliedstaaten hier die Arme gebunden sind, bis die Lücke der besonderen Vorschrift durch eine spezialgesetzliche Maßnahme des nationalen Gesetzgebers geschlossen ist. Er könnte dies jederzeit tun; des europäischen Gesetzgebers bedarf er hierfür nicht, schließlich erlaubt das Konzept des Mindeststandards den Mitgliedstaaten die Normierung schärferer Vorschriften. Wenn aber die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden

127 *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2; ausf. hierzu *de Graaf/Visser*, EC Tax Review 2016, 199 (203 ff.).

128 *Vogel*, StuW 1993, 380 (383).

129 Zur europarechtlichen Unbedenklichkeit von Inländerdiskriminierungen *Reimer*, in: Schaumburg/Englisch (FN 10), Rz. 7.161.

130 *Rautenstrauch*/Suttner, BB 2016, 2391 (2396).

131 Zur horizontalen Vergleichspaarbildung: *Bahns/Brinkmann/Gläser/Sedlaczek*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Vor Art. 110-113 AEUV Rz. 27; *Cordewener/Reimer*, ET 2006, 291 (303).

132 Zum DBA-Recht EuGH v. 5.7.2005 – Rs. C-376/03, *D*, EuGHE 2005, I-05821, Rz. 52; zustimmend *Oellerich*, in: Schaumburg/Englisch (FN 10), Rz. 8.163; im Rahmen von Art. 110 AEUV im Vergleich zweier Mitgliedstaaten zueinander EuGH v. 13.3.1979 – Rs. 86/78, *Peureux*, Slg. 1979, 897, Rz. 32 f.; kritisch *Englisch*, in: Schaumburg/Englisch (FN 10), Rz. 6.21 f.

133 *Rautenstrauch/Suttner*, BB 2016, 2391 (2396).

134 BT-Drs. 16/7036, 24.

135 *Oppel*, IStR 2016, 797 (802); *Haug*, DStZ 2016, 446 (453).

136 BFH v. 18.12.2013 – I R 25/12, BFH/NV, 904 (905 f.).

137 BFH v. 20.3.2002 – I R 63/99, BStBl. II 2003, 50 (53); v. 18.12.2013 – I R 25/12, BFH/NV 2013, 904 (905 f.); v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, DStR 2017, 1024 (1028), woran auch die Neufassung von 2008 nichts geändert hat s. *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 42 AO Rz. 13a (2016) mit zahlreichen Nachweisen.

138 *Englisch*, in: Tipke/Lang (FN 27), § 5 Rz. 124; *Hey*, DStJG 33 (2010), 139 (146) m.w.N.

139 Z.B. BMF v. 4.7.2008 – IV C 7-S 2742-a/07/10001, BStBl. I 2008, 738, Tz. 24.

könnten, gibt es keinen Grund, ihnen die Missbrauchsvermeidung innerhalb der Spezialvorschrift durch Anwendung von § 42 AO zu verwehren, was zur Vermeidung von Umgehungsgestaltungen im Einzelfall das flexiblere Mittel gegenüber einer allgemeingültigen Typisierung im Gesetz sein kann.

*c) Auswirkungen auf § 42 AO*

Ausgehend von den vorstehenden Erwägungen besteht keine Notwendigkeit einer Änderung des Gesetzeswortlauts von § 42 AO. Beide weisen konzeptionell[140] sowie in den einzelnen tatbestandlichen Voraussetzungen deutliche Parallelen auf.

Unabhängig von der Relevanz dieses Streits für das praktische Ergebnis[141], scheint auch Art. 6 ATAD ein außentheoretisches Verständnis der Steuerumgehung zugrunde zu liegen.

Wie im Text des § 42 AO ist der objektive Tatbestand des Missbrauchs auch in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ATAD durch die Unangemessenheit der Gestaltung gekennzeichnet. Anders als § 42 AO benennt Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 ATAD ausdrücklich auch die unangemessene *Abfolge* von Gestaltungen. Dies dürfte jedoch im Wesentlichen der Gesamtplanrechtsprechung des BFH entsprechen, soweit sie in § 42 AO zu verorten ist[142]. Einer Aufnahme in den Gesetzestext von § 42 AO bedarf es nicht.

Nicht ganz so eindeutig ist, ob § 42 AO der ATAD auch in Bezug auf Relevanz und Gewichtung außersteuerlicher Gründe entspricht[143].

Anders als Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ATAD gewichtet § 42 Abs. 2 Satz 1 AO die Bedeutung der Erlangung des Steuervorteils nicht. Es reicht aus, dass eine Gestaltung gewählt wird, die zu einem Steuervorteil führt. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ATAD fordert dagegen für die Annahme einer unangemessenen Gestaltung, dass „*der wesentliche* Zweck oder *einer der wesentlichen* Zwecke"[144] darin besteht, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen.

Eine Angleichung findet auf der Ebene der Missbrauchsabsicht bzw. der Exulpation statt. Diese entfällt in beiden Tatbeständen, wenn der Steuerpflichtige außersteuerliche (wirtschaftliche) Gründe aufweist. Art. 6 Abs. 2 ATAD fingiert („gilt") die Unangemessenheit, wenn die Gestaltung *nicht* aus „triftigen wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wurde, die die wirtschaftliche Realität widerspiegeln". § 42 Abs. 2 Satz 2 AO lässt den Missbrauch entfallen bei Nachweis „außersteuerlicher Gründe …, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind". „Triftige wirtschaftliche Gründe"[145] wird man mit „nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtliche" außersteuerliche Gründe gleichsetzen können, was, nebenbei bemerkt, die Frage aufwirft, warum der Sprachendienst sich in solchen Fällen nicht am nationalen Recht orientiert, sondern den abweichenden Begriff „triftig"[146] wählt[147].

Mögliche Unterschiede könnten hinsichtlich der Beweislast[148] bestehen. In beiden Fällen trifft die Finanzverwaltung die Beweislast für das Vorliegen einer unangemessenen Gestaltung. Der Steuerpflichtige kann den Missbrauchsvorwurf entkräften, wenn er triftige (beachtliche) wirtschaftliche (außersteuerliche) Gründe nachweist. Ein Unterschied besteht aber, wann die Nachweispflicht des Steuerpflichtigen beginnt. Art. 6 Abs. 1 ATAD scheint von der Finanzverwaltung eine Gewichtung bzgl. der Bedeutung der steuerlichen Zwecksetzung des Steuervorteils zu verlangen (Steuervorteil als „wesentlicher oder als einer der wesentlichen Zwecke" der Gestaltung[149]. Allerdings verknüpft Art. 6 Abs. 2 ATAD die Annahme der Unangemessenheit der Gestaltung mit dem fehlenden Nachweis triftiger außersteuerlicher Gründe durch den Steuerpflichtigen, so dass man wohl davon ausgehen muss, dass eine relevante („wesentliche") steuerliche Zwecksetzung stets zu vermuten ist, wenn die Exkulpation nicht gelingt.

## 4. Verschiebung der Missbrauchskontrolle vom BFH zum EuGH: Vorlagepflicht und Entscheidungsumfang

Obwohl davon auszugehen ist, dass § 42 AO den Regelungsgehalt von Art. 6 ATAD bereits vollumfasst, möglicherweise sogar strenger ist, so dass die Umsetzung der ATAD in diesem Punkt keine Anpassung des Gesetzes erfordert[150], ändern sich die Rahmenbedingungen der Anwendung von § 42 AO grundlegend.

Denn der Textvergleich hilft nicht wirklich weiter, weil § 42 AO erst durch die an Einzelfällen entwickelte

140 *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2 (9) identifizieren unterschiedliche dogmatische Grundlagen: *sham*, *substance-over-form* und *fraus legis*.

141 Zu diesem Streit und seiner Bedeutung *Drüen*, in: Tipke/Kruse (FN 20), § 42 AO Rz. 8, 8a.

142 *Kempelmann*, Der Gesamtplan im Steuerrecht, Diss. 2016, S. 184–186.

143 Nicht weiter konkretisierte Zweifel diesbzgl. auch *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2 (11).

144 Unklar, ob die Zwecksetzung objektiv oder subjektiv zu bestimmen ist, s. *Haug*, DStZ 2016, 446 (453).

145 In der englischen Fassung: „*valid commercial reasons*", französisch „*motifs commerciaux valables*", spanisch: „*razones comerciales válidas*".

146 Ansonsten wird der Begriff des „triftigen Grundes" nur in § 6 Abs. 3 UmwStG; zudem in der bis 31.12.1994 gültigen Fassung des § 25 Abs. 2 UmwStG und der bis 13.12.2006 gültigen Fassung des § 26 Abs. 1 UmwStG verwendet.

147 Zur Rolle des Sprachendienstes im europäischen Rechtssetzungsprozess sehr instruktiv *Zedler*, Mehrsprachigkeit und Methode, Diss. 2015, S. 360–389.

148 So auch für § 42 AO *Wendt*, DStJG 33 (2010), 117 (132); a.A. für § 42 AO *Drüen*, in: Tipke/Kruse (FN 138), Vor § 42 AO Rz. 29: „sphärenorientierte Nachweispflicht".

149 „*Main purpose*" in bewusster Abkehr vom „*essential purpose test*", vgl. *Rigaut*, European Taxation 2016, 497 (502), damit im Unterschied zum *principle purpose test* des internationalen Steuerrechts. *Koriak*, European Taxation 2016, 552 ff. arbeitet Abweichungen zwischen dem OECD-Vorschlag eines *principle purpose test* und Art. 6 ATAD heraus, die seiner Ansicht nach einer Anpassung an die primärrechtlichen Grenzen der Missbrauchsbekämpfung geschuldet sind. Allerdings verbleiben gewichtige Unterschiede zwischen Art. 6 ATAD und dem Erfordernis des „*wholly artificial arrangement*" aus der EuGH-Rechtsprechung.

150 So auch *Rautenstrauch/Suttner*, BB 2016, 2391 (2396); *Drüen*, in: Tipke/Kruse (FN 138), Vor § 42 AO Rz. 39; *Gutmann* et al., European Taxation 2017, 2 (11).

Rechtsprechung konkretisiert und mit Leben gefüllt wird. Und diese Konkretisierung liegt zukünftig zwingend beim EuGH. Folge einer europäischen Harmonisierung ist, auch wenn der nationale Gesetzeswortlaut unverändert bleibt, die Kompetenzverschiebung von den nationalen Gerichten zum EuGH, wenn Auslegungsfragen die europarechtlichen Vorgaben betreffen.

Die strikte Beachtung der Vorlagepflicht ist im Fall von Art. 6 ATAD essentiell für den Harmonisierungserfolg. Nur so wird es zur Entwicklung eines eigenständigen und einheitlichen europäischen Missbrauchsbegriffs kommen[151]. Erst die gesamteuropäisch einheitliche Auslegung verhindert, dass sich einzelnen Mitgliedstaaten durch eine weniger rigide Missbrauchsbekämpfung Standortvorteile im Steuerwettbewerb verschaffen.

Allerdings steht auch hier das Mindestschutzkonzept im Weg. Denn eine Vorlage*pflicht* besteht nur dann, wenn der BFH Zweifel hat, ob eine für den Steuerpflichtigen günstige Auslegung mit Art. 6 ATAD vereinbar ist, d.h. wenn er § 42 AO verneinen will. Einer Bejahung von § 42 AO steht Art. 6 ATAD nicht entgegen. Es wird sich zeigen, ob sich trotz dieser Asymmetrie der Zuständigkeit eine schlüssige europäische Missbrauchsdogmatik wird entwickeln lassen. Vorlagen mitgliedstaatlicher Gerichte, die sich nicht auf das Mindeststandardkonzept zurückziehen und den EuGH auch dann anrufen, wenn es um die Bejahung von § 42 AO geht, würde der EuGH im Zweifel nicht zurückweisen, da er die Beurteilung des Vorlagebedürfnisses durch die nationalen Gerichte – mit der äußersten Grenze des Missbrauchs des Vorabentscheidungsverfahrens – grundsätzlich respektiert. Der europarechtliche Maßstab kann sich dann zum einen aus Art. 6 der ATAD ergeben, zum anderen aus den Grundfreiheiten, falls es um die Anwendung unterschiedlicher Maßstäbe in grenzüberschreitenden und rein innerstaatlichen Sachverhalten geht, wobei die Harmonisierung durch Art. 6 ATAD ja gerade nicht auf grenzüberschreitende Fälle begrenzt ist.

Zweifel an der Vereinheitlichungswirkung der zukünftigen EuGH-Rechtsprechung sind aber, selbst wenn sich die nationalen Gerichte durch rege[152] Vorlagepraxis um einen aussagekräftigen Kanon europäischer Missbrauchsrechtsprechung bemühen, auch deshalb angebracht, weil der EuGH auf die Beantwortung der Rechtsfragen beschränkt ist, die sich bei Auslegung von Art. 6 ATAD stellen, und damit zur Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls im Zweifel stets an die vorlegenden Gerichte zurückverweisen wird[153]. Dabei ist der EuGH in zweierlei Hinsicht limitiert, zum einen hinsichtlich der Sachverhaltsfragen der Wesentlichkeit steuerlicher Zwecke bzw. dem Vorliegen beachtlicher außersteuerlicher Gründe, zum anderen hinsichtlich der Rechtsfrage der Unangemessenheit. Diese ist anhand des Normzwecks, der Teleologie der – nicht harmonisierten – umgangenen Norm des jeweiligen mitgliedstaatlichen Körperschaftsteuerrechts zu ermitteln. Anders als im Bereich des Mehrwertsteuerrechts, wo diese Teleologie durch den EuGH, *und nur* durch den EuGH[154] aus dem harmonisierten Recht abzuleiten ist[155], fällt die Anwendung des nicht harmonisierten nationalen Rechts nicht in die Kompetenz des EuGH. Diese kompetenzielle Schieflage würde sich erst dann auflösen, wenn die Mitgliedstaaten den Vorschlag einer Gemeinsamen Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage annehmen. Die – Art. 6 ATAD exakt entsprechende – allgemeine Missbrauchsvorschrift des Art. 58 GKKB-RL[156] macht deutlich mehr Sinn.

### 5. Möglichkeit des Rückgriffs auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Missbrauchsbekämpfung?

In jedem Fall wird sich die richterliche Konkretisierung von Art. 6 ATAD erst allmählich einstellen, wenn der EuGH über eine hinreichend große Anzahl unterschiedlicher Fallgestaltungen entschieden hat.

Wenig erfolgversprechend ist zur Konkretisierung des Inhalts von Art. 6 ATAD der Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Missbrauchsbekämpfung. Diese lässt sich in zwei große Gruppen einteilen[157]. Auf der einen Seite steht die Rechtsprechungslinie, in der der Gerichtshof auf grenzüberschreitende Situationen beschränkte spezielle Missbrauchsvorschriften der Mitgliedstaaten auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten überprüft[158]. Hier geht es in erste Linie um Fragen sachgerechter, grundfreiheitenkonformer Typisierung, also genau um jenen Bereich, in dem die nationalen Gesetzgeber nicht auf die Auffangfunktion ihrer allgemeinen Missbrauchsabwehr vertrauen. Die andere Rechtsprechungslinie betrifft die Verhinderung von Steuerumgehung im Bereich des harmonisierten Rechts. Hier sind zum einen die Entscheidungen zur Auslegung *spezieller* Missbrauchstatbestände innerhalb bestehender Richtlinien einzuordnen[159], zum anderen – relevanter für das Verständnis von Art. 6

151 Hierzu *Fischer*, in: HHSp (FN 20), § 42 AO Rz. 151 ff.; *ders.* in FS Reiß, 2008, S. 621 (622 ff.) mit einem nachdrücklichen Plädoyer für die Entwicklung eines gemeineuropäischen Missbrauchsbegriffs unter Wahrung der nationalstaatlichen Traditionen.

152 Grundlegend zu der Frage, wann ein Vorabentscheidungsersuchen ein den EuGH gerichtet werden muss EuGH v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, *CILFIT*, Slg. 1982, 3415, Rz. 16. Das Problem einer möglichen Überforderung des EuGH lässt sich nicht durch die Beschränkung auf Vorlagen nur in wesentlichen Fällen begrenzen (in diese Richtung *Müller-Eiselt*, ZfZ 1997, 414 ff.; *Rüsken*, ZfZ 2011, 86 ff.), weil der EuGH eben – anders als das BVerfG – auch und zunehmend Fachgericht ist.

153 Zu dieser Kompetenzverteilung zwischen EuGH und nationalen Gerichten s. z.B. EuGH v. 21.2.2006 – Rs. C-255/02, *Halifax*, Slg. 2006, I-1609, Rz. 81; v. 16.7.2015 – Rs. C-108/14 und C-109/14, *Larentia + Minerva*, DStR 2015, 1673, Rz. 43.

154 *Wilke*, UR 2011, 925 (930 f.).

155 EuGH v. 21.2.2006 – Rs. C-255/02, *Halifax*, Slg. 2006, I-1609, Rz. 74.

156 GKKB-Vorschlag (FN 36).

157 Zur Funktion der bisherigen Missbrauchsrechtsprechung des EuGH als Auflösung des Konkurrenzkonflikts zwischen europarechtlicher Freizügigkeitsgarantie und nationalen Fiskalinteressen s. auch *Schön*, DStJG 33 (2010), S. 29 (58).

158 Hierzu ausf. *Englisch*, StuW 2009, 3 (15–19).

159 Zur Fusionsrichtlinie EuGH v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95, *Leur-Bloem*; Slg. 1997, I-4161 Rz. 38/39; v. 5.7.2007 – Rs. C-321/05, *Kofoed*, Slg. 2007, I-5795 Rz. 37; v. 20.5.2010

ATAD – die Rechtsprechung zur Missbrauchsvermeidung im harmonisierten Mehrwertsteuerrecht. Hier hat der EuGH den Topos der Missbrauchsvermeidung aus dem Richtlinienrecht selbst im Sinne eines – ungeschriebenen – allgemeinen Missbrauchsgedankens verallgemeinert[160], der das gesamte harmonisierte Mehrwertsteuerrecht über die ausdrücklichen Missbrauchsvorbehalte (Art. 131, 158 Abs. 2, 395 Abs. 1 MwStSystRL) hinaus durchzieht. § 42 AO muss im Umsatzsteuerrecht in diesem Lichte zur Anwendung gebracht werden[161]. Damit exisitiert für den Teilbereich des harmonisierten Umsatzsteuerrechts ein im Wesentlichen bereits Art. 6 ATAD entsprechender Rechtszustand. Der entscheidende Unterschied zu Art. 6 ATAD ist jedoch, dass sich die Angemessenheit oder Unangemessenheit dort aus dem harmonisierten Mehrwertsteuerrechtrecht ergibt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber definiert die Angemessenheit durch die Zwecksetzungen des Mehrwertsteuerrechts[162]; dies ist der Maßstab, anhand dessen der EuGH die Missbräuchlichkeit einer Gestaltung feststellen kann. Für Zwecke der Konkretisierung von Art. 6 ATAD bedarf es dagegen des Rückgriffs auf die Zwecksetzungen des nicht harmonisierten Körperschaftsteuerrechts der Mitgliedstaaten, obwohl der EuGH diesbzgl. keine Rechtsprechungskompetenz besitzt.

## VII. Fazit

Mit der ATAD setzt die EU ein Zeichen. Hier meint es eine Gruppe von Staaten (besonders) ernst mit der Bekämpfung aggressiver Steuerplanung und schwingt sich zum Vorreiter in Sachen BEPS auf, lange bevor die zahllosen Empfehlungen der OECD in der Fläche Verbindlichkeit erlangen und weit über diese hinaus[163]. Die ATAD greift einerseits punktuell, andererseits tief in die nationalen Steuerrechtsordnungen ein.

Die speziellen Tatbestände der ATAD setzen verbindliche Mindeststandards und begrenzen insofern den Steuerwettbewerb, indem sie die Mitgliedstaaten in bestimmten Teilbereichen zu Abwehrmaßnahmen zwingen[164]. Gleichzeitig reduziert sich aus Sicht der Mitgliedstaaten das Risiko, dass derartige Missbrauchsvorschriften durch den EuGH als mit den Grundfreiheiten inkompatibel erklärt werden, auch wenn die Primärrechtskontrolle möglich bleibt. Das bedeutet freilich auch, dass die ATAD Rechtsprechungslinien des EuGH zementiert, die möglicherweise noch gar nicht zu einem Ende gekommen sind.

Dabei führt das Mindestschutzkonzept des Art. 3 ATAD nicht nur bzgl. des den Mitgliedstaaten verbleibenden gesetzgeberischen Spielraums, sondern auch bei der Abgrenzung der Rechtsprechungskompetenz zwischen nationalen Gerichten und EuGH zu vielfältigen Zweifelsfragen.

Wenig durchdacht ist die Vorgabe eines gemeineuropäischen allgemeinen Missbrauchstatbestandes. Man kann die Aufnahme einer GAAR in die ATAD als Bekenntnis der Mitgliedstaaten zu umfassender Missbrauchsbekämpfung gutheißen. Indes sind Zweifel angebracht: Mit Statements mag man Politik machen können, Statement-Recht hingegen funktioniert nicht, erst recht nicht Harmonisierung per Statement, weil Recht auf Vollzug angelegt ist. Da Harmonisierung stets eine Neuordnung von Kompetenzen zur Folge hat, bedarf es einer klaren Abgrenzung der Zuständigkeiten. Im Bereich von Art. 6 ATAD kommt es jedoch zu einer kaum auflösbaren Verschränkung europäischen und nationalen Rechts, die der EuGH im Rahmen seiner Kompetenz nicht auflösen kann. Andererseits wird die Generalklausel, so sie sich überhaupt für eine Harmonisierung eignet, nur dann zu einer einheitlichen Rechtsentwicklung führen, wenn der EuGH konkretisierende Fallgruppen bildet. Damit dies überhaupt möglich ist, muss das in Art. 3 ATAD enthaltene Mindestschutzkonzept einschränkend ausgelegt werden, weil es dem EuGH andernfalls verwehrt wäre, einen homogenen Missbrauchsbegriff zu entwickeln.

---

– Rs. C-352/08, *Zwijnenburg*, Slg. 2010, I-4303, Rz. 43 ff. (Reichweite der Missbrauchsklausel); EuGH v. 10.11.2011 – Rs. C-126/10, *Foggia*, Slg. 2011, I-10923. Parallelen bestehen zwar zu Formulierung des Missbrauchsvorbehalts der Tochter-Richtlinie, dieser hat aber einen engeren Anwendungsbereich, vgl. *Rigaut*, European Taxation 2016, 497 (502 f.).

160 *Wilke*, UR 2011, 925 (927).

161 Zur europarechtlichen Überformung – nicht Verdrängung – von § 42 AO im Umsatzsteuerrecht *Drüen*, in Tipke/Kruse (FN 138), Vor § 42 AO Rz. 40a; ferner *Fischer*, in: HHSp (FN 20), § 42 AO Rz. 163 ff.

162 *Englisch*, StuW 2009, 3 (21 f.); vgl. etwa Generalanwalt Colomer, Schlussanträge v. 14.3.2006 – Rs. C-439/04, Axel Kittel, Rz. 53: „Es muss verhindert werden, dass rhetorisch auf die Gemeinschaftsnormen über die Mehrwertsteuer Bezug genommen wird, um einen Vorteil zu erlangen der *in Widerspruch zu ihren Bestimmungen* [Hervorhebung nur hier] steht."

163 *Cordewener*, EC Tax Review 2017, 60; Vergleich mit den Empfehlungen der OECD s. *Kahlenberg*, SWI 2016, 206 ff.

164 Nicht nachvollziehbar *Kahlenberg*, SWI 2016, 206 (215), der der der ATAD infolge des Mindeststandardkonzepts die Eignung zur Begrenzung des Steuerwettbewerbs abspricht.

# Luxemburg-Leaks

## Eine vergleichende Untersuchung zur Steuergestaltung mittels hybrider Finanzinstrumente

MARCEL MAX, Frankfurt (Oder)*

Inhaltsübersicht

I. Einführung
II. Finanzwirtschaftliche und steuerliche Grundlagen
1. Finanzwirtschaftlicher Hintergrund hybrider Finanzinstrumente
2. Die steuerlichen Effekte hybrider Finanzinstrumente
III. Die Besteuerung hybrider Finanzinstrumente
1. Deutschland
2. Irland
3. Luxemburg
IV. Vergleichende Untersuchung
1. Die Luxemburg-Leaks Datenbank
2. Stand der Literatur
3. Die Selektion der (finalen) Stichproben
a) Quantitative Reduktion – DELUX & IRLUX (QN)
b) Qualitative Reduktion 1. Stufe – DELUX & IRLUX (Q1)
c) Qualitative Reduktion 2. Stufe – DELUX & IRLUX (Q2)
d) Qualitative Reduktion 3. Stufe – DELUX & IRLUX (Q3)
e) Analytisches Fazit
4. Steuerrechtliche Bewertung der Ergebnisse
a) DELUX – Genussrecht
b) IRLUX – Profit Participating Instruments
c) IRLUX – Interest Free Loans
V. Fazit

*Der Beitrag untersucht die seit dem 5.11.2014 zugänglichen Tax Rulings der Datenbank Luxemburg-Leaks hinsichtlich der (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente für Steuerminimierungszwecke. Die Dokumente werden im Hinblick auf ihre Steuerwirkungen in Luxemburg sowie im jeweiligen Kontrahentenstaat untersucht. Dahingehend ergeben sich richtungsweisende Erkenntnisse hinsichtlich der Wirksamkeit bisher ergangener Abwehrvorschriften (insbesondere auf EU-Ebene) im Bereich der hybriden Finanzierung. Zusätzlich stützen die Analyseergebnisse die bisher nur rechtstheoretisch dargelegte These einer erhöhten (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente innerhalb einer rechtlich günstigen Länderkonstellation (Irland-Luxemburg) im Vergleich zu einer ungünstigeren Länderkonstellation (Deutschland-Luxemburg).*

*The article examines the Tax Rulings on the use of hybrid financial instruments for tax minimisation purposes, publicly released on 5 November 2014 as part of the "Luxembourg Leaks". The documented transactions are analysed in terms of the tax implications in Luxembourg and the other concerned countries. Initial findings bear implications for the effectiveness of prior anti-tax avoidance regulations (particularly at EU level) within the area of hybrid financing arrangements. Furthermore, the analysis supports the proposition, previously only stated in legal theory, that hybrid financial instruments are more commonly used where there is a legally favourable combination of countries (Luxembourg-Ireland) as opposed to more unfavourable combinations (Germany-Luxembourg).*

### I. Einführung

Einen erstmaligen öffentlichen Zugang zu womöglich steuervermeidenden Praktiken gewährt die Datenbank *Luxemburg-Leaks* (LuxLeaks) seit ihrer Veröffentlichung am 5.11.2014.[1] Darin enthalten sind 583 Dokumente mit zumeist verbindlichen Steuervorbescheiden (sog. *Tax Rulings*) der luxemburgischen Finanzverwaltung aus dem Zeitraum 2002–2010.[2] Eine wesentliche Feststellung nach erster Sichtung dieser Daten durch das *International Consortium of Investigative Journalists* (ICIJ) stellt die Steuervermeidung zahlreicher Unternehmen durch die vielfache Entstehung eines grenzüberschreitenden „mismatch" unter Verwendung hybrider Finanzinstrumente im konzerninternen Zusammenhang dar.[3] Die OECD/G20 sehen die Begründung für einen solchen „mismatch", woraus letztlich bestimmte Steuerminimierungseffekte entstehen können, explizit in einer divergierenden staatlichen Auffassung für die steuerrechtliche Einordnung von Vergütungen für Kapitalüberlassungen im grenzüberschreitenden Kontext.[4] Wegen der kontinuierlichen Weiterentwicklung von Mischformen der klassischen Eigen- und Fremdfinanzierung soll sich teilweise eine Abkehr von einst finanzwirtschaftlichen hin zu steuerplanerischen Motiven vollzogen haben.[5] Der daraus resultierende

* *M.Sc. Marcel Max* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insb. Finanzwirtschaft und Steuerlehre an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und Doktorand am Institut for Central and East European Taxation (I CEE Tax).

1 Die LuxLeaks-Dokumente des ICIJ sind öffentlich einsehbar unter: https://www.icij.org/project/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database (Abruf am 11.6.2017).

2 Die einstige Diskussion um die Verletzung des Steuergeheimnisses rückte zunehmend in den Hintergrund, da auch die Europäischen Kommission nur wenige Monate nach der LuxLeaks-Veröffentlichung die Dokumente in ihre Maßnahmen zur Bekämpfung aggressiver Steuerplanung (u.a. beim automatischen Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten) einbezog. Vgl. Europäische Kommission v. 18.3.2015, SWD(2015)60/F1, S. 16.

3 Vgl. *ICIJ*, 2015: *http://www.icij.org/luxleaks/key-findings* (Abruf am 11.6.2017).

4 Vgl. *OECD/G20*, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report, 2015, S. 18.

5 Vgl. *Bärsch*, Taxation of Hybrid Financial Instruments and

Steuerausfall konnte – insbesondere aufgrund der mangelnden Transparenz und Komplexität der Finanzierungsmodelle – bisher nicht ermittelt werden.[6]

Die wissenschaftliche Literatur auf Basis der LuxLeaks-Datenbank ist bisher überschaubar. Die empirisch ausgerichteten Beiträge von *Huesecken/Overesch*[7] bzw. *Hardeck/Wittenstein*[8] setzen sich vordergründig mit der Frage auseinander, ob ein Zusammenhang zwischen der Nutzung luxemburgischer *Tax Rulings* und einer Reduzierung der Konzernsteuerquoten besteht.[9] Eine detaillierte Würdigung der Dokumente, welche letztlich auch die Rolle von hybriden Finanzinstrumenten auswertet, erfolgt dabei nicht bzw. nur am Rande. Eine ganz andere Art des Erkenntnisgewinns bietet der deskriptiv ausgerichtete Beitrag von *Marian*[10], welcher u.a. die Nutzung hybrider Finanzinstrumente untersucht. Allerdings basieren die dabei herausgearbeiteten hybriden Gestaltungen fast ausschließlich auf der Darstellung des luxemburgischen Steuerrechts. Die letztendlich für die Steuerersparnis relevante steuerrechtliche Einordnung im (nicht-luxemburgischen) Kontrahentenstaat fehlt zumeist.

An diesem Punkt setzt der folgende, ebenfalls deskriptiv ausgerichtete Beitrag an und nimmt eine umfassende Inhaltsanalyse der LuxLeaks-Datenbank in Bezug auf die steuerliche (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente in ausgewählten EU-Staaten vor. Dabei werden die jeweiligen Steuerminimierungseffekte des jeweiligen Sachverhalts hinsichtlich ihrer steuerlichen Behandlung im (nicht-luxemburgischen) Kontrahentenstaat dargelegt. Zusätzlich wird der Untersuchungsgegenstand gegenüber den bisherigen wissenschaftlichen Auswertungen erweitert, indem die herausgearbeiteten hybriden Finanzinstrumente auf den Gesetzesstand 2016 übertragen werden. Dies ermöglicht die Überprüfung der Wirksamkeit jüngster Abwehrvorschriften auf EU- und nationalstaatlicher Ebene im Bereich der hybriden Finanzierung, woraus sich wiederum Erkenntnisse zu den derzeitigen und künftigen Reformbemühungen ergeben.

Um den Untersuchungsgegenstand für die LuxLeaks-Dokumente zu komplettieren wird zusätzlich die bisher lediglich auf rechtstheoretischen Grundlagen basierende These einer erhöhten steuerlichen (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente innerhalb einer rechtlich günstigen Länderkonstellation (Irland-Luxemburg) im Vergleich zu einer ungünstigeren Länderkonstellation (Deutschland-Luxemburg) überprüft. Grundsätzlich folgt dieser Ansatz der Vermutung, dass die Entstehung bestimmter Steuerminimierungseffekte begünstigt wird, umso stärker die involvierten Steuersysteme abweichende Abgrenzungskriterien für die Einordnung hybrider Finanzinstrumente anwenden.[11] Die wesentliche Determinante dafür stellt die Konzeption des jeweiligen Steuersystems und das bestehende Verhältnis zu zivil- und/oder handelsrechtlichen Vorgaben dar. Neben dieser Voraussetzung ist in dieser Analyse eine ausreichende Datenlage innerhalb der LuxLeaks-Datenbank zwingend. Diese, für den folgenden Beitrag notwendigen Bedingungen, sind im deutsch-luxemburgischen (DELUX) bzw. im irisch-luxemburgischen Kontext (IRLUX) gegeben. Aufgrund der engen Verwandtschaft beider Rechtssysteme und der vergleichbaren Konzeption der Maßgeblichkeit[12] im deutschen und luxemburgischen Steuerrecht gebietet der rechtliche Rahmen hybrider Finanzinstrumente im DELUX-Fall ein geringes (Aus-)Nutzungspotenzial (ungünstigere Länderkonstellation). Hingegen besteht die Vermutung, dass die Untersuchung von IRLUX-Fällen eine wesentlich stärkere Herbeiführung dieser Effekte begründet (günstige Länderkonstellation), da das irische Steuerrecht den zivilrechtlichen Vorgaben folgt (vergleichbar zum britischen System)[13] und damit die zentralen Abgrenzungskriterien im erheblichen Maße vom luxemburgischen Pendant abweichen.[14]

Im Ergebnis zeigt sich, dass bei der (günstigen) Länderkonstellation IRLUX tatsächlich deutlich mehr Steuerminimierungseffekte durch die Einbindung hybrider Finanzinstrumente festgestellt werden können. So sind diese letztlich in nur 1 % (bzw. für 1 *Tax Ruling*) der DELUX-Fälle, hingegen in 23 % (bzw. 14 *Tax Rulings*) der IRLUX-Fälle nachweisbar. Auch wenn sich diese Erkenntnisse nicht verallgemeinern lassen, wird die rechtstheoretische These mithilfe der LuxLeaks-Dokumente praxisorientiert bestätigt. Zusätzlich ergibt sich bei Projektion der Finanzinstrumente auf den Gesetzesstand 2016, dass die Steuerminimierungseffekte sowohl im DELUX- als auch im IRLUX-Kontext verhindert bzw. stark abgeschwächt werden.

Der Beitrag führt in *Abschnitt II* zunächst in die finanzwirtschaftlichen und steuerlichen Grundlagen ein. *Abschnitt III* widmet sich den steuerlichen Normen in Deutschland, Irland und Luxemburg. Dabei bilden die hervorgehobenen gesetzlichen Neuerungen die Grundlage für die spätere steuerrechtliche Projektion. *Abschnitt IV* bildet sodann die Analyse mit Beschreibung der Datenbank, der Vorgehensweise so-

---

the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context, 2012, S. 2, 17 ff.

6 Vgl. *OECD/G20*, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen Aktionspunkt 2: Arbeitsergebnis 2014, 2014, S. 19.

7 *Huesecken/Overesch*, Tax Avoidance through Advance Tax Rulings – Evidence from the LuxLeaks Firms, 2015 (abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2664631).

8 *Hardeck/Wittenstein*, Assessing the Benefits and Costs of Tax Haven Rulings – Evidence from the Luxembourg Leaks, 2016 (abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2709629).

9 Detailliertere Ausführungen hierzu befinden sich in Abschnitt IV.2.

10 *Marian*, HBLR Print 2017, Volume 7/1.

11 Anknüpfung an *Kahlenberg/Kopec*, World Tax Journal 2016, 62 ff., bzw. *Kahlenberg/Kopec*, Abweichendes Rechtsverständnis von steuerlichem Eigenkapital innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten als Ursache aggressiver Steuergestaltungen mithilfe hybrider Finanzinstrumente und politischer Reaktionismus auf OECD- und EU-Ebene, Diskussionspapier EUV Nr. 364, 2015, S. 32.

12 Vgl. *Kellersmann/Treisch*, Europäische Unternehmensbesteuerung, 2002, S. 267 f.

13 Vgl. *EY*, The historical development and international context of the Irish corporate tax system, 2014, S. 4.

14 Diese Unterscheidung der Länderkonstellationen wird zusätzlich dadurch gestützt, dass Irland, im Gegensatz zu Deutschland, bereits verstärkt im Rahmen der Steueroptimierung multinationaler Konzerne aufgefallen ist. Exemplarisch *Pinkernell*, IStR 2013, 180.

wie einer Auswertung der Ergebnisse. Darauf aufbauend werden die herausgearbeiteten Instrumente gesondert zum jeweiligen Rechtsstand des *Tax Rulings* gewürdigt und zusätzlich auf die gegenwärtige Rechtslage projiziert *(Abschnitt IV/4)*. Abschließend erfolgt ein Fazit *(Abschnitt V)*.

## II. Finanzwirtschaftliche und steuerliche Grundlagen

### 1. Finanzwirtschaftlicher Hintergrund hybrider Finanzinstrumente

Der optimale Zugang zum Kapitalmarkt unter Berücksichtigung minimaler Kapitalkosten stellt einen elementaren Baustein unternehmerischer Praxis dar. Traditionell wird für die Deckung dieses notwendigen Kapitalbedarfs zwischen zwei externen Kapitalausstattungsarten unterschieden.[15] Zum einen ist dies die Eigenkapitalfinanzierung durch Gesellschaftereinlagen, zum anderen die Fremdkapitalfinanzierung durch Banken- oder Investorenkredite.[16] Losgelöst von den klassischen Ansätzen haben sich zunehmend Mischprodukte in der internationalen Finanzierungspraxis etabliert.[17] Diese Finanzinstrumente werden unter dem Begriff der hybriden Finanzierung (bzw. Mezzanine-Finanzierung) zusammengefasst. Wenngleich die Merkmale hybrider Finanzierungen nicht abschließend bestimmt sind, besteht in der Fachliteratur dahingehend Einigkeit, dass es sich um eine unbestimmte Bandbreite handelt, die sich innerhalb der Grenzen eines klassischen Eigen- bzw. Fremdkapitalinstrumentes bewegt.[18]

Der Ursprung des Erfolgs dieser Finanzprodukte resultiert aus der gestiegenen Bedeutung von Eigenkapitalinstrumenten auf den Finanzmärkten der USA und den kapitalistisch geprägten Volkswirtschaften Europas.[19] Dieses Resultat ergab sich aus dem wachsenden Kapitalbedarf von Unternehmen und deren wirtschaftlichen Bestreben, über die nationalstaatlichen Grenzen hinaus zu agieren.[20] In diesem Zusammenhang wurden insbesondere Portfolioinvestitionen, d.h. Eigenkapitalinstrumente mit diversifiziertem Risiko, nachgefragt. Seit den 1980er Jahren etablierten sich diese Produkte vor allem auf den entwickelten Risikokapitalmärkten der USA und Großbritanniens.[21] Entscheidenden Einfluss auf diesen Erfolg, welcher später auch in Kontinentaleuropa Einzug hielt, nahmen die veränderte Haltung der Ratingagenturen gegenüber Hybridkapital und die Empfehlungen des Basler Ausschusses für ein krisenresistentes und solvenzgesichertes Finanzwesen.[22] Letzteres führte zu einem veränderten Risikobewusstsein im Finanzsektor, woraus sich eine Verschärfung der Eigenmittelanforderungen von Kreditinstituten ergab.[23] Da diese aufgrund der gestiegenen Bedeutung von Eigenkapitalinstrumenten gleichzeitig nicht auf bestimmte (vorteilhafte) Fremdkapitalcharakteristika verzichten wollten, erfuhren hybride Finanzprodukte eine wesentliche Weiterentwicklung.[24] Im Ergebnis stieg das Volumen hybrider Finanzinstrumente stetig an und übertrug sich letztlich auf den Bereich der (konzerninternen) Unternehmensfinanzierung.[25] Dabei rückten neben den primär-finanzwirtschaftlichen Beweggründen zunehmend steuerliche Aspekte in den Fokus.[26]

### 2. Die steuerlichen Effekte hybrider Finanzinstrumente

Um die LuxLeaks-Daten auf bestimmte Modelle aggressiver Steuerplanung untersuchen zu können, ist es notwendig, die zugrunde liegenden Mechanismen einer Minder- oder doppelten Nichtbesteuerung zu erläutern. Dahingehend ist im Bereich der hybriden Finanzierung, der D/NI-Effekt[27] hervorzuheben.[28] Die klassische Entstehungsform basiert auf der nationalstaatlichen Anwendung inkongruenter Klassifizierungskriterien für Eigen- bzw. Fremdkapital in Bezug auf ein grenzüberschreitendes Finanzinstrument. Dies wird mittels *Abbildung 1* verdeutlicht.

Im Sachverhalt gibt B Co. ein konzerninternes hybrides Finanzinstrument an A Co. aus. Bei beiden handelt es sich um unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften in ihren jeweiligen Staaten (Land A und Land B). Als Gegenleistung für die Kapitalüberlassung zahlt B Co. eine Vergütung an A Co. Nach Würdigung nationaler Vorschriften erfolgt eine steuerliche Abzugsfähigkeit der Vergütung von der Bemessungsgrundlage des Zahlungsleistenden (B Co.), da diese in Land B dem steuerlichen Fremdkapital zugeordnet wird. Hingegen erfolgt beim Empfänger (A Co.) aufgrund der Eigenkapitalzuordnung und der entsprechenden Freistellung von der Bemessungs-

15 Vgl. *Watson/Head*, Corporate Finance – Principles and Practice, 2010, S. 32.
16 Vgl. *Bärsch* (FN 5) S. 9 f.
17 Vgl. *Plankensteiner*, Markt für Mezzanine-Kapital in Deutschland vor großem Sprung, 2004, S. 4 ff.
18 Stellvertretend stehen *Bärsch/Spengel*, Ubg 2013, 377.
19 Vgl. *Bärsch* (FN 5) S. 13 ff.
20 Als alternative Kapitalausstattungsmethode repräsentierte die hybride Finanzierung zweifelsfrei kein Novum. So wurden bspw. schon im Jahre 1836 US-amerikanische Wandelanleihen, also hybride Instrumente mit Eigen- und Fremdkapitaleigenschaften, zur finanziellen Rettung der Eisenbahnindustrie emittiert. Vgl. *Kämpke*, Die Wandelschuldverschreibung als Mittel zur Finanzierung der Unternehmung, S. 17 ff. Auch auf den europäischen Finanzmärkten war die hybride Finanzierung bereits bekannt. So wird bspw. im deutschen Handelsrecht die Begründung einer stillen Gesellschaft seit dem Jahre 1897 geregelt (§ 335 ff. HGB v. 10.5.1897, RGBl. 1897, Nr. 23).
21 Vgl. *Plankensteiner* (FN 17) S. 5; aber auch: *Schink*, Mezzanine zur Verbesserung der Gläubigerkoordination – Eine theoretische und experimentelle Untersuchung, 2011, S. 31.
22 Vgl. *Kaczmarczyk/Piaskowski*, Hybridkapital. Eine Marktübersicht, Discussion Paper No. 08-003, 2008, S. 16 ff.
23 Speziell innerhalb der EU mittels Neufassung der EU-Bankenrichtlinie (2006/48/EG) und der Kapitaladäquanzrichtlinie (2006/49/EG).
24 Vgl. *Köffer*, Basel III – Implications for banks' capital structure: What happens with hybrid capital instruments, 2013, S. 12.
25 Vgl. *Kaczmarczyk/Piaskowski* (FN 22) S. 17 f.; aber auch: *Schink* (FN 21) S. 32.
26 Vgl. *Kaltenberg*, IStR 2012, 837.
27 Steht für *„Deduction/No Inclusion"*.
28 Die Verhinderung des D/NI-Effekts wurde durch die BEPS-Initiative der OECD im Rahmen des Aktionspunktes 2 als ein wesentliches Regelungsziel deklariert. Vgl. *OECD/G20* (FN 4) S. 17.

grundlage in Land A keine Besteuerung. In Ermangelung geeigneter Vorschriften zur Herstellung einer korrespondierenden Besteuerung entsteht im Ergebnis eine Inkongruenz, welche eine doppelte Nicht-Besteuerung bzw. eine Erosion der steuerlichen Bemessungsgrundlage herbeiführt.[29]

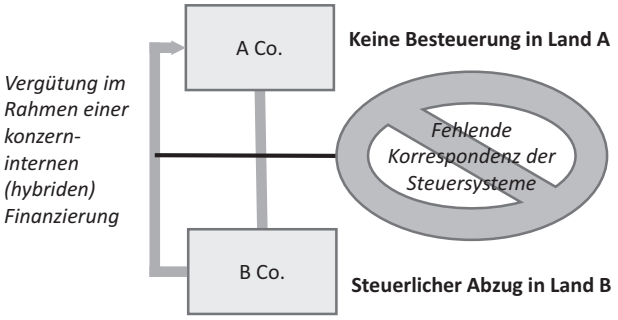


**Abbildung 1:** Der klassische D/NI-Effekt

*Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an OECD/G20 (FN 4) S. 175.*

Unabhängig vom klassischen Entstehungszusammenhang sollen für die spätere Untersuchung der Lux-Leaks-Datenbank auch Gestaltungen berücksichtigt werden, die nicht auf den divergierenden Auffassungen für Eigen- und Fremdkapital basieren, jedoch vergleichbare Auswirkungen herbeiführen. Ein solch alternativer Ansatz, welcher in *Abbildung 2* dargestellt ist, wird etwa durch die Nutzung eines zinslosen Darlehens ermöglicht.

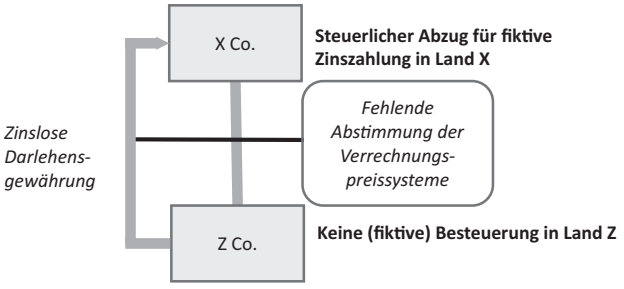


**Abbildung 2:** Der gesonderte D/NI-Effekt

*Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an OECD/G20 (FN 4) S. 217.*

In diesem Sachverhalt gewährt nun Z Co. ein Darlehen ohne Verzinsung an X Co. Auch hier handelt es sich um zwei unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften. Aufgrund der fehlenden Vergütung für die Kapitalüberlassung von Z Co. an X Co. ergeben sich vorerst keine steuerlichen Konsequenzen. Allerdings ändert sich diese Einschätzung unter der Berücksichtigung von Verrechnungspreisaspekten und dem damit verbundenen Fremdvergleichsgrundsatz. Letzteres Prinzip würde wohl im Zuge der Fremdkapitalzuordnung des zinslosen Darlehens nicht verwirklicht, weshalb in einem Staat mit funktionierenden Verrechnungspreisregeln eine Anpassung der steuerlichen Bemessungsgrundlage vorzunehmen wäre. Diesbezüglich gilt im obigen Sachverhalt die Annahme, dass Land X über Korrekturregelungen verfügt, Land Z hingegen nicht. Zusätzlich soll keine Abstimmung hinsichtlich der Divergenz der beiden Steuersysteme erfolgen. Im Ergebnis resultiert ein fiktiver Zinsabzug[30] beim Darlehensnehmer (X Co.), wobei eine entsprechende Berücksichtigung beim Darlehensgeber (Z Co.) als fiktive Einnahme unterbleibt.[31]

Ein Sonderfall, welcher allerdings keine Minder- oder doppelte Nichtbesteuerung auslöst, ist der ND/I-Effekt.[32] Diese Besteuerungsinkongruenz, welche in der Literatur nur eine rudimentäre Würdigung erfährt,[33] zeigt auf, dass durch die Implementierung hybrider Finanzinstrumente auch eine effektive Doppelbesteuerung entstehen kann. Zur Darstellung wird in *Abbildung 3* der Ausgangssachverhalt aus *Abbildung 1* insoweit modifiziert, dass die beiden Staaten eine umgekehrte Einordnung des Vergütungsstroms vornehmen.

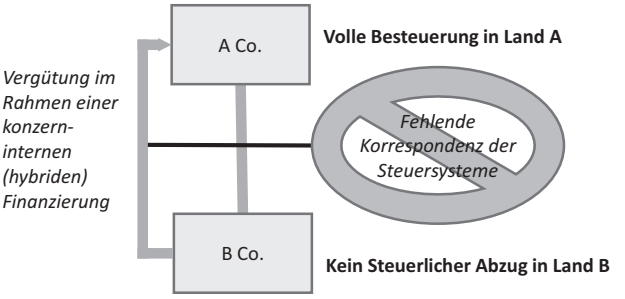


**Abbildung 3:** Der ND/I-Effekt

*Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an OECD/G20 (FN 4) S. 175.*

In dieser Darstellung ist die steuerliche Abzugsfähigkeit der Vergütung gegenüber der zahlungsleistenden Gesellschaft (B Co.) zu versagen, da diese nach dem nationalen Recht des Landes B dem steuerlichen Eigenkapital zugeordnet wird. Hingegen erfolgt beim Empfänger (A Co.) aufgrund der Fremdkapitalzuordnung in Land A eine vollständige Besteuerung.[34] Der ND/I-Effekt, welcher die Umkehrung des klassischen D/NI-Effekts repräsentiert, offenbart damit einen anderen Blickwinkel auf die Diskussion um hybride Finanzinstrumente.[35]

29 Sofern Land B eine Quellensteuer erheben würde und diese aufgrund der Freistellung nicht in Land A anrechenbar ist, bzw. Land A keine vollständige Freistellung gewährt, resultiert zumindest eine Minderbesteuerung.

30 Auch bekannt unter den Termini *Notional Interest Deduction* oder *Deemed Interest*.

31 Die empfohlenen Gegenmaßnahmen der OECD/G20 im Rahmen des BEPS-Aktionspunktes 2 entfalten keine Wirkung beim gesonderten D/NI-Effekt, da diese einen tatsächlichen Zahlungsstrom voraussetzen. Vgl. *OECD/G20* (FN 4) S. 217 f.

32 Steht für *„No Deduction/Inclusion"*.

33 Meist nur in Ergänzung zu dem Effekt der doppelten Nicht-Besteuerung, wie hier: *Bärsch/Spengel*, Bulletin for International Taxation 2013, 520.

34 Vgl. *Bärsch/Spengel*, Ubg 2013, 380 ff.

35 Da dies aber thematisch nicht mit dem Bereich der aggressiven Steuerplanung, also dem bewussten Herbeiführen einer Besteuerungsinkongruenz, harmonisiert, wird darauf im weiteren Verlauf des Beitrags nur ergänzend eingegangen (siehe FN 128).

### III. Die Besteuerung hybrider Finanzinstrumente

Die steuerrechtliche Behandlung hybrider Finanzinstrumente hängt regelmäßig von handels- und/oder zivilrechtlichen Vorgaben ab bzw. orientiert sich an diesen. Da eine allgemeine Darstellung aufgrund unilateraler Spezifika nicht zielführend wäre, beschränkt sich die folgende Darstellung auf die Würdigung der Rechtslage für die untersuchungsrelevanten Staaten Deutschland, Irland und Luxemburg. Vor dem Hintergrund, dass in der späteren LuxLeaks-Analyse ausschließlich Dokumente aus den Jahren 2008–2010 einer rechtlichen Bewertung unterzogen werden, gelten die folgenden Aussagen, sofern nicht anders genannt, explizit für diesen Zeitraum.

#### 1. Deutschland

Für die Erläuterungen der steuerrechtlichen Grundlagen hybrider Finanzinstrumente in Deutschland ist die handels- und ergänzend die zivilrechtliche Einordnung entscheidend. Gemäß BFH-Rechtsprechung ist die zivilrechtliche Behandlung eines Finanzinstruments stets und insbesondere in Zweifelsfragen ausschlaggebend für die steuerlichen Belange.[36] Sofern das Steuerrecht allerdings eigene Regelungen vorsieht, sind diese autonom gegenüber dem Zivilrecht anzuwenden.[37] Daher ist aufgrund der vorhandenen steuerrechtlichen Normen für beschränkt und unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschaften das Zivilrecht nicht entscheidungsrelevant.

Im Falle einer unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschaft erfolgt unter Beachtung des Prinzips der Maßgeblichkeit (§ 5 Abs. 1 S. 1 HS. 1 EStG)[38] die Anwendung des steuerrechtlichen Eigenkapitaltests (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG).[39] Dieser verlangt die (Re-)Klassifizierung eines Finanzinstruments als Eigenkapital, sofern eine Ausschüttung vorliegt, mit welcher das Recht auf eine *Beteiligung am Gewinn* und[40] *am Liquidationserlös* der Gesellschaft verbunden ist.[41] Sollte nur eine oder keine dieser beiden Bedingungen erfüllt sein, liegt steuerrechtlich Fremdkapital vor.[42] Um den Eigenkapitalanforderungen einer *Gewinnbeteiligung* zu entsprechen, ist es von entscheidender Bedeutung, dass ein Vergütungsanspruch für das gegebene Kapital existiert und dieser in Abhängigkeit zum Erfolg des Unternehmens steht.[43] Sofern sich die Vergütung teilweise aus erfolgsabhängigen Komponenten und aus einem garantierten Mindestzins zusammensetzt, ist eine Abwägung entsprechend der jeweiligen Gewichtung zu treffen.[44] Für die Bedingung einer *Beteiligung am Liquidationserlös* existiert keine einheitliche Literaturmeinung. Gemäß der Auffassung des Bundesfinanzministeriums, welche in der Literatur nicht durchweg geteilt wird,[45] liegt die Erfüllung eines solchen Tatbestandsmerkmals vor, wenn bspw. die Kapitalrückzahlung mehr als 30 Jahre in der Zukunft liegt.[46] Zudem gibt auch die BFH-Rechtsprechung Grundsätze vor.[47] Für den Fall einer beschränkt steuerpflichtigen Gesellschaft gilt ein modifizierter Eigenkapitaltest.[48] Demnach wird eine Zahlung als Eigenkapitalvergütung klassifiziert, wenn eine *Beteiligung am Gewinn-* oder am *Liquidationserlös des Kapitalnehmers* oder ein *Wandlungsrecht auf Anteile* besteht.[49] Das Kumulativ-Kriterium gilt in diesen Fällen also nicht.

Eine zentrale Rechtsänderung der letzten Jahre, welche sich letztlich auch auf die Erfordernisse von hybriden Finanzinstrumenten auswirkte, repräsentiert die Neufassung des § 8b Abs. 4 KStG. Seit 1.3.2013 sieht dieser einen Ausschluss von Minderheitsbeteiligungen für die Anwendung des ertragsteuerlichen Schachtelprivilegs vor und setzt damit die Anforderungen der europarechtlichen Mutter-Tochter-Richtlinie (MTR) um.[50] Allerdings ist eine weitere Änderung des § 8b KStG von einer übergeordneten Bedeutung für die steuerliche Behandlung hybrider Finanzinstrumente. Die in § 8b Abs. 1 S. 2 KStG kodifizierte Korrespondenzregel erfasste bis 2013 lediglich eine begrenzte Anzahl von Kapitaleinkünften (insbesondere verdeckte Gewinnausschüttungen), womit dem D/NI-Effekt nur eingeschränkt entgegengewirkt werden konnte.[51] Durch die Neufassung dieser Norm[52] wurde die korrespondierende Besteuerung ausgeweitet, wobei sich dies im grenzüberschreitenden Sachverhalt explizit auf Eigenkapitalvergütungen eines in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtigen auswirkt. Demnach wird die Vergütung bei einer deutschen Gesellschaft nur steuerlich freigestellt, wenn diese den Nachweis für eine korrespondierende Behandlung (kein Betriebsausgabenabzug) bei der ausländischen Gesellschaft erbringt.[53] Auf EU-Ebene wurde diese Vorschrift erst 2014 in Art. 4

36 Vgl. BFH v. 30.5.1990, I R 97/88, BStBl. II 1990, 875; aber auch: vgl. BFH v. 8.4.2008, VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852.
37 Vgl. *Weber-Grellet*, Steuern im modernen Verfassungsstaat. Funktionen, Prinzipien und Strukturen des Steuerstaats und des Steuerrechts, 2001, S. 196 ff.
38 Vgl. BFH v. 5.2.1992, I R 127/90, BStBl. II 1992, 532.
39 Vgl. *Lühn*, Genussrechte – Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung, 2013, S. 131 ff.
40 Die Anforderung, beide Bedingungen erfüllen zu müssen, wird im Folgenden als *Kumulativ-Kriterium* bezeichnet.
41 Vgl. BFH v. 14.6.2005, VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861; aber auch: BFH v. 26.8.2010, I R 53/09, BFHE 231, 63.
42 Vgl. *Schröder/Gans/Shekemova*, Bilanzielle und steuerliche Behandlung von hybriden Finanzinstrumenten: Eine Übersicht, Discussion Paper No. 08-079, 2008, S. 5.
43 Vgl. *Schröder/Gans/Shekemova* (FN 42) S. 6.
44 Ebenda.
45 Vgl. *Bärsch* (FN 5) S. 158; aber auch: *Lang*, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KSt, § 8 Abs. 3 KStG Teil A, Anm. 115 (Dez. 2015).
46 Vgl. BMF v. 8.12.1986, IV B 7-S 2742-26/86, BB 1987, 667 f.
47 Auf Kriterien wie eine Verlustpartizipation (BFH v. 26.8.2010, I R 53/09, BFHE 231, 63) bzw. ein Rangrücktritt gegenüber anderen Kreditoren des Kapitalnehmers (BFH v. 14.6.2005, VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861) kommt es nicht an.
48 Kodifiziert in § 49 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) EStG bzw. § 49 Abs. 1 Nr. 5 lit. c) bb) EStG. Vgl. *Bärsch* (FN 5) S. 163.
49 Vgl. *Bärsch* (FN 5) S. 162 f.
50 BGBl. 2013 I, 561.
51 Vgl. *Bärsch* (FN 5) S. 145.
52 BGBl. 2013 I, S. 1809. Im Folgenden § 8b Abs. 1 S. 2 KStG n.F.
53 Ausführlich wird das Prinzip einer solchen Qualifikationsverkettung thematisiert durch *Pleil/Schwibinger*, StuW 2016, 15 ff.

Abs. 1 lit. a MTR n.F. implementiert.[54] Als Abwehrnorm, welche Einfluss auf die Einordnungssystematik hybrider Finanzinstrumente in Deutschland nimmt, ist zudem die Zinsschrankenregelung des § 8a KStG i.V.m. § 4h EStG aufzuführen. Bei Anwendung dieser Normen wird ein Teil der konzerninternen Fremdkapitalaufwendungen außerbilanziell wieder hinzugerechnet. Daraus ergibt sich eine (anteilige) Abzugsbeschränkung für die Vergütung, womit auf indirektem Weg dem klassischen D/NI-Effekt entgegenwirkt werden kann.

Hinsichtlich des gesonderten D/NI-Effekts ist festzuhalten, dass spätestens seit dem 1.1.2008[55] wirkungsvolle Verrechnungspreisregelungen bestehen.

### 2. Irland

Wichtigster Einflussfaktor für das heutige irische Steuersystem ist das britische Pendant, welches 1922 vollständig übernommen wurde.[56] Dabei ist als ein wesentliches Merkmal des irischen Rechts die Bedeutung des Zivilrechts für das Steuerrecht herauszustellen (*common-law system*).[57] Die steuerrechtliche Einordnung hybrider Finanzinstrumente hängt im irischen Rechtsraum stark von der zivilrechtlichen Bestimmung ab.[58] Dabei sind im Hinblick auf die Eigenkapitalzuordnung insbesondere die gesellschafterähnliche Stellung (bspw. als Vorzugsaktionär) und die gewinnabhängige Vergütung entscheidend.[59] Unter Beachtung dieser zivilrechtlichen Maßgeblichkeit erfolgt nach irischem Recht stets eine Zuordnung zum Eigenkapital bei partiarischen Darlehen (*Profit Participating Loan*)[60] und rücknahmepflichtigen Vorzugsaktien (*Reedemable Preference Shares*).[61] Im Gegenzug zählen Kredite ohne Laufzeitbegrenzung (*Perceptual Debt*) zum Fremdkapital. Zusätzlich existieren auch Finanzprodukte, welche anhand der individuellen Ausgestaltung kategorisiert werden. Dies sind bspw. Wandelanleihen (*Convertible Notes*), indexgebundene Kredite (*Index-linked Debt*) oder *Section 84 Loans*.

Der klassische D/NI-Effekt besitzt für Vergütungen, die an irische Kapitalgesellschaften gezahlt werden, nur eine geringe Bedeutung.[62] Die Ursache dafür begründet das eingeräumte Wahlrecht der MTR, welche neben der Anwendung der Freistellungsmethode für Eigenkapitalinstrumente auch die indirekte Anrechnungsmethode gewährt.[63] Letzteres ist in Irland seit Anwendung der MTR ab dem 1.1.2004 gegeben. Daher entfalten die jüngsten Vorgaben des Art. 4 Abs. 1 lit. a MTR n.F., wonach eine Freistellung der Vergütung beim Zahlungsempfänger an den Nachweis der Behandlung beim Zahlungsleistenden im anderen EU-Staat gekoppelt wird, innerhalb des irischen Rechtsrahmens keine Wirkung. Der folgende Sachverhalt skizziert die geringe Bedeutung des klassischen D/NI-Effekts im irischen Outboundfall:

Als Gegenleistung für eine Kapitalüberlassung erhält eine irische Kapitalgesellschaft eine Vergütung von einer konzerninternen Tochterkapitalgesellschaft, die ihren Sitz im EU-Ausland begründet. Annahmegemäß nimmt der EU-Quellenstaat eine Klassifizierung zum steuerlichen Fremdkapital vor. Aus diesem Grund wird dieser Teil von der Bemessungsgrundlage der zahlungsleistenden Tochtergesellschaft abgezogen und letztlich auf dieser Ebene nicht ertragsteuerlich erfasst. Im nächsten Schritt wird bei Auszahlung der Vergütung an die zahlungsempfangende irische Muttergesellschaft durch Anwendung der Zins- und Lizenzrichtlinie keine Quellensteuer erhoben. Insgesamt erfolgt damit keine Besteuerung der Zinszahlung im EU-Quellenstaat, weshalb sich daraus weder direkte noch indirekte Steueranrechnungsbeträge für die irische Muttergesellschaft ergeben.[64] In Irland hingegen wird die Vergütung auf Ebene der Muttergesellschaft zum Eigenkapital klassifiziert, weshalb sich durch die mangelnde Korrespondenz der beiden Steuersysteme zunächst die Wirkung des klassischen D/NI-Effekts ergeben könnte. Allerdings verhindert die Funktionsweise der indirekten Steueranrechnungsmethode, dass die D/NI-Wirkung eintreten kann. Da eine steuerliche Belastung bisher weder auf Ebene der Tochter- noch der Muttergesellschaft besteht, ergeben sich keine (in-)direkten Anrechnungsbeträge für die irische Muttergesellschaft. In der Konsequenz wird daher entsprechend dem Konzept der Kapitalexportneutralität das Steuerniveau für die Vergütung auf den irischen Steuersatz hochgeschleust.

Diese Darstellung vermittelt zunächst ein wirksames Steuersystem gegen die steuerliche (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente. Allerdings sind von dieser Betrachtung hybride Finanzinstrumente ausgenommen, die über sogenannte irische *Section 110 Companies* gewährt werden, da diese Gesellschaften bei geschickter Strukturierung einem irischen Steuersatz von annähernd 0 % unterliegen. Daher würde die indirekte Anrechnungsmethode nur minimal die Wirkung des klassischen D/NI-Effekts einschränken. Als Gegenmaßnahme hat der irische Gesetzgeber im Jahr 2011 für Finanzinstrumente, welche nach dem 21.1.2011 emittiert wurden, Vorschriften zur weitgehenden Un-

54 ABl. EU 2014 Nr. L 219/40.
55 BGBl. I 2007, 1912.
56 Dies erfolgte nach der Abspaltung Irlands vom Vereinigten Königreich im Jahre 1922. Vgl. *EY* (FN 13) S. 4.
57 Vgl. *EY* (FN 13) S. 15.
58 Vgl. *KPMG*, The Use of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions, 1990, S. 103; bzw. aktueller vgl. *KPMG*, Taxation of Cross-Border Mergers and Acquisitions – Ireland, 2014, S. 10.
59 Hingegen ist eine Verlustpartizipation oder die Dauer der Kapitalüberlassung unbedeutend.
60 Nicht gleichzusetzen mit einem *Profit Participating Loan Note*.
61 Vgl. *KPMG*, 1990 (FN 58) S. 103 ff.
62 Eine Wirkung entfaltet sich lediglich für bestimmte Gestaltungen mit *Section 110 Companies*, die zuvor nicht vom Finance Act 2011 reguliert wurden.
63 Vgl. *Endres et al.*, The Determination of Corporate Taxable Income in the EU Member States, 2009, S. 19. Als Beleg für die Aktualität: vgl. *PwC*, Worldwide Tax Summaries Corporate Taxes 2015-16, 2015, S. 939 f.
64 Indirekte Anrechnungsbeträge wären denkbar, wenn die Vergütung im EU-Ausland als Eigenkapital behandelt werden würde und diese damit nicht von der steuerlichen Bemessungsgrundlage der Tochterkapitalgesellschaft abzugsfähig wäre. Die damit zusammenhängenden Ertragssteuern, welche vor einer Ausschüttung an die irische Muttergesellschaft auf Ebene der Tochtergesellschaft entstehen würden, könnten somit indirekt auf die Steuerlast der Muttergesellschaft angerechnet werden.

terbindung solcher Gestaltungen verabschiedet (Finance Act 2011).

Im Hinblick auf die Einordnungssystematik hybrider Finanzinstrumente sind im irischen Steuerrecht keine direkten Regelungen zur Beschränkung des Zinsabzugs verankert.[65]

Abschließend ist in Bezug auf den gesonderten D/NI-Effekt hervorzuheben, dass Irland für Leistungsbeziehungen die nach dem 30.6.2010 vereinbart wurden (Finance Act 2010), über wirksame Verrechnungspreisregelungen verfügt.[66] Zuvor verhinderte das irische Recht nicht die steuerliche (Aus-)Nutzung zinsloser Darlehen. Obwohl es bei solchen Finanzinstrumenten an einer tatsächlichen Vergütung fehlte, konnte (zumeist über luxemburgische oder niederländische Konzerngesellschaften) ein fiktiver Zinsabzug im Kontrahentenstaat erzeugt werden.[67]

### 3. Luxemburg

Die kodifizierten Grundsätze im luxemburgischen Recht basieren auf der Gesetzgebung der Anrainerstaaten Frankreich, Belgien und Deutschland.[68] So gilt nach französischem Vorbild eine zivilrechtliche Unterscheidung zwischen Fremd- und Eigenkapital.[69] Eine Anknüpfung dieser Einordnung unterbleibt jedoch für steuerliche Belange.[70] Das luxemburgische Handelsrecht basiert auf dem belgischen Pendant. Hingegen wurde das Steuerrecht für die direkten Steuern in Luxemburg explizit nach deutschem Vorbild entworfen, weshalb eine hohe konzeptionelle Ähnlichkeit zwischen den beiden besteht.[71] Diesbezüglich greift auch in Luxemburg ein vergleichbares Maßgeblichkeitsprinzip (Art. 40 LITL)[72]. Entsprechend erfolgt im luxemburgischen Steuerrecht für Finanzinstrumente ebenfalls eine Zuordnung anhand wirtschaftlicher Merkmale (Art. 97, Art. 164 bzw. Art. 166 LITL).[73]

Für das Ergebnis einer steuerrechtlichen Eigenkapitalklassifizierung wird vordergründig auf eine Beteiligung des Zahlungsempfängers an der zahlenden Gesellschaft abgestellt.[74] Im Detail umfasst dieses Erfordernis eine rechtlich-legitimierte *Partizipation am Gewinn* bzw. *am Liquidationserlös* der kapitalnehmenden Gesellschaft (Art. 164 Abs. 2 LITL).[75] Damit ist kein Kumulativ-Kriterium entsprechend dem deutschen Steuerrecht entscheidend. Ergänzend sind Faktoren wie die Laufzeit der Kapitalüberlassung, Kündigungsrechte, Nachrangigkeit, Wandlungs- bzw. Optionsrechte, Stimmrechte oder die Übertragbarkeit des Instruments relevant für die Eigenkapitalklassifizierung.[76] Die Freistellung von eigenkapitalähnlichen Vergütungen an eine in Luxemburg unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschaft wird durch das ertragssteuerliche Schachtelprivileg (Art. 166 LITL) sichergestellt.[77] Im Zuge der jüngsten Modifizierung durch die sekundärrechtliche MTR und der entsprechenden nationalen Umsetzung wird dieses Privileg nach luxemburgischen Recht verwehrt,[78] sofern die Vergütung nach dem 1.1.2016 bezogen wurde und soweit für diese im Kontrahentenstaat ein Abzug erfolgte (Art. 166 LITL n.F.). Diese Neuerung hat keinen Einfluss auf die bisherige Systematik für Eigenkapitalvergütungen an eine beschränkt steuerpflichtige Gesellschaft. Damit unterliegt diese im Grundsatz einer Quellenbesteuerung (Art. 146, 147, 148 LITL), welche sich regelmäßig auf 0 % reduziert.[79]

Im Gegenzug verlangt eine Fremdkapitalzuordnung anhand wirtschaftlicher Merkmale eine feststehende Vergütung für die Kapitalüberlassung und einen privilegierten Vorrang gegenüber anderen Eigenkapitalinstrumenten der Gesellschaft. Darlehenszinsen an eine ausländische Kapitalgesellschaft unterliegen in Luxemburg keiner Quellenbesteuerung (Art. 146 LITL).[80] In Bezug auf die Abzugsfähigkeit der Zahlung von der steuerlichen Bemessungsgrundlage gilt im Grundsatz die bereits bekannte Systematik.[81] Während bei einer Einordnung als Eigenkapitalinstrument ein Abzug als Betriebsausgabe unterbleibt (Art. 48 LITL), wird dies im Zusammenhang mit einer Fremdkapitalvergütung gewährt (Art. 45 Abs. 1 LITL). Dabei ist das gesetzlich nicht kodifizierte fremdvergleichskonforme Fremd-/Eigenkapitalverhältnis i.H.v. 85:15 für konzerninterne Finanzierungen zu beachten.[82] Sofern diese Unterkapitalisierungsvorschrift nicht erfüllt ist, kann für den übersteigenden Fremdkapitalanteil eine Umqualifizierung als verdeckte Gewinnausschüttung erfolgen.[83] Die Abzugsfähigkeit von der luxemburgischen Bemessungsgrundlage würde damit anteilig versagt.

---

65 Nur in wenigen konzerninternen Fällen wäre der Wechsel zu einer Eigenkapitalbehandlung denkbar (Abs. 130 (2) (d) Taxes Consolidation Act 1997). Vgl. *Kessler/Obser*, IStR 2004, 189; aber auch vgl. *KPMG* (FN 58) S. 9.

66 Erst seit diesen gesetzlichen Neuerungen unterliegen konzerninterne Vertragsbeziehungen, welche nach dem 1.7.2010 geschlossen worden sind, einer verschärften Dokumentationspflicht. Vgl. *EY*, 2015-2016 Worldwide Transfer Pricing Reference Guide, Ireland, S. 165.

67 Einen praxisnahen Einblick gewährt: *BT Consulting*, Irish interest free loan structures – Changes introduced in Finance Act 2011, 2011. Zur grundsätzlichen Wirkung des (gesonderten) D/NI-Effekts bei zinslosen Darlehen: *Marian* (FN 10) S. 32.

68 Vgl. *Köszeghy*, in: Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law, 2012, S. 699.

69 Ebenda.

70 Vgl. *Kahlenberg/Kopec, 2015* (FN 11) S. 55.

71 Vgl. *Steichen*, in: Wassermeyer, DBA, Luxemburg Anhang, Rz. 3 ff. (Mai 2016).

72 LITL beschreibt das luxemburgische Einkommensteuergesetz, gültig durch den Code De La Legislation Fiscale en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg, Volume 2, Impôt sur le revenu vom 4.12.1967, Mémorial A n° 79, geändert am 12.1.2016.

73 Vgl. *Bärsch* (FN 5) S. 24 f.

74 Vgl. *Köszeghy* (FN 68) S. 711 f.

75 Vgl. *Kaltenberg*, IStR 2012, 838.

76 Vgl. *Kahlenberg/Kopec*, 2015 (FN 11) S. 55.

77 Vgl. *Steichen* (FN 71), Luxemburg, Rz. 104 ff.

78 Umgesetzt in Luxemburg durch das Steueränderungsgesetz 2016 vom 18.12.2015.

79 Gemäß den europarechtlichen Anforderungen der MTR muss eine solche Reduktionsmöglichkeit bestehen. Vgl. *Steichen* (FN 71), Luxemburg, Art. 10, Rz. 52.

80 Vgl. *Köszeghy* (FN 68) S. 710.

81 Vgl. *Köszeghy* (FN 68) S. 716 f.

82 Vgl. *Warner/Schmitz*, Luxembourg in International Tax Planning, 2004, S. 270 f.; bzw. aktueller vgl. *Marian* (FN 10) S. 35 ff.

83 Vgl. *Kaltenberg*, IStR 2012, 838.

Im betrachteten Zeitraum (2008–2010) erfolgte in Luxemburg die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes, welcher u.a. innerhalb der Vorschrift für verdeckte Gewinnausschüttungen verankert war (Art. 164 Abs. 3 i.V.m. Art. 56 LITL).[84] Verlässliche Verrechnungspreisregeln, insbesondere für konzerninterne Finanzierungstransaktionen, wurden durch Rundschreiben[85] der luxemburgischen Finanzbehörden im Jahr 2011 fixiert und erst mit Neufassung des Art. 56 LITL ab 1.1.2015 Gesetz. Die Möglichkeit der Gewährung eines fiktiven Zinsaufwands (sog. *Notional Interest Deduction*), welche eine wesentliche Entstehungskomponente für den gesonderten D/NI-Effekt repräsentiert, bestand fortwährend.[86]

## IV. Vergleichende Untersuchung

Die folgenden Abschnitte bilden den Kern des Beitrags und werten die hybriden Finanzinstrumente innerhalb der LuxLeaks-Dokumente aus. Das Ziel ist es, das Ausmaß des Gestaltungspotenzials mit klassischen und gesonderten D/NI-Effekten vergleichend für verschiedene Länderkonstellationen zu untersuchen. Dazu werden zunächst die LuxLeaks-Datenbank und der aktuelle Forschungsstand in der Literatur erläutert. Darauf folgt die Darlegung und Durchführung der einzelnen quantitativen und qualitativen Selektionsstufen. Die abschließende steuerrechtliche Bewertung der herausgearbeiteten D/NI-Effekte umfasst die steuerliche Behandlung der hybriden Finanzinstrumente in Luxemburg und im deutschen bzw. irischen Kontrahentenstaat. Dabei ergeben sich durch Übertragung der Sachverhalte auf den Gesetzesstand 2016 Schlussfolgerungen zur Wirkung jüngster uni- und bilateraler Reformen im Bereich der hybriden Finanzierung.

### 1. Die Luxemburg-Leaks Datenbank

Die Enthüllungen des ICIJ[87] im Zusammenhang mit LuxLeaks rückten gegen Ende des Jahres 2014 in den Fokus der globalen Öffentlichkeit. Im Rahmen monatelanger Recherchen gewannen die Journalisten, durch die von zwei ehemaligen Mitarbeiter einer luxemburgischen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zugespielten *Tax Rulings*, Einsicht in diverse grenzüberschreitende Steuervehikel im Zusammenhang mit dem Finanzplatz Luxemburg. Hierbei enttarnten sie verschiedenste, teils aggressive Steuerplanungsstrategien von mehr als 340 Firmen, welche von der luxemburgischen Finanzverwaltung zwischen 2002[88] und 2010 bewilligt worden waren.[89] Als medialen Nachlass ihrer Arbeit publizierte das ICIJ die gesichteten Dokumente innerhalb der LuxLeaks-Datenbank und kategorisierte diese nach nationalen Bezugspunkten, Unternehmensnamen und Branchenzugehörigkeit.[90] Übergeordnet stellte das ICIJ in seinen Rechercheergebnissen zu den LuxLeaks-Dokumenten verschiedene (aggressive) Steuerplanungsmodelle fest.[91] Dazu zählt auch die (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente: *„Many of the tax deals exploited international tax mismatches that allowed companies to avoid taxes both in Luxembourg and elsewhere through the use of so-called hybrid loans."*[92] Diese Aussage begründet argumentativ den Ausgangspunkt für die folgende Untersuchung zur tatsächlichen (Aus-)Nutzung hybrider Instrumente in den Dokumenten.

Eine wesentliche Herausforderung im Umgang mit der LuxLeaks-Datenbank wohnt der Tatsache inne, dass es sich bei den Dokumenten um unilaterale verbindliche Auskünfte[93] handelt, welche ausschließlich die steuerliche Behandlung innerhalb Luxemburgs verbindlich regeln. Infolgedessen wird in den Dokumenten bspw. im Falle hybrider Finanzinstrumente stets die luxemburgische Rechtauffassung, jedoch nur selten die Behandlung im Kontrahentenstaat dargestellt. Diese Einschränkung erfordert demnach eine umfassende steuerrechtliche Auseinandersetzung mit den hier fokussierten Kontrahentenstaaten Deutschland und Irland. Eine weitere Restriktion stellt die eingeschränkte Repräsentativität der Datenmenge dar, welche eine Verallgemeinerung der Ergebnisse erschwert. Dem liegt der Umstand zugrunde, dass die in der LuxLeaks-Datenbank veröffentlichten Dokumente nur einen Ausschnitt der Beratungstätigkeit – im Wesentlichen eines steuerberatenden Unternehmens – darstellen. In der Konsequenz stellt eine inferenzstatistische Auswertung der inhaltlichen Merkmale keine zielführende Methode dar.[94] Stattdessen wird in diesem Beitrag eine deskriptive Herangehensweise verfolgt, welche Einblicke in die Praktiken (aggressiver) Steuerplanung gewährt und dabei Tendenzen für die steuerliche (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente aufzeigt.

### 2. Stand der Literatur

Die statistische Auswertung steuerlicher Auswirkungen hybrider Finanzinstrumente war in der Vergan-

84 Vgl. *OECD*, Transfer Pricing Country Profile – Luxembourg, 2012.

85 Verkündet durch die Circulaire L.I.R. n° 164/2 vom 28.1.2011 und n° 164/2bis vom 8.4.2011.

86 Detaillierte Darstellung auch im Zusammenhang mit einer verdeckten Gewinnausschüttung gemäß Art. 164 Abs. 3 LITL: vgl. *Hoor*, European Taxation, 4/2015, 132.

87 Dieses Konsortium repräsentiert eine weltweite Kooperation von derzeit mehr als 190 Journalisten, mit dem erklärten Ziel, mediale Enthüllungsstorys im globalen Kontext durchzuführen. Vgl. *ICIJ*: *http://www.icij.org/about* (Abruf am 11.6.2017). Zuletzt war ICIJ u.a. durch die Enthüllungen zu den „Panamapapers" im April 2016 aufgefallen: *https://panamapapers.icij.org/* (Abruf am 11.6.2017).

88 Insoweit sei der Untersuchung vorweggegriffen, dass in den finalen Stichproben (Q3) ausschließlich Gestaltungen zwischen 2008–2010 enthalten sind. Dafür sind insbesondere die geringe Anzahl von Dokumenten aus den Veranlagungszeiträumen vor 2008 und deren schlechte Informationsqualität ursächlich.

89 Vgl. *ICIJ*, *https://iw-files.s3.amazonaws.com/apps/2014/12/luxleaks/about.html* (Abruf am 11.6.2017).

90 Die Vereinbarungen sind stets in englischer, deutscher oder französischer Sprache verfasst. Lediglich ergänzende Dokumente im Anhang, wie bspw. niederländisch-luxemburgische Kreditverträge weichen davon ab.

91 Dabei bestätigte sich die grundsätzliche Legalität dieser Gestaltungen. Vgl. *ICIJ* (FN 3).

92 *ICIJ* (FN 3).

93 Gleichzusetzen mit dem Begriff des verbindlichen Steuervorbescheids und des Tax Ruling.

94 Dazu auch *Marian* (FN 10) S. 9.

genheit aufgrund der Vielfalt der Instrumente und des Fehlens einer geeigneten Datenbasis kaum möglich.[95] Einen fassbaren Ansatz für die grundsätzliche Nutzung solcher Modelle bereiten die LuxLeaks-Dokumente. Dahingehend existieren in der Literatur bisher nur wenige Untersuchungen, welche sich (statistisch) mit den LuxLeaks-Daten und zusätzlich mit der Rolle hybrider Finanzinstrumente auseinandergesetzt haben.[96]

Einen teils deskriptiven, teils empirischen Ansatz verfolgen *Hardeck/Wittenstein*.[97] Im Rahmen einer beschreibenden Auseinandersetzung bestimmen die Autoren zuerst die inhaltlichen Schwerpunkte ihrer individuellen LuxLeaks-Stichprobe.[98] Dabei fällt auf, dass Themen der konzerninternen Finanzierung einschließlich hybrider Finanzinstrumente vermehrt eine Rolle spielen.[99] Im empirischen Teil des Beitrags vergleichen die Autoren mittels eines Difference-in-Differences Ansatzes u.a. die Konzernsteuerquoten der in der Stichprobe enthaltenen Unternehmen mit denen similärer Konzerne[100], die nicht in der LuxLeaks-Datenbank vertreten sind. Die Analyse zeigt, dass die Konzernsteuerquoten der LuxLeaks-Stichprobe im Durchschnitt nach Implementierung des Tax Ruling sinken. Diese Erkenntnis bestätigt sich insbesondere im Hinblick auf die Nutzung potentieller hybrider Gestaltungen.[101]

Einen ähnlichen Ansatz verfolgen auch *Huesecken/Overesch*. Ohne detaillierte Kategorisierung der *Tax Rulings,* aber ebenfalls durch Anwendung der Difference-in-Differences Methode, wird für ihre LuxLeaks-Stichprobe[102] ein Zusammenhang zwischen der Nutzung luxemburgischer *Tax Rulings* und der Reduzierung der Konzernsteuerquoten hergestellt.[103]

Der Beitrag von *Marian* ist rein deskriptiv. Darin wird eine Reduktion der Grundgesamtheit des ersten Publikationspakets (548 LuxLeaks-Dokumente) anhand von quantitativen und qualitativen Merkmalen durchgeführt.[104] Zunächst erfolgt eine Kumulation der fokussierten Konzernsitzstaaten und repräsentierten Branchen, woraus sich für bestimmte Länder eine vergleichsweise hohe Repräsentativität ergibt. Dahingehend sind insbesondere die USA und Großbritannien, aber darauffolgend auch Deutschland und Irland hervorzuheben.[105] In der inhaltlichen Auseinandersetzung kristallisieren sich hybride Finanzinstrumente als wesentlicher Bestandteil der *Tax Rulings* heraus. *Marian* identifiziert insgesamt 24 Hybridkapitalformen, von welchen er die fünf häufigsten einer gesonderten Erläuterung hinsichtlich ihrer Funktionsweise unterzieht.[106] Allerdings bleibt unklar, inwieweit die quantifizierten Ergebnisse tatsächlich auch für eine Steuerersparnis stehen, da der Beitrag zwar die luxemburgische Besteuerung würdigt, jedoch die Behandlung im Kontrahentenstaat letztlich nur allgemein aufgreift.

Hinsichtlich der Auswertung der LuxLeaks-Daten wird in den folgenden Abschnitten der deskriptiven Herangehensweise von *Marian* in Gestalt einer kontinuierlichen Reduktion der zu untersuchenden Stichprobe gefolgt.[107] Dabei werden im Wesentlichen die inhaltlichen Ausführungen der zugänglichen Dokumente detailliert gewürdigt (bspw. die nationalen Bezugspunkte oder der thematische Schwerpunkt des *Tax Ruling*).

### 3. Die Selektion der (finalen) Stichproben

Die quantitative und qualitative Reduktion der LuxLeaks-Datenbank untergliedert sich in vier Untersuchungsschritte und wird für den DELUX- und den IRLUX-Fall gesondert durchgeführt. *Abbildung 4* zeigt die einzelnen Schritte graphisch auf. Dabei wird dem absoluten Ergebnis insoweit vorweggegriffen, dass letztlich *1* Dokument im DELUX- und *14* Dokumente im IRLUX-Kontext eine Besteuerungsinkongruenz herbeiführen.

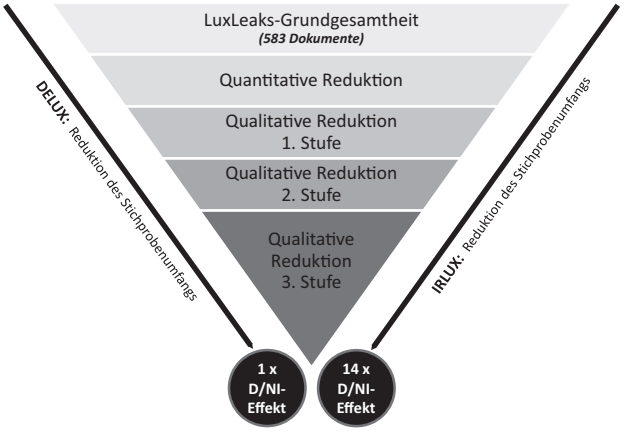


**Abbildung 4:** Vorgehensweise zur LuxLeaks-Analyse
*Quelle: Eigene Darstellung*

95 Bestätigt wird dieses Problem im OECD-Abschlussbericht zu Aktionspunkt 2. Vgl. *OECD/G20* (FN 6) S. 19. Anteilig spiegeln sich die quantitativen Auswirkungen hybrider Finanzinstrumente in den (weitgefassten) Schätzungen zur gesamten BEPS-Problematik in Aktionspunkt 11 der OECD-Initiative wieder. Vgl. *OECD/G20*, Measuring and Monitoring BEPS, Action 11: 2015 Final Report, S. 15.

96 Erste inhaltliche Modellauswertungen zu den LuxLeaks-Dokumenten nahm *Wittenstein*, IStR 2015, 160 vor.

97 Vgl. *Hardeck/Wittenstein* (FN 8).

98 Umfasst Tax Rulings von 141 Firmen.

99 Vgl. *Hardeck/Wittenstein* (FN 8) S. 11 ff.

100 Gemessen an Land, Industrie, Größe und grenzüberschreitender Aktivität.

101 Vgl. *Hardeck/Wittenstein* (FN 8) S. 21 ff., 42, 49.

102 Umfasst Tax Rulings von 136 Firmen.

103 Vgl. *Huesecken/Overesch* (FN 7).

104 Vgl. *Marian* (FN 10) S. 8 ff.

105 Siehe die grafische Darstellung von *Marian* (FN 10) S. 14.

106 Dies sind sog. Profit Participating Loans, Interest Free Loans, Convertible Preferred Equity Certificates, Preferred Equity Certificates und Long-Term Loans. Vgl. *Marian* (FN 10) S. 30 ff.

107 Eine solche deskriptive Reduktion bzw. Selektion ist auch in anderen thematischen Zusammenhängen festzustellen. Stellvertretend siehe *Vitt*, Schlüsselerfinder in der industriellen Forschung und Entwicklung: Strategien für das Akquisitionsmanagement in Unternehmen, 1998, S. 225 ff.; aber auch *Ahn/Clermont/Höfer-Diehl.*, BFuP, 1/2016.

*a) Quantitative Reduktion – DELUX & IRLUX (QN)*

Die Grundgesamtheit bilden die zur Verfügung stehenden Dokumente der Datenbank. Diese wird quantitativ nach geografischen Gesichtspunkten reduziert, indem – basierend auf der Klassifizierung des ICIJ – alle Dokumente mit anderen als den gesuchten nationalen Bezugspunkten verworfen werden (QN).[108] Die LuxLeaks-Datenbank umfasst – zu dem Referenzdatum 11.4.2016 – eine Grundgesamtheit von *583* Dokumenten.[109] Im Rahmen der DELUX-Analyse ist diese um *492* Dokumente zu reduzieren, weshalb in der DELUX-Stichprobe noch *91* Dokumente verbleiben. Bei gleicher Anwendung dieses Verfahrens im IRLUX-Kontext erfolgt eine Reduktion der Grundgesamtheit um 521 Dokumente, sodass eine verbleibende Stichprobe von *62* für die weitere Untersuchung zur Verfügung steht.

Da die vorhandene LuxLeaks-Datenbank nur einen sehr begrenzten Einblick in die grenzüberschreitende Steuerplanungspraxis ermöglicht, wäre ein Quantitätsvergleich nicht zielführend.[110] Daher ergeben sich erst nach der quantitativen Reduktion (QN) die relativen Ausgangsstichproben (siehe *Abbildung 5*). Zugleich repräsentiert die verbleibende Auswahl die Ausgangsgröße für die dreistufige qualitative Reduktion.

*b) Qualitative Reduktion 1. Stufe – DELUX & IRLUX (Q1)*

Sofern nicht den stufenspezifischen Anforderungen entsprochen wird, ist ein LuxLeaks-Dokument für die weiteren Analyseschritte zu verwerfen. Diesbezüglich stellt im Laufe der qualitativen Untersuchungsschritte (Q1, Q2, Q3) die Informationsqualität der Dokumente ein zentrales Kriterium für oder gegen den Verbleib in der Stichprobe dar. Im Detail umfasst dies insbesondere die Unvollständigkeit der *Tax Rulings* (bspw. fehlt in einigen Fällen der Anhang, obwohl auf diesen im Hauptdokument Bezug genommen wurde oder es erfolgt ein Verweis auf nicht veröffentlichte Dokumente bzw. vorhergehende Gesprächsvereinbarungen) und deren unzureichender Informationsgehalt (bspw. keine detaillierte Sachverhaltsbeschreibung bzw. keine Erläuterungen zur Ausgestaltung des Finanzinstruments).

Für die Anwendung des Kriteriums der Informationsqualität sind daher strukturelle Anforderungen an ein (idealtypisches) Dokument zu determinieren. Ein typisch verwertbares *Tax Ruling* enthält zu Beginn eine Beschreibung der wichtigsten luxemburgischen Gesellschaften und der damit zusammenhängenden Kernthemen. Daraufhin erfolgt unter Hervorhebung der fokussierten Gesellschaften eine Darlegung der unternehmerischen Aktivitäten und der grenzüberschreitenden Konzernstruktur. Anschließend ist eine detaillierte Erläuterung des steuerlichen Vehikels erforderlich, um letztlich eine rechtliche Einordnung des luxemburgischen Steuerrechts zu gewährleisten. Idealerweise befinden sich zusätzlich ergänzende Materialien (bspw. graphische Darstellungen zur Konzernstruktur, konzerninterne Darlehensverträge, etc.) im Anhang. Die tatsächliche Validität des *Tax Ruling* ergibt sich aus der Zustimmung der luxemburgischen Finanzverwaltung ausgedrückt durch eine Stellungnahme am Ende des Dokumentes. Stellvertretend bzw. supplementär dient auch ein Stempel der Exekutiven als starkes Indiz für die anerkannte Konformität mit dem luxemburgischen Recht.[111]

Im Zuge des ersten qualitativen Reduktionsverfahrens (Q1) ist neben einer Untersuchung der Informationsqualität auch eine Würdigung des thematischen Kontextes und eine Überprüfung der vorgegebenen nationalen Bezugspunkte notwendig. Für Letzteres ist bei einer Vielzahl der Dokumente der nationale Zusammenhang für diese wissenschaftliche Auswertung nicht ausreichend. Dies trifft insbesondere zu, wenn entweder gar kein Bezug – wie durch ICIJ ausgewiesen – besteht[112] oder ein solcher erkennbar ist, dieser allerdings nur indirekt mit der Gestaltung zusammenhängt.[113] Die Würdigung des thematischen Kontextes verlangt eine inhaltliche Fokussierung der Dokumente auf den Bereich der konzerninternen Finanzierung. Als Zwischenergebnis verbleiben ausschließlich solche Dokumente in den Stichproben, welche sich thematisch mit der konzerninternen Finanzierung innerhalb eines DELUX- bzw. IRLUX-Sachverhalts auseinandersetzen.

Im DELUX-Kontext werden in den geprüften Dokumenten neben dem hier fokussierten Bereich der konzerninternen Finanzierung bspw. auch die Abschreibung des Goodwill[114], die Gewährung des Verlustvortrages nach Umstrukturierung[115], die fiktive Quellensteueranrechnung[116] oder die Verlustverrechnung im Rahmen einer ertragssteuerlichen Organschaft[117] thematisiert. Im IRLUX-Kontext sind weitere Schwerpunkte wie bspw. die Übertragung von IP[118] oder die Implementierung einer grenzüberschreitenden Organschaft[119] gegeben.

In Bezug auf die Überprüfung der nationalen Bezugspunkte existieren in beiden Stichproben Dokumente, die nicht die Anforderungen erfüllen. Allerdings ist gemessen an absoluten Maßstäben eine deutlich höhere Verwerfung in der deutschen Stichprobe fest-

108 Die Verlässlichkeit dieser Datenbankkategorisierung wurde anhand einer zufälligen Stichprobe von 100 Dokumenten – die gemäß ICIJ keinen nationalen Bezugspunkt mit den fokussierten Ländern aufwiesen – überprüft. Für alle gilt, dass kein Anhaltspunkt für eine fehlerhafte nationale Einordnung – in Form einer Nichtberücksichtigung inhaltsbestimmender Staaten – besteht.

109 548 Dokumente wurden durch das erste (5.11.2014) und 35 weitere im Rahmen des zweiten Pakets (9.12.2014) veröffentlicht.

110 Diese Auffassung wird auch geteilt durch *Marian* (FN 10) S. 9 und *Hardeck/Wittenstein* (FN 8) S. 15.

111 So auch *Marian* (FN 10) S. 11.

112 Exemplarisch dazu *ICIJ* (FN 1), DnB NOR Group, 2.7.2008.

113 Bspw. Nennung deutscher Immobilien, als Teil eines gesamteuropäischen Portfolios, welches aus Luxemburg verwaltet wird.

114 Vgl. *ICIJ* (FN 1), AHW Capital Management, 25.3.2009.

115 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Commerzbank AG, 25.3.2009.

116 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Hypo Real Estate Group, 16.7.2008.

117 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Landesbank Baden-Württemberg, 10.2.2009.

118 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Accenture, 21.4.2010.

119 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Reckitt-Benckiser, 16.7.2010.

zustellen (*43* DELUX- im Vergleich zu *7* IRLUX-Dokumente).

Im Ergebnis erfüllen nach diesen Reduktionsschritten *56* DELUX-Dokumente (*17* IRLUX-Dokumente) nicht die gestellten Anforderungen, sodass für die weitere Auswertung eine Stichprobe von *35* (*45*) verbleibt. Wie bereits durch die absoluten Werte angedeutet, bestätigt der relative Vergleich, dass sich ein überwiegender Anteil i.H.v. *73*% der IRLUX-Dokumente mit konzerninterner Finanzierungsstrukturierung auseinandersetzt. Im Vergleich zu den DELUX-Daten, welche einen Wert von *38*% aufweisen, wird damit bereits eine Tendenz für ein höheres Potenzial der steuerlichen (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente im IRLUX-Kontext induziert.

*c) Qualitative Reduktion 2. Stufe – DELUX & IRLUX (Q2)*

Im Rahmen der zweiten qualitativen Reduktion erfolgt eine fortgeführte Eingrenzung der Auswahl hinsichtlich der potenziellen Einbindung hybrider Finanzinstrumente (Q2). Vordergründig ergeben sich daraus finale Stichproben, welche optimal auf die konzerninterne (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente untersucht werden können. Dieser Zwischenschritt ermöglicht im Rahmen des analytischen Fazits *(Abschnitt IV/3/e)* einen Vergleich zwischen potenzieller und tatsächlicher (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente. Um die Sachverhalte hinsichtlich einer optimalen Auswertbarkeit einzugrenzen, ist die sachverhaltsbezogene Analysekomponente, welche explizit eine grenzüberschreitende Transaktion zwischen (zwei) Kapitalgesellschaften innerhalb eines Zweistaatenfalls verlangt, hinzuzuziehen.[120] Damit werden konzerninterne Finanzinstrumente mit transparenten Gesellschaften und Betriebsstätten von der weiteren Untersuchung ausgeschlossen.

Bei Durchführung der DELUX-Analyse fallen vermehrt Gestaltungen auf, deren deutscher Bezugspunkt durch eine oder mehrere Personengesellschaften repräsentiert wird.[121] Hingegen wird die sachverhaltsbezogene Voraussetzung im IRLUX-Kontext insbesondere durch die Verwendung von Finanzierungsbetriebsstätten *(Finance Branches)* konterkariert.

Zusätzlich wird in diesem Untersuchungsschritt das Kriterium der Informationsqualität verschärft, sodass neben der vorhandenen steuerrechtlichen Einordnung in Luxemburg, auch ausreichende Informationen für eine Einordnung im jeweiligen deutschen (bzw. irischen) Kontrahentenstaat vorliegen müssen. Dies ist entscheidend, um bspw. eine Aussage über eine Gewinnbeteiligung eines deutschen Kapitalgebers treffen zu können (bspw. Verträge hinsichtlich der Ausgestaltung eines Genussrechts).

Die Tendenz zu einem erhöhten (Aus-)Nutzungspotenzial im IRLUX-Kontext besteht nach dem zweiten Analyseschritt (Q2) fort. Während nur *5* % der DELUX-Dokumente die finale Stichprobe bilden, sind es im IRLUX-Fall *29* %. Absolut betrachtet bedeutet dies die Verwerfung von weiteren *30* DELUX- und *27* IRLUX-Dokumenten, sodass *5* DELUX- und *18* IRLUX-Dokumente für die Anwendung des letzten Untersuchungsschrittes verbleiben.

*d) Qualitative Reduktion 3. Stufe – DELUX & IRLUX (Q3)*

Für die verbleibenden Stichproben folgt als letzter qualitativer Schritt (Q3) die tatsächliche Einordnung der Finanzinstrumente in die relevanten Gesetzgebungen, woraus sich die Entstehung von D/NI-Effekten bestimmen lässt. Für die Prüfung des klassischen D/NI-Effektes wird zuerst die steuerrechtliche Einordnung des genutzten Finanzinstruments in Luxemburg anhand der Vorgaben des jeweiligen Dokuments vorgenommen. Im Anschluss wird basierend auf den dokumentierten Ausgestaltungsinformationen und ergänzenden Materialien (Verträge, Übersichten, etc.) eine steuerrechtliche Klassifizierung im Kontrahentenstaat (Deutschland bzw. Irland) hergeleitet. Hinsichtlich des gesonderten D/NI-Effekts gilt eine andere Herangehensweise. So sind vordergründig die grenzüberschreitende Gewährung eines zinslosen Darlehens und eine damit verbundene Divergenz der Verrechnungspreisregime entscheidend. Diese Informationen sollen ebenfalls dem Inhalt des Dokumentes entspringen. Wenn weder ein klassischer noch ein gesonderter D/NI-Effekt festzustellen ist, basieren die jeweiligen Tax Ruling auf anderen als den fokussierten Beweggründen.[122] Im Umkehrschluss repräsentieren die verbleibenden Gestaltungen den finalen Datensatz, für den eine tatsächliche (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente aufgezeigt werden kann.

In Bezug auf den klassischen D/NI-Effekt ist innerhalb der verbleibenden DELUX- & IRLUX-Stichprobe die notwendige Einordnung des luxemburgischen Steuerrechts stets nachvollziehbar vorgegeben. Des Weiteren ist die Herleitung der steuerrechtlichen Einordnung im Kontrahentenstaat für alle finalen DELUX- und IRLUX-Dokumente möglich. Dadurch kann bei *4* der *5* DELUX-Gestaltungen eine korrespondierende Behandlung als steuerliches Fremd- bzw. Eigenkapital festgestellt werden. Insoweit ist das Wirkungspotenzial des klassischen D/NI-Effektes auszuschließen, weshalb es in diesen Fällen zur Verwerfung kommt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass *1* Dokument den finalen Reduktionstest bestanden hat. Hierbei handelt es sich um ein Genussrecht im Rahmen einer deutschen Outboundkonstellation.[123] Im IRLUX-Kontext ist für *4* der *18* verbliebenden Dokumente eine korrespondierende Behandlung gewährleistet. Als Beson-

120 Diese Fokussierung auf den Zwei-Staatenfall zwischen Kapitalgesellschaften dient dazu, die Komplexität der zu untersuchenden Gestaltungen zu reduzieren. Eine Öffnung würde zu Lasten der Reliabilität der Ergebnisse fallen.

121 In diesem Zusammenhang handelt es sich bspw. um ausländische Investment- und Immobilienfonds, welche mittels der Zwischenschaltung einer deutschen GmbH & Co. KG in deutsche Immobilienprojekte investieren. Stellvertretend hierzu: *ICIJ* (FN 1), Public Sector Pension Investment Board, 13.5.2009.

122 Ein Grund kann bspw. die organisatorische Umstrukturierung im Konzern sein.

123 Eine detaillierte rechtliche Auseinandersetzung mit diesem hybriden Finanzinstrument erfolgt in *Abschnitt IV/4/a.*

derheit ist bei einem der *4* verworfenen Dokumente anzumerken, dass es sich um einen *„Profit Participating Loan"* handelt, welcher im luxemburgischen Quellenstaat dem Fremdkapital und im irischen Sitzstaat dem Eigenkapital zuzuordnen ist.[124] Trotz fehlender Korrespondenz entsteht bei dieser Outboundkonstellation nicht die Wirkung des klassischen D/NI-Effekts, da das irische Steuerrecht mittels Anwendung der indirekten Anrechnungsmethode eine Besteuerung auf inländischem Niveau sicherstellt.[125] Nichtsdestotrotz entfaltet sich ein D/NI-Effekt bei *14* der insgesamt *18* IRLUX-Finanzinstrumente. Davon offenbart sich die Wirkung des klassischen D/NI-Effekts in insgesamt *5* irischen Inboundgestaltungen mittels sog. *Profit Participating Instruments* (PPI).[126] Der gesonderte D/NI-Effekt, welcher nur im IRLUX-Kontext festgestellt werden konnte, tritt in insgesamt *9* irischen Outboundfällen durch sog. *Interest Free Loans* (IFL) auf.[127]

Im relativen Vergleich zeigt sich, während für *23 %* der Gestaltungen im IRLUX-Kontext die Wirkung von D/NI-Effekten und damit die vorsätzliche Herbeiführung der doppelten Nicht-Besteuerung induziert werden konnte, hat *1 %* der DELUX-Dokumente den Auswertungserfordernissen standgehalten.[128]

*e) Analytisches Fazit*

Die Erkenntnis einer grundsätzlichen Existenz schädlicher D/NI-Effekte wurde für beide Stichproben dargelegt. Des Weiteren besteht die aufgestellte These, hinsichtlich der Tendenz zu einer erhöhten steuerlichen (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente in einer steuerrechtlich vorteilhaften Länderkonstellation (Irland-Luxemburg) verglichen zu einer Länderkonstellation mit ungünstigeren Rahmenbedingungen (Deutschland-Luxemburg), fort. Mittels der ersten qualitativen Reduktionsstufe konnte gezeigt werden, dass sich *73 %* der *62* IRLUX-Dokumente inhaltlich mit Aspekten der konzerninternen Finanzierung zwischen Luxemburg und Irland auseinandersetzen. Dazu wiesen *29 %* (von *62* IRLUX-Dokumenten) ein Potenzial zur steuerlichen (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente auf. Dieses Potenzial führte überwiegend zu einer finalen Manifestierung der D/NI-Effekte (nur *4* von *18* Fällen innerhalb der Stufe Q3 führten nicht dazu). Im DELUX-Fall sind die stufenspezifischen Ergebnisse, trotz einer größeren absoluten Ausgangstichprobe,[129] stets wesentlich geringer. Letztlich kann nur für *1 %* (bzw. für *1* Dokument) die (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente aufgezeigt werden. Zur Verdeutlichung sind die relativen Ergebnisse, welche sich aus den einzelnen Reduktionsschritten ergeben, tabellarisch in *Abbildung 5* dargestellt.

| Untersuchungsstufe | Untersuchungsgegenstand | DELUX | IRLUX |
|---|---|---|---|
| **LuxLeaks** | Grundgesamtheit | *583 Dokumente* | |
| **QN** | ICIJ-Einordnung nach nationalen Bezugspunkten | *91 Dokumente* **100%** | *62 Dokumente* **100%** |
| **Q1** | Konzerninterne Finanzierungsstrukturierungen | *35 Dokumente* **38%** | *45 Dokumente* **73%** |
| **Q2** | Potenzial zur Ausnutzung hybrider Finanzinstrumente | *5 Dokumente* **5%** | *18 Dokumente* **29%** |
| **Q3** | Steuerliche Ausnutzung hybrider Finanzinstrumente durch D/NI-Effekte | *1 Dokument* **1%** | *14 Dokumente* **23%** |

**Abbildung 5:** Übersicht zur LuxLeaks-Analyse

*Quelle: Eigene Darstellung*

Insgesamt ergibt sich nach Würdigung aller qualitativen Reduktionsstufen (Q1, Q2, Q3) und den dazugehörigen absoluten und relativen Werten eine erhöhte Bedeutung hybrider Finanzinstrumente im IRLUX-Kontext. Aufgrund der strengen Untersuchungskriterien kann die tatsächliche Anzahl entsprechender D/NI-Effekte in beiden Länderkonstellationen höher sein. Nichtsdestotrotz sollte die ermittelte Tendenz von dieser Restriktion unberührt bleiben.

## 4. Steuerrechtliche Bewertung der Ergebnisse

Im letzten Untersuchungsschritt werden die Erkenntnisse der entwickelten Grundsätze hinsichtlich der wirkenden D/NI-Effekte, und der (steuer-)rechtlichen Behandlung hybrider Finanzinstrumente auf die Ergebnisse der LuxLeaks-Analyse angewandt. Dabei werden die finalen hybriden Finanzinstrumente, welche die qualitativen und quantitativen Untersuchungskriterien erfüllt haben, abschließend einer gesonderten Würdigung zum Zeitpunkt des Tax Ruling unterzogen und zugleich auf die aktuelle Rechtslage projiziert.

*a) DELUX – Genussrecht*

Die (Aus-)Nutzung des klassischen D/NI-Effekts lässt sich für ein Tax Ruling der DELUX-Stichprobe aus dem Jahre 2009 schlussfolgern.[130] Mittels der Implementierung eines Genussrechts zwischen einer deutschen *Beteiligungen AG* und einer luxemburgischen *Finance S.à r.l* (Outboundfall aus dt. Sicht) wird letztere mit Kapital ausgestattet. Für die Kapitalüberlassung erhält die deutsche Gesellschaft eine Vergütung, welche aus fixen und variablen Komponenten besteht.

Gemäß den Informationen des LuxLeaks-Dokuments erfolgt im luxemburgischen Steuerrecht eine Fremdkapitalzuordnung, womit die Vergütungsaufwendungen von der Bemessungsgrundlage der *Finance S.à r.l* abziehbar sind. Die Einordnung basiert maßgeblich

124 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Quad-C Partners, 16.9.2009.

125 Hinweise auf eine Ausnutzung über eine sog. *„Section 110 Company"* existieren nicht, weshalb das Ergebnis nicht beeinträchtigt wird. Eine detaillierte Erläuterung zu den rechtlichen Hintergründen ist in *Abschnitt III/2* ersichtlich.

126 Die Wirkungsweise eines solchen Finanzinstruments wird ausführlich in *Abschnitt IV/4/b* dargelegt.

127 Die Wirkungsweise dieses Finanzinstruments erfolgt in *Abschnitt IV/4/c*.

128 Entsprechend der Annahme einer Fokussierung der LuxLeaks-Datenbank auf aggressive Steuerplanungsstrategien ist anzumerken, dass kein Anhaltspunkt für eine Wirkung des ND/I-Effekts – woraus effektiv eine Doppelbesteuerung resultieren würde – festgestellt werden konnte.

129 Ursprünglich 91 DELUX- und 62 IRLUX-Dokumente.

130 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Gildemeister Group, 18.3.2009.

auf einer garantierten fixen Vergütung und einer nach luxemburgischen Gesichtspunkten (Art. 164 LITL) nicht ausreichenden Beteiligung der *Beteiligungen AG* am Liquidationserlös der *Finance S.à r.l.*[131] Des Weiteren ist anzunehmen, dass es sich um ein unverbrieftes Genussrecht handelt, da ein solches Finanzinstrument gemäß dem luxemburgischen Steuerrecht regelmäßig dem Fremdkapital zuzuordnen ist (Art. 164 Abs. 2 LITL).[132] In Übereinstimmung mit der geltenden EU Zins- und Lizenzrichtlinie sieht das luxemburgische Steuerrecht keine Quellensteuerbelastung für Fremdkapitalzinsen vor.

Zur Komplettierung des klassischen D/NI-Effekts ist in Deutschland eine Eigenkapitalzuordnung der Vergütung notwendig. Für die damit verbundene Bestätigung des deutschen Eigenkapitaltests sind die Tatbestandsmerkmale (*Beteiligung am Gewinn* bzw. *am Liquidationserlös*) gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 KStG kumulativ zu erfüllen. Im Sachverhalt ist eine Beteiligung am Gewinn gegeben, da – neben einer fixen Komponente – eine gewichtige variable Vergütung an den Erfolg der *Finance S.à r.l* anknüpft.[133] Die Beteiligung am Liquidationserlös und damit ein anteiliger Anspruch auf die stillen Reserven sind ebenfalls erkennbar. Im Ergebnis erfolgt auf Ebene der *Beteiligungen AG* eine ertragsteuerliche Freistellung der Eigenkapitalvergütung gemäß § 8b KStG a.F.

Innerhalb der abkommensrechtlichen Bestimmungen ist der Genussrechts-Begriff unbestimmt, weshalb beide Staaten das DBA D-L a.F.[134] autonom auslegen.[135] Deutschland wendet aufgrund der nationalen Übereinstimmung zur Dividendenkategorie Art. 13 DBA D-L a.F. an.[136] Damit wird die bereits auf nationaler Ebene erfolgte Freistellung auch abkommensrechtlich (Art. 20 Abs. 2 DBA D-L a.F.) legitimiert. Luxemburg wendet hingegen Art. 14 DBA D-L a.F. an und spricht Deutschland das alleinige Besteuerungsrecht zu (Art. 20 Abs. 1 DBA D-L a.F.). Letztendlich würde aus der Klassifizierung in Luxemburg als Fremd- und in Deutschland als Eigenkapital ein D/NI-Effekt resultieren, welcher eine Besteuerungsinkongruenz herbeiführt. Auf entsprechende Korrespondenzregelungen konnte zum damaligen Zeitpunkt (2009) weder uninoch bilateral zurückgegriffen werden.

Bei Projektion des Sachverhalts auf den aktuellen Gesetzesstand 2016 stellt sich die steuerliche Wirkungsweise des behandelten hybriden Finanzinstruments aufgrund geltender Korrespondenzregeln anders da. Die Outbound-Gestaltung würde keinen D/NI-Effekt mehr ermöglichen, da § 8b Abs. 1 S. 2 KStG n.F. eine Freistellung der gezahlten Vergütung in Deutschland versagen würde, wenn ein gleichzeitiger Betriebsausgabenabzug in Luxemburg erfolgt.[137] Ein Nachweis der deutschen Gesellschaft für eine gegenteilige Behandlung in Luxemburg wäre somit nicht erbringbar. Gestützt wird diese unilaterale Regelung von der Anwendung der neuen Korrespondenzvorschriften für Schachteldividenden im jüngsten DBA D-L vom 23.4.2012. Darin ordnet das Abkommen für den deutschen Ansässigkeitsstaat einen Wechsel von der Freistellung zur Anrechnungsmethode (Art. 22 Abs. 1 lit a) i.V.m. lit. b) DBA D-L n.F.) an, wenn im luxemburgischen Quellenstaat die gezahlte Vergütung abgezogen wurde.[138] Durch die Aufführung des Genussrechts-Begriffs in Art. 10 Abs. 3 DBA D-L n.F. ergibt sich keine divergierende abkommensautonome Auslegung. Da Luxemburg selbst, zwecks Anwendung der MTR, keine Quellensteuer auf die Dividende erhebt, würde die volle Besteuerung der Vergütung in Deutschland erfolgen.

Mit Blick auf die Regelungen der Anti-BEPS Richtlinie der EU sind die Mitgliedsstaaten dazu aufgefordert, bis zum 31.12.2018 zusätzliche Vorschriften gegen den D/NI-Effekt in ihre Rechtssysteme zu implementieren.[139] Dahingehend müsste künftig wohl zunächst Luxemburg – als primäre Maßnahme – den Betriebsausgabenabzug auf Ebene der *Finance S.à r.l* untersagen, um eine korrespondierende Besteuerung herzustellen.

### *b) IRLUX – Profit Participating Instruments*

Innerhalb der IRLUX-Dokumente wird der klassische D/NI-Effekt durch die Nutzung von *Profit Participating Instruments* (PPI) herbeigeführt. Die insgesamt 5 PPI-Gestaltungen ähneln sich sehr in ihrer Struktur, sodass anhand der folgenden Darstellung eines Tax Ruling von 2009 die grundsätzliche Wirkung für diese Auswahl beleuchtet werden kann.[140] Der Sachverhalt wird mittels anteiliger Übertragung des konzerninternen Debitorenbestands durch die *International Finance SA* an die irische Tochtergesellschaft *Irish s.110* eingeleitet.[141] In gleicher Höhe wird der luxemburgischen Muttergesellschaft als Gegenleistung ein PPI („Profit Participating Loan Note Agreement")[142] zugewiesen, woraus letztlich gewinnabhängige Vergütungsansprüche resultieren (Inboundfall aus irischer Sicht).

Für die Klassifizierung des PPI nach luxemburgischen Vorschriften hat eine Einordnung nach den Grundsätzen des Art. 97 LITL zu erfolgen. Demnach ist unter

131 Das Genussrecht ist beschränkt auf eine Beteiligung am Liquidationserlös, welche im Zusammenhang mit den Finanzierungsaktivitäten der luxemburgischen Gesellschaft steht.

132 Vgl. *Käshammer/Kestler*, IStR 2012, 482.

133 Dies bezieht sich auf 100 Prozent eines bereinigten Ergebnisses für Finanzierungsaktivitäten *(Adjusted Profits from Financing Activities)*.

134 Zum diskutierten Betrachtungszeitraum (2009) sind die Vorschriften des DBA D-L vom 26.11.1959 anzuwenden.

135 Vgl. BFH v. 26.8.2010, I R 53/09, BFHE 231, 63.

136 Die Mindestbeteiligung von 25 % zur Anwendung des abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs liegt vor.

137 Für die gewerbesteuerliche Behandlung muss die korrespondierende Behandlung jedoch nicht uneingeschränkt durchgreifen. Weiterführend, vgl. *Nielsen*, IStR 2016, 828.

138 Für eine ausführliche rechtliche Bewertung insbesondere hinsichtlich Genussrechte, siehe *Richter/Reeb*, IStR 2015, 40.

139 Vgl. Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates, ABl. EU 2016, Nr. L 193/13.

140 Stellvertretend: vgl. *ICIJ* (FN 1), Covidien Group, 25.11.2009. Weitere PPI-Gestaltungen: vgl. *ICIJ* (FN 1), HNA Group, 16.12.2009; Livingstone Brothers, 29.7.2009; Permira, 25.11.2009; Sisk Group, 10.3.2010.

141 Der Transfer der Forderungen zwischen diesen beiden Gesellschaften erfolgt zu Buchwerten und löst damit keine steuerlichen Konsequenzen aus.

142 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Covidien Group, 25.11.2009, Appendix 5.

Einbezug der gewinnabhängigen Vergütung und dem nachrangigen Charakter des Finanzinstruments eine dortige Zuordnung zum steuerlichen Eigenkapital gegeben.[143] Im luxemburgischen Empfängerstaat sind somit die resultierenden Einkünfte der *International Finance SA* vorbehaltlich bestimmter Einschränkungen von der Besteuerung auszunehmen (Art. 166 LITL).

Im Hinblick auf die Klassifizierung des PPI in Irland besteht für diese Gestaltung die Besonderheit, dass sogar die Einordnung nach irischem Recht durch das LuxLeaks-Dokument gegeben ist: „It is noted that, […], the PPI will have a „debt" characterization for Irish tax purposes, meaning that yield payable […] will be tax deducted in Ireland by the s.110."[144] Eine solche Fremdkapitalzuordnung in Irland hätte grundsätzlich auch induziert werden können.[145] Allerdings wird auf die Würdigung des irischen Zivilrechts und den daraus resultierenden Konsequenzen für das nationale Steuerrecht, aufgrund der Vorgabe im LuxLeaks-Dokument verzichtet.[146]

Die gegebene Fremdkapitalzuordnung führt zu einer Abzugsfähigkeit der gezahlten Vergütung von der irischen Bemessungsgrundlage der *Irish s.110*. In Übereinstimmung mit der in 2009 geltenden EU Zins- und Lizenzrichtlinie entfällt keine Quellensteuer in Irland auf die Fremdkapitalvergütung an die *International Finance SA*.

Abkommensrechtlich ist das PPI unter den Dividendenbegriff des Art. 9 Abs. 3 DBA L-I a.F.[147] zu subsumieren, womit eine abkommensautonome Auslegung ausscheidet. Da Irland bereits nach nationaler Gesetzgebung keine Quellensteuer erhebt, hat die Regelung des Art. 9 Abs. 2 lit. b) DBA L-I a.F. keine Auswirkung. Des Weiteren wird die Anwendung der Freistellungsmethode durch Luxemburg gemäß Art. 23 Abs. 3 lit. b) DBA L-I a.F. bestätigt, sodass die Besteuerungsinkongruenz bestehen bleibt.

In Projektion des Sachverhalts auf den aktuellen Rechtsstand 2016 würde sich das Wirkungspotenzial des klassischen D/NI-Effektes entscheidend verändern. Im Zuge der jüngsten Änderung der sekundärrechtlichen MTR und der entsprechenden Implementierung in luxemburgisches Recht würde der *International Finance SA* das Privileg der Freistellung verwehrt, da die Vergütung nach dem 1.1.2016 bezogen wurde und diese im Kontrahentenstaat abzugsfähig war (Art. 166 LITL n.F.). Das seit 2014 veränderte Abkommensrecht[148] fordert zwar weiterhin die Freistellung in Luxemburg (Art. 9 i.V.m. Art. 23 Abs. 3 lit. b) DBA L-I n.F.) übt allerdings aufgrund der Schrankenwirkung letztlich keinen Einfluss auf die luxemburgische Einordnung aus. In der Konsequenz wäre mit dem PPI in seiner Gestalt aus 2009 nicht mehr der klassische D/NI-Effekt erzielbar.

Nach Einführung der Anti-BEPS Richtlinie in den EU-Mitgliedstaaten ist spätestens nach dem 31.12.2018 wohl davon auszugehen, dass im dargelegten Sachverhalt die Wirkung des D/NI-Effekts primär durch Irland, mittels Versagung des Betriebsausgabenabzugs auf Ebene der *Irish s.110*, verhindert werden würde.

### *c) IRLUX – Interest Free Loans*

Losgelöst von den geschilderten Abgrenzungsdifferenzen zwischen Eigen- und Fremdkapital und in Abwendung von der Entstehung einer klassischen Besteuerungsinkongruenz wird abschließend auf den gesonderten D/NI-Effekt – instrumentalisiert durch *Interest Free Loans* (IFL) – eingegangen. Dabei wird nicht der dargestellte Qualifikationskonflikt zwischen zwei Steuersystemen, sondern die uneinheitliche Anwendung von Verrechnungspreisregeln thematisiert.[149] In den IRLUX-Dokumenten manifestierten sich *9* IFL-Gestaltungen für den Outboundfall aus irischer Sicht.[150] Stellvertretend wird ein Tax Ruling aus 2010 dargelegt, deren Kernaussagen sich auch auf die IFL-Gestaltungen in den anderen Dokumenten erstrecken.[151]

Zunächst wird konzernintern ein grenzüberschreitendes Darlehen ohne Vergütungsanspruch von einer irischen Kapitalgesellschaft (*Ireland 1*) an eine luxemburgische Finanzierungsgesellschaft (*FinCo Luxembourg*) vergeben.[152] Insoweit resultieren daraus keine Besteuerungsfolgen. In einem zweiten Schritt ist die getroffene Vertragsbeziehung auf mögliche verrechnungspreisrechtliche Anpassungen unter Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes zu überprüfen. Da das Tax Ruling bereits vor Wirksamkeit der irischen Verrechnungspreisregeln (Stichdatum 1.7.2010) erging, ist keine Justierung einer fiktiven Vergütung bei *Ireland 1* vorzunehmen.

Entscheidend für die Wirkung des gesonderten D/NI-Effekts ist die luxemburgische Klassifizierung als Fremdkapital.[153] Durch die ausführliche Darlegung der Charakteristika (keine Beteiligung am Liquidations-

143 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Covidien Group, 25.11.2009, S. 16.

144 Siehe *ICIJ* (FN 1), Covidien Group, 25.11.2009, S. 4.

145 Um die Gesellschaftsform einer *Section 110 Company* als sog. *special purpose vehicle* steueroptimal auszugestalten, wurde ein solches PPI regelmäßig dem Fremdkapital in Irland zugeordnet. Vgl. *Dilloneustace*, Irish Structures for investing in Distressed Assets, 2010, S. 6, 11 f.

146 In den anderen *4* Fällen sind vergleichbare PPI implementiert worden. Bei *2* davon wurde ebenfalls eine irische Fremdkapitalbehandlung dokumentiert. In den anderen *2* Dokumenten lässt sich eine entsprechende Besteuerungsinkongruenz schlussfolgern, da es sich um vergleichbare Instrumente hinsichtlich des dargestellten PPI handelt.

147 Vgl. Income and Capital Tax Treaty between Ireland – Luxembourg from 1972.

148 Vgl. Income and Capital Tax Treaty between Ireland – Luxembourg from 1972 (geändert 2014).

149 Es ist davon auszugehen, dass für diese Instrumente in beiden Staaten eine Fremdkapitalzuordnung erfolgt. Erkennbar hier: *BT Consulting* (FN 67).

150 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Arch Capital Group, 8.2.2010; Ball Corporation, 11.11.2009; Experian, 4.3.2009; Glanbia, 15.7.2009; Glanbia, 10.3.2010; Huhtamäki, 11.11.2009; Livingstone Brothers, 12.3.2010; Shire 14.1.2009; Skype 11.11.2010.

151 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Livingstone Brothers, 12.3.2010.

152 Wiederum wurde diese Gesellschaft zuvor von einer irischen Finanzierungsgesellschaft mittels eines IFL mit Kapital ausgestattet.

153 Bei *2* der *9* IFL-Gestaltungen ist keine finale Würdigung des luxemburgischen Steuerrechts innerhalb der Dokumente erfolgt. Da sich jedoch die Charakteristika der In-

erlös, keine Stimmrechte, gleichrangiger Rückzahlungsanspruch, etc.) erfolgt in Luxemburg eine solche Fremdkapitalzuordnung.[154] Unter Beachtung der luxemburgischen Verrechnungspreisregeln und des Fremdvergleichsgrundsatzes, ist die Zinslosigkeit des IFL – innerhalb der gesetzlichen Grenzen (Art. 56 LITL i.V.m. Art. 164 Abs. 3 LITL) – zu korrigieren. Der resultierende fiktive Zinsaufwand löst einen Abzug bei der steuerlichen Bemessungsgrundlage der *FinCo Luxembourg* ohne korrespondierende Besteuerung auf Ebene der *Ireland 1* aus. Der dadurch entstandene gesonderte D/NI-Effekt wird aufgrund der abkommensrechtlichen Schrankenwirkung auch nicht durch Art. 8 DBA L-I a.F. beschränkt.

Bei Projektion des Sachverhalts auf den aktuellen Rechtsstand ist im Wesentlichen nur auf die Einbettung wirksamer irischer Verrechnungspreisregeln zum 1.7.2010 einzugehen. Seitdem würde eine korrespondierende Behandlung, also eine Berücksichtigung fiktiver Zinseinnahmen[155] auf Ebene der *Ireland 1*, dem Grunde nach gewährleistet. Es würde zu einer Zurechnung bei der irischen Bemessungsgrundlage kommen, sodass der gesonderte D/NI-Effekt nicht bzw. nicht in vollem Maße entstehen kann.[156]

## V. Fazit

Im Rahmen dieses Beitrags wurde die (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente in der LuxLeaks-Datenbank für ausgewählte EU-Staaten untersucht, um zunächst die grundlegende Existenz bestimmter Steuerminimierungseffekte (klassischer und gesonderter D/NI-Effekt) weitestgehend rechtssicher darzulegen und damit der fehlenden Transparenz zu begegnen. Mithilfe dieser Erkenntnisse sollten Rückschlüsse hinsichtlich der Wirkung jüngster Gesetzgebungsänderungen bis zum Rechtsstand 2016 auf EU- und einzelnen nationalstaatlichen Ebenen gewonnen werden. Komplettierend sollte mithilfe einer deskriptiven Analyse der *Tax Rulings*, die rechtstheoretische These einer erhöhten steuerlichen (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente in einer rechtlich-günstigen Länderkonstellation verglichen zu einer Länderkonstellation mit ungünstigeren Rahmenbedingungen überprüft werden.

Einen ersten Anhaltspunkt für die generell gestiegene Bedeutung hybrider Finanzinstrumente lieferte ein Überblick der finanzwirtschaftlichen Hintergründe. Dabei stellte sich heraus, dass sich diese Finanzprodukte zu einer echten Alternative – gegenüber klassischen Kapitalausstattungsarten – entwickelt haben. Hierzu ergab sich eine zunehmende Integration steuerlicher Aspekte. Innerhalb der durchgeführten LuxLeaks-Analyse konnte festgestellt werden, dass in beiden untersuchten Länderkonstellationen eine (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente im untersuchten Zeitraum bestand. Im Detail konnten für *1 %* (bzw. für *1 Tax Ruling*) der DELUX-Fälle und für *23 %* (bzw. *14 Tax Rulings*) der IRLUX-Fälle hybride Finanzinstrumente und die Entstehung (gesonderter) D/NI-Effekte aufgezeigt werden. Die rechtliche Gültigkeit wurde zuvor durch die gesetzlichen Grundlagen für die drei fokussierten Länder (Deutschland, Irland und Luxemburg) gelegt. Mittels Einbindung jüngster Abwehrvorschriften auf nationalstaatlicher Ebene, ließ sich die Wirkungsweise der (gesonderten) D/NI-Effekte auf den aktuellen Gesetzesstand projizieren. Unter Hinzuziehung der fortentwickelten Rechtsgrundsätze würden die damals genutzten Gestaltungen im DELUX- und im IRLUX-Kontext nicht mehr bzw. nicht mehr im vollen Ausmaß greifen. Die entscheidenden Determinanten, welche diesen Steuerminimierungseffekten entgegengewirkt haben, repräsentieren die sekundärrechtliche Anpassung der MTR und die Implementierung wirksamer irischer Verrechnungspreisregelungen.

Dahingehend sind die derzeitigen legislativen Bemühungen gegen die (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente grundsätzlich zu begrüßen. Für die EU-Mitgliedsstaaten ist dabei explizit die zu implementierende Anti-BEPS Richtlinie anzuführen.[157] Diese Neuerungen, welche bis zum 31.12.2018 von den Mitgliedstaaten umzusetzen sind, entgegnen dem steuerlichen Gestaltungsspielraum hybrider Finanzinstrumente innerhalb der EU auf andere Weise, aber mit vergleichbarer Wirkung wie die jüngste Änderung der MTR. Daher wird in den kommenden Monaten vielmehr entscheidend sein, inwieweit sich die Gesetzgebung gegenüber nicht kooperierenden Drittstaaten fortentwickelt. Dahingehend hat die EU-Kommission am 25.10.2016 einen Vorschlag zur Erweiterung der Anti-BEPS Richtlinie hervorgebracht,[158] welcher am 29.5.2017 durch den ECOFIN-Rat angenommen wurde. Die enthaltenden Regelungen folgen den Empfehlungen zu sog. *Linking Rules*, welche im Rahmen der BEPS-Initiative durch die OECD/G20 formuliert worden sind.

Komplettierend wurde mittels eines relativen Vergleichs *(Abbildung 5)* die Tendenz zu einer höheren (Aus-)Nutzung hybrider Finanzinstrumente unter steuerlich günstigen Rahmenbedingungen aufgezeigt. Innerhalb der untersuchten Sachverhalte werden (gesonderte) D/NI-Effekte stärker (aus-)genutzt, wenn das Rechtsverständnis der beteiligten Staaten in Bezug auf hybride Finanzinstrumente entscheidend voneinander abweicht. Diese Erkenntnis bekräftigt zusätzlich die Bedeutung von *Linking Rules*, welche trotz des bestehenden nationalen Verständnisses zu hybriden Finanzinstrumenten auch die Behandlung im Korrespondenzstaat miteinbeziehen, um explizit dem klassischen D/NI-Effekt entgegenzuwirken.

---

strumente zum dargestellten Sachverhalt sehr ähneln, erfolgte im Rahmen der qualitativen Auswertung keine Verwerfung.

154 Vgl. *ICIJ* (FN 1), Livingstone Brothers, 12.3.2010, S. 7 f.

155 Nach irischem Rechtsverständnis ist davon auszugehen, dass die Stellung von *Ireland 1* nicht der eines Gesellschafters entspricht, woraus sich eine grundsätzliche Zuordnung der Vergütung zum Fremdkapital ergibt.

156 Dargestellt anhand eines ähnlich wirkenden Beispiels: vgl. *BT Consulting* (FN 67) S. 2.

157 Vgl. Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates, ABl. EU 2016, Nr. L 193/13.

158 Vgl. Vorschlag zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates v. 25.10.2016, 2016/0339.

Ausbildung und Beruf

# „Looking for FACTs“: Entwicklung der Absolventenzahlen in Finanzierung, Rechnungswesen und Steuerlehre

Dr. MARCUS BRAVIDOR/Prof. Dr. THOMAS LOY, Bayreuth*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Professoren, Teilbereiche & Datenerhebung
1. Identifikation der Hochschulen
2. Identifikation der Professoren und Teilbereiche
3. Verteilung der Professoren und Teilbereiche nach Bundesländern und Hochschultypen
4. Datenerhebung und Einschränkungen
III. Entwicklung der Absolventenzahlen
1. Allgemeine Entwicklung
2. Entwicklung nach Fachbereichen
3. Entwicklung nach Hochschultyp
4. Zwischenfazit
IV. Mögliche Gründe und Implikationen
1. Überblick
2. Internationaler Vergleich
3. Attraktivität der Berufsbilder steigern – auch in Vorlesungen
4. Wer weiß eigentlich, was die Praxis braucht?
5. „Richtungsstreit“ in Rechnungswesen und Steuerlehre
6. Studium und Berufsexamina: Parallelen zur Diskussion um die Reform der Juristenausbildung
7. Konkurrenz mit anderen Fachbereichen
8. Abnehmende Studierfähigkeit?
V. Fazit
VI. Literatur

*Im vorliegenden Beitrag werden die Ergebnisse einer empirischen Erhebung zu den Absolventenzahlen in Controlling, Finanzierung, Rechnungslegung, Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung an deutschen Hochschulen präsentiert. Die insgesamt positive Entwicklung der Absolventenzahlen hat sich in den letzten Jahren umgekehrt und bleibt deutlich hinter der Dynamik der Betriebswirtschaftslehre insgesamt zurück. Insbesondere (Fach-)Hochschulen und der Bereich Finanzierung weisen allerdings weiterhin Wachstum auf. Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung zeigen eine schwach positive Entwicklung, während Rechnungslegung und Controlling einen eher negativen Trend haben. Aufbauend auf diesen Erkenntnissen werden Diskussionsansätze zu möglichen Gründen dieser Entwicklung dargestellt und Ansatzpunkte zur künftigen Entwicklung der Fachbereiche präsentiert.*

*We present empirical evidence on the temporal graduation trends in managerial, financial and tax accounting as well as audit and (corporate) finance in Germany. Overall, we observe a positive trend, which reverses as of lately. Accounting and finance lag behind the positive trend of business economics studies in general. However, Polytechnics and the field of (corporate) finance are still growing. Tax accounting and auditing yield a slightly positive trend whereas graduation in managerial and financial accounting decreases. Based on these results, we discuss possible reasons and present first ideas for educational progression for the subjects in question.*

## I. Einleitung

Bereits seit einigen Jahren warnen insbesondere die Berufsstände der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater vor einem drohenden Nachwuchsmangel. Der Rückgang der Teilnehmerzahlen[1] am Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsexamen um jeweils ca. 40 % in den Jahren 2004 bis 2014 belegt dies anschaulich.[2] Auch die hohe Anzahl an offenen Stellen spricht für eine solche Entwicklung.[3] So überrascht es nicht, dass beide Berufsstände die Nachwuchsgewinnung als strategisches Ziel benannt haben.[4] Die verstärkte Ansprache von Schülern und Studierenden über Imagekampagnen und an Hochschulen ist das wohl sichtbarste Zeichen.[5] Hier lassen sich allerdings zwei Etappen unterscheiden. Im Zeitraum von 2002 bis 2008 wuchs die Anzahl der Wirtschaftsprüfer noch um durchschnittlich 3,5 % p.a., die der Steuerberater um jährlich 2,5 %. Zwischen 2009 und 2015 betrug das durchschnittliche jährliche Wachstum hingegen nur

* *Prof. Dr. Thomas Loy* hat die Juniorprofessur für Wirtschaftsprüfung an der Universität Bayreuth inne. *Dr. Marcus Bravidor* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationale Rechnungslegung an der Universität Bayreuth. Die Verfasser danken *Nils Crasselt*, *Rolf Uwe Fülbier*, *Joachim Gassen*, *Johanna Hey*, *Jan Krüger*, *André Meyer*, *Christina Scharf* und zwei anonymen Gutachtern sowie Teilnehmern der Forschungsseminare an der HU Berlin, LMU München und der Universität Bayreuth für ihre hilfreichen Hinweise. Besonderer Dank gilt allen Professoren sowie hochschulinternen Stellen für die Bereitstellung der Daten zu den Abschlussarbeiten ihrer Institutionen. *Christian Wittmann* hat hervorragende Hilfe bei der Erhebung der Professoren- und Hochschuldaten geleistet. Die Verfasser danken *Curacon*, der *DATEV-Stiftung Zukunft*, *Ebner Stolz* und dem *Genossenschaftsverband Bayern* für finanzielle Unterstützung.

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beide Geschlechter.

2 Vgl. *Bravidor* et al. (2016), S. 1143 f.

3 Vgl. bspw. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (2014).

4 Vgl. *Bundessteuerberaterkammer* (2014a), S. 30 ff., 64 f.; *Loy*/*Bravidor* (2016), S. 48; *Riedlinger* (2015), S. 45; *Ziegler* (2015), S. 14.

5 So die Kampagne „W1RT5CH4FT5PRÜF3R“ (www.wirtschaftsprüfer.de) des *Instituts der Wirtschaftsprüfer*, „Rock deine Zukunft“ (www.rock-deine-zukunft.de) der *Datev* für den Beruf des Steuerberaters und „Mehr als du denkst“ (www.mehr-als-du-denkst.de) der *Bundessteuerberaterkammer* für die Ausbildung zur/zum Steuerfachangestellten; *Institut der Wirtschaftsprüfer* (2015), S. 14–16.

noch 1,3 % bzw. 2,1 %.[6] Bisher sind die Gründe für diese Entwicklung weitestgehend unklar. Insbesondere gibt es keine (empirischen) Belege dafür, ob der Rückgang auf ein abnehmendes Interesse der Berufseinsteiger an den Berufsexamina zurückzuführen ist, oder ob es einen strukturellen Rückgang an Studierenden mit einer entsprechend fachbezogenen Ausbildung gibt. Mithin könnte ein permanenter Rückgang an Studierenden mit einer Studienvertiefung im FACT- (Finance, Accounting, Controlling, Taxation) Bereich eine mögliche Ursache sein. Nachfolgend soll dies weiter untersucht werden.

In diesem Beitrag werden die Ergebnisse einer empirischen Erhebung zu den Absolventenzahlen in betriebswirtschaftlicher Steuerlehre, internem (Controlling) und externem (Rechnungslegung) Rechnungswesen, sowie (Unternehmens-)Finanzierung/Bankbetriebslehre und Wirtschaftsprüfung an Universitäten, (Fach-)Hochschulen sowie dualen Hochschulen/Berufsakademien dargestellt. Bisher existieren hierzu, unseres Wissens, noch keine gesicherten Erkenntnisse. Die offiziellen Statistiken des Statistischen Bundesamtes werden nur bis auf Ebene der Studiengänge (z.B. Bachelor in Betriebswirtschaftslehre), nicht aber der möglichen Vertiefungen, erfasst. Diese Lücke soll durch eine Erhebung der relevanten Zahlen „an der Quelle", d.h. auf Ebene der Lehrstühle und Professuren, geschlossen werden.

Darüber hinaus werden mögliche Gründe und Implikationen dieser Entwicklung diskutiert. Auch in den USA hat *Accounting* als akademische Disziplin mit Vorurteilen in der Bevölkerung und Studierendenschaft zu kämpfen. Jedoch zeichnen sich dort stabile (bzw. sogar steigende) Absolventenzahlen ab. Diese Entwicklung beruht auch auf einer regelmäßigen Reflexion über die Ausbildungsinhalte und -ziele. In jüngerer Zeit hat eine gemeinsame Arbeitsgruppe aus Forschung und Praxis (die sog. *Pathways Commission*) versucht, akademische Lehre im *Accounting* besser mit Erfordernissen der Praxis zu koppeln und im Vergleich zu anderen *Majors* (Vertiefungen) erfolgreich zu positionieren. Auch in Deutschland zeigen sich in anderen Fachbereichen ähnliche Ansätze. Weiterführend werden daher auch Parallelen zur (erneuten) Diskussion um die Reform der deutschen Juristenausbildung aufgegriffen. Daneben werden neuere Entwicklungen (z.B. Studienprogramme gemäß § 13b WPO) und der „Richtungsstreit" in der Rechnungswesenforschung thematisiert.

## II. Professoren, Teilbereiche & Datenerhebung

### 1. Identifikation der Hochschulen

Die Datenerhebung zur Entwicklung der Absolventenzahlen erfolgte in zwei Schritten. Zunächst wurden alle relevanten Institutionen und Personen identifiziert und anschließend per E-Mail zur Absolventenzahl befragt. Zur Identifikation wurden alle staatlichen oder staatlich anerkannten Universitäten, (Fach-)Hochschulen und dualen Hochschulen/Berufsakademien über die Internetauftritte der entsprechenden Kultus- bzw. Wissenschaftsministerien der Bundesländer erfasst.[7]

Insgesamt konnten so 472 Hochschulen identifiziert werden. (Fach-)Hochschulen bzw. Hochschulen für angewandte Wissenschaften sind am weitesten verbreitet (259; 54,9 %), gefolgt von Universitäten (96; 20,3 %), anderen Hochschultypen (z.B. Kunst- oder Musikhochschulen, Theologische Fakultäten; 90; 19,1 %) sowie Dualen Hochschulen bzw. Berufsakademien (27; 5,7 %). Tabelle A 1 im Online-Anhang (FN 7) zeigt die geographische Verteilung nach Bundesländern. Wenig überraschend befinden sich die meisten Hochschulen in den bevölkerungsreichsten Flächenstaaten Baden-Württemberg (82; 17,4 %), Nordrhein-Westfalen (75; 15,9 %) und Bayern (50; 10,6 %).

### 2. Identifikation der Professoren und Teilbereiche

Darauf aufbauend wurden auf den Internetseiten der einzelnen Institutionen systematisch Lehrstühle, Institute, Fachbereiche, Professuren oder einzelne Professoren (Organisationseinheiten) gesucht, die den Bereichen Steuerlehre, Controlling, Rechnungslegung, Finanzierung sowie Wirtschaftsprüfung zuzuordnen sind. Die Einschränkung auf Betriebswirtschaftslehre (BWL) im Allgemeinen und diese Teilbereiche im Speziellen fußt auf der Überlegung, dass Absolventen aus diesen Bereichen am ehesten eine Tätigkeit in Steuerberatung oder Wirtschaftsprüfung bzw. die entsprechenden Berufsexamina anstreben.[8] Die Identifikation erfolgte mittels einschlägiger Begriffe im Namen des Lehrstuhls, Instituts oder Fachbereichs. Eine Auswahl der Schlagworte, und ihre entsprechende Zuordnung zu Teilbereichen, sind Tabelle 1 zu entnehmen.

---

6 Bei den (examinierten) Berufsträgern wächst bereits heute die Altersgruppe 65+ am stärksten. Hält der Trend an, wird diese bereits in wenigen Jahren dominieren. Ähnliche Entwicklungen zeichnen sich in der gesamten Branche (d.h. auch bei (noch) nicht examinierten Beschäftigten) ab. Hier wächst die Altersgruppe 50+ am stärksten. Verschärft wird diese Entwicklung noch durch eine zunehmende Akademisierung bei Beschäftigten im Rechnungswesen in der Industrie, die zudem ein deutlich höheres Durchschnittsalter aufweisen als Beschäftigte in Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung. Trotz eines kurzfristigen Rückgangs der Anzahl prüfungspflichtiger Unternehmen durch die Erhöhung der Schwellenwerte nach § 267 HGB, dürften zunehmende Komplexität der Normen und Spezialisierungstendenzen mittelfristig zu einem verstärkten „war for talents" führen. Vgl. *Bravidor* et al. (2016), S. 1144, 1146–1148.

7 Tabelle A 1 im Online-Anhang (www.steuerrecht.uni-koeln.de/14210.html) umfasst damit auch Institutionen, die sich in privater oder kirchlicher Trägerschaft befinden.

8 So haben 79,4 % der Wirtschaftsprüfer ein betriebswirtschaftliches Studium absolviert, vgl. *Wirtschaftsprüferkammer* (2016a), S. 8. Auch bei den (noch) nicht examinierten Wirtschaftsprüfern überwiegen akademisch vorgebildete Personen, wohingegen der berufspraktische Zugang quasi bedeutungslos ist, vgl. *Bravidor* et al. (2016), S. 1148.

| Schlagwort | Teilbereich |
|---|---|
| Accounting | Controlling (Internes Rechnungswesen)<br>Rechnungslegung (Externes Rechnungswesen) |
| Audit(ing) | Wirtschaftsprüfung |
| Bank | (Unternehmens-)Finanzierung/Bankbetriebslehre |
| Controlling | Controlling (Internes Rechnungswesen) |
| (Corporate) Finance | (Unternehmens-)Finanzierung/Bankbetriebslehre |
| Corporate Governance | Rechnungslegung (Externes Rechnungswesen)<br>Wirtschaftsprüfung |
| Finanzierung | (Unternehmens-)Finanzierung/Bankbetriebslehre |
| Finanzmanagement | (Unternehmens-)Finanzierung/Bankbetriebslehre |
| Finanzwirtschaft | (Unternehmens-)Finanzierung/Bankbetriebslehre |
| Investition | Controlling (Internes Rechnungswesen) |
| Rechnungslegung | Rechnungslegung (Externes Rechnungswesen) |
| Rechnungswesen | Controlling (Internes Rechnungswesen)<br>Rechnungslegung (Externes Rechnungswesen) |
| Risikomanagement | (Unternehmens-)Finanzierung/Bankbetriebslehre |
| Steuerlehre | (Betriebswirtschaftliche) Steuerlehre |
| Steuern | (Betriebswirtschaftliche) Steuerlehre |
| Unternehmensrechnung | Controlling (Internes Rechnungswesen)<br>Rechnungslegung (Externes Rechnungswesen) |
| Versicherungsbetriebslehre | (Unternehmens-)Finanzierung/Bankbetriebslehre |
| Wirtschaftsprüfung | Wirtschaftsprüfung |

**Tabelle 1:** Schlagworte zur Klassifizierung der Teilbereiche der BWL

Bei (Fach-)Hochschulen und dualen Hochschulen/Berufsakademien ist eine Fachbereichsstruktur oftmals nicht vorzufinden. Hier erfolgte die Zuordnung – falls möglich – auf Basis der Lehr- bzw. Forschungsschwerpunkte der einzelnen Professoren.

### 3. Verteilung der Professoren und Teilbereiche nach Bundesländern und Hochschultypen

Bei Betrachtung der 1.243 identifizierten Hochschullehrer nach Hochschultyp ergibt sich ein ähnliches Bild wie bei der Verteilung der Hochschulen.[9] Die meisten Hochschullehrer der einschlägigen Teilbereiche sind in Baden-Württemberg (229; 18,4 %), Bayern (231; 18,6 %) und Nordrhein-Westfalen (222; 17,9 %) ansässig.

Die hohe Anzahl an Professoren an (Fach-)Hochschulen (759; 64,1 %) gegenüber Universitäten (346; 29,2 %) ist auf die unterschiedlichen Organisationsstrukturen zurückzuführen. Das an Universitäten vorherrschende traditionelle Lehrstuhlsystem schränkt die Anzahl der Professorenstellen ein. So besteht für jede der hier relevanten fünf Subdisziplinen – wenn überhaupt – meist nur eine Professur bzw. Lehrstuhl. Oft deckt eine Professur bzw. ein Lehrstuhl sogar mehrere Themenbereiche ab (z.B. Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung, Controlling und Rechnungslegung). Im Gegensatz dazu werden die Teilbereiche an (Fach-)Hochschulen in der Regel von mehreren Professoren vertreten, denen dafür aber kein oder nur ein verhältnismäßig kleiner akademischer Mittelbau zur partiellen Übernahme der Administrations- und Lehrbelastung zur Verfügung steht (d.h. i.d.R. keine eigenen Mitarbeiter). Jedoch ist auch an Universitäten ein Trend hin zu kleineren Lehrstühlen beobachtbar.[10] Dennoch beschäftigen Universitäten im Durchschnitt fünf Professoren aus den relevanten Teilbereichen, Fachhochschulen nur unwesentlich mehr (5,9).[11]

Auf welche Teilbereiche sich die Professoren verteilen, zeigt Tabelle 2.[12] Hier zeigen sich bereits erste strukturelle Unterschiede zwischen Universitäten und anderen Hochschulen. An Universitäten gibt es mehr finanzwirtschaftliche Professuren bzw. Lehrstühle (44,8 %) als solche mit Schwerpunkt auf Steuerlehre (17,6 %), Controlling (30,6 %), Rechnungslegung (32,4 %) oder Wirtschaftsprüfung (17,9 %).[13] Bei anderen Hochschultypen ist das Verhältnis tendenziell eher ausgeglichen (z.B. gibt es an Dualen Hochschulen fast ebenso viele Professuren in Finanzierung wie in Controlling oder Rechnungslegung) oder kehrt sich zu Gunsten von Rechnungswesen, Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung um, wie bei den (Fach-)Hochschulen zu beobachten ist. Somit scheinen sich insbesondere (Fach-)Hochschulen in den Bereichen, die klassischerweise auf die

9 Eine detaillierte Übersicht kann Tabelle A 2 im Online-Anhang (FN 7) entnommen werden.

10 Vgl. bspw. *Eichfelder/Lohmann* (2014) für die betriebswirtschaftliche Steuerlehre. Aus Sicht der Hochschulleitungen scheint dies effizient zu sein, da eine höhere Anzahl an (kleineren) Lehrstühlen bzw. mehr Professuren die Forschungsleistung überproportional erhöht (vgl. *Albers* (2015)).

11 Die relativ niedrige durchschnittliche Anzahl relevanter Professuren an (Fach-)Hochschulen im Vergleich zu Universitäten ist auf die große Heterogenität in diesem Bereich zurückzuführen. Während (Fach-)Hochschulen in staatlicher Trägerschaft meist (weit) über diesem Wert liegen (im Durchschnitt sieben Professuren), verzerren viele kleinere Hochschulen in privater Trägerschaft (im Durchschnitt drei Professuren) das Gesamtbild.

12 Die Differenz bei den Gesamtzahlen im Vergleich zu Tabelle A 2 im Online-Anhang (FN 7) ergibt sich aus Studiendekanen und Fachverantwortlichen, die angeschrieben wurden, wenn an einer Hochschule keine Professoren aus den relevanten Teilbereichen identifiziert werden konnten, die aber bei der Zuordnung zu den Teilbereichen unberücksichtigt bleiben.

13 *Eichfelder/Lohmann* (2014) haben ebenfalls 61 Lehrstühle für betriebswirtschaftliche Steuerlehre in Deutschland identifiziert (S. 88).

| | Steuerlehre | | Controlling | | Rechnungslegung | | Wirtschaftsprüfung | | Finanzierung | | Gesamt |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Universität | 61 | 17,6 % | 106 | 30,6 % | 112 | 32,4 % | 62 | 17,9 % | 155 | 44,8 % | 346 |
| (Fach-)Hochschule | 200 | 26,4 % | 356 | 46,9 % | 357 | 47,0 % | 90 | 11,9 % | 281 | 37,0 % | 759 |
| Duale Hochschule/ Berufsakademie | 19 | 24,4 % | 36 | 46,2 % | 36 | 46,2 % | 12 | 15,4 % | 37 | 47,4 % | 78 |
| Andere Hochschultypen | 1 | 100,0 - % | 0 | 0,0 % | 0 | 0,0 % | 0 | 0,0 % | 0 | 0,0 % | 1 |

**Tabelle 2:** Verteilung der Teilbereiche nach Hochschultypen (Mehrfachnennungen möglich)

Berufszugänge zum Wirtschaftsprüfer und Steuerberater vorbereiten, zu engagieren. An Universitäten liegt der Schwerpunkt tendenziell auf finanzwirtschaftlichen Themen. Dies lässt umgekehrt vermuten, dass (Fach-)Hochschulen für die Ausbildung des berufsständischen Nachwuchses von hoher und weiter zunehmender Bedeutung sind.

## 4. Datenerhebung und Einschränkungen

Um die Datenerhebung über alle Hochschultypen hinweg möglichst gleichmäßig zu gestalten, wurden alle identifizierten Professoren im Mai 2015 per E-Mail kontaktiert. Auf Grundlage einer standardisierten Excel-Tabelle wurde um Rückmeldung der Anzahl der betreuten Abschlussarbeiten (Diplom-, Bachelor-, Masterarbeiten, Promotionen, etc.) zwischen dem Wintersemester 2000/2001 und Sommersemester 2014 gebeten. Es folgten zwei Erinnerungsschreiben im Juli und August 2015. Sofern als Rückmeldung andere Ansprechpartner genannt wurden (z.B. Prüfungsamt, Studierendenbüro, Studiengangsmoderator), wurden diese separat kontaktiert.

Die Auswahl der Abschlussarbeiten als Näherungsgröße zur Anzahl der Absolventen ergab sich aus vier wesentlichen Gründen: (1) Abschlussarbeiten dürften in der Regel die letzte Prüfungsleistung im Rahmen eines Studiums darstellen,[14] (2) jede(r) Studierende muss eine Abschlussarbeit anfertigen und tut dies erwartungsgemäß in dem Bereich, in dem sie (er) auch tätig werden will, (3) die Anzahl der betreuten Abschlussarbeiten muss an vielen Hochschulen ohnehin für interne Zwecke (z.B. Lehrstatistik, leistungsorientierte Mittelvergabe) erhoben werden und ist (4) zudem verlässlicher bestimmbar als andere mögliche Größen (z.B. Anzahl der Studierenden in Vertiefungskursen, etc.).

Kritisch zu hinterfragen ist, inwieweit anhand der Abschlussarbeiten Rückschlüsse auf die Studienvertiefung gezogen werden können. Zum einen mag dies insbesondere an Hochschulen, an denen es mehrere Lehrstühle oder Professuren aus dem FACT-Bereich gibt, die sich in ihrer inhaltlichen Ausrichtung überschneiden, schwierig erscheinen. In diesen Fällen dürften andere Faktoren (z.B. Noten in Veranstaltungen des Lehrstuhls oder der Professur, Sympathie gegenüber der/dem Betreuenden) auch eine gewichtige Rolle spielen. In der Tat könnten derartige Faktoren die Ergebnisse im Einzelfall beeinflussen. Um dieser Einschränkung soweit möglich zu begegnen, können die Abschlussarbeiten eines Lehrstuhls oder einer Professur auch mehreren Teilbereichen zugeordnet werden, insofern sich aus der Lehrstuhldenomination oder der Lehr- und Forschungsbeschreibung einer Professur Anhaltspunkte für eine Zuordnung zu mehreren Bereichen ergeben. Zum anderen kann die Ausgestaltung eines Studiengangs die Wahl des Lehrstuhls oder der Professur für Abschlussarbeit beeinflussen. Zwischen den Hochschulen zeigen sich vor allem Unterschiede bei der Spezialisierung der einzelnen Studienangebote. Universitäten bieten in der Regel generalistisch ausgerichtete Bachelorstudiengänge, die eine fachliche Vertiefung nur in eingeschränktem Umfang zulassen, teilweise sogar ganz auf diese verzichten. Masterstudiengänge haben hier eine Korrektivfunktion, sind sie doch in der Regel expliziter auf fachliche Spezialisierung ausgelegt. An (Fach-)Hochschulen werden im Gegensatz dazu häufig direkt eher spezialisierte Bachelor- *und* Masterstudienfächer angeboten. Insbesondere bei fachlich breit angelegten Studiengängen vermag die Wahl des Fachbereichs der Abschlussarbeit auch von anderen Faktoren als der künftigen beruflichen Tätigkeit beeinflusst sein. Dennoch ist u.E. nicht zu erwarten, dass ein großer Teil der Studierenden zwischen Bachelor- und Masterstudium den Studienschwerpunkt – indiziert durch die Wahl des Lehrstuhls oder Professur für die Abschlussarbeit – verändert. Vielmehr dürften derartige Effekte von anderen Studierenden, die bspw. eine berufliche Zukunft in einem der hier relevanten Teilbereiche anstreben, aber die Abschlussarbeit nicht an einschlägigen Lehrstühlen oder Professuren anfertigen, kompensiert werden. Ein drittes Problem ergibt sich aus den unterschiedlichen Praktiken zur Verteilung von Abschlussarbeiten auf Lehrstühle, Professuren, etc. Einige Hochschulen sehen hier zentrale Vergabemechanismen auf Fakultätsebene vor. Auch haben einige Lehrstühle entsprechende Quota für die Betreuungsleistung der einzelnen Mitarbeiter. Derartige Mechanismen können die vorliegende Arbeit in zweierlei Hinsicht beeinflussen. Zum einen werden an bei Studierenden besonders beliebten Lehrstühlen weniger Abschlussarbeiten betreut als dies ob studentischer Nachfrage möglich wäre. Sofern die Studierenden dann zu anderen (Nicht-FACT) Lehrstühlen ausweichen (müssen), wird vorliegend die Anzahl der tatsächlich FACT-interessierten Absolventen unterschätzt (sog. false negatives). Im umgekehrten Studierenden i.d.R. an dieser letzten Hürde auch nicht mehr scheitern.

14 In einigen Fällen folgen der Abschlussarbeit weitere Prüfungsleistungen (z.B. mündliche Prüfung, Examen). Allerdings lässt anekdotische Evidenz vermuten, dass die meis-

ten Fall kann eine solche fakultätsinterne Allokation der Abschlussarbeiten aber auch den Zulauf zu andernfalls weniger gefragten Lehrstühlen erhöhen. An diesen würde dann nicht FACT-interessierte Studierende als FACT-Absolventen gezählt (sog. false positives). Aufgrund der vorliegend aggregierten Auswertung auf Ebene der Teilbereiche bzw. Hochschultypen heben sich die daraus resultierenden gegenläufigen Effekte auf. Insofern eine der beiden Ausprägungen überwiegt, führt dies zu einer Unter- (zu hohe Nachfrage nach FACT-Abschlussarbeiten) bzw. Überzeichnung der Absolventenzahl (zu geringe Nachfrage nach FACT-Abschlussarbeiten). Eine abschließende Aussage zu den Wirkungen dieses Problems ist nicht möglich, da keine umfänglichen Informationen zu hochschul-, fakultäts- oder lehrstuhlbezogenen Vergabeverfahren oder Quota vorliegen. Zum anderen ist es möglich, dass ein solcher Mechanismus besteht, aber nicht alle vorhandenen (Betreuungs-)Kapazitäten ausgenutzt werden. Insofern sich die FACT-Lehrstühle geringerer Beliebtheit erfreuen, würde die geringe Absolventenzahl bzw. ein Rückgang dieser deutlich. Eine hohe Beliebtheit würde aber durch eine etwaige Obergrenze aufgefangen. Diese Asymmetrie kann zur Folge haben, dass die Ergebnisse tendenziell ein negativeres Bild der Entwicklung zeichnen als tatsächlich zu beobachten ist.

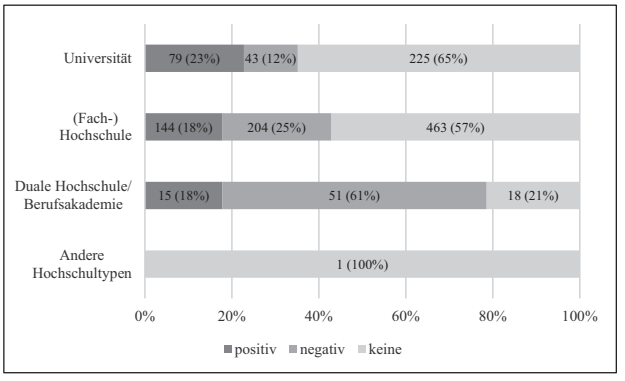


**Abbildung 1:** Rücklauf nach Hochschultypen

Insgesamt wurden, wie oben bereits dargestellt, 1.243 identifizierten Ansprechpartner kontaktiert. Sofern kein Hochschullehrer in einem der relevanten Teilbereiche identifiziert werden konnte, wurden Studiendekanate, Fachbereichsleiter, etc. angesprochen. Von 19,15 % der angesprochenen Professoren bzw. Institutionen wurden die gewünschten Daten zur Verfügung gestellt, wenngleich in den meisten Fällen nicht für den gesamten Zeitraum. Wie Abbildung 1 zu entnehmen ist, zeigt sich bei der Rücklaufquote eine Divergenz zwischen Universitäten (23 %) sowie Fach- und Dualen Hochschulen (jeweils 18 %). Eine mögliche Ursache kann in der stärkeren Zentralisierung von (Fach-)Hochschulen gesehen werden. Dort werden die relevanten Daten häufig von zentralen Stellen (z.B. Studierendenbüro) aufbereitet, die nur ein geringeres Interesse an der Entwicklung eines spezifischen betriebswirtschaftlichen Teilbereichs haben. Somit sinkt auch die Motivation zur Teilnahme an einer vergleichsweise aufwendigen Studie. In einigen Fällen wurden die Daten für bestimmte Personengruppen (Fachbereiche) oder auf Grundlage von Studiengängen zur Verfügung gestellt. War dadurch eine personenbezogene Zuordnung nicht möglich, wurde zur Berechnung der Rücklaufquote vereinfachend angenommen, dass diese Daten sich auf alle Personen der jeweiligen Hochschule bzw. des Fachbereichs beziehen. Hinsichtlich der einzelnen Teilbereiche (Abbildung 2) zeigt sich ein besonders hoher Rücklauf in den Bereichen Wirtschaftsprüfung (32 %) sowie Rechnungslegung (25 %) und Steuerlehre (24 %). Hier gilt analog, dass Hochschullehrer, die stärker mit den Berufsständen der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater verbunden sind, auch eher an einer spezifischen Befragung teilnehmen. Umgekehrt zeigt sich dies in der besonders geringen Rücklaufquote (14 %) bei den angeschriebenen Hochschullehrern aus dem Bereich der Finanzierung.

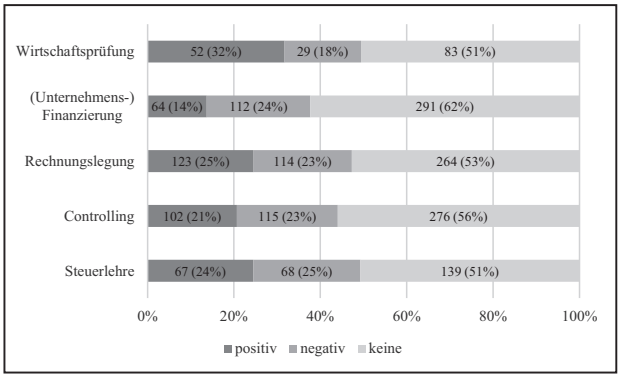


**Abbildung 2:** Rücklauf nach Teilbereichen

Aufgrund der unterschiedlichen Organisationsformen der einzelnen Hochschultypen, aber auch zwischen den jeweils einzelnen Hochschulen, ist die Auswertung und Interpretation der Daten nur in aggregierter Form möglich. So wird die Anzahl der Absolventen oder Abschlussarbeiten an vielen Hochschulen, insbesondere Universitäten, nicht getrennt nach Studienvertiefungen erfasst. Der Rückgriff auf einzelne Lehrstühle ist nur dann möglich, wenn die relevanten Daten dort zu Zwecken eigener Statistiken vorgehalten werden. Ein Gesamtbild der Hochschule lässt sich aber nur zeichnen, wenn alle identifizierten Lehrstühle Daten zur Verfügung stellen. Eine solche vollständige Abdeckung ist leider nur in wenigen Fällen gelungen. An Fach- und Dualen Hochschulen werden Abschlussarbeiten oftmals auch von hochschulexternen Praxisvertretern betreut. Diese Arbeiten lassen sich über eine lehrstuhl- oder personenbezogene Erhebung nicht greifen, da der Betreuer über die Website i.d.R. nicht identifizierbar ist. Dafür kann die Anzahl der Absolventen allerdings auf Ebene der Studiengänge bestimmt werden. Aufgrund der spezialisierten Studienangebote vieler Fach- und Dualen Hochschulen ist hier meist auch eine direkte Zuordnung zu den relevanten Teilbereichen möglich. Dennoch verhindert diese heterogene Datenbasis einen Vergleich mit anderen hochschulspezifischen Daten. So könnte ein Rückgang bei der Anzahl der Abschlussarbeiten auch auf einen Rückgang der Studierendenzahlen an einer Hochschule insgesamt zurückzuführen sein. In Anbetracht kontinuierlich steigender Absolventenzahlen in der BWL (siehe unten) erscheint dieser alternative Erklärungsansatz aber wenig wahrscheinlich. Ein weiteres Problem stellt der Personalwechsel an Hochschulen dar. Die vorliegende Untersuchung wurde auf

Basis der Professoren und Lehrstühle im Wintersemester 2014/15 durchgeführt. Bedingt durch Hochschulwechsel, Emeritierungen/Pensionierungen, etc. während des Untersuchungszeitraums entstehen weitere Datenlücken. Daten zu Abschlussarbeiten von Professoren, die nicht mehr an der Hochschule tätig sind, stehen den Nachfolgern (so es sie gibt) i.d.R. nicht zur Verfügung.

Nachfolgend wird aus diesen Gründen auf eine regionale oder gar hochschulspezifische Auswertung verzichtet. Insbesondere sei darauf hingewiesen, dass vorliegend keine vollständige Analyse der Absolventenzahlen erfolgt. Die Ergebnisse sind eher als (tendenziell generalisierbare) Trendaussagen zu interpretieren.

| Berücksichtigung von Doppelzählungen | Zeitreihe | | |
|---|---|---|---|
| | *Gesamt*<br>Gesamtanzahl aller Absolventen<br>(inkl. möglichen Doppelerfassungen von Masterstudierenden)<br>*4 Jahre* | *Gesamt*<br>Gesamtanzahl aller Absolventen<br>(inkl. möglichen Doppelerfassungen von Masterstudierenden)<br>*8 Jahre* | *Gesamt*<br>Gesamtanzahl aller Absolventen<br>(inkl. möglichen Doppelerfassungen von Masterstudierenden)<br>*12 Jahre* |
| | *Korrigiert*<br>Korrigierte Anzahl der Absolventen<br>(Gesamtanzahl abzüglich Masterabsolventen in t+2)<br>*4 Jahre* | *Korrigiert*<br>Korrigierte Anzahl der Absolventen<br>(Gesamtanzahl abzüglich Masterabsolventen in t+2)<br>*8 Jahre* | *Korrigiert*<br>Korrigierte Anzahl der Absolventen<br>(Gesamtanzahl abzüglich Masterabsolventen in t+2)<br>*12 Jahre* |

**Abbildung 3:** Ausprägungen der Analyse

Darüber hinaus wird bei der Auswertung nach zwei grundlegenden Dimensionen differenziert (Abbildung 3). Zum einen werden eine Gesamtzahl sowie eine korrigierte Anzahl an Absolventen angegeben. Dies ist notwendig, da jeder Masterabsolvent zuvor ein anderes Studium absolviert haben muss. Üblicherweise dürfte es sich dabei um ein Bachelorstudium handeln. Masterabsolventen werden dementsprechend doppelt erfasst. Zunächst als Absolventen des grundständigen (Bachelor-)Studiums, sowie bei Abschluss des (konsekutiven) Masterstudiums. Um diesem Problem zu begegnen, werden die Absolventenzahlen in einem Jahr um die Anzahl der Masterabsolventen zwei Jahre später korrigiert. Dies entspricht der Regelstudienzeit der Masterstudiengänge in Deutschland.[15] Die Korrektur erfolgt dabei stets auf der höchstmöglichen Aggregationsstufe. Wird bspw. der FACT-Bereich insgesamt betrachtet, erfolgt die Subtraktion der Summe aller FACT-Masterabsolventen in Periode t+2 von der Summe der FACT-Bachelorabsolventen in Periode t; bei Betrachtung eines Teilbereichs (z.B. Controlling) der korrespondierenden Summe der Bachelor- (in Periode t) und Masterabsolventen (in Periode t+2), die diesem Teilbereich zugeordnet werden. Somit sollen verzerrende Einflüsse, die sich aus dem Studienverhalten der Absolventen ergeben, soweit möglich, ausgeschlossen werden.[16] Zum anderen werden lang- (12 Jahre), mittel- (8 Jahre) und kurzfristige (4 Jahre) Zeitreihen betrachtet. Im Rahmen der Datenerhebung konnten aus den oben genannten Gründen nur wenige sehr lange Zeitreihen gewonnen werden. Daher werden die drei genannten Zeitreihen unterschieden. In die jeweilige Zeitreihe gehen die Daten aller Lehrstühle, Professuren, Institutionen oder Studiengänge ein, für welche die Absolventenzahlen im jeweiligen Betrachtungszeitraum durchgehend vorliegen. Dies bedeutet bspw., dass in der kurzfristigen Zeitreihe die größte Abdeckung erreicht wird und folglich auch die höchsten Absolventenzahlen ausgewiesen werden. Dieses Vorgehen erscheint aus zwei Gründen sinnvoll. Zum einen lässt sich ein Ausgleich zwischen längerfristigen Trendaussagen und der Repräsentativität der Ergebnisse erzielen. Zum anderen beginnt die kurz-

15 Die Regelstudiendauer für den überwiegenden Anteil an Masterstudiengängen (6.247 von 8.099) beträgt vier Semester, vgl. *Hochschulrektorenkonferenz* (2015), S. 17. Die tatsächliche Studiendauer beträgt im Median 7,6 Semester bis zum Bachelor- und 12,3 Semester bis zum Masterabschluss, vgl. *Statistisches Bundesamt*, Nichtmonetäre hochschulstatistische Kennzahlen, Fachserie 11 Reihe 4.3.1 Tabelle 15.1, verfügbar unter: http://goo.gl/9EAZVD. Ein Masterstudium dauert somit im Median 4,7 Semester. Die Differenz zweier Mediane entspricht nur im Fall gleicher Verteilungen dem Median der Differenz, jedoch stellt das *Statistische Bundesamt* hier ausschließlich Medianwerte zur Verfügung. Aufgrund der eingeschränkten Datenverfügbarkeit und zur Vereinfachung wird hier dennoch ein Versatz von vier Semestern unterstellt.

16 Eine Korrektur auf Ebene der Lehrstühle oder Professuren erfolgt explizit nicht. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die Studierenden nur zwischen den in der Stichprobe enthaltenen Lehrstühlen/Professuren und Hochschulen wechseln. Nachteilig an dieser Annahme ist die fehlende Berücksichtigung sämtlicher Wechsel von Studienschwerpunkt und -fach sowie Hochschultyp und -land zwischen Bachelor- und Masterstudium. Es existieren allerdings unseres Wissens keine hochschul- oder fachspezifischen Statistiken, die einen Ansatzpunkt für die Berücksichtigung dieser Faktoren bei der Analyse liefern könnten. Auch die Lehrstühle, Professuren, Institute, etc. verfügen i.d.R. nicht über diese studierendenspezifischen Daten. Letztlich problematisch ist die sich daraus ergebende Verzerrung nur, wenn unterstellt wird, dass die Absolventen der in der Stichprobe enthaltenen Lehrstühle und Professuren ein systematisch anderes Wechselverhalten hinsichtlich der oben genannten Faktoren aufweisen als die Grundgesamtheit aller BWL- bzw. FACT-Studierenden. Aus unserer Sicht gibt es dafür keine Anhaltspunkte. Auch wenn zu vermuten stünde, dass es leichte systematische Verzerrungen gibt, ist die Korrektur um die Masterstudierenden in Periode t+2 ein gegenüber der bloßen Betrachtung der absoluten (nicht korrigierten) Absolventenzahlen zu präferieren. Die absolute Absolventenzahl spiegelt nur dann das tatsächliche Absolventenpotential wider, wenn alle Bachelorabsolventen in der Stichprobe systematisch ein Masterstudium außerhalb des FACT-Bereichs absolvieren und alle Masterabsolventen, im Gegenzug, ein Bachelorstudium außerhalb des FACT-Bereichs absolviert haben. Hinsichtlich der empirischen Prüfung der genannten Annahmen ergibt sich eine Möglichkeit beim Wechsel zwischen den Hochschultypen. In hier nicht dargestellten Analysen zeigt sich, dass das Verhältnis der Masterstudierenden zu Bachelorstudierenden zwei Jahre zuvor für die Hochschulen in der Stichprobe deutlich geringer ist als für alle Hochschulen in Deutschland. Studierende verlassen zum Masterstudium also eher die Hochschulen in der Stichprobe. Die tatsächliche (korrigierte) Absolventenzahl wird somit tendenziell überzeichnet. Im Hinblick auf die Interpretation der Ergebnisse bedeutet dies, dass der Trend eher (noch) negativer ist, als hier im Weiteren dargestellt.

fristige Zeitreihe erst im Jahr 2011 und ist somit in geringerem Maße anfällig für Verzerrungen, die sich aus der Umstellung auf Bachelor- und Masterstudiengänge (sog. „Bologna-Reformen") ergeben könnten.[17]

## III. Entwicklung der Absolventenzahlen

### 1. Allgemeine Entwicklung

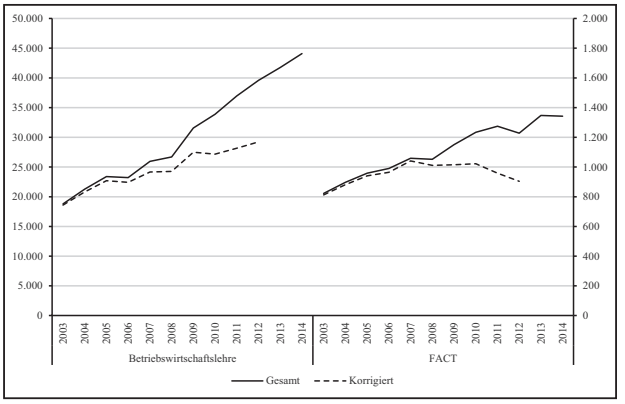


**Abbildung 4:** Entwicklung der Absolventenzahlen für das Fach „Betriebswirtschaftslehre"

Um die Entwicklung der Absolventenzahlen in Controlling, Rechnungslegung, Steuerlehre, Finanzierung und Wirtschaftsprüfung besser einordnen zu können, wird zunächst die Entwicklung für die gesamte BWL betrachtet. Die Absolventenzahlen auf Ebene der Studiengänge werden vom Statistischen Bundesamt erhoben.[18] Abbildung 4 (linke Seite) zeigt die Entwicklung der Gesamtzahl an BWL-Absolventen aus Diplom-, Lehramts-, Bachelor- und Masterstudiengängen an Universitäten und (Fach-)Hochschulen. Die Gesamtzahl (durchgehende Linie) ist zwischen 2003 und 2014 von 18.789 auf 44.095 gestiegen, was einem Zuwachs von 135 % entspricht. Zu beachten ist allerdings, dass Masterabsolventen sowohl nach dem Bachelor- als auch nach dem Masterabschluss gezählt werden. Mithin kommt es zu einer Doppelerfassung. Daher wurde die Gesamtzahl in einem Jahr um die Anzahl der Masterabsolventen zwei Jahre später korrigiert. Ohne die Doppelerfassungen (gestrichelte Linie) steigt die Absolventenzahl im Betrachtungszeitraum immerhin noch um 57 % (von 18.586 auf 29.243).[19] Somit zeigt sich für die BWL insgesamt ein beständiger Zuwachs an Absolventen. Daraus kann aber keine zunehmende (relative) Beliebtheit des Studienfachs abgeleitet werden. Der Anteil der BWL-Absolventen an den Absolventen aller Studienrichtungen schwankt im Beobachtungszeitraum zwischen 9,6 % und 10,6 % (Mittelwert: 10,0 %; Standardabweichung: 0,3 %).[20]

Auf der rechten Seite von Abbildung 4 ist die korrespondierende Entwicklung für die Teilbereiche Controlling, Rechnungslegung, Steuerlehre und Finanzierung (FACT) abgetragen. Hier zeigt sich ein anderes Bild. Während die Gesamtanzahl an Absolventen zwischen 2003 und 2014 von 822 auf 1.342 (+ 63 %) gestiegen ist, zeigt die korrigierte Anzahl lediglich ein Wachstum von 11 % (812 auf 904). Um die Entwicklung zwischen der BWL insgesamt und den hier relevanten Teilbereichen besser vergleichen zu können, werden die Absolventenzahlen in Abbildung 5 und allen folgenden Abbildungen als Indexwerte zum Basisjahr 2003 (12 Jahre), 2007 (8 Jahre) bzw. 2011 (4 Jahre) abgetragen.[21] Hier wird die zuvor dargestellte Entwicklung nochmals deutlich. Von besonderem Interesse ist die nachlassende mittelfristige Dynamik in den Jahren 2007 bis 2014 (8 Jahre). Während die Anzahl (korrigiert) der BWL-Absolventen um 70 Punkte (21 Punkte) steigt, zeigt sich im FACT-Bereich bei der korrigierten Anzahl gar ein Unterschreiten des Ausgangsniveaus (96 Punkte). Die kurzfristige Betrachtung bestätigt dieses Bild.

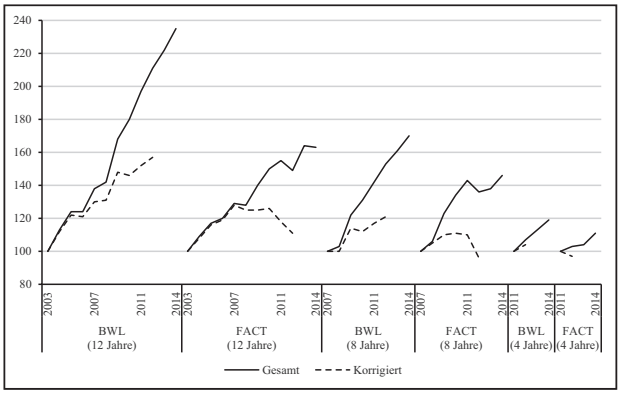


**Abbildung 5:** Relative Entwicklung der Absolventenzahlen für das Fach „Betriebswirtschaftslehre" und die relevanten Teildisziplinen im Vergleich. Basiswert 100 im Jahr 2003 (12 Jahre), 2007 (8 Jahre) bzw. 2011 (4 Jahre)

Insgesamt zeigt sich ein im Zeitverlauf konstantes Interesse am Studienfach BWL, gemessen am Anteil an

17 Abbildung A 1 im Online-Anhang (FN 7) zeigt die absolute Entwicklung der Absolventenzahlen nach Abschlusstyp. Hier zeigt sich zum einen, dass es im Jahr 2011 erstmals mehr Bachelor- als Diplomabsolventen gab. Dies bestätigt die Annahme, dass die kurzfristige Zeitreihe am besten geeignet ist, um mögliche Umstellungseffekte auszuschließen. Zum anderen scheint sich die verkürzte Regelstudienzeit des Erststudiums – zumindest im FACT-Bereich – nicht in höhere Studierendenzahlen zu übersetzen. So kompensiert die Zunahme an Bachelorabsolventen sowohl in der zwölf- als auch in der achtjährigen Zeitreihe ziemlich genau den Rückgang bei Diplomabsolventen. Insgesamt erscheint ein möglicher „Bologna-Effekt" somit eher von geringem Erklärungsinhalt für die vorliegende Forschungsfrage.

18 Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Prüfungen an Hochschulen, Fachserie 11 Reihe 4.2 Tabelle ZUS-06, verfügbar unter: https://goo.gl/06Sfsp.

19 2014 entfielen 26,2 % der Absolventen auf die Hochschulen, die an der Befragung teilgenommen haben. Gegenüber 2003 (2008) hat sich die Absolventenzahl um 25 % (23 %) erhöht. Die für diese Auswertung notwendigen Daten wurden vom *Statistischen Bundesamt* im Rahmen einer Sonderauswertung zur Verfügung gestellt.

20 Für die um Masterabsolventen korrigierten Zahlen ergeben sich Anteile zwischen 9,4 % und 10,4 % (Mittelwert: 9,8 %; Standardabweichung: 0,3 %). Berechnung auf Basis der Daten aus FN 1 sowie der dortigen Tabelle ZUS-01.

21 Zur besseren Einordnung der Trends sind alle nachfolgenden Abbildungen auch auf Basis absoluter Absolventenzahlen in den Abbildungen A 2 bis 7 im Online-Anhang (FN 7) zu finden.

den Absolventen aller Studiengänge. Damit verbunden ist ein stetiges Wachstum der Absolventenzahlen. Die hier relevanten Teilbereiche Controlling, Rechnungslegung, Steuerlehre sowie Finanzierung können an dieser positiven Entwicklung nur eingeschränkt partizipieren. Es zeigt sich ein deutlich geringeres Wachstum, das kurzfristig stagniert bzw. sogar negativ wird. Im nächsten Schritt wird analysiert, inwieweit diese Entwicklung die einzelnen relevanten Teilbereiche trifft.

## 2. Entwicklung nach Fachbereichen

Zwischen den Teilbereichen zeigt sich ein heterogenes Bild. Rechnungslegung (2003: 519; 2014: 793) und Controlling (459; 719) stellen innerhalb der Stichprobe die absolventenstärksten Teilbereiche dar. Steuerlehre (320; 432) und Wirtschaftsprüfung (304; 408) weisen deutlich geringere Werte auf. In Anbetracht der Vielzahl an finanzwirtschaftlichen Lehrstühlen und Professuren (siehe oben) dürfte die geringe Absolventenzahl im Teilbereich Finanzierung (384; 585) wohl eher die unterdurchschnittliche Rücklaufquote (vgl. Abschnitt II.4) denn ein geringes studentisches Interesse repräsentieren. Auch im Hinblick auf diese strukturellen Unterschiede wird nachfolgend ausschließlich die relative Entwicklung (Trend) analysiert.

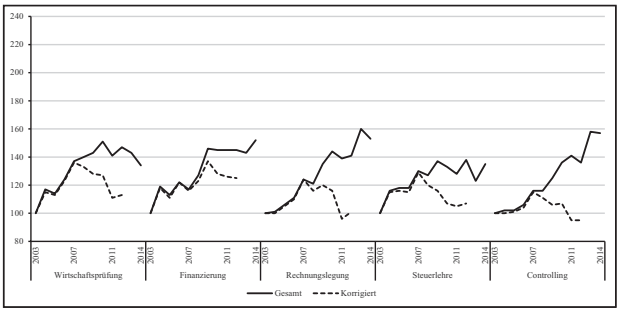


**Abbildung 6:** Relative Entwicklung der Absolventenzahlen innerhalb der einzelnen Teilbereiche zwischen 2003 und 2014 (12 Jahre)

Langfristig (Abbildung 6) steigen die absoluten Absolventenzahlen im Controlling um 57 %, in der Rechnungslegung um 53 %, in der Finanzierung um 52 %, in der Steuerlehre um 35 % und in der Wirtschaftsprüfung um 34 %. Bei Korrektur um Studierende, die konsekutiv ein Masterstudium anschließen, verbleiben allein die Bereiche der Finanzierung (25 %) und Wirtschaftsprüfung (13 %) mit einem zweistelligen Wachstum. Steuerlehre (7 %) und Rechnungslegung (1 %) weisen zumindest noch ein geringes positives Wachstum auf, während im Controlling (–5 %) ein Rückgang der Absolventenzahl zu verzeichnen ist. Insgesamt bewegen sich alle Teilbereiche deutlich unterhalb der Wachstumsraten der BWL-Absolventen.

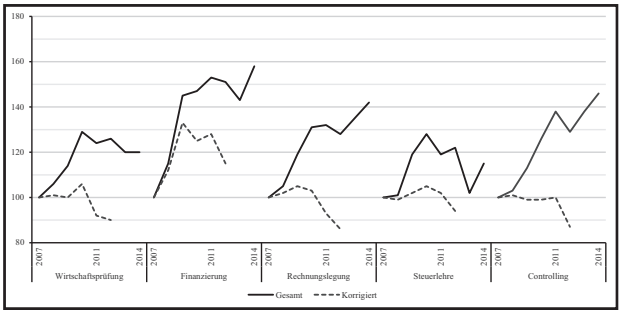


**Abbildung 7:** Relative Entwicklung der Absolventenzahlen innerhalb der einzelnen Teilbereiche zwischen 2007 und 2014 (8 Jahre)

Auch bei einer mittelfristigen Betrachtung der Jahre 2007 bis 2014 (Abbildung 7) erhöht sich die absolute Anzahl an Absolventen in allen Teilbereichen: Finanzierung (+58 %), Controlling (+46 %), Rechnungslegung (+42 %), Wirtschaftsprüfung (+20 %) und Steuerlehre (+15 %). Bei Korrektur um Bachelorabsolventen, die ein Masterstudium anschließen, verzeichnet allein die Finanzierung (+15 %) ein Wachstum. In allen anderen Bereichen sinken die Absolventenzahlen: Steuerlehre (–6 %), Wirtschaftsprüfung (–10 %), Controlling (–13 %) und Rechnungslegung (–14 %). Das Interesse an allen Bereichen des Rechnungswesens hat also in jüngerer Zeit nachgelassen. Alle Teilbereiche – außer der Finanzierung – zeigen somit mittelfristig sogar eine gegenläufige Entwicklung zur gesamten BWL.

Eine Betrachtung des kurzfristigen Trends (Abbildung A 8 im Online-Anhang (FN 7)) legt nahe, dass dies auch auf absehbare Zeit so bleiben wird. So zeigen Finanzierung und Rechnungslegung seit 2013 sowie Steuerlehre und Controlling in 2014 (absolut) eine deutlich positive Tendenz. Allerdings verbleiben bei Korrektur um Studierende, die ein konsekutives Masterstudium aufnehmen, nur Steuerlehre (+7 %), Wirtschaftsprüfung (+2 %) und Finanzierung (+1 %) mit moderatem Wachstum.

## 3. Entwicklung nach Hochschultyp

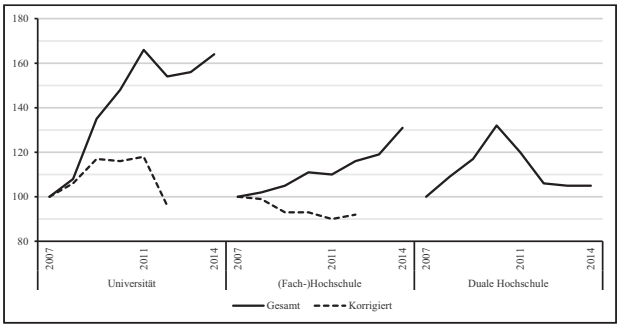


**Abbildung 8:** Relative Entwicklung der Absolventenzahlen nach Hochschultyp zwischen 2003 und 2014 (12 Jahre)

Im Vergleich der Hochschultypen zwischen den Jahren 2003 und 2014 lässt sich der Effekt der Bologna-Reformen bei der Gesamtzahl der Absolventen deutlich erkennen (Abbildung 8). So steigen die Absolventenzahlen an Universitäten und (Fach-)Hochschulen seit dem Jahr 2011 spürbar an. Da die meisten Hochschulen zum Wintersemester 2006/2007 die ersten Bachelorstudiengänge gestartet haben, schlossen die ersten Absolventen im Sommersemester 2011 ihr Masterstudium ab. Bei Berücksichtigung der konsekutiven Masterstudiengänge zeigt sich insbesondere bei den Universitäten eine deutlich abweichende Entwicklung. Während sich die Gesamtzahl an Absolventen im Betrachtungszeitraum mehr als verdoppelt (+120 %), zeigt die korrigierte Anzahl lediglich ein Wachstum von 27 %. Bei den (Fach-)Hochschulen zeigt sich ein deutlich geringeres Wachstum von 58 % bei allen Absolventen bzw. nur 8 % bei Korrektur um Masterstudierende. Eine mögliche Erklärung für die vergleichsweise größere Dynamik der Universitäten sind Studierende, die für ihr Masterstudium von (Fach-)Hochschulen an Universitäten wechseln.[22] Allerdings wendet sich dieser Trend in jüngerer Zeit, wie in Abbildung 8 deutlich zu erkennen ist. Mittelfristig sollte dies zwar durch die Absolventen aus den studierendenstarken doppelten Abiturjahrgängen kompensiert werden, allerdings besteht dem Trend der vergangenen Jahre folgend wenig Aussicht auf eine vollständige Erholung. Vor allem an den Universitäten zeigt sich nach einem zwischenzeitlichen Hoch im Jahr 2010 ein (nahezu) kontinuierliches Nachlassen der (korrigierten) Absolventenzahlen.[23] Dem entgegen zeigen die (Fach-)Hochschulen in jüngerer Zeit (wieder) einen Aufwärtstrend. Die Absolventenzahlen an Dualen Hochschulen/Berufsakademien sind leicht rückläufig (–6 %). Aufgrund der besonderen Struktur, die neben dem Hochschulstudium auch ein Ausbildungsunternehmen erfordert, kann dies sowohl in einem Mangel an geeigneten Studierenden, einem Rückzug der Unternehmen aus dieser Ausbildungsform, als auch einer Kombination beider Ursachen begründet sein.

Bei mittelfristiger Betrachtung (der Jahre 2007 bis 2014) bestätigt sich das zuvor gewonnene Bild weitestgehend (Abbildung 9). Die Erhöhung der Gesamtzahlen ist allerdings vornehmlich auf die Doppelzählung von Absolventen mit Bachelor- und Masterabschluss zurückzuführen. Für die Universitäten zeigt sich bei den korrigierten Zahlen ein Rückgang um 4 %, bei den (Fach-)Hochschulen sogar in Höhe von 8 %. Im Hinblick auf die Gesamtabsolventenzahlen zeigt sich eine zeitliche Verschiebung zwischen Universitäten und (Fach-)Hochschulen. Während Universitäten insbesondere zu Beginn der Bologna-Reformen zu profitieren schienen (Jahre 2007 bis 2011), zeigt sich bei den (Fach-)Hochschulen seit 2011 ein verstärktes Wachstum.

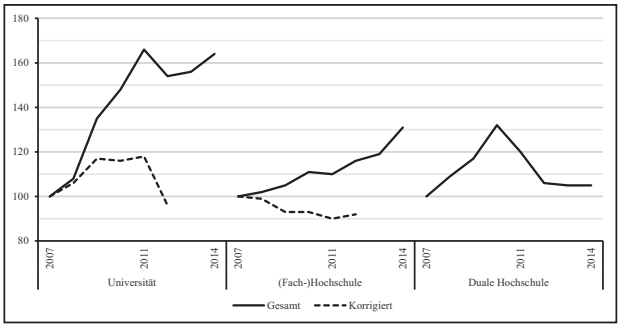


**Abbildung 9:** Relative Entwicklung der Absolventenzahlen nach Hochschultyp zwischen 2007 und 2014 (8 Jahre)

Ein Blick auf die kurzfristige Zeitreihe (Abbildung A 9 im Online-Anhang, s. FN 7) verstärkt diesen Eindruck. Die Gesamtanzahl der Absolventen hat sich an (Fach-)Hochschulen um 19 % erhöht, an Universitäten lediglich um 9 %. Bei Betrachtung der korrigierten Reihen zeigt sich gar eine gegensätzliche Entwicklung (Universitäten: –10 %; (Fach-)Hochschulen: + 8 %). In den letzten Jahren haben die (Fach-)Hochschulen anscheinend an Beliebtheit gewonnen und einen weiteren Rückgang der Absolventenzahlen im FACT-Bereich verhindert. Die universitäre Ausbildung gerät derzeit unter Druck. Studierende zeigen wohl ein verstärktes Interesse an einer möglichst praxisnahen, allerdings noch akademischen Ausbildung an einer

22 In einer hier nicht dargestellten Analyse zeigt sich, dass das Verhältnis von Bachelor- zu Masterabsolventen für die gesamte BWL in den Jahren 2011 bis 2014 an Universitäten im Durchschnitt 64 % zu 36 % und bei allen anderen Hochschulen 84 % zu 16 % beträgt. Der Anteil an Masterabsolventen ist an Universitäten somit deutlich höher. Dies kann zum einen daran liegen, dass Absolventen von Universitäten eher geneigt sind, ein Masterstudium aufzunehmen; zum anderen ist auch möglich, dass Studierende zum Masterstudium verstärkt an Universitäten wechseln, bspw. weil die Anzahl der Studienplätze an (Fach-)Hochschulen begrenzt ist. Uns sind leider keine Statistiken bekannt, die beide Effekte quantifizieren. Sofern letztgenannte Erklärung dominiert, unterschätzen die oben dargestellten Ergebnisse die Absolventenzahlen der Universitäten, während die der (Fach-)Hochschulen zu positiv dargestellt würden.

23 Die Abbildungen A 10 bis A 12 im Online-Anhang enthalten Detailanalysen bei denen neben der Korrektur um konsekutive Masterstudierende auch die Gesamtzahl der Erstabsolventen (d.h. Summe der Diplom- und Bachelorabsolventen) als auch die Gesamtzahl der Endabsolventen (d.h. Summe der Diplom- und Masterabsolventen) betrachtet wird. Im Ergebnis bestätigen diese Analysen das oben gewonnene Bild. Universitäten haben insbesondere im Nachgang der Bologna-Reformen (zwischen 2009 und 2011) von erhöhten Absolventenzahlen profitiert. Ursächlich dafür war der Anstieg an Bachelorstudierenden. Seit 2011 dreht sich dieser Trend um. Universitäten bilden nun insbesondere Masterabsolventen aus, während die Zunahme der Studierendenzahlen bei (Fach-)Hochschulen seit 2011 im Wesentlichen auf Bachelorabsolventen zurückzuführen ist (vgl. insbesondere Abbildung A 12 im Online-Anhang (FN 7)).

(Fach-)Hochschule. Ein weiteres Indiz dafür ist, dass viele Steuerberatungskanzleien von Problemen bei der Besetzung von Ausbildungsstellen zur/zum Steuerfachangestellten, meist aufgrund eines Mangels an qualifizierten Bewerbern, berichten.[24]

### 4. Zwischenfazit

Eine bundesweite Befragung von Professoren aus den Bereichen Rechnungslegung, Controlling, Steuerlehre, Wirtschaftsprüfung und Finanzierung ergab, dass die positive Entwicklung der Studierendenzahl in der gesamten BWL nicht zu einer höheren Anzahl an Absolventen führt, die sich – zumindest potenziell – für die Berufsexamina in Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung interessieren. Die „Flut" an BWL-Studierenden hebt anscheinend doch nicht alle Boote. Der von beiden Berufsständen beklagte Nachwuchsmangel nimmt seinen Anfang offenbar bereits im Hörsaal.

| | **Veränderung in der Zeitreihe (auf Basis korrigierter Werte)** | | |
|---|---|---|---|
| | 12 Jahre | 8 Jahre | 4 Jahre |
| *Panel A: Fachbereiche* | | | |
| Wirtschaftsprüfung | 13 % | –10 % | 2 % |
| Finanzierung | 25 % | 15 % | 1 % |
| Rechnungslegung | 1 % | –14 % | –3 % |
| Steuerlehre | 7 % | –6 % | 7 % |
| Controlling | –5 % | –13 % | –7 % |
| *Panel B: Hochschultypen* | | | |
| Universität | 27 % | –4 % | –10 % |
| (Fach-)Hochschule | 8 % | –8 % | 8 % |
| Duale Hochschule | –6 % | 5 % | –10 % |

**Tabelle 3:** Zusammenfassung der Ergebnisse

Eine insgesamt positive Entwicklung ist dem Bereich Finanzierung zu konstatieren, der in allen untersuchten Zeiträumen einen positiven Trend aufweist. Anzeichen einer leichten Entspannung gibt es nur partiell in den Bereichen Wirtschaftsprüfung und Steuerlehre, während Rechnungslegung und Controlling überwiegend bzw. ausschließlich Absolventen verlieren (Tabelle 3). Diese insgesamt eher positiv anmutenden Ergebnisse dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass keiner der Bereiche Anschluss an die Entwicklung der gesamten BWL hält. Hinsichtlich der Hochschultypen zeigt sich, dass (Fach-)Hochschulen in jüngerer Zeit ein deutlich stärkeres Wachstum der Absolventenzahlen aufweisen als Universitäten. Dieser Effekt relativiert sich allerdings dadurch, dass Universitäten in den letzten Jahren insbesondere Kapazitäten bei Masterstudiengängen aufgebaut haben. Diese sind vermutlich weniger auf hohe Quantität als vielmehr auf leistungsstarke Studierende und spezialisierte, somit auch betreuungsintensive, Lehre ausgelegt.

## IV. Mögliche Gründe und Implikationen

### 1. Überblick

In diesem Teil des Beitrags werden die Ergebnisse mit internationalen Entwicklungen kontrastiert und vor dem Hintergrund anderer Streitpunkte in der deutschen Hochschullehre und Forschung kritisch diskutiert. Auch mit der Diskussion um die (neuerliche) Reform der Juristenausbildung gibt es, so bislang noch nicht gezogene, Parallelen. Die Liste an (möglichen) Gründen und Implikationen dieser Entwicklung ist weder vollständig noch abschließend. Auch mögen die genannten Punkte die einzelnen Teilbereiche in unterschiedlichem Ausmaß betreffen. Vielmehr soll sie Anlass zur Diskussion im Fach geben, insbesondere da sich die Forschungsrichtung „Accounting Education" im deutschsprachigen Raum bisher nicht etabliert hat.

Die nachfolgenden dargestellten Ansätze verfolgen aus unserer Sicht explizit nicht das Ziel einer Maximierung (oder sogar Minimierung) der Studierendenzahl im FACT-Bereich. Eine Maximierung mag aber zuweilen aus Finanzierungsgründen für Hochschulen bzw. deren Leitung attraktiv erscheinen („Maximierungshypothese"). Zuweilen könnte die vergleichsweise geringere Wachstumsdynamik des FACT-Bereichs sogar Vorteile bergen, belegen dann doch nur noch jene Studierende mit großem Interesse und (intrinsischer) Motivation diese Vertiefungen („Minimierungshypothese"). Im Allgemeinen ist dies jedoch kein Problem der Neuzeit (Post-Bologna), sondern wurde bereits zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts von Max Weber thematisiert.[25] Vielmehr soll kritisch hinterfragt werden, warum sich der FACT-Bereich sichtbar vom Entwicklungstrend der gesamten BWL abgekoppelt hat. Die Frage, wie viele Studierende hier notwendigerweise ausgebildet werden müssten oder sollten, ist ebenfalls nicht Gegenstand der Diskussion. Hängt dieser Zusammenhang doch insbesondere auch von der Nachfrage aus Industrie und Berufsständen ab. Allerdings zeigen sich hier Anzeichen eines sich verstärkenden Nachfrageüberhangs,[26] was wiederum in den abnehmenden Absolventenzahlen begründet sein kann.

Ein Erklärungsansatz für die abnehmende Absolventenzahl kann in einer sich verändernden Ausrichtung der Lehrinhalte und -angebote an den Hochschulen, insbesondere Universitäten, gesehen werden. Wie in Abschnitt IV.5 detaillierter ausgeführt, gewinnen international reputierliche Publikationen, vor allem an Universitäten, zunehmend an Bedeutung. Dies führt auch dazu, dass in vielen (Master-)Studiengängen eher die Vermittlung des wissenschaftlichen, in vielen Fällen wohl quantitativ-empirischen, denn praktischen „Handwerkszeugs" in den Fokus rückt. Spezialisierte Theorie- und Methodenkurse dienen häufig der Vorbereitung auf wissenschaftliche (Qualifikations-)Arbeiten mit ähnlicher Ausrichtung, zuweilen auch schon als direkte Vorbereitung auf die Promotion. In diesen Fällen erscheint es naheliegend, dass die

24 So berichten 21 % der Praxen von entsprechenden Problemen, wovon knapp 93 % vor allem die fehlende Qualifikation monieren, vgl. *Bundessteuerberaterkammer/Institut für freie Berufe* (2016), S. 62.

25 „Unter dieser Suggestion von dem unermeßlichen Segen und Wert der großen Hörerzahl steht daher meist alles.", *Weber* (1919).

26 Vgl. *Bravidor* et al. (2016), S. 1143 f.

vermittelten Inhalte für eine Vielzahl an Studierenden, die nach dem Studium eine Karriere außerhalb der Wissenschaft anstreben, nur in begrenztem Maße relevant (aber deshalb nicht weniger interessant) sind. Sofern derartige Angebote in den letzten Jahren ausgebaut wurden und bestehende „klassische" Lehrveranstaltungen „verdrängt" haben, könnte der Rückgang der Absolventenzahlen auch Ergebnis dieser Entwicklung sein. Für die intensive Betreuung, die im Rahmen derartiger Methodenkurse notwendig ist, kann eine geringe Teilnehmerzahl auch vorteilhaft und intendiert sein (im Sinne o.g. „Minimierungshypothese"). Dies vermag Humboldts Ideal der Einheit von Forschung und Lehre entsprechen, führt aber auch zu einer Verlagerung der thematischen Schwerpunkte hin zu eher ökono(metr)ischen und (quantitativ-)methodischen Inhalten, die auf den ersten Blick nicht zu den normen- und prozessgetriebenen Anforderungen der betrieblichen Praxis zu passen scheinen.[27]

Aus unserer Sicht erscheint eine derartige Dichotomie (d.h. Forschung vs. Praxisrelevanz) allerdings nicht notwendig. Es ergeben sich zahlreiche Berührungspunkte und Überschneidungen zwischen den Inhalten, Methoden und Kompetenzen, die in der „wissenschaftlichen Welt" gefördert und in der „praktischen Welt" gefordert werden.[28] Wir verfolgen daher im Weiteren einen dialogorientierten Ansatz, der auf einen fortwährenden Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis abzielt. Ziel ist dabei nicht, akademische Curricula per se (und unisono) an den Anforderungen der Praxis auszurichten, sondern gerade die Identifikation und Vertiefung der mannigfaltigen Berührungspunkte zu fördern.

## 2. Internationaler Vergleich

In der bisherigen Analyse wurde die Entwicklung der Teilbereiche relativ zur BWL betrachtet. Dabei bleibt allerdings offen, ob es sich hierbei um ein lokales Phänomen handelt oder ob sich eine solche Entwicklung auch in anderen Ländern beobachten lässt. Leider ergibt sich in vielen Ländern ein mit Deutschland vergleichbares Problem bei der Datenverfügbarkeit.[29] Allerdings befragt bspw. das *American Institute of Chartered Public Accountants* (AICPA) bereits seit 45 Jahren US-amerikanische Hochschulen zu Absolventenzahlen im Bereich *Accounting* (Abbildung 10), der Controlling, Rechnungslegung, Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung umfasst.[30]

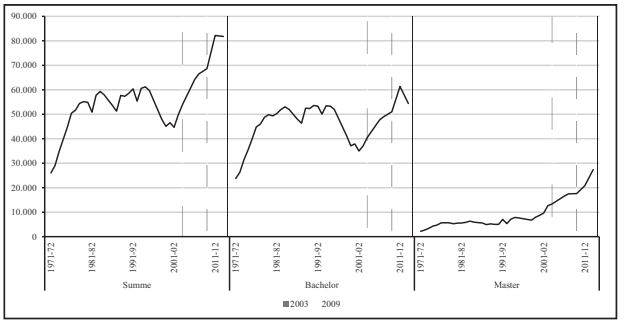


**Abbildung 10:** Entwicklung der *Accounting*-Absolventenzahlen in den USA[31]

In den USA zeigen die Absolventenzahlen seit 1999 einen nahezu kontinuierlichen Aufwärtstrend. Zwischen 2009 (2003) und 2014 zeigt sich ein Wachstum der Gesamtzahl um 19,1 % (52,1 %). Dieses speist sich im Wesentlichen aus der starken Zunahme bei Masterabsolventen, deren Anzahl sich im 12-Jahreszeitraum mehr als verdoppelt hat (+105 %). Die Anzahl der Bachelorabsolventen ist hingegen in jüngerer Zeit leicht rückläufig. *Accounting* scheint somit insbesondere bei Studierenden mit praktischer Erfahrung und Studierenden, die zuvor ein (Bachelor-)Studium mit anderem Schwerpunkt absolviert haben, auf verstärktes Interesse zu stoßen. Rückschlüsse auf fundamentale Probleme bei der Gewinnung von *Accounting*-Nachwuchs lassen sich in den USA somit nicht feststellen, wenngleich die Absolventenzahlen jüngst auf hohem Niveau stagnieren.

Die insgesamt positive Entwicklung des *Accounting* wurde von einer Vielzahl an Diskussionen und Reformvorschlägen zur Weiterentwicklung der Lehrmethoden und -inhalte des Fachs begleitet.[32] In den zugrundeliegenden Initiativen haben häufig Regulierer, Hochschullehrer und die beteiligten Berufsgruppen kollaboriert. Zuletzt war dies zwischen 2010 und 2012 im Rahmen der *Pathways Commission* der Fall. Auf Anraten des *Advisory Committee for the Auditing Profession* des US-Finanzministerium entwickelten das *AICPA* (als Vertreter des Berufsstands) und die *American Accounting Association* (als Vertreter der Hochschulen) gemeinsam Vorschläge zur künftigen Ausgestaltung der Lehre im Bereich *Accounting*. Im Vordergrund des 2012 veröffentlichten Abschlussberichts stehen sieben Empfehlungen, die neben dem Curriculum auch den Zugang zum Studium sowie das

27 Zumindest scheint dieser Punkt bereits zu einer teilweise (negativ) verzerrten Wahrnehmung der Lehrinhalte und -qualität insgesamt zu führen, vgl. *Luttermann* (2017), S. 142 ff.

28 Die Frage, ob die an der Hochschule vermittelten Inhalte praxisrelevant sind, ist ebenfalls kein neuzeitliches Phänomen. In den USA wurden von Seiten der Hochschullehrer (vertreten durch die *American Accounting Association*) entsprechende Untersuchungen angestrengt. Major et al. (1954) berichten von fehlenden grundständigen Fähigkeiten in Rechtschreibung und Ausdruck sowie Defiziten bei Kenntnissen zu Prüfungstechnik und internem Kontrollsystem.

29 Auf europäischer Ebene (*EuroStat*) werden Studierenden- und Absolventenzahlen auf Ebene der Fächer (z.B. BWL) erst seit 2013 erhoben. Eine Zeitreihenanalyse ist somit (noch) nicht möglich.

30 Eine strukturelle Trennung der Teilbereiche ist i.d.R. unüblich. Vielmehr haben sich sogar in der Forschung erst zwischen Mitte der 1970er und 1980er Jahre die sog. „special interest groups" der *American Accounting Association* (AAA) gebildet (vgl. *Lee* (1995), S. 247 f.). Obwohl die *American Tax Association* im Zuge dieser Entwicklung 1978 gegründet wurde und die erste Ausgabe ihres Journals im Folgejahr erschien (vgl. *Lee* (1995), S. 247 f.), konnte sich die betriebswirtschaftliche Steuerlehre in den USA erst Anfang der 1990er Jahre als Disziplin des *Accounting* fest etablieren (vgl. *Wagner* (2014), S. 204).

31 Quelle: *American Institute of Chartered Public Accountants* (AICPA), Trends in the supply of accounting graduates and the demand for public accounting recruits 2006 bis 2015, verfügbar unter: http://goo.gl/gIBclT.

32 *Black* (2012) führt acht solcher Initiativen zwischen 1976 und 2012 an (S. 610–616).

Zusammenwirken von Wissenschaft und Praxis adressieren.[33] Das Vorgehen in den USA zeigt, dass ein Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis zu fruchtbaren Ergebnissen führen kann. Es geht dabei weniger um eine Angleichung der Ziele zwischen beiden Bereichen als die Identifikation von bestehenden Spannungsfeldern, gemeinsamen Interessen und – soweit möglich – ein partnerschaftliches Angleichen der Erwartungen und Verteilen der möglichen (Qualifikations-)Aufgabe. Dabei sind weitreichende und teils bisher ungenutzte Synergien möglich, wie nachfolgend exemplarisch gezeigt wird. In Deutschland sind vergleichbare Ansätze daher sicherlich ebenso wünschenswert, allerdings bisher, in nennenswertem Umfang, nicht zu erkennen.

### 3. Attraktivität der Berufsbilder steigern – auch in Vorlesungen

Die zuvor dargestellten Erkenntnisse aus den USA zeigen, dass das Interesse an Rechnungswesen und Steuerlehre mit fortschreitendem Studien- bzw. Berufsleben zuzunehmen scheint.[34] Befragungsstudien untermauern diesen Trend.[35] Worauf ist aber das initial eher geringe Interesse an diesen Themen zurückzuführen? Eine von der *Bundessteuerberaterkammer* in Auftrag gegebene Umfrage unter deutschen Schülern kam zu dem Ergebnis, dass diese eine Tätigkeit in der Steuerberatung am ehesten mit „Bürokratie und gesetzlichen Regelungen" (81 % der Befragten) sowie „langweilige[r], ‚trockene[r]' Arbeit" (68 %) assoziieren.[36] Dies entspricht dem häufig anzutreffenden Stereotyp des „Erbsenzählers" *(beancounter)*, der zwar vertrauenswürdig und kompetent, gleichsam aber plump und langweilig wirkt.[37] Dieses Bild wird auch in Medien häufig aufgegriffen.[38] Eine solche negative Wahrnehmung bei potenziellen Studierenden kann zweierlei Effekte haben. Zum einen suchen Menschen i.d.R. eine Tätigkeit mit hohem sozialen Ansehen und einem möglichst positiven Image bzw. positiv besetzten Stereotypen. Eine negative Wahrnehmung entfaltet somit eine tendenziell abschreckende Wirkung.[39] Parallel erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich primär solche Studierende dem Fachbereich zuwenden, denen der (negative) Stereotyp zusagt oder die diesem entsprechen. Der Stereotyp wird damit zur selbsterfüllenden Prophezeiung.[40] Zum anderen entfaltet der Stereotyp eine indirekte Wirkung. Entscheidungen für ein Studium bzw. eine Karriere in Rechnungswesen und Steuerlehre werden wesentlich durch die Meinung von Freunden und Eltern beeinflusst.[41] Sofern diese nicht selbst in den angesprochenen Bereichen tätig sind, dürften sie den Stereotyp verstärken und die Wahl der entsprechenden Spezialisierungen unwahrscheinlicher machen. So zeigt sich bspw. in den USA, dass *Accounting*-Studierende in der Regel Persönlichkeitszüge aufweisen, die dem Erbenzähler-Stereotyp entsprechen.[42] Es erscheint allerdings fraglich, inwieweit die Hochschulen allein in der Lage sind, die eher negative Wahrnehmung der Berufsbilder zu verändern. Unterstützende Maßnahmen aus dem Berufsstand, z.B. entsprechende Kampagnen, aber vor allem auch Praktika während Schulzeit und Studium, erscheinen als wirkungsvolle Ansätze.[43]

Aus Sicht der Hochschulen sollte vor allem die erste Veranstaltung, in der Studierende mit Rechnungswesen und Steuerlehre in Berührung kommen, im Vordergrund stehen. An vielen Hochschulen dürfte es sich dabei um Propädeutika oder Grundlagenveranstaltungen in Buchführung, Rechnungslegung und/oder Kostenrechnung handeln, in denen es primär um die Vermittlung des notwendigen Handwerkszeugs geht. Ihrem Wesen nach dürften gerade diese Inhalte und Methoden die (negativ) stereotypischen Vorstellungen vieler Studierenden bestätigen.[44] Im Vergleich zu medial präsenteren und eher alltäglicheren betriebswirtschaftlichen Bereichen (wie z.B. Marketing) fristen Rechnungslegung und Steuerlehre somit ein Dasein als Mauerblümchen.[45] Empirische Studien belegen die hohe Relevanz der einführenden Veranstaltungen für die Wahl der Studienvertiefung.[46] Die *Pathways Commission* betont daher, dass Rechnungswesen und Steuerlehre nicht als unumstößliche Bollwerke, deren Grundrisse zur Navigation auswendig zu lernen sind, dargestellt werden, sondern ein Denkprozess angestoßen wird, der Studierende befähigt, das Zusammenspiel von Unternehmen und Umwelt im Rahmen

33 Vgl. *Pathways Commission* (2012).

34 Eine vollständige Übertragbarkeit der US-amerikanischen Ergebnisse dürfte aufgrund unterschiedlicher Studienstrukturen nicht gegeben sein. So ist die Rechungswesenausbildung in grundständigen Studiengängen noch weitestgehend übertragbar, da auch die weit überwiegende Mehrheit der US-amerikanischen Universitäten in Bachelorstudiengängen der BWL Einführungskurse in Rechnungslegung und Controlling als Pflichtfächer vorsieht, vgl. *Duchac/Amoruso* (2012), S. 6. Allerdings sind in Deutschland i.d.R. konsekutive Masterstudiengänge vorgesehen, während in den USA ein Master in Accounting (MAcc) meist an eine (mehrjährige) Praxiszeit anknüpft. Jedoch existieren ähnliche Untersuchungen aus Deutschland oder anderen kontinentaleuropäischen Ländern nicht. Die gesamte Forschungsrichtung der „Accounting Education" ist in Europa im Allgemeinen und Deutschland im Speziellen (noch) unterentwickelt, vgl. dazu bspw. *O'Connell* et al. (2015), S. 20 f.

35 Vgl. *Nelson* et al. (2008), S. 379 f.

36 *Bundessteuerberaterkammer* (2014b), S. 3.

37 Für einen Überblick zu Einordnung und Literatur, vgl. *Richardson* et al. (2015).

38 In der englischsprachigen Literatur, vgl. *Carnegie/Napier* (2010); in Liedtexten, vgl. *Smith/Jacobs* (2011); in Witzen auf Social-Media-Portalen, vgl. *Miley/Read* (2012); sowie *Richardson* et al. (2015) m.w.N.

39 Die Aussage beruht auf der Social Identification Theory von *Tajfel/Turner* (1986).

40 Vgl. *Snyder* et al. (1977), S. 657–659.

41 Vgl. *Auyeung/Sands* (1997); *Harrell/Stahl* (1983); *Law* (2010).

42 Veränderungen im Zeitverlauf sind hier nicht zu erkennen, vgl. *Kovar* et al. (2003).

43 Vgl. *Loy/Bravidor* (2016), S. 46 ff.

44 Eine gewisse Gratwanderung wird nichtsdestotrotz von Nöten sein, da der Grundsatz „[students] need to learn to ‚crawl before they walk'" (*O'Connell* et al. (2015), S. 43) wohl weiterhin Gültigkeit hat.

45 Die *Pathways Commission* (2012) sieht darin eine der Hauptgefahren für Studierendennachwuchs: „Many students beginning in accounting gain the impression that it is a narrow vocational field …" (S. 13).

46 Vgl. *Geiger/Ogilby* (2000).

der Regeln auszudrücken und zu gestalten.[47] So kann es gelingen, den Fachbereich gegenüber anderen Fächern besser zu positionieren: „Because this one course is likely the only exposure […] entrants will have to accounting, it must go beyond the technical nature of accounting to more completely discuss the role accounting and accountants play in society and the various career opportunities of the profession."[48]

### 4. Wer weiß eigentlich, was die Praxis braucht?

Studierende, die in grundlegenden Veranstaltungen zum Rechnungswesen und zur Steuerlehre noch weitestgehend technisch und normenbasiert an die Materie herangeführt werden, erleben in weiterführenden Veranstaltungen oft einen tiefgreifenden Paradigmenwechsel, hin zu forschungsorientierter Lehre. Dagegen wird in anderen Teildisziplinen (wie z.B. im Marketing oder Management) bereits in Grundlagenfächern evidenzbasiert unterrichtet, was von Praxis und Studierenden gleichermaßen erwartet wird. Dennoch besteht zwischen Lehrenden und Studierenden – fächerübergreifend – eine signifikante Divergenz darüber was „Praxisorientierung" eigentlich bedeutet. Während Lehrende i.d.R. theoriegestützte, abstrakte Handlungsempfehlungen für die Praxis vermitteln möchten, wünschen sich Studierende eher „rezepthafte, konkrete Verhaltensregeln und Anweisungen".[49] In einer ersten Studie ihrer Art untersuchen *Bline* et al. (2016) Determinanten der Bestehensquote des US-amerikanischen Certified Public Auditor- (CPA-)Examens. Dabei zeigt sich ein U-förmiger Zusammenhang: Ehemalige Studierende, die von praxiserfahrenen Lehrenden (d.h. Lehrende, die selbst einen CPA-Titel führen) unterrichtet wurden, waren ebenso überdurchschnittlich erfolgreich wie ihre Kommilitonen von den forschungsstärkten Universitäten, die einen nur sehr geringen Anteil von ehemaligen Praktikern im Lehrkörper aufweisen. Obwohl direkte Evidenz für Deutschland fehlt, spricht dies für beide Wege in der tertiären Ausbildung: Sowohl die praxisorientiertere Wissensvermittlung durch Berufsträger an (Fach-)Hochschulen, als auch die eher theorie- und evidenzbasierte Herangehensweise an den Universitäten.[50] Letztere haben darüber hinaus natürlich auch die Möglichkeit ihr Curriculum durch Lehrbeauftragte und Gastdozenten praxisbezogen „anzureichern" und damit womöglich sogar noch größeren Erfolg zu versprechen.[51]

Die dargestellte Diversität in den Lehransätzen übersetzt sich auch in eine inhaltliche Akzentuierung, die nicht zuletzt durch die akademische Prägung und die fachlichen Schwerpunkte der Dozenten beeinflusst wird. So bleiben zwar einerseits Pluralität und Spezifität der Ausbildung gewahrt, andererseits werden bestimmte Teilbereiche im Curriculum nicht berücksichtigt und neuere Entwicklungen – wenn überhaupt – nur mit deutlicher Verzögerung übernommen. Exemplarisch zeigt sich dies an der Schnittstelle zwischen Rechnungswesen und Steuern auf der einen sowie IT auf der anderen Seite. In den USA ist diese Kombination als *Accounting Information Systems* ein anerkannter Forschungsbereich und auch in der Lehre bereits relativ weit verbreitet. Fragen der Konzeption betrieblicher (IT-)Systeme, digitale Datenanalyse (*Big Data*), interner Kontrollsysteme sowie deren Absicherung *(Cyber Security)* und Nutzung dürften künftig von ähnlich großer Bedeutung sein wie ein grundständiges Verständnis des regulatorischen und handwerklichen Rahmens.[52] Daher mag es verwundern, dass derartige Lehrprogramme bisher nur an wenigen deutschen Hochschulen angeboten werden. In der Konkurrenz um Studierende mit technik- und trendaffineren Fachbereichen (z.B. Innovations- oder Technologiemanagement sowie Marketing) kann das Fehlen solcher Lehrinhalte von Studierenden möglicherweise als rückständig und praxisfern angesehen werden und somit – zumindest indirekt – das Interesse am FACT-Bereich mindern.[53] Unabhängig davon verbessert eine dergestalt erweiterte fachliche Wissensgrundlage auch die Möglichkeit und Befähigung zum kritischen und konzeptionellen Denken. Ein Punkt, der für die Hochschulausbildung und betriebliche Praxis gleichermaßen von Bedeutung ist. Bspw. orientiert sich das von der *Pathways Commission* vorgeschlagene Curriculum für eine generalistische Ausbildung im *Accounting* an den notwendigen Inhalten und Kompetenzen, die zur Ausübung von *professional skepticism* und *judgement* notwendig sind.[54] Auch in den Vorgaben des *International Accounting Education Standards Board* (IAESB), das die globalen Qualifikationsziele und -voraussetzungen in Rechnungswesen und Wirtschaftsprüfung harmonisieren möchte, findet sich ein vergleichbarer Ansatz.[55] Beide Konzepte umfassen neben grundlegenden Verfahren und Methoden der allgemeinen Betriebs- und Volkswirtschaftslehre, des Steuer- und Prüfungswesen sowie des internen und externen

47 Das zugrundeliegnede *Pathways Vision Model* ist als Abbildung A 13 im Online-Anhang (FN 7) enthalten.

48 *Pathways Commission* (2012), S. 86.

49 *Webler* (2011), S. 91.

50 Im Gegensatz zu den USA lässt sich in Deutschland das Phänomen der ausdifferenzierten „research" und „teaching universities" nicht empirisch beobachten (vgl. *Fabel* et al. (2008), S. 510 f.). Jedoch zeigt jüngere Evidenz, dass gerade größere Fachbereiche positive „economies of scale" bei der Publikationsleistung aufweisen, vgl. *Albers* (2015).

51 Für eine ähnliche Argumentation, vgl. *O'Connell* et al. (2015), S. 65. Jedoch gibt es zum vermehrten Einsatz von Lehrbeauftragten auch kritische Stimmen. Zwar wird konstatiert, dass Lehrbeauftragte „aus dem ‚wirklichen Leben'" berichten, aber auch bemängelt, dass es sich dabei selten um „gute Lehre" handelt, vgl. *Wessel* (2012), S. 77.

52 Traditionelle Tätigkeiten des Rechnungswesens, wie der eigentliche Buchungsprozess sowie die Erstellung von Berichten und Abschlüssen, werden zunehmend ausgelagert, woraus auch Änderungen an den geforderten Kompetenzen der Absolventen resultieren, vgl. für die USA *Daugherty* et al. (2012), S. 737–740 sowie für Australien *O'Connell* et al. (2015), S. 40 f., 81 f.

53 Wir sind nicht der Ansicht, dass derartige Veranstaltungen zwingend anzubieten sind. Vielmehr soll an diesem Beispiel verdeutlich werden, wo Ansatzpunkte für zeitgenössische Modifikationen der Curricula bestehen.

54 Eine ausführliche Darstellung findet sich in Abbildung A 2 des Online-Anhangs (FN 7).

55 Vgl. *Lawson* et al. (2014); *Pathways Commission* (2014), S. 12–24 sowie *International Education Standards* 2 bis 4. Weitere Informationen verfügbar unter: http://goo.gl/pw7WjJ. Dazu grundlegend vgl. *McPeak* et al. (2012) und *Needles*, Jr. (2010).

Rechnungswesen auch IT- und Compliance-Themen. Zudem werden explizit Fähigkeiten in angewandter Statistik und die Befähigung zur sachgerechten Durchführung und Interpretation statistischer Verfahren im Rahmen der Datenanalyse gefordert.[56] Hier zeigen sich neue Synergien zwischen Kompetenzen, die gleichsam für quantitativ-empirische Forschung wie auch den Einsatz in der Praxis notwendig sind.

Die Ansätze des IAESB beeinflussen auch die Vorgaben für das Wirtschaftsprüfungsexamen und Studienprogramme nach §§ 8a bzw. 13b WPO (siehe unten). Hochschulen könnten ihre Curricula – soweit opportun – an diesen Vorgaben orientieren und den Studierenden somit den Einstieg in die Berufsbilder erleichtern.[57] Voraussetzung dafür sind allerdings hinreichend flexible berufsständische Vorgaben, die sich mit den hochschulspezifischen Rahmenbedingungen (Studienpläne, Modulhandbücher, Zusammenstellung der Vorlesungen, etc.) vereinen lassen. Daher bleibt zu hoffen, dass die Stimmen der Hochschulen bei der Fortentwicklung der nationalen Vorgaben sowie der *International Education Standards* mehr Gewicht erhalten und sich diese dort auch engagieren. Wichtig erscheint dabei, dass die inhaltliche Ausgestaltung der Curricula keine einmalige Aufgabe ist. Vor dem Hintergrund einer zunehmend komplexeren Unternehmensumwelt, umfangreicherer Berichterstattungs- und Dokumentationspflichten sowie einer steigenden Dynamik an neuen und geänderten Regelungen erscheint ein stetes Zusammenwirken von Vertretern der Praxis und der Hochschulen unabdingbar.[58] Auch für Deutschland wäre in Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung und Steuerlehre ein besser abgestimmtes Zusammenwirken von Wissenschaft und Praxis – analog zur oben genannten *Pathways Commission* – vorstellbar. Konkret könnte dies durch eine Anpassung und Erweiterung bereits vorhandener Strukturen erfolgen. Entsprechende Gremien bestehen bereits, bspw. der Ausschuss für Aus- und Fortbildung (AAF) des *Instituts der Wirtschaftsprüfer* (IDW) sowie die für die Berufsexamina zuständigen Stellen bei der *Wirtschaftsprüferkammer* (WPK) bzw. dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz sowie den Steuerberaterkammern und der Finanzverwaltung.

Ein Beispiel für eine unmittelbare und periodische Rückmeldung über den Lehrerfolg stellen Ergebnisse der Staatsexamensprüfungen in der Juristenausbildung dar. Professoren aus den Rechtswissenschaften können so leicht feststellen, wie „ihre" (ehemaligen) Studierenden in den Staatsexamensprüfungen im Vergleich zu Kommilitonen anderer Universitäten abschneiden.[59] Die Steuerberaterkammern sowie die *WPK* könnten Universitäten auf Wunsch über das Abschneiden ihrer Absolventen in den Berufsexamina informieren. Im Unterschied zu den Rechtswissenschaften bilden Hochschulen und Universitäten für eine weitaus umfassendere Reihe an Berufsbildern aus – und selbstverständlich nicht nur für die Berufsstände der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Dennoch erscheint dies als eine Möglichkeit, die Entwicklung des langfristigen Lehrerfolgs einzuschätzen.[60]

## 5. „Richtungsstreit" in Rechnungswesen und Steuerlehre

Seit einigen Jahren wird in den rechnungswesennahen Bereichen die Entwicklung hin zu international sichtbarer, positiv-empirischer Forschung mit einer gewissen Rasanz nachgeholt, die andere Fachbereiche (z.B. Marketing, Management, Produktion und Logistik) schon weitestgehend abgeschlossen haben.[61] So stieg der Anteil empirischer Beiträge zur Rechnungslegungsforschung in deutschsprachigen wissenschaftlichen Zeitschriften von unter 5 % im Zeitraum 1949–1959 auf 28 % (im Zeitraum 2000–2007).[62] Darüber hinaus sinkt die (wissenschaftliche) Bedeutung praxisbezogener Zeitschriften im Zeitablauf.[63] Wäh-

56 So sieht die *Pathways Commission* die Anwendung und kritische Interpretation der Ergebnisse quantitativer Verfahren sowie von Datenanalysemethoden als „Professional Foundational Competencies", *Pathways Commission* (2014), S. 17.

57 Ein weiterer Ansatz ist das *Common Content Project* von zwölf europäischen Berufsorganisationen, das auf eine Harmonisierung der Ausbildungsinhalte zum Wirtschaftsprüfer zielt, vgl. *Ruhnke* et al. 2010a, b. sowie www.commoncontent.com. Aktuell wurden die Vorgaben (sog. Referenzrahmen) für Studiengänge gemäß §§ 8a und 13b WPO von der WPK überarbeitet, vgl. *WPK* (2016b).

58 Zur Komplexität der Rechnungslegung vgl. *Kuschel* (2015), S. 161 ff. sowie *Fülbier/Kuschel* (2012). Für einen Überblick aktueller Regulierungsdebatten, vgl. *Bravidor* (2016).

59 Das kann unter Umständen auch zu einem „Examensschock" führen, vgl. *Schiemann* (2014), S. 231 f.

60 Des Weiteren werden von vielen Hochschulen und Universitäten bereits seit Jahren Absolventenbefragungen durchgeführt. Diese haben den Vorteil auch andere rechnungswesennahe Tätigkeiten abzudecken. Jedoch bestehen hier die allgemeinen Probleme empirischer Sozialforschung (z.B. Erhebungsaufwand, geringe Rücklaufquoten). Demgegenüber hätten die Prüfungsstatistiken der *WPK* und *BStBK* den Vorteil einer Vollabdeckung. Alle Prüflinge müssen bei Anmeldung zur Prüfung ihre Vorbildung exakt darlegen.

61 Vgl. *Fülbier/Weller* (2008), S. 358.

62 Vgl. *Perrey* et al. (2010), S. 488 f. Diese Statistik lässt die Zeitschrift „Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (BFuP)" außer Acht, die traditionell nur sehr wenige empirische Beiträge veröffentlicht. Wird diese mit berücksichtigt ergibt sich für den jüngsten Zeitraum ein Wert von 19 %.

63 Durchgängig lässt sich für die meistverbreiteten praxisbezogenen Zeitschriften zwischen 2003 und 2008 ein sinkender Indexwert im „JOURQUAL"-Zeitschriftenranking des *Verbandes der Hochschullehrer für Betriebswirtschaft* (VHB) verzeichnen: Betriebs-Berater (BB) von 5,44 (VHB-JOURQUAL 1, 2003) auf 3,74 (VHB-JOURQUAL 2, 2008); Der Betrieb (DB) von 5,68 auf 4,07; Deutsches Steuerrecht (DStR) von 5,47 auf 5,21; Controller-Magazin (CM) von 3,03 auf 2,77; Controlling von 5,04 auf 4,57; FinanzBetrieb (FB, nun: Corporate Finance (CF)) von 5,795 auf 4,86; Neue WirtschaftsBriefe (NWB, nun: NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht) von 4,76 auf 3,78; Die Wirtschaftsprüfung (WPg) von 6,27 auf 5,13. Für weitere Informationen zur Methodik des VHB-JOURQUAL2, vgl. *Schrader/Hennig-Thurau* (2009). Für Kritik an der Validität, vgl. *Eisend* (2011), sowie zur Rezeption in der *scientific community*, vgl. *Dilger* (2012). Die aktuelle Fassung, *JOURQUAL 3* (2015), enthält keine konkreten Zahlenwerte, die einen Vergleich ermöglichen würden.

rend sich praxis- und lehrbezogene Zeitschriften durch hohe Auflagen und große Reichweite (insbesondere auch außerhalb der Wissenschaft) auszeichnen,[64] sind sie zumeist jedoch keine „Währung" in der Konkurrenz um Drittmittel oder Professoren- wie auch Mitarbeiterstellen in (universitärer) Forschung und Lehre.[65] Die „Praktikerliteratur", die zumeist normativer oder einzelfallbasierter Natur ist, wird von vielen Forschern geradezu als „unwissenschaftlich" empfunden.[66] Darüber hinaus zeigt sich, dass gerade normengetriebene Beiträge von Ökonomen durch Juristen nur in den seltensten Fällen rezipiert werden, was ihre praktische Wirkung auf Gesetzesnovellen und Urteilsbegründungen in Frage stellt.[67] Auch fehlt es jungen, universitären Forschern häufig an der notwendigen Praxiserfahrung, die den Zugang zur (Fach-)Hochschule eröffnet. Dieser große Teil der deutschen Hochschullandschaft bleibt weitestgehend verschlossen. Daher sehen sich gerade jüngere Lehrende vor der Aufgabe international sichtbare *Journal*-Beitrage zu publizieren und – Humboldts Ideal von Lehre und Forschung folgend – dieses Wissen auch in Lehrveranstaltungen an die Studierenden weiterzugeben – oft zum Leidwesen der Praxis.[68] So zitieren *Fockenbrock* und *Häring* (2013) ein Mitglied der Geschäftsführung einer „Big Four"-Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit den Worten: „Ein Prüfer muss eigenverantwortlich arbeiten und entscheiden, da hilft keine empirische Forschung". Im Hinblick auf die oben bereits angesprochene zunehmende Bedeutung statistischer Verfahren zur Datenanalyse bleibt zu hoffen, dass sich diese Ansicht in naher Zukunft ändert. Dennoch erfordert die Kombination aus praxisrelevanter Forschung und Lehre auch entsprechende Anreize, die derzeit nur in geringem Maße gesetzt werden.[69]

## 6. Studium und Berufsexamina: Parallelen zur Diskussion um die Reform der Juristenausbildung

Wie bei Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern ist der berufliche Zugang in die meisten juristischen Berufe durch eine spezielle „Eingangsprüfung" geregelt. Erste Juristische Prüfung und Zweites Staatsexamen schließen sich an die universitäre Ausbildung bzw. eine Praxiszeit an. Die Reform der universitären Juristenausbildung im Jahr 2003 ging nicht ohne Widerstände und Probleme vonstatten. So wird in Bezug auf die Einführung der Schwerpunktbereiche[70] kritisiert, dass (1) an Universitäten immer noch eher die Wissens- und weniger die Kompetenzvermittlung und konzeptionelles Denken im Vordergrund steht,[71] (2) die Schwerpunktbereichsprüfung die Stoffmenge sogar noch weiter erhöht hat,[72] sowie (3) die Studierenden die Schwerpunktbereiche eher nach Notenüberlegungen denn eigener Neigung und Interesse wählen.[73] Auch die Pflicht zur Vermittlung von Schlüsselqualifikationen wird eher kritisch gesehen, da sie nicht konkret auf eine spätere Anwaltstätigkeit vorbereitet, sondern meist eher allgemeinbildende Kurse (wie z.B. Rhetorik und Verhandlungsmanagement) beinhaltet.[74] Wenig überraschend, wollen die Justizminister der Länder daher massive Reformschritte unternehmen.[75] Neben einer Entschlackung und bundesweiten Vereinheitlichung beider Staatsexamensprüfungen soll die Bedeutung der universitär geprüften Schwerpunktbereiche für die Erste Juristische Prüfung wieder drastisch – von 30 auf 20 % der Gesamtnote – reduziert werden.

Ähnlich der Anrechnung der Schwerpunktbereiche auf die Erste Juristische Prüfung, besteht die Möglichkeit der Verkürzung des Wirtschaftsprüfungsexamens nach § 13b WPO.[76] Im Rahmen von regulären betriebswirtschaftlichen Studiengängen können Examensleistungen in angewandter Betriebs- und Volkswirtschaftslehre sowie Wirtschaftsrecht vorgezogen und an der Hochschule absolviert werden. Voraussetzung ist, dass die abgeprüften Veranstaltungsinhalte weitestgehend deckungsgleich (d.h. gleichwertig) mit den Prüfungsgegenständen des Wirtschaftsprüfungsexamens[77] sind. Diese Gleichwertigkeit muss mindestens einmal im Studienjahr durch die *WPK* geprüft und bescheinigt werden. Der erhöhte Aufwand scheint viele Hochschulen davon abzuschrecken, ih-

64 Ausweislich der Mediadaten der Verlage (Stand: August 2016) erreicht die StuW eine Auflage von 800 Stück (vierteljährlich) wohingegen die praxisrelevanten Zeitschriften deutlich höhere Auflagen realisieren, so z.B. WPg: 5.700 Stück (zweiwöchentlich), DB: 11.800 Stück (wöchentlich), DStR: 25.000 Stück (wöchentlich).

65 Für kritische Haltungen zu dieser Entwicklung aus Sicht der Hochschullehre und Praxis, vgl. *Küting* et al. (2013); *Schneider* et al. (2013); *Fockenbrock/Häring* (2013).

66 Vgl. z.B. *Watts* (1977), S. 54. Für eine kritische Auseinandersetzung mit der „Positiv-Normativ Dichotomie", vgl. *Fülbier/Weller* (2008).

67 Vgl. *Wagner* (2014), S. 213.

68 Zur Anreizstruktur von Habilitanden und Juniorprofessoren vgl. u.a. *Schulze* et al. (2008). Für eine ähnliche Diskussion in den Rechtswissenschaften, vgl. *Griebel* (2012), S. 129; *Wessel* (2012), S. 77.

69 Zur „Wissenschafts-Praxis-Dichotomie" gibt es zwei mögliche, konfligierende Sichtweisen: Einerseits könnten sich Hochschulen als wesentliche Vermittler einer unabhängigen und rein forschungszentrierten Lehre begreifen. Andererseits könnte eher eine symbiotische Kombination von wissenschaftlicher und praxisorientierter Ausbildung bestehen. Wir folgen letztgenannter, da eine praktische Tätigkeit die berufliche Entwicklungsperspektive der weit überwiegenden Mehrheit der Absolventen ist. In diesem Zusammenhang wird bspw. in Großbritannien die Hochschulförderung auf Grundlage des „Research Excellence Framework" zugewiesen, das neben der Forschungsleistung auch die Wirkung *(impact)* der Forschung außerhalb der akademischen Sphäre erfasst, vgl. *Research Excellence Framework* (2011), S. 6.

70 Bereits vor den Schwerpunktbereichen existierten Wahlfachgruppen. Jedoch war die Wahlfachgruppenklausur nur eine von insgesamt acht gleichgewichteten Examensklausuren.

71 Vgl. *Dauner-Lieb* (2012), S. 47; *Griebel* (2012), S. 127.

72 Vgl. *Wessel* (2012), S. 76 ff.

73 Vgl. *Wessel* (2012), S. 77.

74 Vgl. *Wolf* (2013); *Kilian* (2014) verdeutlicht dahingehend, dass nur 24 % der Ausbilder von Referendaren und Arbeitgeber von Junganwälten von einer zumindest leichten Verbesserung im Bereich der Schlüsselqualifikationen berichten (S. 710).

75 Vgl. *Zenthöfer* (2016).

76 Vgl. *Tüffers* (2016) sowie online bei *WPK* (https://goo.gl/tYPsYJ) und *IDW* (https://goo.gl/F770g7).

77 Diese sind geregelt in § 4 Wirtschaftsprüferprüfungsverordnung und konkretisiert in *IDW/WPK-Arbeitskreis Reform des Wirtschaftsprüfungsexamens* (2008).

ren Studierenden diese Anrechnungsmöglichkeiten zu bieten. Insbesondere der hohe administrative Aufwand und die damit verbundenen Kosten (z.B. für die Akkreditierung bei der *WPK*) werden kritisiert.[78] So kann es nicht verwundern, dass das Interesse der Hochschulen an derartigen Studienangeboten nachlässt. Von den insgesamt 16 Hochschulen, die von der *WPK* die Akkreditierung für anrechenbare Studienleistungen erhalten haben,[79] bieten unseres Wissens derzeit nur noch 10 diese Möglichkeit für neue Studienanfänger an. Nur an vier dieser Hochschulen ist es möglich, beide Prüfungsgebiete abzulegen. Somit bleibt diese Option, Studierenden den Einstieg in den Beruf des Wirtschaftsprüfers zu erleichtern, weit hinter ihren Möglichkeiten zurück. Es bleibt daher zu hoffen, dass Hochschulen und der Berufsstand im Dialog eine Möglichkeit finden, die Attraktivität derartiger Studienangebote zu steigern (z.B. durch Verringerung des o.a. administrativen Aufwands sowie der Kosten) und sie einer größeren Anzahl an interessierten Studierenden zu eröffnen. Besonders geeignet erscheinen dabei aus unserer Sicht Masterstudiengänge, da diese einerseits an das im Studienverlauf steigende Interesse an Themen des Rechnungswesens (siehe oben) anknüpfen können und zum anderen mehr Spielraum zur Vermittlung des notwendigen Spezialwissens bieten. Analog erscheint es erstrebenswert, vergleichbare Vereinfachungen auch für das Steuerberaterexamen in Erwägung zu ziehen. Idealerweise könnten die Berufsstände anrechenbare Studienleistungen gegenseitig anerkennen und somit den Mehrwert für die Studierenden erhöhen sowie gleichsam den administrativen Aufwand bei Hochschulen wie auch im eigenen Hause minimieren. Dazu gab es sowohl auf Universitäts- als auch Kammerebene intensive Diskussionen. Aufgrund konzeptioneller, rechtlicher und praktischer Probleme wurden diese Projekte allerdings zurückgestellt.[80] Auch abseits des berufsständischen Ziels der Nachwuchsgewinnung, kann die Attraktivität dieser Programme zu erhöhtem Studierendeninteresse, mithin zu einem Aufschließen des FACT-Bereichs zur Entwicklung der BWL insgesamt, führen.

## 7. Konkurrenz mit anderen Fachbereichen

Gerade um die leistungsfähigsten Studierenden entsteht zunehmend Konkurrenz zwischen den Lehrstühlen und Professuren, sind diese doch potenzielle zukünftige Doktoranden und wissenschaftliche Mitarbeiter. In jüngerer Zeit nimmt die Bereitschaft nach dem Masterabschluss noch weiter an der Universität zu verbleiben grundsätzlich ab,[81] was den „war for talents" mittelfristig noch verschärfen dürfte. Diejenigen Studierenden, die allerdings, mit dem Wunsch (zumindest zeitweise) vertieft wissenschaftlich zu arbeiten, nach objektivierbaren Kriterien nach der „besten" zukünftigen Doktormutter bzw. dem „besten" zukünftigen Doktorvater suchen, finden gerade in personenbezogenen Forscherrankings zur BWL nahezu keine Forscher aus den Bereichen Rechnungswesen oder Steuerlehre.[82] Die Gründe dafür mögen struktureller Natur sein, da diese Rankings auf der Anzahl der Publikationen in (internationalen) *Journals* oder der Anzahl der Zitationen je Beitrag aufbauen.[83] Beide Aspekte sind hochgradig beeinflusst durch Fachspezifika (wie z.B. Zitationsverhalten, Dauern von Peer Review-Prozessen, Anzahl hochrangiger Journals im Fachbereich etc.), die Rechnungswesen und Steuerlehre strukturell benachteiligt erscheinen lassen.[84]

Für Rechnungswesen und die Steuerlehre zeigen sich somit drei beispielhafte Strategien. Erstens könnte eine verbesserte Wissenschaftskommunikation (z.B. auch über entsprechende Lehrveranstaltungen) dazu beitragen, eine sichtbare Relevanz für Studierende zu erreichen.[85] Zweitens könnte die zunehmende Internationalisierung der deutschen Forschung zu einem (sichtbaren) Aufholprozess gegenüber bereits seit längerem international sichtbareren Bereichen führen – falls sich auch die o.g. Rahmenbedingungen ändern. Drittens könnten auf institutioneller Ebene verstärkt Anreize für praxisrelevante Forschungs- und Lehrkonzepte geschaffen werden. Da letztgenannte Punkte außerhalb der Einflusssphäre der einzelnen Hochschullehrer liegen, vermag insbesondere die Wissenschaftskommunikation eine interessante Option darstellen. Sie könnte dazu beitragen, den strukturellen Nachteil im „war for talents" zumindest partiell zu kompensieren.

78 Vgl. *Ruhnke* (2014), S. 2485.

79 Vgl. *WPK* (2016c).

80 Wir danken einem anonymen Gutachter für diesen wertvollen Hinweis.

81 Vgl. *Loy/Bravidor* (2015), S. 931.

82 So findet sich der erste (und einzige) Forscher aus der Steuerlehre (*Michael Overesch*, Universität zu Köln) auf Platz 78 der Handelsblatt Liste der besten Forscher unter 40 aus der BWL (verfügbar unter: https://goo.gl/M5T0w8). Der beste, vormals in Deutschland ansässige, Forscher aus dem Rechnungswesen findet sich auf Platz 102 (*Igor Goncharov*, ehem.: WHU Vallendar, nun: Lancaster University Management School, Großbritannien). In der Liste der 250 besten deutschen Betriebswirte, gemessen an ihrem Lebenswerk, finden sich auf den Plätzen 82 (*Christian Hofmann*, LMU München), 151 (*Jochen Bigus*, FU Berlin), 178 (*Carsten Homburg*, Universität zu Köln), 200 (*Günther Gebhardt*, Goethe Universität Frankfurt/Main) und 229 (*Martin Glaum*, WHU Vallendar) immerhin fünf in Deutschland ansässige Forscher aus dem Rechnungswesen (verfügbar unter: https://goo.gl/QgPlsm). Die Methode des Handelsblatt-Rankings ist allerdings umstritten, vgl. *Lorenz/Löffler* (2015) m.w.N.

83 Vgl. *Dilger/Müller* (2012), S. 1099 f.

84 Eine Betrachtung von Impact Faktoren der „Flaggschiff"-Journals in verschiedenen betriebswirtschaftlichen Teilbereichen belegt dies. So hat *Journal of Accounting & Economics* (JAE) einen einjährigen (fünfjährigen) Impact Factor (IF) von 3,535 (5,973), während bspw. das *Academy of Management Journal* (AMJ) einen IF von 6,233 (10,588), *Management Information Systems Quarterly* (MIS Quarterly) einen IF von 5,384 (9,510), das *Journal of Finance* (JoF) einen IF von 5,290 (7,728) sowie *Organizational Research Methods* einen IF 4,727 (6,507) aufweisen (Quelle: Thomson Reuters InCites Journal Citation Reports 2015). Zum Problem der „engen" *Journal*-Landschaft im *Accounting*, vgl. *Swanson* (2004) und *Swanson* et al. (2007), insb. S. 1272 f.

85 Vgl. u.a. *Weißenberger* (2016), die sich für eine verstärkte Beteiligung der BWL an politischer Diskussion und Willensbildung ausspricht.

**8. Abnehmende Studierfähigkeit?**

Weitere Erklärungsansätze finden sich im Bereich der hochschuldidaktischen Forschung. So werden bei Abiturienten schlechtere sprachliche[86] und mathematische Fähigkeiten ausgemacht. Lesefähigkeit, Textverständnis und präzise Ausdrucksfähigkeit sind Grundvoraussetzungen für die Darstellung und Aufbereitung komplexer Zusammenhänge, die sich nicht bei oberflächlicher Betrachtung sofort erschließen. Mathematische Fähigkeiten werden in Lehrplänen in immer kleinere „Häppchen" zerlegt. Dabei scheint der Blick auf das „Große und Ganze", und damit die abstrakte Anwendbarkeit auf andere als die aus der Schule bekannten Probleme, immer mehr verloren zu gehen.[87] Solide Fähigkeiten, sowohl sprachlicher als auch mathematischer Natur, sind in den von uns betrachteten Fachbereichen unerlässlich, sollen sie die Studierenden doch auf eine zunehmend komplexere regulatorische und datengetriebene Umwelt vorbereiten. Der steuerliche Gutachtenstil sowie die statistische Datenanalyse seien hier nur beispielhaft genannt. Es ist zudem möglich, dass sich mit zunehmender Heterogenität der Studierendenschaft auch der Anteil derer erhöht, die komplexen Sachverhalten und mathematisch-technischen Zusammenhängen weniger offen gegenüberstehen als das bei Studierenden früherer Kohorten der Fall war. Um dem immer heterogeneren Leistungsniveau der Studienanfänger zu begegnen, fördert die Politik deutschlandweit Maßnahmen zur Erleichterung des Studieneinstiegs, mit Schwerpunkt auf den hier identifizierten Defiziten.[88] Ob dies in einigen Jahren zu einer Umkehr der Situation führen wird, ist allerdings noch nicht absehbar. Dennoch vermag das in den hier relevanten Fachbereichen insbesondere in der kurzen Frist zu beobachtende steigende Interesse der Studierenden an einem Fachhochschulstudium ein systematisches Indiz für die politisch intendierte Ausweitung der Studierendenquote sein. Während viele der heutigen Studierenden vor einigen Jahren noch eine fachspezifische Ausbildung (z.B. zum Steuerfachangestellten) absolviert hätten, drängen sie heute verstärkt in die praxisnahe (Fach-)Hochschulausbildung.

## V. Fazit

Die Berufsstände der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater beklagen seit längerem einen Rückgang an Kandidaten für die Berufsexamina. Ist dieser Rückgang auf ein geringeres Interesse der Berufseinsteiger an den Berufsexamina festzumachen oder schwindet das Interesse an den Berufsbildern bereits „im Hörsaal"? Dieser Frage geht der vorliegende Beitrag nach. Das Statistische Bundesamt erfasst Absolventenzahlen allerdings nur bis auf Ebene von Studiengängen und Abschlüssen (z.B. Bachelor in BWL), nicht aber auf Basis der gewählten Vertiefungen. Daher wurden bundesweit Professoren aus Controlling, Rechnungslegung, Steuerlehre, Wirtschaftsprüfung und Finanzierung nach der Anzahl der von ihnen betreuten Abschlussarbeiten befragt. Dies liegt nahe, da Studierende ihre Abschlussarbeit i.d.R. in (einer) der gewählten Vertiefungen bzw. vorbereitend auf das angestrebte Berufsbild absolvieren.

Die Ergebnisse zeigen, dass sich die stark steigende Zahl an BWL-Absolventen nicht in gleichem Maße auf die betrachteten Fachbereiche überträgt. Im Gegenteil: In der mittleren Frist (acht Jahre) zeigt nur die Finanzierung positive Zuwachsraten, die allerdings hinter dem Wachstum der gesamten BWL zurückbleiben. Die anderen Fachbereiche stagnieren. Darüber hinaus zeigt sich, dass finanzwirtschaftliche Lehrstühle an der Universität am weitesten verbreitet sind, während die Bedeutung von (Fach-)Hochschulen für die Nachwuchsgewinnung der Berufsstände mittelfristig wahrscheinlich noch weiter zunehmen wird. In diesem Zuge stimmt US-amerikanische Evidenz etwas zuversichtlich. So zeigen Bline et al. (2016) einen U-förmigen Zusammenhang beim erfolgreichen Bestehen des CPA-Examens. Studierende von Hochschulen mit einer hohen Dichte an Professoren mit berufspraktischem Hintergrund in Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung waren ebenso überdurchschnittlich erfolgreich wie ihre Kommilitonen von den forschungsstärksten Hochschulen. Übertragen auf Deutschland sollten also Absolventen praxisorientierter (Fach-)Hochschulen ähnlich gute Qualifikationschancen haben wie ihre Kommilitonen von forschungsstarken Universitäten.

Einschränkend sei noch hinzugefügt, dass die bloße Zahl derer die einen Abschluss erreicht haben kein Anzeichen für die Qualität der Lehre ist,[89] sondern vielerlei Gründe haben kann. Darüber hinaus sollten zukünftige Untersuchungen zeigen, *wohin* die wachsenden Studierendenzahlen strömen. So stellt sich die Frage, ob es zu einer Verschiebung innerhalb der „klassischen" Bereiche (z.B. von Rechnungslegung zu Personalmanagement) kommt, oder ob sich das Studierendenwachstum auf neue Felder (z.B. hin zu Technologie- und Innovationsmanagement) konzentriert. Die in diesem Beitrag genannten möglichen Gründe, Implikationen und Vorschläge erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Auch stellt dieser Beitrag stellt kein Plädoyer für eine Maximierung der Studierendenzahl dar. Vielmehr sollen er Anstoß für eine fruchtbare Diskussion zur weiteren Ausrichtung der Hochschullehre im Bereich des Rechnungswesens und der Steuerlehre liefern.

## VI. Literatur

*Albers, S.* (2015): What drives publication productivity in German business faculties, SBR 67 (1), S. 6–33.

*Auyeung, P./Sands, J.* (1997): Factors influencing accounting students' career choice: A cross-cultural validation study, Accounting Education 6 (1), S. 13–23.

86 So spricht *Wolf* (2016) etwas polemisch von „[m]it dem Abitur in die Schreibberatung" (S. 10).

87 *Cramer/Walcher* (2010) bezeichnen dies als „Math McNuggets" (S. 111).

88 Vgl. *BMBF* (2014).

89 Vgl. *Webler* (2011), S. 90 f. Allerdings kann anhand von Abschlussarbeiten auf die davor liegenden (notwendigen) Prozesse geschlossen werden. So zwingt spätestens die Abschlussarbeit die Studierenden dazu höhere Stufen kognitiver Leistung zu erreichen. Diese Stufen bestehen aus: (1) auswendig Gelerntes wiedergeben; (2) verstehen; (3) anwenden; (4) analysieren, (5) bewerten und (6) Neues schaffen.

*Black, W. H.* (2012): The activities of the Pathways Commission and the historical context for changes in accounting education, Issues in Accounting Education 27 (3), S. 601–625.

*Bline D./Perreault, S./Zheng, X.* (2016): Do accounting faculty characteristics impact CPA exam performance? An investigation of nearly 700,000 examinations, Issues in Accounting Education 31 (3), S. 291–300.

*Bravidor, M.* (2016): Aktuelle Regulierungsdebatten auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Überblick und Analyse einiger Novellen aus Sicht mittelständischer Unternehmen, StuB 18 (4), S. 143–147.

*Bravidor, M./Krüger, J./Loy, T.* (2016): Überalterung und Nachwuchssorgen – nur ein Problem nach den Berufsexamina? Beschäftigungssituation und Demographie in Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung und Rechnungswesen im Vergleich, WPg 69 (20), S. 1142–1150.

*Bundesministerium für Bildung und Forschung* (*BMBF*) (2014): Qualitätspakt Lehre: Reader zur Fachtagung „Studieneingangsphase", Bonn/Köln, verfügbar unter: http://goo.gl/s90bS1.

*Bundessteuerberaterkammer* (2014a): Steuerberatung 2020. Veränderungsnotwendigkeit, Veränderungsmöglichkeiten und Handlungsfelder, Berlin, verfügbar unter: https://goo.gl/ZnkxNU.

*Bundessteuerberaterkammer* (2014b): Steuerfachangestellte/r – Mehr als du denkst. Meinungen von jugendlichen zum Berufsbild, Berlin, verfügbar unter: http://goo.gl/p9tb3P.

*Bundessteuerberaterkammer/Institut für freie Berufe* (2016): STAX 2015 Statistisches Berichtssystem für Steuerberater. Ausgewählte Ergebnisse, Nürnberg, verfügbar unter: https://goo.gl/4B9WrT.

*Carnegie, G. D./Napier, C. J.* (2010): Traditional accountants and business professionals: Portraying the accounting profession after Enron, Accounting, Organizations and Society 35 (3), S. 360–376.

*Cramer, E./Walcher, S.* (2010): Schulmathematik und Studierfähigkeit, Mitteilungen der DMV 18 (2), S. 110–114.

*Dauner-Lieb, B.* (2012): Juristische Lehre und Prüfung – Skizze eines Forschungsprogramms, in: Griebel, J./Gröblingshoff, F. (Hrsg.): Von der juristischen Lehre – Erfahrungen und Denkanstöße, Baden-Baden, S. 41–57.

*Dilger, A.* (2012): Befragung der Kommission Hochschulmanagement zu VHB-JOURQUAL, BFuP 64 (6), S. 661–679.

*Dilger, A./Müller, H.* (2012): Ein Forschungsleistungsranking auf der Grundlage von Google Scholar, ZfB 82, S. 1089–1105.

*Duchac, J. E./Amoruso, A. J.* (2012): A descriptive study of institutional characteristics of the introductory accounting course, Issues in Accounting Education 27 (1), S. 1–16.

*Eichfelder, S./Lohmann, C.* (2014): Steuerlehrstühle an Universitäten im deutschsprachigen Raum: Demografische Analyse der Lehrstuhlinhaber und des wissenschaftlichen Nachwuchses, StuW 91 (1), S. 88–92.

*Eisend, M.* (2011): Is VHB-JOURQUAL2 a good measure of scientific quality? Assessing the validity of the major business journal ranking in German-speaking countries, BuR 4 (2), S. 241–274.

*Fabel, O./Hein, M./Hofmeister, R.* (2008): Research productivity in business economics: An investigation of Austrian, German and Swiss universities, GER 9 (4), S. 506–531.

*Fockenbrock, D./Häring, N.* (2013): Aufschrei der Professoren: Traditionelle deutsche Betriebswirte sehen sich zu Unrecht abgewertet, Handelsblatt 68, 23.9.2013, S. 15.

*Frankfurter Allgemeine Zeitung* (2014): Die meisten Jobs haben die Wirtschaftsprüfer, verfügbar unter: http://goo.gl/T1Z2tT.

*Fülbier, R. U./Weller, M.* (2008): Normative Rechnungslegungsforschung im Abseits? Einige wissenschaftstheoretische Anmerkungen, Journal for General Philosophy of Science 39, S. 351–382.

*Fülbier, R. U./Kuschel, P.* (2012): Komplexitätszunahme in der IFRS-Rechnungslegung? Versuche der Systematisierung und indikatorbasierten Messung, DB 65 (17), S. 929–937.

*Geiger, M. A./Ogilby, S. M.* (2000): The first course in accounting: Students' perceptions and their effect on the decision to major in accounting, Journal of Accounting Education 18, S. 63–78.

*Griebel, J.* (2012): Überlegungen zum gesetzeszentrierten Lehren und Lernen – ein Denkanstoß, in: Griebel, J./Gröblingshoff, F. (Hrsg.): Von der juristischen Lehre – Erfahrungen und Denkanstöße, Baden-Baden, S. 127–139.

*Harrell, A. M./Stahl, M. J.* (1983): Need for achievement, need for affiliation and the academic performance and career intentions of accounting students, Journal of Accounting Education 1 (2), S. 149–153.

*Hochschulrektorenkonferenz* (2015): Statistische Daten zu Studienangeboten an Hochschulen in Deutschland. Studiengänge, Studierende, Absolventen und Absolventen, Bonn, verfügbar unter: http://goo.gl/Vz4yEZ.

*Institut der Wirtschaftsprüfer* (2015): IDW Tätigkeitsbericht 2014/15, Düsseldorf, verfügbar unter: http://goo.gl/k2ZMTn.

*IDW/WPK-Arbeitskreis Reform des Wirtschaftsprüfungsexamens* (2008): Die Prüfungsgebiete im Wirtschaftsprüfungsexamen – Konkretisierung des § 4 Wirtschaftsprüferprüfungsverordnung (WiPrPrüfV), verfügbar unter: http://goo.gl/hyStwA.

*Kilian, M.* (2014): Zehn Jahre Anwaltsorientierung in der Juristenausbildung – Nur geringe Effekte aus Sicht von Ausbildern und Arbeitgebern, Anwaltsblatt 64 (8/9), S. 709–710.

*Kovar, S. E./Ott, R. L./Fisher, D. G.* (2003): Personality preferences of accounting students: A longitudinal case study, Journal of Accounting Education 21 (2), S. 75–94.

*Kuschel, P.* (2015): Komplexitätszunahme in der Finanzberichterstattung nach IFRS? Eine theoretische und empirische Analyse, Frankfurt/Main u.a.

*Küting, K./Kußmaul, H./Bieg, H./Weber, C.-P./Waschbusch, G./Baumeister, A./Wegener, W./Olbrich, M./Knobloch, A. P.* (2013): Saarbrücker Plädoyer für eine normative theorie- und praxisbezogene Betriebswirtschaftslehre, DB 66 (38), S. 2097–2099.

*Law, P. K.* (2010): A theory of reasoned action model of accounting students' career choice in public accounting practices in the post-Enron, Journal of Applied Accounting Research 11 (1), S. 58–73.

*Lawson, R. A./Blocher, E. J./Brewer, P. C./Cokins, G./Sorensen, J. E./Stout, D. E./Sundem, G. L./Wolcatt, S. K./Wouters, M. J. F.* (2014): Focusing accounting curricula on students' long-run careers: Recommendations for an integrated competency-based framework for accounting education, Issues in Accounting Education 29 (2), S. 295–317.

*Lee, T.* (1995): Shaping the US academic accounting research profession: The American Accounting Association and the social construction of a professional elite, Critical Perspectives on Accounting 6, S. 241–261.

*Lorenz, D./Löffler A.* (2015): Robustness of personal rankings: The Handelsblatt example, BuR 8 (2), S. 189–212.

*Loy, T./Bravidor, M.* (2015): Ist die Promotion für die Generation Y noch attraktiv?, Forschung & Lehre 22 (11), S. 930–932.

*Loy, T./Bravidor, M.* (2016): Berufseinstieg in die Wirtschaftsprüfung leicht gemacht – Praktika als erfolgreiches Mittel der Personalgewinnung, WPK Magazin 55 (3), S. 46–48.

*Luttermann, C.* (2017): Reform der Wirtschaftsprüferausbildung, zivilprozessuales Bewertungskonzept und Zukunft des Berufsstandes, Der Betrieb 70 (4), 137–144.

*Major, J. E./Matthies, W. R./Niswonger, C. R./Peacock, E. E./Miller, H. E* (1954): A report of the Committee on Auditing Education, The Accounting Review 29 (3), S. 465–471.

*McPeak, D./Pincus, K. V./Sundem, G. L.* (2012): The International Accounting Education Standards Board: Influencing global accounting education, Issues in Accounting Education 27 (3), S. 743–750.

*Miley, F./Read, A.* (2012): Jokes in popular culture: The characterization of the accountant, Accounting, Auditing & Accountability Journal 25 (4), 703–718.

*Needles Jr./Belverd E.* (2010): Accounting education: The impact of globalization, Accounting Education 19 (6), S. 601–605.

*Nelson, I. T./Vendrzyk, V. P./Quirin, J. J./Kovar, S. E.* (2008): Trends in accounting student characteristics: Results from a 15-year longitudinal study at FSA schools, Issues in Accounting Education 2 (3), S. 373–389.

*O'Connell, B/Carnegie, G. D./Carter, A. J./de Lange, P./Hancock, P./Helliar, C. V./Watty, K.* (2012): Shaping the future of accounting in business education in Australia, Melbourne, verfügbar unter: http://goo.gl/Y00COV.

*Pathways Commission* (2012): Charting a national strategy for the next generation of accountants, o.O., verfügbar unter: http://goo.gl/5JjueU.

*Pathways Commission* (2014): In pursuit of accounting's curricula of the future, O.O., verfügbar unter: http://goo.gl/WI91N9.

*Perrey, E./Schäffer, U./Kramer, S.* (2010): Rechnungslegungsforschung in deutschsprachigen wissenschaftlichen Zeitschriften, DBW 70 (6), S. 481–494.

*Research Excellence Framework* (2011): Assessment framework and guidance on submissions, Bristol, verfügbar unter: https://goo.gl/i70SqM.

*Richardson, P./Dellaportas, S./Perera, L/Richardson, B.* (2015): Towards a conceptual framework on the categorization of stereotypical perceptions in accounting, Journal of Accounting Literature 35, S. 28–46.

*Riedlinger, R.* (2015): Ziele meiner Präsidentschaft, DStR – Kammerreport, S. 45.

*Ruhnke, K.* (2014): Abschlussprüfung – nutzloses Ritual oder unabdingbare Voraussetzung für die Funktionstüchtigkeit der Märkte?, DB 67 (44), S. 2483–2485.

*Ruhnke, K./Böhm, W. P./Lebe, T.* (2010a): Der Zugang zum Beruf des Wirtschaftsprüfers unter besonderer Berücksichtigung des Common-Content-Projekts – auf dem Weg zu einer neuen Generation an Wirtschaftsprüfern? (Teil 1), WPg 63 (22), S. 1099–1105.

*Ruhnke, K./Böhm, W. P./Lebe, T.* (2010b): Der Zugang zum Beruf des Wirtschaftsprüfers unter besonderer Berücksichtigung des Common-Content-Projekts – auf dem Weg zu einer neuen Generation an Wirtschaftsprüfern? (Teil 2), WPg 63 (23), S. 1151–1161.

*Schiemann, A.* (2014): Von der juristischen Lehre. Erfahrungen und Denkanstöße, 2012, Rezension des Buches von Grieben/Gröblinghoff, ZJS 7 (2), S. 231–235.

*Schneider, D./Bareis, P./Siegel, T.* (2013): Für normative Steuerlehre – wider eine Beseitigung des gesellschaftlich-verpflichteten Fundaments der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre, DStR 51 (22), S. 1145–1151.

*Schrader, U./Hennig-Thurau, T.* (2009): VHB-JOURQUAL2: Method, results, and implications of the German Academic Association for Business Research's journal ranking, BuR 2 (2), S. 180–204.

*Schulze, G.G./Warning, S./Wiermann, C.* (2008): What and how long does it take to get tenure? The case of economics and business administration in Austria, Germany and Switzerland, GER 9 (4), S. 473–505.

*Smith, D./Jacobs, K.* (2011): „Breaking up the Sky". The characterization of accounting and accountants in popular music, Accounting, Auditing & Accountability Journal 24 (7), 904–931.

*Snyder, M./Tanke, E. D./Berscheid, E.* (1977): Social perception and interpersonal behavior: On the self-fulfilling nature of social stereotypes, Journal of Personality and Social Psychology 35 (9), S. 656–666.

*Swanson, E. P.* (2004): Publishing in the majors: A comparison of accounting, finance, management and marketing, Contemporary Accounting Research 21 (1), S. 223–255.

*Swanson, E. P./Wolfe, C. J./Zardkoohi, A.* (2007): Concentration in publishing at top-tier business journals: Evidence and potential explanations, Contemporary Accounting Research 24 (4), S. 1255–1289.

*Tajfel, H./Turner, J.C.* (1986). The social theory of inter-group behavior, in: Worchel, S./Austin, W. G. (Hrsg.), Psychology of inter-group relations, 2. Aufl., Chicago, S. 7–24.

*Tüffers, H.* (2016): Anrechnung von Prüfungsleistungen nach § 13b WPO, in: Brauner, J. B. (Hrsg.), Verkürzung des WP-Examens nach § 8a und § 13b WPO. Fachliche Voraussetzungen, Profile anerkannter Hochschulen, AuditXcellence-Programm, Pforzheimer FORUM, 6. Aufl., Sternenfels, S. 20–25.

*Wagner, F. W.* (2014): „Message follows Method": Wie beeinflussen Forschungsmethoden Perspektiven und Programm der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre? StuW 91 (3), S. 200–215.

*Watts, R. L.* (1977): Corporate financial statements: Product of the market and political processes, Australian Journal of Management 2, S. 53–75.

*Weber, M.* (1919): Wissenschaft als Beruf. Verfügbar unter: http://goo.gl/EDdORa.

*Webler, W.-D.* (2011): Erfassung der Qualität der Lehre – Warum so viele Versuche scheitern, Hochschulmanagement 6 (4), S. 84–93.

*Weißenberger, B.* (2016): Politik ohne BWL – bleibt Stückwerk, FAZ (107), 9.5.2016, S. 16.

*Wessel, H.* (2012), Die (Nicht-)Auswirkungen der Studienreform – Gedanken zu einem gutgemeinten Versuch, in: Griebel, J./Gröblingshoff, F. (Hrsg.): Von der juristischen Lehre – Erfahrungen und Denkanstöße, Baden-Baden, S. 69–81.

*Wirtschaftsprüferkammer* (2016a): Mitgliederstatistik der WPK. Stand 1. Juli 2016, Berlin, verfügbar unter: http://goo.gl/xQ2Pgw.

*Wirtschaftsprüferkammer* (2016b): Referenzrahmens für die Anerkennung von Studiengängen nach § 8a Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung – WPO) und die Anrechnung von Prüfungsleistungen nach § 13b WPO gemäß § 4 Abs. 1 der Wirtschaftsprüfungsexamens-Anrechnungsverordnung – WPAnrV1 in der gemäß § 4 Abs. 2 WPAnrV vom Gremium erarbeiteten und am 24. Oktober 2016 beschlossenen sowie vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie am 29. November 2016 für verbindlich erklärten Fassung, Berlin, verfügbar unter: http://goo.gl/FPXxrY.

*Wirtschaftsprüferkammer* (2016c): Studiengänge nach § 13b WPO (Stand vom 22. August 2016, verfügbar unter: http://goo.gl/mjDG5l.

*Wolf, C.* (2013): 10 Jahre Gesetz zur Reform der Juristenausbildung 2003–2013 – Eine kurze Bilanz aus der Perspektive der anwaltsorientierten Juristenausbildung, Juristische Arbeitsblätter-Editorial 1/2013.

*Wolf, G.* (2016): Bremsversagen oder: Mit dem Abitur in die Schreibberatung – Ursachen und Folgen einer nachlassenden Studierfähigkeit heutiger Jugendlicher, in: Henry-Huthmacher, C./Hoffmann, E. (Hrsg.): Ausbildungsreife & Studierfähigkeit, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Sankt Augustin/Berlin.

*Ziegler, G.* (2015): Die Nachwuchsförderung liegt uns am Herzen. Tätigkeitsbericht des Präsidenten, WPK Magazin (4), S. 10–14.

# Diskussion

## Aus der internationalen Diskussion

Ausgewählt am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, München

**Jacob Nussim/Anat Sorek: Theorizing Tax Incentives for Innovation** (Virginia Tax Review Vol. 36/1, 2017, S. 25–82).

*Jacob Nussim*[1] und *Anat Sorek*[2] beschäftigen sich in ihrem Beitrag mit der Frage, ob zur Förderung von Forschung und Entwicklung steuerliche Anreize (*tax incentives*) eingesetzt werden sollten.

Ausgangspunkt der Förderung von Forschung und Entwicklung ist die Tatsache, dass Innovation, verstanden als Produktion von Wissen mittels der dafür erforderlichen Aktivitäten in Forschung und Entwicklung, Charakteristika eines öffentlichen Gutes besitzt: Nicht-Rivalität sowie keine (oder nur sehr kostspielig erreichbare) Ausschließbarkeit führen ohne rechtlichen Rahmen zu einem insgesamt suboptimalen Ausmaß privater Innovationstätigkeit, da der private ökonomische Nutzen einer Innovationsleistung hinter dem allgemeinen Nutzen zurückbleibt. Unter der Prämisse sozial erwünschter Innovation ist es daher sinnvoll, die private Ertragsrate risikobehafteter Investitionen in Forschung und Entwicklung zu steigern. Vor diesem Hintergrund erscheint steuerndes Eingreifen mittels rechtlicher Instrumente als gerechtfertigt.

Steuerbasierte Förderung von Forschung und Entwicklung geschieht in verschiedenen Formen, wie etwa Steuergutschriften, Steuerfreibeträge, Abzugsfähigkeit von Kosten, die durch Innovationstätigkeit verursacht werden, Sonderabschreibungen für entsprechend eingesetztes Kapital sowie auch durch in jüngerer Vergangenheit intensiv diskutierte sogenannte „Patentbox"-Regeln, welche die Einkünfte aus der Verwertung geistigen Eigentums privilegieren. Die Bundesrepublik Deutschland gehört zu den wenigen Ländern, die bisher keine *steuerliche* Förderung von Forschung und Entwicklung gewähren; die Einführung solcher Instrumente auch hierzulande, insbesondere zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen, wird jedoch diskutiert.[3]

*Nussim* und *Sorek* geben zunächst einen Überblick über die verschiedenen rechtlichen und politischen Instrumente, die zur Förderung von Forschung und Innovation eingesetzt werden. Sie konzentrieren sich dabei auf drei Kategorien von Instrumenten, nämlich Rechte an geistigem Eigentum (*intellectual property rights*, auch IPR), Projektförderung in Form direkter Geldleistungen (*cash-based transfers*, auch CBT) sowie steuerliche Anreize (*tax incentives*). Als Anlass für ihren Beitrag identifizieren sie eine Forschungslücke in der bereits vorhandenen Literatur: Während sich die ökonomische Literatur zu großen Teilen mit dem optimalen Design konkreter Rechte an geistigem Eigentum und deren relativen Vor- und Nachteilen gegenüber direkten Geldleistungen auseinandersetzt, werden steuerliche Anreize zwar in empirischen Untersuchungen auf ihre Effekte hin untersucht, dies geschieht allerdings nicht vergleichend mit den anderen angesprochenen Instrumenten.

Das Kernstück des Beitrags von *Nussim* und *Sorek* bildet deshalb schließlich die Formulierung eines eigenen theoretischen Modells für die Wahl eines geeigneten Steuerungsinstruments, welches eine evaluative Differenzierung zwischen direkten Geldleistungen und Steuerbegünstigungen ermöglicht. Hier nehmen die Autoren vor allem die Implementierungskosten innovationsfördernder Instrumente in den Blick. Diese Kosten ergeben sich aus den personellen und finanziellen Ressourcen, derer es sowohl auf fördernder wie auch auf geförderter Seite für die Umsetzung eines praktischen Instruments bedarf. Dazu zählen etwa Kosten für die Bewerbung um Projektförderung, für Verhandlungen, oder für die Überwachung und Durchsetzung von Vorgaben.

Insgesamt kommen *Nussim* und *Sorek* zu dem Ergebnis, dass direkte Geldleistungen gegenüber Steuerbegünstigungen generell zu bevorzugen sind. Die Gründe dafür liegen vor allem in niedrigeren Implementierungskosten auf fördernder Seite. Instrumente zur Innovationsförderung sind *per definitionem* gebundenen an einen bestimmten Zweck. Folglich muss sichergestellt sein, dass sie tatsächlich entsprechend ihres Zweckes eingesetzt werden, d.h. dass die Vorteile nur im Zusammenhang mit Innovationstätigkeiten gewährt werden. Ebenso bedarf das Ausmaß der Innovationstätigkeit, welches wiederum für die Höhe gewährter Förderung maßgeblich ist, einer Bewertung. Relevante Tätigkeiten und Einkunftsquellen müssen also zunächst identifiziert und in einem zweiten Schritt quantitativ erfasst werden. Für beide Schritte bedarf es wissenschaftlicher und/oder technologischer Kenntnisse und Fähigkeiten. Innovationsförderung sollte aus Sicht der Autoren deshalb organisatorisch bei einer Fachbehörde (*subject-matter agency*) angesiedelt werden, denn nur hier ist der Aufbau erforderlicher Spezialisierung und fachlicher Expertise lohnend. Den Steuerbehörden dagegen fehlt es an ebendiesen Kompetenzen; mangels positiver Skalen- und Synergieeffekte ist die Ansiedlung von Innovationsförderung in ihrem Aufgabenbereich weniger sinnvoll als bei Fachbehörden.

---

1 Assistant Professor an der Bar-Ilan University School of Law, Tel Aviv.

2 Associate bei S. Horowitz & Co., Tel Aviv.

3 Die Bundesministerin für Bildung und Forschung *Johanna Wanka* hat sich am 29.3.2017 unter Berufung auf das Jahresgutachten 2017 der Expertenkommission Forschung und Innovation dafür ausgesprochen, als Ergänzung zur bisherigen Projektförderung die Einführung steuerlicher Förderungsinstrumente zu prüfen; Pressemitteilung des BMBF 027/2017, abrufbar unter https://www.bmbf.de/de/zukunft-made-in-germany-4010.html.

Die Fokussierung auf das Kriterium der Implementierungskosten ist vor dem Hintergrund des theoretischen Interesses der Autoren nachvollziehbar. Schlussfolgerungen für die Praxis der Innovationsförderung lassen sich jedoch nur aus einem evaluativen Gesamtbild aller prinzipiell in Frage kommenden Instrumente ableiten. Das rechtspolitische Kalkül muss also zum einen die hier ausgeklammerten anderen Einschränkungen politischer und völkervertraglicher Art integrieren. Zum anderen muss es, noch wichtiger, nicht nur einen Vergleich zwischen Geldleistungen und Steuerbegünstigungen ermöglichen, sondern auch zwischen diesen Instrumenten und der gängigen Praxis, die ökonomische Verwertung von Innovation durch Recht an geistigem Eigentum zu gewährleisten. Zu dieser Entscheidungsdimension können und wollen *Nussim* und *Sorek* sich mit ihrem organisationstheoretischen Modell nicht äußern. Sie erkennen an (Fn. 216), dass die sogenannten „*cash-tax-incentives*" entweder anstelle oder komplementär zu Rechten an geistigem Eigentum eingesetzt werden können; ihre Analyse verhält sich dazu jedoch nach eigener Auskunft als „*largely agnostic*".

Einerseits ist die inhaltliche Reichweite der Ausführungen von *Nussim* und *Sorek* also recht eng begrenzt. Andererseits kann ihr organisationstheoretisches Argument gerade zu der aktuell in Deutschland geführten Diskussion, ob zusätzlich zu der bereits vorhandenen Förderung durch Rechte an geistigem Eigentum und Projektsubventionen auch eine steuerliche Innovationsförderung eingeführt werden sollte, einen hilfreichen Beitrag leisten.

*Johanna Stark*

**Daniel Shaviro: Taxing Potential Community Members' Foreign Source Income** (Tax Law Review, Vol. 70 (2016), S. 75–109).

*Daniel Shaviro*[4] befasst sich in seinem Beitrag mit der Frage, ob und gegebenenfalls auf welche Weise im Ausland ansässige natürliche Personen mit ihren ausländischen Einkünften im Inland der Besteuerung unterliegen sollten.

Während die Anknüpfung einer unbeschränkten Steuerpflicht an das Merkmal der inländischen Ansässigkeit nahezu überall auf Zustimmung stoße, werde der Status des unbeschränkt Steuerpflichtigen im Hinblick auf hauptsächlich im Ausland lebende Personen kontrovers diskutiert. Dabei werde das US-amerikanische Einkommensteuersystem, das eine unbeschränkte Steuerpflicht für natürliche Personen, unabhängig vom tatsächlichen Aufenthalt, an den Status des US-amerikanischen Staatsbürgers oder des in den USA dauerhaft Aufenthaltsberechtigten knüpft, häufig als zu weitgehend und in seinem Zugriff auf im Ausland lebende Personen einzigartig dargestellt. Dem hält *Shaviro* entgegen, dass auch andere Staaten in dem Bestreben, den „wahren" Ansässigkeitsort zu bestimmen, auf andere Kriterien als den tatsächlichen Aufenthaltsort abstellten. So werde beispielsweise an eine vergangene Ansässigkeit im Inland, die inländische Belegenheit von Vermögen oder auch eine fortbestehende wirtschaftliche oder familiäre Beziehung zum Inland angeknüpft.

Losgelöst von diesen unterschiedlichen Anknüpfungskriterien untersucht der Autor, unter welchen Voraussetzungen es gerechtfertigt sein kann, im Ausland lebende Personen zur eigenen Gemeinschaft („*potential community members*") zu zählen und ihre ausländischen Einkünfte der inländischen Besteuerung zu unterwerfen. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet seiner Ansicht nach die allgemein bestehende Akzeptanz gegenüber staatlichem Handeln, das sich vorrangig oder ausschließlich um das Wohl der eigenen Bürger sorgt. Notwenige Konsequenz dieser Akzeptanz sei die Aufteilung der Bevölkerung in ein „wir", d.h. Personen, die zur eigenen Gemeinschaft zu zählen seien, und „die anderen". Zur Abgrenzung des „wir" von „den anderen" seien zwei Merkmale bedeutsam, denen seiner Ansicht nach eine starke intuitive Wirkung zukäme: der physische Aufenthaltsort einer Person einerseits und ihre innere Gesinnung andererseits.

Die Relevanz des physischen Aufenthaltsorts zeige sich häufig darin, dass im Inland ansässige Personen, die sich zugleich für eine bestimmte Zeit im Ausland aufhielten, intuitiv den Eindruck hervorriefen, sie seien nicht mehr vollwertige Mitglieder ihrer Heimatgemeinde. So würden beispielsweise in den USA Leistungen aus dem staatlichen Lebensmittelhilfe- und Gesundheitsfürsorgeprogramm nur Personen gewährt, die sich im Inland aufhielten. Demgegenüber könne aber auch auf die innere Gesinnung eines ausgewanderten Staatsbürgers abgestellt werden, die zum einen in seiner Selbstidentifikation und zum anderen in seinen Zukunftsplänen zum Ausdruck kommen könne. Beispielhaft für diejenigen, die maßgeblich auf das Kriterium der Selbstidentifikation hinweisen, nennt der Autor *Michael Kirsch*[5], nach dessen Auffassung ein Auswanderer, der seine US-amerikanische Staatsbürgerschaft behält, eine bewusste Identifikation mit den USA zum Ausdruck bringe und es daher auch gerechtfertigt sei, ihn mit seinem Welteinkommen zur Besteuerung in den USA heranzuziehen.

Die intuitive Unterscheidung von „wir" und „den anderen" in Bezug auf staatliches Handeln, dessen vorrangiges oder hauptsächliches Ziel die Förderung des Wohls seiner Staatsbürger sei, führt nach *Shaviro* im Steuerrecht jedoch zu dem Paradoxon, dass diejenigen, die zur Kategorie des „wir" gezählt werden, mit der negativen Folge der unbeschränkten Steuerpflicht belastet würden. Zur Lösung dieses Paradoxons schlägt der Autor einen Bogen zu dem – humoristisch gemeinten – „Monty Python-Steuerprinzip", das zum Wohl der eigenen Bevölkerung alle im Ausland lebenden Ausländer besteuert.[6] Unter eingeschränkter Anwendung dieses Vorschlags auf die Besteuerung „möglicher Gemeinschaftsmitglieder" im Ausland

4 Wayne Perry Professor of Taxation an der NYU School of Law.

5 *Michael S. Kirsch*, Taxing Citizens in a Global Economy, 82 N.Y.U. L. Rev. 443 (2007).

6 *Shaviro* bezieht sich dabei auf folgenden Satz aus der berühmten TV-Serie: „To boost the British economy I'd tax all foreigners living abroad." Vgl. Monty Python's Flying Circus: The Spanish Inquisition (BBC Fernsehübertragung vom 22. Sept. 1970).

könne nun eine Besteuerung beider Kategorien erreicht werden: diejenigen, die man aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Kategorie des „wir" besteuern möchte und ebenso die übrigen Auswanderer, die der Kategorie der „anderen" angehörten. Dann gebe es kein Paradoxon, denn eine Einordnung in die Kategorie der „anderen" gehe nicht mehr mit einer günstigeren steuerlichen Behandlung einher, sondern die Besteuerung erfolge nur auf anderer Grundlage.

*Juliane Abel*

**Suzy Morissey: Implicit Gender Bias in GST Systems** (New Zealand Journal of Taxation Law and Policy, Vol. 23 (2016), No. 1, S. 37–48).

*Suzy Morrissey*[7] gibt in ihrem Beitrag einen Überblick, wie und weshalb sich das Steuerrecht im Allgemeinen und das Umsatzsteuerrecht im Besonderen unterschiedlich auf Männer und Frauen auswirkt und dadurch Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern indizieren, zementieren oder forcieren, aber auch reduzieren kann.

Am Anfang steht eine Begriffsklärung: *Morrissey* unterscheidet in Bezug auf das Steuerrecht zwischen *„explicit gender bias"* und *„implicit gender bias"*. Im ersten Fall knüpfe die Regelung unmittelbar an das Geschlecht an, während sich geschlechtsbezogene Unterschiede im zweiten Fall nur mittelbar ergeben. Ein *„bias"* liege demnach vor, wenn sich eine Regelung auf Männer und Frauen unterschiedlich auswirke. Dies weise folglich nicht notwendig auf eine nicht geschlechtergerechte Regelung hin, sondern sei als Ausgangspunkt für die Suche nach geschlechtsbezogener Ungleichbehandlung zu sehen.

*Morrissey* identifiziert vier Ursachen für die Entstehung und das Fortbestehen eines *„gender bias"* im Steuerrecht insgesamt: Erstens beschreibt sie das Phänomen, dass das Steuerrecht zwar Spiegel gesellschaftlicher Grundentscheidungen und von einer Vielzahl politischer, ökonomischer, kultureller, institutioneller und historischer Umstände – darunter auch Geschlechterdiskriminierung – geprägt sei, es sich aber gleichzeitig um eine Spezialmaterie handele, deren Komplexität einer öffentlichen Debatte im Wege stehe. Zweitens wirkten sich besonders im Steuerrecht ökonomische, soziale und sogar biologische Unterschiede zwischen Männern und Frauen aus. Männer seien häufiger berufstätig, verdienten und sparten mehr und bezögen in größerem Umfang Kapitaleinkünfte als Frauen. Frauen hingegen würden älter, gingen häufiger einer unbezahlten Tätigkeit im Haushalt nach, sparten weniger und seien stärker auf öffentliche Leistungen angewiesen. So könne die gegenüber Erwerbseinkommen günstigere steuerliche Behandlung von Kapitaleinkünften oder die in manchen Ländern bestehende Abhängigkeit bestimmter öffentlicher Leistungen vom individuellen Steueraufkommen selbst in einem formal neutral ausgestalteten Steuersystem zur Benachteiligung von Frauen führen. Dass Frauen insgesamt stärker auf öffentliche Leistungen angewiesen seien (*Morrissey* greift den Begriff *„feminization of poverty"* auf), hebt die Autorin als dritten Faktor noch einmal hervor: Sie verweist auf *Fraser*[8], die das System der öffentlichen Fürsorge als an dem Konzept der Kernfamilie mit einem alleinverdienenden Mann ausgerichtet sieht. Dadurch werde eine ungleiche Aufgabenverteilung zementiert. Ein Wandel sei nur zu erreichen, wenn der Staat alternative Modelle der Kinderbetreuung (steuerlich) fördere.

Nach diesen allgemeinen Gedanken zum *„gender bias"* im Steuerrecht richtet die Autorin den Blick speziell auf die Umsatzsteuer. Während eine ausdrückliche Ungleichbehandlung dort selten sei, könne eine *„implicit gender bias"* durch unterschiedliche Steuersätze, Steuerbefreiungen und die Anwendung des Nullsatzes entstehen – und auch wieder nivelliert werden. *Morrissey* führt dafür verschiedene Beispiele an: So verdienten Frauen weniger und verwendeten deshalb einen größeren Teil ihres Einkommens zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse. Dadurch belaste sie die Umsatzsteuer überproportional. In Südafrika beispielsweise werde darum zur Entlastung ärmerer, i.d.R. von Frauen geführter Haushalte der Nullsatz auf Grundnahrungsmittel und Brennstoffe angewendet. Zudem seien Frauen auch wegen besonderer Konsumbedürfnisse stärker belastet, z.B. wegen des Bedarfs an Hygieneprodukten (*Morrissey* bringt hier das Beispiel der sog. *„tampon tax"*). Schließlich würden bestimmte Begünstigungen Frauen weniger zugutekommen. Die Autorin führt als Beispiel die *„Financial Services Exemption"* in Neuseeland an, wonach bestimmte Leistungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Lebens- und Altersversicherungen steuerfrei seien. Aufgrund ihres im Durchschnitt geringeren Einkommens, schlechterer Kenntnisse im Bereich der Vermögensvorsorge und geringen Selbstvertrauens in Bezug auf Entscheidungen in diesem Bereich seien weniger Frauen versichert und die Versicherungssumme liege unter dem Durchschnitt bei Männern. Die *„Financial Services Exemption"* begünstige deshalb vor allem Männer.

Im Anschluss erinnert *Morrissey* daran, dass ein *„gender bias"* nicht immer in den steuerlichen Regelungen selbst begründet liege, sondern auch auf wirtschaftliche Umstände zurückzuführen sein könne; dies illustriert sie anhand dreier Überlegungen bzw. Beispiele: *Morrissey* geht zunächst davon aus, dass die Umsatzsteuer vollständig auf die Verbraucher abgewälzt wird. Aufgrund der unterschiedlichen Konsummuster und des Verhältnisses zwischen verkonsumiertem und gespartem Einkommen könne sich für Frauen eine im Verhältnis zum Einkommen höhere Umsatzsteuerbelastung ergeben. Wenngleich die Umsatzsteuer deshalb noch nicht notwendig als regressiv zu betrachten sei, könne sie jedenfalls durch Anwendung des Nullsatzes leicht progressiv ausgestaltet werden und so der *„feminization of poverty"* entgegenwirken. Die Autorin weist außerdem darauf hin, dass diskriminierende Preisgestaltung (sog. *„pink pricing"*) zwar nicht durch die Umsatzsteuer verursacht, wohl aber verstärkt werde und zitiert Untersuchungen, wonach Produkte, die speziell für Frauen vermarktet werden, oftmals teurer seien als vergleichbare Produkte für Männer. Schließlich erläutert *Morrissey* den Zusam-

7 Team Leader des Referats *„Tax Strategy"* im neuseeländischen Finanzministerium.

8 *Fraser*, After the Family Wage: Gender Equity and the Welfare State, Political Theory, Vol. 22 (1994) No. 4, S. 591 ff.

menhang zwischen Umsatzsteuer und traditioneller Rollenverteilung: Frauen würden vor allem unbezahlte Aufgaben in Haushalt und Erziehung übernehmen. Das liege auch daran, dass diese Dienstleistungen am Markt durch die Belastung mit Umsatzsteuer teurer seien. Würde man sie durch einen niedrigeren Steuersatz verbilligen, könnten Frauen diese Dienstleistungen eher in Anspruch nehmen und einer bezahlten Tätigkeit nachgehen, statt zu Hause zu bleiben.

Als Werkzeug zur Identifikation und Bekämpfung eines *„gender bias"* stellt *Morrissey* schließlich das Konzept *„gender budgeting"* vor. Darunter sei die Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit durch haushalts- und steuerpolitische Maßnahmen zu verstehen, z.B. die gendersensible Analyse des Haushalts, die Erhebung des Nutzens bestimmter Ausgaben für Frauen und Männer, die Entwicklung geschlechtergerechter Haushaltsstrategien sowie eine gleichstellungsorientierte Betrachtung der Gesamtwirtschaft. Sie schließt mit dem Plädoyer, Steuerpolitik künftig verstärkt unter dem Gesichtspunkt der Geschlechtergerechtigkeit zu betrachten.

*Jonathan Schindler*