

Prof. Dr. Markus Diller

**Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre  
mit Schwerpunkt Taxation**



Universität Passau · 94030 Passau

An die

Vorsitzende des Finanzausschusses des  
Deutschen Bundestages  
Frau Ingrid Arndt-Brauer, MdB  
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Telefon	Prof. Dr. Markus Diller 0851 509-2440 0851 509-2441
Telefax	0851 509-2442
e-mail	markus.diller @uni-passau.de diana.königseder @uni-passau.de
Datum	26.06.2015

## **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Protokollerklärung zum Gesetz zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Frau Arndt-Brauer,

ich danke Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem o. g. Gesetzentwurf. Ich möchte meine Anmerkungen aus Platzgründen auf die wichtigsten Punkte beschränken:

### **Änderung § 20 UmwStG**

Im Rahmen der bisherigen Regelung des §20 UmwStG, bei welcher es um die Einbringung von Unternehmensteilen in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten geht, führen Ausgleichszahlungen nicht zu einem Einbringungsgewinn, solange sie die Buchwerte des eingebrachten Betriebsvermögens nicht übersteigen.

Auf Ebene der Gesellschaftsanteile findet gem. §20 Abs. 3 S. 3 UmwStG eine Kürzung der Anschaffungskosten statt, so dass sichergestellt ist, dass die stillen Reserven auch auf Ebene des Anteilseigners im Falle einer Veräußerung der Beteiligung versteuert werden müssen.

Die aktuelle Behandlung von Ausgleichszahlungen stellt zwar eine Besteuerung der stillen Reserven sowohl auf Ebene des Anteilseigners als auch auf Ebene der Gesellschaft grundsätzlich sicher, bewirkt jedoch einen Aufschub dieser Besteuerung auf unbestimmte Zeit.

Wenn man als Referenzpunkt nämlich unterstellt, dass die stillen Reserven anteilig gehoben hätten werden müssen (siehe Argumentation unten), so wird eine Besteuerung im Zeitpunkt der Einbringung vermieden und auf spätere Perioden verschoben, nämlich zum Teil auf die Periode in der sich auf Ebene der Gesellschaft die stillen Reserven durch Minderabschreibung oder durch Verkauf der Wirtschaftsgüter auflösen und zum Teil auf die Periode, in der die Anteile an der Kapitalgesellschaft verkauft werden. Da die Besteuerung auf beiden Ebenen in Summe ungefähr mit der Besteuerung des Einbringungsgewinns übereinstimmt, geht

Steuersubstrat nicht verloren, wird jedoch erst später besteuert. Dieser Zeitpunkt der Nachbesteuerung kann so weit in der Zukunft liegen, dass dies einer Nichtbesteuerung gleich kommt (z.B. in Bezug auf die in den Anteilen verhafteten stillen Reserven, falls eine Veräußerung dauerhaft nicht geplant ist).

Die Frage des Referenzpunktes ist entscheidend; hier ist m. E. eine Abkehr vom (bisher verankerten) Einheitsprinzip notwendig. Aus ökonomischer Sicht gibt es keinen Grund für die (fiktive) Zuordnung der sonstigen Gegenleistung ausschließlich zu Buchwerten und nicht auch zu den inhärenten (anteiligen) stillen Reserven. Die Einbringung sollte in einen vom UmwStG begünstigten Teil (gegen Anteilsrechte) sowie in einen nicht begünstigten Teil (gegen andere WG) getrennt werden. Dies wird durch die Neuregelung im Grundsatz erreicht.

Ausgleichszahlungen sind nach der Neuregelung bis zu einem Viertel der Buchwerte ohne steuerliche Folgen möglich (zusätzlich ist ein absoluter Freibetrag von implementiert, auf den an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden soll). Während also bisher die Buchwerte bis zu 100 % mit den Ausgleichszahlungen verrechnet werden konnten, ist dies demnächst nur noch bis zu 25 % ihres Wertes möglich. Anschließend findet eine anteilige Aufdeckung der stillen Reserven statt.

Im Prinzip implementiert die Neuregelung also die anteilige Aufdeckung stiller Reserven, jedoch mit einem Freibetrag i. H. v. 25 % des Buchwerts. Die Implementierung dieses Freibetrags (für kleine Ausgleichszahlungen, die wie bisher behandelt werden sollen) führt zu technischen Schwierigkeiten:

- 1) Die Neuregelung führt zu einer erhöhten Komplexität des UmwSt-Rechts. Insb. findet sich an anderer Stelle im UmwStG bereits eine Aufdeckung ohne Freibetrag (Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 UmwStG sind im Falle der Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personenunternehmen steuerneutrale Umwandlungen nur möglich, falls das Entgelt ausschließlich aus Anteilen besteht. Eine Gegenleistung in Form von anderen Wirtschaftsgütern ist auch hier möglich, führt jedoch immer zu einer anteiligen Gewinnrealisation (BMF v. 11.11.2011, BStBl I 1314 Rn. 03.23).)
- 2) Die Neuregelung führt für sonstige Gegenleistungen über einem Viertel des Buchwerts stets zu einem gleichbleibenden Betrag an weniger aufgedeckten stillen Reserven als eine anteilige Aufdeckung. D.h. selbst bei einer (fast) vollständigen Bezahlung mit anderen Wirtschaftsgütern käme es nicht zu einer vollen Auflösung der stillen Reserven (und somit zu negativen Anschaffungskosten der Anteile). Letzteres ist ab einer Ausgleichszahlung i. H. v.  $\frac{1}{4}(BW + 3GW)$  der Fall (BW = Buchwert und GW = Gemeiner Wert). In diesem Fall würde sogar die aktuell gültige Regelung eine höhere Steuerlast bewirken als die Neuregelung.

Obige Nachteile sind der Preis dafür, dass die geplante Neuregelung „kleinere“ Ausgleichszahlungen von einer Auflösung der stillen Reserven (nicht ganz systematisch) verschont. M.E. wäre eine (technische) Nachbesserung hier sinnvoll (und durchaus möglich).

Die Argumentationen gelten in ähnlicher Weise für § 21 UmwStG sowie § 24 UmwStG.

### **Vorschlag des Bundesrats zur Beseitigung von Hybrid Mismatch Arrangements (Vorschlag eines § 4 Abs. 5a S. 1 EStG)**

Der aktuelle Gesetzentwurf enthält keine Regelung mehr zur Beseitigung von Hybrid Mismatch Arrangements; da dies bedauerlich ist, soll an dieser Stelle auf die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung des § 4 Abs. 5a S. 1 EStG eingegangen werden. Diese sieht vor, dass Betriebsausgaben nicht abziehbar sind, soweit sie beim unmittelbaren oder mittelbaren Empfänger nicht als Einnahmen in der Steuerbemessungsgrundlage berücksichtigt werden.

Durch hybride Finanzierungsgestaltungen ist es möglich, konzerninterne Zahlungen so zu gestalten, dass diese als Zinsen in Deutschland als Betriebsausgabe abzugsfähig sind, während die gleichen Zahlungen im Ausland als Dividenden qualifiziert werden und regelmäßig von einer Besteuerung freigestellt werden. Hintergrund ist, dass hybrides Kapital sowohl Merkmale von Eigenkapital als auch von Fremdkapital aufweist.

Es ist nicht möglich abzuschätzen, wie hoch die zusätzlichen Steuereinnahmen durch Einführung einer solchen Regelung sein könnten, da es sicherlich zu starken Sekundäreffekten käme: Die Hybrid Mismatch Arrangements würden ausgetrocknet, da sie keinen Vorteil mehr brächten. Ein nicht zu beziffernder Teil der Finanzierungen würde sicherlich auf „normale“ Fremdfinanzierungen verlagert werden, die von einem Steuersatzgefälle profitieren. Jedoch wäre trotz Verlagerungen sichergestellt, dass auf globaler Ebene eine Einmal-Besteuerung stattfindet. Das Desideratum der Einmalbesteuerung wäre also gewährleistet.

Aus theoretischer und steuersystematischer Sicht spricht also Vieles für die Einführung einer Linking-Rule. Lediglich aus praktischer Sicht wird oft eingewendet, dass die Anforderungen im Rahmen der Steuererklärungen zu hoch wären, falls z.B. eine deutsche Konzerneinheit von all ihren ausländischen Konzerneinheiten, an die sie Zinszahlungen leistet, den Nachweis einer Besteuerung der Zahlung führen müsste. Jedoch scheint trotz gleicher Bedenken die Regelung der korrespondierenden Erfassung von Dividenden gem. § 8b Absatz 1 Satz 2 KStG im Rahmen der Compliance eine machbare Herausforderung (auch in rechtlicher Hinsicht) darzustellen. Es ist evtl. sogar davon auszugehen, dass eine deutsche Konzerneinheit von mehr verschiedenen ausländischen Einheiten Dividenden (z.B. im Fall einer Konzernobergesellschaft) empfängt als sie an verschiedene ausländische Konzerneinheiten Zinsen zahlt.

Da voraussichtlich bei einer Umsetzung des BEPS-Action-Plans der OECD in zahlreichen Ländern eine Linking-Vorschrift umgesetzt werden wird, werden die Informationen bzgl. der Behandlung bestimmter Zinsaufwendungen nicht nur in Deutschland benötigt. Die Schaffung einer zentralen Datenbank wäre naheliegend.

Aus diesen Gründen ist kaum nachvollziehbar, warum der Vorschlag des Bundesrates, der im Prinzip eine (Teil-)Umsetzung des OECD-Vorschlags zur Beseitigung von Hybrid-Mismatch Arrangements darstellt, nicht im Gesetzesentwurf wiederzufinden ist.

In diesem Zusammenhang möchte ich aufgrund des vor wenigen Tagen von der OECD veröffentlichten Implementation Package noch kurz auf ein mögliches Country-by-Country-Reporting eingehen:

### **Country-by-Country-Reporting**

Das Implementation Package der OECD bzgl. Country-by-Country-Reporting (CbCR) gibt eine konkrete Empfehlung, länderspezifische Daten den Steuerbehörden zukünftig im Rahmen einer Verrechnungspreisdokumentation zur Verfügung zu stellen. Eine Umsetzung in deutsches Recht halte ich für sinnvoll, da es die Identifikation von potentiell problematischen Gewinnverlagerungen erheblich erleichtert.

Zusätzlich stellt sich die Frage, ob auch für die Öffentlichkeit länderspezifische Daten bereitgestellt werden sollten. Denkbar wäre eine Anpassung von § 285 Nr. 4 HGB. Im Fall Amazon zeigt sich exemplarisch, dass öffentlicher Druck geeignet ist, Konzerne zu mehr Steuerzahlungen im Inland zu bewegen (vgl. SZ vom 24.5.2015). Auch empirische Studien deuten darauf hin, dass Reputationskosten („naming and shaming“) im Bereich der internationalen Steuerplanung einen großen Einfluss haben (vgl. z.B. Ernst & Young Tax risk and controversy survey (2014), Graham, Hanlon, Shevlin, Shroff (2014) sowie Grottke und Kittel (erscheint in Kürze)). Die künstliche Aufteilung eines Unternehmensgewinns über die Simulation von Markttransaktionen (arm's length principle) auf einzelne Länder muss stets eine grobe Schätzung bleiben und ist per definitionem manipulationsanfällig und schwer kontrollierbar; eine mögliche Gegenstrategie des Staates kann sein, Steuervermeidung durch die Schaffung von Reputationskosten zusätzlich über den Markt zu internalisieren. Damit Steuervermeidung vom Markt bestraft werden kann, muss sie öffentlich erkennbar sein. Hier bietet es sich an, die Steuerzahlungen, Umsätze, Arbeitnehmer, Kapital etc. pro Land verpflichtend zu veröffentlichen,

um anhand dieser Kriterien die durch Verrechnungspreise zustande gekommene steuerliche Gewinnverteilung auf Plausibilität bzw. auf die Existenz von grenzwertigen Steuerstrategien zu überprüfen. Die Reputationskosten entstehen nicht zuletzt durch dann mögliche empirische Untersuchungen zum Thema Steuervermeidung und Aufnahme dieser Ergebnisse in der Öffentlichkeit.

Letztlich wären nicht deutlich mehr Daten öffentlich als bereits früher im Rahmen einer geografisch orientierten Segmentberichterstattung nach IAS 14; somit dürfte auch die Sicherstellung der legitimen Geheimhaltungsinteressen der Unternehmen durch zusätzliche Klauseln eine machbare Herausforderung darstellen.

Mit freundlichen Grüßen,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Markus Diller', with a stylized flourish at the end.

Prof. Dr. Markus Diller