

Shariatmadari, Atefeh

Doctoral Thesis

Geschäfte mit Nahestehenden: Eine grundsätzliche Lösung für das Außensteuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht - Unter besonderer Berücksichtigung von BEPS Bericht 8 und des Wettbewerbsrechts

Suggested Citation: Shariatmadari, Atefeh (2024) : Geschäfte mit Nahestehenden: Eine grundsätzliche Lösung für das Außensteuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht - Unter besonderer Berücksichtigung von BEPS Bericht 8 und des Wettbewerbsrechts, ZBW - Leibniz Information Centre for Economics, Kiel, Hamburg,
<https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:gbv:18-ediss-117486>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/294026>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Geschäfte mit Nahestehenden: Eine grundsätzliche Lösung für das Außensteuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht

- Unter besonderer Berücksichtigung von BEPS Bericht 8 und des Wettbewerbsrechts

Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg

vorgelegt von

Atefeh Shariatmadari

Aus Ghom

Hamburg 2024

Erstgutachter: Prof. Dr. Stefan Oeter

Zweitgutachter: Prof. Dr. Peter Mankowski

Tag der mündlichen Prüfung: 26.02.2024

Gliederung

A. Einleitung	S. 1
I. PROBLEMSTELLUNG	S. 1
1. <u>Das Problem</u>	S. 1
2. <u>BEPS</u>	S. 2
3. <u>Die Geschichte des deutschen Konzernrechts</u>	S. 11
4. <u>Nachhaltigkeitsziele</u>	S. 18
II. FORSCHUNGSFRAGE	S. 20
III. RELEVANZ UND UMFANG DER FORSCHUNGSFRAGE	S. 21
IV. ZIELSETZUNG UND METHODEN	S. 23
V. INHALTLICHE SCHWERPUNKTSETZUNG	S. 25
VI. GANG DER UNTERSUCHUNG	S. 28
B. Geschäfte mit Nahestehenden: Eine grundsätzliche Lösung für das Außensteuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht - Unter besonderer Berücksichtigung von BEPS Bericht 8 und des Wettbewerbsrechts	S. 30
I. STEUERRECHT	S. 30
1. <u>§ 1 AStG</u>	S. 30
1.1. Steuerpflichtige Person	S. 31
1.2. Geschäftsbeziehung	S. 31
1.2.1. Der Begriff der Geschäftsbeziehungen	S. 31
1.2.2. Keine schuldrechtliche Vereinbarung	S. 33
1.3. Auslandsbezug	S. 34
1.4. Nahestehende Person	S. 34
1.4.1. Wesentliche Beteiligungen und Beherrschungsverhältnisse	S. 35
1.4.2. Wesentliche Beteiligung und Beherrschungsverhältnis einer dritten Person	S. 35
1.4.3. Außerhalb der Geschäftsbeziehung begründeter Einfluss oder eigenes Interesse	S. 35
1.5. Fremdvergleichsgrundsatz	S. 36
1.5.1. Uneingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte	S. 39
a. Zu ermittelnde uneingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte	S. 39
aa. Fremdvergleichswerte	S. 39
bb. Fremdvergleichswerte, die uneingeschränkt vergleichbar sind	S. 40
aaa. Uneingeschränkte Vergleichbarkeit	S. 40

(1) Identifizierung der Geschäftsbedingungen	S. 42
(2) Vergleichbarkeitsanalyse	S. 51
bbb. Funktionsanalyse	S. 76
(1) Die ausgeübten Funktionen	S. 79
(2) Die eingesetzten Wirtschaftsgüter	S. 81
(3) Die übernommenen Chancen und Risiken	S. 86
b. Sachgerechte Anpassungen	S. 90
c. Fremdvergleichswerte, die für diese Methoden uneingeschränkt vergleichbar sind	S. 92
d. Ermittelt werden können	S. 92
1.5.2. Eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte	S. 92
a. Bandbreite und eingeeengte Bandbreite	S. 94
b. Mediankorrektur	S. 95
1.5.3. Hypothetischer Fremdvergleich	S. 95
1.5.4. Bestimmung des Verrechnungspreises	S. 109
1.5.5. Preisanpassungsklausel	S. 117
1.6. Einkünfterminderung	S. 160
1.7. Kausalität	S. 160
1.8. Rechtsfolge	S. 160
1.9. Konkurrenzen	S. 161
2. <u>Ergebnis</u>	S. 162
3. §§ 1, 1a AStG neue Fassung	S. 164
II. HANDELSRECHT	S. 182
1. <u>Möglichkeit der Herstellung der Konvergenz de lege lata</u>	S. 182
1.1. Einzel- und Konzernabschlüsse	S. 183
1.1.1. Die Bewertung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände in der Bilanz gemäß §§ 253, 255 HGB	S. 183
1.1.2. Heranziehung von BEPS Bericht 8	S. 189
1.1.3. Ergebnis	S. 199
1.2. Internationale Rechnungslegung	S. 199
2. <u>Untersuchung der Regelungen über den Anhang</u>	S. 207
2.1. Einzelabschlüsse	S. 208
2.2. Konzernabschluss	S. 209
2.3. Internationale Rechnungslegung	S. 210
2.4. Ergebnis	S. 212

3. <u>Berücksichtigung der Auffassung der Arbeitsgruppe durch Fortentwicklung des Rechts de lege ferenda</u>	S. 212
3.1. Diskussion der den Konsolidierungsregelungen zugrundeliegenden Theorie	S. 213
3.1.1. Einheitstheorie	S. 217
3.1.2. Interessentheorie	S. 218
a. Interessentheorie mit partieller Konsolidierung	S. 219
b. Interessentheorie mit Vollkonsolidierung	S. 219
3.1.3. Kritik	S. 220
3.1.4. Einheitsgrundsatz	S. 221
3.1.5. Ergebnis	S. 223
3.2. Aktuelle Vorschläge	S. 223
3.3. Vorschlag zur Verhinderung von Verrechnungspreismanipulationen multinationaler Unternehmen	S. 224
3.3.1. Die Auffassung der Arbeitsgruppe	S. 225
3.3.2. Umsetzung der Auffassung der Arbeitsgruppe	S. 226
a. Umsetzung in den Vorschriften über den Anhang	S. 227
b. Größenabhängige Offenlegungspflicht	S. 227
c. Priorität der Alternative	S. 228
d. Offenlegungspflichten außerhalb des Handelsgesetzbuchs	S. 229
e. Begründungen der vorgeschlagenen Vorschriften	S. 230
aa. Einzelabschlüsse	S. 230
aaa. Fremdvergleich	S. 230
(1) Legitimes Ziel	S. 230
(2) Geeignetheit	S. 232
(3) Erforderlichkeit	S. 233
(4) Verhältnismäßigkeit i. e. S.	S. 235
bbb. Wettbewerbsbeschränkung	S. 244
(1) Legitimes Ziel	S. 244
(2) Geeignetheit	S. 245
(3) Erforderlichkeit	S. 246
(4) Verhältnismäßigkeit i. e. S.	S. 254
bb. Konzernabschluss	S. 262
aaa. Fremdvergleich	S. 262
bbb. Wettbewerbsbeschränkung	S. 263

cc. Internationale Rechnungslegung	S. 263
dd. Größenabhängige Offenlegungspflicht	S. 263
ee. Begründungen der Alternative	S. 264
aaa. Einzelabschlüsse	S. 264
(1) Fremdvergleich	S. 264
(2) Wettbewerbsbeschränkung	S. 265
(3) Größenabhängige Erleichterungen	S. 266
bbb. Konzernabschluss	S. 266
(1) Fremdvergleich	S. 266
(2) Wettbewerbsbeschränkung	S. 267
ccc. Internationale Rechnungslegung	S. 267
3.3.3. Geheimnisschutz	S. 267
a. Einzelabschlüsse	S. 268
b. Konzernabschluss	S. 281
c. Internationale Rechnungslegung	S. 282
d. Alternative	S. 282
aa. Einzelabschlüsse	S. 282
bb. Konzernabschluss	S. 283
cc. Internationale Rechnungslegung	S. 283
3.3.4. Kein Entgegenstehen des § 315e Absatz 1 HGB	S. 283
3.3.5. Ergebnis	S. 286
III. GESELLSCHAFTSRECHT	S. 286
1. <u>Untersuchung</u>	S. 287
1.1. Hinsichtlich verbundener Unternehmen nicht spezielle Offenlegungspflichten	S. 287
1.2. Hinsichtlich verbundener Unternehmen spezielle Offenlegungspflichten	S. 287
1.2.1. §§ 312 ff. AktG	S. 287
a. § 312 AktG	S. 293
b. § 313 AktG	S. 300
c. § 314 AktG	S. 306
d. § 315 AktG	S. 307
e. § 316 AktG	S. 310
1.2.2. Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)	S. 310
2. <u>Vergleich</u>	S. 325

2.1. Legitimes Ziel	S. 326
2.2. Geeignetheit	S. 327
2.3. Erforderlichkeit	S. 328
2.3.1. Grundsätzliche Kritik am Abhängigkeitsbericht	S. 329
2.3.2. Bedenken gegen die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer	S. 330
2.3.3. Unwirksamkeit der Sonderprüfung nach § 315 AktG	S. 334
2.3.4. Erfordernis der Effektivitätssteigerung des Schutzsystems durch gesteigerte Transparenz	S. 336
a. Meinungsstreit über die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts	S. 338
aa. Gegner der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts	S. 338
bb. Befürworter der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts	S. 339
cc. Entscheidung des Meinungsstreits	S. 342
dd. Eigene Meinung	S. 348
b. Im Detail abweichende Meinungen der Befürworter der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts	S. 350
c. Eigene Auffassung zu den abweichenden Meinungen	S. 352
d. Unabhängiges Mitglieder oder Minderheitsvertreterinnen oder -vertreter im Aufsichtsrat	S. 364
e. Ergänzung des Bestätigungsvermerks	S. 366
2.3.5. Ergebnis der Erforderlichkeitsprüfung für Minderheitsteilhabende	S. 366
2.3.6. Erforderlichkeit mit Blick auf weitere Informationssuchende	S. 367
2.4. Verhältnismäßigkeit i. e. S.	S. 368
3. <u>Ergebnis</u>	S. 375
IV. GESAMTERGEBNIS	S. 378
C. Schlussteil	S. 378
Glossar	S. 397
Anhang	S. 400

Vorwort

Ich danke meinen Eltern, Sayyed Hassan Shariat-Madary und Faezeh Shojaaddin, ohne deren umfassende Unterstützung und Zuspruch ich diese Dissertation nicht hätte anfertigen können. Zudem danke ich meinen Geschwistern, die mir immer zur Seite standen. Meinem Bruder, der trotz hoher Arbeitsbelastung immer ein offenes Ohr für mich hatte. Sowie meiner Zwillingsschwester Arefeh Russell, die mir selbst als junge berufstätige Mutter jederzeit ihre Unterstützung anbot. Meinem Betreuer, Herrn Prof. Dr. Oeter, danke ich ebenfalls, insbesondere für seine wertvollen Hinweise. Den Eltern von Herrn Prof. Dr. Mankowski, der leider zu früh von uns schied, möchte ich mein aufrichtig empfundenes Beileid ausdrücken. Herrn Prof. Dr. Hirte danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens. Schließlich danke ich noch Frau Cassebaum für ihre unermüdliche Unterstützung in administrativen Angelegenheiten.

Hamburg, im Februar 2021, Atefeh Shariatmadari

Literaturverzeichnis

I. Literatur aus Büchern oder Zeitschriften

Bach, Albrecht (2018): Zum Begriff der Erforderlichkeit offenzulegender Beweismittel. In: Juliane Kokott, Petra Pohlmann und Romina Polley (Hg.): Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht. Festschrift für Dirk Schroeder. Köln: Otto Schmidt, S. 47–54. Zitiert: Bach in: FS Schroeder, S. [...].

Bach, Albrecht; Wolf, Christoph (2017): Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht. - Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung. In: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* (6), S. 285–294. Zitiert: Bach/Wolf, NZKart 2017, 285, [...].

Baetge, Jörg; Kirsch, Hans-Jürgen; Thiele, Stefan (2019): Konzernbilanzen. 13. Auflage. Düsseldorf: IDW. Zitiert: Baetge/Kirsch/Thiele, S. [...].

Ballwieser, Wolfgang (2013): IFRS-Rechnungslegung. Konzept, Regeln und Wirkungen. 3. Auflage. München: Vahlen. Zitiert: Ballwieser, S. [...].

Ensthaler, Jürgen (2015): Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht. 8. Auflage. Begründet von Georg W. Bandasch. Köln: Luchterhand. Zitiert: Ensthaler/Bandasch, [bearbeitende Person], § [...] HGB, Rn. [...].

Bärsch, Sven-Eric; Erb, Carsten (2018): Bestimmung fremdüblicher Verrechnungspreise bei der Übertragung von Marken. Die Markenbewertung im Blickwinkel aktueller internationaler Entwicklungen. In: *Deutsches Steuerrecht* (12), S. 629–635. Zitiert: Bärsch/Erb, DStR 2018, 629, [...].

Bärsch, Sven-Eric; Quilitzsch, Carsten; Schulz, Sebastian (2013): BEPS: Steuerliche Implikationen des Aktionsplans der OECD aus deutscher Sicht. In: *Internationale Steuer-Rundschau* (10), S. 358–364. Zitiert: Bärsch/Quilitzsch/Schulz, ISR 2013, 358, [...].

Hopt, Klaus J.; Kumpan, Christoph; Merkt, Hanno; Roth, Markus (2020): Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht). 39. Auflage. Begründet von Adolf Baumbach. München: Beck. Zitiert: Baumbach/Hopt, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Baumhoff, Hubertus; Ditz, Xaver; Greinert, Markus (2007): Auswirkungen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008 auf die Besteuerung grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen. In: *Deutsches Steuerrecht* (38), S. 1649–1655. Zitiert: Baumhoff/Ditz/Greinert, DStR 2007, 1649, [...].

Baumhoff, Hubertus; Puls, Michael (2009): Der OECD-Diskussionsentwurf zu Verrechnungspreisaspekten von „Business Restructurings“. - Analyse und erster Vergleich mit den deutschen Funktionsverlagerungsregeln nach § 1 Abs. 3 AStG. In: *Internationales Steuerrecht* (3), S. 73–81. Zitiert: Baumhoff/Puls, IStR 2009, 73, [...].

Bayer, Walter; Hoffmann, Thomas (2018): Beherrschung und Unabhängigkeit in der deutschen Börsenlandschaft. In: *Die Aktiengesellschaft* (9), R116-R119. Zitiert: Bayer/Hoffmann, AG 2018, R116, [...].

Bayer, Walter; Selentin, Philipp (2015): Related Party Transactions: Der neueste EU-Vorschlag im Kontext des deutschen Aktien- und Konzernrechts. In: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (1), S. 7–14. Zitiert: Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, [...].

- Benz, Sebastian; Böhmer, Julian (2017): Zwei Jahre BEPS-Abschlussberichte: Bericht über den aktuellen Stand der BEPS-Arbeiten. In: *Der Betrieb* (50), S. 2951–2957. Zitiert: Benz/Böhmer, DB 2017, 2951, [...].
- Berg, Werner; Mäsch, Gerald (2018): Deutsches und europäisches Kartellrecht. Kommentar. 3. Auflage. Köln: Luchterhand. Datenbank: Wolters Kluwer online.
- Bergmann, Alfred; Drescher, Ingo; Fleischer, Holger; Goette, Wulf; et al. (Hg.) (2020): Vom Konzern zum Einheitsunternehmen. Aktuelle Entwicklungsperspektiven des deutschen und europäischen Konzernrechts. ZGR-Sondersymposium "Vom Konzern zum Einheitsunternehmen". Berlin: de Gruyter (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht : [...], Sonderheft, 22). Zitiert: [...] in: Bergmann, Drescher et al. (Hg.) 2020 – Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, S. [...].
- Bernhardt, Lorenz (2018): Neue Verrechnungspreisvorschriften in Deutschland infolge der BEPS-Aktionspunkte 8 bis 10. In: Andreas Oestreicher (Hg.): BEPS konkret und weitere Entwicklungen im deutschen Steuerrecht. Herne: NWB, S. 61–73. Zitiert: Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. [...].
- Bernhardt, Lorenz; Ham, Susann van der; Kluge, Sven (2008): Die gesetzliche Preisanpassungsklausel im § 1 AStG. - Bestimmung der Anpassungen der Höhe nach und weitere praktische Anwendungsprobleme. In: *Internationales Steuerrecht* (23), S. 844–849. Zitiert: Bernhardt/Ham/Kluge, IStR 2008, 844, [...].
- Bertram, Klaus; Kessler, Harald; Müller, Stefan (2020): HGB Bilanz Kommentar. 11. Auflage. Freiburg: Haufe-Lexware. Zitiert: Haufe HGB Bilanz Kommentar, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].
- Birkenfeld, Wolfram; Dötsch, Ewald; Fuest, Clemens; Hey, Johanna; Kanzler, Hans-Joachim; Kempermann, Michael; et al (2016): Das BEPS-Projekt. - Babylonische Sprachverwirrung zum Fremdvergleichsgrundsatz. In: *Der Betrieb* (36), S. 2078–2085. Zitiert: Birkenfeld/Dötsch/Fuest/Hey et al., DB 2016, 2078, [...].
- Blome, Max-Niklas; Fritzsche, Alexander (2019): Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzprozess. In: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* (5), S. 247–251. Zitiert: Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, [...].
- Blumenberg, Jens; Benz, Sebastian (2007): Die Unternehmensteuerreform 2008. Erläuterungen und Gestaltungshinweise. Köln: Otto Schmidt. Zitiert: Blumenberg/Benz, S. [...].
- Blumers, Wolfgang; Elicker, Michael (2012): Hessisches FG: Widerruf einer Kapitalertragsteuerbescheinigung. „Verfassungswidrige Überschreitung richterlicher Kompetenzen“. BB-Kommentar. In: *Betriebs-Berater* (51), S. 3184–3188. Zitiert: Blumers/Elicker, BB 2012, 3184, [...].
- Heuermann, Bernd; Brandis, Peter (2020): EStG, KStG, GewStG. Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz ; Kommentar. 154. Erg.-Lfg. Begründet von Walter Blümich. München: Vahlen. Datenbank: beck online. Zitiert: Blümich, [bearbeitende Person], [Fundstelle], Rn. [...].
- Böcking, Hans-Joachim; Castan, Edgar (1987): Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung. 63. Erg.-Lfg. München: Beck. Zitiert: Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, [bearbeitende Person], [Fundstelle] [(Stand)], Rn. [...].
- Boehle, Marco; Scholtholt, Tobias (2019): Gestaltungsoptionen zur gerechten Besteuerung von Digitalkonzernen. Eine kritische Diskussion zur aktuellen Arbeit des BEPS-Projekts der OECD. In: *Internationales Steuerrecht* (23), S. 919–924. Zitiert: Boehle/Scholtholt, IStR 2019, 919, [...].

Born, Karl (2007): Rechnungslegung international. IAS/IFRS im Vergleich mit HGB und US-GAAP. 5. Auflage. Stuttgart: Schäffer-Poeschel. Zitiert: Born, S. [...].

Bornkamm, Joachim; Tolkmitt, Jan (2018): § 33g GWB. In: Hermann-Josef Bunte und Eugen Langen: Deutsches Kartellrecht. Kommentar. Band 1. 13. Auflage. Köln: Luchterhand, Rn. 1–64. Datenbank: Wolters Kluwer online. Zitiert: Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. [...].

Bornkamm, Joachim; Tolkmitt, Jan (2018): § 89b GWB. In: Hermann-Josef Bunte und Eugen Langen: Deutsches Kartellrecht. Kommentar. Band 1. 13. Auflage. Köln: Luchterhand, Rn. 1–59. Datenbank: Wolters Kluwer online. Zitiert: Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. [...].

Böttcher, Lars (2010): Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern - kostspielig, unpraktikabel und wirkungslos? In: Barbara Grunewald (Hg.): Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag. München: Beck, S. 29–42. Zitiert: Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. [...].

Joost, Detlev; Strohn, Lutz (2020): Handelsgesetzbuch. Band 1. §§ 1-342e. 4. Auflage. Begründet von Karlheinz Boujong, Carsten Thomas Ebenroth und Detlev Joost. München: Beck. Zitiert: Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Bremer, Sven; Brödel, Michael; Brüninghaus, Dirk; Ewert, Ralf; Freudenberg, Michael; Greil, Stefan; et al. (2017): Immaterielle Vermögenswerte - ausgewählte Fragestellungen aus Sicht der unternehmerischen Praxis und der Wissenschaft. In: *Die Unternehmensbesteuerung* (9), S. 537–542. Zitiert: Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft, Ubg 2017, 537, [...].

Brösel, Gerrit; Mindermann, Torsten (2009): § 248 HGB : Bilanzierungsverbote und Wahlrechte. In: Karl Petersen und Christian Zwirner (Hg.): Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG. Gesetze, Materialien, Erläuterungen. München: Beck, S. 390–395. Zitiert: Mindermann/Brösel in: Petersen, Zwirner et al.–Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, S. [...].

Brune, Jens; Driesch, Dirk; Schulz-Danso, Martin; Senger, Thomas (2020): Beck'sches IFRS-Handbuch. Kommentierung der IFRS/IAS. 6. Auflage. München: Beck. Zitiert: Beck'sches IFRS-Handbuch, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Grottel, Bernd; Schmidt, Stefan; Schubert, Wolfgang J.; Störk, Ulrich (2020): Beck'scher Bilanz-Kommentar. Handels- und Steuerbilanz, §§ 238 bis 339, 342 bis 342e HGB. 12. Auflage. Begründet von Wolfgang Dieter Budde, Hermann Clemm, Max Pankow und Manfred Sarx. München: Beck. Datenbank: beck online. Zitiert: Beck'scher Bilanz-Kommentar, [bearbeitende Person], § [...] HGB, Rn. [...].

Bungert, Hartwin; Raet, Tobias de (2015): Die Aktionärsrechterichtlinie im EU-Parlament: Die Auswirkungen der geplanten Regelungen zu Related Party Transactions auf das deutsche Konzernrecht. In: *Der Konzern* (7/8), S. 289–297. Zitiert: Bungert/Raet, *Der Konzern* 2015, 289, [...].

Bunte, Hermann-Josef; Langen, Eugen (2018): Deutsches Kartellrecht. Kommentar. Band 1. 13. Auflage. Köln: Luchterhand. Datenbank: Wolters Kluwer online.

Burger, Silvan; Kälberer, Daniel (2020): Rechts- und Planungssicherheit im Zeichen einer neuen Weltsteuerordnung. In: *Internationales Steuerrecht* (11), S. 411–417. Datenbank: beck online. Zitiert: Burger/Kälberer, *IStR* 2020, 411, [...].

Bürgers, Tobias; Körber, Torsten (2017): Aktiengesetz. 4. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller. Zitiert: Bürgers/Körber, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

- Busch, Oliver (2020): Das neue Nebeneinander der Korrekturvorschriften in Verrechnungspreisfällen. In: *Der Betrieb* (45), S. 2369–2372. Datenbank: WISO. Zitiert: Busch, DB 2020, 2369, [...].
- Chiusi, Tiziana J.; Gergen, Thomas; Jung, Heike (Hg.) (2008): Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot (Schriften zur Rechtsgeschichte, 139).
- Claussen, Carsten Peter; Scherrer, Gerhard (2011): Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht. (§§ 238 - 342e HGB). Köln: Heymanns. Datenbank: Jurion. Zitiert: Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].
- Cloer, Adrian; Gerlach, Cosima (2018): Die „virtuelle Betriebsstätte“: Ein angemessenes Instrument zur Besteuerung der „digitalen Wirtschaft“? In: *FinanzRundschau* (3), S. 105–113. Zitiert: Cloer/Gerlach, FR 2018, 105, [...].
- Coenenberg, Adolf Gerhard; Haller, Axel; Schultze, Wolfgang (2018): Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse. Betriebswirtschaftliche, handelsrechtliche, steuerrechtliche und internationale Grundlagen - HGB, IAS/IFRS, US-GAAP, DRS. 25. Auflage. Stuttgart: Schäffer-Poeschel. Zitiert: Coenenberg/Haller/Schultze, S. [...].
- Colbe, Walther Busse von; Ordelheide, Dieter; Gebhardt, Günther; Pellens, Bernhard (2010): Konzernabschlüsse. Rechnungslegung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen sowie nach Vorschriften des HGB und der IAS/IFRS. 9. Auflage. Wiesbaden: Gabler. Zitiert: Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. [...].
- Cortez, Benjamin S.; Brucker, Benjamin (2017): Aktuelle Fragestellungen des deutschen Außensteuergesetzes. Besondere Probleme des § 1 AStG, der §§ 2-5 AStG und § 6 AStG. In: *Steuer und Studium* (3), S. 185–193. Zitiert: Cortez/Brucker, Steuer und Studium 2017, 185, [...].
- Dawid, Roman; Ruhmer-Krell, Isabell; Steinhoff, Melanie; Sommer, Christoph (2017): Die Gewinnabgrenzungsaufzeichnungs-Verordnung vom 19.07.2017 - Darstellung der neuen Regelungen und kritische Würdigung. In: *Internationale Steuer-Rundschau* (9), S. 313–322. Zitiert: Dawid/Ruhmer-Krell/Steinhoff/Sommer, ISR 2017, 313, [...].
- Decher, Christian E. (2007): Das Konzernrecht des Aktiengesetzes: Bestand und Bewährung. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht : ZHR* (171), S. 126–145. Zitiert: Decher, ZHR 2007, 126, [...].
- Dettling, Heinz-Uwe (1997): Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965. Dissertation // Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1995/96. Tübingen: Mohr Siebeck (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, 19). Zitiert: Dettling, S. [...].
- Dißars, Ulf-Christian (2014): Aufstellung und Prüfung des Abhängigkeitsberichts nach AktG. In: *StuB - Unternehmensteuern und Bilanzen* (14), S. 530–534. Zitiert: Dißars, StuB 2014, 530, [...].
- Dornemann, Michael (1974): Der Abhängigkeitsbericht : Betrachtung unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Konzepte im AktG von 1965 sowie der Anwendbarkeit. Dissertation. Technische Universität Berlin, Berlin. Zitiert: Dornemann, S. [...].
- Drixler, Daniela (2020): Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen nach der Richtlinie 2014/104/EU. Im Spannungsverhältnis zwischen Kompensation, Prävention und Mehrfachinanspruchnahme. Dissertation // Zugl.: Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Univ., Diss., 2019. Hamburg: Dr. Kovač (Studienreihe wirtschaftsrechtliche Forschungsergebnisse, 211). Zitiert: Drixler, S. [...].

- Drüen, Klaus-Dieter (2012): Rechtsfortbildung im Steuerrecht. Verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung durch die Finanzgerichte. In: *Steuer und Wirtschaft* (3), S. 269–281. Zitiert: Drüen, *StuW* 2012, 269, [...].
- Drüen, Klaus-Dieter (2020): Ein neuer Missbrauchs begriff im deutschen internationalen Steuerrecht? In: Jürgen Lüdicke, Gerrit Frotscher und Lars Hummel (Hg.): *Steuerliche Entwicklungen im Kontext der Globalisierung. 35. Hamburger Tagung zur Internationalen Besteuerung*. Hamburg, 07.12.2018. Köln: Otto Schmidt (Forum der Internationalen Besteuerung, 48), S. 121–150. Zitiert: Drüen in: Lüdicke, Frotscher et al.–*Steuerliche Entwicklungen im Kontext*, S. [...].
- Druey, Jean Nicolas (1992): Gutachten H. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.): *Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages*. Deutscher Juristentag. Hannover. 2 Bände. München: Beck, H1-H67. Zitiert: *Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages*, Druey, Gutachten H, S. [...].
- Drygala, Tim (2013): Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions. In: *Die Aktiengesellschaft* (6), S. 198–210. Zitiert: Drygala, *AG* 2013, 198, [...].
- Ebke, Werner F. (2020): *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. Band 4. Drittes Buch. Handelsbücher § 238-342e. 4. Auflage. München: Beck. Zitiert: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].
- Emmerich, Volker; Habersack, Mathias (2020): *Konzernrecht*. Ein Studienbuch. 11. Auflage. München: Beck. Zitiert: Emmerich/Habersack, S. [...].
- Engelen, Christian (2016): Ex post-Informationen und Preisanpassungsklauseln - kritische Würdigung der OECD -. Ausführungen zu schwer bewertbaren immateriellen Werten. In: *Internationales Steuerrecht* (4), S. 146–152. Zitiert: Engelen, *IStR* 2016, 146, [...].
- Englisch, Joachim (2015): Zulässigkeit und Grenzen steuerverschärfender Rechtsfortbildung. In: *Steuer und Wirtschaft* (4), S. 302–314. Zitiert: Englisch, *StuW* 2015, 302, [...].
- Federmann, Rudolf; Müller, Stefan (2018): *Bilanzierung nach Handelsrecht, Steuerrecht und IFRS. Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Abhängigkeiten*. 13. Auflage. Berlin: Erich Schmidt. Zitiert: Federmann/Müller, S. [...].
- Fleischer, Holger (2014): Related Party Transactions bei börsennotierten Gesellschaften: Deutsches Aktien(konzern)recht und Europäische Reformvorschläge. In: *Betriebs-Berater* (45), S. 2691–2700. Zitiert: Fleischer, *BB* 2014, 2691, [...].
- Fleischer, Holger (2014): „Geheime Kommandosache“: Ist die Vertraulichkeit des Abhängigkeitsberichts (§ 312 AktG) noch zeitgemäß? In: *Betriebs-Berater* (15), S. 835–841. Zitiert: Fleischer, *BB* 2014, 835, [...].
- Fleischer, Holger; Koch, Jens; Kropff, Bruno; Lutter, Marcus (Hg.) (2016): *50 Jahre Aktiengesetz*. Symposium 50 Jahre Aktiengesetz. Bonn, 2015. Berlin, Boston: de Gruyter (*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht / ZGR – Sonderheft*, 19).
- Wassermeyer, Franz; Baumhoff, Hubertus; Schönfeld, Jens; Ditz, Xaver (1999): *Außensteuerrecht*. Kommentar. 95. Lfg. Begründet von Hans Flick. Köln: Otto Schmidt. Zitiert: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., [bearbeitende Person], § 1 AStG [(Stand)], Rn. [...].
- Florstedt, Tim (2020): Der Aktionärsschutz bei Geschäften mit nahestehenden Personen gem. § 107 AktG und §§ 111a–c AktG. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht : ZHR* (184), S. 10–59. Zitiert: Florstedt, *ZHR* 2020, 10, [...].
- Flume, Werner (1959): Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform. In: *Der Betrieb* (7), S. 190–196. Zitiert: Flume, *DB* 1959, 190, [...].

- Förster, Hartmut (2009): Der Entwurf zur Aktualisierung der Kapitel I und III der OECD-Verrechnungspreisleitlinien. In: *Internationales Steuerrecht* (20), S. 720–727. Zitiert: Förster, IStR 2009, 720, [...].
- Franke, Roland; Kügler, Klaus (2010): Steuerliche Behandlung grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen. Bonn: Institut Finanzen und Steuern (IFSt-Schrift, 463). Zitiert: Franke/Kügler, S. [...].
- Freudenberg, Michael; Ludwig, Christoph (2011): Funktionsverlagerungen im Lichte des OECD Business Restructuring-Berichts. In: *Betriebs-Berater* (4), S. 215–219. Zitiert: Freudenberg/Ludwig, BB 2011, 215, [...].
- Frey, Alexandra (2019): Country-by-Country Reporting. In: Andreas Sinz und Holger Kahle (Hg.): Brennpunkt Verrechnungspreise. BEPS-Umsetzung in der Praxis. Herne: NWB, S. 52–102. Zitiert: Frey in: Sinz, Kahle–Brennpunkt Verrechnungspreise, S. [...].
- Friedrich, Werner (1985): Gedanken zur verschärfenden Analogie im Steuerrecht. In: Franz Klein und Klaus Vogel (Hg.): Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung. Grundfragen - Grundlagen ; Festschrift für Hugo von Wallis zum 75. Geburtstag am 12. April 1985. Bonn: Stollfuß, S. 151–165. Zitiert: Friedrich in: FS Wallis, S. [...].
- Frodermann, Jürgen; Jannott, Dirk (Hg.) (2017): Handbuch des Aktienrechts. 9. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller. Datenbank: juris.
- Frotscher, Gerrit (2020): Internationales Steuerrecht. 5. Auflage. München: Beck. Zitiert: Frotscher, Rn. [...].
- Frotscher, Gerrit; Maas, Ernst (1997): Körperschaftsteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz : KStG, UmwStG. 155. Erg.-Lfg. Freiburg im Breisgau: Haufe.
- Fülbier, Rolf Uwe; Gassen, Joachim (2020): Kosten und Nutzen des faktischen Konzerns. In: Alfred Bergmann, Ingo Drescher, Holger Fleischer, Wulf Goette und et al. (Hg.): Vom Konzern zum Einheitsunternehmen. Aktuelle Entwicklungsperspektiven des deutschen und europäischen Konzernrechts. ZGR-Sondersymposium "Vom Konzern zum Einheitsunternehmen". Berlin: de Gruyter (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht : [...], Sonderheft, 22), S. 41–57. Zitiert: Fülbier/Gassen in: Bergmann, Drescher et al. (Hg.) 2020 – Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, S. [...].
- Gallandi, Volker; Kratz, Robert (2010): Patente und andere Schutzrechte als Bilanzposition "immaterielle Wirtschaftsgüter" und als Kreditsicherheit. In: *Der Steuerberater* (5), S. 157–161. Zitiert: Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, [...].
- Gelhausen, Hans Friedrich; Fey, Gerd; Kämpfer, Georg (2009): Rechnungslegung und Prüfung nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz. Kommentar. Düsseldorf: IDW. Zitiert: Gelhausen, S. [...].
- Geserich, Stephan (2011): Auslegung und Rechtsfortbildung. In: Hermann-Ulrich Viskorf (Hg.): Steuerrecht - Steuerrechtswissenschaftliches Symposium im Bundesfinanzhof am 15. März 2011. - Generalthema: „Rechtsanwendung im Steuerrecht zwischen Auslegung, Rechtsfortbildung und Fiktion“. Deutsches Steuerrecht Beihefter (31). München: Beck, S. 59–66. Zitiert: Geserich, DStR 2011 Beihefter zu Heft 31, 59, [...].
- Goette, Wulf; Habersack, Mathias; Kalss, Susanne (2021): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 1a/2a: Nachtrag : §§ 67, 67a-67f, 87, 87a, 107, 111a-111c, 113, 162 infolge des ARUG II. 5. Auflage. München: Beck. Zitiert: MüKo AktG Nachtrag ARUG II, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

- Gosch, Dietmar; Schwedhelm, Rolf; Spiegelberger, Sebastian (Hg.) (2006): GmbH-Beratung. Gesellschaftsrecht und Steuerrecht. 60. Lfg. Köln: Otto Schmidt. Datenbank: juris. Zitiert: Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, [bearbeitende Person], [Fundstelle].
- Gräfer, Horst; Scheld, Guido A. (2016): Grundzüge der Konzernrechnungslegung. Mit Fragen, Aufgaben und Lösungen. 13. Auflage. Berlin: Erich Schmidt. Zitiert: Gräfer/Scheld, S. [...].
- Greil, Eva; Greil, Stefan (2018): Die OECD-Verrechnungspreisleitlinien. Standard der grenzüberschreitenden Gewinnabgrenzung? In: *Steuer und Wirtschaft* (2), S. 184–198. Datenbank: beck online. Zitiert: Greil/Greil, *StuW* 2018, 184, [...].
- Greil, Eva; Greil, Stefan (Hg.) (2020): Steuerliche Verrechnungspreise - ein fallbasierter Einstieg. Herne: NWB.
- Greil, Stefan (2009): Die Preisanpassung nach § 1 Abs. 3 Satz 11 und 12 i.V.m. der Funktionsverlagerungsverordnung. In: *Internationales Steuerrecht* (16), S. 567–573. Zitiert: Greil, *IStR* 2009, 567, [...].
- Greil, Stefan; Wargowske, Lars (2020): Aktuelles zum Fremdvergleichsgrundsatz. In: *Internationale Steuer-Rundschau* (5), S. 171–180. Zitiert: Greil/Wargowske, *ISR* 2020, 171, [...].
- Grigoleit, Hans Christoph (2019): Regulierung von Related Party Transactions im Kontext des deutschen Konzernrechts. In: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (3), S. 412–462. Zitiert: Grigoleit, *ZGR* 2019, 412, [...].
- Grigoleit, Hans Christoph (2020): Aktiengesetz. Kommentar. 2. Auflage. München: Beck. Zitiert: Grigoleit, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].
- Groß, Bernhard (2016): Anpassung der Ergebnisse von Verrechnungspreisen an die Wertschöpfung. Der G20/OECD-Abschlussbericht zu den Maßnahmen 8-10 des BEPS-Aktionsplans. In: *Internationales Steuerrecht* (6), S. 233–241. Zitiert: Groß, *IStR* 2016, 233, [...].
- Grotherr, Siegfried (2015): Transparenz über verbindliche Steuerauskünfte durch handelsrechtliche Rechnungslegungsinformationen? In: *Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung* (11), S. 532–541. Zitiert: Grotherr, *KOR* 2015, 532, [...].
- Grunewald, Barbara (Hg.) (2010): Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag. München: Beck.
- Günther, Johannes (2020): Die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers bei privaten Unternehmen in Deutschland - Eine empirische Analyse im Kontext der Honorare für Prüfung und Beratung. Dissertation. Universität Würzburg, Würzburg. Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät / Betriebswirtschaftliches Institut. DOI: 10.25972/WUP-978-3-95826-117-4. Zitiert: Günther, S. [...].
- Haase, Florian (2016): Außensteuergesetz Doppelbesteuerungsabkommen. 3. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller. Zitiert: Haase, [bearbeitende Person], *AStG/DBA*, II MA Art. 9, Rn. [...].
- Habersack, Mathias (2012): Gutachten E. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.): Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages. München 2012. Unter Mitarbeit von Deutscher Juristentag e.V. Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages. München, 2012. 2 Bände. München: Beck, E1-E106. Zitiert: Habersack in: 69. DJT, Bd. I, S. [...].

- Habersack, Mathias (2016): Aktienkonzernrecht – Bestandsaufnahme und Perspektiven. In: *Die Aktiengesellschaft* (19), S. 691–697. Zitiert: Habersack, AG 2016, 691, [...].
- Haesen, Wilfried (1970): Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern. Dissertation // Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1970 u.d.T.: Haesen, Wilfried: Der Bericht des Vorstandes der abhängigen Aktiengesellschaft über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen nach den §§ 312 ff. des Aktiengesetzes. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann (Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, 1). Zitiert: Haesen, S. [...].
- Hagemann, Tobias; Kahlenberg, Christian (2015): Einkünftekorrektur in grenzüberschreitenden Sachverhalten - § 1 AStG. In: *Praxis Internationaler Steuerberatung* (2), S. 46–52. Zitiert: Hagemann/Kahlenberg, PIStB 2015, 46, [...].
- Hakelmacher, Sebastian (2019): Hauruck II für Aufsichtsräte : bedenkenswerte Folgen von ARUG II und DCGK-E. In: *WPg : Kompetenz schafft Vertrauen* (72), S. 303–308. Zitiert: Hakelmacher, WPg 2019, 303, [...].
- Häublein, Martin; Hoffmann-Theinert, Roland (2021): BeckOK HGB. 31. Edition. München: Beck. Datenbank: beck online. Zitiert: BeckOK HGB, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].
- Hegelau, Hans Joachim (1985): Analogie im Steuerrecht : zur Unzulässigkeit einer steuerbegründenden oder steuerverschärfenden Lückenausfüllung im Steuerrecht. Bonn: Institut Finanzen und Steuern (IFSt-Schrift, 243). Zitiert: Hegelau, S. [...].
- Heidecke, Björn; Lappe, Silke; Pandeya-Koch, Arundhati; Wilmanns, Jobst (2019): Quo vadis Verrechnungspreise - die OECD auf Abwegen? In: *IWB : NWB internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (23), S. 931–940. Zitiert: Heidecke/Lappe/Pandeya-Koch/Wilmanns, IWB 2019, 931, [...].
- Heidel, Thomas (2020): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos. Zitiert: Heidel, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].
- Heinsen, Oliver; Adrian, Gerrit (2019): Neue Maßstäbe für den Fremdvergleich? : zugleich Anmerkungen zum BFH-Urteil vom 27.02.2019 - I R 73/16. In: *WPg : Kompetenz schafft Vertrauen* (15), S. 854–860. Zitiert: Heinsen/Adrian, WPg 2019, 854, [...].
- Heldt, Cordula (2018): „Say on Pay“ und „Related Party Transactions“ im Referentenentwurf des ARUG II aus gesellschaftsrechtspolitischer Sicht. In: *Die Aktiengesellschaft* (24), S. 905–920. Zitiert: Heldt, AG 2018, 905, [...].
- Hellmann, Hans-Joachim; Steinbrück, Ben (2017): Discovery Light – Informations- und Beweismittelbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen. In: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* (4), S. 164–175. Zitiert: Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, [...].
- Hennrichs, Joachim; Kleindiek, Detlef; Watrin, Christoph (2013): Münchener Kommentar zum Bilanzrecht. Teil: Bd. 2. Bilanzrecht : §§ 238 - 342 e HGB. München: Beck. Zitiert: MüKo Bilanzrecht, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].
- Heno, Rudolf (2018): Jahresabschluss nach Handelsrecht, Steuerrecht und internationalen Standards (IFRS). 9. Auflage. Berlin: Springer Gabler. Zitiert: Heno, S. [...].
- Hermann, Uwe S. (2014): Die bilanzielle Abbildung immaterieller Werte im handelsrechtlichen Jahresabschluss nach BilMoG. Unter besonderer Berücksichtigung von Marken und Geschäfts- oder Firmenwert. Dissertation. Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2013. Hamburg: Kovač (Schriftenreihe Schriften zum Handels- und Gesellschaftsrecht, 146). Zitiert: Hermann, S. [...].
- Hess, Dieter (1974): Analogieverbot und Steuerrecht. Ein methodologischer und rechtlicher Beitrag zu den Grenzen der Lückenausfüllung im Steuerrecht dargestellt am Beispiel der

Analogie. Dissertation. Universität zu Köln, Köln. Rechtswissenschaftliche Fakultät. Zitiert: Hess, S. [...].

Hey, Johanna (2015): Steuerrecht und Wettbewerb. In: WiR - Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Thomas Eilmansberger, Michael Holoubek, Susanne Kalss, Michael Lang, Georg Lienbacher et al. (Hg.): Wettbewerb und Recht. Wettbewerbsrecht. Salzburg, 06./07.11.2014. Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht. Wien: Linde, S. 285–301. Zitiert: Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. [...].

Hidien, Jürgen W.; Versin, Volker (2020): OECD: Neuartiger Vorschlag zur Besteuerung der digitalen Wirtschaft. In: *FinanzRundschau* (1), S. 10–18. Zitiert: Hidien/Versin, FR 2020, 10, [...].

Hiller, Matthias (2019): Verrechnungspreisdokumentation. In: Andreas Sinz und Holger Kahle (Hg.): Brennpunkt Verrechnungspreise. BEPS-Umsetzung in der Praxis. Herne: NWB, S. 11–51. Zitiert: Hiller in: Sinz, Kahle–Brennpunkt Verrechnungspreise, S. [...].

Hinder, Jens-Uwe; Feldhaus, Alexander (2018): Die digitale Betriebsstätte – Digitalisierung des internationalen Steuerrechts? In: *GmbH Rundschau* (18), R276-R278. Zitiert: Hinder/Feldhaus, GmbHR 2018, R276, [...].

Hirte, Heribert; Heidel, Thomas (2020): Das neue Aktienrecht. Nach ARUG II und Corona-Gesetzgebung : Handkommentar. Baden-Baden: Nomos. Zitiert: Hirte/Heidel, [bearbeitende Person], § [...] AktG, Rn. [...].

Kirsch, Hanno (1994): Rechnungslegung. Textsammlung, Einführung, Kommentierung. 106. Erg.-Lfg. Begründet von Max A. Hofbauer und Peter Kupsch. Bonn: Stotax, Stollfuß Medien. Zitiert: Kirsch, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Hoffmann, Wolf-Dieter; Lüdenbach, Norbert (2020): NWB Kommentar Bilanzierung. Handels- und Steuerrecht. 12. Auflage. Herne: NWB. Zitiert: NWB-Kommentar Bilanzierung, § [...], Rn. [...].

Hommelhoff, Peter (1992): Gutachten G. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.): Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages. Deutscher Juristentag. Hannover. 2 Bände. München: Beck, G5-G85. Zitiert: Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. [...].

Hoppen, Peter; Hoppen, Christian (2009): Bewertung und Bilanzierung selbst erstellter Software. In: *Computer und Recht* (12), S. 761–767. Zitiert: Hoppen/Hoppen, CR 2009, 761, [...].

Hopt, Klaus J. (2007): Konzernrecht: Die europäische Perspektive. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht : ZHR* (171), S. 199–240. Zitiert: Hopt, ZHR 2007, 199, [...].

Hopt, Klaus J.; Wiedemann, Herbert (2016): Aktiengesetz. Großkommentar. 41. Lieferung: §§ 312-318. 4. Auflage. Berlin: de Gruyter. Zitiert: Hopt/Wiedemann, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Höreth, Ulrike; Ortmann-Babel, Martina (2007): Die Unternehmensteuerreform 2008. Änderungen - Zweifelsfragen - Gestaltungsmöglichkeiten. Bonn, Berlin: Stollfuß. Zitiert: Höreth/Ortmann-Babel, S. [...].

Hubert, Boris (2020): Einführung in die Bilanzierung und Bewertung. Grundlagen im Handels- und Steuerrecht sowie den IFRS. 3. Auflage. Wiesbaden: Springer Fachmedien. DOI: 10.1007/978-3-658-30315-0. Zitiert: Hubert, S. [...].

Hufnagel, Wolfgang; Burgfeld-Schächer, Beate (2018): Einführung in die Buchführung und Bilanzierung. Kompakte Darstellung mit Online-Training. Doppelte Buchführung,

Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, IFRS. 9. Auflage. Herne: NWB. Zitiert: Hufnagel/Burgfeld-Schächer, S. [...].

Hüttche, Tobias (2010): Rechnungslegung. Bilanzierung und Bewertung nach HGB und IFRS im Einzel- und Konzernabschluss. 3. Auflage. München: Vahlen. Zitiert: Hüttche, S. [...].

Hüttemann, Rainer (2009): Bilanz- und steuerrechtliche Aspekte der sozialen Verantwortung von Unternehmen. In: *Die Aktiengesellschaft* (21), S. 774–782. Zitiert: Hüttemann, AG 2009, 774, [...].

Ihering, Thomas (2017): Alles klar? : Herkunft und Berechtigung von Steuertransparenz. In: *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* (21), S. 1070–1074. Zitiert: Ihering, Kreditwesen 2017, 1070, [...].

Körper, Torsten; Schweitzer, Heike; Zimmer, Daniel (2020): *GWB : Kommentar zum deutschen Kartellrecht*. 6. Auflage. Begründet von Ulrich Immenga und Ernst-Joachim Mestmäcker. München: Beck (Wettbewerbsrecht / Immenga, Band 2). Datenbank: beck online. Zitiert: Immenga/Mestmäcker, Bach, § [...] *GWB*, Rn. [...].

Inci, Serdar (2017): Diskussionsbericht zum Berliner Kreis für Gesellschaftsrecht: Die reformierte Aktionärsrechte-Richtlinie und ihre Umsetzbarkeit ins deutsche Recht. In: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (15), S. 579–580. Zitiert: Inci, *NZG* 2017, 579, [...].

Kahle, Holger (2007): Die Ertragsbesteuerung von Funktionsverlagerungen nach der Unternehmensteuerreform 2008. In: *Der Konzern* (10), S. 647–657. Zitiert: Kahle, *Der Konzern* 2007, 647, [...].

Kahle, Holger (2009): Preisanpassungsklauseln bei der Ertragsbesteuerung von Funktionsverlagerungen. In: *Steuern und Bilanzen* (10), S. 383–389. Zitiert: Kahle, *StuB* 2009, 383, [...].

Kahle, Holger; Schulz, Sebastian (2016): Steuerliche Verrechnungspreise: Der Grundsatz des Fremdvergleiches. Grundlagen und Stufenverhältnis. In: *Unternehmenssteuern und Bilanzen* (14), S. 534–540. Zitiert: Kahle/Schulz, *StuB* 2016, 534, [...].

Kajüter, Peter (2017): Nichtfinanzielle Berichterstattung nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz. In: *Der Betrieb* (12), S. 617–624. Zitiert: Kajüter, *DB* 2017, 617, [...].

Kalss, Susanne (2007): Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht : ZHR* (171), S. 146–198. Zitiert: Kalss, *ZHR* 2007, 146, [...].

Kalss, Susanne (2020): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. Teil: Band 5. §§ 278-328, SpruchG, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht. 5. Auflage. München: Beck. Zitiert: *MüKo AktG*, [bearbeitende Person], [Fundstelle], Rn. [...].

Kaminski, Bert (1997): Anhang zu § 8 KStG - Fremdvergleich (hypothetischer). In: Gerrit Frotscher und Ernst Maas: *Körperschaftsteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz : KStG, UmwStG*. 155. Erg.-Lfg. Freiburg im Breisgau: Haufe, S. 92–94. Zitiert: Frotscher/Maas/Herrmann/Drüen, Kaminski, Anhang zu § 8 KStG - Fremdvergleich (hypothetischer) [(Stand)], S. [...].

Kasten, Christina (2012): Die Besteuerung grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen. Systematik und Handlungsalternativen. Dissertation // Zugl.: Lüneburg, Leuphana Univ., Diss., 2011. Hamburg: Kovač (Schriftenreihe Betriebswirtschaftliche Steuerlehre in Forschung und Praxis, 77). Zitiert: Kasten, S. [...].

Kellmann, Christof (1974): Zum „faktischen Konzern“. Auslegungsfragen und Reformüberlegungen. In: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (2), S. 220–229. Zitiert: Kellmann, *ZGR* 1974, 220, [...].

Kersting, Christian; Podszun, Rupprecht (2017): Die 9. GWB-Novelle. Kartellschadensersatz - Digitale Ökonomie - Fusionskontrolle - Bußgeldrecht - Verbraucherschutz. München: Beck. Zitiert: Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. [...].

Kessler, Harald; Leinen, Markus; Strickmann, Michael (2010): Handbuch Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz. Die Reform der Handelsbilanz. 2. Auflage. Freiburg, Br., Berlin, München [i.e.] Planegg: Haufe-Mediengruppe. Zitiert: Kessler/Leinen/Strickmann, S. [...].

Kirsch, Hanno (2018): Weglassen nachteiliger Angaben in der nichtfinanziellen (Konzern-)Erklärung. In: *Deutsche Steuer-Zeitung* (7), S. 230–236. Zitiert: Kirsch, DStZ 2018, 230, [...].

Klein (2020): Abgabenordnung. Einschließlich Steuerstrafrecht. 15. Auflage. Begründet von Franz Klein und Gerd Orlopp. München: Beck. Zitiert: Klein, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Klein, Franz; Vogel, Klaus (Hg.) (1985): Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung. Grundfragen - Grundlagen ; Festschrift für Hugo von Wallis zum 75. Geburtstag am 12. April 1985. Bonn: Stollfuß.

Klene, Victor (2018): Related Party Transactions - Handlungsbedarf in Deutschland. In: *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* (11), S. 210–213. Zitiert: Klene, GWR 2018, 210, [...].

Koch, Manuel (2015): Die neue OECD-Definition immaterieller Werte für Verrechnungszwecke - hat die OECD ihre selbst gesteckten Ziele erreicht? In: *Internationales Steuerrecht* (6), S. 199–204. Zitiert: Koch, IStR 2015, 199, [...].

Koch, Manuel (2016): BEPS und Intangibles oder die Grenzen des Fremdvergleichsgrundsatzes. In: *Internationales Steuerrecht* (21), S. 881–889. Zitiert: Koch, IStR 2016, 881, [...].

Koch, Manuel (2017): BEPS und der Vertrieb von Markenprodukten. In: *Internationales Steuerrecht* (18), S. 766–772. Zitiert: Koch, IStR 2017, 766, [...].

Kofler, Georg; Mayr, Gunter; Schlager, Christoph (2017): Digitalisierung und Betriebsstättenkonzept. Teil II: Lösungsvorschläge. In: *Betriebs-Berater* (31), S. 1815–1819. Zitiert: Kofler/Mayr/Schlager, BB 2017, 1815, [...].

Kokott, Juliane; Pohlmann, Petra; Polley, Romina (Hg.) (2018): Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht. Festschrift für Dirk Schroeder. Köln: Otto Schmidt.

Koller, Ingo; Kindler, Peter; Roth, Wulf-Henning; Drüen, Klaus-Dieter (2019): Handelsgesetzbuch. Kommentar. 9. Auflage. München: Beck. Zitiert: Koller/Kindler/Roth/Drüen, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Kraft, Gerhard (2019): Außensteuergesetz. 2. Auflage. München: Beck. Datenbank: beck online. Zitiert: Kraft, AStG, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Kreide, Raoul (2014): Selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände im Recht der Rechnungslegung junger Technologieunternehmen. Dissertation // Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2014. Baden-Baden: Nomos (Deutsches, europäisches und vergleichendes Wirtschaftsrecht, 87). Zitiert: Kreide, S. [...].

Kreipl, Markus Philipp (2015): Paradigmenwechsel in der Bilanzierung: Parallele Bewertung zu historischen Kosten und Zeitwerten statt Kampf der Kulturen. In: *FinanzRundschau* (16), S. 739–749. Zitiert: Kreipl, FR 2015, 739, [...].

Kroppen, Heinz-Klaus (2016): Behandlung immaterieller Wirtschaftsgüter unter BEPS. In: Jürgen Lüdicke, Arne Schnitger und Christoph Spengel (Hg.): Besteuerung internationaler

- Unternehmen. Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag. München: Beck, S. 199–209. Zitiert: Kroppen in: FS Endres, S. [...].
- Kroppen, Heinz-Klaus; Dawid, Roman; Keil, Viktoria (2019): Die Zukunft der internationalen Verrechnungspreise. In: *IWB - Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (15), S. 590–612. Zitiert: Kroppen/Dawid/Keil, IWB 2019, 590, [...].
- Kroppen, Heinz-Klaus; Rasch, Stephan (1999): Handbuch Internationale Verrechnungspreise. Band: 2. 31. Lfg. Köln: Otto Schmidt. Datenbank: juris. Zitiert: Kroppen, [bearbeitende Person], Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, [Fundstelle] (Stand), Rn. [...].
- Kroppen, Heinz-Klaus; Rasch, Stephan (2015): Immaterielle Vermögenswerte. - Neudefinition des Fremdvergleichsgrundsatzes? Die finalen Aktionspunkte 8-10 der BEPS-Initiative. In: *IWB - Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (22), S. 828–840. Zitiert: Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, [...].
- Kroppen, Heinz-Klaus; Rasch, Stephan; Eigelshoven, Axel (2007): Die Behandlung der Funktionsverlagerungen im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008 und der zu erwartenden Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung. In: *IWB - Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (6), Fach 3, Gruppe 1, S. 2201-2230. Zitiert: Kroppen/Rasch/Eigelshoven, IWB 2007, Fach 3, Gruppe 1, 2201, [...].
- Krüger, Elmar (2015): Immaterielle WG: Eine Einordnung zu den Ergebnissen der Final Reports zu den "hard-to-value intangibles". [HTVI]. In: *Internationale Steuer-Rundschau* (12), S. 430–438. Zitiert: Krüger, ISR 2015, 430, [...].
- Küting, Karlheinz; Weber, Claus-Peter (2018): Der Konzernabschluss. Praxis der Konzernrechnungslegung nach HGB und IFRS. 14. Auflage. Stuttgart: Schäffer-Poeschel. Zitiert: Küting/Weber, S. [...].
- Lange, Benno; Rohler, Thomas (2007): Funktionsverlagerungen im internationalen Konzern nach dem UntStRefG 2008. In: *GmbH-Steuerberater* (11), S. 341–345. Zitiert: Lange/Rohler, GmbH-StB 2007, 341, [...].
- Laumen, Hans-Willi; Prütting, Hanns (Hg.) (2019): Handbuch der Beweislast. Band 1. Grundlagen. 4. Auflage. 3 Bände. Köln: Heymanns.
- Leibfried, Peter; Weber, Ingo; Rummel, Benjamin (2015): Notes. Handbuch für den IFRS-Anhang. 3. Auflage. Berlin: Erich Schmidt. Zitiert: Leibfried/Rummel/Weber, S. [...].
- Lettl, Tobias (2017): Kartellrecht. 4. Auflage. München: Beck. Zitiert: Lettl, S. [...].
- Lieder, Jan; Wernert, Lukas (2018): Related Party Transactions nach dem Referentenentwurf eines ARUG II. In: *ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (51/52), S. 2441–2451. Zitiert: Lieder/Wernert, ZIP 2018, 2441, [...].
- Linn, Alexander (2010): Generalthema I: Steuerumgehung und Abkommensrecht. In: *Internationales Steuerrecht* (15), S. 542–546. Zitiert: Linn, IStR 2010, 542, [...].
- Lotz, Maximilian (2020): Der Anwendungsbereich der Regelungen zu "Related Party Transactions" (§§ 111a ff. AktG) im faktischen Aktienkonzern. In: *ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (38), S. 1843–1847. Zitiert: Lotz, ZIP 2020, 1843, [...].
- Lotz, Maximilian (2020): Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern. Konzernleitung, Kontrolle, Haftung : auf Grundlage des deutschen, französischen und US-amerikanischen Rechts. Dissertation // Zugl.: Ludwig-Maximilians-Universität München, Univ., Diss., 2019. Tübingen: Mohr Siebeck (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 79). Zitiert: Lotz, S. [...].

- Lück, Kolja van (2018): Besteuerung der „Digital Economy“. – Neue Vorstöße der EU und der OECD/G20-Staaten zur steuerlichen Erfassung digitalisierter Geschäftstätigkeiten. In: *Internationale Steuer-Rundschau* (5), S. 158–169. Zitiert: Lück, ISR 2018, 158, [...].
- Lüdenbach, Norbert; Hoffmann, Wolf-Dieter; Freiberg, Jens (2020): Haufe IFRS-Kommentar. 18. Auflage. Freiburg, München, Stuttgart: Haufe. Zitiert: Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg, § [...], Rn. [...].
- Lüdicke, Jochen; Salewski, Frédéric (2017): Informationsaustausch: Entwurf einer EU-Richtlinie zur Veröffentlichung von Steuerdaten, Besonderheiten bei Personengesellschaften und Grundrechte. Zugleich ein Beitrag zu den Lehren aus dem Beschluss des französischen Conseil d'État vom 22.7.2016 im Hinblick auf die Offenlegungspflichten bei CbC-Reporting. In: *Internationale Steuer-Rundschau* (3), S. 99–108. Zitiert: Lüdicke/Salewski, ISR 2017, 99, [...].
- Lüdicke, Jürgen; Frotscher, Gerrit; Hummel, Lars (Hg.) (2020): Steuerliche Entwicklungen im Kontext der Globalisierung. 35. Hamburger Tagung zur Internationalen Besteuerung. Hamburg, 07.12.2018. Köln: Otto Schmidt (Forum der Internationalen Besteuerung, 48).
- Lüdicke, Jürgen; Schnitger, Arne; Spengel, Christoph (Hg.) (2016): Besteuerung internationaler Unternehmen. Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag. München: Beck.
- Magen, Stefan (2023): § 4 – Spieltheorie. In: Emanuel V. Towfigh, Niels Petersen, Markus Englerth, Stefan Magen, Alexander Morell, Klaus Ulrich Schmolke (Hg.): *Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck (Mohr Siebeck Lehrbuch), S. 75–117. Zitiert: Magen in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, Rn. [...].
- Mammen, Andreas; Jansen, Thomas (2019): (Wieder-)Herstellung der Steuergerechtigkeit mittels unilateraler und supranationaler Konzepte zur Besteuerung der digitalen Wirtschaft? In: *Die Unternehmensbesteuerung* (6), S. 344–352. Zitiert: Mammen/Jansen, Ubg 2019, 344, [...].
- Mank, Katharina; Kuhn, Tina (2019): Vorschlag der OECD zu einem „Unified Approach“ unter Säule 1. In: *IWB - Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (20), S. 799–801. Zitiert: Mank/Kuhn, IWB 2019, 799, [...].
- Mank, Katharina; Salihu, Pajtesa (2017): OECD-Diskussionsentwurf zur Implementierung der Regelungen für schwer zu bewertende immaterielle Wirtschaftsgüter. In: *IWB - Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (12), S. 437–439. Zitiert: Mank/Salihu, IWB 2017, 437, [...].
- Marsch-Barner, Reinhard; Schäfer, Frank A. (Hg.) (2018): Handbuch börsennotierte AG. Aktien- und Kapitalmarktrecht. 4. Auflage. Köln: Otto Schmidt. Datenbank: juris.
- Meister, Michael (2016): Ein großer Fortschritt in der internationalen Steuerpolitik. - Die Ergebnisse des OECD/G20-Projekts Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). In: Jürgen Lüdicke, Arne Schnitger und Christoph Spengel (Hg.): *Besteuerung internationaler Unternehmen. Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag*. München: Beck, S. 237–244. Zitiert: Meister in: FS Endres, S. [...].
- Menninger, Jutta (2016): OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles - eine Interpretation für die Verrechnungspreise von Patenten. In: Jürgen Lüdicke, Arne Schnitger und Christoph Spengel (Hg.): *Besteuerung internationaler Unternehmen. Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag*. München: Beck, S. 245–254. Zitiert: Menninger in: FS Endres, S. [...].

Meuthen, Mario Henry (2018): Gefährden Steuerberatungsleistungen die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers? : eine Analyse der Implikationen des novellierten § 319a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB. In: *WPg : Kompetenz schafft Vertrauen* (17), S. 1065–1071. Zitiert: Meuthen, WPg 2018, 1065, [...].

Heidinger, Andreas; Leible, Stefan; Schmidt, Jessica (2017): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz). 3. Auflage. Begründet von Lutz Michalski. München: Beck. Zitiert: Heidinger/Leible/Schmidt/Michalski, [bearbeitende Person], [Fundstelle].

Micker, Lars (2010): Verfassungsrechtliche Aspekte der Besteuerung von Funktionsverlagerungen. In: *Internationales Steuerrecht* (22), S. 829–834. Zitiert: Micker, IStR 2010, 829, [...].

Mörsdorf, Oliver; Piroth, Lukas (2018): Neue Aktionärsrechte-Richtlinie und Minderheitenschutz im deutschen Aktienrecht - unlösbarer Konflikt oder friedliche Koexistenz? In: *ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (31), S. 1469–1480. Zitiert: Mörsdorf/Piroth, ZIP 2018, 1469, [...].

Fuhrmann, Sven (2017): Außensteuergesetz Kommentar. 3. Auflage. Begründet von Jörg Manfred Mössner. Herne: NWB. Zitiert: Fuhrmann/Mössner, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Müller, Hans-Friedrich (2019): Related Party Transactions im Konzern. In: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (1), S. 97–125. Zitiert: Müller, ZGR 2019, 97, [...].

Naumann, Manfred; Groß, Bernhard (2014): Verrechnungspreisaspekte immaterieller Werte - der OECD-Bericht zu Maßnahme 8 des BEPS Action Plan. In: *Internationales Steuerrecht* (24), S. 906–914. Zitiert: Naumann/Groß, IStR 2014, 906, [...].

Nientimp, Axel; Stein, Stefan; Hundebek, Michael (2016): Immaterielle Werte in der Post-BEPS-Welt: Eine ertragsteuerliche und zollrechtliche Standortanalyse. In: *Deutsches Steuerrecht* (49), S. 2871–2878. Zitiert: Nientimp/Stein/Hundebek, DStR 2016, 2871, [...].

O. V. (1973): Multinational corporations in world development. ST/ECA/190. Hg. v. United Nations. Department of Economic and Social Affairs. New York. Zitiert: U. N., Multinational corporations in world development, S. [...].

O. V. (1974): Restrictive business practices in relation to the trade and development of developing countries. Report by the Ad hoc Group of Experts. TD/B/C.2/119/Rev.1. Hg. v. United Nations. United Nations Conference on Trade and Development. New York. Zitiert: TD/B/C.2/119/Rev.1, Absatz [...].

O. V. (1974): THE IMPACT OF MULTINATIONAL CORPORATIONS ON DEVELOPMENT AND ON INTERNATIONAL RELATIONS. E/5500/Rev.1. Hg. v. United Nations. Department of Economic and Social Affairs. New York. Zitiert: U. N., The impact of multinational corporations, S. [...].

O. V. (2010): OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010. Hg. v. OECD Publishing. Paris. DOI: 10.1787/tpg-2010-en. Zitiert: Tz. [...] OECD Verrechnungspreisleitlinien 2010.

O. V. (2017): Gewährleistung der Übereinstimmung zwischen Verrechnungspreisergebnissen und Wertschöpfung. Aktionspunkte 8-10: Abschlussbericht 2015. Hg. v. OECD Publishing. Paris (OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung). DOI: 10.1787/9789264274297-de. Zitiert: BEPS Action 8-10, S. [...].

O. V. (2017): United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2017). Hg. v. United Nations. O. O. Zitiert: Tz. [...] des UN Manual 2017.

- O. V. (2018): Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-value Intangibles. INCLUSIV FRAMEWORK ON BEPS: ACTION 8. Hg. v. OECD. Paris. Zitiert: Tz. [...] OECD Guidance.
- O. V. (2018): OECD-Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen 2017. Hg. v. OECD Publishing. Paris. DOI: 10.1787/9789264304529-de. Zitiert: Tz. [...] OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).
- O. V. (2019): Verrechnungspreisdokumentation. Überblick über Dokumentationspflichten und verfahrensrechtliche Besonderheiten : Zweifelsfragen und Praxishinweise. Düsseldorf: IDW. Zitiert: IDW, S. [...].
- O. V. (2022): OECD-Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen 2022. Hg. v. OECD Publishing. Paris. DOI: 10.1787/148e4b28-de. Zitiert: [...] OECD Verrechnungspreisleitlinien 2022 (deutsch).
- OECD (2016): BEPS-Projekt Erläuterung: Abschlussberichte 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung. Hg. v. OECD Publishing. Paris. DOI: 10.1787/9789264263703-de. Zitiert: OECD, BEPS-Projekt Erläuterung, S. [...].
- OECD (2017): Gewährleistung der Übereinstimmung zwischen Verrechnungspreisergebnissen und Wertschöpfung: Aktionspunkte 8-10: Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung. Hg. v. OECD Publishing. Paris. DOI: 10.1787/9789264274297-de. Zitiert: OECD, Berichte 8-10, S. [...].
- Oest, Isabel; Hess, Berndt; Janutta, Kim-Simone (2017): Kartellschadensersatz in Deutschland und Großbritannien: Strategische Überlegungen aus Kläger- und Beklagtensicht. In: *Corporate Compliance Zeitschrift* (6), S. 273–281. Zitiert: Oest/Hess/Janutta, CCZ 2017, 273, [...].
- Oesterreich, Kerstin (2017): Der Kartellschaden im Zivilprozess vor und nach der 9. GWB-Novelle - Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast. In: *Betriebs-Berater* (33), S. 1865–1872. Zitiert: Oesterreich, BB 2017, 1865, [...].
- Oestreicher, Andreas (Hg.) (2018): BEPS konkret und weitere Entwicklungen im deutschen Steuerrecht. Herne: NWB.
- Oestreicher, Andreas (2020): Umsetzung überarbeiteter OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2017 bis 2020 in deutsches Recht. Teil 2: Empfehlungen für eine Doppelbesteuerung vermeidende Reform der „Berichtigung von Einkünften“. In: *Internationales Steuerrecht* (15), S. 575–585. Datenbank: beck online. Zitiert: Oestreicher, IStR 2020, 575, [...].
- Oestreicher, Andreas; Hillmann, Lisa (2017): Zum Generalthema II: Bedeutung der OECD/G20 Empfehlungen für die Entwicklung der Vorschriften zu steuerlichen Verrechnungspreisen in Deutschland. In: *Internationales Steuerrecht* (16), S. 645–658. Zitiert: Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, [...].
- Oestreicher, Andreas; Wilcke, Dirk (2010): Die Berichtigung von Einkünften wegen abweichender Gewinne. In: *Der Betrieb* (9), S. 467–472. Zitiert: Oestreicher/Wilcke, DB 2010, 467, [...].
- Paehler, Otto Heinrich (1972): Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns. Nachteilfeststellung gemäss § 311 AktG. Dissertation. Zugleich: Bielefeld, Univ., Fak. f. Rechtswiss., Diss. 1972. Bielefeld: Erich Schmidt (Wirtschaftsrechtliche Beiträge, 2). Zitiert: Paehler, S. [...].
- Palandt, Otto (2020): Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Nebengesetzen. 80. Auflage. Begründet von Otto Palandt. München: Beck. Zitiert: Palandt, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

- Paschos, Nikolaos; Goslar, Sebastian (2018): Der Referentenentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) aus Sicht der Praxis. In: *Die Aktiengesellschaft* (23), S. 857–874. Zitiert: Paschos/Goslar, AG 2018, 857, [...].
- Peter, Markus; Spohn, Patrick; Hogg, Rebekka (2008): Preisanpassungsklauseln bei Funktionsverlagerungen nach deutschem sowie US-amerikanischem Steuerrecht. In: *Internationales Steuerrecht* (24), S. 864–869. Zitiert: Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, [...].
- Peters, Jürgen; Reichl, Alexander (2009): Funktionsverlagerungen deutscher Unternehmen ins Ausland. - Eine kritische Würdigung der Regelung nach dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 aus Sicht der Praxi. In: Thomas Wachter (Hg.): Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag. Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht. Bonn: ZErB-Verl., S. 384–400. Zitiert: Peters/Reichl in: FS Spiegelberger, S. [...].
- Peters, Marcel; Ziegenrucker, Daniel (2017): Die neuen Offenlegungsansprüche im Kartellschadensersatzrecht – die Tücken liegen (nur) im Detail. In: *Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht* (3/4), S. 161–168. Zitiert: Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, [...].
- Petersen, Karl; Zwirner, Christian (Hg.) (2009): Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG. Gesetze, Materialien, Erläuterungen. München: Beck.
- Petersen, Karl; Zwirner, Christian (2020): Systematischer Praxiskommentar Bilanzrecht. Rechnungslegung - Offenlegung. 4. Auflage. Köln: Reguvis. Zitiert: Petersen/Zwirner, [bearbeitende Person], § [...] HGB, Rn. [...].
- Piltz, Detlev J. (Hg.) (2008): Steuerberater-Jahrbuch 2007/2008. Zugleich Bericht über den 59. Fachkongress der Steuerberater, Köln, 23. und 24. Oktober 2007. Köln: Otto Schmidt.
- Prütting, Hanns (2019): Kapitel 7 Das beweisrechtliche Geheimverfahren. In: Hans-Willi Laumen und Hanns Prütting (Hg.): Handbuch der Beweislast. Band 1. Grundlagen. 4. Auflage. Köln: Heymanns, Rn. 1–13. Zitiert: Prütting in: Laumen/Prütting–Handbuch der Beweislast, Kapitel 7 Das beweisrechtliche Geheimverfahren, Rn. [...].
- Prütting, Jens (2020): Wettbewerbs- und Konzernrecht. In: Alfred Bergmann, Ingo Drescher, Holger Fleischer, Wulf Goette und et al. (Hg.): Vom Konzern zum Einheitsunternehmen. Aktuelle Entwicklungsperspektiven des deutschen und europäischen Konzernrechts. ZGR-Sondersymposium "Vom Konzern zum Einheitsunternehmen". Berlin: de Gruyter (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht : [...], Sonderheft, 22), S. 173–207. Zitiert: Prütting in: Bergmann, Drescher et al. (Hg.) 2020 – Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, S. [...].
- Puls, Michael; Heravi, Semera (2018): DEMPE-Funktionen und wirtschaftliches Eigentum an immateriellen Werten. - Plädoyer für eine differenzierte Betrachtung. In: *Internationales Steuerrecht* (18), S. 721–728. Zitiert: Puls/Heravi, IStR 2018, 721, [...].
- Rabenhorst, Dirk (2018): § 56 Konzernabschluss. In: Reinhard Marsch-Barner und Frank A. Schäfer (Hg.): Handbuch börsennotierte AG. Aktien- und Kapitalmarktrecht. 4. Auflage. Köln: Otto Schmidt, Rn. 56.1-56.97. Datenbank: juris. Zitiert: Rabenhorst in: Marsch-Barner, Schäfer–Handbuch börsennotierte AG, Konzernabschluss, Rn. [...].
- Rasch, Stephan (2020): Neujustierung des § 1 AStG und des § 90 AO. Anmerkungen zum Referentenentwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes v. 24.3.2020. In: *IWB : NWB internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (8), S. 296–311. Zitiert: Rasch, IWB 2020, 296, [...].
- Rasch, Stephan (2021): Verwaltungsgrundsätze 2020: Mitwirkungs-, Aufzeichnungspflichten und Schätzungen - auf ein Neues. In: *Internationale Steuer-Rundschau* (1), S. 10–20. Datenbank: juris. Zitiert: Rasch, ISR 2021, 10, [...].

Rechenberg, Wolf-Georg von; Ludwig, Rüdiger (Hg.) (2017): *Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht*. 4. Auflage. Köln: Heymanns. Datenbank: Jurion.

Renaud, Simon; Werner, Maximilian (2018): Hard-to-value intangibles - ein Überblick über die neue Implementierungsrichtlinie vom Juni 2018. In: *IWB - Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (18), S. 676–678. Zitiert: Renaud/Werner, IWB 2018, 676, [...].

Renda, Andrea; Peysner, John; Riley, Alan J.; Rodger, Barry J.; Van Den Bergh, Roger J.; Keske, Sonja et al. (2007): Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. FINAL REPORT. REPORT FOR THE EUROPEAN COMMISSION - CONTRACT DG COMP/2006/A3/012. Brussels, Rome und Rotterdam. Zitiert: Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. [...].

Rhiel, Jörg (2015): Related-Party Transactions im deutschen und US-amerikanischen Recht der Aktiengesellschaft. Dissertation. Zugl.: München, Univ., Diss., 2013. Berlin: Duncker & Humblot (Schriften zum internationalen Recht, 200). Zitiert: Rhiel, S. [...].

Richter, Andreas; Welling, Berthold (2008): Tagungs- und Diskussionsbericht zum 25. Berliner Steuergespräch mit dem Thema Funktionsverlagerung. In: *FinanzRundschau* (2), S. 71–78. Zitiert: Richter/Welling, FR 2008, 71, [...].

Rohleder, Stephan (2016): Die Bilanzierung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens. Weiterentwicklung des HGB unter besonderer Berücksichtigung der Anforderungen mittelständischer Unternehmen. In: *Der Betrieb* (29), S. 1645–1652. Zitiert: Rohleder, DB 2016, 1645, [...].

Rosenfeld, Andreas; Brand, Peter-Andreas (2017): Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB-Novelle. In: *WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB* (5), S. 247–252. Zitiert: Rosenfeld/Brand, WuW 2017, 247, [...].

Roth, Tobias (2018): Related Party Transactions auf dem Prüfstand : eine kritische Auseinandersetzung mit Art. 9c der Aktionärsrechterichtlinie 2017 und dessen Umsetzung in deutsches Recht. Dissertation // Zugl.: Universität Trier, Univ., Diss., 2018. Berlin, Bern, Wien: Peter Lang (Schriften zum Gesellschaftsrecht und Unternehmensinsolvenzrecht, 6). Zitiert: Roth, S. [...].

Rott, Thilo (2017): Kapitel 21 Konzernrecht, Recht der verbundenen Unternehmen, C. Unternehmensverbindungen. In: Wolf-Georg von Rechenberg und Rüdiger Ludwig (Hg.): *Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht*. 4. Auflage. Köln: Heymanns, Rn. 166–297. Datenbank: Jurion. Zitiert: Rott in: *Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht*, Kapitel 21 Konzernrecht, Recht der verbundenen Unternehmen, C. Unternehmensverbindungen, Rn. [...].

Rouenhoff, Andre (2012): Erste Analyse des OECD-Diskussionspapiers zur Berücksichtigung von Intangibles bei der Festlegung von Verrechnungspreisen. In: *Internationales Steuerrecht* (17), S. 654–659. Zitiert: Rouenhoff, IStR 2012, 654, [...].

Rupp, Thomas; Knies, Jörg-Thomas; Ott, Johann-Paul; Faust, Tanja; Hüll, Manuel (2018): *Internationales Steuerrecht*. 4. Auflage. Stuttgart: Schäffer-Poeschel (Finanz und Steuern, 14). Zitiert: Rupp/Knies/Ott/Faust/Hüll, [bearbeitende Person], S. [...].

Sachs, Michael (2018): *Grundgesetz. Kommentar*. 8. Auflage. München: Beck. Zitiert: Sachs, [bearbeitende Person], Artikel [...] GG, Rn. [...].

Säcker, Franz Jürgen; Meier-Beck, Peter (2020): *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*. Band 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 1-96, 185, 186, Verfahren vor den europäischen Gerichten. 3. Auflage. München: Beck. Zitiert: MüKo Wettbewerbsrecht, [bearbeitende Person], § [...] GWB, Rn. [...].

Schaumburg, Harald (2009): Anpassungsklausel. In: *Internationales Steuerrecht* (24), S. 877–882. Zitiert: Schaumburg, IStR 2009, 877, [...].

Schaumburg, Harald; Piltz, Detlev J. (Hg.) (2010): Grenzüberschreitende Gesellschaftsstrukturen im internationalen Steuerrecht. Tarifabsenkung, Zinsschranke, Thesaurusbegünstigung, Verrechnungspreise, Funktionsverlagerungen. Köln: Otto Schmidt (Forum der Internationalen Besteuerung, 34).

Schellhammer, Kurt (2020): Zivilprozess. Gesetz - Praxis - Fälle. 16. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller. Zitiert: Schellhammer, Rn. [...].

Schildbach, Thomas; Feldhoff, Patricia (2018): Der Konzernabschluss nach HGB und IFRS. 8. Auflage. Berlin: De Gruyter Oldenbourg. Zitiert: Schildbach/Feldhoff, S. [...].

Schmidt, Florian (2018): Die Wahrnehmung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers. – Eine empirische Analyse für den deutschen Prüfungsmarkt. Dissertation. Technische Universität Darmstadt, Darmstadt. Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/9141/>, zuletzt geprüft am 07.10.2020. Zitiert: Schmidt, S. [...].

Schmidt, Jessica (2018): Die Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie 2017: der Referentenentwurf für das ARUG II. In: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (31), S. 1201–1220. Zitiert: Schmidt, NZG 2018, 1201, [...].

Schmidt, Karsten; Lutter, Marcus (2020): Aktiengesetz. Kommentar. Band 2., §§ 133-410 AktG, SpruchG. 4. Auflage. Köln: Otto Schmidt. Datenbank: juris. Zitiert: Schmidt/Lutter, [bearbeitende Person], [Fundestelle], Rn. [...].

Schmidt, Karsten; Lutter, Marcus (2020): Aktiengesetz. Kommentar. Band 1., §§ 1-132 AktG. 4. Auflage. Köln: Otto Schmidt. Datenbank: juris. Zitiert: Schmidt/Lutter, [bearbeitende Person], [Fundestelle], Rn. [...].

Schmidtke, Richard (2015): Maßnahme 8 des BEPS-Aktionsplans. - Der Fremdvergleichsgrundsatz und BEPS. In: *Internationales Steuerrecht* (4), S. 120–126. Zitiert: Schmidtke, IStR 2015, 120, [...].

Schnitger, Arne (2020): § 1 Abs. 1 AStG als neue „Allzweckwaffe“ für Verrechnungspreiskorrekturen? Anmerkungen zum Urteil des BFH v. 27.11.2019 – I R 40/19 (I R 14/16). In: *Internationales Steuerrecht* (21), S. 821–827. Datenbank: beck online. Zitiert: Schnitger, IStR 2020, 821, [...].

Schnorberger, Stephan; Etzig, Nils (2020): Verrechnungspreise in der Praxis nach dem ATAD-UmsG - Anmerkungen zum Referentenentwurf vom 24.3.2020. In: *Betriebs-Berater* (30), S. 1630–1637. Zitiert: Schnorberger/Etzig, BB 2020, 1630, [...].

Scholz, Christian M. (2007): Die Fremdüblichkeit einer Preisanpassungsklausel nach dem Entwurf zu § 1 Abs. 3 AStG. In: *Internationales Steuerrecht* (15), S. 521–526. Zitiert: Scholz, IStR 2007, 521, [...].

Schönfeld, Jens; Ditz, Xaver (2019): Doppelbesteuerungsabkommen. Kommentar. 2. Auflage. Köln: Otto Schmidt. Datenbank: juris. Zitiert: Schönfeld/Ditz, [bearbeitende Person], Fundstelle [(Stand)], Rn. [...].

Schubel, Christian (2017): 14. Kapitel. Konzernrecht. In: Jürgen Frodermann und Dirk Jannott (Hg.): Handbuch des Aktienrechts. 9. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, S. 863–986. Datenbank: Juris. Zitiert: Schubel in: Jannott, Frodermann–Handbuch des Aktienrechts, S. [...].

Schürnbrand, Jan (2007): Diskussionsbericht zu den Referaten Decher, Kalls, Hopt. (Diskussionsleitung: Prof. Dr. Mathias Habersack). In: *Zeitschrift für das gesamte*

Handelsrecht und Wirtschaftsrecht : ZHR (171), S. 241–244. Zitiert: Schürnbrand, ZHR 2007, 241, [...].

Schwark, Eberhard; Zimmer, Daniel (2020): Kapitalmarktrechts-Kommentar. 5. Auflage. München: Beck. Zitiert: Kapitalmarktrechts-Kommentar, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Schwarz, Christian; Stein, Stefan (2020): 6.2. Diskussion und Lösung. In: Eva Greil und Stefan Greil (Hg.): Steuerliche Verrechnungspreise - ein fallbasierter Einstieg. Herne: NWB, S. 109–127. Zitiert: Schwarz/Stein in: Greil, Greil (Hg.) 2020 – Steuerliche Verrechnungspreise, S. [...].

Schwenke, Michael (2008): Funktionsverlagerung über die Grenze, Verrechnungspreise und Funktionsausgliederung. In: Detlev J. Piltz (Hg.): Steuerberater-Jahrbuch 2007/2008. Zugleich Bericht über den 59. Fachkongress der Steuerberater, Köln, 23. und 24. Oktober 2007. Köln: Otto Schmidt, S. 138–149. Zitiert: Schwenke in: Piltz (Hg.)–Steuerberater-Jahrbuch 2007/2008, S. [...].

Schwenke, Michael (2010): Funktionsverlagerungen. In: Harald Schaumburg und Detlev J. Piltz (Hg.): Grenzüberschreitende Gesellschaftsstrukturen im internationalen Steuerrecht. Tarifabsenkung, Zinsschranke, Thesaurusbegünstigung, Verrechnungspreise, Funktionsverlagerungen. Köln: Otto Schmidt (Forum der Internationalen Besteuerung, 34), S. 103–117. Zitiert: Schwenke in: Piltz, Schaumburg (Hg.)–Grenzüberschreitende Gesellschaftsstrukturen im internationalen Steuerrecht, S. [...].

Seer, Roman (2016): Grenzen steuerlicher Transparenz multinational tätiger Unternehmen. In: *IWB - Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht* (1), S. 6–13. Zitiert: Seer, IWB 2016, 6, [...].

Seidel, Andreas (2018): Konzerninterne Related Party Transactions nach der Aktionärsrechte-Richtlinie II. Umsetzungsbedarf für das neue Regelungskonzept im Lichte des deutschen Konzernrechts und die Rechtsfolgen bei Missbrauch. In: *Die Aktiengesellschaft* (12), S. 423–429. Zitiert: Seidel, AG 2018, 423, [...].

Seidel, Björn; Grieger, Staphanie; Muske, Roland (2009): Bilanzierung von Entwicklungskosten nach dem BilMoG. In: *Betriebs-Berater* (24), S. 1286–1290. Zitiert: Seidel/Grieger/Muske, BB 2009, 1286, [...].

Seitz, Claudia (2018): § 89b GWB. In: Werner Berg und Gerald Mäsch: Deutsches und europäisches Kartellrecht. Kommentar. 3. Auflage. Köln: Luchterhand, Rn. 1–8. Datenbank: Wolters Kluwer online. Zitiert: Seitz in: Berg, Mäsch (Hg.)–Deutsches und europäisches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. [...].

Selzner, Harald (2015): Related Party Transactions - Fortschritt oder Bedrohung? In: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (16), S. 753–761. Zitiert: Selzner, ZIP 2015, 753, [...].

Semler, Johannes (1960): Das Recht der verbundenen Unternehmen nach dem Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes. In: *WPg : Kompetenz schafft Vertrauen* (20), S. 552–556. Zitiert: Semler, WPg 1960, 552, [...].

Sinz, Andreas; Kahle, Holger (Hg.) (2019): Brennpunkt Verrechnungspreise. BEPS-Umsetzung in der Praxis. Herne: NWB.

Spindler, Gerald; Stilz, Eberhard (2019): Kommentar zum Aktiengesetz. §§ 150-410, SpruchG, SE-VO. Band: 2. 4. Auflage. München: Beck. Zitiert: Spindler/Stilz, [bearbeitende Person], § [...], Rn. [...].

Spindler, Wolfgang; Tipke, Klaus; Rödder, Thomas (Hg.) (2009): Steuerzentrierte Rechtsberatung. Festschrift für Harald Schaumburg zum 65. Geburtstag. Köln: Otto Schmidt.

- Stadler, Astrid (1989): Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß. In: *Neue Juristische Wochenschrift* (19), S. 1202–1206. Zitiert: Stadler, NJW 1989, 1202, [...].
- Stadler, Astrid (2010): Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht. In: *Zeitschrift für Zivilprozeß* (123), S. 261–282. Zitiert: Stadler, ZZP 2010, 261, [...].
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.) (1992): Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages. Band: 1. Deutscher Juristentag. Hannover. 2 Bände. München: Beck.
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.) (2012): Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages. Band: 1. München 2012. Unter Mitarbeit von Deutscher Juristentag e.V. Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages. München, 2012. 2 Bände. München: Beck.
- Staub (2011): Handelsgesetzbuch. Band 6. §§ 290 - 315a, Anhang IFRS. 5. Auflage. Begründet von Hermann Staub. Berlin: de Gruyter. Zitiert: Staub, [bearbeitende Person], Bd. 6, § [...], Rn. [...].
- Staub (2014): Handelsgesetzbuch. Band 5. §§ 238 - 289a. 5. Auflage. Begründet von Hermann Staub. Berlin: de Gruyter. Zitiert: Staub, [bearbeitende Person], Bd. 5, § [...], Rn. [...].
- Stein, Stefan; Schwarz, Christian; Holinski, Nils (2017): Funktionales Eigentum und Wertschöpfungsbeitragsanalysen: Steuerliche Erfolgsermittlung bei immateriellen Werten mithilfe betriebswirtschaftlicher Konzepte. In: *Deutsches Steuerrecht* (2), S. 118–125. Zitiert: Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, [...].
- Stürner, Rolf (1985): Die gewerbliche Geheimshäre im Zivilprozeß. In: *JuristenZeitung* (10), S. 453–461. Zitiert: Stürner, JZ 1985, 453, [...].
- Südekum, Jens (2018): Globalisierung unter Beschuss. Eine Bestandsaufnahme des Freihandels. In: *Aus Politik und Zeitgeschichte* (4-5), S. 4–10. Zitiert: Südekum, APuZ 2018, 4, [...].
- Tarde, Andreas (2017): Die verschleierte Konzernrichtlinie. In: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (3), S. 360–388. Zitiert: Tarde, ZGR 2017, 360, [...].
- Tarde, Andreas (2018): Related Party Transactions : Empfehlungen zur Umsetzung der reformierten Aktionsärsrichtlinie vor dem Hintergrund eines englisch-deutschen Rechtsvergleichs. Dissertation // Zugl.: Heidelberg, Ruprecht-Karls-Universität, Diss., 2017/2018. Köln: Carl Heymanns (Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, 229). Zitiert: Tarde, S. [...].
- Theile, Carsten (2019): Bilanzierung nach Handels- und Steuerrecht unter Einschluss der Konzernrechnungslegung und der internationalen Rechnungslegung. Kontrollfragen, Aufgaben und Lösungen, Lernprogramm. 30. Auflage. Herne: NWB. Zitiert: Meyer/Theile, Rn. [...].
- Reichold, Klaus; Hüßtege, Rainer; Seiler, Christian (2020): Zivilprozessordnung. 41. Auflage. Begründet von Heinz Thomas und Hans Putzo. München: Beck. Zitiert: Thomas/Putzo, [bearbeitende Person], [Fundstelle], Rn. [...].
- Seer, Roman; Brandis, Peter; Drüen, Klaus-Dieter; Loose, Matthias; Krumm, Marcel (1996): Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung. 163. Erg.-Lfg. Begründet von Klaus Tipke und Heinz Wilhelm Kruse. Köln: Otto Schmidt. Datenbank: juris. Zitiert: Tipke/Kruse, [bearbeitende Person], § [...] AO, Rn. [...].

Towfigh, Emanuel V.; Petersen, Niels; Englerth, Markus; Magen, Stefan; Morell, Alexander; Schmolke, Klaus Ulrich (Hg.) (2023): *Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck (Mohr Siebeck Lehrbuch).

Ungerer, Felix (2019): *Prozedurale Regulierung und Transparenz von Related Party Transactions in börsennotierten Aktiengesellschaften. Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und europäischen Aktien- und Kapitalmarktrechts unter besonderer Berücksichtigung von Art. 9c der novellierten Aktionärsrechterichtlinie*. Dissertation, Universität Erlangen-Nürnberg, 2018. Berlin: Duncker & Humblot (Abhandlungen zum deutschen und europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 137). Zitiert: Ungerer, S. [...].

Veil, Rüdiger (2017): *Transaktionen mit Related Parties im deutschen Aktien- und Konzernrecht. Grundsatzfragen der Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie*. In: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (14), S. 521–530. Zitiert: Veil, NZG 2017, 521, [...].

Vetter, Eberhard (2007): *Interessenkonflikte im Konzern - vergleichende Betrachtungen zum faktischen Konzern und zum Vertragskonzern -*. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht : ZHR* (171), S. 342–375. Zitiert: Vetter, ZHR 2007, 342, [...].

Vetter, Jochen (2016): *50 Jahre Aktienkonzernrecht*. In: Holger Fleischer, Jens Koch, Bruno Kropff und Marcus Lutter (Hg.): *50 Jahre Aktiengesetz. Symposium 50 Jahre Aktiengesetz*. Bonn, 2015. Berlin, Boston: de Gruyter (*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht / ZGR – Sonderheft*, 19), S. 231–272. Zitiert: Vetter in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, *50 Jahre Aktiengesetz*, S. [...].

Viskorf, Hermann-Ulrich (Hg.) (2011): *Steuerrecht - Steuerrechtswissenschaftliches Symposium im Bundesfinanzhof am 15. März 2011. - Generalthema: „Rechtsanwendung im Steuerrecht zwischen Auslegung, Rechtsfortbildung und Fiktion“*. *Deutsches Steuerrecht Beihefte* (31). München: Beck.

Vögele, Alexander (Hg.) (2014): *Geistiges Eigentum - Intellectual property*. München: Beck.

Vögele, Alexander; Borstell, Thomas; Bernhardt, Lorenz (Hg.) (2020): *Verrechnungspreise. Betriebswirtschaft, Steuerrecht*. 5. Auflage. München: Beck. Datenbank: beck online.

Vögele, Alexander; Raab, Jürgen (2020): *1. Teil, Kapitel A : Nationales Recht*. In: Alexander Vögele, Thomas Borstell und Lorenz Bernhardt (Hg.): *Verrechnungspreise. Betriebswirtschaft, Steuerrecht*. 5. Auflage. München: Beck, Rn. 243–252. Datenbank: beck online. Zitiert: Vögele, *Verrechnungspreise*, Vögele/Raab, 1. Teil, Kapitel A: Nationales Recht, Rn. [...].

Vögele, Alexander; Vögele, Jean-Benoit; Braukmann, Tom (2014): *Grundlagen der Bewertung Geistigen Eigentums*. In: Alexander Vögele (Hg.): *Geistiges Eigentum - Intellectual property*. München: Beck, S. 531–599. Zitiert: Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–*Geistiges Eigentum*, S. [...].

Wachter, Thomas (Hg.) (2009): *Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag. Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht*. Bonn: ZErB-Verl.

Wank, Rolf (2020): *Juristische Methodenlehre. Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis*. München: Vahlen. Zitiert: Wank, S. [...].

Wassermeyer, Franz (2007): *Modernes Gesetzgebungsniveau am Beispiel des Entwurfs zu § 1 AStG*. In: *Der Betrieb* (10), S. 535–539. Zitiert: Wassermeyer, DB 2007, 535, [...].

Wassermeyer, Franz (2008): *Funktionsverlagerung - Statement*. In: *FinanzRundschau* (2), S. 67–68. Zitiert: Wassermeyer, FR 2008, 67, [...].

Weitbrecht, Andreas (2020): Kartellschadensersatz 2019. In: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* (3), S. 106–113. Zitiert: Weitbrecht, NZKart 2020, 106, [...].

Welling, Berthold (2009): Die Funktionsverlagerungsbesteuerung im Lichte der OECD-Äußerungen. In: Wolfgang Spindler, Klaus Tipke und Thomas Rödter (Hg.): *Steuerzentrierte Rechtsberatung. Festschrift für Harald Schaumburg zum 65. Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, S. 985–994. Zitiert: Welling in: FS Schaumburg, S. [...].

Wendt, Rudolf (2008): Belastende Analogie im Steuerrecht? Rechtsgeschichtliche Hintergründe einer ungelösten Streitfrage. In: Tiziana J. Chiusi, Thomas Gergen und Heike Jung (Hg.): *Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot (Schriften zur Rechtsgeschichte, 139), S. 1203–1222. Zitiert: Wendt in: FS Wadle, S. [...].

Wernsmann, Rainer (2015): Konstitutionalisierung des Steuerrechts und Gegenbewegungen. In: *Deutsches Verwaltungsblatt* (17), S. 1085–1090. Zitiert: Wernsmann, DVBl 2015, 1085, [...].

Wiersch, Rachid René (2014): Der Richtlinienentwurf zu Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen. Sinnvolle Verstärkung des Minderheitenschutzes? In: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (29), S. 1131–1137. Zitiert: Wiersch, NZG 2014, 1131, [...].

Wilcke, Klaus-Jürgen (1971): Der Schutz der aussenstehenden Aktionäre durch den Abhängigkeitsbericht (§ 312 AktG). Dissertation. Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Kiel. Wirtschafts- u. Sozialwiss. Fak. Zitiert: Wilcke, S. [...].

Wilmanns, Jobst (2016): Der Einfluss der digitalen Entwicklung auf konzerninterne Verrechnungspreissysteme. In: Jürgen Lüdicke, Arne Schnitger und Christoph Spengel (Hg.): *Besteuerung internationaler Unternehmen. Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag*. München: Beck, S. 425–437. Zitiert: Wilmanns in: FS Endres, S. [...].

Wilmanns, Jobst (2018): Disruption von Verrechnungspreissystemen. - Veränderungsprozesse ausgelöst durch die digitale Entwicklung. In: Jobst Wilmanns (Hg.): *Verrechnungspreise und Außensteuerrecht. Reflektionen und Ausblick : Festschrift für Harald Kuckhoff zum 80. Geburtstag*. München: Beck, S. 197–220. Zitiert: Wilmanns in: FS Kuckhoff, S. [...].

Wilmanns, Jobst (Hg.) (2018): *Verrechnungspreise und Außensteuerrecht. Reflektionen und Ausblick : Festschrift für Harald Kuckhoff zum 80. Geburtstag*. München: Beck.

Winnefeld, Robert (2015): *Bilanz-Handbuch. Handels- und Steuerbilanz, rechtsformspezifisches Bilanzrecht, bilanzielle Sonderfragen, Sonderbilanzen, IAS/IFRS-Rechnungslegung*. 5. Auflage. München: Beck. Zitiert: Winnefeld, S. [...].

WiR - Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht; Eilmansberger, Thomas; Holoubek, Michael; Kalss, Susanne; Lang, Michael; Lienbacher, Georg et al. (Hg.) (2015): *Wettbewerb und Recht. Wettbewerbsrecht*. Salzburg, 06./07.11.2014. Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht. Wien: Linde.

Haun, Jürgen; Kahle, Holger; Goebel, Sören; Reiser, Hagen (1973): *Außensteuerrecht. Kommentar zum AStG sowie zu den Entstrickungs- und Verstrickungsvorschriften des EStG, KStG und UmwStG*. 42. Erg.-Lfg. Begründet von Winfried Wöhrle, Diether Schelle und Ekkehard Gross. Stuttgart: Schäffer-Poeschel. Zitiert: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, [bearbeitende Person], [Fundstelle] [(Stand)], Rn. [...].

Wulf, Inge (2017): Neue Berichtspflichten aufgrund der Corporate Social Responsibility-Richtlinie. In: *Deutsche Steuer-Zeitung* (4), S. 101–110. Zitiert: Wulf, DStZ 2017, 101, [...].

Schulze-Osterloh, Joachim; Hennrichs, Joachim; Wüstemann, Jens (1984): HdJ. 76. Erg.-Lfg. Begründet von Klaus von Wysocki. Köln: Otto Schmidt. Datenbank: juris. Zitiert: HdJ, [bearbeitende Person], [Abteilung]/[Fundstelle], Rn. [...].

Wysocki, Klaus von; Wohlgemuth, Michael; Brösel, Gerrit (2014): Konzernrechnungslegung. 5. Auflage. Konstanz, München: UVK-Verl.-Ges; UVK/Lucius (Wisu-Texte, 8558). Zitiert: Wysocki/Wohlgemuth/Brösel, S. [...].

Zech, Till (2009): Verrechnungspreise und Funktionsverlagerungen 2009. Die steuerliche Behandlung von Verrechnungspreisen, insbesondere bei Funktionsverlagerungen, nach der Unternehmenssteuerreform 2008. Dissertation. Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2008. Baden-Baden, [Berlin]: Nomos; Fides (Wirtschafts- und Steuerrecht, 5). Zitiert: Zech, S. [...].

Zöllner, Wolfgang; Noack, Ulrich (2004): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz. Band 6. §§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG. 3. Auflage. Köln: Heymann. Zitiert: Zöllner/Noack, [bearbeitende Person], [Fundstelle], Rn. [...].

Zwirner, Christian; Boecker, Corinna (2017): Abschlussprüfung: Aktuelles zur Berichtspflicht über die Honorare und zur Marktkonzentration. In: *IRZ : Zeitschrift für internationale Rechnungslegung* (1), S. 8–11. Zitiert: Zwirner/Boecker, IRZ 2017, 8, [...].

Zwirner, Christian; Vodermeier, Michael (2020): ARUG II : Neuerungen für börsennotierte Aktiengesellschaften. In: *IRZ : Zeitschrift für internationale Rechnungslegung* (2), S. 53–56. Zitiert: Zwirner/Vodermeier, IRZ 2020, 53, [...].

II. Internetquellen

bettermarks GmbH: Mittelwert - Durchschnitt. Hg. v. bettermarks GmbH. Berlin. Online verfügbar unter <https://de.bettermarks.com/mathe/mittelwert-durchschnitt/>, zuletzt geprüft am 09.02.2021. Zitiert: <https://de.bettermarks.com/mathe/mittelwert-durchschnitt/> (Datum des letzten Aufrufs: [...]).

Bundeszentralamt für Steuern (2015): Advance Pricing Agreements (APAs). Hg. v. Bundeszentralamt für Steuern. Online verfügbar unter <https://www.bzst.de/DE/Unternehmen/EUInternational/AdvancePricingAgreements/advancepricingagreements.html>, zuletzt geprüft am 09.02.2021. Zitiert: <https://www.bzst.de/DE/Unternehmen/EUInternational/AdvancePricingAgreements/advancepricingagreements.html> (Datum des letzten Aufrufs: [...]).

OECD: OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung. Hg. v. OECD. Paris. Online verfügbar unter <https://doi.org/10.1787/25179470>, zuletzt geprüft am 09.02.2021. Zitiert: <https://doi.org/10.1787/25179470> (Datum des letzten Aufrufs: [...]).

OECD Berlin Centre: Kampf gegen Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS). Worum geht es? Hg. v. OECD Berlin Centre. Berlin. Online verfügbar unter <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/>, zuletzt geprüft am 09.02.2021. Zitiert: <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/> (Datum des letzten Aufrufs: [...]).

III. Amtliche Dokumente

Berichtigung der konsolidierten Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016): Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Fundstelle: ABl. C 202 v. 7.6.2016.

Bundesminister der Finanzen (23.02.1983): Grundsätze für die Prüfung der Einkünfteabgrenzung bei international verbundenen Unternehmen. Verwaltungsgrundsätze. Fundstelle: BStBl 1983 I 0218. Zitiert: Tz. [...] Verwaltungsgrundsätze 1983.

Bundesministerium der Finanzen (13.12.2004): Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz. Wertpapierhandelsanzeigeverordnung - WpAV, Fassung: Verordnung v. 19.10.2018 (BGBl. I S. 1758). Fundstelle: BGBl. I S. 3376.

Bundesministerium der Finanzen (12.04.2005): Grundsätze für die Prüfung der Einkünfteabgrenzung zwischen nahestehenden Personen mit grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Ermittlungs- und Mitwirkungspflichten, Berichtigungen sowie auf Verständigungs- und EU-Schiedsverfahren. Verwaltungsgrundsätze-Verfahren. Zitiert: Tz. [...] Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

Bundesministerium der Finanzen (12.08.2008): Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nach § 1 Abs. 1 des Außensteuergesetzes in Fällen grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen. Funktionsverlagerungsverordnung - FVerIV, Fassung: Gesetz v. 26.06.2013 (BGBl. I S. 1809). Fundstelle: BGBl. I S. 1680.

Bundesministerium der Finanzen (13.10.2010): Grundsätze für die Prüfung der Einkünfteabgrenzung zwischen nahe stehenden Personen in Fällen von grenzüberschreitenden Funktionsverlagerungen. Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung. Zitiert: Tz. [...] Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung.

Bundesministerium der Finanzen (12.07.2017): Verordnung zu Art, Inhalt und Umfang von Aufzeichnungen im Sinne des § 90 Absatz 3 der Abgabenordnung. Gewinnabgrenzungsaufzeichnungs-Verordnung – GAufzV. Fundstelle: BGBl. I S. 2367.

Bundesministerium der Finanzen (24.03.2020): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie. ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmG, Fassung: Referentenentwurf.

Bundesministerium der Finanzen (03.12.2020): Verwaltungsgrundsätze 2020 - Gz.: IV B 5 - S 1341/19/10018 :001 -. Zitiert: Tz. [...] Verwaltungsgrundsätze 2020.

Bundesministerium der Finanzen (06.06.2023): Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023. GZ DOK IV B 5 - S 1341/19/10017 :003. Zitiert: Tz. [...] Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (27.11.2017): Bekanntmachung des Deutschen Rechnungslegungs Änderungsstandards Nr. 8 (DRÄS 8) des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committees e. V., Berlin, nach § 342 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs. Fundstelle: BAnz AT 04.12.2017 B1. Zitiert: Bekanntmachung des Deutschen Rechnungslegungs Änderungsstandards Nr. 8 (DRÄS 8) des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committees e. V., Berlin, nach § 342 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs, BAnz AT 04.12.2017 B1, Rn. [...].

Bundesrat (23.05.2017): Verordnung zu Art, Inhalt und Umfang von Aufzeichnungen im Sinne des § 90 Absatz 3 der Abgabenordnung. Gewinnabgrenzungsaufzeichnungs-

Verordnung - GAufzV, Fassung: Entwurf des Bundesministeriums der Finanzen.
Fundstelle: Drucksache 404/17. Zitiert: BR-Drs. 404/17, S. [...].

Bundesregierung (01.01.2021): Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der
Finanzmarktintegrität. (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz - FISG), Fassung:
Gesetzentwurf.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (19.07.2002): Verordnung
(EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend
die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, Fassung: Verordnung (EG) Nr.
297/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.2008 (ABl. L 97 v.
09.04.2008, S. 62). Fundstelle: ABl. L 243 v. 11.9.2002, S. 1.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (11.07.2007): Verordnung
(EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das
auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Rom II, Fassung:
Berichtigung, ABl. L 310 v. 09.11.2012, S. 52. Fundstelle: ABl. L 199 v. 31.7.2007, S. 40.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (25.10.2012): Richtlinie
2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur
Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im
Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union
im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie
für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen
gleichwertig zu gestalten. Fassung: Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und
des Rates vom 15.05.2014 (ABl. L 173 v. 12.6.2014, S. 190). Fundstelle: ABl. L 315 v.
14.11.2012, S. 74.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (26.06.2013): Richtlinie
2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 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, Fassung: Richtlinie 2014/102/EU des Rates vom 07.11.2014 (ABl. L
334 v. 21.11.2014, S. 86). Fundstelle: ABl. L 182 v. 29.6.2013, S. 19.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (16.04.2014): Verordnung
(EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über
spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem
Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, Fassung:
Berichtigung, ABl. L 170 v. 11.06.2014, S. 66. Fundstelle: ABl. L 158 v. 27.5.2014, S. 77.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (16.04.2014): Verordnung
(EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über
Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie
2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG,
2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, Fassung: Verordnung (EU) 2019/2115 des
Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 (ABl. L 320 v. 11.12.2019, S. 1).
Fundstelle: ABl. L 173 v. 12.6.2014.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (26.11.2014): Richtlinie
2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über
bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen
Zuwerhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der
Europäischen Union. Fundstelle: ABl. L 349 v. 5.12.2014.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (12.04.2016): Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Offenlegung von Ertragsteuerinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen. Fundstelle: COM(2016) 198 final. Zitiert: COM(2016) 198 final, S. [...].

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (17.05.2017): Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre. Fundstelle: ABl. L 132 v. 20.5.2017. Zitiert: Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017, S. [...].

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (14.06.2017): Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts. Fassung: Verordnung (EU) 2021/23 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2020 (ABl. L 22 v. 22.1.2021, S. 1). Fundstelle: ABl. L 169 v. 30.6.2017, S. 46.

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften (13.12.1976): Zweite Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. Fassung: Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.11.2009 (ABl. L 259 v. 2.10.2009, S. 14). Fundstelle: ABl. L 26 v. 31.1.1977, S. 1.

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften (13. Juni 1983): Siebente Richtlinie des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluß. 83/349/EWG. Fundstelle: ABl. L 193 v. 18.7.83.

Deutscher Bundestag (10.05.1897): Handelsgesetzbuch. HGB, Fassung: Gesetz v. 22.12.2020, BGBI. I S. 3256. Fundstelle: BGBI. III, Gliederungsnummer 4100-1.

Deutscher Bundestag (01.08.1959): Bundesrechtsanwaltsordnung. BRAO, Fassung: Gesetz v. 19.06.2020 (BGBI. I S. 1403). Fundstelle: BGBI. III, Gliederungsnummer 303-8.

Deutscher Bundestag (03.02.1962): Entwurf eines Aktiengesetzes, Fassung: Gesetzentwurf. Fundstelle: Drucksache IV/171. Zitiert: BT-Drs. 4/171, S. [...].

Deutscher Bundestag (28.04.1965): Entwurf eines Aktiengesetzes, Fassung: Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses. Fundstelle: zu Drucksache IV/3296. Zitiert: BT-Drs. zu 4/3296, S. [...].

Deutscher Bundestag (06.09.1965): Aktiengesetz. AktG, Fassung: Gesetz v. 12.12.2019 (BGBI. I S. 2637). Fundstelle: BGBI. I S. 1089.

Deutscher Bundestag (02.12.1971): Entwurf eines Gesetzes zur Wahrung der steuerlichen Gleichmäßigkeit bei Auslandsbeziehungen und zur Verbesserung der steuerlichen Wettbewerbslage bei Auslandsinvestitionen, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Fundstelle: Drucksache VI/2883. Zitiert: BT-Drs. 6/2883, S. [...].

Deutscher Bundestag (19.06.1972): Entwurf eines Gesetzes zur Wahrung der steuerlichen Gleichmäßigkeit bei Auslandsbeziehungen und zur Verbesserung der steuerlichen Wettbewerbslage bei Auslandsinvestitionen, Fassung: Schriftlicher Bericht des Finanzausschusses. Fundstelle: zu Drucksache VI/3537. Zitiert: Zu BT-Drs. 6/3537, S. [...].

Deutscher Bundestag (08.09.1972): Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz). AStG, Fassung: Gesetz v. 25.03.2019 (BGBI. I S. 357). Fundstelle: BGBI. I S. 1713.

Deutscher Bundestag (19.07.1988): Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission 1986/1987. Fundstelle: Drucksache 11/2677. Zitiert: Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. [...].

Deutscher Bundestag (28.10.1994): Umwandlungsgesetz. UmwG, Fassung: Gesetz v. 19.12.2018 (BGBl. I S. 2694). Fundstelle: BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428.

Deutscher Bundestag (28.01.1998): Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich. KonTraG, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Fundstelle: Drucksache 13/9712. Zitiert: BT-Drs. 13/9712, S. [...].

Deutscher Bundestag (09.09.1998): Gesetz über den Wertpapierhandel. Wertpapierhandelsgesetz - WpHG, Fassung: Gesetz v. 09.12.2020 (BGBl. I S. 2773). Fundstelle: BGBl. I S. 2708.

Deutscher Bundestag (28.03.2001): Finanzgerichtsordnung. FGO, Fassung: Gesetz v. 12.12.2019 (BGBl. I S. 2633). Fundstelle: BGBl. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679.

Deutscher Bundestag (02.01.2002): Bürgerliches Gesetzbuch. BGB, Fassung: Gesetz v. 22.12.2020 (BGBl. I S. 3256). Fundstelle: BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738.

Deutscher Bundestag (01.10.2002): Abgabenordnung. AO, Fassung: Gesetz v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3096). Fundstelle: BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61.

Deutscher Bundestag (15.10.2002): Körperschaftsteuergesetz. KStG, Fassung: Gesetz v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3096). Fundstelle: BGBl. I S. 4144.

Deutscher Bundestag (02.12.2002): Entwurf eines Gesetzes zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen. Steuervergünstigungsabbaugesetz – StVergAbG, Fassung: Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Fundstelle: Drucksache 15/119. Zitiert: BT-Drs. 15/119, S. [...].

Deutscher Bundestag (24.06.2004): Entwurf eines Gesetzes zur Einführung internationaler Rechnungslegungsstandards und zur Sicherung der Qualität der Abschlussprüfung. Bilanzrechtsreformgesetz – BilReG, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Fundstelle: Drucksache 15/3419. Zitiert: BT-Drs. 15/3419, S. [...].

Deutscher Bundestag (05.12.2005): Zivilprozessordnung. ZPO, Fassung: Gesetz v. 22.12.2020 (BGBl. I S. 3320). Fundstelle: BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781.

Deutscher Bundestag (27.03.2007): Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, Fassung: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD. Fundstelle: Drucksache 16/4841. Zitiert: BT-Drs. 16/4841, S. [...].

Deutscher Bundestag (30.07.2008): Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts. Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Fundstelle: Drucksache 16/10067. Zitiert: BT-Drs. 16/10067, S. [...].

Deutscher Bundestag (08.10.2009): Einkommensteuergesetz. EStG, Fassung: Gesetz v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3096). Fundstelle: BGBl. I S. 3366, 3862.

Deutscher Bundestag (26.06.2013): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. GWB, Fassung: Gesetz v. 18.01.2021 (BGBl. I S. 2). Fundstelle: BGBl. I S. 1750, 3245.

Deutscher Bundestag (03.11.2014): Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Fundstelle: Drucksache 18/3017. Zitiert: BT-Drs. 18/3017, S. [...].

Deutscher Bundestag (07.11.2016): Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Fundstelle: Drucksache 18/10207. Zitiert: BT-Drs. 18/10207, S. [...].

Deutscher Bundestag (18.04.2019): Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen. GeschGehG. Fundstelle: BGBl. I S. 466.

Deutscher Bundestag (29.04.2019): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie. ARUG II, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Fundstelle: Drucksache 19/9739. Zitiert: BT-Drs. 19/9739, S. [...].

Deutscher Bundestag (13.11.2019): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie. ARUG II, Fassung: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz. Fundstelle: Drucksache 19/15153. Zitiert: BT-Drs. 19/15153, S. [...].

Deutscher Bundestag (19.10.2020): Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen. GWB-Digitalisierungsgesetz, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Fundstelle: Drucksache 19/23492. Zitiert: BT-Drs. 19/23492, S. [...].

Deutscher Bundestag (18.01.2021): Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen. GWB-Digitalisierungsgesetz. Fundstelle: BGBl. I S. 2.

Deutscher Bundestag (22.01.2021): Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer. Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz - AbzStEntModG, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Zitiert: BR-Drs. 50/21, S. [...].

Deutscher Bundestag (19.04.2021): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie. ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG, Fassung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Zitiert: BT-Drs. 19/28652, S. [...].

Deutscher Bundestag (19.05.2021): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG), Fassung: Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss). Zitiert: BT-Drs. 19/29848, S. [...].

Die Europäische Kommission (13.01.2021): Verordnung (EU) 2021/25 der Kommission vom 13. Januar 2021 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den International Accounting Standard 39 und die International Financial Reporting Standards 4, 7, 9 und 16. Fundstelle: ABl. L 11 v. 14.1.2021, S. 7.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (15.02.2005): Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats. 2005/162/EG, Fassung: Empfehlung der Kommission vom 30.04.2009 (ABl. L 120 v. 15.05.2009, S. 28). Fundstelle: ABl. L 52 v. 25.2.2005, S. 51. Zitiert: Empfehlung der Kommission 2005/162/EG vom 15. Februar 2005, ABl. L 52, 51, [...].

Kommission der Europäischen Gemeinschaften (03.11.2008): Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 der Kommission vom 3. November 2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des

Europäischen Parlaments und des Rates, Fassung: Verordnung (EU) 2021/25 der Kommission vom 13.01.2021 (ABl. L 11 v. 14.1.2021, S. 7). Fundstelle: ABl. L 320 v. 29.11.2008.

Volkvertretungen der beteiligten deutschen Länder (23.05.1949): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. GG, Fassung: Gesetz v. 29.09.2020 (BGBl. I S. 2048). Fundstelle: BGBl. III, Gliederungsnummer 100-1.

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Anderer Ansicht
a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AStG	Außensteuergesetz
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
ATAD-Umsetzungsgesetz	Gesetzes zur Umsetzung der Anti- Steuervermeidungsrichtlinie
ATADUmsG-RefEntw	Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
bzw.	beziehungsweise
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DRSC	Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee
DRÄS	Deutsche Rechnungslegungs Änderungsstandard
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
FVerlV	Funktionsverlagerungsverordnung
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
ggf.	gegebenenfalls
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HS	Halbsatz

IAS	International Accounting Standards
i. e. S.	im engeren Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards bzw. internationale Rechnungslegungsstandards
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
KStG	Körperschaftsteuergesetz
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung
n. F.	neue Fassung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OECD-MA	OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (OECD-Musterabkommen)
OECD Verrechnungspreisleitlinien	OECD Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen 2017
SE	Societas Europaea
sog.	sogenannt
u. a.	unter anderem
UN	Vereinte Nationen
UNCTAD	Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung
UN Manual 2017	United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2017)
Verwaltungsgrundsätze-Verfahren	Grundsätze für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung zwischen nahestehenden Personen mit grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Ermittlungs- und Mitwirkungspflichten, Berichtigungen sowie auf Verständigungs- und EU-Schiedsverfahren vom 12.04.2005 – Gz. IV B 4 – S 1341 – 1/05
z. B.	zum Beispiel

A. Einleitung

I. PROBLEMSTELLUNG

1. Das Problem

Es kann sich bei einem Unternehmen um ein Einzelunternehmen oder um einen Konzern handeln. Im Gegensatz zu der Situation zwischen Einzelunternehmen besteht zwischen den Unternehmen eines Konzerns jedoch nicht zwingend ein Interessengegensatz oder ein solcher besteht zwar, kann jedoch nicht durchgesetzt werden. Sie stehen sich vielmehr häufig nahe und aus diesem Näheverhältnis entstehen Risiken, wenn sie miteinander Geschäfte tätigen. Diese Risiken werden oft als Risiken von Geschäften mit Nahestehenden bezeichnet und resultieren häufig aus den Verrechnungspreisen dieser Nahestehenden für ihre Geschäfte.

Eine Rolle spielen diese Risiken sowohl im Steuerrecht als auch im Aktienrecht. So können mittels Verrechnungspreisen Gewinne verkürzt oder verlagert werden, sodass Steuerausfälle aus Körperschaftsteuern entstehen. Benachteiligende Verrechnungspreise zwischen einer abhängigen Aktiengesellschaft und dem herrschenden Unternehmen können zudem dazu dienen, die Interessen des Gesamtkonzerns zu Lasten der Vermögensinteressen der Minderheitsteilhabenden und Gläubigerinnen und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft, also der Außenstehenden, zu verfolgen, ohne diesen Nachteil auszugleichen. Das Wettbewerbsrecht darf ebenfalls nicht übersehen werden. Denn Konzernverrechnungspreise können außerdem dazu genutzt werden, den Wettbewerb zu beschränken, insbesondere indem konzerninterne Unternehmen diskriminiert werden, zum Beispiel (z. B.) um den Markt den strategischen Vorstellungen des Mutterunternehmens entsprechend zur Gewinnmaximierung des Gesamtkonzerns aufzuteilen. Ähnlich der Situation im Aktienrecht kann im Wettbewerbsrecht zwar zwischen Konzernmutter und Konzernunternehmen ein Interessengegensatz bestehen, dennoch besteht das Risiko, dass die Konzernmutter das Konzernunternehmen in den Dienst der Konzerninteressen stellt. Das europäische Wettbewerbsrecht kennt ferner die Möglichkeit des Wettbewerbsverstoßes gemäß Artikel 102 AEUV, falls es sich nach dem europäischen Kartellrecht bei Konzernunternehmen um mehrere Unternehmen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 AEUV handelt.¹ Das Handelsrecht

¹ Prütting in: Bergmann, Drescher et al. (Hg.) 2020 – Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, S. 184 f.

schließlich sollte im Rahmen der Rechnungslegung Transparenz hinsichtlich der Geschäfte mit Nahestehenden herstellen. Wie es sich soeben im Rahmen der Ausführungen zum europäischen Wettbewerbsrecht angedeutet hat, wird der Konzern jedoch nicht immer als Einheit oder Vielheit behandelt. Für den deutschen Rechtsraum gilt nach der Relativitätsthese, dass es eine Theorie des Konzerns für alle Rechtsgebiete nicht gäbe, sondern für jedes Rechtsgebiet jeweils festgestellt werden müsse, inwieweit Vorgänge innerhalb des Konzerns als wirtschaftlicher Einheit rechtlich ebenfalls einheitlich zu behandeln seien.² So kommt es, dass im Steuerrecht das Trennungsprinzip gilt und im Handelsrecht die Einheitstheorie. Nach dem Trennungsprinzip im Steuerrecht ist jede Kapitalgesellschaft selbst Steuersubjekt. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine Konzerngesellschaft handelt. Die Einheitstheorie der handelsrechtlichen Rechnungslegung bewirkt hingegen, dass im Rahmen des Konzernabschlusses insbesondere die Zwischengewinne zu eliminieren sind. Die Einheitstheorie hat zur Folge, dass die Transparenz über die Risiken der Geschäfte mit Nahestehenden im Anhang hergestellt werden muss.

Die Relativitätsthese führt mithin im deutschen Recht zu Friktionen. Durch die Behandlung zunächst des Außensteuerrechts im ersten Kapitel und des Handelsrechts dann im zweiten Kapitel dieser Untersuchung werden diese Friktionen exemplarisch verdeutlicht. Außerdem verteilen sich die Regelungen, die dazu dienen, Transparenz über die Geschäfte mit Nahestehenden herzustellen, über verschiedene Gesetze. Dies führt zur Unübersichtlichkeit. Hierunter und unter der mangelnden Transparenz über diese Geschäfte trotz der bestehenden Anhangangaben leidet der Investitionsstandort Deutschland. Diese Untersuchung unterbreitet einen Vorschlag, der diese beiden Probleme zu lösen vermag.

2. BEPS

Wie bereits erwähnt, beginnt diese Untersuchung im ersten Kapitel mit dem Außensteuerrecht. Sie hat ein spezielles BEPS-Problem, das Gegenstand von BEPS Bericht 8 ist, zum Inhalt. Bevor jedoch darauf eingegangen wird, was BEPS ist und was Gegenstand von BEPS Bericht 8 ist, soll anschaulicher dargestellt werden, welches Problem sich stellt:

² Dettling, S. 58 f..

Das Außensteuerrecht fügt dem oben erwähnten Problem der Risiken der Geschäfte mit Nahestehenden eine weitere Dimension hinzu; die Folgen der Globalisierung. Denn ein Konzern kann lediglich in einem oder er kann in mehreren Staaten tätig sein. Trifft das zuletzt Genannte zu, wird für ihn der Begriff des multinationalen Unternehmens verwendet. Denn unbeschadet der jeweiligen Definition, die einzelnen Gesetzen und Regelungen zugrunde liegt, erfasst dieser Begriff alle Unternehmen, deren Tätigkeit mehr als einen Staat umfasst.³ In der Literatur findet sich zwar zudem der Begriff der transnationalen Unternehmen. Die Vertreter dieser Terminologie wollen mit ihr betonen, dass sich viele Unternehmen grundsätzlich auf ihren Heimatstaat ausrichten und lediglich ebenfalls im Ausland tätig sind.⁴ Das Spektrum der möglichen Unternehmensausrichtungen ist jedoch sehr weit und reicht bis hin zu einer Nichtstaatlichkeit.⁵ Die Verwendung des Begriffs der multinationalen Unternehmen im Rahmen dieser Untersuchung ist keine Stellungnahme hinsichtlich dieses Meinungsstreits. Sie erfolgt lediglich aus Praktikabilitätsgründen. Denn die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), deren Bericht im Rahmen des ersten Kapitels zur Auslegung herangezogen wird, verwendet den Begriff der multinationalen Unternehmen. Dem wird hier gefolgt, um von Beginn an eine einheitliche Terminologie zu verwenden. Diese einheitliche Terminologie wird in dieser Untersuchung grundsätzlich selbst dort weiter verwendet, wo sie im Grunde zu eng ist, da ein Auslandsbezug keine Rolle spielt.

Im Außensteuerrecht spielt der Auslandsbezug hingegen eine Rolle. Denn erst dadurch, dass multinationale Unternehmen über Grenzen hinweg agieren, erzeugen sie steuerrechtliche Probleme, die die einzelnen Staaten wegen des Territorialitätsprinzips vor Schwierigkeiten stellen. Idealerweise ist einem solchen Problem durch Multilateralismus zu begegnen. Das Außensteuerrecht als Umsetzung einer multilateralen Lösung insbesondere des Verrechnungspreisproblems hat bisher an Orte angeknüpft, an denen sich Betriebsmittel befanden oder denen Personen zugeordnet wurden. Diese Lösung war für Industriegesellschaften adäquat. Denn trotz der Globalisierung blieben die wesentlichen Funktionen, Risiken und Werte eines Unternehmens häufig in den Hochsteuerländern, während lediglich die Produktion ausgelagert wurde. Dies basierte darauf, dass die Hochsteuerländer zwar häufig den Preiswettbewerb nicht gewinnen konnten, jedoch insbesondere wegen des hohen Bildungsniveaus den Qualitätswettbewerb gewannen. Zudem

³ U. N., Multinational corporations in world development, S. 4.

⁴ U. N., Multinational corporations in world development, S. 5.

⁵ U. N., Multinational corporations in world development, S. 5.

war die Betonung der formalvertraglichen Vereinbarung über Funktionen, Risiken und Werte nicht in dem Maße zu beanstanden, wie dies in der jüngeren Vergangenheit erforderlich wurde. Denn Werte waren häufig körperlich; Funktionen folgten den Personen. Beide konnten nicht dermaßen einfach grenzüberschreitend verlagert werden. Dies änderte sich jedoch in der jüngeren Vergangenheit mit der wachsenden Bedeutung immaterieller Werte. Und so konnten Unternehmen ihre Gewinne nunmehr unabhängig vom Ort der Wertschöpfung versteuern.⁶ Für Wissensgesellschaften, in denen immaterielle Werte einen immer höheren Stellenwert einnehmen, kann es also bei der bisherigen Lösung nicht bleiben. Denn immaterielle Werte können mangels Körperlichkeit, anders als materielle Werte, leichter über Grenzen hinweg verlagert werden und sind zudem schwieriger zu bewerten. Die Bewertungsschwierigkeiten zeigen sich zunächst bei der Frage, welche Werte unter die Definition immaterieller Werte gefasst werden können. Denn Unternehmen können immaterielle Werte selbst schaffen, ohne dass unabhängige Dritte bereit wären, hierfür eine Vergütung zu zahlen. Oder sie schaffen immaterielle Werte, ohne bei den entsprechenden Geschäftsvorfällen zu berücksichtigen, dass unabhängige Dritte hierfür eine Vergütung geleistet hätten. Außerdem sind einige immaterielle Werte schwer zu bewerten, selbst wenn sie unter die Definition immaterieller Werte fallen. Nach wie vor werden jedoch wesentliche Funktionen, Risiken und Werte im Zusammenhang mit der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, dem Schutz und der Verwertung immaterieller Werte nicht verlagert, sondern lediglich die Inhaberschaft an dem immateriellen Wert wird grenzüberschreitend übertragen. Oder es werden formalvertraglich diese Funktionen, Risiken und Werte im Ausland übernommen, jedoch ohne dass diese Vereinbarung dem tatsächlichen Verhalten der Parteien entspräche.

Für Hochsteuerländer, wie Deutschland, bestand wegen der leichten Verlagerungsmöglichkeit immaterieller Werte das Risiko, dass die Inhaberschaft z. B. an einem Patent, also an einem immateriellen Wert, einem Unternehmen des multinationalen Unternehmens in einem ausländischen Niedrigsteuerland übertragen werden konnte. Der immaterielle Wert war hierbei z. B. schwierig zu bewerten, da seine Entwicklung noch nicht abgeschlossen war und er gegen eine niedrig Pauschalvergütung übertragen wurde, ohne dass die Vergütungsvereinbarung eine Preisanpassungsklausel vorsah. Dieser immaterielle Wert generierte jedoch nach Abschluss seiner Entwicklung hohe Gewinne, die in Deutschland nicht besteuert werden konnten. Dies zudem, obwohl das deutsche Unternehmen des

⁶ <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

multinationalen Unternehmens strenge Vorgaben machte für die weitere Entwicklung des immateriellen Werts und allein über das Budget hierfür bestimmte sowie darüber entschied, ob die Entwicklung fortgesetzt oder abgebrochen wurde. Außerdem überwachte es allein das Risiko des Scheiterns der Entwicklung und hatte zudem die finanzielle Kapazität dieses Risiko zu tragen. Das ausländische Unternehmen des multinationalen Unternehmens war hingegen lediglich sehr gering finanziell ausgestattet. Die wichtigen Entscheidungen über den Schutz des immateriellen Werts traf ebenfalls das deutsche Unternehmen des multinationalen Unternehmens. Für seine ausgeübten Funktionen und übernommenen Risiken hinsichtlich der Entwicklung und des Schutzes des immateriellen Werts erhielt das deutsche Unternehmen des multinationalen Unternehmens jedoch lediglich Routinevergütungen. Ferner wurde die Verbesserung und Erhaltung des immateriellen Werts tatsächlich von dem deutschen Unternehmen des multinationalen Unternehmens betrieben, obwohl dies vertraglich die Aufgabe des ausländischen Unternehmens des multinationalen Unternehmens gewesen wäre. Hierfür erhielt das deutsche Unternehmen des multinationalen Unternehmens keine Vergütung. Für keine seiner ausgeübten Funktionen und übernommenen Risiken hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung und des Schutzes des immateriellen Werts erhielt das deutsche Unternehmen des multinationalen Unternehmens eine Vergütung, die es am Gewinn beteiligt hätte, der durch die Verwertung des immateriellen Werts generiert wurde. Hier wurden also tatsächlich in Deutschland Gewinne mittels der Durchführung wirtschaftlicher Aktivitäten generiert, die jedoch wegen der rechtlichen Inhaberschaft und der formalvertraglichen Regelungen hinsichtlich des immateriellen Werts ausschließlich in dem ausländischen Niedrigsteuerland bisher besteuert wurden.

Diesem Missbrauch mittels Verrechnungspreismanipulationen wurde mit BEPS Bericht 8 begegnet. Denn die Auswirkungen von Gewinnverkürzungen und Gewinnverlagerung, oder wie es auf Englisch heißt „Base Erosion and Profit Shifting“ (BEPS), wurden von der OECD dahingehend geschätzt, dass sich die globalen Steuerausfälle aus Körperschaftsteuer zwischen vier bis zehn Prozent der globalen Körperschaftsteuereinnahmen belaufen könnten, und damit auf hundert bis zweihundertvierzig Milliarden US-Dollar jährlich.⁷ Einen nicht unwesentlichen Anteil hieran hatten Verrechnungspreismanipulationen. Daher wurden ihrer Bekämpfung mehrere Berichte gewidmet. Auf diese Gewinnverkürzungen und Gewinnverlagerung, also BEPS, wird sogleich näher einzugehen sein.

⁷ OECD, BEPS-Projekt Erläuterung, S. 4.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen jedoch die sozialen Folgen derartiger Steuerausfälle. Denn die Globalisierung hat Gewinner und Verlierer erzeugt. Daher erstarken in den letzten Jahren rechte Globalisierungskritiker, die wieder Handelsbarrieren errichten wollen, um in den Zustand vor der Auslagerung der Produktion aus den Industriestaaten zurückzugelangen.⁸ Dies ist zwar wegen des technologischen Fortschritts unrealistisch.⁹ Jedoch wird diese Erkenntnis die Globalisierungsverlierer nicht zufriedenstellen. Vielmehr muss die Globalisierung durch eine faire Umverteilung der Zugewinne gestaltet werden.¹⁰ Durch die oben erwähnten Steuerausfälle wird diese staatliche Aufgabe zunehmend erschwert.¹¹ Umso wichtiger ist es, zur Förderung der Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele die staatliche Mobilisierung von Steuermitteln zu stärken, wie es dem Ziel dieser Untersuchung entspricht. Auf dieses Ziel wird noch an anderer Stelle dieser Einleitung einzugehen sein. Zunächst soll jedoch auf BEPS eingegangen werden.

Die oben erwähnten Gewinnverkürzungen und Gewinnverlagerung, also BEPS, wurden möglich, da einige Staaten schädlichen Steuerwettbewerb betrieben und multinationale Unternehmen ihre Gewinne unabhängig vom Ort der Wertschöpfung versteuern konnten.¹² Dadurch war es ihnen möglich, ihre Steuerlast zu verringern, oder sie konnten einer Besteuerung gänzlich entgehen.¹³ Hierzu machten sie sich zunutze, dass es zwischen den Steuerverwaltungen der Staaten an Transparenz und Koordination mangelte.¹⁴ Weitere Ursachen waren aggressive Steuerplanungen einiger von ihnen, die Wechselwirkung zwischen Steuerregeln der unterschiedlichen Staaten, Steuervollzugsdefizite mangels hinreichender Mittel sowie schädliche Steuerpraktiken.¹⁵ Diese Art der Steuervermeidung war nicht strafbar, jedoch missbräuchlich.¹⁶ Sie beschädigte das Vertrauen in die Steuergerechtigkeit und führte zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Unternehmen und Steuerstandorten.¹⁷ Um sie sowie eine besonders schädliche Form des Steuerwettbewerbs einiger Staaten, der Erwirtschaftung und Besteuerung entkoppelt, zu bekämpfen, wurde die OECD auf dem G-20-Gipfel in Los Cabos im Juni 2012 darum gebeten, ihre Arbeit aufzunehmen (BEPS-Projekt). Im

⁸ Südekum, APuZ 2018, 4, 9.

⁹ Südekum, APuZ 2018, 4, 9.

¹⁰ Südekum, APuZ 2018, 4, 9.

¹¹ Vgl. Südekum, APuZ 2018, 4, 10.

¹² <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

¹³ <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

¹⁴ <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

¹⁵ OECD, BEPS-Projekt Erläuterung, S. 4.

¹⁶ Vgl. <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

¹⁷ <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

Hintergrund stand, dass Steuern aus Unternehmenssicht ein Kostenfaktor sind und Unternehmen daher anstreben, ihre Steuerlast zu optimieren, um ihre Wettbewerbsposition zu verbessern, und Staaten sich dies im Rahmen des Steuerwettbewerbs zunutze machen.¹⁸ Steuerwettbewerb ist per se weder schlecht noch illegitim, jedoch sind „Beggar-my-neighbour-Strategien“ als schädlich zu bewerten.¹⁹ Die Staaten verfolgen indes unterschiedliche Strategien: Manche gewähren auf Unternehmensansiedlung gerichtete Steuervergünstigungen, andere bieten eine steuergünstige Durchleitung von Gewinnen an, nahezu alle Industriestaaten haben die Steuerbelastung von mobilen Faktoren und Kapitaleinnahmen auf immobile Faktoren verschoben, sodass eine Besteuerung nicht mehr nach Leistungsfähigkeit, sondern nach Mobilität erfolgt, ohne die damit einhergehenden gleichheitsrechtlichen Fragen zu lösen.²⁰ Letzteres wird zwar nicht als schädlicher Steuerwettbewerb eingestuft, kann allerdings erklären, weswegen der Druck der Straße entstand. Denn feststellen lässt sich, dass der Steuerwettbewerb in den Jahren vor dem BEPS-Projekt, obwohl das Phänomen grundsätzlich nicht neu ist, mit den Namen berühmter Digitalkonzerne verbunden eine bis dahin einzigartige öffentliche Aufmerksamkeit erlangt hat.²¹ Die neue öffentliche Aufmerksamkeit für dieses Problem ist deswegen mit dem Namen berühmter Digitalkonzerne verbunden, da es immaterielle Werte, die in deren Geschäftsmodellen eine hohe Relevanz besitzen, begünstigen, solche Angebote seitens Staaten zu unterbreiten und seitens Unternehmen hierauf positiv zu reagieren. Denn hierbei handelt es sich um immaterielle Faktoren. Als schädlich zu bewerten sind allerdings die ersten beiden genannten „Beggar-my-neighbour-Strategien“, die darauf gerichtet sind, ausländische Investoren durch die Gewährung von Sondervorteilen anzuziehen sowie Steuererträge anderer Volkswirtschaften durch die Verlagerung von Steuersubstrat zu erlangen.²² Allerdings entkoppelt lediglich letztere Erwirtschaftung und Besteuerung und ist daher besonders schädlich.²³ Vor dem BEPS Projekt war man der Auffassung, dass eine Gegenmaßnahme gegen schädlichen Steuerwettbewerb in einer zwischenstaatlichen Steuerwettbewerbsordnung, Koordination der Steuersysteme und Zusammenarbeit der Fisci bestehen müsse.²⁴ Bis dahin wäre jedoch schon mit einer konzertierten Aktion der wichtigsten Industriestaaten viel

¹⁸ Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 286.

¹⁹ Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 291 ff.

²⁰ Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 292.

²¹ Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 286.

²² Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 293.

²³ Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 293.

²⁴ Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 294.

gewonnen.²⁵ Der Druck der Straße führte schließlich dazu, dass G20/OECD in Form des BEPS-Projekts nach Antworten im internationalen Steuerrecht für den schädlichen Steuerwettbewerb, der Erwirtschaftung und Besteuerung entkoppelte, gesucht haben.²⁶ Bereits im September 2013 legte die OECD auf dem G-20-Gipfel in Sankt Petersburg einen 15-Punkte Aktionsplan vor, der jeweils ein spezifisches BEPS-Problem adressierte.²⁷ Dieser wurde dort von den G-20 angenommen.²⁸ Im Jahr 2015 legte sie schließlich fünfzehn BEPS-Berichte vor. Diese Berichte beinhalteten neue oder gestärkte internationale Standards sowie konkrete Maßnahmen, die Staaten dabei helfen sollten, Gewinnverkürzungen und Gewinnverlagerung zu bekämpfen.²⁹ Gleichzeitig sollte den steuerpflichtigen Personen mehr Rechts- und Planungssicherheit geboten werden.³⁰ Im Einzelnen adressierte Bericht 1 die Herausforderungen für die Besteuerung der digitalen Wirtschaft, Bericht 2 die Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Bericht 3 die Stärkung der Vorschriften zur Hinzurechnungsbesteuerung (sogenannte (sog.) CFC-Regeln), Bericht 4 die Begrenzung der Gewinnverkürzung durch Abzug von Zins- oder sonstigen finanziellen Aufwendungen, Bericht 5 die wirksamere Bekämpfung schädlicher Steuerpraktiken unter Berücksichtigung von Transparenz und Substanz, Bericht 6 die Verhinderung von Abkommensmissbrauch, Bericht 7 die Verhinderung der künstlichen Umgehung des Status als Betriebsstätte, Berichte 8-10 die Gewährleistung der Übereinstimmung zwischen Verrechnungspreisergebnissen und Wertschöpfung, Bericht 11 die Messung und das Monitoring von Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, Bericht 12 die Verpflichtung der steuerpflichtigen Personen zur Offenlegung ihrer aggressiven Steuerplanungsmodelle, Bericht 13 die Überarbeitung der Verrechnungspreisdokumentation, Bericht 14 die Verbesserung der Wirksamkeit von Streitbeilegungsmechanismen und Bericht 15 die Entwicklung eines multilateralen Instruments.³¹

Der oben bereits erwähnte BEPS Bericht 8 wurde gemeinsam mit den Berichten 9 und 10 vorgelegt. Die Berichte 8 bis 10 dienen insgesamt der Bekämpfung des Missbrauchs, der im Rahmen der bislang bestehenden internationalen Standards für Regelungen über Verrechnungspreise möglich war. Der BEPS Bericht 8 behandelt Probleme von

²⁵ Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 294.

²⁶ Hey in: WiR et al.– Wettbewerb und Recht, S. 286 f.

²⁷ <https://doi.org/10.1787/25179470> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

²⁸ <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

²⁹ OECD, BEPS-Projekt Erläuterung, S. 4.

³⁰ <https://doi.org/10.1787/25179470> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

³¹ Vgl. OECD, BEPS-Projekt Erläuterung, S. 3.

Verrechnungspreisen betreffend Geschäftsvorfälle, die immaterielle Werte umfassen.³² Denn eine unsachgemäße Gewinnzuordnung der Gewinne, die mit wertvollen immateriellen Werten generiert werden, trägt zu den hier in Rede stehenden Steuerausfällen bei.³³ Der Bericht 9 befasst sich mit der vertraglichen Aufteilung von Risiken und der daraus resultierenden Gewinnzuordnung zu diesen Risiken.³⁴ Denn die vertragliche Aufteilung stimmt nicht immer mit der tatsächlichen Risikoübernahme überein.³⁵ Außerdem behandelt der Bericht 9 die Höhe der Rendite von Finanzierungsmitteln, die von einem anderen Unternehmen des multinationalen Unternehmens bereitgestellt werden, ohne dass der Umfang der Tätigkeiten dieses anderen Unternehmens diese Rendite rechtfertigen würde.³⁶ Der Bericht 10 schließlich behandelte andere Risikobereiche, wie die Umqualifizierung, die unsachgemäße Anwendung von Verrechnungspreismethoden sowie die Nutzung bestimmter Arten von Zahlungen, wie Verwaltungsgebühren und Konzernumlagen, zwischen den Unternehmen des multinationalen Unternehmens zur Gewinnverkürzung.³⁷ Der Missbrauch wurde im Rahmen der Berichte 8-10 von der OECD in einer Gewinnzuordnung gesehen, die nicht der wirtschaftlichen Aktivität entspricht, die die Wertschöpfung generiert hat.³⁸ Möglich wurde er, da die bis zur Revision geltende Leitlinie über die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes wegen ihrer starken Betonung der vertraglichen Zuordnung von Funktionen, Vermögenswerten und Risiken für Manipulationen zugänglich war.³⁹ Ziel dieser Berichte war es daher, die Gewinnzuordnung mittels der Verrechnungspreisergebnisse derart in Einklang mit der Wertschöpfung zu bringen, dass Gewinne denjenigen Unternehmen zugeordnet werden, die die korrespondierenden wirtschaftlichen Aktivitäten durchführen.⁴⁰ Hierzu wurde die Verrechnungspreisleitlinie der OECD revidiert.⁴¹ Nunmehr erfordert sie, dass die tatsächlichen Geschäftsvorfälle zwischen den nahestehenden Unternehmen sorgfältig abgegrenzt werden.⁴² Hierfür sind, die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien unter Berücksichtigung der tatsächlichen Durchführung des Geschäftsvorfalles zu analysieren.⁴³ Die tatsächliche Durchführung ergänzt

³² OECD, Berichte 8-10, S. 10.

³³ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

³⁴ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

³⁵ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

³⁶ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

³⁷ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

³⁸ OECD, Berichte 8-10, S. 9.

³⁹ OECD, Berichte 8-10, S. 9.

⁴⁰ Vgl. OECD, Berichte 8-10, S. 10.

⁴¹ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

⁴² OECD, Berichte 8-10, S. 10.

⁴³ Vgl. OECD, Berichte 8-10, S. 10.

die Verträge oder ersetzt sie sogar, falls diese unvollständig sind oder der Durchführung nicht entsprechen.⁴⁴

Der BEPS Bericht 8 behandelt im Speziellen Probleme von Verrechnungspreisen betreffend Geschäftsvorfälle, die immaterielle Werte umfassen. Dieser Bericht war erforderlich, da mittels der Zuordnung von Gewinnen, die durch wertvolle immaterielle Werte erzeugt wurden, die Besteuerungsgrundlage verkürzt wurde und Gewinne verlagert wurden. BEPS Bericht 8 sieht daher eine Ausweitung von Substanzerfordernissen vor.⁴⁵ Sein Aktionsplan lautet: „Die Entwicklung von Regeln zur Vermeidung von BEPS durch Übertragung von immateriellen Werten innerhalb eines Konzerns. Dies beinhaltet:

- (i) Annahme einer breiten und klar beschriebenen Definition für immaterielle Werte;
- (ii) Sicherstellung, dass Gewinne, die mit der Übertragung und Nutzung von immateriellen Werten verbunden sind, sachgerecht und in Übereinstimmung mit der Wertschöpfung (und nicht davon getrennt) zugeordnet werden;
- (iii) Entwicklung von Verrechnungspreisregeln oder von besonderen Maßnahmen für die Übertragung von schwer zu bewertenden immateriellen Werten;
- (iv) (...).“⁴⁶

Zur Umsetzung dieses Aktionsplans wurde die Verrechnungspreisleitlinie der OECD, wie bereits erwähnt, geändert. Die OECD konnte jedoch am Fremdvergleichsgrundsatz festhalten, obwohl im Falle immaterieller Werte der Fremdvergleichsgrundsatz vor große Herausforderungen gestellt wurde. Dies wird insbesondere in der Formulierung des Aktionsplans von BEPS Bericht 8 Ziffer (iii) deutlich, in der die Rede von „besonderen Maßnahmen“ ist. Zudem führten insbesondere die Spezifika solcher Geschäftsvorfälle, die es ermöglichten, Gewinne unabhängig vom Ort der Wertschöpfung zu versteuern, zu diesen Herausforderungen.⁴⁷ Für den Fall, dass die OECD diese Herausforderungen nicht hätte bewältigen können, wurde ein Übergang zu einer globalen, formelhaften Gewinnaufteilung diskutiert. Die Verrechnungspreisleitlinie der OECD enthält nunmehr eine Definition immaterieller Werte und stellt klar, dass eine rein rechtliche Inhaberschaft eines immateriellen

⁴⁴ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

⁴⁵ Ähnlich: Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 63; Meister in: FS Endres, S. 238 f..

⁴⁶ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 906.

⁴⁷ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 909; vgl. hierzu auch: Tz. 6.33 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Werts kein Recht auf die Einkünfte einräumt, die durch die Verwertung des immateriellen Werts erzeugt werden.⁴⁸ Vielmehr erhalten diejenigen Unternehmen des multinationalen Unternehmens, die im Hinblick auf die Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, den Schutz und die Verwertung eines immateriellen Werts wichtige Funktionen ausüben, wirtschaftlich erhebliche Risiken kontrollieren und Vermögenswerte beitragen, nach der Durchführung einer sorgfältigen Abgrenzung des tatsächlichen Geschäftsvorfalles ein Recht auf einen Teil der Einkünfte, der dem Wert ihres Beitrags entspricht.⁴⁹ Ein spezielles Verfahren stellt zudem sicher, dass Informationsasymmetrien betreffend schwer zu bewertender immaterieller Werte zwischen der Steuerverwaltung und der steuerpflichtigen Person nicht dazu genutzt werden können, die Besteuerungsgrundlage zu verkürzen und Gewinne zu verlagern.⁵⁰ Kostenumlageverträge sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung, obwohl sie vom oben erwähnten Aktionsplan umfasst sind.

3. Die Geschichte des deutschen Konzernrechts

Nachdem bisher auf die gegenwärtigen Probleme ein näherer Blick geworfen wurde, soll zum besseren Verständnis der aktienrechtlichen Problemlage die Geschichte des deutschen Konzernrechts näher beleuchtet werden: Im Aktienrecht bereitet insbesondere der Minderheitenschutz im faktischen Konzern im Hinblick auf die Geschäfte mit Nahestehenden Schwierigkeiten. Denn zwar gilt hier, wie im Steuerrecht, grundsätzlich das Trennungsprinzip. Aufgrund der beherrschenden Stellung des Mehrheitsteilhabenden besteht allerdings insbesondere die Gefahr für das Vermögen der Minderheitsteilhabenden, dass das Trennungsprinzip nicht durchgesetzt werden kann. Diese Gefahr wurde erst im Laufe der Geschichte der Konzerne in Deutschland erkannt. Diese lässt sich in vier Phasen aufteilen.⁵¹

Die erste Phase umfasst den Zeitraum vom Jahre 1870 bis zum Ersten Weltkrieg.⁵² In dieser Phase bildeten sich in Deutschland mächtige Konzerne in der Folge einer Konzentrationswelle, die parallel lief zum wirtschaftlichen Aufschwung, den das Deutsche Reich nach dem Deutsch-französischen Krieg und seiner Gründung im Jahre 1871 erlebte.⁵³

⁴⁸ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

⁴⁹ Vgl. OECD, Berichte 8-10, S. 10.

⁵⁰ OECD, Berichte 8-10, S. 10.

⁵¹ Vgl. Emmerich/Habersack, S. 6 Rn. 5.

⁵² Vgl. Dettling, S. 50.

⁵³ Emmerich/Habersack, S. S. 6 Rn. 5.

Mit dem Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft vom 11. Juni 1870 wurde nämlich die Gründungsfreiheit für Aktiengesellschaften eingeführt.⁵⁴ Denn die industrielle Revolution hatte bei den Unternehmen einen hohen Kapitalbedarf ausgelöst.⁵⁵ Die Aktiengesellschaft sollte auf diesem Hintergrund die Rechtsform sein, die die Schaffung neuer großer Unternehmen ermöglichte, die mit dem technologischen Fortschritt mithalten konnten.⁵⁶ Neben das Unternehmenswachstum durch den Gang an die Börse und die Kartellbildung trat zu jenem Zeitpunkt jedoch zudem die Konzernbildung.⁵⁷ Dieser Entwicklung trat die Rechtsordnung nicht entgegen.⁵⁸ Sofern es den Minderheitenschutz betraf, schwächte die Aktienrechtsnovelle von 1884 den vorhandenen Minderheitenschutz in dieser Phase sodann sogar, um die Unternehmensleitung zu vereinfachen.⁵⁹ Die Rechtsprechung setzte der Herrschaft des Mehrheitsteilhabenden in dieser Phase ebenfalls keine nennenswerten Schranken.⁶⁰

Die zweite Phase ist von 1918 bis 1933 zu verorten.⁶¹ In dieser Phase ist der Aufstieg des Konzerns zu beobachten.⁶² Dieser wurde durch die Inflation der Zwanzigerjahre des vorherigen Jahrhunderts begünstigt.⁶³ Die Aktiengesellschaft verlor im Rahmen dieser Entwicklung ihre Funktion als Finanzierungsmittel und wurde zum Beherrschungsmittel.⁶⁴ In dieser Phase setzte die konzernrechtliche Diskussion in Deutschland ein.⁶⁵ Die Literatur sammelte und ordnete die Rechtstatsachen und bemühte sich um eine möglichst konzernfreundliche Ausgestaltung der Rechtsordnung.⁶⁶ So bemühte sie sich, das Steuer- und Gesellschaftsrecht derart auszugestalten, dass der Konzern die Vorteile, aber nicht die Nachteile, eines Einheitsunternehmens hatte.⁶⁷ Hierzu vertrat die herrschende Meinung in der Literatur mit der bereits erwähnten Relativitätsthese, dass es eine Theorie des Konzerns für alle Rechtsgebiete nicht gäbe, sondern für jedes Rechtsgebiet jeweils festgestellt werden müsse, inwieweit Vorgänge innerhalb des Konzerns als wirtschaftlicher Einheit rechtlich

⁵⁴ Dettling, S. 50.

⁵⁵ Dettling, S. 50.

⁵⁶ Dettling, S. 50.

⁵⁷ Dettling, S. 52.

⁵⁸ Dettling, S. 53.

⁵⁹ Dettling, S. 54.

⁶⁰ Dettling, S. 54 ff..

⁶¹ Vgl. Dettling, S. 57; vgl. auch: Emmerich/Habersack, S. 6 Rn. 5.

⁶² Dettling, S. 57.

⁶³ Dettling, S. 57.

⁶⁴ Dettling, S. 58.

⁶⁵ Emmerich/Habersack, S. 8 Rn. 10.

⁶⁶ Dettling, S. 58; vgl. auch: S. 8 Rn. 10 f..

⁶⁷ Dettling, S. 58.

ebenfalls einheitlich zu behandeln seien.⁶⁸ Die Literatur stellte sich hierbei grundsätzlich jeweils auf den Standpunkt, der für die Konzerne am günstigsten war.⁶⁹ Folge der konzernrechtlichen Diskussion waren weitreichende Reformvorschläge.⁷⁰ Das Reichsgericht seinerseits setzte der Herrschaft des Mehrheitsteilhabenden in dieser Phase zwar immer noch keine engen Grenzen, es entwickelte jedoch erste Ansätze eines Nachteilsausgleichs.⁷¹ Unberücksichtigt blieb hierbei jedoch weiterhin das Risiko der Geschäfte mit Nahestehenden, zu dem die Konzernverrechnungspreise zählen.⁷² Die Konzernzusammenbrüche in Folge der Weltwirtschaftskrise im Jahre 1929 schließlich führten lediglich zu einer geringfügigen Verschärfung des Konzernrechts durch die Notverordnung vom 19. September 1931.⁷³ Gleichzeitig kam es damit in Deutschland jedoch zur ersten Stufe der Konzerngesetzgebung.⁷⁴ Weder die Reformvorschläge der Literatur noch die Notverordnung konnten allerdings die Rechtsprobleme, die mit Konzernen einhergingen, wirksam bewältigen.⁷⁵ Denn die Notverordnung und später ebenfalls das Aktiengesetz von 1937 beschränkten sich darauf, Einzelfragen des Konzernrechts zu regeln.⁷⁶

Die dritte Phase ist von 1933 bis 1945 zu veranschlagen.⁷⁷ Es zeigte sich im Nationalsozialismus, dass Konzerne zur staatlichen Wirtschaftslenkung genutzt werden konnten, und sie wurden hierzu genutzt.⁷⁸ Sofern es das Risiko der Geschäfte mit Nahestehenden betraf, hatte das Reichsgericht zwar das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung im Handelsrecht entdeckt, allerdings beanstandeten die Abschlussprüferinnen und -prüfer einen entsprechenden Verstoß in der Praxis nicht.⁷⁹ Erst das bereits erwähnte Aktiengesetz von 1937 enthielt in § 101 Absatz 1 AktG 1937 eine Regelung zum Verbot der Einflussnahme auf die Geschäftsführung.⁸⁰ Dieses Gesetz ist überwiegend nicht als nationalsozialistisches Gesetz zu sehen, sondern, mit Ausnahmen, noch Folge der

⁶⁸ Dettling, S. 58 f..

⁶⁹ Dettling, S. 59.

⁷⁰ Emmerich/Habersack, S. 8 Rn. 11.

⁷¹ Dettling, S. 69.

⁷² Vgl. Dettling, S. 69.

⁷³ Dettling, S. 70.

⁷⁴ Dettling, S. 70; vgl. auch: Emmerich/Habersack, S. 6 Rn. 5.

⁷⁵ Emmerich/Habersack, S. 8 Rn. 11.

⁷⁶ Emmerich/Habersack, S. 8 Rn. 11 f..

⁷⁷ Dettling, S. 72.

⁷⁸ Vgl. Dettling, S. 73.

⁷⁹ Dettling, S. 74.

⁸⁰ Dettling, S. 74.

erwähnten Reformbemühungen der Weimarer Zeit.⁸¹ Allerdings erkannte dieses Gesetz de facto den entschädigungslosen Vorrang des Konzerninteresses vor den Interessen der Minderheitsteilhabenden an.⁸² Denn nach § 101 Absatz 3 AktG 1937 blieb im Ergebnis die Einflussnahme des Mehrheitsteilhabenden auf Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft im Konzerninteresse von dem im Übrigen bestehenden Verbot der Einflussnahme in § 101 Absatz 1 AktG 1937 ausgenommen.⁸³

Die vierte Phase begann im Jahre 1948.⁸⁴ Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs setzten die Alliierten zunächst zu einer Dekonzentration der deutschen Wirtschaft an.⁸⁵ Hieran verloren sie jedoch mit dem sich zuspitzenden Ost-West-Konflikt ihr Interesse.⁸⁶ Ohne Möglichkeit einer Entflechtung und ohne Fusionskontrolle setzte sich der Konzentrationsprozess in Deutschland in der vierten Phase in den Jahren 1950 bis 1973 ungehindert fort.⁸⁷ Der Gesetzgeber förderte dies durch seine Gesetzgebung sogar.⁸⁸ Mittlerweile hatte die Erfahrung des Nationalsozialismus dem Gesetzgeber jedoch zudem die Augen geöffnet für die Folgen ungehemmter Machtentfaltung und die Risiken der Machtkonzentration.⁸⁹ Es galt daher insbesondere durch das Konzernrecht in einer jungen Bundesrepublik wirtschaftliche Macht zu bändigen, in der die Unternehmenskonzentration, wie bereits erwähnt, zunahm.⁹⁰ Außerdem setzte sich die Überzeugung durch, dass das Konzernrecht in Deutschland reformiert und umfassend geregelt werden müsse.⁹¹ Herrschende Meinung war, dass es im sogenannten faktischen Konzern eines Außenstehendenschutzes bedürfe.⁹² Im Zuge der Gesetzgebung kam man vom Verbot der Durchsetzung des Konzerninteresses hierbei zum Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG.⁹³ Beeinflusst wurde die Veränderung der Sichtweise auf Konzerne in der Bundesrepublik nicht nur durch den Einfluss der Alliierten, sondern zudem durch die ordoliberalen Lehren der Freiburger Schule sowie die Existenzängste des

⁸¹ Dettling, S. 75.

⁸² Dettling, S. 77.

⁸³ Dettling, S. 78.

⁸⁴ Dettling, S. 83.

⁸⁵ Emmerich/Habersack, S. 6 Rn. 6.

⁸⁶ Emmerich/Habersack, S. 6 Rn. 6.

⁸⁷ Emmerich/Habersack, S. 6 Rn. 7.

⁸⁸ Emmerich/Habersack, S. 6 f. Rn. 7.

⁸⁹ Dettling, S. 83.

⁹⁰ Dettling, S. 83.

⁹¹ Emmerich/Habersack, S. 9 Rn. 13.

⁹² Vgl. Emmerich/Habersack, S. 9 Rn. 13.

⁹³ Emmerich/Habersack, S. 9 Rn. 13.

Mittelstandes.⁹⁴ Zudem war die Wirtschaft jedenfalls an optischen Verbesserungen des Minderheitenschutzes interessiert, um größere Bevölkerungsschichten als Kapitalgeberinnen und -geber zu erschließen.⁹⁵

An dem Meinungsstreit über das Konzernrecht in Deutschland waren der Ordoliberalismus, Neosozialismus, Managerismus, konservative Liberalismus und die soziale Marktwirtschaft mit eigenen konzernrechtlichen Konzepten beteiligt.⁹⁶

Vertreter des Ordoliberalismus forderten bereits damals zum Schutz der Minderheitsteilhabenden eine Minderheitenvertretung im Aufsichtsrat.⁹⁷ Hierüber sollte zudem eine nachgezogene Gleichberechtigung der Aktionärinnen und Aktionäre gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Aufsichtsrat erreicht werden.⁹⁸ Aber auch Vertreter der sozialen Marktwirtschaft mit ordnungspolitischen Auffassungen hinsichtlich des Konzernrechts erhoben diese Forderung.⁹⁹ Ferner wurde diese Forderung, allerdings lediglich für abhängige Gesellschaften, teilweise von Vertretern des konservativen Liberalismus erhoben.¹⁰⁰ Die SPD wollte dieses Recht im Gesetzgebungsverfahren gewähren.¹⁰¹ Die CDU/CSU-Fraktion, die Fraktion der FDP und die Bundesregierung hingegen befürchteten den Zusammenschluss von Minderheiten- und Arbeitnehmervertretung im mitbestimmten Aufsichtsrat und daher eine Umkehrung der Herrschaftsverhältnisse; sie lehnten diese Forderung aus diesem Grund im Gesetzgebungsverfahren ab.¹⁰²

Flume als Vertreter des Managerismus hingegen forderte, das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft in der faktischen Abhängigkeit insbesondere durch den Abhängigkeitsbericht vollständig zu wahren.¹⁰³ Durch diese beherrschungsfeindliche Ausgestaltung, die jedoch nur für Beherrschungen vorgesehen war, die nicht durch eine verwaltungsbeherrschte Publikumsgesellschaft erfolgten, sollte insbesondere die Herrschaft von

⁹⁴ Dettling, S. 212.

⁹⁵ Dettling, S. 212.

⁹⁶ Dettling, S. 89.

⁹⁷ Dettling, S. 164 und 248.

⁹⁸ Vgl. Dettling, Fn. 160 auf S. 164.

⁹⁹ Dettling, S. 172, später zudem andere: S. 250 f..

¹⁰⁰ Dettling, S. 186.

¹⁰¹ Dettling, S. 329.

¹⁰² Dettling, S. 329.

¹⁰³ Dettling, S. 179.

Mehrheitsteilhabenden über den Vorstand der abhängigen Gesellschaft verhindert werden.¹⁰⁴ Zwar begründete Flume seine Forderung insbesondere mit dem Minderheitenschutz, jedoch sollte der Abhängigkeitsbericht den Aktionärinnen und Aktionären gegenüber nicht offengelegt werden.¹⁰⁵ Offengelegt werden sollte lediglich die Schlusserklärung des Vorstands sowie die Zustimmung von Aufsichtsrat und Abschlussprüferinnen und -prüfer.¹⁰⁶ Denn lediglich die Organe der abhängigen Gesellschaft, und hier im Wesentlichen der Vorstand, seien zu der Prüfung im Rahmen des Abhängigkeitsberichts in der Lage.¹⁰⁷ Ferner sollte der Abhängigkeitsbericht nicht lediglich das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft schützen, sondern zudem die Stellung ihrer Organe stärken.¹⁰⁸ Hierin zeigt sich die positive Einstellung des Managerismus gegenüber dem Management als neuer Eliteschicht, als Auslese der Fähigsten unabhängig von ihrer sozialen Herkunft.¹⁰⁹

Gegen diese Forderung Flumes wandte sich der Arbeitskreis Aktienrechtsreform der Wirtschaftsministerkonferenz der Länder, der insgesamt eine Schlechterstellung der deutschen Wirtschaft gegenüber anderen EWG-Staaten fürchtete und den Abhängigkeitsbericht als Alternative zum Vertragszwang (vgl. Vertragskonzern) für nicht durchführbar hielt.¹¹⁰ Das Bundeswirtschaftsministerium hingegen wollte für nach seinem eigenen Vorschlag abhängige, jedoch nicht konzernfähige Gesellschaften die Forderung Flumes aufnehmen.¹¹¹ Entscheidenden Einfluss hatte jedoch insbesondere, dass die Studienkommission des Deutschen Juristentages für Konzernrecht sich für das von Flume vorgeschlagene Organhaftungsmodell mit der Flankierung durch den Abhängigkeitsbericht aussprach.¹¹² Das Bundesjustizministerium seinerseits gab dem Widerstand in der Wirtschaft schließlich nach und ermöglichte den faktischen Konzern, während es die Außenstehenden lediglich, wie durch Flume vorgeschlagen, nach §§ 312 ff. AktG schützte.¹¹³ Es erkannte die Schwächen des Abhängigkeitsberichts in vollem Umfang und nahm die Folgen für die Außenstehenden in Kauf.¹¹⁴ So meinte es immerhin eine wesentliche Verbesserung ihrer Lage zu erreichen.¹¹⁵ Es

¹⁰⁴ Vgl. Dettling, S. 179.

¹⁰⁵ Dettling, S. 179.

¹⁰⁶ Dettling, S. 179.

¹⁰⁷ Vgl. Dettling, S. 179 f..

¹⁰⁸ Dettling, S. 180.

¹⁰⁹ Vgl. Dettling, S. 110.

¹¹⁰ Dettling, S. 260.

¹¹¹ Dettling, S. 264.

¹¹² Dettling, S. 265 f..

¹¹³ Dettling, S. 267.

¹¹⁴ Dettling, S. 267.

wollte dennoch als Haftungserleichterung die Frage nach außen offenlassen, ob das herrschende Unternehmen im faktischen Konzern auf die abhängige Gesellschaft einwirken dürfe, indem es den Haftungsmaßstab des Fremdvergleichs vorsah.¹¹⁶ Hiermit sollte eine Objektivierung des Haftungsmaßstabs erreicht werden.¹¹⁷ Die weiteren beteiligten Ministerien, insbesondere das Bundeswirtschaftsministerium, stimmten dem Vorschlag des Bundesjustizministeriums zu.¹¹⁸

Ein Teil der Vertreter des Ordoliberalismus kritisierten den Abhängigkeitsbericht jedoch bereits damals als ineffektiv, da es an der Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer mangle.¹¹⁹ Andere Vertreter dieser politischen Auffassung hingegen zeigten sich mit dem Abhängigkeitsbericht selbst zufrieden.¹²⁰ Kritisch sahen die Effektivität des Abhängigkeitsberichts jedoch ebenfalls Vertreter der sozialen Marktwirtschaft.¹²¹ Während Flume als Vertreter des Managerismus seinen eigenen Vorschlag naturgemäß begrüßte.¹²² Der konservative Liberalismus wiederum wollte lediglich einen Bericht erstellen, in dem über die Entwicklung der abhängigen Gesellschaft im Konzernverhältnis auf längere Sicht berichtet werden sollte, ohne dass im Falle eines Konzernunternehmens dieser Bericht zu prüfen sei.¹²³ Zudem lehnte er den Haftungsmaßstab des Fremdvergleichs ab.¹²⁴

Der faktische Konzern wurde schließlich durch das Aktiengesetz (AktG) von 1965 ermöglicht. Dieses sah in § 311 Absatz 1 AktG die Möglichkeit der Durchsetzung des Konzerninteresses für den Fall des Einzelnachteilsausgleichs vor. Die Außenstehenden wurden, insbesondere vor dem Missbrauch von Konzernverrechnungspreisen, in der Form der Organhaftung geschützt. Dieser Schutz wurde flankiert durch die Regelungen zum Abhängigkeitsbericht in §§ 312 ff. AktG; wohl wissend um die mangelnde Effektivität dieses Schutzes der Minderheitsteilhabenden und Gläubigerinnen und Gläubiger.

¹¹⁵ Dettling, S. 267.

¹¹⁶ Dettling, S. 267 f. und S. 279 f..

¹¹⁷ Dettling, S. 280.

¹¹⁸ Vgl. Dettling, S. 269 f..

¹¹⁹ Dettling, S. 291 und dort Rn. 12.

¹²⁰ Dettling, S. 291.

¹²¹ Dettling, S. 293.

¹²² Dettling, S. 301.

¹²³ Dettling, S. 305.

¹²⁴ Dettling, S. 306.

Lediglich erwähnt sei an dieser Stelle noch, dass der Ordoliberalismus bereits damals die Offenlegung der Steuerbilanz kapitalmarktorientierter Konzerne forderte.¹²⁵ Bei diesen sollte das öffentliche Interesse an der Information über die wirtschaftlichen Verhältnisse das Interesse der Betroffenen am Steuergeheimnis bei Weitem überwiegen.¹²⁶

Im Jahre 1973 wurde schließlich die oben bereits erwähnte Fusionskontrolle eingeführt.¹²⁷ Dies sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Maßnahme den Konzentrationsprozess ebenfalls nicht wesentlich bremsen konnte.¹²⁸ Mittlerweile ist die überwiegende Zahl der Aktiengesellschaften konzernverbunden.¹²⁹ Bis zur Jahrhundertwende konnte zudem eine starke Verflechtung von Banken, Versicherungen und Großunternehmen beobachtet werden.¹³⁰ Deren Entflechtung ist sowohl auf einen steuerrechtlichen Anreiz seitens des Gesetzgebers zurückzuführen als auch auf die Öffnung der Kapitalmärkte und das Aufkommen von Finanzinvestoren.¹³¹ Dem Abhängigkeitsbericht mangelt es nach wie vor an Effektivität. Diese Effektivität sowie die weiteren erwähnten Probleme im Steuer-, Handels- und Wettbewerbsrecht, die im Zusammenhang mit Verrechnungspreismanipulationen stehen, erfordern mehr Transparenz. Hier sind gegenwärtig in Deutschland zwar teilweise Fortschritte erkennbar, wie im Wettbewerbsrecht. Jedoch genügen selbst diese Fortschritte nicht überall, um hinreichend Transparenz zu schaffen, um Gewinnverlagerungen und Gewinnverschiebung, Wettbewerbsbeschränkungen und Benachteiligungen von Außenstehenden effektiv zu bekämpfen. Vielmehr erfordert dies einen höheren Grad an Transparenz, um den bereits erwähnten Körperschaftsteuerausfällen und den damit einhergehenden sozialen Folgen zu begegnen.

4. Nachhaltigkeitsziele

Das BEPS-Projekt der OECD, dem im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Körperschaftsteuerausfälle und ihrer sozialen Folgen eine herausgehobene Stellung zukommt, fand Eingang in die Aktionsagenda von Addis Abeba, indem es hierin im Zusammenhang mit Bemühungen zur internationalen Steuerzusammenarbeit berücksichtigt wurde. Diese

¹²⁵ Vgl. Dettling, S. 209.

¹²⁶ Dettling, S. 209, Fn. 344.

¹²⁷ Emmerich/Habersack, S. 7 Rn. 8.

¹²⁸ Emmerich/Habersack, S. 7 Rn. 8.

¹²⁹ Emmerich/Habersack, S. 7 Rn. 8.

¹³⁰ Emmerich/Habersack, S. 7 Rn. 9.

¹³¹ Emmerich/Habersack, S. 7 Rn. 9.

Berücksichtigung dient der Stärkung der Mobilisierung von Steuermitteln zur Finanzierung nachhaltiger Entwicklung und des Erreichens der Nachhaltigkeitsziele durch die Bekämpfung der Steuerflucht. Die Aktionsagenda ihrerseits ist ein integraler Bestandteil der 2030 Agenda für nachhaltige Entwicklung, zu deren Zielvorgaben auch die Zielvorgabe 17.1 zählt. Diese handelt von der Finanzierung der Umsetzung der Ziele zur nachhaltigen Entwicklung. Diese Finanzierung möchte sie erreichen, indem sie die staatliche Mobilisierung von Steuermitteln stärkt. Dies wiederum soll erreicht werden, indem staatliche Kapazitäten zur Steuererhebung und Erhebung anderer staatlicher Einkünfte verbessert werden. Die Berücksichtigung des BEPS-Projekts in der Aktionsagenda von Addis Abeba dient also im Hinblick auf die 2030 Agenda für nachhaltige Entwicklung der Stärkung der staatlichen Mobilisierung von Steuermitteln zur Finanzierung der Umsetzung der Ziele zur nachhaltigen Entwicklung, indem die staatlichen Kapazitäten zur Steuererhebung mittels der Bemühung zur internationalen Steuerzusammenarbeit verbessert werden und hierdurch Steuerflucht bekämpft wird. Die Zielvorgabe 17.1 der 2030 Agenda floss, noch bevor die 2030 Agenda beschlossen wurde, in den Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages ein, der am 27. November 2013 unterschrieben wurde. Im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages heißt es ferner auf Seite 69, Rnrn. 3131 ff.: „Durch weltweit möglichst breite Implementierung der OECD-BEPS-Verpflichtungen sowie -Empfehlungen schaffen wir faire steuerliche Wettbewerbsbedingungen für grenzüberschreitende unternehmerische Tätigkeiten.“

Diese politische Einigung genügt hingegen noch nicht, um die Nachhaltigkeitsziele zu finanzieren, die insbesondere den sozialen Folgen der Körperschaftsteuerausfälle begegnen. Vielmehr bedarf es hierzu weiterer Maßnahmen. So empfahl bereits eine Arbeitsgruppe bedeutender Personen, die zur Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf die Entwicklung und die internationalen Beziehungen ernannt wurde, einst mehr als die bloße Stärkung der internationalen Steuerzusammenarbeit. Denn diese empfahl insbesondere zudem die Offenlegung interner und externer Preise multinationaler Unternehmen. Die Offenlegung interner und externer Preise sollte nach Auffassung der Arbeitsgruppe nicht lediglich Verrechnungspreismanipulationen wegen des Aufdeckungsrisikos erschweren, sondern gleichzeitig dem Problem der Diskriminierung und damit Wettbewerbsbeschränkungen entgegenwirken. In dem Prinzip der Offenlegung sah die Arbeitsgruppe die grundsätzliche Lösung für den Schutz der Interessen der betroffenen

Staaten sowie der Interessen anderer Parteien, die ein berechtigtes Interesse hätten. Interne Verrechnungspreise und externe Transferpreise sollten nach Auffassung der Arbeitsgruppe entweder offengelegt oder den Parteien, die ein berechtigtes Interesse hätten, auf Nachfrage zur Kenntnis gebracht werden. Es bedarf daher als weiterer Maßnahme insbesondere der Stärkung der Transparenz hinsichtlich Verrechnungs- und Transferpreisen; und dies nicht lediglich zwischen den Steuerverwaltungen der einzelnen Staaten.

II. FORSCHUNGSFRAGE

Vor diesem Hintergrund verfolgt diese Untersuchung als Forschungsfrage das Ziel, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern, dazu beizutragen, dass BEPS Bericht 8 ebenfalls einheitlich eingeführt wird, und Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen und Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden durch Transparenz zu verringern. Hierzu wird im Sinne einer Gestaltung das Ziel verfolgt,

- sowohl die gegenwärtig erzielten Fortschritte auf internationaler Ebene, also im Rahmen der OECD, aufzugreifen, sofern es die Besteuerung von Gewinnen multinationaler Unternehmen aus Verrechnungspreisen für immaterielle Werte betrifft, und einen Vorschlag für ihre konkrete Umsetzung in Deutschland zu unterbreiten, indem BEPS Bericht 8 für die Auslegung und Rechtsfortbildung von § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 Außensteuergesetz (AStG) fruchtbar gemacht wird;
- als auch, die in Deutschland noch nicht vollständig durchgesetzte, weitergehende Auffassung der Arbeitsgruppe zu berücksichtigen hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung. Hierzu soll das Prinzip der Offenlegung für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs fruchtbar gemacht werden;
- ferner, die Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen Nahestehenden insbesondere zum Schutz von Minderheitsteilhabenden offenzulegen sind, zu untersuchen und diese zu vergleichen mit den das Aktienrecht ebenfalls umfassenden Vorschlägen im Rahmen dieser Untersuchung.

Außerdem soll versucht werden, BEPS Bericht 8 heranzuziehen für die Auslegung von Regelungen des Handelsgesetzbuchs, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen.

III. RELEVANZ UND UMFANG DER FORSCHUNGSFRAGE

Die hier gekennzeichnete Forschungsfrage ist von der bisherigen Einigung über die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele und ferner von den Minimumstandards, zu deren einheitlicher Umsetzung sich alle OECD- und G-20-Staaten verpflichtet haben, zwar nicht erfasst, wie bereits erwähnt wurde. Dennoch fördert sie die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele, trägt dazu bei, dass auch diejenigen Maßnahmen des BEPS-Pakets, die nicht zu den Minimumstandards zählen, einheitlich eingeführt werden, und verringert ferner Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen und Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden. Im Hinblick auf das Steuerrecht gilt dies daher, da durch das im Steuerrecht verfolgte Ziel dieser Untersuchung die staatliche Mobilisierung von Steuermitteln zur Finanzierung der Umsetzung der Ziele zur nachhaltigen Entwicklung gestärkt, die einheitliche Einführung von BEPS Bericht 8 gefördert und mehr Steuergerechtigkeit erreicht wird, die ungerechtfertigte Nachteile für Unternehmen abbaut, die nicht multinational tätig sind, und dadurch unter anderem (u. a.) die Schaffung von mehr steuerbaren Einkünften bei Unternehmen, Unternehmern und Arbeitnehmern gefördert wird. Im Hinblick auf das Handelsrecht gilt dies aus dem Grund, da durch die im Handelsrecht verfolgten Ziele dieser Untersuchung noch mehr Transparenz hinsichtlich eines den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bildes der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des multinationalen Unternehmens gefördert wird, sodass u. a. die Arbeitnehmervertretung in die Lage versetzt wird, Löhne auszuhandeln, die sie hinreichend am Erfolg des Unternehmens partizipieren lassen und die dann wiederum vom Staat besteuert werden. Letzteres stärkt die Möglichkeit der staatlichen Mobilisierung von Steuermitteln zur Finanzierung der Umsetzung der Ziele zur nachhaltigen Entwicklung. Ferner steigt durch mehr Transparenz das Aufdeckungsrisiko von Verrechnungspreismanipulationen und werden Diskriminierung und Wettbewerbsbeschränkungen verringert sowie durch Letztgenanntes Exporteinkünfte gefördert. Dies fördert u. a. ebenfalls die Möglichkeit der staatlichen Mobilisierung von Steuermitteln, um die Umsetzung der Ziele zur nachhaltigen Entwicklung zu finanzieren. Im

Hinblick auf das Gesellschaftsrecht gilt dies deswegen, da durch das im Aktienrecht verfolgte Ziel dieser Untersuchung, die Einkünfte von Minderheitsteilhabenden gefördert werden; und zwar durch die Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen durch mehr Transparenz. Schließlich fördert ebenfalls dies die Möglichkeit der staatlichen Mobilisierung von Steuermitteln, um die Umsetzung der Ziele zur nachhaltigen Entwicklung zu finanzieren, und es verringert Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden. Dies gilt ausschließlich für die Herstellung von mehr Konvergenz, falls möglich, nicht. Diese könnte den multinationalen Unternehmen jedoch Verwaltungsvereinfachungen verschaffen und soll hier daher ebenfalls berücksichtigt werden. Gleichzeitig erfolgt diese Untersuchung selbstverständlich ebenfalls vor dem Hintergrund des übergeordneten Bestrebens der Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen durch mehr Transparenz. Diese Maßnahme müsste nicht durch Rechtsfortbildung umgesetzt werden, wenn sie bereits durch Rechtsauslegung der Regelungen *de lege lata* erreicht werden könnte. Hier werden zudem die Friktionen, die aus der Relativitätsthese resultieren, deutlich.

Im Rahmen der Forschungsfrage sind die zu untersuchenden Fragen von Relevanz. Denn das Ziel der 2030 Agenda, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern, richtet sich nicht nur an Entwicklungsländer, sondern an alle Staaten, also ebenfalls an die Bundesrepublik Deutschland. Zwar sind die hier gekennzeichneten Fragen von der bisherigen Einigung über die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele, wie bereits erwähnt, nicht erfasst. Aber die Bundesrepublik Deutschland sollte eine Vorreiterrolle übernehmen, sowohl um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele stärker zu fördern als auch um die einheitliche Einführung von BEPS Bericht 8 ebenfalls zu befördern. Das Ziel, Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen durch Offenlegung zu verringern, hat sich gerade in der Bundesrepublik Deutschland außerdem noch nicht hinreichend durchgesetzt. Hier sollte die Bundesrepublik Deutschland zu internationalen Vorbildern aufschließen, um in der Wirtschafts- und Außenwirtschaftspolitik ebenfalls der Bindung ihrer drei Staatsgewalten an das Recht gerecht zu werden (vgl. Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes (GG)), indem diese Empfehlung der Arbeitsgruppe bedeutender Personen in deutsches Recht effektiver umgesetzt wird. Schließlich sollte Deutschland hinsichtlich des Ziels, Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden durch Offenlegung zu verringern, dringend dem internationalen Trend folgen und dieses Ziel durch mehr Transparenz wirksamer umsetzen.

Die Forschungsfrage wurde in einem Zeitumfang von drei Jahren untersucht. Der Stand der Forschung ist der 04. Februar 2021. Die Untersuchung wurde aus familiären Mitteln finanziert. Es handelt sich um die erste Forschungsarbeit der Forscherin, die lediglich einen theoretischen Zugang zu der Forschungsfrage hat.

IV. ZIELSETZUNG UND METHODEN

Die zu behandelnden Fragen werden grundsätzlich in dem Umfang einer umfassenden Bearbeitung der Literatur oder einer kritischen Analyse bestehender Auffassungen im Geltungsbereich des Grundgesetzes seit dem Jahre 2015 untersucht. Die Beschränkung erfolgt auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes und nicht auf den Geltungsbereich des Steuer-, Handels- und Aktienrechts. Denn die Untersuchung behandelt die Auslegung und Fortentwicklung deutschen Rechts. Hierfür sind im Wesentlichen lediglich die in Deutschland publizierte Literatur und die in Deutschland bestehenden Auffassungen maßgeblich. Eine Ausnahme bilden die einschlägigen Veröffentlichungen der Vereinten Nationen, der OECD und der Europäischen Union sowie ein Werk aus Österreich. Die Beschränkung auf den Zeitraum ab dem Jahre 2015 erfolgt wegen des Bezugs zu BEPS Bericht 8. Denn BEPS Bericht 8 wurde von der OECD im Jahre 2015 vorgelegt. Eine Ausnahme gilt jedoch insbesondere für die Preisanpassungsklausel (vgl. § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG). Denn die Auslegung und Fortentwicklung dieser Regelung bedarf trotz des Bezugs zu BEPS Bericht 8 einer Ausweitung der Beschränkung auf den Zeitraum ab dem Jahre 2007. Da sie bereits durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 (BGBl 2007 I 1912) eingeführt wurde. Auch weitere Ausweitungen der Beschränkung des Zeitraums erfolgen erforderlichenfalls. Das Prinzip der Offenlegung, wie es die Arbeitsgruppe empfohlen hat, wiederum wurde in den betreffenden Regelungen des Handelsgesetzbuches bisher noch nicht vollständig und dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung entsprechend berücksichtigt, sodass sich hieraus keine abweichende zeitliche Begrenzung ergibt. Eine thematische Begrenzung der Untersuchung ergibt sich für den gesellschaftsrechtlichen Teil, der lediglich das Aktiengesetz berücksichtigen wird. Denn die Aktiengesellschaft als Rechtsform ist „eines der wichtigsten Hilfsmittel bei der privaten Unternehmenskonzentration in Form der Konzerne“, um deren Auswirkungen auf Minderheitsteilhabende im faktischen Konzern es in dieser Untersuchung insbesondere gehen soll.¹³² Es entspricht zudem dem Willen des Gesetzgebers, die

¹³² Wilcke, S. 38.

Rechtsform der Aktiengesellschaft als jene zu gestalten, die der Konzernierung offen ist.¹³³ Sofern es die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) betrifft, ist zu berücksichtigen, dass das GmbH-Konzernrecht nicht kodifiziert ist, sondern durch die Rechtsprechung entwickelt wurde. Daher soll es nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein. Denn in dieser Untersuchung wird ein Regelungsvorschlag unterbreitet, ohne dass es zudem Gegenstand dieser Untersuchung ist, zu untersuchen, ob das GmbH-Konzernrecht kodifiziert werden sollte. Aufgrund der während des letzten dreiviertel Jahres vor Fertigstellung dieser Untersuchung herrschenden Beschränkungen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie konnten folgende beiden Medien nicht in ihrer aktuellsten Fassung berücksichtigt werden:

Kaminski, Bert (1997): Anhang zu § 8 KStG - Fremdvergleich (hypothetischer). In: Gerrit Frotscher und Ernst Maas: Körperschaftsteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz : KStG, UmwStG. 155. Erg.-Lfg. Freiburg im Breisgau: Haufe, S. 92–94. Zitiert: Frotscher/Maas/Herrmann/Drüen, Kaminski, Anhang zu § 8 KStG - Fremdvergleich (hypothetischer) [(Stand)], S. [...]. Aktueller Stand: 157. Erg.-Lfg.

Haun, Jürgen; Kahle, Holger; Goebel, Sören; Reiser, Hagen (1973): Außensteuerrecht. Kommentar zum AStG sowie zu den Entstrickungs- und Verstrickungsvorschriften des EStG, KStG und UmwStG. 42. Erg.-Lfg. Begründet von Winfried Wöhrle, Diether Schelle und Ekkehard Gross. Stuttgart: Schäffer-Poeschel. Zitiert: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, [Bearbeiter], [Fundstelle] [(Stand)], Rn. [...]. Aktuell: 43. Erg.-Lfg.

Im Rahmen dieser Untersuchung werden die rechtswissenschaftlichen Methoden zur Auslegung und Rechtsfortbildung angewandt. An geeigneter Stelle wird zudem dezidiert Anleihe bei der ökonomischen Analyse des Rechts in ihrer positiven Ausrichtung, jedoch nicht in ihrer normativen Ausrichtung, genommen. Hierüber hinaus werden systematisch historische Untersuchungen und Untersuchungen unterschiedlicher Rechtsgebiete, wie des Handels-, Wettbewerbs- und Zivilprozessrechts, durchgeführt, um für den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung Erkenntnisse und Impulse aus der Geschichte und der bestehenden Rechtssetzung zu gewinnen und aktuelle Rechtssetzungsinnovationen im Rahmen dieses Vorschlags aufzunehmen.

¹³³ Vgl. MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 33.

V. INHALTLICHE SCHWERPUNKTSETZUNG

Die inhaltliche Schwerpunktsetzung erfolgt zunächst auf die Anwendung von BEPS Bericht 8 durch eine entsprechende Auslegung und Rechtsfortbildung von § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG.

Entsprechendes wird im Anschluss hieran untersucht für Regelungen des Handelsgesetzbuchs, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, um sofern möglich Konvergenz herzustellen.

Sodann erfolgt eine inhaltliche Schwerpunktsetzung auf der Diskussion der den Konsolidierungsregelungen zugrunde liegenden Theorie. Diese Diskussion bereitet die Grundlage für die Beantwortung der Frage, wie die Auffassung der Arbeitsgruppe bedeutender Personen hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise berücksichtigt werden kann, indem das Prinzip der Offenlegung für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs fruchtbar gemacht wird. Problematisch ist hierbei die Entscheidung des Gesetzgebers für die Einheitstheorie. Aufgrund dieser Entscheidung kann die Umsetzung realistischerweise nicht im Rahmen der Bilanz erfolgen und muss daher eine Lösung im Rahmen des Anhangs gesucht werden. Gleichzeitig wird mit der Gegenüberstellung des Trennungsprinzips im Außensteuerrecht und der Einheitstheorie im Handelsrecht exemplarisch die Relativitätsthese im deutschen Recht und eine aus ihr resultierende Friktion des deutschen Rechts verdeutlicht.

Ein weiterer Schwerpunkt wird ferner auf die Unterbreitung und Begründung des Vorschlags im Rahmen dieser Untersuchung gelegt. Dieser Vorschlag findet sich im Schlussteil dieser Untersuchung.

Schließlich erfolgt eine inhaltliche Schwerpunktsetzung auf die Untersuchung der Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen Nahestehenden insbesondere zum Schutz von Minderheitsteilhabenden offenzulegen sind. Sowie auf den Vergleich dieser Offenlegungspflichten mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung.

Grundsätzlich werden im Rahmen dieser Untersuchung lediglich jene Meinungsstreitigkeiten erörtert, deren Entscheidung im Rahmen der soeben dargestellten Schwerpunktsetzung unerlässlich ist, um die Forschungsfrage zu bearbeiten.

Hierzu zählt im Steuerrecht insbesondere der Meinungsstreit darüber, dass zu kritisieren sei, dass Standortvorteile und der Absatzmarkt nicht zu den immateriellen Werten zählen.¹³⁴ Dass nach BEPS Bericht 8 der Geschäfts- oder Firmenwert ein immaterieller Wert sei.¹³⁵ Ebenso zählt hierzu die Kritik an dem Ansatz der OECD hinsichtlich der schwer zu bewertenden immateriellen Werte.¹³⁶ Sowie schließlich die Auffassung, dass sich Probleme daraus ergeben könnten, dass Tz. 6.157 der OECD Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen 2017 (OECD Verrechnungspreisleitlinien) anders als § 1 Absatz 3 Satz 7 AStG die Annahme des Mittelwerts in der Bandbreite für den Fall nicht vorsehe, dass ein anderer Wert nicht glaubhaft gemacht werde.¹³⁷ Unberücksichtigt bleiben hingegen im Steuerrecht insbesondere die Regelungen über die Betriebsstättenbesteuerung in § 1 Absatz 4 Satz 1 Nr. 2 und Absatz 5 AStG und die Funktionsverlagerung in § 1 Absatz 3 Sätze 9 und 10 AStG, Kostenumlageverträge, obwohl diese von BEPS Bericht 8 umfasst sind, Finanzierungsbeziehungen, die Sperrwirkung von Artikel 9 der OECD Model Tax Convention on Income and on Capital beziehungsweise (bzw.) des OECD-Musterabkommens (OECD-MA) und eine Abkommensüberschreitung in diesem Kontext.¹³⁸ Ferner bleiben unberücksichtigt Fragen hinsichtlich der Dokumentationspflichten.¹³⁹ Sowie weitere Meinungsstreitigkeiten, die keinen unmittelbaren Bezug zu BEPS Bericht 8 haben.

Im Rahmen der handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften werden des Weiteren die verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht sowie die Vorschriften über die anteilmäßige Konsolidierung und die assoziierten Unternehmen gemäß §§ 310, 311 f. des Handelsgesetzbuchs (HGB) nicht berücksichtigt.

Im Handels- und Gesellschaftsrecht bleiben Personengesellschaften und Fragen im Zusammenhang mit Gebietskörperschaften und im Gesellschaftsrecht schließlich darüber

¹³⁴ Kroppen in: FS Endres, S. 201 f..

¹³⁵ Kroppen in: FS Endres, S. 200 f.; so auch Wilmanns in: FS Endres, S. 432.

¹³⁶ Kroppen in: FS Endres, S. 206 f..

¹³⁷ Menninger in: FS Endres, S. 251.

¹³⁸ Vgl. hierzu u. a. Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 20 ff..

¹³⁹ Vgl. z. B. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480.

hinaus Regelungen anderer Kapitalgesellschaften als der Aktiengesellschaft, insbesondere der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Societas Europaea (SE) und der GmbH unberücksichtigt.¹⁴⁰ Ferner bleibt § 115 Absatz 4 Satz 2 Wertpapierhandelsgesetz unberücksichtigt. Denn Zielrichtung der Halbjahresfinanzberichterstattung ist eine höhere Aktualität und schnellere Analysemöglichkeit durch Kompaktheit im Vergleich zum handelsrechtlichen Jahresabschluss.¹⁴¹ Diese Untersuchung bietet hingegen eine grundsätzliche Lösung für das Außensteuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht, um Gewinnkorrekturen im Außensteuerrecht und Schadenersatzansprüche im Übrigen durch höhere Transparenz effektiver durchsetzen zu können. Die mit der Halbjahresfinanzberichterstattung verfolgte Zielrichtung spielt hierfür keine Rolle.

Nicht behandelt wird das Insolvenzrecht. Denn im Gegensatz zum aktienrechtlichen Minderheitsschutz, bei dem Verrechnungspreismanipulationen ebenso wie im Außensteuerrecht die Zahlungsbemessungsfunktion des Abschlusses beeinträchtigen, gilt dies für die entsprechenden Regelungen des Insolvenzrechts nicht. Anders zudem als das Wettbewerbsrecht war das Insolvenzrecht nicht Gegenstand der in dieser Untersuchung umzusetzenden Empfehlung der Arbeitsgruppe bedeutender Personen.

Sofern es den aktienrechtlichen Minderheitsschutz betrifft, soll zudem klargestellt werden, dass zu der Gesellschaftsrechtsrichtlinie (2017/1132/EU), die lediglich alte Regelungen neu verkündet, in der deutschen Literatur seit dem Jahre 2015 keine für diese Untersuchung relevante Diskussion erfolgte. Denn die Umsetzung dieser Richtlinie wurde vom deutschen Gesetzgeber nicht für erforderlich gehalten. Von Relevanz könnten hierbei die Regelungen über Kapitalerhaltung und -änderung im Kapitel IV der Gesellschaftsrechtsrichtlinie sein, die der Richtlinie 2012/30/EU entnommen und lediglich angepasst wurden. Jedoch sah der deutsche Gesetzgeber bereits hinsichtlich dieser Richtlinie keinen Umsetzungsbedarf und verwies auf die Umsetzung der entsprechenden Regelungen im Rahmen der Umsetzung der Kapitalschutzrichtlinie (77/91/EWG). Diese wurde indes bereits im Jahre 1977 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Ein wissenschaftlicher Mehrwert der reinen Wiederholung einer Diskussion zu bereits vor langer Zeit eingeführten Regelungen ist nicht ersichtlich und erfolgt daher in dieser Untersuchung nicht. Ferner bezweckt § 57 AktG den

¹⁴⁰ Zur Kommanditgesellschaft auf Aktien und zur SE vgl. nur Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 59; zu den Gebietskörperschaften: vgl. Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 38.

¹⁴¹ Kapitalmarktrechts-Kommentar, Heidelbach/Doleczig, § 115 WpHG, Rn. 18.

Gläubiger- und nicht den Minderheitsschutz. Bei §§ 52, 53a, 57 AktG sowie den mitgliedschaftlichen Treuepflichten handelt es sich zudem im Gegensatz zum Untersuchungsgegenstand dieser Untersuchung im gesellschaftsrechtlichen Teil nicht um Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen nahestehenden Unternehmen offenzulegen sind. Die Transparenz, die über die Geschäfte mit Nahestehenden zum Schutz vor verdeckter Gewinnausschüttung im Aktienrecht hergestellt werden soll, wird im Übrigen über §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB sowie IAS 24 im geltenden Recht erreicht, die im Rahmen dieser Untersuchung jedoch behandelt werden. Schließlich werden zudem die neuen §§ 111a bis 111c AktG ebenfalls behandelt.

In allen Rechtsgebieten bleiben Fragen des Verfassungs- und Europarechts unberücksichtigt. Eine Einschränkung hinsichtlich des Verfassungsrechts gilt lediglich für die Begründung des Regelungsvorschlags im Rahmen dieser Untersuchung.

VI. GANG DER UNTERSUCHUNG

Jedes Kapitel wird ein Rechtsgebiet behandeln. Zunächst wird im ersten Kapitel, das sich mit dem Steuerrecht befasst, BEPS Bericht 8 herangezogen für eine entsprechende Auslegung und Rechtsfortbildung von § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG. Nach Abschluss dieser Untersuchung wurde § 1 AStG geändert und §§ 1, 1a AStG n. F. traten in Kraft. Hierauf wird am Ende des ersten Kapitels eingegangen, jedoch lediglich kurz.

Im zweiten Kapitel, das sich mit dem Handelsrecht befasst, wird anschließend BEPS Bericht 8, falls möglich, herangezogen für die Auslegung von Regelungen des Handelsgesetzbuchs, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, um mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen. Berücksichtigt werden hierbei Einzel- und Konzernabschlüsse sowie die internationale Rechnungslegung. Hiermit ist die Heranziehung von BEPS Bericht 8 abgeschlossen. Die Untersuchung wendet sich sodann, weiterhin im zweiten Kapitel, der grundsätzlichen Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen zu. Hierzu werden zunächst für die Einzelabschlüsse, den Konzernabschluss und die internationale Rechnungslegung die Regelungen über den Anhang

untersucht, um festzustellen, ob die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung bereits vollständig verwirklicht wurde. Da dies nicht der Fall ist, wird im Rahmen dieser Untersuchung ein Vorschlag unterbreitet. Dieser berücksichtigt die Auffassung der Arbeitsgruppe, die zur Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf die Entwicklung und die internationalen Beziehungen ernannt wurde, hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise. Hierzu wird das Prinzip der Offenlegung angewandt für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs *de lege ferenda*. Daher erfolgt im Anschluss an die Untersuchung der Anhangangaben die Diskussion der den Konsolidierungsregelungen zugrunde liegenden Theorie. Denn diese Diskussion bereitet die Grundlage für die Beantwortung der Frage, wie die Auffassung der Arbeitsgruppe berücksichtigt werden kann, indem das Prinzip der Offenlegung angewandt wird für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs. Diese Diskussion hat zum Ergebnis, dass dies realistischere durch eine Fortentwicklung des Rechts *de lege ferenda* im Anhang zu erfolgen hat. Hiermit steht ebenfalls fest, dass BEPS Bericht 8 für eine Lösung nicht mehr herangezogen wird. Denn die Alternative, die dies erfordert hätte, ist nicht realistisch. Exemplarisch wird im Rahmen dieser Untersuchung anhand des Steuer- und Handelsrechts ebenfalls verdeutlicht, dass das deutsche Recht aufgrund der Relativitätsthese fragmentiert ist. Dieses lässt sich beobachten, obwohl eine vereinheitlichende Lösung möglich ist. Diese hat den Vorteil der Übersichtlichkeit. Im Anschluss werden aktuelle Vorschläge untersucht und wird der eigene Vorschlag unterbreitet. Der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung umfasst Regelungen in den Vorschriften über den Anhang für Unternehmen ab einer bestimmten Größenklasse. Er bündelt, anders als bisher, die Lösungen an einem zentralen Ort; und zwar im Handelsgesetzbuch. Dieser Vorschlag wird zunächst begründet, sofern es das Steuerrecht und das Wettbewerbsrecht betrifft. Dem Interesse der Offenlegungspflichtigen am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wird durch eine Geheimnisschutzregelung Rechnung getragen.

Im dritten Kapitel schließlich, das sich mit dem Gesellschaftsrecht befasst, werden zunächst die Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes untersucht, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen Nahestehenden insbesondere zum Schutz von Minderheitsteilhabenden offenzulegen sind. Diese werden erst in diesem Kapitel anschließend

mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung verglichen. Der Vergleich erfolgt im Rahmen der Begründung des Vorschlags zum Aktienrecht.

B. Geschäfte mit Nahestehenden: Eine grundsätzliche Lösung für das Außensteuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht - Unter besonderer Berücksichtigung von BEPS Bericht 8 und des Wettbewerbsrechts

I. STEUERRECHT

Um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und dazu beizutragen, dass BEPS Bericht 8 ebenfalls einheitlich eingeführt wird, wird in diesem Kapitel das Ziel verfolgt, die gegenwärtig erzielten Fortschritte auf internationaler Ebene, also im Rahmen der OECD, aufzugreifen, sofern es die Besteuerung von Gewinnen multinationaler Unternehmen aus Verrechnungspreisen für immaterielle Werte betrifft, und einen Vorschlag für ihre konkrete Umsetzung in Deutschland zu unterbreiten, indem die Ergebnisse zu BEPS Bericht 8 für die Auslegung und Rechtsfortbildung von § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG angewandt werden. Die Ebene, auf der dies geschieht, ist dem Trennungsprinzip entsprechend die Kapitalgesellschaft als Steuersubjekt. Die Kapitalgesellschaft ist zudem steuererklärungspflichtig gem. § 31 Absatz 1 Satz 1 Körperschaftsteuergesetz in Verbindung mit § 25 Absatz 3 Satz 1 Einkommensteuergesetz analog. Dieser Pflicht hat sie gemäß § 34 Absatz 1 Satz 1 Abgabenordnung durch ihre gesetzlichen Vertreter zu entsprechen. Will sie keine Einkünftekorrekturen in Kauf nehmen, hat sie hierbei § 1 AStG zu berücksichtigen. Nach Abschluss dieser Untersuchung wurde § 1 AStG geändert und §§ 1, 1a AStG n. F. traten in Kraft. Hierauf wird am Ende dieses Kapitels, jedoch lediglich kurz, eingegangen.

1. § 1 AStG

§ 1 AStG ist systematisch im ersten Teil des Außensteuergesetzes unter der gesetzlichen Überschrift „Internationale Verflechtungen“ geregelt. Absatz 1 Satz 1 verfolgt den Zweck, den Gewinn für steuerliche Zwecke unter Zugrundelegung derjenigen Bedingungen zu berichtigen, die unabhängige Dritte vereinbart hätten.¹⁴² Denn für multinationale

¹⁴² BT-Drs. 6/2883, S. 23.

Unternehmen besteht wegen ihrer internationalen Verflechtungen der Anreiz, Gewinne dann im Ausland entstehen zu lassen, wenn dies für sie günstiger ist.¹⁴³ Insbesondere geschieht dies, indem sie für Lieferungen ins Ausland ein zu geringes Entgelt und für Lieferungen aus dem Ausland ein zu hohes Entgelt fordern.¹⁴⁴ Dies ist ihnen möglich, da sie es in der Hand haben, für die Geschäftsvorfälle zwischen den ihnen nahestehenden Personen solche Bedingungen vereinbaren zu lassen, die unabhängige Dritte nicht vereinbart hätten.¹⁴⁵ Gewinnmindernde Absprachen dieser Art können jedoch steuerlich nicht anerkannt werden.¹⁴⁶ Im Folgenden wird insbesondere auf diese Regelung im Einzelnen eingegangen.

1.1. Steuerpflichtige Person

§ 1 Absatz 1 Satz 1 AStG setzt zunächst eine steuerpflichtige Person voraus. Steuerpflichtige Personen im Sinne dieser Regelung sind alle Personen, nicht nur natürliche Personen, die im Inland steuerpflichtig sind.¹⁴⁷ Hierzu zählen nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Halbsatz (HS) 1 AStG ebenfalls eine Personengesellschaft und eine Mitunternehmerschaft.

1.2. Geschäftsbeziehung

§ 1 Absatz 1 Satz 1 AStG setzt ferner voraus, dass es sich um Einkünfte der steuerpflichtigen Person aus einer Geschäftsbeziehung handelt. Der Begriff der Geschäftsbeziehungen im Sinne des § 1 AStG ist gesetzlich in § 1 Absatz 4 Satz 1 AStG definiert.¹⁴⁸ Ferner enthält § 1 Absatz 4 Satz 2 AStG eine Regelung zu Geschäftsbeziehungen. Geschäftsbeziehungen nach § 1 Absatz 4 Satz 1 Nr. 2 AStG werden im Folgenden nicht berücksichtigt.

1.2.1. Der Begriff der Geschäftsbeziehungen

Der Begriff der Geschäftsbeziehungen nach § 1 Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 AStG setzt einzelne oder mehrere zusammenhängende wirtschaftliche Vorgänge (Geschäftsvorfälle) zwischen einer steuerpflichtigen Person und einer ihr nahestehenden Person voraus, die zusätzlich noch

¹⁴³ BT-Drs. 6/2883, S. 23.

¹⁴⁴ BT-Drs. 6/2883, S. 23.

¹⁴⁵ BT-Drs. 6/2883, S. 23.

¹⁴⁶ BT-Drs. 6/2883, S. 23.

¹⁴⁷ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 49.

¹⁴⁸ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 55; ähnlich: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Cortez, Vorbemerkungen zu § 1 AStG (35. Erg.-Lfg), Rn. 14.

zwei weitere Voraussetzungen erfüllen müssen. Diese beiden weiteren Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, wie sich aus der Verwendung des Begriffs „und“ in § 1 Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a) AStG ergibt, werden weiter unten erörtert.

Geschäftsbeziehungen erfordern demnach zunächst Geschäftsvorfälle. Geschäftsvorfälle sind in § 1 Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 AStG legal definiert als einzelne oder mehrere zusammenhängende wirtschaftliche Vorgänge. Der Begriff der wirtschaftlichen Vorgänge umfasst insbesondere alle rechtlichen Beziehungen, wie schuldrechtliche Beziehungen.¹⁴⁹

Diese Geschäftsvorfälle müssen, um Geschäftsbeziehungen im hier interessierenden Sinne zu sein, ferner zwischen einer steuerpflichtigen Person und einer ihr nahestehenden Person erfolgen.

Weitere Voraussetzung von Geschäftsbeziehungen ist hier, dass es sich um Geschäftsvorfälle handelt, die Teil einer Tätigkeit der steuerpflichtigen Person oder der nahestehenden Person sind, auf die die §§ 13, 15, 18 oder 21 Einkommensteuergesetz (EStG) anzuwenden sind oder anzuwenden wären, wenn sich der Geschäftsvorfall im Inland unter Beteiligung einer unbeschränkt steuerpflichtigen Person und einer inländischen nahestehenden Person ereignet hätte (vgl. § 1 Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a) AStG). Mithin muss es sich um Geschäftsvorfälle handeln, die Teil einer Tätigkeit sind, auf die die §§ 13, 15, 18 oder 21 EStG anzuwenden sind. Derlei Geschäftsvorfälle liegen vor, wenn durch sie Einkünfte im Sinne dieser Vorschriften entstehen.¹⁵⁰

Wie sich aus der Verwendung des Begriffs „oder“ in § 1 Absatz 4 Satz 1 Buchstabe a) AStG ergibt, muss es sich alternativ um Geschäftsvorfälle handeln, die Teil einer Tätigkeit sind, auf die die §§ 13, 15, 18 oder 21 EStG anzuwenden wären, wenn sich der Geschäftsvorfall im Inland unter Beteiligung einer unbeschränkt steuerpflichtigen Person und einer inländischen nahestehenden Person ereignet hätte. Dies ist möglich, wenn durch einen Geschäftsvorfall Einkünfte im Sinne dieser Vorschriften entstehen würden, falls sich der Geschäftsvorfall im Inland ereignen würde und wenn die Beteiligten sog. Steuerinländerinnen oder Steuerinländer

¹⁴⁹ Fuhrmann/Mössner, Wilmanns, § 1 AStG, Rn. 513.

¹⁵⁰ BT-Drs. 18/3017, S. 53.

wären.¹⁵¹ Steuerinländerinnen oder Steuerinländer sind die Beteiligten, wenn sie unbeschränkt steuerpflichtig sind.¹⁵² Hierdurch sollen alle grenzüberschreitenden Einkünfteverlagerungen verhindert werden, die, für den Fall, dass die Beteiligten Steuerinländerinnen oder Steuerinländer wären, den Bereich der §§ 13, 15, 18 oder 21 EStG betreffen würden.¹⁵³

Es kann sich bei der Tätigkeit entweder um eine Tätigkeit der steuerpflichtigen Person oder eine Tätigkeit der nahestehenden Person handeln.¹⁵⁴ Maßgeblich ist, dass durch den Geschäftsvorfall, der Teil dieser Tätigkeit ist, entweder bei der steuerpflichtigen Person oder bei der nahestehenden Person Einkünften im Sinne der §§ 13, 15, 18 oder 21 EStG entstanden sind oder entstanden wären.¹⁵⁵

Schließlich ist Voraussetzung von Geschäftsbeziehungen im interessierenden Sinne, dass es sich um Geschäftsvorfälle handelt, denen keine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zugrunde liegt; eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung ist eine Vereinbarung, die unmittelbar zu einer rechtlichen Änderung der Gesellschafterstellung führt (vgl. § 1 Absatz 4 Satz 1 Buchstabe b) AStG). Eine Vereinbarung tut dies z. B. dann, wenn sie die Beteiligungshöhe oder Beteiligungsrechte der Gesellschafterin oder des Gesellschafters ändert.¹⁵⁶ Irrelevant ist, ob die Geschäftsbeziehung betrieblich oder gesellschaftsrechtlich veranlasst ist.¹⁵⁷

1.2.2. Keine schuldrechtliche Vereinbarung

Für den Fall, dass einem Geschäftsvorfall keine oder keine nachweisbare schuldrechtliche Vereinbarung zugrunde liegt, wird gesetzlich vermutet, dass es dem Fremdvergleichsgrundsatz entspräche, eine schuldrechtliche Vereinbarung zu treffen oder eine bestehende Rechtsposition geltend zu machen, die der Besteuerung zugrunde zu legen

¹⁵¹ BT-Drs. 18/3017, S. 53.

¹⁵² BT-Drs. 18/3017, S. 53.

¹⁵³ BT-Drs. 18/3017, S. 53.

¹⁵⁴ Ähnlich: Fuhrmann/Mössner, Wilmanns, § 1 AStG, Rn. 518.

¹⁵⁵ BT-Drs. 18/3017, S. 53.

¹⁵⁶ BT-Drs. 18/3017, S. 53.

¹⁵⁷ BT-Drs. 15/119, S. 53.

ist.¹⁵⁸ Diese gesetzliche Vermutung kann von der steuerpflichtigen Person widerlegt werden, falls sie im Einzelfall etwas anderes glaubhaft macht.¹⁵⁹

1.3. Auslandsbezug

Des Weiteren muss es sich um Einkünfte der steuerpflichtigen Person aus einer Geschäftsbeziehung zum Ausland handeln. Für eine Geschäftsbeziehung zum Ausland im Sinne von (i. S. v.) § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG ist es erforderlich, dass eine grenzüberschreitende Geschäftsbeziehung vorliegt.¹⁶⁰ Ausland ist derjenige Bereich, in dem der deutsche Fiskus in Bezug auf die nahestehende Person nicht den primären Besteuerungszugriff hat.¹⁶¹ Dies ist der Bereich, der nicht unter den Begriff des Inlands gemäß § 1 EStG oder § 1 Körperschaftsteuergesetz (KStG) fällt.¹⁶²

1.4. Nahestehende Person

Außerdem muss es sich um Einkünfte der steuerpflichtigen Person aus einer Geschäftsbeziehung mit einer ihr nahestehenden Person handeln. Die Fälle, in denen eine Person nahestehend ist, sind in § 1 Absatz 2 AStG abschließend aufgezählt und legal definiert.¹⁶³ § 1 Absatz 2 AStG sieht hierbei das Nahestehen in Fällen typischer Interessenverzahnungen vor, in denen es besonders naheliegt, dass die Gefahr von Gewinnverlagerung besteht.¹⁶⁴ „Person“ ist, wer durch die fremdunüblichen Bedingungen begünstigt wird.¹⁶⁵ Gleichgültig ist, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person, eine Personengesellschaft oder Mitunternehmerschaft handelt.¹⁶⁶ Im Hinblick auf die zuletzt genannten beiden Personen ergibt sich dies aus § 1 Absatz 1 Satz 2 HS 2 AStG. Auch die Person muss zumindest potenziell steuerpflichtig sein.¹⁶⁷ Bei dem Nahestehen handelt es sich

¹⁵⁸ So auch: Fuhrmann/Mössner, Wilmanns, § 1 AStG, Rnrn. 512 und 528.

¹⁵⁹ So auch: Fuhrmann/Mössner, Wilmanns, § 1 AStG, Rnrn. 512.

¹⁶⁰ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 56.

¹⁶¹ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 56.

¹⁶² Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Absatz 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 121.

¹⁶³ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rnrn. 60 und 94; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Cortez, Vorbemerkungen zu § 1 AStG (35. Erg.-Lfg.), Rn. 8.

¹⁶⁴ BT-Drs. 6/2883, S. 23.

¹⁶⁵ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 97.

¹⁶⁶ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rnrn. 60 und 98.

¹⁶⁷ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 98.

um eine Beziehung zwischen der steuerpflichtigen Person und dieser Person.¹⁶⁸ Die in § 1 Absatz 2 Nrn. 1 bis 3 AStG aufgeführten Fälle des Nahestehens können alternativ vorliegen. Dies ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs „oder“ am Ende von § 1 Absatz 2 Nrn. 1 und 2 AStG.

1.4.1. Wesentliche Beteiligungen und Beherrschungsverhältnisse

Nach § 1 Absatz 2 Nr. 1 AStG ist der steuerpflichtigen Person eine Person nahestehend, wenn die Person an der steuerpflichtigen Person mindestens zu einem Viertel unmittelbar oder mittelbar beteiligt (wesentlich beteiligt) ist oder auf die steuerpflichtige Person unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt die steuerpflichtige Person an der Person wesentlich beteiligt ist oder auf diese Person unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Nr. 1 betrifft den Fall des Nahestehens wegen wesentlicher Beteiligung oder eines Beherrschungsverhältnisses.¹⁶⁹ Diese Regelung enthält die gesetzliche Definition des Begriffs der wesentlichen Beteiligung.¹⁷⁰ Eine solche liegt hiernach bei einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung von mindestens einem Viertel vor.

1.4.2. Wesentliche Beteiligung und Beherrschungsverhältnis einer dritten Person

Nach § 1 Absatz 2 Nr. 2 AStG ist der steuerpflichtigen Person eine Person nahestehend, wenn eine dritte Person sowohl an der Person als auch an der steuerpflichtigen Person wesentlich beteiligt ist oder auf beide unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.¹⁷¹ Hier gilt das soeben zu § 1 Absatz 2 Nr. 1 AStG Dargestellte entsprechend.

1.4.3. Außerhalb der Geschäftsbeziehung begründeter Einfluss oder eigenes Interesse

Nach § 1 Absatz 2 Nr. 3 AStG ist der steuerpflichtigen Person eine Person nahestehend, wenn die Person oder die steuerpflichtige Person imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf die steuerpflichtige Person oder die Person einen

¹⁶⁸ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 97.

¹⁶⁹ BT-Drs. 6/2883, S. 23.

¹⁷⁰ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 105.

¹⁷¹ BT-Drs. 6/2883, S. 23.

außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat. Nach Nr. 3 Alt. 1 ist eine Einkünftekorrektur in Fällen möglich, in denen ein Beteiligter einem außerhalb des Geschäfts begründeten Einfluss bei dessen Gestaltung unterliegt.¹⁷² Nr. 3 Alt. 2 sieht diese Möglichkeit in Fällen vor, in denen ein Beteiligter an der Einkünfteerzielung seitens des Anderen ein eigenes Interesse hat.¹⁷³ Dieses Eigeninteresse muss sich konkret auf diejenigen Einkünfte beziehen, die zur Berichtigung anstehen.¹⁷⁴ Dies wird durch die Verwendung der Begriffe „der Einkünfte“ statt „von Einkünften“ in § 1 Absatz 2 Nr. 3 Alt. 2 AStG klargestellt.

1.5. Fremdvergleichsgrundsatz

Die steuerpflichtige Person muss gegen den Fremdvergleichsgrundsatz verstoßen haben. Sie verstößt gemäß § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG hiergegen, wenn sie ihrer Einkünfteermittlung andere Bedingungen, insbesondere Preise (Verrechnungspreise), zugrunde legt, als sie voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten. Nach § 1 Absatz 1 Satz 3 AStG ist für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes ferner davon auszugehen, dass die voneinander unabhängigen Dritten alle wesentlichen Umstände der Geschäftsbeziehung kennen (Transparenzgebot) und nach den Grundsätzen einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleitung handeln. Ausführungen hierzu erfolgen aufgrund der größeren Relevanz erst beim hypothetischen Fremdvergleich.

In § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG werden, wie aus dem Wortlaut deutlich wird, die Begriffe „Verrechnungspreise“ und „Fremdvergleichsgrundsatz“ inhaltlich mit internationalen Grundsätzen übereinstimmend legal definiert.¹⁷⁵ Verrechnungspreise sind hiernach legal definiert als diejenigen Bedingungen, die die steuerpflichtige Person ihrer Einkünfteermittlung zugrundelegen hat, da voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen diese vereinbart hätten.¹⁷⁶ Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit § 1 Absatz 3 Satz 1 und Satz 5 AStG. Der Fremdvergleichsgrundsatz ist legal

¹⁷² BT-Drs. 6/2883, S. 23 f..

¹⁷³ BT-Drs. 6/2883, S. 23 f..

¹⁷⁴ Zu BT-Drs. 6/3537, S. 3.

¹⁷⁵ BT-Drs. 16/4841, S. 85; hinsichtlich des Begriffs der Verrechnungspreise: vgl. auch Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 63.

¹⁷⁶ Anderer Ansicht (A. A.) Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 64.

definiert als die Zugrundelegung im Rahmen der Einkünfteermittlung seitens der steuerpflichtigen Person von Bedingungen, insbesondere Preisen (Verrechnungspreisen), die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten. Nicht nur die Definition, sondern auch der Wortlaut des § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG entspricht, sofern es den Fremdvergleichsgrundsatz betrifft, Artikel 9 Absatz 1 OECD-MA weitgehend.¹⁷⁷ Seinen Ursprung findet der Fremdvergleichsgrundsatz im allgemeinen Veranlassungsprinzip des deutschen Ertragsteuerrechts; er ist ein Unterfall dieses Prinzips.¹⁷⁸

Der Fremdvergleichsgrundsatz setzt zunächst voraus, dass es sich um Bedingungen handelt, die die steuerpflichtige Person ihrer Einkünfteermittlung zugrunde legen muss. Bei diesen Bedingungen, insbesondere Preisen (Verrechnungspreisen), muss es sich um solche handeln, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten. Der Fremdvergleichsgrundsatz ist also der Maßstab, anhand dessen bemessen wird, ob eine von der steuerpflichtigen Person zugrundegelegte Bedingung angemessen ist.¹⁷⁹ Zu berücksichtigen ist, dass eine Gewinnkorrektur nicht lediglich dann erfolgt, wenn sich Bedingungen auf den Preis auswirken, sondern, wenn eine Bedingung selbst nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht.¹⁸⁰

Der Fremdvergleichsgrundsatz setzt nach dem Obigen einen Vergleich der von der steuerpflichtigen Person angesetzten Bedingung mit dem Verrechnungspreis voraus.¹⁸¹ Der Verrechnungspreis muss hierbei zwei Kriterien erfüllen: Erstens muss es sich um eine Bedingung handeln, die von unabhängigen Dritten vereinbart worden ist oder wäre.¹⁸² Der Verrechnungspreis muss also dem Fremdvergleichswert, nach Anwendung der Verrechnungspreismethode auf ihn, oder dem Ergebnis des hypothetischen Fremdvergleichs entsprechen. Dritte sind hierbei dann Unabhängige, wenn zwischen den Parteien ein Interessengegensatz besteht und eine Einflussnahme, die über den Einfluss hinausgeht, der aufgrund der Geschäftsbeziehung möglich ist, einer Partei auf die Entscheidung der anderen Partei ausgeschlossen ist; insbesondere fallen hierunter Personen, die nicht nahe stehend i. S.

¹⁷⁷ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Cortez, Vorbemerkungen zu § 1 AStG (35. Erg.-Lfg.), Rn. 21.

¹⁷⁸ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 73; vgl. auch: Heinsen/Adrian, WPg 2019, 854, 856; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 89.

¹⁷⁹ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 66.

¹⁸⁰ Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 24 mit Verweis auf BFH, Urteil v. 27.02.2019–I R 73/16, DStR 2019, 1034.

¹⁸¹ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 66.

¹⁸² Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 76.

v. § 1 Absatz 2 AStG sind.¹⁸³ Zweitens muss die Vereinbarung, die Grundlage der Bedingung ist, zwischen den unabhängigen Dritten unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen wie zwischen den nahe stehenden Personen zustande gekommen sein.¹⁸⁴ Die Vergleichbarkeit der Verhältnisse muss insofern vorliegen, dass ihretwegen erwartet werden kann, dass sich die Bedingung, insbesondere der Preis, auch zwischen den nahe stehenden Personen ergeben haben müsste.¹⁸⁵ Ob Vereinbarungen unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen zustande gekommen sind, hängt davon ab, ob sie sich nach Art, Merkmal, Umfang sowie den maßgeblichen Markt- und Branchenverhältnissen entsprechen.¹⁸⁶ Um die Vergleichbarkeit feststellen zu können, ist die Identifizierung der Geschäftsbedingungen und eine Vergleichbarkeitsanalyse erforderlich.¹⁸⁷ Ferner ist die Ermittlung der Vergleichbarkeit abhängig von der jeweiligen Verrechnungspreismethode.¹⁸⁸

Für die Bestimmung von Verrechnungspreisen enthält § 1 Absatz 3 AStG einige Regelungen, die den Fremdvergleichsgrundsatz des § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG konkretisieren.¹⁸⁹ Hierbei sind die relevanten Geschäftsbeziehungen im Sinne des § 1 Absatzes 1 Satz 1 AStG nicht nur jene Geschäftsvorfälle, die das multinationale Unternehmen identifiziert hat, sondern alle tatsächlich stattgefundenen Geschäftsvorfälle.¹⁹⁰ Das Gesetz sieht in § 1 Absatz 3 Sätze 1 bis 8 AStG für die Bestimmung von Verrechnungspreisen für diese Geschäftsvorfälle ein dreistufiges Stufenverhältnis vor.¹⁹¹ Dieses Stufenverhältnis besteht aus zwei Stufen, auf denen ein tatsächlicher Fremdvergleich erfolgt, und einer Stufe, auf der ein hypothetischer Fremdvergleich erfolgt. Auf der ersten Stufe erfolgt die Bestimmung des Verrechnungspreises, wenn uneingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte ermittelt werden können. Auf der zweiten Stufe erfolgt sie, wenn eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte ermittelt werden können. Auf der dritten Stufe erfolgt diese Bestimmung schließlich, wenn keine vergleichbaren Fremdvergleichswerte festgestellt werden können. Auf dieser Stufe hat die steuerpflichtige Person für ihre Einkünfteermittlung einen hypothetischen Fremdvergleich durchzuführen. Außerdem ist der Verrechnungspreis zu

¹⁸³ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 77.

¹⁸⁴ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 76.

¹⁸⁵ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 78.

¹⁸⁶ Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 66.

¹⁸⁷ Ähnlich: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 78.

¹⁸⁸ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 78.

¹⁸⁹ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Wassermeyer, § 1 AStG, Rn. 38.

¹⁹⁰ Vgl. Tz. 6.73 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹⁹¹ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 150; Hagemann/Kahlenberg, PISStB 2015, 46, 49; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 5.

bestimmen. Die Bestimmung des Verrechnungspreises erfolgt in der Prüfungsreihenfolge, die das oben erwähnte Stufenverhältnis vorgibt.¹⁹²

1.5.1. Uneingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte

Der Verrechnungspreis ist auf der ersten Stufe zu bestimmen, wenn die Voraussetzungen des § 1 Absatz 3 Satz 1 AStG vorliegen. Auf allen drei Stufen geht es darum, für eine Geschäftsbeziehung im Sinne des § 1 Absatzes 1 Satz 1 AStG den Verrechnungspreis zu bestimmen. Dieser ist auf der ersten Stufe vorrangig nach der Preisvergleichsmethode, der Wiederverkaufspreismethode oder der Kostenaufschlagsmethode zu bestimmen.¹⁹³ Hiermit stellt diese Regelung, entsprechend dem internationalen Konsens, den Vorrang der Standardmethoden fest.¹⁹⁴ Zudem müssen die weiteren Voraussetzungen des Absatzes 3 Satz 1 gegeben sein. Hierzu bedarf es Fremdvergleichswerte, die im Hinblick auf die ausgeübten Funktionen, die eingesetzten Wirtschaftsgüter und die übernommenen Chancen und Risiken (Funktionsanalyse) uneingeschränkt vergleichbar sind, auch wenn dies gegebenenfalls (ggf.) erst nach Vornahme sachgerechter Anpassungen der Fall ist. Ferner müssen die Fremdvergleichswerte für die Standardmethoden uneingeschränkt vergleichbar sein. Die uneingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte müssen schließlich ermittelt werden können. Mehrere solcher Werte bilden eine Bandbreite.

a. Zu ermittelnde uneingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte

Voraussetzung der ersten Stufe ist zunächst, dass Fremdvergleichswerte ermittelt werden können, die im Hinblick auf die ausgeübten Funktionen, die eingesetzten Wirtschaftsgüter und die übernommenen Chancen und Risiken (Funktionsanalyse) uneingeschränkt vergleichbar sind.

aa. Fremdvergleichswerte

Fremdvergleichswerte sind analog Tz. 3.4.12.2. der Grundsätze für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung zwischen nahestehenden Personen mit grenzüberschreitenden

¹⁹² Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG, (30. Erg.-Lfg.), Rn. 156.

¹⁹³ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 150.

¹⁹⁴ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Ermittlungs- und Mitwirkungspflichten, Berichtigungen sowie auf Verständigungs- und EU-Schiedsverfahren vom 12.04.2005 – Gz. IV B 4 – S 1341 – 1/05 (Verwaltungsgrundsätze-Verfahren) Daten, die aus Geschäftsvorfällen stammen, die zwischen voneinander unabhängigen Dritten erfolgt sind.¹⁹⁵ Wann Dritte unabhängig sind, wurde oben unter B. I. 1.5. bereits erörtert. Aus entsprechenden Geschäftsvorfällen stammen Daten dann, wenn sie alternativ aus Geschäftsvorfälle zwischen fremden Dritten (konzernexterner Fremdvergleich), zwischen der steuerpflichtigen Person und fremden Dritten (konzerninterner Fremdvergleich) oder zwischen der steuerpflichtigen Person nahestehenden Personen und fremden Dritten stammen.¹⁹⁶ Bei diesen Daten kann es sich sowohl um Fremdpreise (Preisvergleichsdaten) als auch um andere Daten (Bruttomargen, Kostenaufschläge, Nettomargen) handeln.¹⁹⁷ Der Fremdvergleichswert unterscheidet sich vom Verrechnungspreis dadurch, dass die Fremdvergleichswerte die Daten sind, die die Grundlage für die Bestimmung des Verrechnungspreises bilden.¹⁹⁸ Die Fremdvergleichswerte sind für die Anwendung der Verrechnungspreismethode erforderlich.¹⁹⁹ Erst nach Anwendung einer Verrechnungspreismethode auf einen Fremdvergleichswert kann der Verrechnungspreis bestimmt werden.

bb. Fremdvergleichswerte, die uneingeschränkt vergleichbar sind

Die Fremdvergleichswerte müssen jedenfalls im Hinblick auf die ausgeübten Funktionen, die eingesetzten Wirtschaftsgüter und die übernommenen Chancen und Risiken (Funktionsanalyse) uneingeschränkt vergleichbar sein.

aaa. Uneingeschränkte Vergleichbarkeit

Fremdvergleichswerte sind uneingeschränkt vergleichbar, wenn sie es ermöglichen, eine der Standardmethoden anzuwenden, und das Ergebnis dieser Anwendung uneingeschränkt als

¹⁹⁵ Vgl. zu dieser Definition auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rnrrn. 62 ff.; vgl. auch: Tz. 3.24 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹⁹⁶ Vgl. Tz. 3.4.12.2. Verwaltungsgrundsätze-Verfahren; vgl. auch: Tz. 3.24, 3.25, 3.27 f. und 3.29 ff. OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹⁹⁷ Vgl. Tz. 3.4.12.2. Verwaltungsgrundsätze-Verfahren; vgl. auch: Tz. 3.37 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹⁹⁸ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 164.

¹⁹⁹ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 164.

Verrechnungspreis dienen kann.²⁰⁰ Dies ist nach Tz. 3.4.12.7 der Verwaltungsgrundsätze-Verfahren der Fall bei Identität der Geschäftsbedingungen oder wenn sich die Unterschiede bei den Geschäftsbedingungen nicht wesentlich auf die Preisgestaltung auswirken oder im Falle der Beseitigung dieser Unterschiede durch hinreichend genaue Anpassungen.²⁰¹ Diese Geschäftsbedingungen sind durch eine Analyse der Vergleichbarkeit der Verhältnisse zu bestimmen. Hierzu ist auf die Vergleichbarkeit der Verhältnisse abzustellen, unter denen die Fremdvergleichswerte zustande gekommen sind, im Verhältnis zu den Verhältnissen, unter denen die Bedingung, die die steuerpflichtige Person ihrer Einkünfteermittlung zugrundegelegt hat, zustande gekommen ist.²⁰² Die Vergleichbarkeit der Verhältnisse ist durch die Identifizierung der Geschäftsbedingungen und eine Vergleichbarkeitsanalyse zu ermitteln.²⁰³ Dies gilt auch im Falle immaterieller Werte.²⁰⁴ In diesem Fall sind jedoch die sechs Schritte des Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation (DEMPE)-Konzepts im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen ebenfalls durchzuführen.

Die Identifizierung der Geschäftsbedingungen bezieht sich lediglich auf den Geschäftsvorfall zwischen der steuerpflichtigen Person und der ihr nahestehenden Person. Sie umfasst zunächst die Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen zwischen den Nahestehenden und ihre Bedingungen und wirtschaftlich relevanten Umstände; u. a. mit einer Analyse der Vergleichbarkeitsfaktoren, bei der jedoch nur die Geschäftsbeziehung des Steuerpflichtigen untersucht wird. Diese Vergleichbarkeitsfaktoren umfassen die Vertragsbedingungen - in Fällen der Übertragung immaterieller Werte oder Rechten an solchen haben an dieser Stelle die Schritte 1 und 2 des DEMPE-Konzepts zu erfolgen -, die Eigenschaften des betreffenden Wirtschaftsguts, die wirtschaftlichen Umstände der Parteien und des maßgeblichen Marktes, die Geschäftsstrategien und eine Funktionsanalyse. In Fällen der Übertragung immaterieller Werte oder Rechten an solchen hat im Rahmen der Funktionsanalyse Schritt 3 des DEMPE-Konzepts zu erfolgen. Hieran hat sich im Falle immaterieller Werte Schritt 4 des DEMPE-Konzepts anzuschließen. Die Identifizierung der

²⁰⁰ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 169.

²⁰¹ Vgl. auch Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 101; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 103 ff.; im Ergebnis trotz Kritik ebenso: Kahle/Schulz, StuB 2016, 534, 537.

²⁰² Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 167.

²⁰³ Vgl. auch: Tz. 1.33 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); Kroppen, Eigelshoven/Retzer, Band II, OECD-Verrechnungspreisleitlinien, Der Fremdvergleichsgrundsatz (Lfg. 31), Rn. 62; Tz. 3.4.12.7 Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

²⁰⁴ Vgl. Tz. 6.3 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Geschäftsbedingungen umfasst schließlich eine sorgfältige Abgrenzung der geprüften Geschäftsbeziehung. Im Falle immaterieller Werte ist diese Abgrenzung um Schritt 5 des DEMPE-Konzepts zu ergänzen.

Die Vergleichbarkeitsanalyse ist Teil des Verfahrens der Wahl und Anwendung der geeignetsten Verrechnungspreismethode (vgl. Tz. 3.2 OECD Verrechnungspreisleitlinien). Sie umfasst sowohl den Fremdvergleichswert als auch die Geschäftsbeziehung der steuerpflichtigen Person. Das typische Verfahren zur Vergleichbarkeitsanalyse in Tz. 3.4 OECD Verrechnungspreisleitlinien erstreckt sich auf die Prüfung der folgenden Aspekte: die Festlegung der Jahre, die umfasst sein sollen, umfassende Analyse der Umstände des Steuerpflichtigen, Verständnis des Geschäftsvorfalles mit dem Ziel, falls erforderlich, die geprüfte Partei, die geeignetste Verrechnungspreismethode und ggf. den geprüften Finanzindikator auszuwählen sowie die maßgeblichen Vergleichbarkeitsfaktoren zu identifizieren, Überprüfung der internen Fremdvergleichswerte, Bestimmung der verfügbaren Informationsquellen für externe Fremdvergleichswerte unter Berücksichtigung ihrer relativen Zuverlässigkeit, Wahl der geeignetsten Verrechnungspreismethode und ggf. Bestimmung des relevanten Finanzindikators, Bestimmung der wichtigsten Merkmale, die Geschäftsvorfälle zwischen Dritten vorweisen müssen, um als vergleichbar in Betracht gezogen werden zu können, ggf. sachgerechte Anpassungen und schließlich die Interpretation und Nutzung der gesammelten Daten sowie die Bestimmung der fremdvergleichskonformen Vergütung. Im Falle immaterieller Werte hat an der zuletzt genannten Stelle Schritt 6 des DEMPE-Konzepts zu erfolgen.

(1) Identifizierung der Geschäftsbedingungen

Die Vergleichbarkeit der Verhältnisse ist zunächst durch die Identifizierung der Geschäftsbedingungen zu ermitteln. Hierzu sind nicht nur die kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen zwischen den Nahestehenden und ihre Bedingungen und wirtschaftlich relevanten Umstände zu identifizieren, sondern auch der geprüfte Geschäftsvorfall sorgfältig abzugrenzen.²⁰⁵ Im Falle immaterieller Werte sind die sechs Schritte des DEMPE-Konzepts ebenfalls durchzuführen.²⁰⁶ Bei diesen, die im Folgenden

²⁰⁵ Tz. 1.33 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁰⁶ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

zunächst gemeinsam dargestellt und dann an geeigneter Stelle angeführt werden, handelt es sich um die Folgenden:

Schritt 1 des DEMPE-Konzepts erfordert das Folgende:

Die gesonderte Bestimmung der genutzten oder übertragenen immateriellen Werte sowie die Bestimmung der besonderen, wirtschaftlich erheblichen Risiken, die mit der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, dem Schutz und der Verwertung der immateriellen Werte verbunden sind.²⁰⁷

Schritt 2 des DEMPE-Konzepts erfordert das Folgende:

Im Rahmen der Bestimmung aller vertraglicher Vereinbarungen ist ein besonderes Augenmerk auf die Feststellung der rechtlichen Inhaberschaft an immateriellen Werten auf der Basis rechtlicher Vereinbarungen (wie z. B. Registrierungen, Nutzungsvereinbarungen, anderer einschlägiger Verträge und anderer Hinweise auf rechtliche Inhaberschaft) zu legen.²⁰⁸ Ferner ist in diesem Rahmen ein besonderes Augenmerk auf die vertraglichen Rechte und Pflichten (wie z. B. vertragliche Risikoübernahmen zwischen den Unternehmen des multinationalen Unternehmens) zu legen.²⁰⁹

Schritt 3 des DEMPE-Konzepts erfordert das Folgende:

Hiernach sind mittels der Funktionsanalyse diejenigen Parteien zu bestimmen, die hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte Funktionen ausüben (insbesondere die in Tz. 6.56 OECD Verrechnungspreisleitlinien genannten wichtigen Funktionen), Wirtschaftsgüter einbringen und Risiken verwalten.²¹⁰ Insbesondere ist hierbei zu bestimmen, welche Parteien ggf. ausgelagerte Funktionen und besondere, wirtschaftlich erhebliche Risiken überwachen.²¹¹

Schritt 4 des DEMPE-Konzepts erfordert das Folgende:

Im Rahmen von Schritt 4 des DEMPE-Konzepts hat zunächst die Prüfung der Übereinstimmung der einschlägigen vertraglichen Vereinbarungen mit dem Verhalten der

²⁰⁷ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁰⁸ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁰⁹ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹⁰ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹¹ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Parteien zu erfolgen.²¹² Ferner ist zu prüfen, ob diejenige Partei, die nach Schritt 4, Frage 1 von Tz. 1.60 OECD Verrechnungspreisleitlinien, wirtschaftlich erhebliche Risiken übernommen hat, die Risiken überwacht und die finanzielle Kapazität besitzt, die Risiken hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung der immateriellen Werte zu übernehmen.²¹³

Schritt 5 des DEMPE-Konzepts erfordert das Folgende:

Im Rahmen von Schritt 5 des DEMPE-Konzepts sind die tatsächlichen Geschäftsbeziehungen bezüglich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte abzugrenzen.²¹⁴ Dies hat im Lichte der rechtlichen Inhaberschaft der immateriellen Werte und der übrigen einschlägigen vertraglichen Beziehungen nach einschlägigen Registrierungen und Verträgen sowie des Verhaltens der Parteien zu erfolgen.²¹⁵ Im Hinblick auf das Verhalten der Parteien sind hierbei auch ihre relevanten Beiträge von Funktionen, Wirtschaftsgütern und Risiken einzubeziehen.²¹⁶ Hinsichtlich ihrer relevanten Beiträge von Risiken ist der Risikoanalyse- und -verteilungsrahmen nach Kapitel I, D.1.2.1 OECD Verrechnungspreisleitlinien zu berücksichtigen.²¹⁷

Schritt 6 des DEMPE-Konzepts erfordert das Folgende:

Im Rahmen von Schritt 6 des DEMPE-Konzepts sind nunmehr für diese Transaktionen immaterieller Werte, soweit möglich, Verrechnungspreise zu bestimmen.²¹⁸ Diese Verrechnungspreise müssen im Einklang stehen mit den jeweiligen Beiträgen jeder Partei von ausgeübten Funktionen, eingebrachten Wirtschaftsgütern und übernommenen Risiken.²¹⁹ Eine Ausnahme gilt in den Fällen, in denen einer Geschäftsbeziehung die steuerliche Anerkennung zu versagen ist und/oder eine Recharakterisierung der Geschäftsbeziehung erfolgt.²²⁰

Im Folgenden wird der zweistufigen Prüfung - Identifizierung der Geschäftsbedingungen und eine Vergleichbarkeitsanalyse - der Vergleichbarkeit der Verhältnisse gefolgt, ohne dass das

²¹² Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹³ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹⁴ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹⁵ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹⁶ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹⁷ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹⁸ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²¹⁹ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²²⁰ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch) mit Verweis auf die Leitlinien von Kapitel I, D.2.

DEMPE-Konzept gesondert geprüft würde.²²¹ Der Vorteil des hier vorgeschlagenen Vorgehens gegenüber einer isolierten Prüfung der sechs Schritte des DEMPE-Konzepts liegt in der gesteigerten Effizienz.²²² Denn so können die sechs Schritte des DEMPE-Konzepts im Rahmen der zweistufigen Prüfung der Vergleichbarkeit der Verhältnisse mit geprüft werden. Dies ist zeitsparender.

Im Kern geht es bei diesem DEMPE-Konzept um die Frage, wie im Falle grenzüberschreitender Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten eine wertschöpfungs- und risikoorientierte Gewinnzuordnung zwischen nahestehenden Unternehmen erfolgen kann.²²³ Das DEMPE-Konzept dient hierbei insbesondere dazu, im Einzelfall zu prüfen, wem die Erträge aus der Verwertung eines immateriellen Werts zuzuordnen sind.²²⁴ Diese Zuordnung erfolgt nach dem DEMPE-Konzept wertschöpfungsbeitragsorientiert.²²⁵ Eine andere Zuordnung des Eigentums mittels des DEMPE-Konzepts erfolgt nicht.²²⁶ Die rechtliche Eigentumszuordnung wird vom DEMPE-Konzept nicht berührt, sondern vielmehr anerkannt.²²⁷ Allein die fremdübliche Vergütung für ausgeübte Funktionen, eingebrachte Wirtschaftsgüter und übernommene Risiken zur DEMPE oder, wenn die fremdübliche Vergütung eine Gewinnaufteilung beinhaltet, die Zuordnung der Erträge aus der Verwertung eines immateriellen Werts, sind Zweck der Analysen des DEMPE-Konzepts.²²⁸

Zu diesem Zweck findet zudem eine vollständige Erfassung und Auslegung der vertraglichen Regelungen insbesondere anhand des tatsächlichen Verhaltens statt.²²⁹ Jedoch ist dies keine Recharakterisierung des Geschäftsvorfalles, sondern lediglich die Erfassung des vollständigen Sachverhalts.²³⁰ Es wird allerdings die Auffassung vertreten, dass für den Fall, dass die Anwendung des DEMPE-Konzepts dazu führe, dass die Beiträge der Unternehmen zur DEMPE eines immateriellen Werts anders zugeordnet würden, als es die reine vertragliche

²²¹ A. A. wohl: Schwarz/Stein in: Greil, Greil (Hg.) 2020 – Steuerliche Verrechnungspreise, S. 111.

²²² Vgl. zur isolierten Prüfung: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2408.

²²³ Puls/Heravi, IStR 2018, 721, 721.

²²⁴ Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 64.

²²⁵ Puls/Heravi, IStR 2018, 721, 721.

²²⁶ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2420.

²²⁷ Vgl. Tz. 6.40 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²²⁸ Vgl. Tz. 6.42 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); im Ergebnis auch so: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2420, der dies jedoch auch mit den unterschiedlichen Stufen der Besteuerung, d. h. Gewinnermittlung auf der ersten Stufe und Korrektur auf der zweiten Stufe, begründet.

²²⁹ Vgl. im Zusammenhang mit den Dokumentationspflichten: Rasch, ISR 2021, 10, 12 mit Verweis auf Tz. 48 Verwaltungsgrundsätze 2020.

²³⁰ A. A. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2407.

Grundlage vorsieht, hierin eine Recharakterisierung zu sehen sei.²³¹ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Denn solange es bei der steuerlichen Anerkennung des Geschäftsvorfalles bleibt, und dies ist der Regelfall, findet keine Recharakterisierung statt.²³²

Ferner wird an dem DEMPE-Konzept kritisiert, dass die zunehmende Globalisierung von Forschung und Entwicklung die Komplexität der DEMPE-Analyse erhöhen werde.²³³ Diese Auffassung prognostiziert, dass die Mobilität des Personals im Rahmen von Forschung und Entwicklung zunehmen werde bzw. bereits hoch sei.²³⁴ Da die Zuordnung einer Funktion der Personalfunktion folge, also an die ausübende Person geknüpft sei, wandere daher auch die Funktion mit dem Personal mit und sei der tatsächliche Ort der Entscheidungsfindung daher nicht klar zu verorten.²³⁵ Diese Feststellung ist, sofern es die Zuordnung der Funktion betrifft, richtig. Allerdings lässt sich im Rahmen der Globalisierung weiterhin beobachten, dass wichtige Entscheidungsträgerinnen und -träger nicht häufig ihren Standort wechseln (siehe Jennifer Morgan, ehemals SAP). Es sind diejenigen Beschäftigten, deren Verhandlungsposition zu schwach ist, um durchzusetzen, dass sie die Last eines Wegzugs nicht tragen müssen, die zu häufigen Ortswechseln gezwungen sind. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Wegzug mit persönlichen Härten, dem Verlust von Netzwerken und dem nicht zur Geltungbringenden von lokalem Know-how einhergeht, der zu Lasten der jeweiligen Beschäftigten geht und sie im Rahmen ihrer Karriere zurückwirft. Daher werden wichtige Entscheidungsträgerinnen und -träger, die regelmäßig in einer starken Verhandlungsposition sein werden, dies nicht akzeptieren. Da die zum Wegzug gezwungenen Beschäftigten selten die Entscheidungsträgerinnen und -träger sein werden, auf die es bei der Zuordnung der Funktion ankommt (vgl. hierzu: Tz. 6.53 in Verbindung mit (i. V. m.) 1.65 OECD Verrechnungspreisleitlinien), wird die zunehmende Mobilität des Personals kaum Auswirkungen auf die Komplexität und Tauglichkeit des DEMPE-Konzepts haben. Zuzustimmen ist dieser Auffassung jedoch, sofern sie zu dem Ergebnis gelangt, dass die

²³¹ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2407.

²³² Vgl. zum Regelfall der steuerlichen Anerkennung: Tz. 1.121 unter Berücksichtigung von Tz. 1.120 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zur Ausnahme der Recharakterisierung und ihren Voraussetzungen: Tz. 1.121 i. V. m. Tz. 1.122-1.125 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²³³ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2408; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.–Lfg.), Rn. 195.

²³⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.–Lfg.), Rn. 195.

²³⁵ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.–Lfg.), Rn. 195.

Zuordnung aller Gewinne zu dem Inhabenden eines immateriellen Werts, wenn dieser nicht alle Funktionen selbst ausübt, nicht mehr gelingen wird.²³⁶

An dem DEMPE-Konzept wird hierüber hinaus kritisiert, dass es sich um eine Missbrauchsvorschrift handle, die der steuerpflichtigen Person die Beweislast auferlege.²³⁷ Dieses Argument ist ebenfalls abzulehnen. Denn die steuerpflichtige Person treffen gesetzlich geregelte Anzeige- und Mitwirkungspflichten (vgl. §§ 90, 138a Abgabenordnung (AO)), aber keine Beweislast. Für Tatsachen, die einen Steueranspruch begründen, trägt die Steuerverwaltung die Beweislast.²³⁸ Diese ist im Sinne einer objektiven Feststellungslast zu verstehen.²³⁹ Dies gilt für Gewinnkorrekturen nach § 1 AStG ebenfalls.²⁴⁰ Aus diesem Grund wird die tatsächliche Durchführung eines Geschäftsvorfalles durch Sachverhaltsermittlung ermittelt, um den wahren Willen der Vertragsparteien in Erfahrung zu bringen sowie den Vertrag bei vertraglichen Lücken und um Vertragsänderungen zu ergänzen. Dies ist Aufgabe der Steuerverwaltung. Die steuerpflichtige Person hat lediglich im Rahmen ihrer Anzeige- und Mitwirkungspflichten hieran mitzuwirken.

An dem Substanzerfordernis der OECD, das sich im DEMPE-Konzept ebenfalls niederschlägt, wird ferner kritisiert, dass es nicht hinreichend berücksichtige, dass eine handelsrechtliche Pflicht der Vertretungsbefugten bestünde, das Unternehmen ordnungsgemäß zu führen.²⁴¹ Daher wird, hier ebenfalls mit Blick auf die Beweislast in einer Betriebsprüfung, gefordert, eine Vermutung dahingehend aufzunehmen, dass grundsätzlich ein Vertrag zwischen zwei rechtlich unabhängigen Konzernunternehmen fremdüblich sei.²⁴² Diese Kritik und Forderung ist jedoch ebenfalls abzulehnen. Denn mitnichten begründet eine Rechtspflicht eine Vermutung dahingehend, dass dieser Rechtspflicht grundsätzlich entsprochen wird. Ferner widerspricht diese Kritik und Forderung der bisher unbestrittenen Verfassungsmäßigkeit der Bekämpfung der Verrechnungspreismanipulationen. Diese verfolgt den legitimen Zweck, das Risiko zu bekämpfen, dass international verflochtene Unternehmen

²³⁶ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2408: zentrale Ansiedlung bei der Mutter.

²³⁷ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2408; Koch, IStR 2016, 881, 883.

²³⁸ Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 141.

²³⁹ Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 141.

²⁴⁰ Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 141.

²⁴¹ Kropfen, Wenzel, Band II, OECD-Verrechnungspreisleitlinien, Mit immateriellen Werten zusammenhängende Funktionen, Vermögenswerte und Risiken (Lfg. 31), Rn. 384.

²⁴² Kropfen, Wenzel, Band II, OECD-Verrechnungspreisleitlinien, Mit immateriellen Werten zusammenhängende Funktionen, Vermögenswerte und Risiken (Lfg. 31), Rn. 384.

dem Anreiz ausgesetzt sind, Geschäftsbeziehungen derart zu gestalten, dass Gewinne in das Ausland verschoben werden, und ist insbesondere verhältnismäßig im engeren Sinne (i. e. S.).²⁴³ Haben derlei Unternehmen es in einer erheblichen Zahl von Fällen jedoch nicht in der Hand, Geschäftsbeziehungen zwischen Konzernunternehmen derart vereinbaren zu lassen, dass sie dem Fremdvergleichsgrundsatz nicht entsprechen, dann dürfte dieses Mittel zur Verfolgung dieses Zwecks nicht eingesetzt werden. Der Gesetzgeber geht jedoch in der Gesetzesbegründung zu § 1 AStG von der gegenteiligen Auffassung aus: „International verflochtene Unternehmungen sind bei der Gestaltung ihrer Geschäftsbeziehungen dem Anreiz ausgesetzt, Gewinne nicht im Inland, sondern im Ausland entstehen zu lassen, wenn dies für sie günstiger ist. So zeigt die Erfahrung, daß innerhalb international verflochtener Unternehmenskreise nicht selten z. B. für Lieferungen ins Ausland ein zu geringes Entgelt und für Lieferungen aus dem Ausland ein zu hohes Entgelt gefordert wird und damit die Gewinne aus der deutschen Besteuerung ins Ausland verlagert werden. Solche Verlagerungen beruhen darauf, daß derartige Unternehmenskreise es in der Hand haben, für die Geschäftsbeziehungen zwischen ihren Gliedunternehmungen Bedingungen vereinbaren zu lassen, denen unabhängige Dritte nicht zugestimmt hätten. Unbeschadet des Grundsatzes, daß auch zwischen international verflochtenen Unternehmungen geschlossene Verträge steuerlich anzuerkennen sind, muß gewinnmindernden Absprachen dieser Art die steuerliche Anerkennung versagt werden. Der Gewinn ist für den Zweck der Besteuerung unter Zugrundelegung der Bedingungen zu berichtigen, die zwischen unabhängigen Dritten vereinbart worden wären.“²⁴⁴ Die praktische Relevanz der Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen für die Finanzbehörden in Deutschland, aber ebenfalls weltweit, spricht zudem gegen diese Kritik. Für diese praktische Relevanz spricht hingegen, dass die Vereinten Nationen (UN) und die OECD sowie die einzelnen Staaten (u. a. im Rahmen der G20) hohe personelle und finanzielle Ressourcen einsetzen, um den Kampf gegen Verrechnungspreismanipulationen voranzutreiben. Zuletzt wurde im Rahmen des OECD-BEPS Projekts und seitens der G-20-Staaten zudem festgestellt, dass Gewinnverschiebung ihre Ursache im Wesentlichen in Verrechnungspreismanipulationen findet. Schließlich liegt die Beweislast, wie bereits erwähnt, ohnehin bei der Finanzbehörde

²⁴³ Drüen in: Lüdicke, Frotscher et al.–Steuerliche Entwicklungen im Kontext, S. 140, nach dem die Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen nicht nur verfassungsgemäß sei, sondern ggf. sogar eine legislatorische Pflicht zur Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs bestünde.

²⁴⁴ BT-Drs. 6/2883, S. 23.

(vgl. § 88 Absatz 1 Satz 1 AO). Die Unternehmen treffen lediglich Mitwirkungs- und Anzeigepflichten (vgl. §§ 90, 138a AO).

Schließlich wird kritisiert, dass das DEMPE-Konzept, mit dem das Substanzerfordernis konkretisiert werde, das Risiko der Doppelbesteuerung und den Aufwand für die Dokumentationspflichten erhöhen werde.²⁴⁵ Indes hat es die steuerpflichtige Person selbst in der Hand, durch eine Vorabverständigung über Verrechnungspreise jedenfalls dem Doppelbesteuerungsrisiko zu begegnen und gleichzeitig die Planungssicherheit für sich zu erhöhen.

Nachdem das DEMPE-Konzept erörtert wurde, soll im Folgenden auf die Voraussetzungen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen eingegangen werden. Diese erfordert zunächst die Identifikation der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen zwischen den Nahestehenden und ihrer Bedingungen und wirtschaftlich relevanten Umstände. Dies setzt eingangs ein allgemeines Verständnis der Branche, innerhalb derer das multinationale Unternehmen tätig ist, und derjenigen Faktoren, die sich auf die Resultate der in dieser Branche tätigen Unternehmen auswirken, voraus.²⁴⁶ Im Falle immaterieller Werte ist, unter Berücksichtigung der Beispiele in Tz. 6.19 ff. OECD Verrechnungspreisleitlinien, hierbei zudem das Verständnis der globalen Geschäftsabläufe sowie der Art des Einsatzes immaterieller Werte über die gesamte Lieferkette, um Wertschöpfung zu generieren, von besonderer Relevanz.²⁴⁷

Anschließend ist zu analysieren, wie jedes einzelne Unternehmen des multinationalen Unternehmens arbeitet, welche Tätigkeit es ausübt und welche kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen mit verbundenen Unternehmen bestehen; und zwar so wie sie sich in den zwischen ihnen stattfindenden Geschäftsvorfällen darstellen.²⁴⁸ Dies ist Teil der Analyse der wirtschaftlich relevanten Merkmale der Geschäftsbeziehung (Vergleichbarkeitsfaktoren); denn es beschreibt die wirtschaftlich relevanten Umstände, im Rahmen derer der Geschäftsvorfall erfolgt.²⁴⁹ Im Falle immaterieller Werte hat sich hier nach Durchführung der Funktionsanalyse als einer der Vergleichbarkeitsfaktoren Schritt 4 des

²⁴⁵ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2408.

²⁴⁶ Tz. 1.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁴⁷ Tz. 6.3 und 6.18 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁴⁸ Tz. 1.35 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁴⁹ Tz. 1.35 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

DEMPE-Konzepts anzuschließen. Dessen Prüfungsschritte sind bereits erörtert worden. Daher sei an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen hierauf lediglich verwiesen.

Der weitere Teil der Analyse der Vergleichbarkeitsfaktoren (Vergleichbarkeitsanalyse) betrifft die Transaktionsbedingungen und weiteren wirtschaftlich relevanten Umstände, im Rahmen derer der Geschäftsvorfall erfolgt.²⁵⁰ Die Vergleichbarkeitsanalyse wird, sofern nicht bereits erfolgt, unter dem nachfolgenden Gliederungspunkt gesondert dargestellt. Zu berücksichtigen ist, dass diese im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen lediglich für den Geschäftsvorfall zwischen der steuerpflichtigen Person und der ihr nahestehenden Person durchgeführt wird. Außerhalb dessen jedoch sowohl für den Fremdvergleichswert als auch für die Geschäftsbeziehung der steuerpflichtigen Person.

Ferner ist die Feststellung der realistischen Alternativen der Nahestehenden erforderlich.²⁵¹ Auf diese kann sich die Funktionsanalyse auswirken.²⁵² Die Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen sowie deren Bedingungen und wirtschaftlich relevanten Umstände muss im Falle jedes Geschäftsvorfalles, auch eines solchen, der immaterielle Werte betrifft, alle relevanten Tatsachen und Umstände berücksichtigen und die Preisfindung muss die realistischen Alternativen der betroffenen Unternehmen des multinationalen Unternehmens berücksichtigen.²⁵³

Das Ergebnis der Identifikation der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen zwischen den Nahestehenden kann jedoch in Ausnahmefällen ebenfalls sein, dass der Geschäftsvorfall steuerlich nicht anerkannt und für den Fall, dass dies angemessen ist, durch eine andere Transaktion ersetzt wird.²⁵⁴ Dies geschieht, wenn die Gesamtschau der Vereinbarungen eines Geschäftsvorfalles zu dem Ergebnis führt, dass diese Vereinbarungen sich von dem unterscheiden, was von unabhängigen, wirtschaftlich vernünftig handelnden Dritten unter vergleichbaren Umständen vereinbart worden wäre.²⁵⁵ Ausgeschlossen ist die steuerliche Nichtanerkennung in Fällen, in denen ein entsprechender Geschäftsvorfall ebenfalls zwischen

²⁵⁰ Tz. 1.35 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁵¹ Tz. 1.38 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁵² Tz. 1.52 f. OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁵³ Tz. 6.43 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁵⁴ Vgl. Tz. 1.121 ff. und 6.114 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁵⁵ Tz. 1.122 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

unabhängigen Dritten unter vergleichbaren Umständen zu beobachten ist, ohne dass dies jedoch Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung von Geschäftsvorfällen ist.²⁵⁶

Das oben Erörterte wird analysiert, um die geprüfte, tatsächliche Geschäftsbeziehung sorgfältig abzugrenzen. Im Falle immaterieller Werte ist diese Abgrenzung um Schritt 5 des DEMPE-Konzepts zu ergänzen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird an dieser Stelle lediglich auf die obige Erörterung des DEMPE-Konzepts verwiesen.

(2) Vergleichbarkeitsanalyse

Die Vergleichbarkeit der Verhältnisse ist ferner durch eine Vergleichbarkeitsanalyse des Fremdvergleichswerts und des untersuchten Geschäftsvorfalles zu ermitteln.²⁵⁷ Das heißt (d. h.), dass die Vergleichbarkeitsanalyse sowohl für diejenigen Parteien, zwischen denen die Fremdvergleichswerte zustande gekommen sind, als auch für die Parteien des zu untersuchenden Geschäftsvorfalles zu erfolgen hat.²⁵⁸ Die Vergleichbarkeitsanalyse im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen wird nachfolgend ebenfalls behandelt, um Wiederholungen zu vermeiden. Dies erfolgt lediglich für den untersuchten Geschäftsvorfall.

Die Vergleichbarkeitsanalyse umfasst zunächst die Suche nach Fremdvergleichswerten.²⁵⁹ Diese erschöpft sich zwar nicht in deren Ermittlung; die Ermittlung von Fremdvergleichswerten sollte von ihr jedoch nicht getrennt werden.²⁶⁰ Die Vergleichbarkeitsanalyse ihrerseits ist Teil des Verfahrens der Wahl und Anwendung der am besten geeigneten Verrechnungspreismethode.²⁶¹ Im deutschen Recht ist hier jedoch zudem das Stufenmodell des § 1 Absatz 3 AStG zu berücksichtigen. Dies wird an dieser Stelle erwähnt, jedoch im Folgenden nicht wiederholt. Es gilt dennoch ebenfalls im Folgenden. Ihr Ziel ist es daher, die verlässlichsten Fremdvergleichswerte zu ermitteln.²⁶²

²⁵⁶ Tz. 1.122 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁵⁷ Vgl. Tz. 3.1 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁵⁸ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 176.

²⁵⁹ Vgl. Tz. 3.1 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. zu einem als anerkannte gute Praxis der Durchführung einer Vergleichbarkeitsanalyse bezeichneten Verfahrens: Tz. 3.4 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁶⁰ Tz. 3.1 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁶¹ Tz. 3.2 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁶² Tz. 3.2 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Fremdvergleichswerte, die weniger als andere vergleichbar sind, sollten ausgeschlossen werden.²⁶³ Eine erschöpfende Ermittlung aller Fremdvergleichswerte ist dennoch nicht erforderlich.²⁶⁴ Da die Ermittlung der Fremdvergleichswerte Teil der Vergleichbarkeitsanalyse ist und von dieser nicht getrennt werden sollte, wird im Folgenden das Best Practice Verfahren zur Vergleichbarkeitsanalyse in Tz. 3.4 OECD Verrechnungspreisleitlinien dargestellt. Dieses sieht folgende Verfahrensschritte vor:

1. Welche Jahre sollen umfasst sein?
2. Die Umstände der steuerpflichtigen Person sind umfassend zu analysieren.
3. Der untersuchte Geschäftsvorfall muss verstanden werden. Hierzu dient insbesondere die Funktionsanalyse. Ziel dieses Verständnisses ist es, folgende Entscheidungen zu treffen: falls erforderlich, welches das untersuchte Unternehmen ist, die geeignetste Verrechnungspreismethode, ggf. der geprüfte finanzielle Indikator und die maßgeblichen, zu berücksichtigenden Vergleichbarkeitsfaktoren.
4. Die ggf. vorhandenen, internen Fremdvergleichswerte überprüfen.
5. Welche Informationsquellen für externe Fremdvergleichswerte sind verfügbar, falls solche erforderlich sind? Hierbei ist zu berücksichtigen, dass externe Fremdvergleichswerte nur relativ verlässlich sind.
6. Welche Verrechnungspreismethode ist die Geeignetste und welcher finanzielle Indikator ist für diese relevant?
7. Festlegung der wichtigsten Vergleichbarkeitsmerkmale der Fremdvergleichswerte. Dies hat auf der Grundlage der relevanten Faktoren, die unter 3. identifiziert wurden, zu erfolgen und den Vergleichbarkeitsfaktoren zu entsprechen.
8. Sachgerechte Anpassungen sind ggf. festzulegen und vorzunehmen.
9. Die gesammelten Daten sind zu interpretieren und zu nutzen. Außerdem ist die fremdübliche Vergütung zu bestimmen.

Es kann erforderlich sein, insbesondere Schritte 5 bis 7, mehrfach durchzuführen, bis ein befriedigendes Ergebnis erreicht werden kann.²⁶⁵ Denn in manchen Fällen kann die

²⁶³ Tz. 3.2 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁶⁴ Tz. 3.2 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁶⁵ Tz. 3.5 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Untersuchung der verfügbaren Informationsquellen die Wahl der Verrechnungspreismethode beeinflussen.²⁶⁶

Die umfassende Analyse der Umstände der steuerpflichtigen Person in Schritt 2. ist eine Untersuchung der Branche, der wirtschaftlichen und regulatorischen Faktoren, der Wettbewerbssituation und weiterer die steuerpflichtige Person und ihr Umfeld betreffender Faktoren.²⁶⁷ Allerdings erfolgt diese Analyse noch nicht im Kontext der Analyse des konkreten Geschäftsvorfalles.²⁶⁸ Sie fördert insbesondere das Verständnis der wirtschaftlichen Umstände des Geschäftsvorfalles (vgl. Tz. 1.110-1.113 OECD Verrechnungspreisleitlinien).²⁶⁹

Schritt 3. dient der Feststellung der relevanten Faktoren, die die folgenden Entscheidungen beeinflussen: falls erforderlich, die Auswahl des untersuchten Unternehmens, die Auswahl und Anwendung der am besten geeigneten Verrechnungspreismethode, ggf. den zu untersuchenden Finanzindikator (bei transaktionsbezogener Nettomargenmethode und transaktionsbezogener Gewinnaufteilungsmethode), die Auswahl der Vergleichbarkeitsfaktoren und ggf. die Bestimmung der erforderlichen sachgerechten Anpassungen.²⁷⁰ Zu berücksichtigen ist, dass bewusste Vorteilsausgleiche anzuerkennen sind.²⁷¹ Solche liegen vor, wenn ein Unternehmen eines multinationalen Unternehmens einem andern solchen Unternehmen einen Vorteil gewährt hat, der zu einem gewissen Grad durch andere Vorteile ausgeglichen wird, die dieses Unternehmen von dem anderen als Gegenleistung erhalten hat.²⁷² Solche Vereinbarungen können dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechen und im Einklang mit diesem ist der jeweilige Wert der Vorteile zu ermitteln.²⁷³ Außerdem ist im Falle mancher Verrechnungspreismethoden die Auswahl des untersuchten Unternehmens erforderlich.²⁷⁴ Diese sollte im Einklang mit der Funktionsanalyse stehen.²⁷⁵ Grundsätzlich sollte es sich bei dem untersuchten Unternehmen um dasjenige handeln, für das sich eine Verrechnungspreismethode am verlässlichsten anwenden lässt und für das die

²⁶⁶ Tz. 3.5 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁶⁷ Tz. 3.7 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁶⁸ Tz. 3.7 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁶⁹ Tz. 3.7 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷⁰ Tz. 3.8 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷¹ Vgl. Tz. 3.13 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷² Tz. 3.13 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷³ Tz. 3.13 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷⁴ Tz. 3.18 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷⁵ Tz. 3.18 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

verlässlichsten Fremdvergleichswerte ermittelt werden können.²⁷⁶ Häufig wird es sich hierbei um jenes Unternehmen handeln, das die weniger komplexe Funktionsanalyse aufweist.²⁷⁷ Weiterhin bedarf es für die Auswahl und Anwendung der am besten geeigneten Verrechnungspreismethode Informationen über die Vergleichbarkeitsfaktoren des untersuchten Geschäftsvorfalles, insbesondere über die Funktionsanalyse für alle Parteien des Geschäftsvorfalles, einschließlich der ausländischen Unternehmen des multinationalen Unternehmens.²⁷⁸ Zu unterscheiden sind hierbei insbesondere auch einseitige und zweiseitige Verrechnungspreismethoden.²⁷⁹ Schließlich ist Folgendes bei Geschäftsvorfällen zu berücksichtigen, bei denen eine Verrechnungspreismethode gewählt wird, bei der die Auswahl des untersuchten Unternehmens erforderlich ist und immaterielle Werte genutzt (jedoch nicht übertragen) werden: Sollte das untersuchte Unternehmen oder sollten Parteien potenzieller Fremdvergleichswerte immaterielle Werte nutzen, müssen die genutzten immateriellen Werte als Vergleichbarkeitsfaktoren in der Vergleichbarkeitsanalyse berücksichtigt werden.²⁸⁰ In vielen solchen Fällen jedoch werden die gleichen Arten immaterieller Werte sowohl von dem untersuchten Unternehmen als auch von Parteien potenzieller Fremdvergleichswerte genutzt.²⁸¹ Daher kann in diesen Fällen der Vergleichbarkeitsgrad hoch genug sein, um die im Rahmen potenzieller Fremdvergleichswerte gezahlten Preise oder erzielten Gewinnspannen zur Bestimmung des Verrechnungspreises heranzuziehen, ohne sachliche Anpassungen für die genutzten immateriellen Werte vornehmen zu müssen.²⁸² Anders liegt der Fall, falls das untersuchte Unternehmen oder das potenzielle Vergleichsunternehmen über einzigartige und wertvolle immaterielle Werte verfügt und diese im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit nutzt.²⁸³ In solchen Fällen kann es erforderlich sein, entweder sachgerechte Anpassungen vorzunehmen oder eine andere Verrechnungspreismethode zu wählen.²⁸⁴ Einzigartige und wertvolle immaterielle Werte sind laut Definition in Tz. 6.17 OECD Verrechnungspreisleitlinien: „(...) immaterielle Werte, die i) nicht mit immateriellen Werten vergleichbar sind, die von an potentiell vergleichbaren Geschäftsvorfällen beteiligten Unternehmen genutzt werden oder

²⁷⁶ Tz. 3.18 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷⁷ Tz. 3.18 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷⁸ Tz. 3.20 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁷⁹ Vgl. Tz. 3.21 und 3.22 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁸⁰ Tz. 6.198 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁸¹ Tz. 6.200 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁸² Tz. 6.200 und 6.201 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁸³ Tz. 6.201 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁸⁴ Tz. 6.201 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

diesen zur Verfügung stehen, und ii) deren Nutzung im Rahmen der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens (z. B. für Fertigung, Dienstleistungserbringung, Marketing, Verkauf oder Verwaltung) größere zukünftige wirtschaftliche Vorteile erwarten lässt, als ohne diese immateriellen Werte erwartet würden.²⁸⁵

Mit Blick auf Schritt 4. und 5. soll an dieser Stelle lediglich auf die Ausführungen oben zu Fremdvergleichswerten verwiesen werden.²⁸⁶ Ziel der Ermittlung von Fremdvergleichswerten ist es, die verlässlichsten Daten zu ermitteln, ohne dass Perfektion erwartet werden dürfte.²⁸⁷ Denn nicht immer sind (genügend) Fremdvergleichswerte verfügbar.²⁸⁸ Eine pragmatische Lösung kann im Einzelfall darin bestehen, die Suche auszuweiten und Daten mit Vergleichbarkeitsmängeln zu verwenden.²⁸⁹ Inwiefern dies möglich ist, richtet sich insbesondere danach, wie relevant die erwarteten Auswirkungen von Vergleichbarkeitsmängeln auf die Verlässlichkeit der Analyse sind.²⁹⁰ Für immaterielle Werte und Nutzungsentgelte für solche sind kommerzielle Datenbanken oder Zusammenstellungen rechtlicher Inhaber öffentlich verfügbarer Nutzungsrechte (z. B. GEMA) oder eigene Sammlungen veröffentlichter Nutzungsentgelte oder ähnlicher Vereinbarungen als Informationsquelle von Relevanz.²⁹¹

Bei der Wahl der am besten geeigneten Verrechnungspreismethode in Schritt 6. muss, wie bereits erwähnt, im deutschen Recht zunächst das Stufenmodell des § 1 Absatz 3 AStG beachtet werden und hierüber hinaus im Falle der Übertragung immaterieller Werte oder Rechten an solchen das Folgende berücksichtigt werden: Welcher Art die relevanten immateriellen Werte sind; dass es in den meisten Fällen Schwierigkeiten bereitet, vergleichbare Fremdvergleichswerte und immaterielle Werte zu ermitteln und dass die Anwendung bestimmter Verrechnungspreismethoden in Fällen der Übertragung immaterieller Werte Schwierigkeiten bereitet.²⁹² Ferner sind für diese Wahl in diesen Fällen nicht die willkürlichen Bezeichnungen des jeweiligen Vertragstyps, sondern die wirtschaftlichen Folgen maßgeblich; z. B. der Erhalt des Nutzens des immateriellen Werts seitens des

²⁸⁵ Tz. 6.17 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁸⁶ Gliederungspunkt B., I., 1., 1.5., 1.5.1., a., aa. dieser Dissertation.

²⁸⁷ Tz. 3.38 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁸⁸ Tz. 3.38 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁸⁹ Tz. 3.38 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹⁰ Tz. 3.38 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹¹ Vgl. Tz. 6.130 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹² Tz. 6.131 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Gläubigers der Leistung.²⁹³ Bei einer vertraglichen Gestaltung, die unter fremden Dritten unüblich ist, sind die Auswirkungen dieser Gestaltung auf Verrechnungspreise und dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechende andere Bedingungen bei der Bestimmung der fremdüblichen Gewinne für jeden Beteiligten zu berücksichtigen.²⁹⁴ Bei Geschäftsvorfällen, bei denen immaterielle Werte oder Rechte an solchen übertragen werden, darf nicht einfach angenommen werden, dass alle Gewinne nach der Vergütung ausgeübter Routinefunktionen notwendigerweise dem Inhabenden des immateriellen Werts zuzuordnen sind.²⁹⁵ Vielmehr kann unter Berücksichtigung des Einzelfalls die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode die geeignetste Verrechnungspreismethode sein.²⁹⁶ Dies kann zudem Folge der Schwierigkeit sein, vergleichbare Fremdvergleichswerte im Falle der Übertragung immaterieller Werte oder Rechten an solchen zu ermitteln.²⁹⁷ Ursache hierfür kann sein: einzigartige Merkmale der immateriellen Werte, die entscheidende Relevanz bestimmter immaterieller Werte, die zur Folge hat, dass diese ausschließlich konzernintern übertragen werden, der Mangel verfügbarer Daten betreffend potenzieller Fremdvergleichswerte, etc..²⁹⁸ Die Bestimmung des Verrechnungspreises unter Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode muss in den Fällen, in denen Fremdvergleichswerte nicht ermittelt werden können, folgende finanzielle Indikatoren berücksichtigen: Die Funktionen, Wirtschaftsgüter und Risiken der jeweiligen beteiligten Unternehmen; welche wirtschaftlichen Gründe es für den Geschäftsvorfall gibt; im Hinblick auf alle am Geschäftsvorfall beteiligten Unternehmen: ihre jeweiligen Perspektiven und ihre jeweiligen realistischen Alternativen; die von den immateriellen Werten verschafften Wettbewerbsvorteile, insbesondere die relative Rentabilität von (potenziellen) auf den immateriellen Werten basierenden Produkten und Dienstleistungen; die von dem Geschäftsvorfall erwarteten zukünftigen wirtschaftlichen Vorteile; sowie andere Vergleichbarkeitsfaktoren (z. B. Standortvorteile, andere lokale Marktmerkmale, eine eingearbeitete Mitarbeiterschaft und Synergien).²⁹⁹ Im Falle von Geschäftsvorfällen betreffend die Übertragung eines oder mehrerer immaterieller Werte sind die Preisvergleichsmethode und die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode mit der

²⁹³ Tz. 6.132 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹⁴ Tz. 6.140 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹⁵ Tz. 6.133 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹⁶ Vgl. auch Tz. 6.133 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹⁷ Vgl. auch Tz. 6.138 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹⁸ Tz. 6.138 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

²⁹⁹ Tz. 6.139 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

größten Wahrscheinlichkeit die am besten geeignete Verrechnungspreismethode.³⁰⁰ Zudem kann ein hypothetischer Fremdvergleich erforderlich sein.³⁰¹

Zu Schritt 7. ist das Folgende auszuführen: Das Verfahren zur Bestimmung von Fremdvergleichswerten gehört zu den entscheidenden Aspekten der Vergleichbarkeitsanalyse.³⁰² Es sollte transparent, systematisch und verifizierbar sein.³⁰³ Grundsätzlich gibt es zwei Ansätze zur Bestimmung von Fremdvergleichswerten: den additive und den deduktive.³⁰⁴ Diese können auch kombiniert werden.³⁰⁵ Keines der beiden Ansätze ist dem anderen systematisch vorzuziehen.³⁰⁶ Auf das Ergebnis der Vergleichbarkeitsanalyse hat insbesondere die Festlegung der Vergleichbarkeitsmerkmale einen erheblichen Einfluss.³⁰⁷ Die Festlegung der Vergleichbarkeitsmerkmale sollte die wichtigsten wirtschaftlichen Besonderheiten der zu vergleichenden Geschäftsvorfälle berücksichtigen.³⁰⁸ Hierbei können sowohl quantitative als auch qualitative Merkmale angewandt werden.³⁰⁹ Im Falle der Übertragung von immateriellen Werten oder Rechten an solchen ist bei der Bestimmung möglicher Fremdvergleichswerte zu berücksichtigen, dass immaterielle Werte häufig einzigartige Merkmale aufweisen.³¹⁰ Denn aus diesen einzigartigen Merkmalen ergeben sich sehr unterschiedliche Potenziale, um Erträge zu generieren und zukünftige Vorteile zu erzeugen.³¹¹ Hierbei sind gemäß Tz. 6.117 ff. OECD Verrechnungspreisleitlinien solche Merkmale insbesondere die Folgenden: Ausschließliches Nutzungsrecht, Reichweite und Dauer des rechtlichen Schutzes, geographischer Geltungsbereich, Nutzungsdauer, Entwicklungsstadium, Recht auf Verbesserung, Überarbeitung und Aktualisierung und weiterer Faktoren, die sich auf die zukünftigen Vorteile wesentlich auswirken. Falls ein Unternehmen durch die Übertragung einen einzigartigen Wettbewerbsvorteil erlangt, sollten mögliche Fremdvergleichswerte mit Blick

³⁰⁰ Tz. 6.145 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰¹ Vgl. Tz. 6.145 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰² Tz. 3.46 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰³ Tz. 3.46 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰⁴ Vgl. Tz. 3.40, 3.41, 3.42, vgl. aber auch 3.44 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰⁵ Vgl. Tz. 3.45 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰⁶ Tz. 3.45 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰⁷ Tz. 3.46 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰⁸ Tz. 3.46 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁰⁹ Tz. 3.43 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹⁰ Tz. 6.116 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹¹ Tz. 6.116 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. auch Tz. 6.127 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

auf gleiche Gewinnpotenziale mit größter Sorgfalt geprüft werden.³¹² Im Hinblick auf zukünftige Vorteile ist insbesondere die tatsächliche und potenzielle Rentabilität von Produkten oder möglichen Produkten, die auf dem immateriellen Wert basieren, zu berücksichtigen.³¹³ Eine Vergleichbarkeit immaterieller Werte, die die Grundlage für Produkte oder Dienstleistungen mit hoher Rentabilität darstellen, mit solchen, die die Grundlage für Produkte oder Dienstleistungen mit lediglich durchschnittlicher Rentabilität darstellen, ist unwahrscheinlich.³¹⁴ Im Falle von Fremdvergleichswerten, die aus kommerziellen Datenbanken oder unternehmenseigenen Datensammlungen stammen, ist es insbesondere wichtig, dass sie hinreichend detailliert sind, um eine Beurteilung der besonderen Merkmale immaterieller Werte zu erlauben.³¹⁵ Ferner ist bei einer Vergleichbarkeitsanalyse im Falle der Übertragung immaterieller Werte oder Rechten an solchen auch das Bestehen von Risiken betreffend die Wahrscheinlichkeit, zukünftige wirtschaftliche Vorteile aus den übertragenen immateriellen Werten zu erlangen, einschließlich der Risikoverteilung zwischen den Beteiligten zu berücksichtigen.³¹⁶ Maßgeblich für die Vergleichbarkeit von Übertragungen immaterieller Werte oder Kombinationen solcher und die Vergleichbarkeit immaterieller Werte selbst sind insbesondere die folgenden Risiken: Risiken betreffend das zukünftige Entwicklungsrisiko, Produktüberholung und Wertverlust immaterieller Werte, Rechtsverletzungen sowie Produkthaftungs- und sonstige Risiken, die mit der zukünftigen Nutzung der immateriellen Werte verbunden sind.³¹⁷ Schließlich ist im Falle der Nutzung immaterieller Werte Folgendes bei Geschäftsvorfällen zu berücksichtigen, bei denen eine einseitige Verrechnungspreismethode gewählt wird und immaterielle Werte genutzt werden: Grundsätzlich sollten potenzielle Fremdvergleichswerte nicht allein aus dem Grund abgelehnt werden, da unbestimmte immaterielle Werte oder die unterstellte Erheblichkeit von Goodwill gegeben sein könnte.³¹⁸ Dies gilt für die Existenz und Nutzung jeglicher relativ irrelevanter immaterieller Werte.³¹⁹ Vielmehr sollten potenzielle Fremdvergleichswerte lediglich mit der Begründung der Existenz und Nutzung unvergleichbarer immaterieller Werte abgelehnt

³¹² Tz. 6.116 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹³ Tz. 6.127 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹⁴ Tz. 6.127 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹⁵ Tz. 6.130 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹⁶ Tz. 6.128 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹⁷ Tz. 6.128 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹⁸ Tz. 6.202 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³¹⁹ Vgl. Tz. 6.202 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

werden, falls diese klar und eindeutig bestimmt werden können und diese offenkundig einzigartig und wertvoll sind.³²⁰

Zu Schritt 9 ist zur Bestimmung der fremdüblichen Vergütung in den Fällen der Nutzung immaterieller Werte das Folgende darzustellen: Zu unterscheiden sind hier Fälle, in denen Fremdvergleichswerte ermittelt werden können und solche, in denen dies nicht möglich ist.³²¹ Können verlässliche Fremdvergleichswerte ermittelt werden und hat das untersuchte Unternehmen nicht einzigartige und wertvolle immaterielle Werte genutzt, wird die Bestimmung des Verrechnungspreises häufig unter Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode möglich sein.³²² Lediglich falls die von dem untersuchten Unternehmen genutzten immateriellen Werte einzigartig und wertvoll sind, wird es erforderlich sein, sachgerechte Anpassungen vorzunehmen oder die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode anzuwenden.³²³ Letzteres kann zudem erforderlich sein, falls sich der Bedarf nach sachgerechten Anpassungen aus Unterschieden der Art der genutzten immateriellen Werte einerseits seitens des untersuchten Unternehmens und andererseits seitens einer Partei eines potenziellen Fremdvergleichswerts ergibt und die Auswirkung dieses Unterschieds auf den Preis zwar eindeutig wesentlich ist, jedoch nicht genau quantifiziert werden kann.³²⁴ In Fällen, in denen immaterielle Werte genutzt werden, kann sich das Erfordernis sachgerechter Anpassungen jedoch zudem aus Vergleichbarkeitsfaktoren statt genutzter immaterieller Werte ergeben.³²⁵ Können im Falle eines Geschäftsvorfalles, im Rahmen dessen immaterielle Werte genutzt werden, keine verlässlichen Fremdvergleichswerte ermittelt werden, ist die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode anzuwenden, um die Gewinne den Parteien dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechend zuzuteilen.³²⁶ Die Anwendung dieser Verrechnungspreismethode wird insbesondere im Falle der Erbringung einzigartiger und wertvoller Beiträge seitens beider Parteien des Geschäftsvorfalles angemessen sein.³²⁷ Bei der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode in diesen Fällen haben vage Behauptungen über das Bestehen und die Nutzung nicht näher bestimmter immaterieller

³²⁰ Tz. 6.202 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³²¹ Vgl. Tz. 6.203 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³²² Tz. 6.205 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³²³ Tz. 6.206 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³²⁴ Tz. 6.207 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³²⁵ Tz. 6.208 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³²⁶ Tz. 6.209 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³²⁷ Tz. 6.209 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Werte nicht zu erfolgen, sondern sollte das Folgende berücksichtigt werden: Die in Rede stehenden immateriellen Werte sollten identifiziert werden; es sollte evaluiert werden, welchen Beitrag sie zur Wertschöpfung erbringen; ferner sollten andere Einkünfte generierende Funktionen, Risiken und Wirtschaftsgüter geprüft werden.³²⁸ Sind die Umstände hierzu geeignet, können im Falle eines Geschäftsvorfalles, im Rahmen dessen immaterielle Werte genutzt werden, die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode oder der hypothetische Fremdvergleich zudem angewandt werden, um dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechende Bedingungen zu bestimmen.³²⁹ In diesen Fällen sollte die gewählte Alternative Folgendem Rechnung tragen: Der Art der Waren und Dienstleistungen und dem Beitrag der immateriellen Werte und anderer wichtiger Faktoren zur Wertschöpfung.³³⁰

Weiterhin umfasst die Vergleichbarkeitsanalyse die Analyse der nachfolgend erörterten Vergleichbarkeitsfaktoren.³³¹

Zu den Vergleichbarkeitsfaktoren zählen zunächst die Vertragsbedingungen: Hier ist ein ggf. vorhandener schriftlicher Vertrag lediglich der Punkt, an dem die Analyse des Geschäftsvorfalles beginnt.³³² Dies gilt zudem für gesetzliche Rechte und vertragliche Vereinbarungen und rechtliche Inhaberschaft sowie vertragliche Rechte und Pflichten im Falle von Geschäftsvorfällen, die immaterielle Werte betreffen (vgl. hierzu Schritt 2 des DEMPE-Konzepts).³³³ Das tatsächliche Verhalten der Parteien jedoch wird sich erst anhand einer Analyse aller Vergleichbarkeitsfaktoren erweisen.³³⁴ Fallen die Vertragsbedingungen und das tatsächliche Verhalten allerdings wesentlich auseinander, was bei immateriellen Werten durch Durchführung von Schritt 4 des DEMPE-Konzepts zu prüfen ist, sind die Ergebnisse der Funktionsanalyse, wie sie sich in dem Verhalten der Parteien widerspiegeln, mit Blick auf die Vertragsbedingungen maßgeblich.³³⁵ Nicht zu vergessen ist, dass sich Bedingungen des Geschäftsvorfalles im Laufe der Zeit verändert haben können.³³⁶ Mangelt es an einem

³²⁸ Tz. 6.211 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³²⁹ Tz. 6.212 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³⁰ Tz. 6.212 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³¹ Vgl. Tz. 1.36 ff. OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³² Vgl. Tz. 1.42 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³³ Tz. 6.35 und 6.43 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³⁴ Tz. 1.43 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³⁵ Vgl. Tz. 1.45 f. OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³⁶ Tz. 1.47 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

schriftlichen Vertrag, ergibt sich der Vertrag aus dem tatsächlichen Verhalten, wie es sich aus der Vergleichbarkeitsanalyse, insbesondere der Funktionsanalyse, erweist.³³⁷

Gegenstand eines Vertrages kann insbesondere die Übertragung eines immateriellen Werts oder eines Rechts an einem solchen sein oder ein solches kann im Rahmen eines anderen Vertrages genutzt werden. Bereits zu diesem frühen Zeitpunkt hat im Falle einer Geschäftsbeziehung, die immaterielle Werte betrifft, die Identifizierung und richtige Qualifizierung der jeweiligen Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten zu erfolgen, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob eine Übertragung oder Nutzung immaterieller Werte vorliegt.³³⁸

Eine Übertragung immaterieller Werte oder Rechten an solchen kann bei einem Verkauf solcher oder einem wirtschaftlichen Äquivalent zu einem Verkauf vorliegen; jedoch zudem bei der Einräumung eines Nutzungsrechts oder bei Ähnlichem.³³⁹ Vorliegend wird vom Fall der Übertragung als Grundfall ausgegangen und lediglich auf die anderweitige Behandlung im Fall der Nutzung an geeigneter Stelle hingewiesen. Die Nutzung immaterieller Werte kann insbesondere bei der Herstellung und Vermarktung von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen erfolgen.³⁴⁰ An dieser Stelle ist im Falle der Nutzung eines immateriellen Werts bereits die Art der Geschäftsvorfälle genau zu bestimmen.³⁴¹

Bei der Qualifizierung der Geschäftsvorfälle im Falle der Übertragung immaterieller Werte ist festzulegen, ob Kombinationen immaterieller Werte oder immaterielle Werte in Kombination mit materiellen Wirtschaftsgütern oder Dienstleistungen übertragen werden.³⁴² Maßgeblich ist für den zuletzt genannten Fall die Zuverlässigkeit verfügbarer Fremdvergleichswerte; insbesondere, ob verfügbare Fremdvergleichswerte eine sachgemäße Erhebung der Wechselwirkungen zwischen den Geschäftsvorfällen erlauben.³⁴³ Keine Übertragung in Kombination ist zum Beispiel im Falle eines Franchising-Vertrages anzunehmen, falls die

³³⁷ Tz. 1.49 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³⁸ Tz. 6.86 f. OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³³⁹ Tz. 6.115 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁴⁰ Tz. 6.104, 6.105 und 6.106 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁴¹ Vgl. Tz. 6.104 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁴² Tz. 6.92 ff. und 6.98 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zur Erforderlichkeit der Behandlung dieser Frage unter diesem Vergleichbarkeitsfaktor: vgl. Tz. 6.103 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁴³ Tz. 6.99 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Dienstleistungen und immateriellen Werte derart einzigartig sind, dass für das gesamte Leistungspaket keine Fremdvergleichswerte ermittelt werden können.³⁴⁴ In Fällen jedoch, in denen die Übertragung immaterieller Werte und Dienstleistungen derart eng miteinander verzahnt sind, dass die Geschäftsvorfälle nicht getrennt werden können, wie manche Übertragungen von Rechten an Software in Verbindung mit der Verpflichtung fortlaufender Softwarepflege, kann die Verrechnungspreisbestimmung auf aggregierter Basis erforderlich sein.³⁴⁵

Im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen und hier bei der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen haben in Fällen der Übertragung immaterieller Werte oder Rechten an solchen an dieser Stelle die Schritte 1 und danach 2 des DEMPE-Konzepts zu erfolgen. Zunächst ist hierzu die gesonderte Bestimmung der übertragenen immateriellen Werte erforderlich. Um einen immateriellen Wert handelt es sich nach der Definition der OECD Verrechnungspreisleitlinien bei „etwas (...), das weder ein materieller Vermögenswert noch ein finanzieller Vermögenswert² ist, das man zur Nutzung in Geschäftstätigkeiten besitzen oder kontrollieren kann und dessen Nutzung oder Übertragung bei einem Geschäftsvorfall zwischen unabhängigen Unternehmen unter vergleichbaren Umständen vergütet worden wäre.“³⁴⁶ Die Fußnote 2 der Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien enthält ferner folgenden Text: „Im Sinne dieser Ziffer bezieht sich der Begriff „Finanzieller Vermögenswert“ auf jeden Vermögenswert, bei dem es sich um liquide Mittel, ein Eigenkapitalinstrument, ein vertragliches Recht bzw. eine vertragliche Verpflichtung, liquide Mittel oder einen anderen finanziellen Vermögenswert zu erhalten oder finanzielle Vermögenswerte bzw. Verbindlichkeiten zu tauschen, oder ein derivatives Finanzinstrument handelt. Beispiele hierfür sind Anleihen, Bankeinlagen, Aktien, Beteiligungen, nicht börsengehandelte oder börsengehandelte unbedingte Termingeschäfte und Swaps.“³⁴⁷ Dieser neue Begriff und diese neue Definition immaterieller Werte weicht von dem bisher in den OECD Verrechnungspreisleitlinien verwendeten Begriff des „intangible Property“ ab und ist weiter als dieser.³⁴⁸ Ferner wird auf eine Kategorisierung der immateriellen Werte verzichtet, wie in „Marketing Intangibles“ und „Trade Intangibles“.³⁴⁹

³⁴⁴ Tz. 6.100 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁴⁵ Tz. 6.101 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁴⁶ Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁴⁷ Fußnote 2 in Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁴⁸ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2411 f..

³⁴⁹ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2412.

Ziel der neuen Definition ist es, all jenes, aber auch nur das, zu erfassen, was unter fremden Dritten ebenfalls als immaterieller Wert vergütet würde.³⁵⁰ Nicht ausschlaggebend für die Frage, ob diese Definition erfüllt ist, ist, ob für Zwecke der Rechnungslegung oder generelle Steuerzwecke von dem Vorliegen eines immateriellen Vermögensgegenstands oder immateriellen Wirtschaftsguts auszugehen ist.³⁵¹ Die Erfüllung der Voraussetzungen dieser Definition setzt zudem nicht voraus, dass ein rechtlicher, vertraglicher oder anderweitiger Schutz gegeben ist.³⁵² Ferner ist auch die Separierbarkeit nicht Voraussetzung dieser Definition.³⁵³ Im Hinblick auf diese Definition liegt ein Unterschied zum deutschen Recht oder zum Unionsrecht nicht vor.³⁵⁴ Die nach Abschluss dieser Untersuchung in § 1 Absatz 3c Sätze 1 und 2 AStG n. F. eingeführte neue Definition immaterieller Werte wird am Ende dieses Kapitels kurz dargestellt.

Der immaterielle Wert ist also gesondert zu bestimmen.³⁵⁵ Im Falle der Übertragung immaterieller Werte oder eines Rechts an solchen muss ihre Art und die Art der übertragenen Rechte an ihnen spezifisch identifiziert sowie die Art von ggf. vorhandenen Rechtebeschränkungen und der Gesamtumfang der übertragenen Rechte bestimmt werden.³⁵⁶

Als Beispiele immaterieller Werte werden, unter der Voraussetzung, dass die Definition erfüllt ist, die Folgenden genannt: Patente, Know-how und Geschäftsgeheimnisse, Markenzeichen, Firmennamen und Marken, staatliche Zulassungen und Konzessionen (ohne Gewerbebeanmeldungen), Rechte aus Verträgen, Nutzungsrechte an immateriellen Werten sowie Goodwill und der Geschäfts- oder Firmenwert.³⁵⁷

Immaterielle Werte und Rechte an solchen können, wie bereits erwähnt, ferner nicht nur einzeln, sondern auch in Kombination mit anderen immateriellen Werten übertragen

³⁵⁰ Tz. 6.5 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁵¹ Tz. 6.7 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); hinsichtlich der Rechnungslegung vgl. auch Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 646.

³⁵² Tz. 6.8 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); hinsichtlich des rechtlichen Schutzes auch Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 646; anderer Ansicht (a. A.) wohl unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft, Ubg 2017, 537, 539.

³⁵³ Tz. 6.8 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); a. A. wohl unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft, Ubg 2017, 537, 539.

³⁵⁴ Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 647.

³⁵⁵ Tz. 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁵⁶ Tz. 6.89 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁵⁷ Tz. 6.19, 6.20, 6.21, 6.22, 6.23, 6.24, 6.25, 6.26 und 6.28 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

werden.³⁵⁸ In letzteren Fällen gilt es insbesondere zusätzlich zu berücksichtigen, dass alle übertragenen immateriellen Werte eines Geschäftsvorfalles identifiziert werden müssen.³⁵⁹ Dies ist insbesondere in Fällen der fehlenden Separierbarkeit, die für das Vorliegen eines immateriellen Werts nach der Definition der OECD Verrechnungspreisleitlinien nicht erforderlich ist, eines der übertragenen immateriellen Werte (z. B. bei dem Geschäfts- oder Firmenwert) zu berücksichtigen, bei denen eine kombinierte Übertragung immaterieller Werte zwingend erfolgt.³⁶⁰ Der Versuch der künstlichen Trennung solcher zwingend gemeinsam übertragener immaterieller Werte sollte festgestellt und kritisch analysiert werden.³⁶¹ Denn eine solche künstliche Trennung entspricht nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz.³⁶² Ferner können immaterielle Werte, wie bereits erwähnt, zudem in Kombination mit materiellen Wirtschaftsgütern oder Dienstleistungen übertragen werden.³⁶³ In diesen Fällen müssen ebenfalls alle übertragenen immateriellen Werte identifiziert werden.³⁶⁴ Eine Zusammenfassung immaterieller Werte, die nicht zu verwechseln ist mit einer Kombination solcher, ist in bestimmten Fällen ebenfalls möglich.³⁶⁵

Von erheblicher Relevanz im Hinblick auf die Identifizierung der Art der Übertragung von Rechten an immateriellen Werten sind häufig vertragliche Beschränkungen der Nutzung eines immateriellen Werts für die weitere Entwicklung neuer immaterieller Werte oder neuer Produkte unter Nutzung der immateriellen Werte.³⁶⁶ In diesem Kontext ist zu klären, ob der Rechteempfänger das Recht erhält, den übertragenen immateriellen Wert für weitere Forschung und Entwicklung zu nutzen.³⁶⁷ Denn sowohl der Wert der übertragenen Rechte als auch die Vergleichbarkeit zweier Geschäftsvorfälle können durch die Art jeglicher Beschränkung an der Weiterentwicklung übertragener immaterieller Werte oder durch das Recht einer der beiden Parteien, wirtschaftliche Vorteile solcher Weiterentwicklungen für sich zu reklamieren, beeinflusst werden.³⁶⁸

³⁵⁸ Tz. 6.92 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁵⁹ Tz. 6.95 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶⁰ Vgl. Tz. 6.95 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶¹ Tz. 6.96 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶² Tz. 6.96 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶³ Tz. 6.98 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶⁴ Tz. 6.98 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶⁵ Tz. 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶⁶ Tz. 6.90 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶⁷ Tz. 6.90 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

³⁶⁸ Tz. 6.90 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Nach diesem kurzen Exkurs ist auf die obige Definition immaterieller Werte der OECD Verrechnungspreisleitlinien zurückzukommen. Aus ihr ergeben sich vier Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, wie sich aus der Verwendung des Begriffs „und“ ergibt. Zunächst ist hiernach Voraussetzung, dass es sich um etwas handelt, das weder ein materieller Vermögenswert noch ein finanzieller Vermögenswert ist. Ferner muss es sich um etwas handeln, das man besitzen oder kontrollieren kann. Für etwas, das man kontrollieren kann, genügt bereits eine tatsächliche Kontrolle dergestalt, dass anderen ein Zugriff faktisch nicht möglich ist, obwohl ein rechtlicher Schutz nicht besteht.³⁶⁹ Synergien und lokale Markteigenschaften erfüllen diese Voraussetzung nicht.³⁷⁰ Dies gilt auch für Standortvorteile, einen Unterfall der lokalen Markteigenschaften, und die eingearbeitete Mitarbeiterbelegschaft.³⁷¹ Vielmehr handelt es sich in all diesen Fällen um Vergleichbarkeitsfaktoren.³⁷² Für Standortvorteile gilt hierbei, dass für sie keine weiteren Preisanpassungen erforderlich sind, falls verlässliche lokale Vergleichswerte gegeben sind.³⁷³ Fehlen solche, soll über die Aufteilung der Standortvorteile eine Analyse aller Fakten und Umstände entscheiden.³⁷⁴ Ebenfalls nach deutscher Verwaltungsauffassung sind für die Aufteilung von Standortvorteilen - thematisiert bei der Funktionsverlagerung - zudem die konkreten Alternativen und die jeweilige Verhandlungsmacht der Parteien zu berücksichtigen.³⁷⁵ Diese müssen sich aus objektiven Umständen ergeben.³⁷⁶ Insoweit besteht Übereinstimmung mit der Auffassung der OECD.³⁷⁷

Die oben genannten Ausschlüsse aus der Definition der immateriellen Werte werden kritisiert. Kritisiert wird hieran, dass die Behandlung einiger dieser Vergleichsfaktoren häufig zu Diskussionen im Falle von Schwellenländern führe und daher Doppelbesteuerung drohe.³⁷⁸ Die Gegenauffassung betont, dass diese Schwellenländer sich im Hinblick auf ihre Auffassung zwar durchaus auf das United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2017) (UN Manual 2017) berufen könnten, aber, dass zu

³⁶⁹ Koch, IStR 2015, 199, 201.

³⁷⁰ Tz. 6.9, 6.30 und 6.31 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. Koch, IStR 2016, 881, 882.

³⁷¹ Vgl. Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 118 f..

³⁷² Vgl. Tz. 6.9, 6.30, 6.31, aber auch 1.152 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); Schmidtke, IStR 2015, 120, 122.

³⁷³ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁷⁴ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁷⁵ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁷⁶ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁷⁷ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁷⁸ Schmidtke, IStR 2015, 120, 122.

berücksichtigen sei, dass nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien diese Faktoren jedenfalls als Vergleichbarkeitsfaktoren zu behandeln seien.³⁷⁹ Hierdurch könne wirtschaftlich zumindest ein ähnliches Ergebnis erreicht werden.³⁸⁰ Denn der jeweilige Staat könne derart fordern, dass ein entsprechend höheres Entgelt für die Bestimmung des Verrechnungspreises vereinbart werde.³⁸¹ Das Risiko der Doppelbesteuerung verringere sich dadurch.³⁸² Andere wiederum begrüßen die durch diese Ausschlüsse erreichte größere Präzision der Definition.³⁸³

Die Ausschlüsse vermeiden tatsächlich eine zu weite Definition der immateriellen Werte und sind daher zu begrüßen. Eine zu weite Definition ist in diesen Fällen abzulehnen, da in vielen dieser Fälle die Auffassung der Schwellenländer mit den Grundrechten, an die die deutschen Staatsgewalten jedoch gebunden sind (vgl. Artikel 1 Absatz 3 und 20 Absatz 3 GG), nicht zu vereinbaren ist, wie die Beispiele der eingearbeiteten Mitarbeiterbelegschaft und der Standortvorteile und anderen lokalen Markteigenschaften zeigen. Die Auffassung, dass eine eingearbeitete Mitarbeiterbelegschaft - oder ein Vertrag über diese - besessen oder kontrolliert werden könnte, ist wegen der Unantastbarkeit der Menschenwürde (vgl. Artikel 1 Absatz 1 Satz 1 GG) abzulehnen, die es ausschließt, über Menschen wie über Objekte zu verfügen. Die Auffassung wiederum, dass ein Markt besessen oder kontrolliert werden könnte, ist wegen der Handlungsfreiheit der Menschen (vgl. Artikel 2 Absatz 1 GG) abzulehnen. Der Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft begründet dies hingegen damit, dass das einzelne Unternehmen die anderen Unternehmen nicht von der Nutzung des Standortvorteils ausschließen könne.³⁸⁴ Obwohl dies richtig ist, wird hier verkannt, welche Ideologien hinter der Behandlung von Standortvorteilen durch Schwellenländer als immaterielle Werte stehen. Denn hier hinter verbergen sich Ideologien, nach denen der Markt vollständig vom Staat gesteuert wird und der Staat nicht etwa rechtfertigungsbedürftig in die Handlungsfreiheit der Menschen eingreift. Es geht hierbei also um nationalistische und kommunistische Vorstellungen vom Markt. Aber nicht um eine soziale Marktwirtschaft. Zwar ist die Marktordnung nach dem deutschen Grundgesetz ebenfalls nicht verfassungsrechtlich

³⁷⁹ Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 830; vgl. hierzu auch: Tz. B.5.2.18 und Tz. B.5.2.35 des UN Manual 2017; zu den lokalen Markteigenschaften vgl. auch: Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft, Ubg 2017, 537, 538.

³⁸⁰ Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft, Ubg 2017, 537, 539; Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 830.

³⁸¹ Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 830; vgl. auch Birkenfeld/Dötsch/Fuest/Hey et al., DB 2016, 2078, 2079.

³⁸² Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 831.

³⁸³ Koch, IStR 2016, 881, 882 f..

³⁸⁴ Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft, Ubg 2017, 537, 539.

geschützt. Die Handlungsfreiheit und damit zudem die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Menschen ist es jedoch durchaus. Marktordnungen müssen dieses Grundrecht daher wahren, sollen sie nach deutschem Recht Anwendung finden. Ein Vertrag wiederum über eine eingearbeitete Mitarbeiterbelegschaft oder einen Markt stößt ebenfalls gegen die genannten verfassungsrechtlichen Grenzen. Denn in diesen Fällen soll der immaterielle Wert das vertragliche Recht sein. Dieses Recht existiert jedoch nicht. Daher kann ein solcher immaterieller Wert ebenfalls nicht existieren. Nochmals erwähnt werden soll an dieser Stelle, dass jedenfalls hinsichtlich der Aufteilung der Standortvorteile Übereinstimmung zwischen der deutschen Verwaltungsauffassung und der Auffassung der OECD besteht.³⁸⁵ Hierbei handelt es sich um eine einhellige Auffassung der OECD/G-20-Staaten.³⁸⁶ Obwohl die Schwellenländer gleichberechtigt einbezogen waren, hat die OECD ihre Grundsätze hinsichtlich der Standortvorteile hierbei nicht aufgeben müssen.³⁸⁷ Dies weckt die Hoffnung, dass hiermit hinsichtlich der Schwellenländer etwas mehr Sicherheit, jedenfalls in der Behandlung der Frage der Standortvorteile, eingekehrt ist.³⁸⁸ Synergien schließlich unterfallen weder nach der Definition des UN Manuals 2017 noch nach der der OECD Verrechnungspreisleitlinien dem Begriff der immateriellen Werte.³⁸⁹ Auf die Voraussetzung, etwas zu sein, das man besitzen oder kontrollieren kann, kann schließlich nicht verzichtet werden. Denn ansonsten wäre die Zuordnung des Rechtsobjekts zu einem Rechtssubjekt nicht möglich. Ohne eine solche Zuordnung ist die Zuordnung der Wertschöpfung eines Rechtsobjekts zu einem Rechtssubjekt jedoch nicht möglich. Ohne diese Zuordnung wiederum ist eine Besteuerung der Wertschöpfung bei einem Steuersubjekt nicht möglich. Die Auffassung hingegen, dass das Risiko der Doppelbesteuerung sich verringern, da ein wirtschaftlich ähnliches Ergebnis erreicht werden könne, ist abzulehnen. Denn diese Auffassung setzt voraus, dass man das Verhalten der Schwellenländer beeinflussen kann. Das kann man jedoch nicht. Hier gilt, dass für den Fall, dass es zu internationalen Besteuerungskonflikten kommt, die üblichen Streitschlichtungsinstrumente zur Verfügung stehen. Diese sind das Verständigungs- und Schiedsverfahren. Möglich erscheint zudem, dass in diesen Fällen eine Doppelbesteuerung durch Billigkeitsmaßnahmen aufgehoben oder zumindest gemildert werden kann.³⁹⁰ Diese Erwägung ist zwar ursprünglich im

³⁸⁵ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁸⁶ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁸⁷ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁸⁸ Haase, Becker, AStG/DBA, II MA Art. 9, Rn. 47.

³⁸⁹ Tz. 6.30 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch) und Tz. B.5.2.28. des UN Manual 2017.

³⁹⁰ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

Zusammenhang mit der Funktionsverlagerung erfolgt. Eine Übertragung auf diese Situation scheint jedoch möglich. Nicht möglich (vgl. Artikel 79 Absatz 3 GG) und zudem nicht wünschenswert ist es, die Bindung der deutschen Staatsgewalten an die Grundrechte aufzuheben.

Weitere Voraussetzung der Definition der immateriellen Werte ist, dass es sich um etwas handeln muss, das man in Geschäftstätigkeiten nutzen kann. Schließlich muss es sich um etwas handeln, dessen Nutzung oder Übertragung bei einem Geschäftsvorfall zwischen unabhängigen Unternehmen unter vergleichbaren Umständen vergütet worden wäre. Nach einer Auffassung sei die letzte Voraussetzung eine Voraussetzung der Höhe nach, wohingegen alle anderen Voraussetzungen solche dem Grunde nach seien.³⁹¹ Sie führe zu einem Zirkelschluss auf das Vorliegen eines immateriellen Werts durch eine Voraussetzung der Höhe nach auf das Vorliegen dem Grunde nach.³⁹² Diese Auffassung ist abzulehnen. Denn die Voraussetzung, dass es sich um etwas handelt, dessen Nutzung oder Übertragung bei einem Geschäftsvorfall zwischen unabhängigen Unternehmen unter vergleichbaren Umständen vergütet worden wäre, ist keine Voraussetzung der Höhe nach. Denn die Höhe des Verrechnungspreises, und lediglich um diesen kann es sich bei fremden Dritten handeln, ist nicht Teil dieses Analysepunkts der Vergleichbarkeitsanalyse, sondern wird erst zu einem späteren Zeitpunkt, wenn die Verrechnungspreismethode auf den Fremdvergleichswert angewandt wird, um den Verrechnungspreis zu erhalten, ermittelt. Es geht vielmehr um die Frage, ob fremde Dritte für dieses Etwas überhaupt eine Vergütung leisten würden. Jedoch nicht darum, wie viel sie dafür leisten würden. Hierfür spricht zudem Tz. 6.10 OECD Verrechnungspreisleitlinien, die ausdrücklich klarstellt, dass die Feststellung des Vorliegens eines immateriellen Werts, und damit der Voraussetzungen dieser Definition, etwas anderes ist als der Verrechnungspreis hierfür. Vielmehr handelt es sich bei dieser Voraussetzung um eine Voraussetzung, die erforderlich ist, um den Fremdvergleichsgrundsatz in der Legaldefinition des immateriellen Werts zu verankern.

An der Definition der immateriellen Werte wird ferner von einer Auffassung kritisiert, dass unter diese der Geschäfts- oder Firmenwert ebenfalls falle. Denn dieser Wert könne lediglich zusammen mit den zugrunde liegenden geschäftswertbildenden Faktoren übertragen

³⁹¹ Koch, IStR 2017, 766, 767.

³⁹² Koch, IStR 2017, 766, 767.

werden.³⁹³ Als Beispiele für geschäftswertbildende Faktoren nennt diese Auffassung eine eingespielte Mitarbeiterschaft oder Standortvorteile.³⁹⁴ Da diese Vergleichbarkeitsfaktoren jedoch weder kontrollierbar seien noch besäßen werden könnten, könne der damit verbundene Geschäfts- oder Firmenwert ebenfalls nicht kontrollierbar sein oder besäßen werden.³⁹⁵ Daher sollte der Geschäfts- oder Firmenwert kein immaterieller Wert sein.³⁹⁶ Diese Kritik wird von anderen geteilt und mit weiteren Argumenten vertreten; und zwar, dass die Schwierigkeit, eine allgemeine Definition des Begriffs des Geschäfts- oder Firmenwerts zu finden, eine undifferenzierte Betrachtung immaterieller Werte nicht hinreichend begründe.³⁹⁷ Der mangelnde Ausschluss des Geschäfts- oder Firmenwerts aus der Definition der immateriellen Werte schade ihrer Präzision und der Praktikabilität und damit der Rechtssicherheit.³⁹⁸ Die Definition sei hierdurch zu weit geworden.³⁹⁹ Die Definition immaterieller Werte solle um das Merkmal der Separierbarkeit ergänzt werden, damit die zu den International Accounting Standards (IAS) 38.8 entwickelten Auslegungsgrundsätze herangezogen werden könnten.⁴⁰⁰ Letzteres würde zu einer verbesserten inhaltlichen Tatbestandsbestimmtheit führen.⁴⁰¹ Denn dies ermögliche eine Abgrenzung von immateriellen Werten und Sachgesamtheiten.⁴⁰² Lediglich den zuletzt Genannten könnten geschäftswertbildende Faktoren und damit der Geschäfts- oder Firmenwert anhaften.⁴⁰³ Das Fehlen dieser Voraussetzung führe ferner zu einem Mangel an Trennschärfe und damit Praktikabilität der Definition immaterieller Werte.⁴⁰⁴ Die explizite Ablehnung der Kriterien, die von Rechnungslegungsstandards entwickelt wurden, solle aufgegeben werden.⁴⁰⁵ Denn die Voraussetzungen eines immateriellen Werts nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien seien denjenigen von IAS 38 nahe.⁴⁰⁶ Bei der Frage, ob ein immaterieller Wert dem Grunde nach vorliege, bestünden keine wesentlichen Unterschiede.⁴⁰⁷

³⁹³ Schmidtke, IStR 2015, 120, 122.

³⁹⁴ Schmidtke, IStR 2015, 120, 122.

³⁹⁵ Schmidtke, IStR 2015, 120, 122.

³⁹⁶ Schmidtke, IStR 2015, 120, 122 f..

³⁹⁷ Koch, IStR 2015, 199, 201 f..

³⁹⁸ Koch, IStR 2015, 199, 204; vgl. auch Koch, IStR 2016, 881, 883.

³⁹⁹ Koch, IStR 2016, 881, 883.

⁴⁰⁰ Koch, IStR 2015, 199, 204; vgl. auch Koch, IStR 2016, 881, 883.

⁴⁰¹ Koch, IStR 2015, 199, 204.

⁴⁰² Koch, IStR 2016, 881, 883.

⁴⁰³ Koch, IStR 2016, 881, 883.

⁴⁰⁴ Koch, IStR 2015, 199, 203; ihm folgend: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 199.

⁴⁰⁵ Koch, IStR 2015, 199, 204.

⁴⁰⁶ Koch, IStR 2015, 199, 204.

⁴⁰⁷ Koch, IStR 2015, 199, 203.

Die Gegenauffassung begrüßt hingegen die Annahme einer breiten und klar beschriebenen Definition für immaterielle Werte.⁴⁰⁸ Denn andernfalls drohe, dass ein immaterieller Wert, der den Verrechnungspreis beeinflusse, lediglich aus dem Grund bei der Bestimmung des Verrechnungspreises nicht berücksichtigt werden könne, da die Definition zu eng sei.⁴⁰⁹ Der Geschäfts- oder Firmenwert könne ein immaterieller Wert insbesondere dann sein, wenn ein Geschäfts- oder Firmenwert in vergleichbaren Geschäftsvorfällen zwischen fremden Dritten als solcher behandelt würde.⁴¹⁰ Der in den OECD Verrechnungspreisleitlinien verwendete Begriff „intangibles“ stelle außerdem klar, dass bewusst von einer Übernahme der Definitionen für diesen Begriff aus anderen Rechtsgebieten (insbesondere der Rechnungslegung und des Patentrechts) abgesehen wurde und eine neue, eigenständige Definition entwickelt wurde, die ausschließlich der Bestimmung von Verrechnungspreisen für Geschäftsvorfälle diene.⁴¹¹

Dieser Gegenauffassung ist zu folgen. Zwar wäre im Interesse einer stärkeren Einheitlichkeit und der besseren Möglichkeit der Konvergenz zwischen den internationalen Rechnungslegungsvorschriften und dem internationalen Steuerrecht eine einheitliche Definition in den internationalen Rechnungslegungsvorschriften und in den OECD Verrechnungspreisleitlinien erstrebenswert. Allerdings könnte eine solche ebenfalls durch die Anpassung der internationalen Rechnungslegungsvorschriften an die OECD Verrechnungspreisleitlinien erfolgen. Dies wäre die bessere Lösung. Denn die Gegenauffassung hat Recht, wenn sie argumentiert, dass im umgekehrten Fall ein immaterieller Wert, der den Verrechnungspreis beeinflusse, lediglich aus dem Grund bei der Bestimmung des Verrechnungspreises nicht berücksichtigt werden könne, da die Definition zu eng sei.⁴¹² Dies wäre im Falle des Geschäfts- oder Firmenwerts und des Goodwill der Fall, für die fremde Dritte regelmäßig eine Zahlung leisten und die daher sowohl zwischen fremden Dritten als immaterieller Wert behandelt werden, als auch regelmäßig den Preis beeinflussen. Hierfür spricht zudem der letzte Satz von Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien. Der Auffassung, dass die Definition der Schwierigkeit geschuldet sei, eine allgemeine Definition des Geschäfts- oder Firmenwerts zu finden, ist zu entgegnen, dass es keine Schwierigkeit bereitet hätte, die Kriterien, die von Rechnungslegungsstandards entwickelt wurden, zu

⁴⁰⁸ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 907.

⁴⁰⁹ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 907.

⁴¹⁰ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 909.

⁴¹¹ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 908.

⁴¹² Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 907.

übernehmen. Die Folge wäre jedoch, dass ein immaterieller Wert lediglich aus dem Grund nicht unter die Definition dieses Begriffs fiel, da die Definition zu eng wäre. Im Ergebnis entspricht die hier vertretene Auffassung ebenfalls der bisherigen BFH-Rechtsprechung, nach der für das Vorliegen eines Wirtschaftsguts Separierbarkeit nicht erforderlich sei.⁴¹³ Vielmehr genüge es hiernach, wenn ein potenzieller Erwerber einen wirtschaftlichen Vorteil für derart greifbar und wertvoll halte, dass er bereit wäre, hierfür im Rahmen des Gesamtaufpreises eine besondere Zahlung zu leisten.⁴¹⁴ Für den Begriff des Wirtschaftsgutes ist hiernach die geforderte Separierbarkeit also nicht erforderlich. Mit Blick auf Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien stellt sich jedoch zudem nicht mehr die Frage, inwiefern der BFH seine Rechtsprechung zum Begriff des Wirtschaftsguts aufgegeben hat und wie er diesen Begriff nunmehr definiert, sowie, wie der Begriff der Sachgesamtheit definiert wird und inwiefern er sich vom Begriff des Geschäfts- oder Firmenwerts oder Goodwills und des Wirtschaftsguts unterscheidet. Denn auf rechtliche Definitionen soll der Schwerpunkt nach dem letzten Satz von Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien ebenfalls nicht gelegt werden. Folgerichtig wird in Tz. 6.8 OECD Verrechnungspreisleitlinien ausgeschlossen, dass die Separierbarkeit eine Voraussetzung der Definition des immateriellen Werts ist. Die Forderung, dass der Geschäfts- oder Firmenwert kein immaterieller Wert sein soll, schließlich ist durch die für diese Forderung vorgebrachten Gründe nicht begründet. Denn in den Fällen, in denen der Geschäfts- oder Firmenwert einen immateriellen Wert darstellt, werden entgegen dem von dieser Auffassung genannten Beispiel nicht lediglich Vergleichbarkeitsfaktoren übertragen und mit diesen verbundener Geschäfts- oder Firmenwert, sondern der Geschäfts- oder Firmenwert als immaterieller Wert selbst. Woher sich dieser speist, ist hingegen irrelevant. Relevant ist ausschließlich, dass fremde Dritte hierfür regelmäßig eine Zahlung leisten würden. Dies würden sie nach einer zustimmungswürdigen Auffassung jedoch z. B. für Standort- und Synergievorteile nicht tun, die keine selbständigen Vorteile sondern lediglich Vergleichbarkeitsfaktoren seien, da diese insbesondere nicht selbständig bewertbar seien.⁴¹⁵ Weiterhin ist die Auffassung, die dazu führt, dass die Separierbarkeit über den handelsrechtlichen Begriff des Vermögensgegenstandes dennoch Eingang in die Definition des immateriellen Werts zu Verrechnungspreiszielen führt, ebenfalls abzulehnen.⁴¹⁶ Denn

⁴¹³ Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 647; vgl. zudem: Oestreicher, IStR 2020, 575, 578; so wohl zudem: Schnorberger/Etzig, BB 2020, 1630, 1635.

⁴¹⁴ Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 647; Oestreicher, IStR 2020, 575, 578.

⁴¹⁵ Vgl. Oestreicher, IStR 2020, 575, 578; hier jedoch in einem anderen Kontext.

⁴¹⁶ Vgl. zu dieser Auffassung: Kroppen, Rasch, Band II, OECD-Verrechnungspreisleitlinien, Identifizieren von „Intangibles“ (Lfg. 31), Rn. 71.

die OECD wollte ausdrücklich eine eigene Definition dieses Begriffs schaffen, die auch von den handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Definitionen für allgemeine Zwecke unabhängig sein sollte.⁴¹⁷ Dieses unterläuft diese Auffassung gänzlich.

Schließlich ist die Kritik zurückzuweisen, dass eine genaue Definition von „goodwill“ und „ongoing concern value“ fehle, obwohl solche vor dem Hintergrund uneinheitlicher Definitionen für den Geschäftswert wünschenswert gewesen seien.⁴¹⁸ Ein solches Erfordernis wird in den OECD Verrechnungspreisleitlinien gerade nicht gesehen (vgl. Tz. 6.28 OECD Verrechnungspreisleitlinien) und besteht bei einer Verrechnungspreisanalyse, bei der es um immaterielle Werte geht, zudem nicht vor dem Hintergrund, dass es auf rechtliche Definitionen und solche der Rechnungslegung gerade nicht ankommt, sondern darauf, welche Bedingungen zwischen unabhängigen Dritten für einen vergleichbaren Geschäftsvorfall vereinbart worden wären, das heißt, ob eine Vergütung für solche immateriellen Werte geleistet worden wäre.⁴¹⁹

Es wurde ferner vertreten im Zusammenhang mit dem Referentenentwurf zum ATAD-Umsetzungsgesetz, dass eine eigenständige Definition immaterieller Werte für Verrechnungspreiszwecke abzulehnen sei.⁴²⁰ Die praktischen Unterschiede zwischen immateriellen Werten, immateriellen Wirtschaftsgütern und immateriellen Vermögenswerten seien derart gering, dass sie vernachlässigt werden könnten.⁴²¹ Mit Einführung dieser Definition in das deutsche Recht werde jedoch ein Parallelregime geschaffen.⁴²² Es würde ferner zu Unsicherheiten führen, wenn die BFH-Rechtsprechung zum Begriff des Wirtschaftsguts gleichzeitig aufgegeben werde.⁴²³ Diese Auffassung wird nicht geteilt. Denn eine international harmonisierte, eigenständige Definition kann Doppelbesteuerungsrisiken mindern. Dadurch, dass die Definition eigenständig war und nicht mit dem Handels- und übrigen Steuerrecht übereinstimmen musste, wurde sie von anderen Konflikten befreit und dadurch konsensfähiger. Dies verbesserte die Möglichkeit, international eine gemeinsame

⁴¹⁷ Zu steuerrechtlichen Definitionen zu allgemeinen Zwecken: vgl. Tz. 6.7 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch): „und lässt sich auch nicht aus dieser ableiten“; Rasch selbst: Kroppen, Rasch, Band II, OECD-Verrechnungspreisleitlinien, Identifizieren von „Intangibles“ (Lfg. 31), Rn. 65.

⁴¹⁸ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2412.

⁴¹⁹ Vgl. Tz. 6.6 und 6.29 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴²⁰ Oestreicher, IStR 2020, 575, 578; Schnorberger/Etzig, BB 2020, 1630, 1635.

⁴²¹ Schnorberger/Etzig, BB 2020, 1630, 1635.

⁴²² Vgl. Schnorberger/Etzig, BB 2020, 1630, 1635.

⁴²³ Oestreicher, IStR 2020, 575, 578.

Definition zu finden, obwohl ggf. auf anderen Rechtsgebieten und bei anderen Rechtsfragen hinsichtlich immaterieller Güter kein Konsens herrscht. Selbst wenn im deutschen Recht keine wesentlichen Unterschiede bestehen sollten je nach Rechtsgebiet und bei anderen steuerrechtlichen Fragen, würde diese eigenständige Definition im deutschen Recht das Doppelbesteuerungsrisiko mindern. Denn sie würde im Falle internationaler Besteuerungskonflikte bewirken, dass zwischen allen Beteiligten Einigkeit und Klarheit über die Voraussetzungen herrscht.

Nach der gesonderten Identifizierung der übertragenen immateriellen Werte müssen die besonderen, wirtschaftlich erheblichen Risiken, die im Zusammenhang mit der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, dem Schutz und der Verwertung der immateriellen Werte stehen, identifiziert werden.

Sodann ist Schritt 2 des DEMPE-Konzepts durchzuführen. Zunächst ist hiernach ein besonderes Augenmerk auf die Feststellung der rechtlichen Inhaberschaft an immateriellen Werten auf der Basis rechtlicher Vereinbarungen zu legen.⁴²⁴ Die rechtlichen Vereinbarungen eines Geschäftsvorfalles können sowohl in schriftlichen Verträgen als auch in öffentlichen Registern, z. B. Registrierungen von Patenten oder Marken, ermittelt werden oder in Schriftwechseln und Mitteilungen zwischen den Parteien wiedergeben sein.⁴²⁵ Im Falle immaterieller Werte gilt ebenfalls, dass, falls keine schriftlichen Vereinbarungen bestehen oder der Sachverhalt einschließlich des Verhaltens der Parteien von solchen abweicht oder diese ergänzt, sich der tatsächliche Geschäftsvorfall aus dem festgestellten Sachverhalt, einschließlich des Verhaltens der Parteien, ergibt.⁴²⁶ Für Verrechnungspreiszwecke wird die rechtliche Inhaberschaft an dem immateriellen Wert anerkannt.⁴²⁷ Falls sich jedoch nach geltendem Recht oder aufgrund von Verträgen die rechtliche Inhaberschaft nicht feststellen lässt, dann gilt für Verrechnungspreiszwecke die rechtliche Inhaberschaft desjenigen Unternehmens des multinationalen Unternehmens, welches aufgrund der Gegebenheiten und Umstände die Kontrolle über die Entscheidung der Verwertung des immateriellen Werts ausübt und konkret dazu in der Lage ist, andere von der Nutzung des immateriellen Werts

⁴²⁴ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴²⁵ Tz. 6.35 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴²⁶ Tz. 6.36 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴²⁷ Tz. 6.40 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

auszuschließen.⁴²⁸ Für Verrechnungspreiszwecke werden ein immaterieller Wert und jede Nutzungsvereinbarung über diesen als unterschiedliche immaterielle Werte betrachtet, die einer unterschiedlichen Inhaberschaft unterliegen können.⁴²⁹

Ferner ist ein besonderes Augenmerk auf die vertraglichen Rechte und Pflichten zu legen.⁴³⁰ Vereinbarungen über Aufgaben, Zuständigkeiten und Rechte der verbundenen Unternehmen hinsichtlich immaterieller Werte können in Verträgen enthalten sein.⁴³¹ Hierin kann geregelt sein, wer Finanzierungsmittel zur Verfügung stellt, die Forschung und Entwicklung durchführt, die Funktionen der Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte ausübt, wie Einnahmen und Ausgaben für immaterielle Werte verteilt werden und in welcher Form und Höhe die jeweiligen Beiträge der Unternehmen des multinationalen Unternehmens entgolten werden.⁴³² Hier gilt ebenfalls, und dies zudem im Falle immaterieller Werte, dass, falls keine schriftlichen Vereinbarungen bestehen oder der Sachverhalt einschließlich des Verhaltens der Parteien von solchen abweicht oder diese ergänzt, sich der tatsächliche Geschäftsvorfall aus dem Sachverhalt einschließlich des Verhaltens der Parteien ergibt.⁴³³

Ein weiterer Vergleichbarkeitsfaktor sind die Eigenschaften des betreffenden Wirtschaftsguts: Eigenschaften eines immateriellen Werts, die zu berücksichtigen sind, sind insbesondere: Die Art des Geschäftsvorfalles, d. h., ob es sich z. B. um eine Nutzungsvereinbarung oder die Übertragung eines immateriellen Werts handelt, die Art des immateriellen Werts, d. h. ob es sich z. B. um ein Patent, eine Marke oder Know-how handelt, Schutzgrad und –dauer und welche Vorteile aus der Nutzung des immateriellen Werts erwartet werden.⁴³⁴ Schließlich wie der immaterielle Wert zur Wertschöpfung im Rahmen der untersuchten Geschäftsvorfälle beiträgt, die ausgeübten wichtigen DEMPE-Funktionen sowie übernommenen spezifischen Risiken und das Zusammenwirken des immateriellen Werts zum Zwecke der Wertschöpfung mit anderen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern und Werten sowie Geschäftstätigkeiten.⁴³⁵ Hier muss in Fällen von Übertragungen von Kombinationen

⁴²⁸ Tz. 6.40 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴²⁹ Tz. 6.41 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³⁰ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³¹ Tz. 6.35 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³² Tz. 6.35 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³³ Vgl. Tz. 6.36 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³⁴ Tz. 1.107 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³⁵ Vgl. Tz. 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch), auch wenn hier von einer Identifizierung

immaterieller Werte die Art der rechtlichen und wirtschaftlichen Wechselwirkungen, die zwischen den in Kombination übertragenen immateriellen Werten bestehen, bestimmt werden.⁴³⁶ Denn manche immateriellen Werte und Rechte an solchen sind in Kombination mit anderen wertvoller als bei gesonderter Betrachtung.⁴³⁷ Möglich ist zudem eine Kombination von Geschäftsvorfällen mit immateriellen Werten oder Rechten an solchen mit anderen Geschäftsvorfällen, z. B. mit Dienstleistungen, wie bei einer Franchise möglich.⁴³⁸ Die Wechselwirkungen des immateriellen Werts mit den Dienstleistungen müssen im Falle einer Franchise ebenfalls bestimmt werden, da diese den Wert beider erhöhen können.⁴³⁹

Ferner zählen zu den Vergleichbarkeitsfaktoren die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten und des maßgeblichen Marktes: Zunächst muss der oder müssen die relevanten Märkte identifiziert werden.⁴⁴⁰ Auf diesem Markt zu berücksichtigende wirtschaftliche Umstände sind z. B.: Die Marktgröße, die Marktstufe, wie Einzel- oder Großhandel, Art und Umfang der Marktregulierung, wie stark der Markt umkämpft ist und die jeweilige Wettbewerbsstellung der Angebots- und Nachfrageseite, Angebots- und Nachfragehöhe im Gesamtmarkt und ggf. in bestimmten Regionen, die geographische Lage, die Produktionskosten, die Transportkosten, die Kaufkraft, die Verfügbarkeit substituierender immaterieller Werte und das Risiko der Substitution sowie der Zeitpunkt der Geschäftsvorfälle.⁴⁴¹ Ferner ist das Bestehen eines Zyklus, wie eines Konjunktur- oder Produktzyklus, zu bestimmen.⁴⁴² Schließlich ist der geographische Markt zu bestimmen, der sowohl große regionale, über Staatsgrenzen hinausgehende Märkte als auch Teile des Marktes eines Staates umfassen kann.⁴⁴³

Weiterhin zählen zu den Vergleichbarkeitsfaktoren die Geschäftsstrategien der Parteien: Im Rahmen der Geschäftsstrategien der Parteien sind alle jene Faktoren zu berücksichtigen, die sich auf den täglichen Geschäftsbetrieb auswirken; insbesondere sind dies: Die Beurteilung politischer Veränderungen, die Auswirkungen von Arbeitsgesetzen (bestehende oder

im Rahmen der Funktionsanalyse die Rede ist.

⁴³⁶ Tz. 6.92 und 6.93 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³⁷ Tz. 6.93 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³⁸ Vgl. Tz. 6.98 ff. OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴³⁹ Vgl. Tz. 6.100 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁴⁰ Tz. 1.110 i. V. m. Tz. 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁴¹ Tz. 1.110 i. V. m. Tz. 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁴² Tz. 1.111 i. V. m. Tz. 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁴³ Tz. 1.112 i. V. m. Tz. 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

geplante), der Diversifikationsgrad, die Risikoaversion, die Vertragsdauer von Verträgen sowie die Entwicklung und Innovation neuer Produkte.⁴⁴⁴ Markterschließungsprogramme, wie die Erschließung eines Marktes oder die Ausweitung oder Verteidigung des eigenen Marktanteils, zählen ebenfalls hierzu.⁴⁴⁵

Durchzuführen ist schließlich eine Funktionsanalyse, einschließlich der ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingebrachten Wirtschaftsgüter, inklusive des Zusammenhangs zwischen diesen und der allgemeinen Wertschöpfung des multinationalen Unternehmens, der Transaktionsumstände und der einschlägigen Branchenpraktiken: Die Funktionsanalyse wird im nachfolgenden Gliederungspunkt dargestellt.

Als weitere Vergleichbarkeitsfaktoren sind Standortfaktoren und andere lokale Marktbedingungen, eine qualifizierte und eingearbeitete Mitarbeiterschaft sowie Synergieeffekte zu berücksichtigen.⁴⁴⁶

bbb. Funktionsanalyse

Uneingeschränkte Vergleichbarkeit müssen die Fremdvergleichswerte insbesondere im Hinblick auf die ausgeübten Funktionen, die eingesetzten Wirtschaftsgüter und die übernommenen Chancen und Risiken (Funktionsanalyse) aufweisen (vgl. § 1 Absatz 3 Satz 1 AStG). Der Begriff der Funktionsanalyse ist hier legal definiert als die Analyse der ausgeübten Funktionen, der eingesetzten Wirtschaftsgüter und der übernommenen Chancen und Risiken.⁴⁴⁷ Diese Definition ist angelehnt an die Formulierung in den OECD Verrechnungspreisleitlinien.⁴⁴⁸ Zwischen der Funktionsanalyse nach § 1 Absatz 3 Satz 1 AStG und der Funktionsanalyse nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien bestünde nach einer Auffassung lediglich Ähnlichkeit, jedoch nicht Identität.⁴⁴⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung hingegen entspricht es dem objektiven Willen des Gesetzgebers, die Funktionsanalyse nach § 1 Absatz 3 Satz 1 AStG in Harmonie mit der Funktionsanalyse nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien zu regeln. Dies ergibt sich bereits dadurch, dass der

⁴⁴⁴ Tz. 1.114 i. V. m. Tz. 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁴⁵ Tz. 1.115 i. V. m. Tz. 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁴⁶ Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 66.

⁴⁴⁷ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁴⁴⁸ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁴⁴⁹ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 176.

Gesetzgeber die Definition der Funktionsanalyse, wie soeben bereits erwähnt, ausdrücklich an die Formulierung in den OECD Verrechnungspreisleitlinien angelehnt hat.⁴⁵⁰

Vermutet wurde, dass die Änderungen der Funktionsanalyse durch BEPS Bericht 8 umgesetzt würden durch die Rechtsverordnung auf der Grundlage von § 1 Absatz 6 AStG, sog. Fremdvergleichsverordnung.⁴⁵¹ Umfang, Detaillierungsgrad und Zielrichtung der Umsetzung von BEPS Bericht 8 im Rahmen dieser Rechtsverordnung waren noch ungewiss.⁴⁵² Eine Umsetzung schien zudem durch §§ 1 ff. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATADUmsG-RefEntw) möglich. Weder diese Rechtsverordnung noch §§ 1 ff. ATADUmsG-RefEntw waren jedoch zum Zeitpunkt des Abschlusses der Untersuchung verkündet worden und konnten daher nicht im Rahmen dieser Untersuchung berücksichtigt werden. Vielmehr tauchte unerwartet die Änderung des § 1 AStG, außer diejenige des § 1 Absatz 2 AStG, kurz vor Abschluss der Untersuchung in einer Bundesratsdrucksache datiert auf den 22.01.2021 auf, ohne dass ersichtlich gewesen wäre, wie das weitere Gesetzgebungsverfahren verlaufen und welches Schicksal die restlichen Regelungen §§ 1 ff. ATADUmsG-RefEntw ereilen würde.⁴⁵³ Daher verblieb es im Rahmen dieser Untersuchung dabei, dass die Funktionsanalyse nach § 1 Absatz 3 Satz 1 AStG in Harmonie mit der Funktionsanalyse nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien auszulegen ist, da dies dem objektiven Willen des Gesetzgebers entspricht. Nach Abschluss dieser Untersuchung wurde § 1 AStG geändert und §§ 1, 1a AStG n. F. traten in Kraft. Hierauf und auf die Änderung des § 1 Absatz 2 AStG wird am Ende des ersten Kapitels eingegangen, jedoch lediglich kurz.

Die Funktionsanalyse ist erforderlich, um den Grad der Vergleichbarkeit und das Erfordernis sachgerechter Anpassungen festzustellen.⁴⁵⁴ Insbesondere durch die Funktionsanalyse sind die den Fremdvergleichswerten zugrunde liegenden Geschäftsbedingungen zu ermitteln und im Falle des Erfordernisses sachgerechter Anpassungen sind die Auswirkungen der Unterschiede auf den jeweiligen Fremdvergleichswert zu beziffern.⁴⁵⁵ Sie hat sowohl für diejenigen Parteien, zwischen denen die Fremdvergleichswerte zustande gekommen sind, als auch für die

⁴⁵⁰ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁴⁵¹ Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 61.

⁴⁵² Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 61.

⁴⁵³ Vgl. BR-Drs. 50/21, S. 15 ff.

⁴⁵⁴ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 105.

⁴⁵⁵ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 105.

Parteien des zu untersuchenden Geschäftsvorfalles zu erfolgen.⁴⁵⁶ Anders ist dies im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen. Bei der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen dort erfolgt die Funktionsanalyse lediglich für den untersuchten Geschäftsvorfall. Mittels der Funktionsanalyse sind die wirtschaftlich bedeutenden Funktionen (Tätigkeiten und Aufgaben), die bereitgestellten oder genutzten Wirtschaftsgüter und die übernommenen Risiken zu bestimmen.⁴⁵⁷ Dies gilt auch im Falle immaterieller Werte.⁴⁵⁸ Bei der Identifizierung der Geschäftsbedingungen und hier bei der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen hat dies für jedes relevante Unternehmen des multinationalen Unternehmens zu erfolgen.⁴⁵⁹ Maßgeblich ist im Rahmen der Funktionsanalyse nicht die Quantität, sondern die wirtschaftliche Bedeutung der Beiträge mit Blick auf die Häufigkeit, die Art und den Nutzen für die jeweiligen am Geschäftsvorfall beteiligten Nahestehenden.⁴⁶⁰ Insbesondere im Falle immaterieller Werte ist die relative Bedeutung der einzelnen Beiträge abhängig von der Sachlage.⁴⁶¹ Im Falle immaterieller Werte erfordert die Funktionsanalyse ferner, die relevanten immateriellen Werte, die Art und Weise, wie sie zur Wertschöpfung im konkreten Fall beitragen, die DEMPE-Funktionen und –Risiken sowie, wie sie mit anderen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern und Werten sowie Geschäftstätigkeiten hinsichtlich der Wertschöpfung zusammenwirken, zu identifizieren und zu analysieren, wie wichtig die relevanten immateriellen Werte in den globalen Geschäftsabläufen des multinationalen Unternehmens sind.⁴⁶² Schwierigkeiten bereiten in diesen Fällen die folgenden Sachverhalte: Von multinationalen Unternehmen selbst entwickelte immaterielle Werte, insbesondere in Fällen, in denen solche noch während ihrer Entwicklung zwischen den Unternehmen übertragen werden; erworbene oder selbst entwickelte immaterielle Werte, die als Basis für weitere Entwicklung dienen; sowie Sachverhalte, bei denen andere Gesichtspunkte, z. B. Marketing oder Fertigung, für die Wertschöpfung besonders wichtig sind.⁴⁶³

Aus dem Obigen ergibt sich ferner, dass an dieser Stelle im Falle immaterieller Werte im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen und hier bei der Identifizierung der

⁴⁵⁶ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 176.

⁴⁵⁷ Tz. 1.51 i. V. m. Tz. 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁵⁸ Vgl. Tz. 6.3 und 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁵⁹ Vgl. Tz. 6.3 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁶⁰ Tz. 1.51 i. V. m. Tz. 6.110 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁶¹ Tz. 6.49 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁶² Tz. 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁶³ Tz. 6.49 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen Schritt 3 des DEMPE-Konzepts zu erfolgen hat.

(1) Die ausgeübten Funktionen

Bei dem Begriff der Funktion handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auslegungsbedürftig ist.⁴⁶⁴ Wirtschaftlich wichtige Funktionen sind nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien Tätigkeiten und Aufgaben.⁴⁶⁵ Bei einem höheren Detaillierungsgrad ist zunächst nach Tätigkeiten und Aufgaben zu unterscheiden. Bei diesen handelt es sich im Wesentlichen um Forschung und Entwicklung, Herstellung von Produkten, Vertrieb, Unternehmensverwaltung, Finanzierung und Versicherung.⁴⁶⁶ Im Zusammenhang mit immateriellen Werten sind die Tätigkeiten und Aufgaben „Forschung und Entwicklung“, „Unternehmensverwaltung“ sowie „Finanzierung“ von besonderer Relevanz. Die Kernfunktionen bei der Forschung und Entwicklung sind beispielsweise Grundlagenforschung, Produktentwicklung, Produktdesign, Lizenzierung, Patententwicklung sowie Kontrolle und Management der Risiken; die Kernfunktionen der Unternehmensverwaltung sind beispielsweise Leitung, Koordination, Strategieentwicklung, Controlling, Finanzierung, Rechnungslegung, Mitarbeitersuche und –schulung sowie Kontrolle und Management der Risiken.⁴⁶⁷

Zu bestimmen sind im Falle immaterieller Werte im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen und hier bei der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen die wichtigen ausgeübten Funktionen hinsichtlich der DEMPE-Funktionen.⁴⁶⁸ Es sind mithin diejenigen Parteien zu bestimmen, die hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte Funktionen ausüben.⁴⁶⁹ Die Wichtigkeit einer Funktion ist einzelfallabhängig.⁴⁷⁰ Die OECD

⁴⁶⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 191.

⁴⁶⁵ Vgl. Tz. 1.51 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁶⁶ Vgl. Tz. 41 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁴⁶⁷ Vgl. auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 193; vgl. Tz. 41 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁴⁶⁸ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 194; Tz. 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. auch: Tz. 6.50 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁶⁹ Tz. 6.34 und 6.50 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁷⁰ Tz. 6.56 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Verrechnungspreisleitlinien enthalten keine Definition der wichtigen Funktionen.⁴⁷¹ Vielmehr werden die wichtigen Funktionen mittels beispielhafter Tätigkeiten und Aufgaben überwiegend für bestimmte Fälle umschrieben.⁴⁷² Diese beispielhafte Aufzählung ist einzelfallabhängig um weitere Tätigkeiten und Aufgaben, wie sie oben zum Beispiel dargestellt wurden, zu ergänzen oder es sind im Einzelfall weniger wichtige Tätigkeiten und Aufgaben aus ihr zu streichen.⁴⁷³ Maßgeblich ist bei der Festlegung des Detaillierungsgrades die relative Bedeutung der einzelnen Funktionen für die Wertschöpfung.⁴⁷⁴ Diese wird gemessen mittels der Häufigkeit, Art und dem Nutzen der Funktion.⁴⁷⁵ In Fällen selbstgeschaffener immaterielle Werte oder erworbener oder selbstgeschaffener immaterielle Wirtschaftsgüter, die als Basis für weitere Entwicklungen eingesetzt werden, also bei Sachverhalten, die Schwierigkeiten bereiten, sind insbesondere folgende Funktionen besonders wichtig: Das Design und die Kontrolle von Forschungsprogrammen; das Design und die Kontrolle von Marketingprogrammen; die Leitung und Festlegung der Prioritäten schöpferischer Unternehmungen inklusive der Vorgaben des Kurses sogenannter Blue-Sky-Forschung; die Kontrolle strategischer Entscheidungen hinsichtlich Entwicklungsprogrammen für immaterielle Werte; die Verwaltung des Etats und die Etatüberwachung.⁴⁷⁶ Im Falle aller immateriellen Werte sind darüber hinaus wichtige Funktionen: Wichtige Entscheidungen betreffend die Verteidigung und den Schutz immaterieller Werte und die laufende Qualitätskontrolle ausgelagerter Funktionen, die sich auf den Wert des immateriellen Werts wesentlich auswirken können.⁴⁷⁷ Nicht zu den wichtigen Funktionen zählt die reine Finanzierung von Forschungs- und Entwicklung.⁴⁷⁸ Vielmehr handelt es sich bei dieser Finanzierung um ein eingebrachtes Wirtschaftsgut.⁴⁷⁹

Funktionen müssen grundsätzlich von dem jeweiligen Unternehmen selbst ausgeführt werden, um ausgeübt zu werden.⁴⁸⁰ Für die Zuordnung der Ausübung von Funktionen ist die

⁴⁷¹ Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

⁴⁷² Vgl. Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

⁴⁷³ Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

⁴⁷⁴ Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

⁴⁷⁵ Vgl. Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 68 mit Verweis auf Tz. 1.51 OECD Verrechnungspreisleitlinien.

⁴⁷⁶ Tz. 6.56 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁷⁷ Tz. 6.56 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁷⁸ Vgl. Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 832; Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

⁴⁷⁹ Tz. 6.48 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁸⁰ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 190.

Personalfunktion maßgeblich.⁴⁸¹ Hiernach übt jene Rechtseinheit die Funktion aus, die die oder der Mitarbeitende, die oder der diese Tätigkeit ausführt, zuzuordnen ist.⁴⁸² Funktionen dürfen zudem ausgelagert werden. In diesem Fall ist allerdings zu bestimmen, welche Partei die ausgelagerte Funktion überwacht.⁴⁸³ Nicht erforderlich ist, dass die ausgelagerten Funktionen von rechtlich Inhabenden selbst überwacht werden.⁴⁸⁴ Es muss jedoch analysiert werden, welches Unternehmen des multinationalen Unternehmens tatsächlich die Ausübung wichtiger ausgelagerter Funktionen überwacht.⁴⁸⁵ Hierzu sind die Prinzipien über die Bestimmung der Risikokontrolle analog anzuwenden.⁴⁸⁶ Wichtig ist es, die Fähigkeit eines bestimmten Unternehmens zur Ausübung der Überwachung und die tatsächliche Ausübung solcher Überwachungsfunktionen zu analysieren.⁴⁸⁷ Die Kontrolle über die ausgelagerten Funktionen muss von rechtlich Inhabenden in dem Sinne behalten werden, dass sie die Fähigkeit haben, das mit der jeweiligen Funktion verbundene Risiko zu überwachen, damit ihnen die Ausübung der Funktion zugerechnet wird.⁴⁸⁸ An dieser Stelle verbindet sich das DEMPE-Konzept mit den Fragen, die den Schwerpunkt von BEPS Bericht 9 darstellen und hier daher nicht vertieft werden sollen.⁴⁸⁹

(2) Die eingesetzten Wirtschaftsgüter

Bei den Wirtschaftsgütern kann im Wesentlichen ebenfalls nach den im Rahmen der Funktionen genannten Tätigkeiten unterschieden werden.⁴⁹⁰ Bei diesen Tätigkeiten werden insbesondere folgende wirtschaftlich wichtige Wirtschaftsgüter eingesetzt: bei der Forschung und Entwicklung: Patente, Lizenzen und wesentliche immaterielle Werte; bei der Herstellung von Produkten: Lizenzen, Produkt- und/oder Prozess-Know-how, Marken, Grundstücke, Fertigungsanlagen und Abnahmegarantien; beim Vertrieb: Vertriebsrechte, Markenrechte, Kundenstamm, Fahrzeuge und Lagervorrichtung; bei der Unternehmensverwaltung: spezifische Software, Know-how, Grundstücke und Gebäude; bei der Finanzierung:

⁴⁸¹ IDW, S. 87.

⁴⁸² IDW, S. 87.

⁴⁸³ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁸⁴ Vgl. Tz. 6.53 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁸⁵ Vgl. Tz. 6.53 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁸⁶ Tz. 6.53 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch): vgl. zu den Prinzipien über die Bestimmung der Risikokontrolle: Kapitel I, Abschnitt D.1.2.1 der OECD Verrechnungspreisleitlinien.

⁴⁸⁷ Tz. 6.53 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁸⁸ Koch, IStR 2016, 881, 884.

⁴⁸⁹ Vgl. Koch, IStR 2016, 881, 884.

⁴⁹⁰ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 197; vgl. Tz. 41 Verwaltungsgrundsätze 2020.

sicherungsübereignete Vermögenswerte und Know-how.⁴⁹¹ Die Funktionsanalyse sollte im Hinblick auf die eingesetzten Wirtschaftsgüter sowohl ihre Art als auch ihre Beschaffenheit berücksichtigen.⁴⁹² Zu der Art der eingesetzten Wirtschaftsgüter zählt z. B., ob es sich hierbei um wertvolle immaterielle Werte handelt.⁴⁹³ Zu der Beschaffenheit der eingesetzten Wirtschaftsgüter zählt, z. B. ihr Alter, Marktwert, Standort und der verfügbare rechtliche Schutz an ihrem Eigentum.⁴⁹⁴ Die Wirtschaftsgüter müssen eingesetzt werden.

Wird ein immaterieller Wert nicht übertragen, sondern wird er lediglich im Rahmen eines Geschäftsvorfalles als Wirtschaftsgut genutzt, dann sollte im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen bei der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen erst an dieser Stelle die gesonderte Bestimmung der relevanten immateriellen Werte erfolgen.⁴⁹⁵ Eine Zusammenfassung immaterieller Werte ist in bestimmten Fällen möglich.⁴⁹⁶ Nach der Bestimmung sollte in diesen Fällen analysiert werden, welche Bedeutung diese in den globalen Geschäftsabläufen des multinationalen Unternehmens haben.⁴⁹⁷ Ferner sollten die folgenden Aspekte in diesen Fällen bestimmt werden: Wie diese relevanten immateriellen Werte zur Wertschöpfung im Rahmen des untersuchten Geschäftsvorfalles beitragen; die ausgeübten wichtigen DEMPE-Funktionen; die übernommenen spezifischen DEMPE-Risiken und das Zusammenwirken dieser relevanten immateriellen Werte zum Zwecke der Wertschöpfung mit anderen materiellen Wirtschaftsgütern und immateriellen Werten sowie Geschäftstätigkeiten.⁴⁹⁸ Die identifizierten genutzten, relevanten immateriellen Werte werden außerdem bei der Vergleichbarkeitsanalyse, der Wahl und Anwendung der geeignetsten Verrechnungspreismethode und der Wahl der geprüften Partei berücksichtigt.⁴⁹⁹

In den Fällen, in denen jedoch der immaterielle Wert übertragen wird, sind im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen bei der Identifizierung der kaufmännischen oder

⁴⁹¹ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 197; Tz. 41 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁴⁹² Unter Verwendung des Begriffs „Qualität“ statt „Beschaffenheit“: Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 106; Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 180; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 198; Tz. 1.54 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁹³ Tz. 1.54 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁹⁴ Tz. 1.54 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁹⁵ Vgl. Tz. 6.12 und 6.104 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁹⁶ Tz. 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁹⁷ Vgl. Tz. 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁹⁸ Vgl. Tz. 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁴⁹⁹ Tz. 6.104 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

finanziellen Beziehungen an dieser Stelle lediglich diejenigen Parteien zu bestimmen, die hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte wirtschaftlich wichtige Wirtschaftsgüter einbringen.⁵⁰⁰ Geht es um die Nutzung eines immateriellen Werts im Rahmen eines Geschäftsvorfalles, erfolgt diese Analyse hier zusätzlich zu den oben erwähnten Analysen.

Bei diesen wirtschaftlich wichtigen Wirtschaftsgütern kann es sich zum Beispiel handeln um in der Forschung und Entwicklung eingesetzte immaterielle Werte (wie Patente) oder im Marketing eingesetzte immaterielle Werte (wie Kundenstamm), materielle Wirtschaftsgüter oder Finanzierungsmittel.⁵⁰¹ Eine besondere Relevanz haben jedoch die Fälle der Finanzierung der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung eines immateriellen Werts. Bei der Bestimmung von Art und Umfang der Vergütung einer reinen Finanzierung müssen alle relevanten Gegebenheiten berücksichtigt werden und sie muss dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechen.⁵⁰² Diesem entspricht es, dass ein Unternehmen, das ausschließlich die Finanzierung beiträgt, grundsätzlich einen geringeren Ertrag erwarten kann als ein ansonsten vergleichbarer Finanzier, der außerdem weitere Beiträge erbringt (z. B. Überwachung wichtiger Risiken im Zusammenhang mit der finanzierten Tätigkeit, Ausübung und Kontrolle wichtiger Funktion im Zusammenhang mit der finanzierten Tätigkeit oder dem finanzierten Wirtschaftsgut).⁵⁰³ Zu berücksichtigen ist bei der Klärung der Frage, welche Beiträge vom Unternehmen erbracht werden, dass Finanzierung und Risiko mit einander verbunden sind.⁵⁰⁴ Ebenfalls aus diesem Grund ist es wichtig, zwischen dem Finanzierungsrisiko und den operationellen Risiken, die mit den operativen, finanzierten Tätigkeiten verbunden sind, zu unterscheiden.⁵⁰⁵ Überwacht ein Unternehmen einzig das Finanzierungsrisiko seiner Finanzierung, erhält es lediglich eine risikobereinigte Rendite für diese.⁵⁰⁶ Um jedoch wenigstens eine risikobereinigte Rendite hinsichtlich der Finanzierung zu erhalten, ist es erforderlich, dass das Unternehmen das Finanzierungsrisiko seiner Finanzierung überwacht. Hierbei hängen Art und Form der

⁵⁰⁰ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁰¹ Tz. 6.59 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁰² Vgl. Tz. 6.59 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁰³ Tz. 6.59 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁰⁴ Tz. 6.60 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁰⁵ Tz. 6.61 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁰⁶ Vgl. Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 832; Tz. 6.61 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. zu Wirtschaftsgut: Tz. 6.48 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

Tätigkeiten, die erforderlich sind, um dies zu tun, davon ab, wie risikobehaftet die Finanzierung ist, wenn man die auf dem Spiel stehende Summe und die Investition, für die diese genutzt wird, berücksichtigt.⁵⁰⁷ Jedenfalls jedoch erfordert die Überwachung des Finanzierungsrisikos, dass das Unternehmen fähig ist, die relevanten Entscheidungen über die Bereitstellung der Finanzierungsmittel zu treffen, und diese Entscheidungsfunktion zudem tatsächlich ausübt.⁵⁰⁸ Bei der Finanzierung der Entwicklung eines immateriellen Werts sind hierbei folgende Entscheidungen solche, die sich auf die Bereitstellung der Finanzierungsmittel und die Bedingungen des Geschäftsvorfalles beziehen: Die wichtigen Entscheidungen bezüglich der Annahme der Finanzierung, die wichtigen Entscheidungen bezüglich der Abgabe der Finanzierung, die wichtigen Entscheidungen bezüglich der Ablehnung der Finanzierung und die Entscheidungen über das Ob der Reaktion auf das Finanzierungsrisiko und die Entscheidungen über das Wie der Reaktion auf das Finanzierungsrisiko.⁵⁰⁹

Das soeben Dargestellte bedeutet aber nicht, dass Überwachungsfunktionen hinsichtlich des Finanzierungsrisikos nicht ausgelagert werden dürfen. Falls die Partei das Finanzierungsrisiko überwacht, jedoch die Tätigkeiten der laufenden Risikominderung des Finanzierungsrisikos auslagert, muss sie dennoch diejenigen Aktivitäten ausüben, die in Tz. 1.65 und 1.66 OECD Verrechnungspreisleitlinie bezüglich der Tätigkeiten der laufenden Risikominderung des Finanzierungsrisikos genannt sind.⁵¹⁰ Lagert sie ferner zudem diese Tätigkeiten aus, muss sie dennoch die in Tz. 1.65 und 1.66 OECD Verrechnungspreisleitlinie genannten Tätigkeiten bezüglich vorbereitender Arbeiten zur Erleichterung der Entscheidung ausüben.⁵¹¹

Überwacht ein Unternehmen einzig das Finanzierungsrisiko seiner Finanzierung, erhält es, wie bereits dargestellt, lediglich eine risikobereinigte Rendite hinsichtlich dieser.⁵¹² Vertreten wird hingegen die Auffassung, dass dies nicht etwa dahingehend zu verstehen sei, dass dem Unternehmen lediglich eine Routinevergütung auf sein eingesetztes Kapital zustehe und die Residualgewinne und -verluste den verbundenen Routinegesellschaften zugeordnet würden.⁵¹³

⁵⁰⁷ Tz. 6.63 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁰⁸ Tz. 6.63 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁰⁹ Tz. 6.64 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵¹⁰ Tz. 6.63 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵¹¹ Tz. 6.63 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵¹² Vgl. Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 832; Tz. 6.61 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

⁵¹³ Schmidtke, IStR 2015, 120, 123.

Denn dies sei mit dem Fremdvergleichsgrundsatz unvereinbar und eine willkürliche Recharakterisierung des Geschäftsvorfalles.⁵¹⁴ Da dies nicht dem verwirklichten Sachverhalt entspräche, sofern die Mittel projektbezogen gezahlt und nicht besichert seien; es sich also um Risikokapital handele.⁵¹⁵ Sondern dahingehend, dass eine Projektfinanzierung für das jeweilige Forschungsprojekt erfolge, bei der die Rückzahlung der Finanzierung bedingt sei durch einen ausreichenden Cashflow aus dem Projekt.⁵¹⁶ Dieser Ansatz entspräche dem Fremdvergleichsgrundsatz.⁵¹⁷ Diese Auffassung widerspricht den eindeutigen Ausführungen in den OECD Verrechnungspreisleitlinien (vgl. Tz. 6.61 OECD Verrechnungspreisleitlinien) und ist daher abzulehnen. Wie bereits erwähnt, ist jeder Finanzierung ein gewisses Risiko inhärent; wobei Art und Umfang des Risikos variieren (vgl. Tz. 6.60 OECD Verrechnungspreisleitlinien). Gegen den Fremdvergleichsgrundsatz wird im Falle von Risikokapital hierbei ebenfalls nicht verstoßen, wenn der angemessene risikobereinigte Gewinn, z. B. auf der Grundlage des Gewinns einer vergleichbaren, realistischen Alternativinvestition, bestimmt wird und hierbei die realistischen Finanzierungsalternativen desjenigen Unternehmens ebenfalls berücksichtigt werden, das die Finanzierung erhält (vgl. Tz. 6.62 OECD Verrechnungspreisleitlinien). Zu berücksichtigen ist allerdings zudem, dass ein Risikokapitalgeber höhere Anforderungen hinsichtlich Art und Umfang der Tätigkeiten, die zur Überwachung des Finanzierungsrisikos erforderlich sind, zu erfüllen hat (vgl. 6.63 OECD Verrechnungspreisleitlinien). Jedenfalls muss er die Fähigkeit besitzen, die relevanten Entscheidungen über die Finanzierung zu treffen, und diese Entscheidungsfunktion zudem tatsächlich ausüben (vgl. Tz. 6.63 OECD Verrechnungspreisleitlinien). Im Falle eines Risikokapitalgebers steigen jedoch die Anforderungen an diese Fähigkeit und er muss geeignete Vorkehrungen treffen, um diese Entscheidungsfunktion ausüben zu können (vgl. Tz. 6.64 OECD Verrechnungspreisleitlinien). Die Auslagerung gewisser Überwachungsfunktionen setzt ebenfalls die Ausübung gewisser anderer, bereits beschriebener Funktionen, voraus (vgl. Tz. 6.63 OECD Verrechnungspreisleitlinien). Weitere Risiken werden im Übrigen im Falle eines Risikokapitalgebers ebenfalls ggf. nicht übernommen, zudem werden keine weiteren Funktionen ausgeübt oder Wirtschaftsgüter eingebracht. Daher ist nicht ersichtlich, weshalb einem Risikokapitalgeber, im Gegensatz zu

⁵¹⁴ Schmidtke, IStR 2015, 120, 123.

⁵¹⁵ Schmidtke, IStR 2015, 120, 124.

⁵¹⁶ Schmidtke, IStR 2015, 120, 123.

⁵¹⁷ Schmidtke, IStR 2015, 120, 124.

jeder anderen reinen Finanzierung, ein höherer Gewinnanteil als ein angemessener risikobereinigter Gewinn zustehen sollte.

(3) Die übernommenen Chancen und Risiken

Der Begriff Chance ist unter Rückgriff auf die Geschäftschancenlehre zu definieren.⁵¹⁸ Chancen sind hiernach ausschließlich sehr konkrete Aussichten auf künftige Gewinne der Marktpartner.⁵¹⁹ Risiko ist die „Auswirkung von Unsicherheit auf die geschäftlichen Ziele des Unternehmens“.⁵²⁰ Im Hinblick auf Risiken kann nach denselben Tätigkeiten unterschieden werden wie bei Funktionen.⁵²¹ Folgende wirtschaftlich wichtige Risiken werden im Rahmen dieser Tätigkeiten insbesondere übernommen: bei der Forschung und Entwicklung: Forschung, die fehlschlägt, Marktvorteile aus erfolgreicher Forschung, Chancen auf Lizenzeinnahme, Substitutionsrisiko, Marktrisiko, Patentrisiken; bei der Herstellung von Produkten: Investitionsrisiko, Kapazitäts- oder Auslastungsrisiko, Qualitätsrisiken, Umweltrisiken, Produkthaftungsrisiken, Risiko staatlicher Eingriffe (wie Umweltschutzregelungen und Mindestlöhne), Gewährleistungsrisiko; beim Vertrieb: Absatzrisiko (ein geänderter Publikumsgeschmack, Konjunkturschwäche), Chance auf einen Reingewinn aus Handels- bzw. Vertriebstätigkeit, Marktpreisrisiko, Inkassorisiko, Wechselkursrisiko, Transportrisiko und Lagerrisiko; bei der Unternehmensverwaltung: Geschäftsrisiko und Liquiditätsrisiko; bei Finanzierung: Wechselkursrisiko, Fristentransformationsrisiko, Liquiditätsrisiko und Debitorenrisiko.⁵²² Chancen und Risiken müssen schließlich übernommen werden.

Im Falle immaterieller Werte sind im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen bei der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen diejenigen Parteien zu bestimmen, die hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und

⁵¹⁸ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 181; vgl. hierzu auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 201.

⁵¹⁹ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 106; Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 181.

⁵²⁰ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 204 mit Verweis auf Tz. 1.71 OECD Verrechnungspreisleitlinien.

⁵²¹ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 203; Tz. 41 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁵²² Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 203; Tz. 41 Verwaltungsgrundsätze 2020; vgl. zu Forschung und Entwicklung, die fehlschlägt: Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 106.

der Verwertung immaterieller Werte Risiken übernehmen.⁵²³ Zu diesen Risiken zählen insbesondere die Folgenden: Entwicklungsrisiken (wie das Risiko des Scheiterns von Forschung und Entwicklung oder Marketing) unter Berücksichtigung des Investitionszeitpunkts; denn z. B. wird die Frage, ob die Investition zu Beginn, in der Mitte des Entwicklungsprozesses oder in der Endphase getätigt wird, die Höhe des Investitionsrisikos beeinflussen; das Risiko der Überholung von Produkten (wie das Risiko, dass technologische Entwicklungen von Wettbewerbern den Wert des immateriellen Werts senken); das Risiko der Rechteverletzung (wie das Risiko, dass die Rechteverteidigung oder die Verteidigung gegen die Geltendmachung von Rechten seitens Dritter zeitaufwendig, kostenintensiv und/oder erfolglos ist); Produkthaftung und ähnliche Risiken, die mit Produkten und Dienstleistungen verbunden sind, welche auf immateriellen Werten basieren; sowie Verwertungsrisiken, Unsicherheiten hinsichtlich der Gewinne, die der immaterielle Wert generieren wird.⁵²⁴ Insbesondere ist hierbei zu bestimmen, welche Parteien besondere, wirtschaftlich signifikante Risiken überwachen.⁵²⁵ Ferner, welche Risiken bezüglich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte von diesen Parteien übernommen wurden.⁵²⁶ Sowie, nicht lediglich bei immateriellen Werten sondern bei allen Geschäftsvorfällen, welche Funktionen ausgeübt werden, die mit der Risikoübernahme oder der Wirkung dieser Risiken zusammenhängen oder auf diese sich auswirken.⁵²⁷ Schließlich, welche Partei des Geschäftsvorfalles das jeweilige Risiko trägt.⁵²⁸

Die Risikoanalyse ist mittels folgender Prüfungsschritte durchzuführen (Risikoanalyseverfahren): Im ersten Prüfungsschritt sind die wirtschaftlich bedeutenden Risiken spezifisch festzustellen (vgl. Abschnitt D.1.2.1.1. OECD Verrechnungspreisleitlinien); im zweiten Prüfungsschritt ist die Art und Weise festzustellen, wie diese Risiken von den Nahestehenden nach den Bedingungen des Geschäftsvorfalles im Vertrag übernommen wurden (vgl. Abschnitt D.1.2.1.2. OECD Verrechnungspreisleitlinien); im dritten Prüfungsschritt (vgl. Abschnitt D.1.2.1.3. OECD Verrechnungspreisleitlinien) ist mittels einer Funktionsanalyse die Art und Weise festzustellen, wie die am Geschäftsvorfall beteiligten Nahestehenden hinsichtlich der Übernahme und der Verwaltung dieser Risiken

⁵²³ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵²⁴ Tz. 6.65 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵²⁵ Tz. 6.34 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵²⁶ Vgl. Tz. 1.58 und 6.12 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵²⁷ Tz. 1.58 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵²⁸ Tz. 1.58 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

vorgehen und insbesondere: Welche Partei Kontroll- und Risikominderungsfunktionen ausübt, welche Partei die Folgen des Risikoeintritts (positive oder negative) trägt und welche Partei die finanzielle Kapazität zur Risikoübernahme besitzt; im vierten Prüfungsschritt (vgl. Abschnitt D.1.2.1.4. OECD Verrechnungspreisleitlinien) sind die Informationen aus den Prüfungsschritten 2 und 3 zu interpretieren und die Frage zu klären, ob sich das Verhalten der Parteien und die übrigen Gegebenheiten des Einzelfalls mit der vertraglichen Risikoübernahme decken; hierzu wird das Folgende analysiert: Werden die Vertragsbedingungen seitens der Parteien nach den Grundsätzen von Abschnitt D.1.1. eingehalten und übt diejenige Partei, die die Risiken übernommen hat, nach der Analyse der vorhergehenden Frage, die Überwachung dieses Risikos aus und verfügt sie über die finanzielle Kapazität zur Risikotragung (vgl. Abschnitt D 1.2.1.4.); im fünften Prüfungsschritt sind in den Fällen, in denen eine Partei, die ein Risiko übernommen hat, gemäß den Ergebnissen der Prüfungsschritte 1-4 (bei 4 nur die erste Frage) das Risiko nicht überwacht oder nicht über die finanzielle Kapazität zur Risikotragung verfügt, die Leitlinien zur Risikoziuzuordnung anzuwenden (vgl. Abschnitt D.1.2.1.5. OECD Verrechnungspreisleitlinien); im sechsten Prüfungsschritt ist der Verrechnungspreis für den tatsächlichen Geschäftsvorfall, wie er unter Berücksichtigung der Evidenz aller seiner wirtschaftlich relevanten Merkmale nach den Leitlinien in Abschnitt D.1 sachgerecht abgegrenzt wurde, zu ermitteln; hierbei sind die finanziellen und sonstigen Folgen der Übernahme der sachgerecht zugeordneten Risiken zu berücksichtigen und die Risikoverwaltungsfunktionen angemessen zu vergüten (vgl. Abschnitt D.1.2.1.6. OECD Verrechnungspreisleitlinien).⁵²⁹

Bei immateriellen Werten gilt: Die Risiken der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte müssen nicht immer bestehen und zudem nicht immer gleich hoch sein.⁵³⁰ Vielmehr hängt dies vom Einzelfall und der Art des immateriellen Werts ab.⁵³¹ Jedoch ist es für die Bestimmung des Verrechnungspreises jedenfalls wichtig, diejenigen Parteien festzustellen, die diese Risiken übernommen haben.⁵³²

⁵²⁹ Tz. 1.60 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zur Definition des Begriffs der Risikoverwaltung („Risikomanagement“): vgl. Tz. 1.61 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zum Begriff der Risikoübernahme: vgl. Tz. 1.63 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zur finanziellen Kapazität zur Risikoübernahme: vgl. Tz. 1.64 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zur Definition des Begriffs der Risikokontrolle: vgl. Tz. 1.65 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zur Entscheidungsträger-Funktion: vgl. Tz. 1.66 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zum Begriff der Risikominderung: vgl. Tz. 1.68 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³⁰ Tz. 6.65 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³¹ Tz. 6.65 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³² Tz. 6.66 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Hierzu sind die Prinzipien von Kapitel I Abschnitt D.1.2 der OECD Verrechnungspreisleitlinien (Funktionsanalyse), insbesondere die oben soeben dargestellten Prüfungsschritte 1 bis 5 des Risikoanalyseverfahrens (vgl. Tz. 1.60 OECD Verrechnungspreisleitlinien), anzuwenden.⁵³³

Nach der Risikoübernahme richtet sich, welche Partei im Eintrittsfall die Konsequenzen trägt.⁵³⁴ Risiken der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte können, müssen jedoch nicht vom Inhabenden des immateriellen Werts übernommen werden.⁵³⁵ Übernimmt jedoch ein anderes Unternehmen des multinationalen Unternehmens ein solches Risiko, ist es für diesen Beitrag zu vergüten.⁵³⁶ Wegen der Risikoübernahme werden jedoch lediglich solche Unternehmen, einschließlich des Inhabenden des immateriellen Werts, am Ertrag beteiligt, die zudem tatsächlich die Verantwortung für die im Risikoeintrittsfall erforderlichen Maßnahmen sowie entstehenden Kosten tragen.⁵³⁷ Falls ein anderes Unternehmen des multinationalen Unternehmens als dasjenige, das das Risiko gemäß dem Ergebnis des Risikoanalyseverfahrens (vgl. Tz. 1.60 OECD Verrechnungspreisleitlinien) übernommen hat, die Kosten trägt oder die Maßnahmen unternimmt, hat eine Verrechnungspreiskorrektur dahingehend zu erfolgen, dass die Kosten demjenigen Unternehmen auferlegt werden, das das Risiko tatsächlich übernommen hat, und das andere Unternehmen des multinationalen Unternehmens angemessen für jede ausgeübte Aktivität im Zusammenhang mit dem Risikoeintritt vergütet wird.⁵³⁸ Obwohl Risiken einen Schwerpunkt von BEPS Berichten 8-10 einnehmen, liegt in dieser Untersuchung der Schwerpunkt nicht auf den Risiken sondern auf den immateriellen Werten und werden daher die Diskussionen zu BEPS Bericht 9 nicht erörtert.⁵³⁹

Erwähnt sei lediglich, dass das DEMPE-Konzept dahingehend kritisiert wird, dass eine Abweichung zwischen vertraglicher Regelung und tatsächlichem Verhalten lediglich im Nachhinein feststellbar und daher für die Zuordnungsentscheidung ungeeignet sei.⁵⁴⁰ Diese

⁵³³ Tz. 6.67 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³⁴ Tz. 6.66 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³⁵ Tz. 6.66 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³⁶ Tz. 6.66 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³⁷ Tz. 6.68 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³⁸ Tz. 6.68 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵³⁹ Vgl. zum Schwerpunkt von BEPS Bericht 8-10: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 204.

⁵⁴⁰ So wohl: Rasch, IWB 2020, 296, 308 f..

Kritik wird nicht geteilt. In vielen Fällen, z. B. der Ausübung einer Funktion oder der Einbringung eines Wirtschaftsguts, lässt sich anhand des tatsächlichen Verhaltens der Parteien feststellen, wer die Funktion tatsächlich ausübt oder wer ein Wirtschaftsgut tatsächlich einbringt. In diesen Fällen lässt sich die Abweichung von der vertraglichen Regelung nicht erst im Nachhinein feststellen. Daher kann der tatsächliche Geschäftsvorfall in diesen Fällen auf dieser Grundlage abgegrenzt werden. Die Frage, ob dies zudem für die Risikoübernahme gilt, wird nicht erörtert. Denn dies ist in erster Linie eine Frage zu BEPS Bericht 9. Die Risikoübernahme ist jedoch nicht der einzige Analysegesichtspunkt des DEMPE-Konzepts. Vielmehr werden zudem die Funktionsausübung und die Einbringung von Wirtschaftsgütern analysiert. Bereits aus diesem Grund ist das DEMPE-Konzept jedenfalls in der Mehrheit der Fälle ein geeignetes Konzept für Zuordnungsentscheidungen. In den Fällen der Risikoübernahme gibt jedoch sogar diese Auffassung zu, dass es der OECD auf das tatsächliche Verhalten bei Risikoeintritt nicht ankäme.⁵⁴¹ Vielmehr entspräche es nach Auffassung der OECD nicht dem Verhalten unabhängiger Dritter, ein Risiko zu übernehmen, wenn die Partei nicht dazu in der Lage sei, dieses Risiko zu überwachen.⁵⁴²

b. Sachgerechte Anpassungen

Die uneingeschränkte Vergleichbarkeit der Fremdvergleichswerte kann zudem nach Vornahme sachgerechter Anpassungen erreicht werden.⁵⁴³ Anpassungen müssen sachgerecht sein. Dies sind sie, wenn sie aus vernünftigen Gründen erfolgen. Aus vernünftigen Gründen erfolgen sie, wenn sie der Zweckverfolgung von Anpassungen dienen.⁵⁴⁴ Dies tun sie, wenn sie die Auswirkungen der Unterschiede der untersuchten Bedingungen beseitigen, die zwischen den im Rahmen einer Verrechnungspreismethode verglichenen Sachverhalte bestehen, derart die Vergleichbarkeit verbessern und die Verlässlichkeit der Fremdvergleichswerte erhöhen.⁵⁴⁵ Die Erhöhung der Verlässlichkeit der Fremdvergleichswerte ist insbesondere anhand folgender Kriterien zu prüfen: Die Wesentlichkeit der anzupassenden Unterschiede, die Qualität der anzupassenden Daten, der

⁵⁴¹ Rasch, IWB 2020, 296, 309.

⁵⁴² Rasch, IWB 2020, 296, 309.

⁵⁴³ Vgl. auch: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 168.

⁵⁴⁴ Vgl. Tz. 3.47 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch): Dies ist der Gedanke, der das hier erwähnte Ermessen leitet.

⁵⁴⁵ Vgl. Tz. 3.47, 3.49 und 3.50 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); so im Ergebnis wohl auch: Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 105; Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 176; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 113, 119 und 121.

Anpassungszweck und die Verlässlichkeit des verwendeten Anpassungsansatzes.⁵⁴⁶ Wesentliche Unterschiede sind nur solche, die erhebliche Auswirkungen auf die Verlässlichkeit des Vergleichs haben.⁵⁴⁷ Sollten jedoch viele oder substantielle Anpassungen wichtiger Vergleichbarkeitsfaktoren erforderlich sein, könnte dies für einen Mangel an Vergleichbarkeit eines Fremdvergleichswerts sprechen.⁵⁴⁸ Es entspricht nicht dem Anpassungszweck, Anpassungen zur Beseitigung der Auswirkungen bestimmter Unterschiede vorzunehmen, wenn gleichzeitig erhebliche und unüberbrückbare Auswirkungen anderer Unterschiede bestehen.⁵⁴⁹ Dem Anpassungszweck entsprechen ausschließlich solche Anpassungen, die die Vergleichbarkeit verbessern.⁵⁵⁰ Pauschal als routinemäßige Anpassungen oder pauschal als subjektiv anzusehende Anpassungen gibt es hierbei nicht.⁵⁵¹ Beispiele für sachgerechte Anpassungen sind: Anpassungen zur Vereinheitlichung der Rechnungslegung, die Segmentierung finanzieller Daten sowie Anpassungen des Kapitals, der Funktionen, Wirtschaftsgüter und Risiken.⁵⁵² Eine Anpassung scheidet aus, wenn die Auswirkungen der Unterschiedlichkeit der Geschäftsbedingungen nicht in einem Betrag quantifiziert werden können.⁵⁵³

Das soeben Dargestellte gilt für die Übertragung immaterieller Werte oder Rechten an solchen ebenfalls.⁵⁵⁴ Allerdings können im Falle immaterieller Werte Unterschiede erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben, ohne dass für diese zuverlässige Anpassungen erfolgen können.⁵⁵⁵ Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen Beträge, die auf Anpassungen zurückgehen, einen großen Anteil des Preises ausmachen.⁵⁵⁶ In diesen Fällen könnten die Anpassungen nicht verlässlich und die verglichenen immateriellen Werte tatsächlich nicht hinreichend vergleichbar sowie ein hypothetischer Fremdvergleich angebracht sein.⁵⁵⁷

⁵⁴⁶ Tz. 3.50 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁴⁷ Tz. 3.51 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁴⁸ Tz. 3.51 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁴⁹ Tz. 3.52 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁵⁰ Tz. 3.53 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁵¹ Tz. 3.53 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁵² Tz. 3.48 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁵³ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 105.

⁵⁵⁴ Tz. 6.129 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁵⁵ Tz. 6.129 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁵⁶ Tz. 6.129 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁵⁷ Vgl. Tz. 6.129 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

c. Fremdvergleichswerte, die für diese Methoden uneingeschränkt vergleichbar sind

Die Fremdvergleichswerte müssen für die Standardmethoden uneingeschränkt vergleichbar sein. Die uneingeschränkte Vergleichbarkeit ist abhängig von der jeweiligen Verrechnungspreismethode.⁵⁵⁸

d. Ermittelt werden können

Die uneingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte müssen zudem ermittelt werden können. Dies setzt tatsächlich existente Daten voraus. Existierten Daten nicht oder sind sie nicht derart unmittelbar auf die Situation, die zwischen den nahestehenden Personen besteht, übertragbar, dass sie uneingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte darstellen, können solche Fremdvergleichswerte nicht ermittelt werden.⁵⁵⁹ Die Ermittlung der Fremdvergleichswerte ist Teil der Vergleichbarkeitsanalyse.⁵⁶⁰ Zur Vermeidung von Wiederholungen wird an dieser Stelle auf die Ausführungen dort lediglich verwiesen.

1.5.2. Eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte

Die zweite Stufe des Stufenmodells ist in § 1 Absatz 3 Sätze 2 und 3 AStG geregelt.⁵⁶¹ Zunächst dürfen hiernach keine uneingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte ermittelt werden können.⁵⁶² In diesen Fällen wird von der steuerpflichtigen Person gefordert, eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte, z. B. Preise, Bruttomargen, Kostenaufschlagsätze sowie Provisionssätze, für die Anwendung einer geeigneten Verrechnungspreismethode zu verwenden.⁵⁶³ Eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte setzen ein niedrigeres Vergleichbarkeitsniveau als uneingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte und ein höheres als unvergleichbare

⁵⁵⁸ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rnrn. 78 und 168; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG, (39. Erg.-Lfg.), Rn. 100.

⁵⁵⁹ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 158.

⁵⁶⁰ Tz. 3.1 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁶¹ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 150.

⁵⁶² BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁵⁶³ BT-Drs. 16/4841, S. 85; vgl. auch: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 150; vgl. zur Identität der Begriffe „Werte“ und „Fremdvergleichswerte“: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 70.

Fremdvergleichswerte voraus.⁵⁶⁴ Die Abgrenzung gegenüber uneingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerten geht aus den Verwaltungsgrundsätzen-Verfahren nicht hervor.⁵⁶⁵ Zudem lässt sich hiernach lediglich im Einzelfall entscheiden, ob bei Unterschieden von Fremdvergleichswerten in den maßgebenden Vergleichbarkeitsfaktoren eine eingeschränkte Vergleichbarkeit noch gegeben oder schon von Unvergleichbarkeit auszugehen ist.⁵⁶⁶ Ersteres ist anhand folgender Fragen zu entscheiden: Welche Unterschiede bestehen im Einzelnen; welche sachgerechten Anpassungen wurden hinsichtlich der Unterschiede vorgenommen; ggf. weshalb sachgerechte Anpassungen unterlassen wurden oder unmöglich waren; sowie warum eine jedenfalls eingeschränkte Vergleichbarkeit gegeben ist, obwohl sachgerechte Anpassungen unterblieben sind?⁵⁶⁷ Bei eingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerten gilt ebenfalls, dass der Vergleichbarkeitsgrad eines Fremdvergleichswerts abhängig von der jeweiligen Verrechnungspreismethode ist.⁵⁶⁸ Möglich ist auf der zweiten Stufe des Stufenmodells ebenfalls, dass es sich bei den Fremdvergleichswerten erst nach Vornahme sachgerechter Anpassungen um eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte handelt.⁵⁶⁹ Zu den sachgerechten Anpassungen ist hier lediglich auf die Ausführungen zu sachgerechten Anpassungen im Falle uneingeschränkt vergleichbarer Fremdvergleichswerte oben zu verweisen. Die eingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte sind der Anwendung einer geeigneten Verrechnungspreismethode zugrunde zu legen. Das heißt, dass sie für die Anwendung einer geeigneten Verrechnungspreismethode zu verwenden sind.⁵⁷⁰

Ferner ist in § 1 Absatz 3 Satz 3 AStG geregelt, dass, falls in den Fällen des Satzes 2 mehrere eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte feststellbar sind, die sich ergebende Bandbreite einzuengen ist. Ausführungen zur Bandbreiteneinengung erfolgen sogleich unter dem nächsten Gliederungspunkt gemeinsam mit Ausführungen zur Bandbreite nach § 1 Absatz 3 Satz 1 HS 2 AStG.

⁵⁶⁴ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 172; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 108; vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 171 i. V. m. 168.

⁵⁶⁵ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 109 i. V. m. 91 ff..

⁵⁶⁶ Tz. 3.4.12.7 Buchstabe c) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren; so auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 109 i. V. m. 91 ff.; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 171 i. V. m. 168.

⁵⁶⁷ Tz. 3.4.12.7 Buchstabe c) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren; so auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 110 i. V. m. 91 ff.; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 171 i. V. m. 168.

⁵⁶⁸ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG, (39. Erg.-Lfg.), Rn. 100.

⁵⁶⁹ Vgl. auch: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 176.

⁵⁷⁰ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

a. Bandbreite und eingengte Bandbreite

Der Begriff der Bandbreite wird sowohl in § 1 Absatz 3 Satz 1 HS 2 AStG als auch in § 1 Absatz 3 Satz 3 AStG verwendet. Werden für die Anwendung einer Verrechnungspreismethode mehrere Fremdvergleichswerte ermittelt, bilden sie eine Bandbreite (vgl. § 1 Absatz 3 Satz 1 HS 2 AStG).⁵⁷¹ Die Bandbreite bildet folglich den Rahmen des Fremdvergleichs, aus dem der Fremdvergleichswert zu entnehmen ist.⁵⁷² Dies gilt jedoch lediglich für Fremdvergleichswerte, die einen relativ gleichen Vergleichbarkeitsgrad aufweisen.⁵⁷³ Im Umkehrschluss aus § 1 Absatz 3 Satz 3 AStG ergibt sich, dass eine Bandbreiteneinengung im Falle von Bandbreiten aus uneingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerten nicht erfolgt.⁵⁷⁴ Aus der Bandbreite darf die steuerpflichtige Person den für sie vorteilhaftesten Wert auswählen.⁵⁷⁵ Dies gilt im Falle uneingeschränkt vergleichbarer Fremdvergleichswerte für die Bandbreite und im Falle eingeschränkt vergleichbarer Fremdvergleichswerte für die eingengte Bandbreite.

§ 1 Absatz 3 Satz 3 AStG regelt für den Fall, dass sich eine Bandbreite eingeschränkt vergleichbarer Fremdvergleichswerte ergibt, dass diese Bandbreite einzuengen ist.⁵⁷⁶ Da regelmäßig die lediglich eingeschränkte Vergleichbarkeit der Fremdvergleichswerte zu einer größeren Bandbreite führt als bei uneingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerten, ist die Bandbreiteneinengung erforderlich.⁵⁷⁷ Das Verfahren der Bandbreiteneinengung ergibt sich aus Tz. 3.4.12.5 Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.⁵⁷⁸ Der Fremdvergleichswert ist aus der eingengten Bandbreite zu wählen.⁵⁷⁹

⁵⁷¹ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁵⁷² Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 109.

⁵⁷³ Tz. 3.56 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. Tz. 3.4.12.5 Buchstabe a) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁵⁷⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 338; Kahle/Schulz, StuB 2016, 534, 538.

⁵⁷⁵ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 110; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 338; Kahle/Schulz, StuB 2016, 534, 538; Tz. 3.4.12.7 Buchstabe a) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁵⁷⁶ BT-Drs. 16/4841, S. 85; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 337; vgl. Tz. 3.4.12.5 Buchstabe b) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁵⁷⁷ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁵⁷⁸ Vgl. Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 110; Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 189; vgl.

Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 355 ff..

⁵⁷⁹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 337.

b. Mediankorrektur

§ 1 Absatz 3 Satz 4 AStG sieht eine Regelung für den Fall vor, dass der von der steuerpflichtigen Person gewählte Fremdvergleichswert in den Fällen des § 1 Absatz 3 Satzes 1 AStG außerhalb der Bandbreite oder in den Fällen des § 1 Absatz 3 Satzes 2 AStG außerhalb der eingengten Bandbreite liegt.⁵⁸⁰ Ist diese Voraussetzung gegeben, ist der Median maßgeblich.⁵⁸¹ Dass heißt, dass in diesen Fällen eine Korrektur unter Verwendung des Medians der Fremdvergleichswerte der jeweils maßgeblichen Bandbreite durchzuführen ist.⁵⁸² Der Median ist der Wert, bei dem mindestens fünfzig Prozent aller Fremdvergleichswerte kleiner oder gleich und mindestens fünfzig Prozent der Fremdvergleichswerte größer oder gleich diesem Wert sind.⁵⁸³ Die nachträgliche Einkünftekorrektur entspricht dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Fremdvergleichswert und dem Median.⁵⁸⁴

1.5.3. Hypothetischer Fremdvergleich

Auf der dritten Stufe des Stufenmodells hat nicht mehr ein tatsächlicher Fremdvergleich, sondern ein hypothetischer Fremdvergleich zu erfolgen.⁵⁸⁵ Der hypothetische Fremdvergleich ist in § 1 Absatz 3 Sätze 5 bis 8 AStG geregelt.⁵⁸⁶ Der hypothetische Fremdvergleich hat mit der Anerkennung betriebswirtschaftlicher Bewertungsmethoden in den OECD Verrechnungspreisleitlinien ebenfalls seinen Niederschlag gefunden (vgl. Tz. 6.153 ff. OECD Verrechnungspreisleitlinien).⁵⁸⁷ Bei ihm handelt es sich um eine betriebswirtschaftliche Bewertungsmethode. Er ist jedoch in § 1 Absatz 3 Satz 5 AStG als einzig anwendbare betriebswirtschaftliche Bewertungsmethode vorgeschrieben. Er ist insbesondere für schwer zu bewertende immaterielle Werte ein Lösungsansatz innerhalb des Fremdvergleichsgrundsatzes.⁵⁸⁸ Im Falle immaterieller Werte sind für die Auslegung des hypothetischen Fremdvergleichs die Ausführungen in den Tz. 6.153 ff. OECD

⁵⁸⁰ Vgl. auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 381.

⁵⁸¹ Vgl. auch: Kahle/Schulz, StuB 2016, 534, 538; vgl. aber auch: Tz. 3.62 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁸² BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁵⁸³ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 110.

⁵⁸⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 375.

⁵⁸⁵ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 150.

⁵⁸⁶ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 263.

⁵⁸⁷ Vgl. Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 907, 913 und 914.

⁵⁸⁸ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 914.

Verrechnungspreisleitlinien zu berücksichtigen.⁵⁸⁹ Zur Auslegung des hypothetischen Fremdvergleichs ist das Folgende darzustellen:

Zunächst dürfen keine eingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte festgestellt werden können (vgl. § 1 Absatz 3 Satz 5 AStG). Es muss also Unvergleichbarkeit gegeben sein. Hierzu müssen Marktdaten fehlen oder die ermittelten Fremdvergleichswerte müssen unvergleichbar sein.⁵⁹⁰ Unvergleichbar sind sie, wenn Bedingungen, die im Rahmen der fünf Verrechnungspreismethoden geprüft werden, sich derart wesentlich voneinander unterscheiden, dass keine sachlichen Anpassungen möglich sind.⁵⁹¹ Insbesondere kommen hier Fälle in Betracht, in denen einzigartige und wertvolle immaterielle Werte (vgl. Tz. 6.17 OECD Verrechnungspreisleitlinien) von Relevanz sind oder ein wesentlicher Unterschied der maßgeblichen Funktionen und Risiken vorliegt.⁵⁹² Jedoch zudem Fälle, in denen den Fremdvergleichswerten keine Aussagekraft beigemessen werden kann.⁵⁹³ Grund hierfür kann sein, dass diese zu lückenhaft und unüberprüfbar sind oder hinsichtlich der Qualität der relevanten Daten zu wenig verlässlich sind.⁵⁹⁴ Die Unvergleichbarkeit setzt jedoch die Unmöglichkeit der Verwertung der Erkenntnisse aus Fremdvergleichswerten über die Preissetzung fremder Dritter voraus und ist damit eine relativ hohe Hürde.⁵⁹⁵

Ein tatsächlicher Fremdvergleich muss mangels uneingeschränkt oder eingeschränkt vergleichbarer Fremdvergleichswerte ausgeschlossen sein. In diesem Fall hat die steuerpflichtige Person einen hypothetischen Fremdvergleich durchzuführen. Der hypothetische Fremdvergleich wird durchgeführt, indem fingiert wird, welche Bedingungen unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen unabhängige Dritte nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen vereinbart hätten.⁵⁹⁶ Basis sind die tatsächlichen

⁵⁸⁹ So wohl auch: Arbeitskreis Verrechnungspreise der Schmalenbach-Gesellschaft, Ubg 2017, 537, 541.

⁵⁹⁰ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 117; so wohl auch: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 158.

⁵⁹¹ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 117; vgl. auch: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 173; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rnrn. 107 i. V. m. 91 f und 95; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 170 i. V. m. 168; Tz. 3.4.12.7 Buchstabe b) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁵⁹² Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rnrn. 107 i. V. m. 91 f und 95; Tz. 3.4.12.7 Buchstabe b) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁵⁹³ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rnrn. 107 i. V. m. 91 f und 95; Tz. 3.4.12.7 Buchstabe b) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁵⁹⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rnrn. 107 i. V. m. 91 f und 95; Tz. 3.4.12.7 Buchstabe b) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁵⁹⁵ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 173.

⁵⁹⁶ BT-Drs. 16/4841, S. 85; vgl. auch: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 158; vgl. auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 419; zur Nützlichkeit eines

Umstände des Geschäftsvorfalles.⁵⁹⁷ Maßgeblich ist die Situation bei Geschäftsabschluss ex ante.⁵⁹⁸

Den hypothetischen Fremdvergleich hat die steuerpflichtige Person unter Beachtung des Transparenzgebots und der Grundsätze des doppelten ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (vgl. § 1 Absatz 3 Satz 5 i. V. m. Absatz 1 Satz 3 AStG) durchzuführen. Es ist demnach zunächst davon auszugehen, dass die voneinander unabhängigen Dritten alle wesentlichen Umstände der Geschäftsbeziehung kennen.⁵⁹⁹ Denn zur Vermeidung willkürlicher Ergebnisse im Verhältnis der Nahestehenden ist Transparenz hinsichtlich aller Informationen, die für den Geschäftsvorfall wesentlich sind, anzunehmen.⁶⁰⁰ Ferner ist davon auszugehen, dass die voneinander unabhängigen Dritten nach den Grundsätzen ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter handeln. Denn das Zustandekommen marktkonformer Verrechnungspreise kann lediglich erreicht werden, wenn das zugrundegelegte Handeln der steuerpflichtigen Person und des Nahestehenden dem Handeln ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter entspricht.⁶⁰¹ Diese gesetzliche Fiktion basiert darauf, dass zur Wahrung des Fremdvergleichsgrundsatzes erforderlich ist, dass Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind.⁶⁰² Dies ist an dem Maßstab zu messen, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter dieses Geschäft mit einem fremden Dritten abgeschlossen hätte.⁶⁰³ Dieser Grundsatz ist auf den hypothetischen Fremdvergleich zu übertragen. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter wird auf beiden Seiten jeweils unterstellt („doppelter ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter“).⁶⁰⁴ Durch beides, das Transparenzgebot und die Grundsätze des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters wird sichergestellt, dass nicht jeder beliebige Fremdvergleich, der unter irregulären Umständen zustande gekommen sein kann, zu berücksichtigen ist.⁶⁰⁵ Ein Fremdvergleich kann insbesondere dann unter irregulären Umständen zustande gekommen sein, wenn er

solchen Vorgehens im Falle immaterieller Wirtschaftsgüter: vgl. Tz. 6.156 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁵⁹⁷ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 114; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 419.

⁵⁹⁸ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 114.

⁵⁹⁹ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 422.

⁶⁰⁰ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁶⁰¹ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁶⁰² Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 131; vgl. zur Fiktion: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 156.

⁶⁰³ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 131.

⁶⁰⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 421.

⁶⁰⁵ BT-Drs. 16/4841, S. 85; vgl. auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 140.

wegen mangelhafter Information oder Qualifikation zustande gekommen ist.⁶⁰⁶

Nach § 1 Absatz 3 Satz 6 AStG hat die steuerpflichtige Person für den hypothetischen Fremdvergleich den Mindestpreis der leistenden Person und den Höchstpreis der leistungsempfangenden Person zu ermitteln.⁶⁰⁷ Der Mindestpreis ist diejenige Gegenleistung, die die leistende Person von einem unabhängigen Dritten für die Leistung mindestens verlangen würde.⁶⁰⁸ Der Höchstpreis ist diejenige Gegenleistung, die die unabhängige leistungsempfangende Person höchstens bereit wäre, zu zahlen.⁶⁰⁹ Der Mindest- und der Höchstpreis sind auf Grund einer Funktionsanalyse und innerbetrieblicher Planrechnungen zu ermitteln.⁶¹⁰

Die Ermittlung des Mindest- und Höchstpreises hat zunächst auf Grund einer Funktionsanalyse zu erfolgen. Eine Funktionsanalyse ist jeweils für die steuerpflichtige Person und die nahestehende Person durchzuführen.⁶¹¹ Sie umfasst ebenfalls eine Risikoanalyse.⁶¹² Die Funktionsanalyse im Rahmen des hypothetischen Fremdvergleichs unterscheidet sich grundsätzlich nicht von derjenigen im Rahmen des tatsächlichen Fremdvergleichs.⁶¹³ Daher wird an dieser Stelle auf die Ausführungen zur Funktionsanalyse im Rahmen des tatsächlichen Fremdvergleichs lediglich verwiesen.

Die Ermittlung des Mindest- und Höchstpreises hat ferner auf Grund innerbetrieblicher Planrechnungen zu erfolgen. Für beide, die steuerpflichtige Person und die nahestehende Person, sind also zudem innerbetriebliche Planrechnungen durchzuführen.⁶¹⁴ Innerbetriebliche

⁶⁰⁶ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

⁶⁰⁷ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 274; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 424; vgl. auch zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁰⁸ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 425.

⁶⁰⁹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 425.

⁶¹⁰ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 424; vgl. Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 307; vgl. zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶¹¹ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 270; zur Berücksichtigung beider Perspektiven: vgl. auch zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶¹² Vgl. Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 120; vgl. auch im Falle der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.154 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶¹³ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 270; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 307; vgl. zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.154 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶¹⁴ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 271.

Planrechnungen umfassen innerbetriebliche Plandaten und vorsichtige Gewinnprognosen.⁶¹⁵

Im Falle immaterieller Werte sind insbesondere finanzielle Prognosen, Wachstumsraten, die Nutzungsdauer immaterieller Werte, die Berücksichtigung der Endlichkeit eines Werts, Abzinsungssätze sowie die Steuereffekte des Geschäftsvorfalles zu berücksichtigen.⁶¹⁶ Ungewöhnlich sind im Falle immaterieller Werte lineare Wachstumsraten eines bestimmten Produkts über einen langen Zeitraum.⁶¹⁷ Das Wachstum der Erträge und Aufwendungen sollte in Fällen immaterieller Werte grundsätzlich anhand von Branchen- und Unternehmenserfahrungen mit ähnlichen Produkten überprüft werden.⁶¹⁸ Die Nutzungsdauer eines immateriellen Werts muss auf der Grundlage aller relevanter Gegebenheiten und Umstände ermittelt werden.⁶¹⁹ Zu berücksichtigen können hierbei sein: Art und Dauer rechtlichen Schutzes, die Geschwindigkeit technologischen Wandels in einer Branche und andere den Wettbewerb in dem jeweiligen wirtschaftlichen Umfeld beeinflussende Faktoren.⁶²⁰ Selbst wenn die Nutzungsdauer eines immateriellen Werts unter Berücksichtigung dieser Faktoren ermittelt wurde, kann es sein, dass ein immaterieller Wert zur Generierung von Zahlungsflüssen nach Ablauf der ermittelten Nutzungsdauer beiträgt.⁶²¹ In Betracht kommt dies, wenn eine Generation immaterieller Werte dazu dient, neue Generationen immaterieller Werte und neue Produkte zu entwickeln.⁶²² In diesen Fällen könnten Anteile der Zahlungsflüsse voraussichtlicher, neuer Produkte diesen immateriellen Werten zuzurechnen sein.⁶²³ Obwohl manche immateriellen Werte eine unendliche Nutzungsdauer zum Bewertungszeitpunkt aufweisen, heißt dies nicht, dass diesen für einen unendlichen Zeitraum außerordentliche Erträge zuzurechnen sind.⁶²⁴ Ein Endwert für Zahlungsflüsse, die dem jeweiligen immateriellen Wert zuzurechnen sind, wird manchmal berechnet, wenn immaterielle Werte über denjenigen Zeitraum hinaus zu andauernden Zahlungsflüssen beitragen, für den vertretbare finanzielle Prognosen bestehen.⁶²⁵ Werden bei der Wertermittlung Endwerte verwendet, sollten die ihrer Berechnung zugrunde liegenden

⁶¹⁵ Vgl. Tz. 3.4.12.6 Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁶¹⁶ Vgl. zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶¹⁷ Tz. 6.169 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶¹⁸ Tz. 6.169 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶¹⁹ Tz. 6.175 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶²⁰ Vgl. Tz. 6.175 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶²¹ Vgl. Tz. 6.176 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶²² Tz. 6.176 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶²³ Tz. 6.176 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶²⁴ Tz. 6.176 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶²⁵ Tz. 6.177 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Annahmen klar dargelegt und diese gründlich überprüft werden.⁶²⁶ Dies gilt insbesondere für unterstellte Wachstumsraten.⁶²⁷

Die Planannahmen sind im Einzelnen zu begründen.⁶²⁸ Dies hat mittels der Erfahrungen aus früheren Zeiträumen und mittels vorsichtiger, kaufmännischer, betriebswirtschaftlich fundierter Prognosen zu erfolgen.⁶²⁹ Im Falle immaterieller Werte können Planungen für Güter und Dienstleistungen, die auf immateriellen Werten basieren, weit weniger zuverlässig sein, wenn es sich um Innovationen handelt, als wenn es sich um Planungen für solche handelt, für die Erfahrungswerte vorhanden sind.⁶³⁰

Die innerbetriebliche Planrechnung hat zudem jeweils die erwarteten künftigen finanziellen Auswirkungen der einzelnen oder zulässigerweise zusammengefassten Geschäftsvorfälle darzustellen.⁶³¹ Im Falle immaterieller Werte müssen hierzu zudem diejenigen künftigen Zahlungsüberschüsse isoliert und geschätzt werden, die dem jeweiligen immateriellen Wert zuzurechnen sind.⁶³²

In diesen Fällen müssen außerdem die Steuereffekte evaluiert und quantifiziert werden.⁶³³ Folgende Steuereffekte müssen berücksichtigt werden: künftige Steuern auf zukünftige Zahlungsflüsse, ggf. künftige Steuern, die der veräußernden Person des immateriellen Werts wegen der Übertragung auferlegt werden, und künftige steuerliche Abschreibungsvorteile, falls solche der erwerbenden Person des immateriellen Werts zustehen.⁶³⁴

Im Falle der Übertragung immaterieller Werte ist zu berücksichtigen, dass die Zuverlässigkeit der finanziellen Planungen sowohl davon abhängen kann, ob diese speziell für steuerliche Zwecke bzw. ausschließlich für Zwecke einer Verrechnungspreisanalyse erstellt wurden, als

⁶²⁶ Tz. 6.177 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶²⁷ Tz. 6.177 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶²⁸ Vgl. zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.158 ff. OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. Tz. 50 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁶²⁹ Vgl. zur Berücksichtigung von Erfahrungswerten aus der Vergangenheit zur Beurteilung zukünftiger finanzieller Ergebnisse im Falle immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.166 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. Tz. 50 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁶³⁰ Vgl. Tz. 6.166 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶³¹ Vgl. Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 271.

⁶³² Engelen, IStR 2016, 146, 147; vgl. auch: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶³³ Vgl. Tz. 6.178 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶³⁴ Tz. 6.178 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

auch davon, wie lange die Planungen in die Zukunft hineinreichen.⁶³⁵ Zu berücksichtigen ist, dass die Zuverlässigkeit der Prognose finanzieller Auswirkungen nachlässt, je länger der Planungszeitraum in die Zukunft hineinreicht.⁶³⁶

Im Falle der Übertragung immaterieller Werte hängt schließlich die Frage, ob Entwicklungskosten in die Planungen zukünftiger Zahlungsflüsse einzubeziehen sind, von der jeweiligen Art des immateriellen Werts ab.⁶³⁷

Auf der Basis der auf Vergangenheitswerten beruhenden Plandaten werden sodann für einen bestimmten Planungszeitraum die zukünftigen Kosten und Erträge berechnet.⁶³⁸ Es muss außerdem begründet werden, dass die jeweilige Gewinnerwartung fremdüblich ist.⁶³⁹ Die innerbetrieblichen Planrechnungen sind weitest möglich auf Fremdvergleichswerte (z. B. fremdübliche Gewinnaufschläge, eine marktübliche Kapitalverzinsung) zu stützen.⁶⁴⁰ Zur Mindest- und Höchstpreisermittlung aufgrund innerbetrieblicher Planrechnungen ist eine im Einzelfall geeignete Methode zu verwenden.⁶⁴¹ Maßgeblich ist hinsichtlich der Planrechnungen der Zeitpunkt, zu dem das Geschäft abgeschlossen wurde.⁶⁴²

Der Verrechnungspreis kann jedoch nach dieser Regelung ebenfalls allein aufgrund innerbetrieblicher Planrechnungen des Routineunternehmens bestimmen werden, falls eine Geschäftsbeziehung zwischen einem Unternehmen, das alle wesentlichen Chancen und Risiken trägt, und einem Routineunternehmen gegeben ist.⁶⁴³ Diese innerbetrieblichen Planrechnungen können hierbei dem Routineunternehmen einen fremdüblichen Gewinn und das Restergebnis dem Chancen und Risiko tragenden Unternehmen zuweisen.⁶⁴⁴ Es bedarf nicht der Bezugnahme auf den Einigungsbereich.⁶⁴⁵

⁶³⁵ Vgl. Tz. 6.163 ff. OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶³⁶ Tz. 6.165 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶³⁷ Tz. 6.167 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶³⁸ Vgl. Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 313.

⁶³⁹ Vgl. zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.154 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁴⁰ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 315; vgl. Tz. 50 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁶⁴¹ Vgl. Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 315, der darauf hinweist, dass die Planrechnung keinen gesetzlichen Vorschriften unterliegt.

⁶⁴² So wohl: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 271.

⁶⁴³ BT-Drs. 16/4841, S. 86; Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Baumhoff/Liebchen, § 1 AStG, Rn. 1044; vgl. hierzu auch: Tz. 3.4.10.2 Buchstabe c) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren.

⁶⁴⁴ BT-Drs. 16/4841, S. 86; vgl. auch Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Baumhoff/Liebchen, § 1 AStG, Rn. 1044.

⁶⁴⁵ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Baumhoff/Liebchen, § 1 AStG, Rn. 1044.

Der Mindestpreis und der Höchstpreis sind unter Berücksichtigung funktions- und risikoadäquater Kapitalisierungszinssätze zu ermitteln.⁶⁴⁶ Der Einigungsbereich muss hierbei dem leistungsempfangenden Unternehmen auf Grundlage einer Investitionsrechnung voraussichtlich eine funktions- und risikoangemessene Kapitalverzinsung belassen.⁶⁴⁷ Zur Ermittlung des Mindest- und Höchstpreises unter Berücksichtigung funktions- und risikoadäquater Kapitalisierungszinssätze sind im Falle immaterieller Werte die künftigen Zahlungsüberschüsse, die aus den innerbetrieblichen Planrechnungen hervorgehen und dem jeweiligen immateriellen Wert zuzurechnen sind, jeweils zu diskontieren.⁶⁴⁸ Hierzu ist der funktions- und risikoadäquate Kapitalisierungszinssatz zu ermitteln. Für den Kapitalisierungszinssatz kann ebenfalls im Falle immaterieller Werte grundsätzlich auch nach Auffassung der OECD auf die gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten abgestellt werden.⁶⁴⁹ Die OECD weist jedoch darauf hin, dass dies lediglich unter Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalls und der jeweiligen Zahlungsüberschüsse erfolgen soll.⁶⁵⁰ Die Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes hat jedenfalls im Falle immaterieller Werte einzelfallabhängig zweierlei zu berücksichtigen: den Risikograd der gesamten Geschäftstätigkeit sowie die Schwankungserwartungen der unterschiedlichen geplanten Zahlungsüberschüsse.⁶⁵¹ Eine doppelte Kapitalisierung von Risiken ist hierbei zu vermeiden, indem berücksichtigt wird, ob Risiken bereits in die innerbetrieblichen Planungen eingeflossen sind.⁶⁵² Außerdem ist in Fällen immaterieller Werte die jeweilige Zahlungsvereinbarung zu berücksichtigen.⁶⁵³ Daher hat die Diskontierungsrate, die zur Berechnung der Einzelraten verwandt wird, ggf. ein höheres Risiko (z. B. bei einer Zahlungsvereinbarung, die den zu zahlenden Betrag von einem Erfolgsfaktor abhängig macht) und die monetären Auswirkungen der Tatsache zu berücksichtigen, dass Zahlungen erst in nachfolgenden Jahren erfolgen.⁶⁵⁴ Maßgeblicher Zeitpunkt hinsichtlich der funktions- und risikoadäquaten Kapitalisierungszinssätze ist der Transaktionszeitpunkt.⁶⁵⁵

⁶⁴⁶ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 424; vgl. auch zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁴⁸ Engelen, IStR 2016, 146, 147; vgl. auch: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁴⁹ Bärsch/Erb, DStR 2018, 629, 635; vgl. hierzu auch: Tz. 6.171 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁵⁰ Bärsch/Erb, DStR 2018, 629, 635; vgl. hierzu auch: Tz. 6.171 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁵¹ Tz. 6.172 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁵² Tz. 6.173 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁵³ Vgl. Tz. 6.180 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁵⁴ Vgl. Tz. 6.180 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁵⁵ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 289.

Der bereits verwendete Begriff des Einigungsbereichs ist in § 1 Absatz 3 Satz 6 AStG legal definiert als der Bereich zwischen dem Mindestpreis der leistenden Person und dem Höchstpreis der leistungsempfangenden Person.⁶⁵⁶ Dieser ergibt sich im hypothetischen Fremdvergleich regelmäßig.⁶⁵⁷

Der Einigungsbereich wird von den jeweiligen Gewinnerwartungen (Gewinnpotenzialen) bestimmt.⁶⁵⁸ Das heißt, dass die Preisvorstellungen von den jeweiligen Gewinnerwartungen abhängen.⁶⁵⁹ Gewinnerwartungen sind noch nicht realisierte, erst potenziell entstehende Gewinne.⁶⁶⁰ Die Grundlage für die Ermittlung des jeweiligen Gewinnpotenzials bilden die jeweilige Funktionsanalyse und Planrechnung.⁶⁶¹

Nach § 1 Absatz 3 Satz 7 HS 1 AStG ist der Einkünfteermittlung derjenige Preis zugrunde zu legen, der sowohl im Einigungsbereich liegt als auch dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht. Bei der Bestimmung dieses Wertes im Einigungsbereich müssen alle Faktoren berücksichtigt werden, die fremde Dritte in einem solchen Prozess berücksichtigt hätten.⁶⁶² Allerdings unter Beachtung des § 1 Absatz 1 Satz 3 AStG. Maßgeblich sind hierbei die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses.⁶⁶³ Wird kein anderer Wert glaubhaft gemacht, ist nach § 1 Absatz 3 Satz 7 HS 2 AStG der Mittelwert des Einigungsbereichs zugrunde zu legen.

Die Auffassung, dass Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien anders als § 1 Absatz 3 Satz 7 AStG die Annahme des Mittelwerts für den Fall, dass ein anderer Wert nicht glaubhaft gemacht werde, nicht vorsehe, ist abzulehnen.⁶⁶⁴ Diese Auffassung wird begründet mit einem Satz aus Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien, der lautet: „Der fremdübliche Preis

⁶⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 86; ähnlich: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 274.

⁶⁵⁷ BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁵⁸ Vgl. in Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter hierzu auch: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁵⁹ BT-Drs. 16/4841, S. 86; vgl. auch: Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 274.

⁶⁶⁰ So wohl auch: Frotscher/Maas/Herrmann/Drüen, Kaminski, Anhang zu § 8 KStG - Fremdvergleich (hypothetischer) (135. Lfg.), S. 93; Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 274; vgl. auch zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch) (prognostizierte/erwartete zukünftige Cashflows).

⁶⁶¹ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 270; vgl. auch zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁶² Frotscher/Maas/Herrmann/Drüen, Kaminski, Anhang zu § 8 KStG - Fremdvergleich (hypothetischer) (143. Lfg.), S. 94; vgl. zu Fällen der Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter hierzu auch: Tz. 6.154 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁶³ Frotscher/Maas/Herrmann/Drüen, Kaminski, Anhang zu § 8 KStG - Fremdvergleich (hypothetischer) (143. Lfg.), S. 94.

⁶⁶⁴ Menninger in: FS Endres, S. 251.

dürfte innerhalb der Bandbreite der Barwerte liegen, die aus Sicht des übertragenden und des übernehmenden Unternehmens ermittelt werden.”

Diese Auffassung ist abzulehnen, da zunächst festgestellt werden kann, dass Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien und insbesondere der hier in Rede stehende Satz der gesetzlichen Ausgestaltung in Satz 7 HS 2 jedenfalls nicht widersprechen. Denn im Falle des § 1 Absatz 3 Satz 7 HS 2 AStG fällt der Verrechnungspreis ebenfalls in den Einigungsbereich.

Ferner ist Tz. 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien nicht isoliert von den anderen Regelungen der OECD Verrechnungspreisleitlinien zu sehen. Durch § 1 Absatz 3 Satz 7 AStG jedoch wird lediglich diese Regelung der OECD Verrechnungspreisleitlinien im Einklang mit einer anderen, in ihrem Falle ebenfalls zu berücksichtigenden, Regelung der OECD Verrechnungspreisleitlinien, nämlich Tz. 6.154 OECD Verrechnungspreisleitlinien, international harmonisiert ausgestaltet. § 1 Absatz 3 Satz 7 AStG stellt also lediglich klar, was im Falle einer Zusammenschau dieser beiden Regelungen der OECD Verrechnungspreisleitlinien ohnehin im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen wäre. Hierbei wird ein zweistufiges Vorgehen geregelt:

Auf der ersten Stufe ist der Preis im Einigungsbereich der Einkünfteermittlung zugrunde zu legen, der dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht. Dies entspricht voll und ganz der Zusammenschau von Tz. 6.154 und 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien. Denn der Preis fällt lediglich dort in den Einigungsbereich, wo er gleichzeitig dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht und daher im Einklang auch mit Tz. 6.154 OECD Verrechnungspreisleitlinien steht. Denn Tz. 6.154 OECD Verrechnungspreisleitlinien ist zu entnehmen, dass immer dann, wenn der hypothetische Fremdvergleich im Falle der Übertragung immaterieller Werte angewandt wird, dieser derart anzuwenden ist, dass er mit dem Fremdvergleichsgrundsatz im Einklang steht. Eben dies wird hier berücksichtigt. Damit wird der hypothetische Fremdvergleich durch § 1 Absatz 3 Satz 7 HS 1 AStG auf der ersten Stufe derart geregelt, dass er mit dem Fremdvergleichsgrundsatz im Einklang steht. Hierdurch wird also Tz. 6.154 OECD Verrechnungspreisleitlinien Rechnung getragen.

Erst auf der zweiten Stufe ist, wird kein anderer Wert glaubhaft gemacht, der Mittelwert des Einigungsbereichs zugrunde zu legen (vgl. § 1 Absatz 3 Satz 7 HS 2 AStG). Hier fällt der Preis ebenfalls in den Einigungsbereich. Er fällt lediglich wieder dort in den Einigungsbereich, wo er gleichzeitig dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht und daher im Einklang mit Tz. 6.154 und 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien steht. Denn diese gesetzliche Vermutung gilt lediglich für den Fall, dass kein anderer Wert als dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entsprechend glaubhaft gemacht wird. Ausschließlich für diesen Fall geht die gesetzliche Vermutung dahin, dass der Mittelwert dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht.⁶⁶⁵

Dafür, dass die Ausgestaltung des § 1 Absatz 3 Satz 7 AStG international harmonisiert ist und nicht im Widerspruch zu dem von dieser Auffassung zitierten Satz steht, spricht zudem das Folgende: Wenn die Finanzverwaltung beim tatsächlichen Fremdvergleich den Fremdvergleichswert innerhalb der (ggf. eingeschränkten) Bandbreite festlegen muss und keine Fremdvergleichswerte existieren, für deren Fremdüblichkeit eine hohe Wahrscheinlichkeit spricht, dürfen nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien ebenfalls zur Festlegung dieses Wertes Mittelwerte genutzt werden, zu denen insbesondere das arithmetische Mittel zählt.⁶⁶⁶ Diese Situation im tatsächlichen Fremdvergleich ist mit der hier in Rede stehenden Situation im hypothetischen Fremdvergleich im Wesentlichen vergleichbar. Denn in beiden Situationen muss die Finanzverwaltung den Wert festlegen und spricht keine hohe Wahrscheinlichkeit für die Fremdüblichkeit eines anderen Wertes. In einer solchen Situation, in der ein bestimmter Preis festgelegt werden muss, obwohl für keinen Wert mehr dafür als dagegen spricht, dass er dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht, ist es angemessen, eine gesetzliche Tatsachenvermutung (vgl. §§ 292 ZPO i. V. m. 155 FGO) aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung zu regeln; zumal diese dem Anscheinsbeweis angenähert und damit die Intensität des Eingriffs verringert wurde.

Sie wurde dem Anscheinsbeweis dadurch angenähert, dass erstens die allgemeine Lebenserfahrung dafür spricht, dass der Mittelwert von unabhängigen Dritten unter

⁶⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁶⁶ Vgl. Tz. 3.62 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

vergleichbaren Bedingungen vereinbart worden wäre.⁶⁶⁷ Dies entspricht der Sichtweise der OECD Verrechnungspreisleitlinien, wenn sie in einem wesentlich gleichen Fall es für angemessen halten, nicht die Ränder, also nicht die höchsten oder niedrigsten Werte anzusetzen, sondern einen mittleren Wert anzusetzen.⁶⁶⁸ Insbesondere dürfte ein solches Verhandlungsergebnis jedoch zudem unter der Bedingung des doppelten, ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bei Transparenz aller wesentlichen Umstände des Geschäftsvorfalles der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechen. Denn schließlich entfällt ein wesentlicher Faktor, der in einer Verhandlungssituation die Verhandlungsmacht des einen gegenüber dem anderen stärken würde: mehr Wissen einer der beiden Verhandlungsparteien hinsichtlich wesentlicher Umstände der Geschäftsbeziehung. Unter solchen Bedingungen hätte keiner der beiden ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter ein Ergebnis akzeptiert, bei dem er mehr nachgeben müsste als der andere. Daher hätten sie sich in der Mitte getroffen und hätten also den Mittelwert vereinbart. Eben dies wird durch das Gesetz konkretisiert.

Die gesetzliche Tatsachenvermutung des § 1 Absatz 3 Satz 7 HS 2 AStG wurde dem Anscheinsbeweis jedoch zudem dadurch angenähert, dass zweitens keine volle Darlegungs- und Beweislast der steuerpflichtigen Person dafür geregelt worden ist, dass ein anderer Wert dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht, sondern sie dies nur glaubhaft machen muss. Hierdurch wurde die Intensität des Eingriffs verringert. Bei einem Anscheinsbeweis müsste sie die tatsächliche Vermutung lediglich erschüttern.⁶⁶⁹ Bei einer Glaubhaftmachung muss die steuerpflichtige Person lediglich überwiegend wahrscheinlich machen, dass der andere Wert dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht.⁶⁷⁰ Sie muss dies, im Gegensatz zur Anforderung eines Vollbeweises, jedoch nicht beweisen.

Angesichts dessen, dass die allgemeine Lebenserfahrung unter den im hypothetischen Fremdvergleich maßgeblichen Bedingungen dafür spricht, dass der Mittelwert dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht, und für einen bestimmten Wert keine besonderen Anhaltspunkte ersichtlich sind und zudem keine tragenden

⁶⁶⁷ Vgl. Schellhammer, Rn. 404.

⁶⁶⁸ Vgl. Tz. 3.62 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁶⁹ Vgl. Schellhammer, Rn. 404.

⁶⁷⁰ Vgl. Schellhammer, Rn. 508; vgl. Thomas/Putzo, Reichold, § 294 ZPO, Rn. 2.

Gründe für einen bestimmten Wert unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles glaubhaft gemacht werden, ist die Regelung der gesetzlichen Vermutung hier sowohl angemessen als auch im Einklang mit Tz. 6.154 und 6.157 OECD Verrechnungspreisleitlinien.

Der zweite Halbsatz setzt voraus, dass kein anderer Wert als dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entsprechend glaubhaft gemacht wird. Sind für einen bestimmten Wert keine besonderen Anhaltspunkte ersichtlich und werden auch keine tragenden Gründe für einen bestimmten Wert unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles glaubhaft gemacht, greift die gesetzliche Vermutung des zweiten Halbsatzes.⁶⁷¹ Nach dieser ist der Mittelwert des Einigungsbereichs zugrunde zu legen. Die gesetzliche Vermutung geht also dahin, dass sich die beiden ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter auf den Mittelwert des Einigungsbereichs einigen würden.⁶⁷² Damit geht sie dahin, dass der Mittelwert dem Fremdvergleichsgrundsatz mit der höchsten Wahrscheinlichkeit entspricht. Der Mittelwert des Einigungsbereichs ist zu ermitteln, indem alle Preise des Einigungsbereichs addiert und die Summe durch die Anzahl der Preise dividiert wird.⁶⁷³

§ 1 Absatz 3 Satz 8 AStG enthält eine Regelung über den Verzicht einer Einkünfteberichtigung für den Fall, dass der von der steuerpflichtigen Person zugrunde gelegte Einigungsbereich unzutreffend ist. Voraussetzung ist zunächst, dass der von der steuerpflichtigen Person zugrunde gelegte Einigungsbereich unzutreffend ist und deshalb von einem anderen Einigungsbereich ausgegangen werden muss. Die Ursache für den unzutreffenden Einigungsbereich kann darin liegen, dass die Funktionsanalysen und Planrechnungen unzutreffend sind oder die Kapitalisierungszinssätze unzutreffend geschätzt worden sind.⁶⁷⁴ Kumulativ muss, wie sich aus der Verwendung des Begriffs „und“ in Satz 8 ergibt, deshalb von einem anderen Einigungsbereich ausgegangen werden müssen. Bei diesem anderen Einigungsbereich muss es sich um den zutreffend ermittelten Einigungsbereich handeln.⁶⁷⁵ Aus der Verwendung des Begriffs „deshalb“ ergibt sich ferner,

⁶⁷¹ BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁷² BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁷³ Zur Berechnung: <https://de.bettermarks.com/mathe/mittelwert-durchschnitt/> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

⁶⁷⁴ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 286.

⁶⁷⁵ BT-Drs. 16/4841, S. 86.

dass ein Kausalzusammenhang dazwischen bestehen muss, dass der von der steuerpflichtigen Person zugrunde gelegte Einigungsbereich unzutreffend ist und dass von einem anderen Einigungsbereich ausgegangen werden muss. Aus dem Erfordernis dieses Kausalzusammenhangs ergibt sich, dass ein Absehen von der Berichtigung lediglich möglich ist, wenn der Wert, den die steuerpflichtige Person ihrer Einkünfteermittlung zugrunde gelegt hat, wirklich auf der Berechnung der Gewinnerwartungen und ihrer Aufteilung beruht.⁶⁷⁶ Als weitere Voraussetzung wird gefordert, dass der von der steuerpflichtigen Person zugrunde gelegte Wert innerhalb des anderen Einigungsbereiches liegt. Maßgeblich ist der andere Einigungsbereich, von dem ausgegangen werden muss; also der zutreffend ermittelte Einigungsbereich.⁶⁷⁷ Der von der steuerpflichtigen Person angenommene Verrechnungspreis muss demnach innerhalb dessen liegen.⁶⁷⁸ Liegen beide Voraussetzungen vor, kann auf eine Einkünfteberichtigung verzichtet werden. Aus der Verwendung des Begriffs „kann“ ergibt sich, dass der Steuerbehörde auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen dahingehend eingeräumt wurde, ob sie in einem solchen Fall auf eine Einkünfteberichtigung verzichtet.⁶⁷⁹ Grundsätzlich ist der Verrechnungspreis zu berichtigen; also falls hier lediglich die erste Voraussetzung erfüllt ist.⁶⁸⁰ In der Regelung des § 1 Absatz 3 Satz 8 AStG ist daher eine Ausnahme von der Rechtsfolge aus § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG im Falle des hypothetischen Fremdvergleichs zu sehen.⁶⁸¹ Denn, falls der von der steuerpflichtigen Person angenommene Verrechnungspreis im zutreffend ermittelten Einigungsbereich liegt, also die zweite Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist, wird der Finanzverwaltung in diesen Fällen Ermessen eingeräumt, trotz dieses Grundsatzes keine Berichtigung durchzuführen.⁶⁸² Ermessensleitend sind hierbei insbesondere die folgenden Aspekte: Weicht der von der steuerpflichtigen Person angesetzte Verrechnungspreis erheblich vom eigentlich anzusetzenden Verrechnungspreis ab; wird ein Verständigungs- oder Schiedsverfahren durch die Berichtigung ausgelöst und wie sind die Erfolgsaussichten eines solchen Verfahrens einzuschätzen.⁶⁸³

⁶⁷⁶ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 127.

⁶⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁷⁸ BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁷⁹ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 436.

⁶⁸⁰ BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁸¹ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 286.

⁶⁸² Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 86.

⁶⁸³ BT-Drs. 16/4841, S. 86; vgl. auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 436.

1.5.4. Bestimmung des Verrechnungspreises

Schließlich ist der Verrechnungspreis noch zu bestimmen. Im Rahmen der Identifizierung der Geschäftsbedingungen und hier bei der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen hat im Falle immaterieller Werte an dieser Stelle also Schritt 6 des DEMPE-Konzepts zu erfolgen.

Bei der Bestimmung der Verrechnungspreise ist zu berücksichtigen, dass alle Unternehmen des multinationalen Unternehmens angemessen für jede ausgeübte Funktion, jedes eingebrachte Wirtschaftsgut und jedes übernommene Risiko hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte entgolten werden.⁶⁸⁴ Hierbei sind die Verrechnungspreise unter Berücksichtigung der Beiträge zu bestimmen, die die ausgeübten Funktionen, eingebrachten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken zur erwarteten Wertschöpfung des immateriellen Werts erbringen; maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem die jeweiligen Beiträge erbracht werden.⁶⁸⁵ Idealtypisch hat die Vergütung dem Verhalten unabhängiger Dritter zu entsprechen.⁶⁸⁶ Mangelt es hierfür an Fremdvergleichswerten, so ist der Gewinn oder Verlust auf der Grundlage der Wertschöpfungsbeiträge aufzuteilen.⁶⁸⁷ Die Bestimmung des Verrechnungspreises kann hierbei dadurch erfolgen, dass der Gewinn oder Verlust aus der Verwertung eines immateriellen Werts durch Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode auf diejenigen Unternehmen, die Beiträge zur DEMPE eines immateriellen Werts erbringen, aufgeteilt wird.⁶⁸⁸ Vor allem erfolgt dies bei eng mit einander verwobenen Geschäftsvorfällen, die eine einzelne Beurteilung nicht zulassen.⁶⁸⁹

Bei der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode im Sinne der Residualgewinnaufteilungsmethode wird hierbei wie folgt vorgegangen: Der Geschäftsvorfall wird zunächst auf der Grundlage der einzelnen Transaktionsschritte und -prozesse zerlegt, und diese sowie ihre Bedeutung und die Bedeutung der eingesetzten Wirtschaftsgüter für die

⁶⁸⁴ Vgl. Koch, IStR 2016, 881, 883; Tz. 6.48 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁸⁵ Tz. 6.74 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁶⁸⁶ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 316.

⁶⁸⁷ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 316.

⁶⁸⁸ Zur Aufteilung auch des Verlusts: vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 317.

⁶⁸⁹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 318; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 240.

Gesamtwertschöpfung des Unternehmens werden bestimmt.⁶⁹⁰ Für Routinetätigkeiten wird die jeweilige Basisvergütung bestimmt.⁶⁹¹ Hiernach wird auf die einzelnen beteiligten Unternehmen ihr Anteil an der Gesamtwertschöpfung des Unternehmens aufgeteilt und ihnen wird der dem entsprechende Gewinnanteil zugewiesen.⁶⁹²

Für die Dokumentationspflichten gilt es hierbei insbesondere § 1 Absatz 3 Satz 4 der Gewinnabgrenzungsaufzeichnungs-Verordnung zu berücksichtigen, der regelt: „Hat der Steuerpflichtige die von ihm und den ihm nahestehenden Personen ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten wesentlichen Vermögenswerte in ihrer Bedeutung für einen Geschäftsvorfall gewichtet, muss diese Gewichtung widerspruchsfrei sein; in solchen Fällen müssen für jeden am Geschäftsvorfall Beteiligten die ausgeübten Funktionen, das Ausmaß der tatsächlich übernommenen Risiken und die Höhe der tatsächlich eingesetzten wesentlichen Vermögenswerte quantitativ nachvollziehbar dargestellt werden.“ Dies wird wie folgt begründet: „Satz 4 verdeutlicht, dass im Rahmen einer Funktions- und Risikoanalyse, eine vorgenommene Gewichtung und in diesem Zusammenhang vorgenommene Verteilung von Funktionen und Risiken darzustellen und zu erläutern sind. Werden Verrechnungspreise insbesondere anhand der geschäftsvorfallbezogenen Gewinnaufteilungsmethode bzw. mittels einer Wertschöpfungsbeitragsanalyse bestimmt, dann sollte neben der Beschreibung auch eine für die Finanzbehörde verifizierbare numerische Gewichtung vorgenommen werden. Durch diese Aufzeichnung soll in quantitativer Hinsicht nachvollziehbar sein, welcher der Beteiligten an einem Geschäftsvorfall welche Funktion tatsächlich in welchem Umfang ausgeübt und welche Risiken dieser tatsächlich in welchem Ausmaß übernommen hat. Eine rein subjektive und nicht nachvollziehbare Einschätzung der für die Beurteilung eines Geschäftsvorfalles relevanten Funktionen und Risiken soll dementsprechend ausgeschlossen werden.“⁶⁹³

In Ermangelung der Möglichkeit, die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode anzuwenden, wird der Gewinn oder Verlust nach dem Fremdvergleich entsprechenden, betriebswirtschaftlichen Maßstäben aufgeteilt.⁶⁹⁴ Diese Aufteilung hat in Übereinstimmung mit den ausgeübten Funktionen, eingebrachten Wirtschaftsgütern und übernommenen Risiken

⁶⁹⁰ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Puls, § 1 AStG, Rn. 626.

⁶⁹¹ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Puls, § 1 AStG, Rn. 626.

⁶⁹² Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Puls, § 1 AStG, Rn. 626.

⁶⁹³ BR-Drs. 404/17, S. 13.

⁶⁹⁴ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 240.

insbesondere hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte zu erfolgen.⁶⁹⁵ Die Aufteilung ist nach der Beitrags- und Restgewinnmethode möglich.⁶⁹⁶

Die Beitragsmethode teilt den Gewinn oder Verlust nach dem relativen Wert der von den jeweiligen beteiligten Unternehmen ausgeübten Funktionen, eingebrachten Wirtschaftsgütern und übernommenen Risiken auf und berücksichtigt hierbei das Verhalten unabhängiger Dritter, falls keine Fremdvergleichswerte gegeben sind, um die Aufteilung zu bestimmen.⁶⁹⁷ Die Ermittlung der Beiträge der beteiligten Unternehmen erfordert hierbei eine Wertschöpfungsbeitragsanalyse, die im Falle immaterieller Werte durch die einzelnen Schritte des DEMPE-Konzepts verwirklicht wurde.⁶⁹⁸ Hieran schließt sich die Aufteilung des Gewinns oder Verlusts an, die grundsätzlich mittels eines Allokationsschlüssels erfolgt, der abhängig vom relativen Wert des jeweiligen erbrachten Beitrags ist.⁶⁹⁹

Die Restgewinnmethode erfolgt zweistufig.⁷⁰⁰ Auf der ersten Stufe wird auf jedes beteiligte Unternehmen ein Gewinn aufgeteilt, der einem Mindestgewinn entspricht, der für die Art des getätigten Geschäfts angemessen ist.⁷⁰¹ Dieser Mindestgewinn soll den beteiligten Unternehmen ihre Routinefunktionen vergüten.⁷⁰² Er wird grundsätzlich dem Ertrag entsprechen, den unabhängige Dritte im Falle gleichartiger Geschäfte erzielt hätten.⁷⁰³ Zur Bestimmung des Mindestgewinns des jeweiligen Unternehmens kommen sowohl die Standardmethoden als auch die transaktionsbezogene Nettomargenmethode in Betracht.⁷⁰⁴ Auf der zweiten Stufe wird dann den beteiligten Unternehmen unter Beachtung des Fremdvergleichsgrundsatzes der Restgewinn oder –verlust zugerechnet; jedoch nur jenen, die

⁶⁹⁵ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 240.

⁶⁹⁶ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 319; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 240.

⁶⁹⁷ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 320; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 241.

⁶⁹⁸ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 320.

⁶⁹⁹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 320 f..

⁷⁰⁰ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 321; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 242.

⁷⁰¹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 321; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 242.

⁷⁰² Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 321.

⁷⁰³ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 242.

⁷⁰⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 321.

Nichtroutinebeiträge erbracht haben.⁷⁰⁵ Diese Restgewinn- oder –verlustaufteilung erfolgt grundsätzlich ebenso wie bei der Beitragsmethode.⁷⁰⁶

Der Auffassung, dass die OECD mit dem DEMPE-Konzept nunmehr einen Gegensatz zur bisherigen transaktionsbezogenen Funktions- und Risikoanalyse postuliert und sich in Richtung einer gesamtheitlichen Wertschöpfungs(betrags)analyse bewegt, wird nicht gefolgt.⁷⁰⁷ Vielmehr treten für einen speziellen Fall ergänzende Analysen hinzu und wird die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode gestärkt. Ein Gegensatz kann jedoch nicht gesehen werden. Es handelt sich vielmehr um eine Ergänzung bzw. Weiterentwicklung eines bereits vorhandenen transaktionsbezogenen Ansatzes, der erforderlich ist, um diesen Ansatz an die Herausforderungen der Gegenwart anzupassen.

Hinsichtlich der fremdüblichen Vergütung nahestehender Unternehmen, die Beiträge zur Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte erbracht haben, sind ferner zwei Gesichtspunkte zu berücksichtigen: erstens Art und Umfang der Tätigkeit sowie zweitens Höhe und Form der Vergütung. Nachzuweisen ist die Fremdüblichkeit einer solchen Vergütung, indem Bezug genommen wird darauf, wie Folgendes im Falle vergleichbarer unabhängiger Dritter, die ähnliche Funktionen ausüben, ist: Art und Umfang der Tätigkeit, die erhaltene Vergütung und die erwartete Wertschöpfung des immateriellen Werts.⁷⁰⁸ In die Entscheidung über die angemessene Vergütung für ausgeübte Funktionen, eingebrachte Wirtschaftsgüter und übernommene Risiken hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung immaterieller Werte sind zudem Vergleichbarkeitsfaktoren einzubeziehen, die zur Wertschöpfung oder Gewinngenerierung durch die Verwertung des immateriellen Werts beigetragen haben.⁷⁰⁹ Ferner sind hierbei die Bedeutung des jeweiligen Beitrags für die Wertschöpfung des immateriellen Werts und die realistischen Alternativen der Parteien zu berücksichtigen.⁷¹⁰ Die Bedeutung der einzelnen Beiträge der Unternehmen zur Wertschöpfung des immateriellen

⁷⁰⁵ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 321; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 242.

⁷⁰⁶ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 321.

⁷⁰⁷ Vgl. zu dieser Auffassung: Wilmanns in: FS Kuckhoff, S. 215 f..

⁷⁰⁸ Tz. 6.75 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁰⁹ Tz. 6.48 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷¹⁰ Vgl. zur Berücksichtigung des relativen Einflusses: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Baumhoff/Liebich, § 1 AStG, Rn. 221; vgl. zu Funktionen: Tz. 6.52 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Werts ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls.⁷¹¹ Je wichtiger ein Beitrag ist, desto höher sollte hierbei die Vergütung sein.⁷¹² In den Fällen der Nutzung immaterieller Werte, die in Verbindung mit anderen immateriellen Werten wertvoller sind als bei Einzelbetrachtung, muss der relative Beitrag zur Wertschöpfung dann berücksichtigt werden, wenn unterschiedliche Unternehmen des multinationalen Unternehmens über Rechte an den genutzten immateriellen Werten verfügen.⁷¹³

Da zum Zeitpunkt der Entscheidungen hinsichtlich immaterieller Werte erhebliche Unsicherheiten gegeben sein können, ist zwischen der erwarteten und tatsächlichen Vergütung der nahestehenden Unternehmen für erbrachte Beiträge zur Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, zum Schutz und zur Verwertung eines immateriellen Werts zu unterscheiden.⁷¹⁴ Die erwartete Vergütung bezieht sich auf die Erträge, die im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles erwartet werden.⁷¹⁵ Die tatsächliche Vergütung bezieht sich auf die tatsächlichen Erträge, die ein Konzernunternehmen aus der Verwertung des immateriellen Werts tatsächlich erzielt.⁷¹⁶ Grundsätzlich ist für die oben genannte Vergütung nahestehender Unternehmen die erwartete Vergütung maßgeblich.⁷¹⁷ Allerdings muss diese Vergütung tatsächlich mit dem Fremdvergleichsgrundsatz übereinstimmen.⁷¹⁸ Insbesondere sollte darauf geachtet werden, dass die erwarteten Gewinne nicht tatsächlich zu hoch oder zu niedrig angesetzt wurden.⁷¹⁹ Denn dies könnte zu einer zu hohen oder zu niedrigen, ex ante festgelegten, Vergütung führen.⁷²⁰ Es kommt jedoch zudem eine Zuordnung von Gewinnen oder Verlusten auf Basis der tatsächlichen Erträge, die ein Konzernunternehmen aus der Verwertung des immateriellen Werts erzielt, in Betracht; dies hängt von den Umständen des jeweiligen Sachverhalts ab.⁷²¹ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass relativ häufig die tatsächliche von der erwarteten Rentabilität abweicht.⁷²² Die Frage, ob und, falls ja, wie Gewinne oder Verluste der rechtlich inhabenden Person und/oder den nahestehenden

⁷¹¹ Tz. 6.49 und 6.55 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷¹² Tz. 6.55 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷¹³ Tz. 6.94 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷¹⁴ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 323; Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 910 mit Hinweis auf Tz. 6.44 OECD Verrechnungspreisleitlinien.

⁷¹⁵ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 910 mit Hinweis auf Tz. 6.44 OECD Verrechnungspreisleitlinien.

⁷¹⁶ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 910 mit Hinweis auf Tz. 6.44 OECD Verrechnungspreisleitlinien.

⁷¹⁷ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 910.

⁷¹⁸ Tz. 6.70 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷¹⁹ Tz. 6.70 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷²⁰ Tz. 6.70 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷²¹ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Absatz 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 323; Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 910; vgl. auch Puls/Heravi, IStR 2018, 721, 723.

⁷²² Tz. 6.69 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Unternehmen, die Beiträge zur Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, zum Schutz und zur Verwertung eines immateriellen Werts erbracht haben, zuzuordnen sind, ist auf der Grundlage einer genauen Analyse der Frage zu beantworten, wer tatsächlich die wirtschaftlich erheblichen Risiken trägt.⁷²³ Diejenige Person, die nicht das Risiko tatsächlich trägt, das die Ursache für das Abweichen des erwarteten vom tatsächlichen Ergebnis ist, wird nicht am Unterschiedsbetrag zwischen tatsächlichem und erwarteten Gewinn beteiligt und trägt im Risikoeintrittsfall auch nicht die entsprechenden Verluste.⁷²⁴ Dies gilt jedenfalls, sofern sie nicht die wichtigen Funktionen ausübt (vgl. Tz. 6.56 OECD Verrechnungspreisleitlinien) oder zur Überwachung der wirtschaftlich erheblichen Risiken (vgl. Tz. 1.105 OECD Verrechnungspreisleitlinien) beiträgt und gleichzeitig die Bestimmung der fremdüblichen Vergütung dieser Funktionen ergeben hat, dass eine solche ein Element der Gewinnbeteiligung enthalten muss.⁷²⁵

Bei der Bestimmung der Verrechnungspreise ist im Falle immaterieller Werte weiterhin zu berücksichtigen, dass für Verrechnungspreiszwecke die rein rechtliche Inhaberschaft kein Recht begründet, Erträge aus der Verwertung des immateriellen Werts zu erhalten.⁷²⁶ Vielmehr richtet sich die Höhe der Erträge, die die rechtlich inhabende Person erhält, danach, wer welche Funktionen ausgeübt, Wirtschaftsgüter eingebracht und Risiken übernommen hat.⁷²⁷ Die von anderen nahestehenden Unternehmen erbrachten Beiträge zur Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, zum Schutz und zur Verwertung des immateriellen Werts sind, wie bereits dargestellt, fremdüblich zu vergüten.⁷²⁸

Dieses Konzept erinnere nach einer Auffassung an die US-Regulations.⁷²⁹ Es ginge hierbei nicht um den erwarteten Gewinn aus einem immateriellen Wert.⁷³⁰ Denn dieser könne als theoretisches Konstrukt grundsätzlich nicht isoliert ermittelt werden.⁷³¹ Vielmehr gehe das

⁷²³ Tz. 6.70 i. V. m. Tz. 6.69 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. auch Tz. 6.72 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷²⁴ Tz. 6.70 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. auch Tz. 6.72 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷²⁵ Tz. 6.70 und 6.72 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. auch Puls/Heravi, IStR 2018, 721, 723.

⁷²⁶ Tz. 6.42 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷²⁷ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 163; Tz. 6.42 und 6.54 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷²⁸ Koch, IStR 2016, 881, 883; Tz. 6.71 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷²⁹ Koch, IStR 2016, 881, 883.

⁷³⁰ Koch, IStR 2016, 881, 883.

⁷³¹ Koch, IStR 2016, 881, 883.

Konzept dahin, alle nahestehenden Unternehmen für die von ihnen erbrachten Beiträge zur Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, zum Schutz und zur Verwertung eines immateriellen Werts zu vergüten.⁷³² Nicht jedoch dahin, den Gesamtwertschöpfungsbeitrag eines immateriellen Werts abweichend einem anderen Rechtsträger zuzuordnen.⁷³³

Dies heißt jedoch nicht, dass die rechtlich inhabende Person ein Recht hat, Gewinne aus der Verwertung des immateriellen Wirtschaftsguts zu erhalten, also den ganzen oder auch lediglich einen Teil des Gesamtwertschöpfungsbeitrags zu behalten. Das heißt, dass ihr der Gesamtwertschöpfungsbeitrag, obwohl er ihr rechtlich als rechtlich inhabenden Person zuzuordnen ist, nicht auch steuerlich zuzuordnen sein muss und ihren steuerlichen Gewinn erhöhen bzw. im Falle des Verlusts schmälern muss. Vielmehr ist ebenfalls möglich, dass der steuerliche Gewinnanteil der rechtlich inhabenden Person nach der Vergütung der Beiträge anderer nahestehender Unternehmen sehr gering ist oder null beträgt.⁷³⁴ Lediglich, falls die rechtlich inhabende Person tatsächlich hinsichtlich der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, des Schutzes und der Verwertung des immateriellen Werts alle Funktionen, einschließlich der wichtigen Funktionen (vgl. Tz. 6.56 OECD Verrechnungspreisleitlinien), ausübt und überwacht, alle Wirtschaftsgüter, einschließlich der Finanzierung, beiträgt und alle Risiken übernimmt, hat sie ein Recht, alle (ex ante) erwarteten Erträge aus der Verwertung des immateriellen Werts steuerlich zu erhalten.⁷³⁵ Hat sie entsprechende Funktionen ausgelagert, dann kommt sogar, statt einer einfachen Vergütung der anderen Unternehmen für ihre Beiträge, eine gewinnbasierte Vergütung in Betracht.⁷³⁶ Dies kann sie lediglich verhindern, indem sie die Kontrolle über die entsprechenden, ausgelagerten Funktionen behält und daher weiterhin dazu in der Lage ist, die mit diesen verbundenen Risiken zu überwachen; hierzu muss sie jedenfalls die Letztentscheidungsbefugnis hinsichtlich aller wesentlicher Steuerungs- und Überwachungstätigkeiten selbst ausüben.⁷³⁷

Zu den eingebrachten Wirtschaftsgütern ist das Folgende zu berücksichtigen: Überwacht eine finanzierende Person einzig das Finanzierungsrisiko, ist ihr lediglich eine risikobereinigte

⁷³² Koch, IStR 2016, 881, 883.

⁷³³ Koch, IStR 2016, 881, 883.

⁷³⁴ Vgl. Tz. 6.71 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷³⁵ Tz. 6.71 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷³⁶ Puls/Heravi, IStR 2018, 721, 723.

⁷³⁷ Puls/Heravi, IStR 2018, 721, 723.

Rendite für ihre Finanzierung zu gewähren.⁷³⁸ Grundsätzlich kann die finanzierende Person eine angemessene, risikobereinigte Rendite erwarten.⁷³⁹ Diese kann z. B. auf der Grundlage von Kapitalkosten oder des Gewinns einer vergleichbaren, realistischen Alternativinvestition bestimmt werden.⁷⁴⁰ Bei der Bestimmung der angemessenen Rendite müssen jedoch zudem die realistischen Finanzierungsalternativen derjenigen Partei berücksichtigt werden, die die Finanzierung erhält.⁷⁴¹

Die Zuordnung von Gewinnen oder Verlusten auf Basis der Erträge, die das multinationale Unternehmen aus der Verwertung des immateriellen Werts erzielt hat (DEMPE-Konzept), wird kritisiert. Eine Auffassung kritisiert hieran, dass die Ertragszurechnung auf der Basis der Wertschöpfungsbeiträge faktisch ein Recht auf die „Früchte“ des immateriellen Werts begründe.⁷⁴² Dies könne abhängig vom Grad des jeweiligen Wertschöpfungsbeitrags zu einer Art „funktionalem Eigentum“ führen, das nicht der zivilrechtlichen Eigentümerstellung entspreche.⁷⁴³ Ferner werden die Regelungen über diese Zuordnung von anderen als unscharf kritisiert.⁷⁴⁴ Schon früh wurde an dieser Zuordnung kritisiert, dass sie zu streng sei, da sie ebenfalls in Fällen zum Tragen komme, bei denen es sich nicht um Missbrauchsfälle handele.⁷⁴⁵

Schon früh hat jedoch die Gegenauffassung ebenfalls diese Zuordnung als sachgerecht und effektiv begrüßt.⁷⁴⁶ Sie hebt hervor, dass dies die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft auf internationalen Märkten fördere.⁷⁴⁷ Die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen fördere ferner die Steuergerechtigkeit im Hinblick auf mittelständische Unternehmen in Deutschland.⁷⁴⁸

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Allerdings fördert diese Harmonisierungsbestrebung des internationalen Steuerrechts nicht lediglich die deutsche Wirtschaft, sondern sie fördert

⁷³⁸ Tz. 6.61 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷³⁹ Tz. 6.62 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁴⁰ Tz. 6.62 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁴¹ Tz. 6.62 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁴² Nientimp/Stein/Hundebeck, DStR 2016, 2871, 2872; Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

⁷⁴³ Nientimp/Stein/Hundebeck, DStR 2016, 2871, 2872 f.; Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

⁷⁴⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 199 mit Verweis auf Koch, IStR 2015, 199 ff..

⁷⁴⁵ Bärsch/Quilitzsch/Schulz, ISR 2013, 358, 359.

⁷⁴⁶ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 907.

⁷⁴⁷ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 907.

⁷⁴⁸ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 907.

gleichzeitig die einheimischen Einkünfte aller Staaten auf der Welt und ermöglicht ihnen damit, staatliche Aufgaben, insbesondere soziale Ziele, zu finanzieren. Die Kritik an den Zuordnungsregelungen ist hingegen abzulehnen. Denn sie berücksichtigt nicht hinreichend, dass es hierbei nicht um die Zurechnung rechtlichen oder auch nur wirtschaftlichen Eigentums und daraus resultierender Rechte geht, sondern lediglich um die Bestimmung des Verrechnungspreises für Zwecke der Steuer. Diese Bestimmung kann insbesondere dadurch erfolgen, dass der Gewinn oder Verlust aus der Verwertung eines immateriellen Werts auf diejenigen Unternehmen, die Beiträge zur Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, zum Schutz und zur Verwertung eines immateriellen Werts erbringen, aufgeteilt wird. Die in Rede stehenden Zuordnungsregelungen sind zudem nicht zu unscharf; also zu unbestimmt. Denn, wenn die steuerpflichtige Person diese Regelungen zur Auslegung heranzieht, ermöglichen ihr diese Regelungen ihr Verhalten nach ihnen auszurichten. Zudem handelt es sich bei den OECD Verrechnungspreisleitlinien in Deutschland nicht um ein Gesetz, das dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen müsste. Es ist jedoch selbst bei diesen nicht auszuschließen, dass sich im Laufe der Zeit der Bedarf ergibt, Regeln zu konkretisieren. Allerdings sind die Anforderungen an diese Regelungen mit Blick auf ihre Folgen nicht derart hoch, dass in diesem Anfangsstadium der Regelung eines komplexen Sachverhalts keine Zeit verbliebe, um Erfahrungen mit diesen Regelungen zu sammeln.⁷⁴⁹ Schließlich drohen keine irreversiblen Folgen an nach Art und Rang besonders hochstehenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern, wie dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit. Insgesamt sind diese Regelungen als ein Beitrag zur weiteren Harmonisierung des internationalen Steuerrechts und zur Bekämpfung von Gewinnverkürzungen und Gewinnverlagerung mittels Verrechnungspreise multinationaler Unternehmen zu begrüßen.

1.5.5. Preisanpassungsklausel

In § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG sind die Regelungen über die Preisanpassungsklausel geregelt. § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG enthält eine gesetzliche Vermutung, deren Vorliegen dazu führt, dass widerlegbar die vorherige Vereinbarung einer Preisanpassungsklausel vermutet wird.⁷⁵⁰

⁷⁴⁹ Vgl. zum Verbleib von angemessener Zeit zur Sammlung von Erfahrung im Falle der Regelung komplexer Sachverhalte in einem anderen Zusammenhang: BVerfG, BVerfGE 75, 108, 162.

⁷⁵⁰ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 450.

Die erste Voraussetzung lautet: Sind in den Fällen der Sätze 5 und 9 wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile Gegenstand einer Geschäftsbeziehung. Zunächst muss also einer der Fälle der Sätze 5 und 9 vorliegen. Ein Fall des Satzes 5 liegt vor, wenn der Verrechnungspreis mittels des hypothetischen Fremdvergleichs bestimmt wurde.⁷⁵¹ Aus der Verwendung des Begriffs „und“ ergibt sich, dass die gesetzliche Vermutung des Satzes 11 auch in den Fällen des Satzes 9 gilt. Dies sind die Fälle der Funktionsverlagerung.⁷⁵² Wie bereits erwähnt, werden die Regelungen über die Funktionsverlagerung in § 1 Absatz 3 Sätze 9 und 10 AStG nicht erörtert. Daher werden diese Fälle im Folgenden nicht berücksichtigt. Angemerkt sei an dieser Stelle lediglich, dass sich der Anwendungsbereich des § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG auf den hypothetischen Fremdvergleich beschränkt.⁷⁵³ Dies gilt für Fälle des Satzes 9 ebenfalls. Dies ergibt sich durch die Bezugnahme auf Satz 5 und Satz 9.⁷⁵⁴

Ferner müssen in den in Rede stehenden Fällen wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile Gegenstand einer Geschäftsbeziehung sein. Denn ist dies der Fall, liegen häufig, mangels vergleichbarer Fremddaten, erhebliche Unsicherheiten vor, aufgrund derer sich nachträglich herausstellen kann, dass in erheblichem Umfang die preisbestimmenden Faktoren fehlerhaft eingeschätzt worden sind.⁷⁵⁵ Was wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile sind, ist unter entsprechender Anwendung des § 1 Absatz 5 der Funktionsverlagerungsverordnung (FVerlV) zu beurteilen.⁷⁵⁶ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut. Denn erstens wird hier ausdrücklich auf die Fälle des Satzes 9, also der Funktionsverlagerung, verwiesen und zweitens lehnt sich der Wortlaut mit den Begriffen „wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile“ an § 1 Absatz 3 Satz 10 AStG an, der seinerseits auf die Fälle des Satzes 9 verweist. Liegt kein Fall der Funktionsverlagerung vor, so handelt es sich bei einem einzelnen immateriellen Wirtschaftsgut oder Vorteil immer um ein wesentliches immaterielles Wirtschaftsgut oder einen wesentlichen Vorteil.⁷⁵⁷ Denn hier ist der erforderliche qualitative und quantitative Vergleich nach § 1 Absatz 5 FVerlV analog nicht möglich.⁷⁵⁸ Von den Begriffen der wesentlichen immateriellen Wirtschaftsgüter

⁷⁵¹ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 86; vgl. auch mit Blick auf die Voraussetzungen, unter denen eine Bestimmung des Verrechnungspreises mittels des hypothetischen Fremdvergleichs in Frage käme: Tz. 6.181 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁵² Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 86 f..

⁷⁵³ Vgl. Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 167.

⁷⁵⁴ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 167.

⁷⁵⁵ BT-Drs. 16/4841, S. 86 f.; vgl. auch hierzu: Tz. 6.181 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁵⁶ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 615.

⁷⁵⁷ Vgl. Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 168.

⁷⁵⁸ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 168.

und Vorteile nicht erfasst werden materielle Wirtschaftsgüter.⁷⁵⁹ Zu den wesentlichen immateriellen Wirtschaftsgütern zählen insbesondere schwer zu bewertende immaterielle Werte. Schwer zu bewertende immaterielle Werte sind: „(...) immaterielle Werte oder Rechte an immateriellen Werten, für die im Zeitpunkt ihrer Übertragung zwischen verbundenen Unternehmen i) keine zuverlässigen Vergleichswerte existieren und ii) die Prognoserechnungen der künftig durch den übertragenen immateriellen Wert zu erzielenden Cashflows oder Einnahmen oder die zur Bewertung des immateriellen Werts herangezogenen Annahmen im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses höchst unsicher sind, so dass es schwierig ist, im Zeitpunkt der Übertragung vorherzusehen, wie erfolgreich der immaterielle Wert letztlich sein wird“.⁷⁶⁰ Wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile liegen jedoch nicht ausschließlich im Falle schwer zu bewertender immaterieller Werte vor.⁷⁶¹

Diese wesentlichen immateriellen Wirtschaftsgüter und Vorteile müssen Gegenstand einer Geschäftsbeziehung sein. Das sind sie dann, wenn sie Gegenstand einer Geschäftsbeziehung i. S. v. § 1 Absatz 4 Satz 1 AStG sind.⁷⁶² Geschäftsbeziehungen, die im Zusammenhang mit der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Werte stehen, können ferner mindestens eine der folgenden Voraussetzungen erfüllen:

1. „Die Entwicklung des immateriellen Werts ist im Zeitpunkt der Übertragung noch nicht abgeschlossen“.⁷⁶³
2. „Es wird damit gerechnet, dass der immaterielle Wert erst mehrere Jahre nach der Übertragung kommerziell verwertet wird“.⁷⁶⁴
3. „Der immaterielle Wert selbst fällt nicht unter die (...) Definition schwer zu bewertender immaterieller Werte, ist aber integraler Bestandteil der Entwicklung oder Verbesserung anderer immaterieller Werte, die unter diese Definition schwer zu bewertender immaterieller Werte fallen“.⁷⁶⁵
4. „Der immaterielle Wert soll auf eine Art und Weise verwertet werden, die im Zeitpunkt der Übertragung neuartig ist, und wegen des Fehlens von Erwartungswerten zur

⁷⁵⁹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 616.

⁷⁶⁰ Tz. 6.189 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); mit Verweis hierauf auch: Engelen, IStR 2016, 146, 148.

⁷⁶¹ Vgl. Tz. 3.73 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁶² Vgl. Schaumburg, IStR 2009, 877, 879.

⁷⁶³ Tz. 6.190 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁶⁴ Tz. 6.190 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁶⁵ Tz. 6.190 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Entwicklung oder Verwertung ähnlicher immaterieller Werte sind die Prognosen höchst unsicher“.⁷⁶⁶

5. „Der immaterielle Wert, der der (...) Definition schwer zu bewertender immaterieller Werte entspricht, wurde gegen Zahlung eines Pauschalbetrags an ein verbundenes Unternehmen übertragen“.⁷⁶⁷

6. „Der immaterielle Wert wird im Zusammenhang mit einer KUV [das heißt Kostenumlagevereinbarung; Anmerkung (Anm.) der Verfasserin] oder ähnlichen Vereinbarung genutzt oder im Rahmen einer KUV oder ähnlichen Vereinbarung entwickelt.“⁷⁶⁸

Denn insbesondere, wenn bei einem hypothetischen Fremdvergleich im Falle eines wesentlichen immateriellen Wirtschaftsguts sowohl die Definition eines schwer zu bewertenden immateriellen Werts gegeben ist, als auch die Geschäftsbeziehung, die im Zusammenhang mit der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Werte steht, eine der obigen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt, kann eine Informationsasymmetrie, insbesondere hinsichtlich der Frage, welche Information die steuerpflichtige Person bei der Preisbestimmung berücksichtigt hat, zwischen der Finanzverwaltung und der steuerpflichtigen Person vorliegen.⁷⁶⁹

Nach wie vor wird kritisiert, dass die Definition schwer zu bewertender immaterieller Werte vage sei.⁷⁷⁰ Sie erlaube keine genügende Abgrenzung zu immateriellen Werten, die nicht schwer zu bewerten seien.⁷⁷¹

Diese Kritik sei nach der überzeugenden Gegenauffassung, jedenfalls nicht mehr, berechtigt. Denn auf sie sei bereits durch die Erweiterung des Katalogs der Geschäftsvorfälle mit schwer zu bewertenden immateriellen Werten um zwei weitere Punkte reagiert worden.⁷⁷² Insgesamt sei dieser Kritik auf zwei Ebenen begegnet worden: Auf der Ebene der Begriffsdefinition und

⁷⁶⁶ Tz. 6.190 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁶⁷ Tz. 6.190 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁶⁸ Tz. 6.190 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁶⁹ Tz. 6.191 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁷⁰ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480; Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁷⁷¹ So wohl auch: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480; Koch, IStR 2016, 881, 888; Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Schwer zu bewertende immaterielle Werte (Lfg. 31), Rn. 987.

⁷⁷² Krüger, ISR 2015, 430, 436.

auf der Ebene der Erklärung des Geschäftsvorfalles mit einem schwer zu bewertenden immateriellen Wert.⁷⁷³ Auf der Ebene der Begriffsdefinition werde der Begriff der schwer zu bewertenden immateriellen Werte vom Begriff der immateriellen Werte durch zwei Negativmerkmale abgegrenzt.⁷⁷⁴ Auf der zweiten Ebene werde der Geschäftsvorfall mit einem solchen immateriellen Wert durch sechs Merkmale näher erklärt.⁷⁷⁵ Diese Merkmale könnten den beiden Negativmerkmalen der Begriffsdefinition zugeordnet werden.⁷⁷⁶ Auf das Negativmerkmal des zuverlässigen Vergleichswerts (i) bezögen sich die Merkmale der lediglich teilweisen Entwicklung, des nicht schwer zu bewertenden immateriellen Werts, der jedoch integraler Bestandteil der Entwicklung oder Verbesserung schwer zu bewertender immaterieller Werte sei, der voraussichtlich in einer neuartigen Weise verwerteten immateriellen Werte und der für eine Einmalzahlung übertragenen immateriellen Werte.⁷⁷⁷ Auf das Negativmerkmal der belastbaren Voraussage (ii) bezögen sich die Merkmale der Nutzung der immateriellen Werte erst mehrere Jahre nach dem Geschäftsvorfall und der Nutzung bzw. Entwicklung des immateriellen Werts im Zusammenhang mit einem Kostenumlagevertrag oder einer ähnlichen Vereinbarung.⁷⁷⁸ Diese jeweiligen Beziehungen konkretisieren das jeweilige Negativmerkmal, indem sie für sein Bestehen eine Begründung hinzufügen, die nicht im Falle aller anderen immateriellen Werte ebenfalls gegeben ist, dessen Vorliegen jedoch ein besonderes Risiko von Informationsasymmetrien birgt. Darüber hinaus müssen Geschäftsbeziehungen, die im Zusammenhang mit der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Werte stehen und keine der oben genannten Voraussetzungen erfüllen, vergleichbare Voraussetzungen hinsichtlich eines der beiden Negativmerkmale erfüllen, um ebenfalls für das Bestehen dieses Negativmerkmals eine Begründung hinzuzufügen, die nicht im Falle aller anderen immateriellen Werte ebenfalls gegeben ist, dessen Vorliegen jedoch ein besonderes Risiko von Informationsasymmetrie birgt. Alle Geschäftsbeziehungen, die im Zusammenhang mit der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Werte stehen, müssen also, obwohl der Katalog der Voraussetzungen nicht abschließend ist, wie sich aus der Verwendung des Begriffs „können“ ergibt, jedenfalls mindestens eine vergleichbare Voraussetzung hinsichtlich eines der beiden Negativmerkmale erfüllen. Denn erst dies erklärt, weshalb die erforderliche

⁷⁷³ Krüger, ISR 2015, 430, 436 f..

⁷⁷⁴ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁷⁷⁵ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

⁷⁷⁶ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

⁷⁷⁷ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

⁷⁷⁸ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

Informationsasymmetrie vorliegt. Daher ist die Meinung abzulehnen, dass diese Definition zu vage sei und eine Abgrenzung zu nicht schwer zu bewertenden immateriellen Werten aus diesem Grund nicht zulasse.

Vertreten wird ferner die Auffassung, dass es sich bei den Merkmalen in Tz. 6.190 OECD Verrechnungspreisleitlinien um Beispiele für schwer zu bewertende immaterielle Werte handele.⁷⁷⁹ Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Vielmehr handelt es sich hierbei um Merkmale von Geschäftsvorfällen, aus denen sich das Vorliegen der hohen Bewertungsunsicherheit und daher der Informationsasymmetrie ergibt.

Entgegen der hier vertretenen Auffassung wird des Weiteren die Meinung vertreten, dass die Definition der schwer zu bewertenden immateriellen Werte außerhalb des § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG für Verrechnungspreiszwecke ebenfalls anzuwenden sei.⁷⁸⁰ Diese Auffassung wird nicht geteilt. Denn bereits die Definition der schwer zu bewertenden immateriellen Werte setzt eine Situation voraus, in der ein tatsächlicher Fremdvergleich nicht in Betracht kommt, sondern zwingend ein hypothetischer Fremdvergleich durchzuführen ist. Im Rahmen des Stufenverhältnisses kommt es allerdings erst, wenn keine eingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte verfügbar sind, zum hypothetischen Fremdvergleich. Diese Prüfungsreihenfolge kann mittels der Definition schwer zu bewertender immaterieller Werte nicht übersprungen werden. Daher kann diese Definition erst im Rahmen des § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG, der ausschließlich die Fälle des hypothetischen Fremdvergleichs zum Gegenstand hat, zur Anwendung kommen. Hier verdeutlicht diese Definition die Schwierigkeit der Bewertung eines immateriellen Werts und die Gründe für diese Schwierigkeit und belegt damit, dass die sachliche Rechtfertigung für die abweichende Regelung in § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG jedenfalls in diesen Fällen gegeben ist.

Bei der Übertragung schwer zu bewertender immaterieller Werte will die Finanzverwaltung schließlich, abweichend von den OECD Verrechnungspreisleitlinien, die Bewertungsgrundsätze der IDW S 5 in einer modifizierten Form statt des hypothetischen Fremdvergleichs (Barwert-Bewertung) anwenden.⁷⁸¹ Dieses Vorhaben der Finanzverwaltung

⁷⁷⁹ Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Schwer zu bewertende immaterielle Werte (Lfg. 31), Rn. 1008.

⁷⁸⁰ Unsicher, ob dies damit gemeint ist: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480.

⁷⁸¹ Vgl. IDW, S. 96.

ist abzulehnen. Denn hierfür fehlt es, wie die Gegenauffassung überzeugend begründet, an der erforderlichen Rechtsgrundlage.⁷⁸²

Kumulativ muss die zweite Voraussetzung vorliegen, wie sich aus der Verwendung des Begriffs „und“ ergibt. Nach dieser muss der Verrechnungspreis, der anzusetzen gewesen wäre, wäre die tatsächlich eingetretene Entwicklung berücksichtigt worden, erheblich von demjenigen Verrechnungspreis abweichen, den die steuerpflichtige Person ihrer Einkünfteermittlung zugrunde gelegt hat.⁷⁸³ Denn stellt sich im Nachhinein heraus, dass in erheblichem Umfang die preisbestimmenden Faktoren fehlerhaft eingeschätzt worden sind, hat dies zwar auf die Verteilung des Gewinns, der in den jeweiligen Staaten besteuert werden kann, erhebliche Auswirkungen.⁷⁸⁴ Gleichzeitig jedoch bleibt der Gesamtgewinn des Konzerns, sieht man von der Besteuerung ab, unverändert.⁷⁸⁵ Die Finanzverwaltung ist in diesen Fällen daher auf das Indiz der Abweichung der erwarteten von der tatsächlichen späteren Gewinnentwicklung angewiesen.⁷⁸⁶ Die tatsächliche spätere Gewinnentwicklung bezieht sich auf die Einkünfte, die von einem Unternehmen des multinationalen Unternehmens mittels der Verwertung des immateriellen Werts tatsächlich eingenommen wurden.⁷⁸⁷ Die Gewinnentwicklung, die der Verrechnungspreisbestimmung zugrunde lag, bezieht sich auf die zukünftigen Einkünfte eines Unternehmens des multinationalen Unternehmens, die zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses erwartet wurden.⁷⁸⁸ Sie ist der innerbetrieblichen Planrechnung zu entnehmen.⁷⁸⁹ Die tatsächliche spätere Gewinnentwicklung muss von der Gewinnentwicklung, die der Verrechnungspreisbestimmung zugrunde lag, erheblich abweichen. Eine erhebliche Abweichung liegt in den Fällen des § 1 Absatz 3 Satz 5 AStG nach § 10 FVerlV analog vor, wenn der unter Zugrundelegung der tatsächlichen Gewinnentwicklung zutreffende Verrechnungspreis außerhalb des ursprünglichen Einigungsbereichs liegt.⁷⁹⁰ Der neue Einigungsbereich wird durch den ursprünglichen

⁷⁸² IDW, S. 96; Frotscher hält, allerdings im Zusammenhang mit der Nutzung immaterieller Werte erörtert, diesen Standard wohl für ungeeignet: Frotscher, Rn. 1041.

⁷⁸³ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁷⁸⁴ BT-Drs. 16/4841, S. 86 f.; vgl. auch: Tz. 6.186 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁸⁵ BT-Drs. 16/4841, S. 87; vgl. auch: Tz. 6.186 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁸⁶ Vgl. Tz. 6.187 und 6.191 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁸⁷ Vgl. Tz. 6.44 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. hinsichtlich der Verwendung des Begriffs „Ex-post-“: Tz. 6.186 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁸⁸ Vgl. Tz. 6.44 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. hinsichtlich der Verwendung des Begriffs „Ex-ante-“: Tz. 6.186 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁷⁸⁹ Vgl. Tz. 50 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁷⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 87; Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 169; vgl. Engelen, IStR 2016, 146, 147; vgl. auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 622 und 630.

Mindestpreis und den neu ermittelten Höchstpreis des übernehmenden Unternehmens begrenzt. Eine erhebliche Abweichung liegt zudem vor, wenn der neu ermittelte Höchstpreis niedriger ist als der ursprüngliche Mindestpreis des verlagernden Unternehmens.⁷⁹¹ Das Verhältnis von § 10 FVerlV analog zu Tz. 6.193 Ziffern iii) und iv) OECD Verrechnungspreisleitlinien ist, dass eine erhebliche Abweichung gegeben ist, wenn § 10 FVerlV analog erfüllt ist. Trotz Vorliegens einer erheblichen Abweichung ist in den Fällen der Tz. 6.193 Ziffern iii) und iv) OECD Verrechnungspreisleitlinien jedoch eine Ausnahme vom Eintritt der gesetzlichen Vermutung gegeben, falls es sich um eine Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Werte handelt. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Tz. 6.193 Ziffern iii) und iv) OECD Verrechnungspreisleitlinien. Denn beide Ziffern setzen das Vorliegen eines signifikanten Unterschieds, also einer erheblichen Abweichung voraus.

Kritisiert wird an der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der erheblichen Abweichung, dass diese gegen das Bestimmtheitsgebot verstoße.⁷⁹² Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der erheblichen Abweichung verstößt indes nicht gegen das Bestimmtheitsgebot.⁷⁹³ In gewissem Umfang ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unvermeidbar und unverzichtbar.⁷⁹⁴ Ein Verzicht hierauf würde dazu führen, dass Gesetze zu starr und kasuistisch werden würden.⁷⁹⁵ Unbestimmte Rechtsbegriffe sind vielmehr durch Auslegung zu konkretisieren; hierbei kommt den Gerichten eine wichtige Rolle zu.⁷⁹⁶ Der Begriff „erheblich“ in § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG ist ebenfalls noch hinreichend bestimmt.⁷⁹⁷

Liegen beide Voraussetzungen kumulativ vor, tritt die Rechtsfolge ein, also die gesetzliche Vermutung des § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG. Die Finanzverwaltung ist hiernach berechtigt, zu vermuten, dass Unsicherheiten zum Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles bestanden und dass fremde Dritte in ihren Vereinbarungen Anpassungsregelungen getroffen hätten.⁷⁹⁸

⁷⁹¹ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 169; vgl. Engelen, IStR 2016, 146, 147; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 630.

⁷⁹² Vgl. zur Erwähnung der Kritik: Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁷⁹³ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁷⁹⁴ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁷⁹⁵ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁷⁹⁶ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁷⁹⁷ Micker, IStR 2010, 829, 830.

⁷⁹⁸ BT-Drs. 16/4841, S. 87; vgl. auch: Tz. 6.188 und 6.192 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Aus der Verwendung des Begriffs „ist“ in § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG ergibt sich hier nicht, dass die widerlegbare Vermutung zwingend eintritt. Vielmehr ist der Begriff „ist“ hier derart teleologisch zu reduzieren, dass eine Soll-Regelung vorliegt, also ein Regel-Ausnahme-Verhältnis geregelt wurde.⁷⁹⁹ Diese Auffassung wird durch eine historische Auslegung gestützt. Denn in den Gesetzesmaterialien zu dieser Regelung heißt es: „Tritt ein solcher Fall ein, soll die Finanzverwaltung nach Satz 11 berechtigt sein anzunehmen, dass zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses Unsicherheiten bestanden und fremde Dritte Anpassungsregelungen in ihren Vereinbarungen getroffen hätten.“⁸⁰⁰ Dem objektiven Willen des Gesetzgebers entspricht es daher, dass die Finanzverwaltung berechtigt sein soll. Sie ist jedoch zu einer entsprechenden Annahme nicht gezwungen. Ferner verwendet der Gesetzgeber hier ausdrücklich den Begriff „soll“. Aus der Gesetzesbegründung zu Satz 11 geht weiterhin der Rekurs des Gesetzgebers hervor auf die OECD Verrechnungspreisleitlinien.⁸⁰¹ Es entspricht demnach dem objektiven Willen des Gesetzgebers, diese Regelung im Einklang mit den OECD Verrechnungspreisleitlinien angewandt zu wissen. Die teleologische Reduktion dieser Regelung auf eine Soll-Regelung entspricht mithin ebenfalls aus diesem Grund dem objektiven Willen des Gesetzgebers, wenn man Tz. 6.192 OECD Verrechnungspreisleitlinien zur Auslegung heranzieht. Denn hier ist ebenfalls ein Regel-Ausnahme-Verhältnis für die Fälle der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Werte vorgesehen.⁸⁰² Es handelt sich um eine Rechtsfortbildung zu Gunsten der steuerpflichtigen Person. Daher ist ihre Zulässigkeit, jedenfalls nach gegenwärtigem Meinungsstand, zudem unstrittig.

Eine Ausnahme vom Eintritt der gesetzlichen Vermutung ist für Geschäftsvorfälle im Zusammenhang mit der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Werte gegeben, wenn die Finanzverwaltung in der Lage ist, zu bestätigen, dass die Informationen zuverlässig sind, auf denen die ex ante getroffene Preisvereinbarung basiert.⁸⁰³ Weiterhin ist eine Ausnahme vom Eintritt der gesetzlichen Vermutung für diese Geschäftsvorfälle gegeben, wenn mindestens einer der folgenden Fälle vorliegt:

⁷⁹⁹ Ähnlich: Krüger, ISR 2015, 430, 432 ff..

⁸⁰⁰ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁸⁰¹ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁸⁰² Vgl. Tz. 6.192 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁸⁰³ Vgl. Engelen, IStR 2016, 146, 148; vgl. Tz. 6.192 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

1. „Die Übertragung des schwer zu bewertenden immateriellen Werts fällt unter eine bilaterale oder multilaterale Vorabverständigung über die Verrechnungspreise, die während des betreffenden Zeitraums zwischen den Staaten des übernehmenden und des übertragenden Unternehmens wirksam ist“;⁸⁰⁴
2. „Ein etwaiger (...) signifikanter Unterschied zwischen den Finanzprognosen und den tatsächlichen Ergebnissen hat nicht den Effekt, die Vergütung für den schwer zu bewertenden immateriellen Wert um mehr als 20% des im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles festgelegten Vergütungsbetrags zu reduzieren oder zu erhöhen“;⁸⁰⁵
3. „Seit dem Jahr, in dem der schwer zu bewertende immaterielle Wert zum ersten Mal Einkünfte von unabhängigen Dritten für das übernehmende Unternehmen generierte, ist eine Vermarktungsperiode von fünf Jahren vergangen, während der ein etwaiger (...) signifikanter Unterschied zwischen den Finanzprognosen und den tatsächlichen Ergebnissen die Prognoserechnungen für diesen Zeitraum um nicht mehr als 20% überstieg“;⁸⁰⁶ „8. In einigen Wirtschaftssektoren ist es nicht ungewöhnlich, dass ein immaterieller Wert mit einer Eventualklausel in Bezug auf eine zweite oder darüber hinausgehende Nutzung übertragen wird. In Bezug auf die Art von immateriellen Werten, bei denen dies der Fall ist, beginnt mit der neuen Vermarktung ein neuer solcher Zeitraum.“⁸⁰⁷

Zu der in Rede stehenden gesetzlichen Vermutung ist noch das Folgende zu erwähnen: Ist die Beurteilung der Fremdüblichkeit wegen besonders stark ausgeprägter Informationsasymmetrien außergewöhnlich schwierig, kann die Finanzverwaltung erst rückblickend die Transaktion zutreffend einschätzen.⁸⁰⁸ Daher darf diese zur Beurteilung der Angemessenheit der Verrechnungspreise die tatsächliche spätere Gewinnentwicklung heranziehen.⁸⁰⁹ Gesetzlich zu vermuten und mittels der tatsächlichen späteren Gewinnentwicklung zu beurteilen, ist hierbei: das Ausmaß der Unsicherheiten, die zum Zeitpunkt eines Geschäftsvorfalles bestanden, ob die steuerpflichtige Person vernünftigerweise vorhersehbare Entwicklungen berücksichtigt hat und ob die verwendeten Informationen zuverlässig sind.⁸¹⁰

⁸⁰⁴ Tz. 6.193 Ziffer ii) OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁸⁰⁵ Tz. 6.193 Ziffer iii) OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁸⁰⁶ Tz. 6.193 Ziffer iv) OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁸⁰⁷ Fußnote zu Tz. 6.193 Ziffer iv) OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁸⁰⁸ Engelen, IStR 2016, 146, 148.

⁸⁰⁹ Engelen, IStR 2016, 146, 148; vgl. auch: Greil/Greil, StuW 2018, 184, 186.

⁸¹⁰ Engelen, IStR 2016, 146, 148.

Die gesetzliche Vermutung des § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG ist widerlegbar, wie jede gesetzliche Vermutung, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt (vgl. § 292 ZPO i. V. m. § 155 FGO).⁸¹¹ Die steuerpflichtige Person hat daher die Nachweismöglichkeit, dass unabhängige Dritte in der gleichen Situation wie die Nahestehenden keine Anpassungsregelungen getroffen hätten.⁸¹² Widerlegbar zu vermuten ist hierbei zweierlei: dass zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses Unsicherheiten im Hinblick auf die Preisvereinbarung bestanden und dass unabhängige Dritte eine sachgerechte Anpassungsregelung vereinbart hätten. Im Falle von Geschäftsvorfällen, die im Zusammenhang mit der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Werte stehen, kann die steuerpflichtige Person, falls sie beweisen kann, dass das Bestehen von Unsicherheiten keinen Einfluss auf die Verrechnungspreisbestimmung hatte, diese gesetzliche Vermutung widerlegen und das Gegenteil beweisen, wenn sie liefert:

„1. detaillierte Angaben zu den im Zeitpunkt der Übertragung bei der Bestimmung der Preisvereinbarungen verwendeten Ex-ante-Prognoserechnungen, einschließlich dazu, wie die Risiken in den Berechnungen zur Bestimmung des Preises berücksichtigt wurden (z. B. wahrscheinlichkeitsgewichtet), sowie zur Angemessenheit seiner [d. h. ihrer; Anm. der Verfasserin] Prüfung der vernünftigerweise vorhersehbaren Ereignisse und sonstigen Risiken sowie der Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens; und

2. verlässliche Nachweise, dass ein etwaiger signifikanter Unterschied zwischen den finanziellen Prognosen und den tatsächlichen Ergebnissen auf Folgendes zurückzuführen ist: a) unvorhersehbare Entwicklungen oder Ereignisse, die nach der Bestimmung des Preises eingetreten sind und die im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles von den verbundenen Unternehmen nicht vorhergesehen werden konnten, oder b) die Wirkung der Eintrittswahrscheinlichkeit vorhersehbarer Ergebnisse, wobei diese Eintrittswahrscheinlichkeit im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles nicht deutlich überschätzt oder unterschätzt wurde.“⁸¹³

⁸¹¹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 617; vgl. zur Widerlegbarkeit im Falle der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.188 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁸¹² BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁸¹³ Vgl. Engelen, IStR 2016, 146, 148 f.; Tz. 6.193 Ziffer i) i. V. m. Tz. 6.188 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); zu dem Erfordernis, die gesetzliche Vermutung nicht lediglich widerlegen, sondern zudem das Gegenteil beweisen zu müssen: Schellhammer, Rn. 396.

Die erste der obigen Widerlegungsmöglichkeiten erfordert also, dass die steuerpflichtige Person beweist, was zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses vorhersehbar war und dass dies in den Annahmen, die der Verrechnungspreisbestimmung zugrunde lagen, berücksichtigt wurde.⁸¹⁴ Die zweite der obigen Widerlegungsmöglichkeiten erfordert, dass die steuerpflichtige Person beweist, dass die Entwicklungen, die zu der Abweichung geführt haben, unvorhersehbare Ereignisse oder zwar vorhersehbarer Szenarien waren, aber dass deren Wahrscheinlichkeit nicht wesentlich falsch eingeschätzt wurde.⁸¹⁵ Bei den unvorhersehbaren Ereignissen kann es sich zum Beispiel um eine Naturkatastrophe, eine Wirtschaftskrise oder ein anderes unerwartetes Ereignis, das zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses eindeutig unvorhersehbar war oder dessen Eintrittswahrscheinlichkeit berechtigterweise als sehr gering eingeschätzt wurde, oder um außergewöhnliche Kosten handeln.⁸¹⁶ Beide Widerlegungsmöglichkeiten müssen kumulativ vorliegen.⁸¹⁷

Die Ausgestaltung der Widerlegungsmöglichkeiten wird kritisiert.⁸¹⁸ Die Forderung nach Einbeziehung der Risiken impliziere, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen ihrem Eintritt und ihrer Vorhersehbarkeit bestünde.⁸¹⁹ Unterstellt werde offensichtlich, dass die steuerpflichtige Person über Informationen ex ante verfüge, die die Steuerverwaltung erst ex post erhalte.⁸²⁰ Diese Unterstellung werde deutlich, wenn man berücksichtige, dass die gesetzliche Vermutung widerlegbar sei, falls die steuerpflichtige Person nachweise, dass die zum Zeitpunkt der Übertragung genutzten Informationen zuverlässig gewesen seien.⁸²¹ Dieser Forderung mangle es an ihrer Objektivierbarkeit und sie beruhe auf späterem Wissen.⁸²² Wegen des zuletzt Erwähnten jedoch stünde die Preisanpassungsklausel nicht im Einklang mit dem international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz.⁸²³ Ferner wird kritisiert, dass der Nachweis, dass Abweichungen auf externen Faktoren beruhten, unmöglich zu erbringen sei, solange die Beispiele unschädlicher Ursachen nicht auf typischere Fälle ausgedehnt

⁸¹⁴ Tz. 6.194 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁸¹⁵ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480; vgl. Tz. 6.194 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁸¹⁶ Vgl. Tz. 6.194 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch); vgl. Tz. 50 Verwaltungsgrundsätze 2020.

⁸¹⁷ Krüger, ISR 2015, 430, 432.

⁸¹⁸ Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁸¹⁹ Koch, IStR 2016, 881, 888; so wohl auch: Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438.

⁸²⁰ Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438.

⁸²¹ Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438.

⁸²² Koch, IStR 2016, 881, 888; so wohl auch: Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438.

⁸²³ Blumenberg/Benz, S. 282; Höreth/Ortmann-Babel, S. 297 und 298; Kroppen/Rasch/Eigelshoven, IWB 2007, Fach 3, Gruppe 1, 2201, 2220; Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, 869.

würden.⁸²⁴ Es stelle sich außerdem vor dem Hintergrund dessen, dass die Wertentwicklung des immateriellen Werts von dem späteren Verhalten der erwerbenden Person abhängt, die Frage, wie unschädliche externe und schädliche interne Werttreiber zu isolieren seien und dies darzulegen sei.⁸²⁵ In dieselbe Richtung ging bereits die Kritik, dass die Widerlegungsmöglichkeit der gesetzlichen Vermutung des Satzes 11 nicht berücksichtige, dass und wie sehr die späteren tatsächlichen Gewinne ihre Ursache in Maßnahmen der erwerbenden Person fänden.⁸²⁶ Eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung sei daher nicht möglich und fremdunüblich.⁸²⁷ Denn das abgebende Unternehmen müsse hierzu Umstände nachweisen, die im Nachhinein im Bereich des aufnehmenden Unternehmens eingetreten seien.⁸²⁸ Jedoch sei ein vollständiger Einblick in diese Entwicklungen eines anderen Unternehmens nicht möglich und fremdunüblich.⁸²⁹ Bereits die Kritik an der Auffassung der OECD zu Unternehmensumstrukturierungen, die kritisierte, dass die gesetzliche Vermutung des Satzes 11 nicht dadurch widerlegt werden könne, dass die künftige Entwicklung zum Transaktionszeitpunkt unvorhersehbar gewesen sei, ging in eine ähnliche Richtung.⁸³⁰ Ferner wird kritisiert, dass die gesetzliche Vermutung in § 1 AStG gegen das Willkürverbot des Artikels 3 Absatz 1 GG verstoße.⁸³¹ Denn sie sei nur zulässig, wenn sie die Regel der tatsächlichen Verhältnisse sei.⁸³² Weiterhin wird kritisiert, dass die Widerlegungsmöglichkeiten auf unbestimmten Rechtsbegriffen beruhten.⁸³³ Denn der Begriff der angemessenen Berücksichtigung sei nicht klar definiert.⁸³⁴ Unklar sei zudem, welche objektiven Nachweise für die Widerlegungsmöglichkeiten erforderlich seien.⁸³⁵ Außerdem bleibe unklar, wann der Nachweis verlässlich sei und wann eine Abweichung wesentlich sei.⁸³⁶ Ob die Entwicklungen und Ereignisse vernünftigerweise hätten vorhersehbar sein können, sei eine subjektive Anforderung an die Vorhersehbarkeit, die durch den Begriff vernünftigerweise näher konkretisiert werde.⁸³⁷ Maßgeblich sei daher nicht die individuell-

⁸²⁴ Engelen, IStR 2016, 146, 151.

⁸²⁵ Engelen, IStR 2016, 146, 151; vgl. hierzu auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 623.

⁸²⁶ Baumhoff/Ditz/Greinert, DStR 2007, 1649, 1654.

⁸²⁷ Kasten, S. 197 und 201.

⁸²⁸ Kasten, S. 197 und 201.

⁸²⁹ Kasten, S. 197 und 201.

⁸³⁰ Baumhoff/Puls, IStR 2009, 73, 78; vgl. auch: Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, 868.

⁸³¹ Blumenberg/Benz, S. 292.

⁸³² Blumenberg/Benz, S. 292.

⁸³³ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480; Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁸³⁴ Engelen, IStR 2016, 146, 151.

⁸³⁵ Mank/Salih, IWB 2017, 437, 439.

⁸³⁶ Engelen, IStR 2016, 146, 151.

⁸³⁷ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480.

subjektive Erkenntnismöglichkeit, sondern die eines vernünftigen Dritten, die über die eines durchschnittlichen objektiven Dritten hinausgehe.⁸³⁸ Diese Anforderung sollte vereinfacht werden.⁸³⁹ Wegen der Rechtsunsicherheiten darüber, wie die gesetzliche Vermutung widerlegt werden könne, dürften an die steuerpflichtige Person keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.⁸⁴⁰ Des Weiteren wird kritisiert, dass die gesetzliche Vermutung und ihre Widerlegungsmöglichkeiten deutlich die Anforderungen an die Dokumentation erhöhten.⁸⁴¹ Schließlich wird am zweiten Teil der Widerlegungsmöglichkeit kritisiert, dass nicht klar sei, ob und inwieweit hinsichtlich Art und Ausmaß des Nachweises die Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Mitwirkungspflichten den Anforderungen genüge.⁸⁴²

Sofern es den Ursachenzusammenhang zwischen Risikoeintritt und der Vorhersehbarkeit von Risiken und hierbei das Vorliegen von Informationsasymmetrien sowie den Mangel an Objektivierbarkeit betreffe, ist dem zuzugeben, dass für die steuerpflichtige Person ebenfalls Unsicherheiten bei der Bewertung schwer zu bewertender immaterieller Werte bestünden.⁸⁴³ Diesbezüglich dürfe hingegen nicht verkannt werden, dass die Steuerverwaltung von der Informationsasymmetrie weit stärker betroffen sei.⁸⁴⁴ Denn die steuerpflichtige Person kenne die Bedingungen der Preisgestaltung grundsätzlich.⁸⁴⁵ Die Steuerverwaltung jedoch kenne diese nicht.⁸⁴⁶ Zu dieser Informationsasymmetrie käme auf Seiten der Steuerverwaltung hinzu, dass die Bewertung von Preisfestsetzungsvereinbarungen zwischen verbundenen Unternehmen noch schwieriger sei als zwischen fremden Dritten.⁸⁴⁷ Denn bei fremden Dritten könne man im Hinblick auf die Preisgestaltung wenigstens auf die gegenläufigen Interessen vertrauen.⁸⁴⁸ Die Interessen der steuerpflichtigen Person seien durch die Ausnahmen und die Widerlegbarkeit berücksichtigt worden.⁸⁴⁹ Derart sei diese Kritik teilweise aufgegriffen worden und eine Preisanpassung sei ausgeschlossen, wenn die steuerpflichtige Person den Gegenbeweis erbrächte.⁸⁵⁰ Dieser Auffassung wird gefolgt. Im Übrigen ist in der

⁸³⁸ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480.

⁸³⁹ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480.

⁸⁴⁰ Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, 868.

⁸⁴¹ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480; Mank/Salih, IWB 2017, 437, 439.

⁸⁴² Ähnlich: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480.

⁸⁴³ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁴⁴ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁴⁵ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁴⁶ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁴⁷ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁴⁸ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁴⁹ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁵⁰ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

Preisanpassungsklausel späteres Wissen nicht zu sehen. Sofern es die Unmöglichkeit des Nachweises und die sich hieran anschließende Forderung betrifft, sei dem zuzugeben, dass die Schwierigkeit weiterhin darin bestehen werde, im Nachhinein zu erkennen, weshalb die prognostizierten und erreichten Werte abweichten, und die objektive und subjektive Erkenntnismöglichkeit festzustellen.⁸⁵¹ Dieser Schwierigkeit könne jedoch nicht durch die Definitionen der immateriellen Werte oder der schwer zu bewertenden immateriellen Werte begegnet werden.⁸⁵² Vielmehr handele es sich hierbei um das Grundproblem im Falle von Verrechnungspreisen.⁸⁵³ Hierbei sei zudem zu berücksichtigen, dass die Preisanpassungsklausel vom Gesetzgeber tatbestandlich bereits stark eingegrenzt worden sei.⁸⁵⁴ Insbesondere müssten Unsicherheiten hinsichtlich der Preisvereinbarung bestanden haben, damit die gesetzliche Vermutung greife.⁸⁵⁵ Hierdurch werde deutlich, dass es bei dieser Regelung um Missbrauchsfälle gehe, bei denen die steuerpflichtige Person Kenntnis von den erheblichen Unsicherheiten habe.⁸⁵⁶ Es gehe jedoch nicht um Fälle, bei denen Entwicklungen nicht absehbar gewesen seien oder Maßnahmen der erwerbenden Person zu der jeweiligen Gewinnentwicklung geführt hätten.⁸⁵⁷ Diese Auffassung ist überzeugend und daher wird ihr ebenfalls gefolgt. Entgegen der Gegenauffassung läge ein Verstoß gegen das Willkürverbot des Artikels 3 Absatz 1 GG ebenfalls nicht vor.⁸⁵⁸ Denn die steuerpflichtige Person habe es aus der Beweisnähe selbst in der Hand, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen.⁸⁵⁹ Dieser überzeugenden Auffassung wird ebenfalls gefolgt. Kritisiert wird die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen der Regelungen zu Preisanpassungen.⁸⁶⁰ Diese Kritik träfe auf die Regelungen über schwer zu bewertende immaterielle Werte jedoch nicht zu.⁸⁶¹ Statt „ausreichender Beweis“ würden hier nunmehr die Begriffe „Anscheinsbeweis“ und „glaubhafter Beweis“ verwendet.⁸⁶² Es gehe hierbei um die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung, indem die steuerpflichtige Person glaubhaft darlege, was zum Transaktionszeitpunkt vorhersehbar gewesen sei.⁸⁶³ Im Übrigen ließen sich die kritisierten

⁸⁵¹ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁵² Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁵³ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁵⁴ Schwenke in: Piltz (Hg.)–Steuerberater-Jahrbuch 2007/2008, S. 148 f..

⁸⁵⁵ Schwenke in: Piltz (Hg.)–Steuerberater-Jahrbuch 2007/2008, S. 148 f..

⁸⁵⁶ Schwenke in: Piltz (Hg.)–Steuerberater-Jahrbuch 2007/2008, S. 148 f..

⁸⁵⁷ Schwenke in: Piltz (Hg.)–Steuerberater-Jahrbuch 2007/2008, S. 148 f..

⁸⁵⁸ Zech, S. 146 f..

⁸⁵⁹ Zech, S. 146 f..

⁸⁶⁰ Krüger, ISR 2015, 430, 435.

⁸⁶¹ Krüger, ISR 2015, 430, 435.

⁸⁶² Krüger, ISR 2015, 430, 435.

⁸⁶³ Krüger, ISR 2015, 430, 435.

Begriffe in zwei Begriffsgruppen einordnen: die erste Begriffsgruppe bezeichne einen herausragenden Abweichungsgrad und die zweite einen Zukunftsbezug.⁸⁶⁴ Damit würden mit diesen beiden Begriffsgruppen die beiden Grundschwierigkeiten angegangen werden, denen man im Falle schwer zu bewertender immaterieller Werte begegne.⁸⁶⁵ Die Begriffe dieser beiden Begriffsgruppen seien einheitlich nach dem Fremdvergleichsgrundsatz auszulegen und erforderlich sei die Feststellung einer Abweichung zwischen fremdüblichem „Soll“ und vereinbartem „Ist“.⁸⁶⁶ Diese Feststellung sei objektiv erforderlich.⁸⁶⁷ Die kritisierte Subjektivität der zu bestimmenden Terminologie existiere also nicht.⁸⁶⁸ Eine Preisanpassung sei ausgeschlossen, wenn die steuerpflichtige Person den Gegenbeweis glaubhaft nachweise.⁸⁶⁹ Eine Preisanpassung setze nach diesem eine objektive oder subjektive Möglichkeit der Vorhersehbarkeit zum Transaktionszeitpunkt von Entwicklungen oder Ereignissen voraus.⁸⁷⁰ Damit sei sowohl die objektive als auch die subjektive Erkenntnismöglichkeit berücksichtigt worden.⁸⁷¹ Bei der objektiven Erkenntnismöglichkeit komme es auf die allgemeine Erkennbarkeit zum Transaktionszeitpunkt für jedermann an.⁸⁷² Bei der subjektiven Erkenntnismöglichkeit komme es darauf an, was für einen vernünftigen Dritten hätte vorhersehbar sein müssen.⁸⁷³ Dies gehe sowohl über die individuell-subjektive Erkenntnismöglichkeit als auch über die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen objektiven Dritten hinaus.⁸⁷⁴ Der Forderung nach der Vereinfachung der Anforderung des vernünftigen Dritten ist indes zu widersprechen. Denn sie steht mit dem Grundsatz des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht in Einklang. Denn ein solcher würde nicht wie ein durchschnittlicher objektiver Dritter handeln, sondern wie ein vernünftiger Dritter. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verstoße im Übrigen hier nicht gegen das Bestimmtheitsgebot.⁸⁷⁵ In gewissem Umfang sei die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unvermeidbar und unverzichtbar.⁸⁷⁶ Ein Verzicht hierauf würde dazu führen,

⁸⁶⁴ Krüger, ISR 2015, 430, 435.

⁸⁶⁵ Krüger, ISR 2015, 430, 435.

⁸⁶⁶ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁸⁶⁷ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁸⁶⁸ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁸⁶⁹ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

⁸⁷⁰ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

⁸⁷¹ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

⁸⁷² Krüger, ISR 2015, 430, 437 f..

⁸⁷³ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁷⁴ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

⁸⁷⁵ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁸⁷⁶ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

dass Gesetze zu starr und kasuistisch würden.⁸⁷⁷ Unbestimmte Rechtsbegriffe seien vielmehr durch Auslegung zu konkretisieren; hierbei komme der Rechtsprechung eine wichtige Rolle zu.⁸⁷⁸ Der Begriff „erheblich“ in § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG sei jedenfalls noch hinreichend bestimmt.⁸⁷⁹ Dieser Auffassung wird gefolgt. Das Vorliegen höherer Anforderungen an die Dokumentation ist zuzugeben. Allerdings sind mit der Ausnahme einer bilateralen oder multilateralen Vorabverständigung und der Möglichkeit der Vereinbarung einer sachgerechten Anpassungsregelung der steuerpflichtigen Person Möglichkeiten an die Hand gegeben worden, um dies durch eigene Gestaltungsmöglichkeiten zu vermeiden.

Kritisiert wird ferner, dass die OECD mit ihrem Ansatz die weltweite Anwendung des „commensurate with income standard“, der im US-Steuerrecht begründet sei, durchsetzen wolle.⁸⁸⁰ Dieser sei bei seiner Einführung im US-Steuerrecht international stark kritisiert worden.⁸⁸¹ Diese Kritik sei ebenfalls von Deutschland ausgegangen und bestehe fort.⁸⁸² Dennoch habe die deutsche Steuerverwaltung diesen Ansatz bereits mit der Einführung des § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG übernommen.⁸⁸³ Sowohl die deutsche als auch die US-amerikanische Preisanpassungsklausel seien wegen ihrer Fremdunüblichkeit in der Fachliteratur kritisiert worden.⁸⁸⁴ Kritisiert werde an ihnen im Wesentlichen, dass die Besteuerung auf der Basis besseren Wissens nach der Transaktion begründet würde.⁸⁸⁵ Die OECD habe diesen Standard des US-amerikanischen Steuerrechts früher ebenfalls abgelehnt, für den Fall der Verwendung späteren Wissens.⁸⁸⁶ Trotz ihres neuen Ansatzes, mit dem sie seine Anwendung nunmehr weltweit durchsetzen wolle, lehne die OECD jedoch die Verwendung späteren Wissens weiterhin ab.⁸⁸⁷ Die Verwendung von ex-post-Informationen widerspräche zudem gängigen Bewertungsprinzipien des Handels- und Steuerrechts, nach denen ausschließlich die bis zum Bewertungsstichtag vorhandenen Informationen Eingang in

⁸⁷⁷ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁸⁷⁸ Krüger, ISR 2015, 430, 436.

⁸⁷⁹ Micker, IStR 2010, 829, 830.

⁸⁸⁰ So wohl auch: Koch, IStR 2016, 881, 888; Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 838; vgl auch: Kroppen/Rasch/Eigelshoven, IWB 2007, Fach 3, Gruppe 1, 2201, 2220.

⁸⁸¹ Höreth/Ortmann-Babel, S. 298; Kroppen/Rasch/Eigelshoven, IWB 2007, Fach 3, Gruppe 1, 2201, 2220.

⁸⁸² Höreth/Ortmann-Babel, S. 298.

⁸⁸³ Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 838.

⁸⁸⁴ Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, 868.

⁸⁸⁵ Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 978; Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 838.

⁸⁸⁶ Schmidtke, IStR 2015, 120, 124.

⁸⁸⁷ Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 837.

die Bewertung fänden.⁸⁸⁸ Für nachträgliche Anpassungen bleibe bei Einhaltung dieser Prinzipien kein Raum.⁸⁸⁹ Allein ein unangemessener Verrechnungspreis, dessen Ursache in einer unangemessenen, nicht plausiblen oder nicht nachvollziehbaren Berechnung des Ertragswerts zu sehen sei, dürfe folglich der Regelung des § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG unterliegen.⁸⁹⁰ Denn eine erhebliche Abweichung könne auf unvorhersehbaren Entwicklungen beruhen.⁸⁹¹ Die Ausnahmetatbestände drei und vier sähen ferner einen Abweichungskorridor von zwanzig Prozent vor.⁸⁹² Dieser sei willkürlich gewählt.⁸⁹³ Er entspräche nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz, sondern sei eine typisierende Einschränkung.⁸⁹⁴ Mit diesem Ansatz erhöhten sich der Aufwand und die Rechtsunsicherheit für die steuerpflichtige Person.⁸⁹⁵ Die Finanzverwaltung verfüge schließlich nicht über die erforderlichen personellen Ressourcen, um die wegen divergierender Auffassungen zur Behandlung immaterieller Werte steigende Anzahl von Verständigungsverfahren und Finanzgerichtsverfahren zu bewältigen.⁸⁹⁶

Diese Kritik wird von der Gegenauffassung abgelehnt, der hier wegen ihrer Überzeugungskraft gefolgt wird. Zwar lehne sich die Preisanpassungsklausel der Sätze 11 und 12 tatsächlich an den „commensurate with income standard“ des US-amerikanischen Steuerrechts an.⁸⁹⁷ Jedoch sei dieser durch die Aufnahme der Vermutungsregelung abgemildert worden.⁸⁹⁸ Dies ermögliche die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung.⁸⁹⁹ Bei dieser widerlegbaren gesetzlichen Vermutung handele es sich, entgegen der anderen Auffassung, zudem nicht um die Verwendung späteren Wissens.⁹⁰⁰ Denn dies läge lediglich dann vor, wenn für Zwecke der Steuerveranlagung rückblickend Ex-post-Ergebnisse herangezogen würden, ohne zu berücksichtigen, ob die Information, auf der diese beruhen, von den Nahestehenden zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses vernünftigerweise gekannt

⁸⁸⁸ Engelen, IStR 2016, 146, 150; vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1393; vgl. hierzu auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 623.

⁸⁸⁹ Engelen, IStR 2016, 146, 150; vgl. hierzu auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 623.

⁸⁹⁰ Vgl. Greil, IStR 2009, 567, 570 und 571; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 623; siehe auch bereits: Kahle, Der Konzern 2007, 647, 656.

⁸⁹¹ Kahle, Der Konzern 2007, 647, 656.

⁸⁹² Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁸⁹³ Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁸⁹⁴ Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁸⁹⁵ Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 838.

⁸⁹⁶ Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 840.

⁸⁹⁷ Richter/Welling, FR 2008, 71, 77.

⁸⁹⁸ Richter/Welling, FR 2008, 71, 77.

⁸⁹⁹ Richter/Welling, FR 2008, 71, 77.

⁹⁰⁰ Vgl. Engelen, IStR 2016, 146, 148; Tz. 6.188 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

und berücksichtigt hätte werden können.⁹⁰¹ Richtig sei in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Finanzverwaltung nicht auf Basis besserer Kenntnis im Nachhinein entscheiden dürfe, was vorhersehbar zum maßgeblichen Zeitpunkt gewesen sei, sondern diese Entscheidung auf der Grundlage derjenigen Informationen zu treffen habe, die zu diesem Zeitpunkt verfügbar gewesen seien.⁹⁰² Dieser Begründung ist hinzuzufügen, dass sie hierbei allerdings nicht auf die Informationen beschränkt ist, die die steuerpflichtige Person hierzu dokumentiert hat. Für Typisierungen und Pauschalierungen bei Massenverfahren bestünden im Übrigen weitreichende Befugnisse, um das Verfahren vor dem Hintergrund eines unverhältnismäßig hohen Aufwands zu vereinfachen und die verfügbaren personellen und finanziellen Ressourcen der Finanzverwaltung zu berücksichtigen.⁹⁰³ Zu ergänzen ist ferner, dass, sofern es die Befürchtungen hinsichtlich des Aufwands, der Rechtssicherheit und der Behandlung von Verständigungs- und Finanzgerichtsverfahren betrifft, es die steuerpflichtige Person selbst in der Hand hat, durch den Abschluss von Vorabverständigungen und die Vereinbarung sachgerechter Anpassungsklauseln diese Unwägbarkeiten zu vermeiden. Außerdem sind schließlich bereits bei Einführung von § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 fünf weitere Stellen beim Bundeszentralamt für Steuern zur zügigeren Erledigung insbesondere von Verständigungsverfahren geschaffen worden.⁹⁰⁴

Wie sich aus der Verwendung des Begriffs „und“ ergibt, ist kumulativ widerlegbar zu vermuten, dass unabhängige Dritte eine sachgerechte Anpassungsregelung vereinbart hätten.⁹⁰⁵ Dem liegt die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, dass in der Regel unabhängige Dritte im Falle von Bewertungsunsicherheiten eine sachgerechte Anpassungsregelung vereinbaren.⁹⁰⁶ Eine sachgerechte Anpassungsregelung sind z. B. eine Lizenzierung, Verträge mit kurzen Laufzeiten, Preisanpassungsklauseln oder eine Zahlungsstruktur mit bedingten Zahlungen, jedoch zudem laufende Nutzungsentgelte mit

⁹⁰¹ Vgl. Engelen, IStR 2016, 146, 148; vgl. Tz. 17 OECD Guidance; Tz. 6.188 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹⁰² Vgl. Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Schwer zu bewertende immaterielle Werte (Lfg. 31), Rn. 1024.

⁹⁰³ Vgl. BVerfG, Urteil v. 10.04.2018 - 1 BvL 11/14 - Rn. 61.

⁹⁰⁴ BT-Drs. 16/4841, S. 2 und 85.

⁹⁰⁵ Vgl. Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 165; vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 617.

⁹⁰⁶ Engelen, IStR 2016, 146, 147.

Elementen zur Anpassung oder eine Kombination dieser Regelungen.⁹⁰⁷ Vereinbart werden Zahlungsstrukturen mit bedingten Zahlungen hierbei im Falle jeglicher Preisvereinbarung, bei der „die Höhe oder der Zeitpunkt der Zahlungen von eventuell eintretenden Ereignissen abhängt, darunter das Erreichen von im Voraus festgelegten finanziellen Schwellenwerten, beispielsweise in Bezug auf Umsatz oder Gewinn, oder von im Voraus festgelegten Entwicklungsstufen (z. B. für Lizenzgebühren oder regelmäßige Meilensteinzahlungen).“⁹⁰⁸ Zu den sachgerechten Anpassungsregelungen zählen jedenfalls auch Lizenzvereinbarungen, die, wie in § 9 FVerlV geregelt, vorsehen, dass der Lizenznehmer den Lizenzgeber an seinem Verwertungserfolg des wesentlichen immateriellen Wirtschaftsgutes angemessen beteiligt.⁹⁰⁹ Die Sachgerechtigkeit der Anpassungsregelung ist im Einzelfall zu beurteilen.⁹¹⁰ Widerlegbar zu vermuten ist, dass unabhängige Dritte eine solche Anpassungsregelung vereinbart hätten.⁹¹¹ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Anpassungsregelungen eine betriebswirtschaftlich zutreffende und also eine dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechende Besteuerung sicherstellen.⁹¹² Ferner entsprechen Anpassungsregelungen den OECD Verrechnungspreisleitlinien.⁹¹³

Kritisiert wird hieran, dass sich die OECD Verrechnungspreisleitlinien bisher jedoch noch zurückhaltend zu der Verwendung sachgerechter Anpassungsregelungen äußerten.⁹¹⁴ Demgegenüber stelle der deutsche Gesetzgeber ihrer Vereinbarung als Regelfall dar.⁹¹⁵ Die Auffassung der OECD zu Unternehmensumstrukturierungen hingegen sei vorsichtiger gewesen als die Preisanpassungsklausel.⁹¹⁶ Denn sie sehe das Hauptproblem in der Bestimmung, ob die Unsicherheit ursprünglich so groß gewesen sei, dass Dritte eine Preisanpassungsklausel vereinbart hätten oder dass die Wertveränderung zu

⁹⁰⁷ Vgl. zur Lizenzierung: BT-Drs. 16/4841, S. 87; vgl. Tz. 16 OECD Guidance; vgl. Tz. 6.183 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹⁰⁸ Vgl. zu einer Auffassung, die auch Neuverhandlungsprovisionen unter diese Definition fasst: Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Schwer zu bewertende immaterielle Werte (Lfg. 31), Rn. 988; vgl. Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438; Tz. 6.183 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹⁰⁹ BT-Drs. 16/4841, S. 87; vgl. hierzu auch: Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 170; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 633.

⁹¹⁰ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 170.

⁹¹¹ Vgl. für Fälle im Zusammenhang mit der Übertragung oder Nutzung schwer zu bewertender immaterieller Wirtschaftsgüter: Tz. 6.187, 6.188 und 6.192 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹¹² BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁹¹³ BT-Drs. 16/4841, S. 87; vgl. Tz. 6.187, 6.188 und 6.192 und 3.73 i. V. m. 6.183 und 6.184 analog OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹¹⁴ Engelen, IStR 2016, 146, 149.

⁹¹⁵ Engelen, IStR 2016, 146, 149.

⁹¹⁶ Welling in: FS Schaumburg, S. 993.

Neuverhandlungen geführt hätte.⁹¹⁷ Die wirtschaftlichen Gründe für sachgerechte Anpassungsregelungen zwischen unabhängigen Dritten seien der Schutz der erwerbenden Person vor dem moralischen Risiko, das die veräußernde Person berge, die Sicherstellung von Anreizkompatibilität, wenn der Wert des immateriellen Werts von dem späteren Verhalten der veräußernden Person wesentlich abhängt, und Unsicherheiten hinsichtlich der Werthaltigkeit des immateriellen Werts, die beiderseitig bestehen könnten.⁹¹⁸ Im Hinblick auf den zuletzt genannten Grund gelte: Könnten die Transaktionspartner den Kaufpreis auf Umweltzustände konditionieren, die sie beobachten und verifizieren könnten, z. B. einen vorläufigen Kaufpreis kombiniert mit einer nachträglichen Preisanpassung, könne die Transaktion zum Vorteil beider trotz Unsicherheiten dennoch stattfinden.⁹¹⁹ Allerdings läge eine solche asymmetrische Informationsverteilung im Konzern grundsätzlich nicht vor.⁹²⁰ Hierfür spräche auch die Transparenzregelung des § 1 Absatz 1 Satz 2 AStG.⁹²¹ Daher entspräche zwischen Konzernunternehmen eine sachgerechte Anpassungsregelung mangels mit der obigen Situation deckungsgleicher wirtschaftlicher Interessenlage nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz.⁹²² Die Vereinbarung einer sachgerechten Anpassungsklausel und damit die Verwendung von Ex-post-Informationen seien ferner trotz dieser ökonomischen Motive in der Praxis unter unabhängigen Dritten nicht üblich, wie statistische Beispiele zeigten.⁹²³ Allerdings sei zu bezweifeln, dass die Finanzverwaltung die entsprechenden empirischen Belege anerkennen werde.⁹²⁴ Fremdüblich seien in solchen Fällen vielmehr vorsichtige Gewinnprognosen und/oder risikoadäquate Diskontierungssätze.⁹²⁵ Unsicherheiten würden in der Praxis eingepreist.⁹²⁶ Fremdunüblich sei jedoch die doppelte Berücksichtigung der Unsicherheiten; das heißt sowohl z. B. im Diskontierungszinssatz als auch in der Preisanpassungsklausel.⁹²⁷ Fremdunüblich sei ferner ein Verrechnungspreis, bei dem die Summe des ursprünglichen Preises zuzüglich des abgezinsten Erwartungswerts der

⁹¹⁷ Welling in: FS Schaumburg, S. 993.

⁹¹⁸ Engelen, IStR 2016, 146, 149; ähnlich: Schmidtke, IStR 2015, 120, 124.

⁹¹⁹ Schmidtke, IStR 2015, 120, 125 f..

⁹²⁰ Schmidtke, IStR 2015, 120, 125.

⁹²¹ Schmidtke, IStR 2015, 120, 125.

⁹²² Schmidtke, IStR 2015, 120, 125.

⁹²³ Engelen, IStR 2016, 146, 149 f.; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 617; Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁹²⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 617.

⁹²⁵ Engelen, IStR 2016, 146, 150; vgl. auch: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 617.

⁹²⁶ Greil, IStR 2009, 567, 571.

⁹²⁷ Kasten, S. 188.

Preisanpassungsklausel höher sei als der Preis ohne Preisanpassungsklausel.⁹²⁸ Denn unter Dritten wirke sich eine Preisanpassungsklausel negativ auf den Preis aus.⁹²⁹ Schließlich entspräche es nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz eine Preisanpassungsklausel zu vereinbaren, wenn Preisanpassungen bereits eingepreist seien.⁹³⁰ Dem international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz entspräche die Preisanpassungsklausel ferner lediglich, wenn keine grundsätzliche Verpflichtung zum Abschluss solcher Klauseln vorgesehen wäre und ihr Abschluss nicht verlangt würde, falls auch Dritte Risiken selbst getragen hätten und Preisvereinbarungen ohne derlei Klauseln abgeschlossen worden wären.⁹³¹ Dem entspräche die gesetzliche Vermutung des Satzes 11 jedoch nicht.⁹³² Entgegen der Auffassung der OECD und des deutschen Gesetzgebers entsprächen sachgerechte Anpassungsklauseln außerdem ohnehin nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz.⁹³³ Vielmehr sei die zuvor von der OECD vertretene Auffassung richtig.⁹³⁴ Die Preisanpassungsklausel nach BEPS Bericht 8 sei zudem keine Auslegung des Fremdvergleichsgrundsatzes, sondern eine Maßnahme außerhalb des Fremdvergleichsgrundsatzes, um auf die Informationsasymmetrie zwischen Steuerverwaltung und steuerpflichtiger Person reagieren zu können.⁹³⁵ Dies gelte für die Preisanpassungsklausel nach § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG ebenfalls.⁹³⁶ Der gesetzlichen Vermutung, unter welchen Bedingungen unabhängige Dritte eine sachgerechte Anpassungsregelung vereinbart hätten, mangle es schließlich an der notwendigen Bestimmtheit.⁹³⁷ Es sei unklar, wie diese gesetzliche Vermutung widerlegt werden könne.⁹³⁸ Denn die Widerlegungsmöglichkeit existiere tatsächlich nicht.⁹³⁹ Denn bei einem hypothetischen Fremdvergleich scheidet eine direkte Vergleichsmethode aus.⁹⁴⁰

Mit der Gegenauffassung, die überzeugend ist, ist diese Kritik abzulehnen. Die Auffassung, dass die OECD Verrechnungspreisleitlinien sich im Gegensatz zur deutschen Regelung zurückhaltend zu der Verwendung sachgerechter Anpassungsregelungen äußerten, ist aus dem

⁹²⁸ Scholz, IStR 2007, 521, 525.

⁹²⁹ Scholz, IStR 2007, 521, 525.

⁹³⁰ Greil, IStR 2009, 567, 570.

⁹³¹ Höreth/Ortmann-Babel, S. 297.

⁹³² Höreth/Ortmann-Babel, S. 297.

⁹³³ Engelen, IStR 2016, 146, 150; Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁹³⁴ Engelen, IStR 2016, 146, 150.

⁹³⁵ Schmidtke, IStR 2015, 120, 124.

⁹³⁶ Schmidtke, IStR 2015, 120, 124.

⁹³⁷ Koch, IStR 2016, 881, 888.

⁹³⁸ Vgl. Vögele, Verrechnungspreise, Vögele/Raab, 1. Teil, Kapitel A: Nationales Recht, Rn. 249.

⁹³⁹ Vgl. Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 474; Wassermeyer, DB 2007, 535, 539.

⁹⁴⁰ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 474; Wassermeyer, DB 2007, 535, 539.

Grund abzulehnen, da zwar die OECD Verrechnungspreisleitlinien sich bereits früher mit Preisanpassungen befasst hätten, indem sie die entsprechende Verrechnungspreiskorrektur vorgesehen hätten; durch die Auffassung der OECD zu Unternehmensumstrukturierungen jedoch sei bereits erstmals die Frage nach der Notwendigkeit der Vereinbarung von Preisanpassungsklauseln gestellt worden.⁹⁴¹ In diesem Rahmen habe die OECD bereits den Fremdvergleichsgrundsatz derart konkretisiert, dass im Falle schwer zu bewertender immaterieller Werte fremde Dritte, falls bereits im Transaktionszeitpunkt bekannt gewesen sei, dass die zukünftige Wertentwicklung unsicher sei, eine Preisanpassungsklausel vereinbart hätten.⁹⁴² In diesen Fällen sei zudem die Finanzverwaltung daher zu Gewinnkorrekturen befugt.⁹⁴³ Entgegen der Meinung, dass die Auffassung der OECD zu Unternehmensumstrukturierungen vorsichtiger als die Preisanpassungsklausel gewesen sei, ist ein Teil der Gegenauffassung der Meinung, dass in Bezug auf immaterielle Werte die Preisanpassungsklausel dem international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz entspreche, wie er in den OECD Verrechnungspreisleitlinien konkretisiert werde.⁹⁴⁴ Die Vertreter der Gegenauffassung sind gar der Auffassung, dass die entsprechende Regelung in den OECD Verrechnungspreisleitlinien 2009-Entwurf eine Bestätigung der Preisanpassungsklausel in § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG gewesen sei.⁹⁴⁵ Ferner wird von ihnen vertreten, dass die Auffassung der OECD zu Unternehmensumstrukturierungen als Rechtfertigung der Preisanpassungsklausel im Außensteuergesetz vorweggenommen worden sei.⁹⁴⁶ Beides ist zustimmungswürdig. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Erörterung der wirtschaftlichen und steuerlichen Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Fiskalpolitik der OECD-Mitgliedstaaten bereits im Jahre 2005 eingeleitet worden ist.⁹⁴⁷ Zuzugeben ist allerdings, dass die Informationsasymmetrie im Konzern nicht besteht. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Denn selbst wenn zwischen unabhängigen Dritten das Nichtbestehen der Informationsasymmetrie wegen des Transparenzprinzips zu fingieren ist, wüssten sie um das Bestehen von Unsicherheiten. Außerdem besteht zwischen ihnen ein Interessengegensatz, der im Falle von Unsicherheiten zur Vereinbarung einer sachgerechten Anpassungsklausel führt.

⁹⁴¹ Welling in: FS Schaumburg, S. 993.

⁹⁴² Noch zum Diskussionsentwurf: Baumhoff/Puls, IStR 2009, 73, 78; vgl. hierzu aber auch: Tz. 9.88 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2010.

⁹⁴³ Noch zum Diskussionsentwurf: Baumhoff/Puls, IStR 2009, 73, 78; vgl. hierzu aber auch: Tz. 9.88 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2010.

⁹⁴⁴ Greil, IStR 2009, 567, 572.

⁹⁴⁵ Förster, IStR 2009, 720, 727.

⁹⁴⁶ Vgl. Welling in: FS Schaumburg, S. 986.

⁹⁴⁷ Vgl. Baumhoff/Puls, IStR 2009, 73, 73.

Von der Fremdüblichkeit sachgerechter Anpassungsklauseln wird zudem in Tz. 6.183 i. V. m. 6.181 OECD Verrechnungspreisleitlinien ausgegangen. Sollten solche in einem Fall nicht fremdüblich sein, so hat die steuerpflichtige Person die Möglichkeit, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen und zu beweisen, dass in dem konkreten Fall vorsichtige Gewinnprognosen und/oder risikoadäquate Diskontierungssätze zwischen unabhängigen Dritten vereinbart worden wären. Gesetzlich wird jedenfalls vermutet, dass unabhängige Dritte eine sachgerechte Anpassungsregelung vereinbart hätten, wenn zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses Unsicherheiten im Hinblick auf die Preisvereinbarung bestanden. Unter den Voraussetzungen des § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG wird das Vorliegen dieser Unsicherheiten ebenfalls gesetzlich widerlegbar vermutet. Diese Auffassung wird zudem von der Auffassung anderer gestützt, die die Meinung vertreten, dass der Fremdvergleichsgrundsatz lediglich bedingt ein empirischer Maßstab sei und es sich bei ihm vielmehr in erster Linie um einen normativen Maßstab handele.⁹⁴⁸ Als Normverhalten werde mit ihm das Verhalten zweier ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter zugrunde gelegt.⁹⁴⁹ Werde im Rahmen eines tatsächlichen Fremdvergleichs auf Marktdaten rekurriert, so sei dies weder die einzige Möglichkeit eines Fremdvergleichs noch weniger subjektiv.⁹⁵⁰ Entscheidend sei allein, was fremde Dritte im Einzelfall vereinbart hätten.⁹⁵¹ Marktdaten könnten lediglich hilfreich sein, um dies zu ermitteln.⁹⁵² Zu erwähnen bleibt hier noch, dass selbst die entgegengesetzte Auffassung zugibt, dass die veräußernde Person die Wahrscheinlichkeit ebenfalls einpreisen werde, mit der eine Korrektur des Verrechnungspreises wegen der gesetzlichen Preisanpassungsklausel erfolgen werde.⁹⁵³ Sofern die Auffassung vertreten wird, dass die Preisanpassungsklausel dem international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz nicht entspreche, da die gesetzliche Vermutung des Satzes 11 dazu führe, dass der Abschluss von Preisanpassungsklauseln ebenfalls verlangt würde, wenn Dritte Risiken selbst getragen hätten und Preisvereinbarungen ohne derlei Klauseln abgeschlossen worden wären, ist diese Auffassung ebenfalls abzulehnen. Denn die gesetzliche Vermutung des Satzes 11 ist widerlegbar. Die Preisanpassungsklausel nach BEPS Bericht 8 ist zudem keine Maßnahme außerhalb des Fremdvergleichsgrundsatzes. Die OECD geht jedenfalls selbst davon aus, dass sie keiner Maßnahmen außerhalb des Fremdvergleichsgrundsatzes bedurft habe, sondern eine

⁹⁴⁸ Greil/Wargowske, ISR 2020, 171, 173.

⁹⁴⁹ Greil/Wargowske, ISR 2020, 171, 173.

⁹⁵⁰ Greil/Wargowske, ISR 2020, 171, 173.

⁹⁵¹ Greil/Wargowske, ISR 2020, 171, 173.

⁹⁵² Greil/Wargowske, ISR 2020, 171, 173.

⁹⁵³ Vgl. Oestreicher/Wilcke, DB 2010, 467, 472.

Lösung innerhalb dieses Grundsatzes gefunden habe.⁹⁵⁴ Sofern es die Widerlegung der Fremdüblichkeit der Vereinbarung einer sachgerechten Anpassungsregelung betrifft, ist mit Blick auf das Bestimmtheitserfordernis nicht erkennbar, dass die steuerpflichtige Person nicht erkennen kann, was die Regelung von ihr verlangt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit von der Schwere der Folgen einer Regelung und dem Adressaten abhängen. Jedoch kann nicht festgestellt werden, dass die in Rede stehende Regelung mit Blick hierauf nicht hinreichend bestimmt ist. Was konkret zur Widerlegung und zum Beweis des Gegenteils erforderlich ist, ist im Einzelfall zu entscheiden. Alles andere würde eine abstrakte generelle Regelung für alle wesentlich gleichen Fälle nicht erlauben und daher zu kasuistisch werden. Eine zu starke Kasuistik führt indes zur Unübersichtlichkeit der bestehenden gesetzlichen Einzelfallregelungen und zu mangelnder Flexibilität im Falle des Auftretens noch nicht als Einzelfall geregelter Fälle. Die Begründung, dass die Widerlegungsmöglichkeit nicht existiere, da bei einem hypothetischen Fremdvergleich keine direkte Vergleichsmethode durchgeführt werden könne, trägt aus diesem Grund nicht, da die Widerlegungsmöglichkeit nicht auf direkte Vergleichsmethoden beschränkt ist.

Die hier in Rede stehende gesetzliche Vermutung ist ebenfalls widerlegbar. Die steuerpflichtige Person hat also die Möglichkeit des Nachweises, dass unabhängige Dritte keine Anpassungsregelungen in der gleichen Situation wie die Nahestehenden getroffen hätten.⁹⁵⁵ Denn unabhängige Dritte könnten im Einzelfall zu dem Ergebnis gelangen, dass spätere Entwicklungen hinreichend vorhersehbar sind und dass die Planungen der erwarteten Gewinne daher zuverlässig genug sind, um zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses die Zahlungsbedingungen auf ihrer Grundlage zu vereinbaren, ohne eine Anpassungsregelung vorzusehen.⁹⁵⁶

Liegt § 1 Absatz 3 Satz 11 AStG vor, tritt die Folge nach Satz 12 ein. Die Regelung des Satzes 12 ist erforderlich, um Ergebnisse, die zu stark vom Fremdvergleichsgrundsatz abweichen, zu vermeiden.⁹⁵⁷ Die erste Voraussetzung dieser Regelung liegt vor, wenn zwischen den Nahestehenden eine sachgerechte Anpassungsregelung nicht vereinbart wurde.⁹⁵⁸ Hat die

⁹⁵⁴ BEPS Action 8-10, S. 13.

⁹⁵⁵ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁹⁵⁶ Vgl. Engelen, IStR 2016, 146, 148; vgl. Tz. 6.182 und 3.73 i. V. m. 6.182 analog OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹⁵⁷ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁹⁵⁸ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

steuerpflichtige Person jedoch von sich aus eine angemessene Anpassungsregelung vereinbart, ist die Vorschrift nicht anwendbar.⁹⁵⁹

§ 1 Absatz 3 Satz 12 AStG ist analog jedoch zudem auf den Fall der Störung der Geschäftsgrundlage anzuwenden.⁹⁶⁰ In diesem Fall ist daher ebenfalls eine sachgerechte Anpassungsregelung zu vereinbaren.⁹⁶¹ Eine sachgerechte Anpassungsregelung sind in diesem Fall Neuverhandlungen der Zahlungsvereinbarungen, wenn die Parteien sich hierauf einigen, da dies zu ihrem gegenseitigen Vorteil ist.⁹⁶² Eine sachgerechte Anpassungsregelung sind in diesem Fall jedoch zudem Neuverhandlungen und gerichtliche Anpassungen gemäß § 313 BGB.⁹⁶³ Soweit nicht deutsches Recht anwendbar ist, kommt es auf eine § 313 BGB entsprechende Regelung ausländischen Rechts an.⁹⁶⁴ Falls das ausländische Recht keine entsprechende Regelung enthält und seine Anwendung vereinbart wurde, hätte ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter eine vertragliche Preisanpassungsklausel für den Fall der Störung der Geschäftsgrundlage vereinbart.⁹⁶⁵

Die Auffassung ist abzulehnen, dass für den Fall, dass die beiderseitige Vorteilhaftigkeit gesetzliche Voraussetzung einer nachträglichen Preisanpassung durch die Finanzverwaltung sei, diese in den überwiegenden Fällen faktisch ausgeschlossen sei; dies jedoch mit dem Sinn und Zweck der nachfolgenden Ausführungen nicht in Einklang gebracht werden könne und daher Rechtsunsicherheit über die gesetzlichen Voraussetzungen bestünde.⁹⁶⁶

⁹⁵⁹ BT-Drs. 16/4841, S. 87; vgl. auch: Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 170; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 633 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung.

⁹⁶⁰ Ohne eine analoge Anwendung, jedoch bereits für Veranlagungszeiträume vor 2008, entspricht dies wohl auch der Auffassung der Finanzverwaltung: vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1392 mit Verweis auf Tz. 193 Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung, die jedoch hinsichtlich des Zeitpunkts der erstmaligen Anwendung a. A. als die Finanzverwaltung sind; Tz. 9 OECD Guidance; vgl. Tz. 6.184 und 6.185 und 3.73 i. V. m. 6.185 und 6.184 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹⁶¹ Vgl. Tz. 6.184 und 3.73 i. V. m. 6.184 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹⁶² Vgl. Tz. 6.184 und 3.73 i. V. m. 6.184 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

⁹⁶³ Zu Neuverhandlungen wegen des Anspruchs auf Anpassung und gerichtliche Anpassung: vgl. Palandt, Grüneberg, § 313 BGB, Rn. 41; zur steuerlichen Akzeptanz des § 313 BGB durch die Möglichkeit der Neuverhandlung: Rouenhoff, IStR 2012, 654, 658; vgl. auch: Tz. 193 Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung.

⁹⁶⁴ Vgl. in einem anderen Kontext: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1392; vgl. auch: Tz. 193 Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung.

⁹⁶⁵ Vgl. in einem anderen Kontext: Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1392; vgl. auch: Tz. 193 Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung.

⁹⁶⁶ Zu der erörterten Auffassung: Engelen, IStR 2016, 146, 151 f..

Denn, wenn es bereits dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht, dass unabhängige Dritte Zahlungsvereinbarungen neu verhandeln, wenn die Parteien sich hierauf einigen, da dies zu ihrem gegenseitigen Vorteil ist, dann entspricht es erst recht dem Fremdvergleichsgrundsatz, dass einer der Parteien seinen Anspruch auf Neuverhandlung gemäß § 313 BGB oder einer entsprechenden ausländischen Regelung oder einer vertraglichen Regelung geltend macht. Hierbei ist zudem zu berücksichtigen, dass für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes davon auszugehen ist, dass die voneinander unabhängigen Dritten nach den Grundsätzen ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter handeln (vgl. § 1 Absatz 1 Satz 3 AStG). Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter würde einen Anspruch gemäß § 313 BGB oder einer entsprechenden ausländischen Regelung oder einer vertraglichen Regelung geltend machen. Besteht ein solcher Anspruch jedoch nicht, dann wird die andere Partei sich lediglich zu Neuverhandlungen bereit erklären, wenn dies zu ihrem Vorteil ist; aus diesem Grund kann in diesen Fällen lediglich unter dieser Voraussetzung oder, falls eine § 313 BGB entsprechende vertragliche Regelung hätte vereinbart werden müssen, eine sachgerechte Anpassungsregelung in Form des Ergebnisses von Neuverhandlungen fingiert werden. Dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechen Neuverhandlungen in diesen Fällen also dann, wenn entweder eine der Parteien einen Anspruch hierauf hat oder wenn eine § 313 BGB entsprechende vertragliche Regelung hätte vereinbart werden müssen oder wenn Neuverhandlungen zum gegenseitigen Vorteil der Parteien erfolgen. Lediglich in diesen Fällen ist daher § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG analog anwendbar. Die nach der genannten Auffassung bestehende Rechtsunsicherheit über die gesetzlichen Voraussetzungen einer nachträglichen Preisanpassung bestehen hier somit nicht.

Der analogen Anwendung des § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG steht nicht entgegen, dass eine solche verfassungswidrig ist. Zwar war eine steuerbelastende Analogie nach der früher herrschenden Meinung verfassungswidrig.⁹⁶⁷ Dieser Auffassung widersprach allerdings die früher in der Minderheit sich befindende Meinung, die nunmehr die herrschende Meinung ist, und die die Auffassung vertritt, dass grundsätzlich die steuerbelastende Analogie ebenfalls zulässig sei.⁹⁶⁸ Ausgeschlossen seien jedoch die Begründung neuer Steuerpflichten und die

⁹⁶⁷ Blumers/Elicker, BB 2012, 3184, 3188; Drüen, StuW 2012, 269, 279; Friedrich in: FS Wallis, S. 154; Hegelau, S. 78; Hess, S. 185 (betreffend teleologischer Lücken zu Lasten der steuerpflichtigen Person); Tipke/Kruse, Drüen, § 4 AO, Rn. 360; Wendt in: FS Wadler, S. 1217.

⁹⁶⁸ Englisch, StuW 2015, 302, 303 und 312; Geserich, DStR 2011 Beihefter zu Heft 31, 59, 62; Klein, Gersch, § 4 AO, Rn. 37; Wank, S. 484; Wernsmann, DVBl 2015, 1085, 1087.

Regelung einer Frage, die vom Gesetzgeber bewusst nicht geregelt worden sei.⁹⁶⁹ Diese Auffassung ist überzeugend und ihr ist daher zu folgen. Selbst wenn jedoch der hier vertretenen Auffassung nicht gefolgt wird und eine analoge Anwendung des § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG abgelehnt wird, sind diese Fälle wie hier vertreten zu behandeln. Denn diese Behandlung dieser Fälle ergibt sich ebenfalls aus dem Fremdvergleichsgrundsatz gemäß § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG. Der Meinungsstreit ist daher nicht zu entscheiden. Denn er wirkt sich hier im Ergebnis nicht aus.

Wie sich aus der Verwendung des Begriffs „und“ ergibt, muss kumulativ die zweite Voraussetzung des § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG vorliegen. Innerhalb der ersten zehn Jahre nach Geschäftsabschluss muss daher eine erhebliche Abweichung im Sinne des Satzes 11 eintreten. Hinsichtlich der sich in diesem Rahmen stellenden Frage, wann eine erhebliche Abweichung im Sinne des Satzes 11 eintritt, wird an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen zu Satz 11 lediglich verwiesen. Diese erhebliche Abweichung muss innerhalb der ersten zehn Jahre nach Geschäftsabschluss eintreten.⁹⁷⁰

Liegen die Voraussetzungen vor, tritt die Rechtsfolge des § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG ein. Das Fehlen einer sachgerechten, vertraglichen Anpassungsregelung erlaubt es der Finanzverwaltung hiernach innerhalb einer Frist von zehn Jahren nach Geschäftsabschluss einmalig eine Berichtigung vorzunehmen.⁹⁷¹

Zunächst ist für eine deshalb vorzunehmende Berichtigung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG ein Anpassungsbetrag der Besteuerung zugrunde zu legen. Aus der Verwendung des Begriffs „deshalb“ und der systematischen Stellung dieses Begriffs ergibt sich, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der letzten Voraussetzung des § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG und der Rechtsfolge des § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG erforderlich ist. Es ist also für eine wegen einer innerhalb der ersten zehn Jahre nach Geschäftsabschluss eintretenden, erheblichen Abweichung im Sinne des Satzes 11 vorzunehmenden Berichtigung, ein Anpassungsbetrag der Besteuerung zugrunde zu legen. Hierbei muss es sich um eine Berichtigung handeln, da Einkünfte einer steuerpflichtigen Person aus einer Geschäftsbeziehung zum Ausland mit einer

⁹⁶⁹ Klein, Gersch, § 4 AO, Rn. 37.

⁹⁷⁰ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁹⁷¹ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

ihr nahestehenden Person dadurch gemindert wurden, dass sie ihrer Einkünfteermittlung nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechende Bedingungen zugrunde gelegt hat.⁹⁷²

Der Besteuerung ist ferner einmalig ein angemessener Anpassungsbetrag auf den ursprünglichen Verrechnungspreis zugrunde zu legen. Der Finanzverwaltung ist es demnach lediglich einmalig erlaubt, eine Berichtigung vorzunehmen.⁹⁷³ Hiernach bleibt jede weitere Abweichung während des Zehnjahreszeitraums folgenlos.⁹⁷⁴

Wie der Berichtigungsbetrag zu ermitteln ist, wurde vermutet, solle in der Rechtsverordnung nach § 1 Absatz 6 AStG konkretisiert werden.⁹⁷⁵ Bis dahin solle der angemessene Anpassungsbetrag nach § 11 FVerlV analog zu bestimmen sein.⁹⁷⁶ Nach Abschluss dieser Untersuchung wurde indes § 1a AStG n. F. eingeführt, der diese Frage in seinem Satz 4 regelt. Am Ende dieses Kapitels wird auf § 1a AStG n. F. kurz eingegangen. Bei Geschäftsvorfällen mit schwer zu bewertenden immateriellen Werten darf die Finanzverwaltung den neuen Verrechnungspreis ebenfalls bestimmen, indem sie dieser Verrechnungspreisbestimmung eine andere Zahlungsbedingung zugrunde legt, die zwar von derjenigen abweicht, die die steuerpflichtige Person der ursprünglichen Verrechnungspreisbestimmung zugrunde gelegt hat, jedoch einer solchen entspricht, die im Einklang mit dem Fremdvergleichsgrundsatz vereinbart worden wäre, um die Unsicherheiten oder das Nachverhandlungsergebnis im Hinblick auf die Preisvereinbarung zu berücksichtigen.⁹⁷⁷ Diese neue Zahlungsbedingung muss sie nicht mittels vergleichbarer Fremdvergleichswerte begründen.⁹⁷⁸ Denn solche gibt es im Falle von Geschäftsvorfällen mit schwer zu bewertenden immateriellen Werten gerade nicht.⁹⁷⁹

Der Besteuerung ist ein Anpassungsbetrag auf den ursprünglichen Verrechnungspreis zugrunde zu legen. Das heißt, dass der Anpassungsbetrag dem Unterschiedsbetrag zwischen

⁹⁷² Oestreicher/Wilcke, DB 2010, 467, 470.

⁹⁷³ BT-Drs. 16/4841, S. 87; vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 628.

⁹⁷⁴ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 628.

⁹⁷⁵ BT-Drs. 16/4841, S. 87.

⁹⁷⁶ Blümich, Pohl, § 1 AStG, Rn. 172; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 627.

⁹⁷⁷ Tz. 16 und 17 OECD Guidance; so auch: Renaud/Werner, IWB 2018, 676, 677.

⁹⁷⁸ Tz. 16 OECD Guidance; vgl. auch Renaud/Werner, IWB 2018, 676, 677.

⁹⁷⁹ Tz. 16 OECD Guidance.

dem ursprünglichen Verrechnungspreis und dem nach § 11 FVerlV analog neu ermittelten Verrechnungspreis entsprechen muss.

Der Anpassungsbetrag ist der Besteuerung des Wirtschaftsjahres zugrunde zu legen, das dem Jahr folgt, in dem die Abweichung eingetreten ist. Es kommt also zunächst auf das Jahr an, in dem die Abweichung eingetreten ist. Der Besteuerung des hierauf folgenden Wirtschaftsjahres ist der Anpassungsbetrag zugrunde zu legen. Die Berichtigung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG kann also bis zu elf Jahre nach Geschäftsabschluss erfolgen.⁹⁸⁰

Es bleibt noch zu erwähnen, dass nach Auffassung der OECD Geschäftsvorfälle mit schwer zu bewertenden immateriellen Werten von den Finanzverwaltungen so früh wie möglich identifiziert werden sollten.⁹⁸¹ Denn in manchen Fällen bereitet der Zeitraum zwischen dem Geschäftsvorfall und dem Eintreten tatsächlicher, späterer Gewinne Schwierigkeiten im Hinblick auf Betriebsprüfungszyklen oder Verjährungsfristen.⁹⁸² Insbesondere gilt dies für Geschäftsvorfälle, bei denen eine lange Zeit vergeht, bevor der immaterielle Wert wirtschaftlich verwertet werden kann und er Einkünfte generiert.⁹⁸³ Daher sollten Finanzverwaltungen entsprechende Geschäftsvorfälle selbst dann identifizieren, wenn die tatsächlichen, späteren Gewinne erst in den auf die geprüften Jahre folgenden Jahren eintreten, um die Angemessenheit der von der steuerpflichtigen Person ihrer Einkünfteermittlung zugrunde gelegten Bedingungen prüfen zu können.⁹⁸⁴ Um solche Geschäftsvorfälle so früh wie möglich zu identifizieren, legt die OECD es den Staaten nahe, eine Regulierung zu treffen, die es ihnen erleichtert, problematische Geschäftsvorfälle mit schwer zu bewertenden immateriellen Werten zu identifizieren.⁹⁸⁵ Zum Beispiel eine umgehende Benachrichtigungspflicht gegenüber der Finanzverwaltung über die Übertragung oder Lizenzierung eines schwer zu bewertenden immateriellen Werts.⁹⁸⁶ Ferner die Änderung beziehungsweise Ausweitung der Verjährungsfrist.⁹⁸⁷ Diese Vorschläge werden nicht davon tangiert, dass der Ansatz der OECD bezüglich schwer zu bewertender immaterieller Werte

⁹⁸⁰ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 628.

⁹⁸¹ Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438; Tz. 10 OECD Guidance.

⁹⁸² Tz. 11 OECD Guidance.

⁹⁸³ Tz. 11 OECD Guidance.

⁹⁸⁴ Tz. 12 OECD Guidance.

⁹⁸⁵ Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438; Tz. 13 und 17 OECD Guidance.

⁹⁸⁶ Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438; Tz. 15 OECD Guidance.

⁹⁸⁷ Mank/Salih, IWB 2017, 437, 438; Tz. 15 OECD Guidance.

keine Grundlage sein soll für eine zeitliche Verschiebung der Betriebsprüfungen.⁹⁸⁸ Denn solche Verschiebungen der Betriebsprüfungen sind nicht identisch mit einer Änderung beziehungsweise Ausweitung der Verjährungsfrist. Eine frühzeitige Benachrichtigung der Finanzverwaltung über die Übertragung schwer zu bewertender immaterieller Werte ist mittlerweile geregelt im Rahmen des Gesetzes zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen.⁹⁸⁹ Ob eine frühzeitige Prüfung dieser Übertragungen im Falle multinationaler Unternehmen im Rahmen des International Compliance-Assurance-Programme 2.0 erfolgen kann und sollte, wie teilweise gefordert wird, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.⁹⁹⁰ Nach Abschluss dieser Untersuchung konnte durch Nachfrage beim Bundeszentralamt für Steuern in Erfahrung gebracht werden, dass jedenfalls bisher kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen International Compliance-Assurance-Programme 2.0-Verfahren und den Meldepflichten nach §§ 138d ff. AO existiert. Bisher führen Meldungen nach §§ 138d ff. AO weder dazu, dass ein solches Verfahren durchgeführt würde, noch dazu, dass die deutsche Steuerverwaltung dem betreffenden Steuerpflichtigen die Teilnahme an einem solchen Verfahren vorschlagen würde. Dieses Programm ist ein multilaterales, kooperatives Verfahren, das dazu dient, das steuerliche Risiko multinationaler Unternehmen zu beurteilen.⁹⁹¹

Hingewiesen sei abschließend darauf, dass nach einer Auffassung in der Literatur zu erwarten sei, dass § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG geändert würden, um sie in Übereinstimmung mit der Preisanpassungsklausel nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien zu bringen.⁹⁹² Die Ergebnisse auf Ebene der Europäischen Union (EU) zur Frage der Bewertung immaterieller Werte seien hierbei zu berücksichtigen.⁹⁹³ Staatsseitig wird in Deutschland ferner vertreten, dass das deutsche Recht gegenwärtig noch keine Verrechnungspreisregelungen betreffend schwer zu bewertender immaterieller Werte vorsähe und die Einführung solcher zurzeit diskutiert würde.⁹⁹⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung jedoch können § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG bereits nach geltendem Recht in

⁹⁸⁸ Vgl. Tz. 14 Satz 1 mit Tz. 15 Satz 3 OECD Guidance; vgl. hierzu: Renaud/Werner, IWB 2018, 676, 677.

⁹⁸⁹ Oestreicher, IStR 2020, 575, 581.

⁹⁹⁰ Vgl. zu dieser Forderung: Oestreicher, IStR 2020, 575, 581.

⁹⁹¹ Burger/Kälberer, IStR 2020, 411, 415.

⁹⁹² Ähnlich: Groß, IStR 2016, 233, 240; Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 650.

⁹⁹³ Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 650.

⁹⁹⁴ Vgl. Kroppen, Rasch, Band II, OECD-Verrechnungspreisleitlinien, Schwer zu bewertende immaterielle Werte (Lfg. 31), Rn. 1005 mit Verweis auf <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profile-germany.pdf> (Datum des letzten Aufrufs: 29.11.2019).

Übereinstimmung mit der Preisanpassungsklausel und mit den Verrechnungspreisregelungen betreffend schwer zu bewertender immaterieller Werte nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien angewandt werden; und zwar größtenteils durch Auslegung und teilweise durch Rechtsfortbildung.⁹⁹⁵ Zu erwähnen ist zudem, dass vermutet wurde, dass die Änderungen der Preisanpassungsklausel nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien durch BEPS Bericht 8 durch die Rechtsverordnung auf der Grundlage von § 1 Absatz 6 AStG umgesetzt würden.⁹⁹⁶ Über einen gewissen Zeitraum schien dies jedoch durch §§ 1 ff. ATAD-UmsGRefEntw erfolgen zu sollen. Solange jedoch diese Rechtsverordnung oder §§ 1 ff. ATADUmsG-RefEntw noch nicht verkündet wurde, konnte weder das eine noch das andere im Rahmen dieser Auslegung und Rechtsfortbildung berücksichtigt werden. Daher verblieb es bei der hier vertretenen Auffassung. Diese wurde durch den neuen § 1a AStG teilweise bestätigt, dessen Einführung jedoch erst nach Abschluss dieser Untersuchung erfolgte und auf den am Ende dieses Kapitels kurz eingegangen wird. Durch § 1a AStG wurde nach Abschluss dieser Untersuchung jedoch die Preisanpassungsklausel zudem teilweise neu geregelt. Hierbei wird insbesondere zulasten der Steuerpflichtigen in dem neuen § 1a Satz 3 AStG hinsichtlich der Legaldefinition des Begriffs der erheblichen Abweichung der oben genannten Gegenauffassung gefolgt.

An der Preisanpassungsklausel und dem Ansatz der OECD zu schwer zu bewertenden immateriellen Werten wird Kritik geübt. So wird die Auffassung vertreten, dass der Ansatz der schwer zu bewertenden immateriellen Werte nicht mit bestehenden Informationsasymmetrien zwischen der Steuerverwaltung und der steuerpflichtigen Person begründet werden könne.⁹⁹⁷ Denn die steuerpflichtige Person werde aufgrund der Schwierigkeit, einen schwer zu bewertenden immateriellen Wert zu bewerten, nicht in allen Fällen einen Informationsvorsprung haben.⁹⁹⁸ Dem Argument der Gegenauffassung, dass die steuerpflichtige Person die Informationsasymmetrie nutzen könne, um z. B. durch systematische Unterbewertungen den Verrechnungspreis zu beeinflussen, und dass daher die Regelung der Preisanpassungsklausel legitim sei, und der Begründung des Gesetzgebers, dass im Falle des hypothetischen Fremdvergleichs oft erhebliche Unsicherheiten bestünden, dass die Finanzverwaltung häufig die der Preisbildung zugrunde liegenden Annahmen nicht

⁹⁹⁵ Ähnlich wohl auch: Renaud/Werner, IWB 2018, 676, 678.

⁹⁹⁶ Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 61.

⁹⁹⁷ Benz/Böhmer, DB 2017, 2951, 2954.

⁹⁹⁸ Benz/Böhmer, DB 2017, 2951, 2954.

abschließend überprüfen könne und dass sich insbesondere im Falle der Übertragung wesentlicher immaterieller Wirtschaftsgüter erst nachträglich erweisen könne, dass die für den Preis wesentlichen Faktoren in einem erheblichen Maße falsch beurteilt worden seien, wird entgegen, dass derlei Fehleinschätzungen nicht lediglich bei dem hypothetischen Fremdvergleich aufträten, sondern ebenfalls bei konkreten Preisbildungen, die zukunftsgerichtet seien.⁹⁹⁹ Denn diese unterlägen ebenfalls Unsicherheiten.¹⁰⁰⁰ Gefordert wird in diesem Zusammenhang ferner eine Definition oder Einordnung des unbestimmten Rechtsbegriffs „höchst unsicher“ in Tz. 6.181 der OECD Verrechnungspreisleitlinien.¹⁰⁰¹ Weiterhin wird an der Möglichkeit der Preisanpassung kritisiert, dass diese nicht im Einklang mit dem Fremdvergleichsgrundsatz stünde, dass sie einseitig darauf ausgerichtet sei, dass Ex-post-Informationen herangezogen werden könnten, und dass im Vordergrund stünde, ob mögliche zukünftige Entwicklungen im Transaktionszeitpunkt in die Betrachtung angemessen einbezogen worden seien.¹⁰⁰² Die Preisanpassungsklausel widerspräche zudem dem Transparenzgebot.¹⁰⁰³ Denn dieses besage, dass den Parteien alle wesentlichen Umstände bekannt seien.¹⁰⁰⁴ Daher könnten Unsicherheiten gerade nicht bestehen.¹⁰⁰⁵ Auch entspräche es hinsichtlich der Frage, ob fremde Dritte eine Preisanpassungsklausel vereinbart hätten, nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz, ex-post-Informationen heranzuziehen, um die ex-ante Preisvereinbarung zu prüfen.¹⁰⁰⁶ Denn dies stünde nicht im Einklang mit der Praxis multinationaler Unternehmen bei der Entscheidung, ob sie Preisanpassungsklauseln vereinbaren.¹⁰⁰⁷ Mit der Preisanpassungsklausel erhöhe sich außerdem der Aufwand und die

⁹⁹⁹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 621.

¹⁰⁰⁰ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 621.

¹⁰⁰¹ Vgl. Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 946.

¹⁰⁰² Vgl. Krüger, ISR 2015, 430, 437; vgl. zur Nichtübereinstimmung mit dem Fremdvergleichsgrundsatz: Engelen, IStR 2016, 146, 147; Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1393; Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 979.

¹⁰⁰³ Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 948; Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 28.

¹⁰⁰⁴ Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 28.

¹⁰⁰⁵ Schönfeld/Ditz, Ditz, Artikel 9 DBA (2. Aufl. 2019), Rn. 28.

¹⁰⁰⁶ Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Schwer zu bewertende immaterielle Werte (Lfg. 31), Rn. 996.

¹⁰⁰⁷ Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Schwer zu bewertende immaterielle Werte (Lfg. 31), Rn. 996.

Planungs- und Rechtsunsicherheit für die steuerpflichtige Person.¹⁰⁰⁸ Kritisiert wird zudem die Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen der Auslegung der Preisanpassungsklausel, die ein zu geringes Maß an Rechtssicherheit böten.¹⁰⁰⁹ Ferner stelle § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG eine neue Dimension rückwirkender Steuergesetze dar.¹⁰¹⁰ Denn durch die Preisanpassungsklausel werde die Bestandskraft von Steuerbescheiden für frühere Veranlagungszeiträume unterlaufen, indem per Fiktion der maßgebliche Besteuerungssachverhalt in die Gegenwart verlagert werde.¹⁰¹¹ Zudem unterlaufe der Zehnjahreszeitraum die durch §§ 172 ff. AO eingeschränkten Berichtigungsmöglichkeiten und verstoße daher gegen das Rückwirkungsverbot.¹⁰¹² Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot läge zudem vor, da hier künftige, ursprünglich nicht absehbare tatsächliche Entwicklungen, rückwirkend der Besteuerung zugeführt würden.¹⁰¹³ Weiterhin wird kritisiert, dass Doppelbesteuerung drohe, da derlei Klauseln international überwiegend unbekannt seien; eine Ausnahme seien die USA.¹⁰¹⁴ Die Preisanpassungsklausel sei jedoch dennoch mit keiner Regelung vergleichbar.¹⁰¹⁵ Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die Preisanpassungsklausel über die Korrekturvorschriften ausländischer Fiski hinausgehe.¹⁰¹⁶ Die Richtigkeit der Klauseln an sich ließe sich innerhalb des Fremdvergleichsgrundsatzes zudem schwer feststellen.¹⁰¹⁷ Eben hieraus resultiere das Doppelbesteuerungsrisiko.¹⁰¹⁸ Ferner sei international die Korrektur eines ursprünglich anerkannten Verrechnungspreises unüblich und widerspräche zudem den OECD Verrechnungspreisleitlinien, da es sich hierbei um späteres Wissen handele und die OECD ein solches nicht anerkenne.¹⁰¹⁹ Auch daher drohe Doppelbesteuerung.¹⁰²⁰ Außerdem drohe Doppelbesteuerung, da die Widerlegungsmöglichkeit des Satzes 11 nicht berücksichtige, dass unternehmerisches

¹⁰⁰⁸ Engelen, IStR 2016, 146, 147; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 631; vgl. Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 838.

¹⁰⁰⁹ Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Schwer zu bewertende immaterielle Werte (Lfg. 31), Rn. 995.

¹⁰¹⁰ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 628.

¹⁰¹¹ Baumhoff/Ditz/Greinert, DStR 2007, 1649, 1654; Wassermeyer, DB 2007, 535, 539.

¹⁰¹² Wassermeyer, FR 2008, 67, 68.

¹⁰¹³ Blumenberg/Benz, S. 282.

¹⁰¹⁴ Vgl. Blumenberg/Benz, S. 282; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 631; Höreth/Ortmann-Babel, S. 293; Kahle, Der Konzern 2007, 647, 656; Kahle, StuB 2009, 383, 388; Lange/Rohler, GmbH-StB 2007, 341, 345; Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, 864 und 868; Peters/Reichl in: FS Spiegelberger, S. 397; Scholz, IStR 2007, 521, 523.

¹⁰¹⁵ Richter/Welling, FR 2008, 71, 77.

¹⁰¹⁶ Zech, S. 95.

¹⁰¹⁷ Zech, S. 95.

¹⁰¹⁸ Zech, S. 95.

¹⁰¹⁹ Vgl. Blumenberg/Benz, S. 283; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 472.

¹⁰²⁰ Blumenberg/Benz, S. 283.

Handeln immer Risiken berge.¹⁰²¹ Bei der Preisanpassungsklausel handele es sich um eine Umqualifizierung.¹⁰²² Weiterhin drohe Doppelbesteuerung, da die Preisanpassungsklausel nicht dem international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz entspräche.¹⁰²³ Ferner wird kritisiert, dass die Finanzverwaltung nicht über die erforderlichen personellen Ressourcen verfüge, um die wegen divergierender Auffassungen zur Behandlung immaterieller Werte steigende Anzahl von Verständigungsverfahren und Finanzgerichtsverfahren zu bewältigen.¹⁰²⁴ Zudem wird kritisiert, dass § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG einen anderen Weg als die OECD gingen.¹⁰²⁵ Denn die OECD erwähne sechs Arten von schwer zu bewertenden immateriellen Werten, jedoch keine Preisanpassungsklausel.¹⁰²⁶ Eine Pflicht zur Vereinbarung einer Preisanpassungsklausel entspräche nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz.¹⁰²⁷ Denn nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien bestünde eine solche Pflicht nicht.¹⁰²⁸ Vielmehr stünde es den Parteien frei, eine andere Methode zu wählen.¹⁰²⁹ Jedoch führe die gesetzliche Vermutung des Satzes 11 zu einer solchen Pflicht.¹⁰³⁰ Daher müssten § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG an die Vorschläge der OECD angenähert werden.¹⁰³¹ In diesem Zusammenhang wird zudem kritisiert, dass nach Auffassung der OECD feste Preise lediglich bei hinreichend sicheren Prognosen zwischen fremden Dritten vereinbart würden, obwohl dies nicht der internationalen Wirtschaftspraxis entspräche.¹⁰³² Es wird ferner zu Tz. 6.184 OECD Verrechnungspreisleitlinien die Auffassung vertreten, dass nachträgliche Preisanpassungen ausschließlich auf Dauerschuldverhältnisse zu begrenzen seien.¹⁰³³ Kritisiert wird des Weiteren, dass die Finanzverwaltung nachträgliche Preisanpassungen bei

¹⁰²¹ Höreth/Ortmann-Babel, S. 297 f.; in dieselbe Richtung gehend: Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 978.

¹⁰²² Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2480; Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 978.

¹⁰²³ Höreth/Ortmann-Babel, S. 298.

¹⁰²⁴ Kroppen/Rasch, IWB 2015, 828, 840.

¹⁰²⁵ Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 68.

¹⁰²⁶ Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 68.

¹⁰²⁷ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1393; so bereits: Höreth/Ortmann-Babel, S. 297.

¹⁰²⁸ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1393.

¹⁰²⁹ Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1393.

¹⁰³⁰ So bereits: Höreth/Ortmann-Babel, S. 297; so wohl auch: Linn, IStR 2010, 542, 544 bereits zum OECD discussion draft on business restructurings.

¹⁰³¹ Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 68.

¹⁰³² Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 953 f..

¹⁰³³ Vgl. Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 970.

„normaler“ Verrechnungspreisermittlung lediglich unter engen Bedingungen als mit dem Fremdvergleichsgrundsatz vereinbar betrachte.¹⁰³⁴ Hiervon weiche sie, ohne überzeugende Gründe, insbesondere bei der Übertragung immaterieller Werte ab.¹⁰³⁵ Ferner sei die Intention der Preisanpassungsklausel, nahestehende Unternehmen zu zivilrechtlich gültigen Preisanpassungsklauseln zu „zwingen“.¹⁰³⁶ Schließlich bestünden Rechtsunsicherheiten über die Frage, wann eine vereinbarte Preisanpassungsklausel sachgerecht sei.¹⁰³⁷ Insbesondere bestünden Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Fragen, ob eine sachgerechte, selbst vereinbarte Anpassungsklausel die Vereinbarung des Zehnjahreszeitraums und der erheblichen Abweichung im gesetzlichen Sinne erfordere.¹⁰³⁸ Oder ein Zeitraum zwischen einem und drei Jahren ebenfalls als dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechend anzusehen sei.¹⁰³⁹ Denn dies entspräche der Praxis.¹⁰⁴⁰ Gefordert wird jedenfalls, dass an die Sachgerechtigkeit selbst vereinbarter Preisanpassungsklauseln keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürften.¹⁰⁴¹ Manche sind sogar der Auffassung, dass erhebliche Freiräume bei der Gestaltung der selbst vereinbarten Preisanpassungsklausel bestünden.¹⁰⁴² Sie könne lediglich dann steuerlich verworfen werden, falls sie tatsächlich fremdunüblich sei.¹⁰⁴³ Aber mangels entsprechender Klauseln in den meisten Fällen in der Praxis seien dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechende Preisanpassungsklauseln nicht ermittelbar.¹⁰⁴⁴

Zuzugeben sei, dass für die steuerpflichtigen Personen ebenfalls Unsicherheiten bei der Bewertung schwer zu bewertender immaterieller Werte bestünden.¹⁰⁴⁵ Diesbezüglich dürfe jedoch nicht verkannt werden, dass die Steuerverwaltung von der Informationsasymmetrie weit stärker betroffen sei.¹⁰⁴⁶ Denn die steuerpflichtige Person kenne, im Gegensatz zur Steuerverwaltung, die Bedingungen der Preisgestaltung grundsätzlich.¹⁰⁴⁷ Zu dieser Informationsasymmetrie käme auf Seiten der Steuerverwaltung hinzu, dass die Bewertung

¹⁰³⁴ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2473.

¹⁰³⁵ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2473.

¹⁰³⁶ Franke/Kügler, S. 92.

¹⁰³⁷ Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, 865.

¹⁰³⁸ Vgl. zu einer Auffassung, die die Möglichkeit sieht der Vereinbarung kürzerer Anpassungszeiträume sowie des Begriffs der erheblichen Abweichung im Einklang mit dem Fremdvergleichsgrundsatz:

Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Greinert, § 1 AStG, Rn. 2475; Greil, IStR 2009, 567, 572.

¹⁰³⁹ Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, 865; drei Jahre: Zech, S. 92.

¹⁰⁴⁰ Zech, S. 92.

¹⁰⁴¹ Peter/Spohn/Hogg, IStR 2008, 864, 868.

¹⁰⁴² Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1384; Kahle, StuB 2009, 383, 387.

¹⁰⁴³ Schaumburg, IStR 2009, 877, 881.

¹⁰⁴⁴ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1384.

¹⁰⁴⁵ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

¹⁰⁴⁶ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

¹⁰⁴⁷ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

von Preisfestsetzungsvereinbarungen zwischen verbundenen Unternehmen noch schwieriger sei als zwischen fremden Dritten.¹⁰⁴⁸ Denn bei fremden Dritten könne man im Hinblick auf die Preisgestaltung wenigstens auf die gegenläufigen Interessen vertrauen.¹⁰⁴⁹ Die Interessen der steuerpflichtigen Personen seien ebenfalls berücksichtigt worden, indem Ausnahmen und die Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung geregelt worden seien.¹⁰⁵⁰ Es sei ferner zuzugeben, dass Fehleinschätzungen nicht lediglich bei dem hypothetischen Fremdvergleich aufträten, sondern zudem bei konkreten Preisbildungen, die zukunftsgerichtet seien, da auch diese ebenfalls Unsicherheiten unterlägen.¹⁰⁵¹ Jedoch unterschieden sich diese Fälle dadurch wesentlich, dass mangels Fremddaten die Informationsasymmetrien hinsichtlich der zu berücksichtigenden Unsicherheiten im Falle des hypothetischen Fremdvergleichs wesentlich größer seien und dass die Finanzverwaltung bei der Prüfung dieser Fälle größtenteils auf die Informationen angewiesen sei, die die steuerpflichtige Person zur Verfügung stelle, ohne dass entsprechende Unterlagen für andere Zwecke im Konzern generiert würden, um die Zuverlässigkeit der Informationen anhand dieser überprüfen zu können.¹⁰⁵² Selbst im Falle einer eingeschränkten Vergleichbarkeit der Daten hingegen seien die bestehenden Unsicherheiten nicht erheblich.¹⁰⁵³ Die verbleibenden geringen Unsicherheiten nähme der Gesetzgeber insbesondere mit Blick darauf hin, dass die Bestimmung des Verrechnungspreises keine exakte Wissenschaft sei.¹⁰⁵⁴ Diese Gründe sind überzeugend. Zu bemerken ist, dass die Forderung nach einer Definition oder Einordnung des unbestimmten Rechtsbegriffs „höchst unsicher“ in Tz. 6.181 OECD Verrechnungspreisleitlinien ebenfalls zurückzuweisen ist. Denn unbestimmte Rechtsbegriffe sind durch Auslegung zu konkretisieren. Eine Unterscheidung nach hoher und weniger hoher Bewertungsunsicherheit ist zudem gerechtfertigt. Hohe Bewertungsunsicherheit kann bei schwer zu bewertenden immateriellen Werten im Sinne von Tz. 6.189 insbesondere im Falle von Geschäftsvorfällen gegeben sein, die mindestens eines der in Tz. 6.190 OECD Verrechnungspreisleitlinien genannten Merkmale erfüllen. Die Kritik jedoch wegen der mangelnden Fremdüblichkeit, der Einseitigkeit und der Ausrichtung an den Unsicherheiten sei teilweise bereits aufgegriffen worden.¹⁰⁵⁵ Preisanpassungen setzten aus diesem Grund voraus, dass die Finanzverwaltung

¹⁰⁴⁸ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

¹⁰⁴⁹ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

¹⁰⁵⁰ Krüger, ISR 2015, 430, 438.

¹⁰⁵¹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Kahle/Schulz, § 1 Abs. 3 AStG (39. Erg.-Lfg.), Rn. 621.

¹⁰⁵² Vgl. Tz. 6.186 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹⁰⁵³ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 451.

¹⁰⁵⁴ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 451.

¹⁰⁵⁵ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

nicht erhärten könne, dass die Information auf Basis der Ex-ante-Preisfestsetzungsvereinbarung verlässlich sei.¹⁰⁵⁶ Eine Preisanpassung sei ferner ausgeschlossen, wenn die steuerpflichtige Person den Gegenbeweis erbrächte.¹⁰⁵⁷ Dieser überzeugenden Auffassung wird gefolgt. Das Argument hinsichtlich des Transparenzgebots ist, dies ist ebenfalls zu bemerken, abzulehnen. Denn es geht im Kern darum, dass Hinweise darauf bestehen, dass eine Information, die bekannt war bzw. hätte bekannt sein müssen, nicht berücksichtigt wurde und dass mithin tatsächlich Unsicherheiten bestanden, die den Parteien, insbesondere unter Anwendung des Transparenzgebots, jedenfalls hätten bekannt sein müssen, jedoch unberücksichtigt blieben. Allein die Finanzverwaltung war zuvor wegen der bestehenden Informationsasymmetrie nicht dazu in der Lage, dies zu erkennen. Die Kritik hinsichtlich der Fremdunüblichkeit der Heranziehung von ex-post-Informationen ist ebenfalls zurückzuweisen. Denn es geht bei dieser Heranziehung um Indizien, die darauf hinweisen, dass die Zahlungsbedingung von Anfang an nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprach, und nicht darum, ob fremde Dritte derart vorgegangen wären, um über die Vereinbarung einer Preisanpassungsklausel zu entscheiden. Sofern es die Erhöhung des Aufwands und der Planungs- und Rechtsunsicherheit betrifft, hat es die steuerpflichtige Person selbst in der Hand, eine bilaterale oder multilaterale Vorabverständigung abzuschließen, um derart eine Ausnahme von der Anwendung des neuen Ansatzes für schwer zu bewertende immaterielle Werte und damit mehr Planungs- und Rechtssicherheit zu erreichen sowie einen zusätzlichen Aufwand hierdurch zu vermeiden.¹⁰⁵⁸ Des Weiteren ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verfassungsrechtlich zulässig. Ihr Inhalt ist durch Auslegung zu ermitteln. Dies gilt erst recht mit Blick auf die geübte Kritik, die sich lediglich auf die Auslegung einer gesetzlichen Regelung bezieht, im Rahmen derer unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden. Schon im Zusammenhang mit der Funktionsverlagerung wurde außerdem bemerkt, dass die internationale Unüblichkeit der Preisanpassungsklausel durch die Auffassung der OECD zu Unternehmensumstrukturierungen verringert werde.¹⁰⁵⁹ Spätestens nach der Aufnahme der Regelungen von BEPS Bericht 8 in die OECD Verrechnungspreisleitlinien jedoch kann das Argument, dass derlei Klauseln international überwiegend unbekannt seien, bereits aus dem Grund nicht überzeugen, da BEPS Bericht 8 gerade eine Harmonisierung des internationalen Steuerrechts anstrebt und seine Regelungen nun durch die Aufnahme in die

¹⁰⁵⁶ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

¹⁰⁵⁷ Krüger, ISR 2015, 430, 437.

¹⁰⁵⁸ Vgl. Tz. 35 OECD Guidance.

¹⁰⁵⁹ Freudenberg/Ludwig, BB 2011, 215, 219.

OECD Verrechnungspreisleitlinien international öffentlich und bekannt sind und den Fremdvergleichsgrundsatz konkretisieren. Es ist im Übrigen nicht zu erwarten, dass die OECD im internationalen Steuerrecht eine Regelung vorsieht, die nicht international bekannt ist, sondern lediglich in Deutschland. Mangelt es hingegen in einem konkreten Fall an der Fremdüblichkeit, steht es der steuerpflichtigen Person frei, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen und das Gegenteil zu beweisen. Ferner wurde bereits in den Gesetzesmaterialien zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008, mit dem § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG eingeführt wurden, darauf hingewiesen, dass in Fällen internationaler Besteuerungskonflikte die üblichen Streitschlichtungsinstrumente greifen.¹⁰⁶⁰ Dies sind Verständigungs- und Schiedsverfahren.¹⁰⁶¹ Nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien ist die Lösung von Fällen der Doppelbesteuerung, die wegen ihres neuen Ansatzes hinsichtlich schwer zu bewertender immaterieller Werte auftreten, ebenfalls im Wege des Verständigungsverfahrens anzustreben.¹⁰⁶² Ferner gilt diesbezüglich ebenfalls, dass es die steuerpflichtige Person selbst in der Hand hat, eine bilaterale oder multilaterale Vorabverständigung abzuschließen, um derart eine Ausnahme von der Anwendung dieses neuen Ansatzes zu erreichen und damit die Wahrscheinlichkeit einer Doppelbesteuerung zu verringern.¹⁰⁶³ Der Gesetzgeber hat jedoch außerdem bei Einführung von § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG erläutert, dass für den Fall, dass bestimmte Nicht-OECD-Mitgliedstaaten den Fremdvergleichsgrundsatz nicht akzeptieren, eine Doppelbesteuerung, die tatsächlich eingetreten ist, durch Billigkeitsmaßnahmen aufgehoben oder jedenfalls gemildert werden kann.¹⁰⁶⁴ Dass die Preisanpassungsklausel mit keiner Regelung vergleichbar ist, stimmt insofern, als dass sie gegenüber dem „commensurate with income standard“ des US-Steuerrechts durch ihre widerlegbaren Vermutungen abgemildert wurde. Dies tangiert jedoch nicht, dass sie dem international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz entspricht, der in den OECD Verrechnungspreisleitlinien konkretisiert ist, und dies gegen ein nicht zu rechtfertigendes Doppelbesteuerungsrisiko spricht. Dies gilt zudem, sofern die Gegenauffassung anführt, dass die Preisanpassungsklausel über die Korrekturvorschriften ausländischer Fiskalgesetze hinausgeht und international die Korrektur eines ursprünglich anerkannten Verrechnungspreises unüblich sei. Hier kann ebenfalls lediglich auf die üblichen Streitschlichtungsinstrumente und die Möglichkeit der Vorabverständigung verwiesen werden; nicht verlangt werden kann jedoch,

¹⁰⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 85.

¹⁰⁶¹ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 85.

¹⁰⁶² Vgl. Tz. 6.195 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹⁰⁶³ Vgl. Tz. 35 OECD Guidance.

¹⁰⁶⁴ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

dass Deutschland grundsätzlich auf dasjenige Besteuerungssubstrat verzichtet, das ihm zusteht. Nicht richtig ist in diesem Kontext, dass die Korrektur eines ursprünglich anerkannten Verrechnungspreises den OECD Verrechnungspreisleitlinien widerspräche, da es sich hierbei um späteres Wissen handele und die OECD ein solches nicht anerkenne. Denn bei der Preisanpassungsklausel handelt es sich nicht um späteres Wissen.¹⁰⁶⁵ Ebenfalls nicht richtig ist, dass Doppelbesteuerung drohe, da die Widerlegungsmöglichkeit des Satzes 11 nicht berücksichtige, dass unternehmerisches Handeln immer Risiken berge. Denn nicht jedes Risiko führt zu einer Preisanpassung. Sondern lediglich die Nichtberücksichtigung vorhersehbarer Risiken und die deutliche Überschätzung oder Unterschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit vorhersehbarer Risiken, wenn unabhängige Dritte eine sachgerechte Anpassungsregelung getroffen hätten. Bei der Preisanpassungsklausel handelt es sich zudem nicht um eine Umqualifizierung, sondern lediglich um eine Korrektur einer Bedingung; also um den Regelfall des § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG und nicht um die Ausnahme der Nichtanerkennung aus steuerlichen Gründen. Schließlich ist nicht richtig, dass Doppelbesteuerung drohe, da die Preisanpassungsklausel nicht dem international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz entspräche. Denn sie steht im Einklang mit der Preisanpassungsklausel nach BEPS Bericht 8. Diese hat Eingang in die OECD Verrechnungspreisleitlinien gefunden. Die OECD Verrechnungspreisleitlinien konkretisieren den international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz. Damit entspricht die Preisanpassungsklausel dem international anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz. Allerdings tat sie dies ebenfalls zuvor, wie Kapitel IX der OECD Verrechnungspreisleitlinien zu Verrechnungspreisaspekten bei Umstrukturierungen der Geschäftstätigkeit bereits bestätigte. Es wird der überzeugenden Auffassung gefolgt, dass eine neue Dimension rückwirkender Steuergesetze ebenfalls nicht erreicht werde. Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot läge nicht vor.¹⁰⁶⁶ Denn die Neuregelung des § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG sei erst ab dem Veranlagungszeitraum 2008 in Kraft getreten.¹⁰⁶⁷ Daher läge weder eine echte noch eine unechte Rückwirkung vor.¹⁰⁶⁸ Ferner werde der Steuerbescheid in seinem Tenor für das Veräußerungsjahr nicht aufgehoben.¹⁰⁶⁹ Lediglich ein anderer Sachverhalt und Verrechnungspreis würden zugrunde gelegt.¹⁰⁷⁰ Zuzugeben sei zwar, dass es sich bei § 1

¹⁰⁶⁵ Siehe hierzu bereits oben.

¹⁰⁶⁶ Micker, IStR 2010, 829, 831; Zech, S. 99.

¹⁰⁶⁷ Zech, S. 148.

¹⁰⁶⁸ Vgl. im Hinblick auf die echte Rückwirkung: Micker, IStR 2010, 829, 831; Zech, S. 148.

¹⁰⁶⁹ Zech, S. 99.

¹⁰⁷⁰ Zech, S. 99.

Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG um Vorschriften handle, die besondere Regelungen für die Bestandskraft enthielten.¹⁰⁷¹ Der Gesetzgeber sei jedoch frei, Verfahrensvorschriften zu ändern.¹⁰⁷² Den Vorschriften sei jedoch zudem materiell-rechtlich zuzustimmen.¹⁰⁷³ Denn die bis dahin geltenden Aufhebungsvorschriften genügten nicht, um diese Sachverhalte zu erfassen.¹⁰⁷⁴ Ferner stelle die Erstreckung der Rückwirkung keine Neuerung für die steuerpflichtige Person dar, da sie bereits bei Vornahme des Geschäfts mit späteren Änderungen hätte rechnen müssen.¹⁰⁷⁵ Aus diesem Grund sei insoweit ein schutzwürdiges Vertrauen nicht zu erkennen.¹⁰⁷⁶ Dem ist lediglich hinzuzufügen, dass den Vorschriften zudem materiell-rechtlich zuzustimmen ist, da das Rückwirkungsverbot zwar auf dem verfassungsrechtlichen Gebot des Vertrauensschutzes basiert. Allerdings wird ein zu schützendes Vertrauen geschützt, jedoch nicht das Vertrauen darin, Verrechnungspreismanipulationen vorzunehmen.¹⁰⁷⁷ Dass das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot im Steuerrecht ebenfalls nicht jedes Vertrauen schützt, zeigt sich insbesondere an der Regelung über die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nach § 130 AO. Entgegen der Gegenauffassung basiert die Preisanpassungsklausel, wie bereits erörtert, jedoch zudem nicht auf späterem Wissen, so dass aus diesem Gesichtspunkt ebenfalls kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot vorliegt. Sofern es die Personalausstattung der Finanzverwaltung betrifft, kann festgestellt werden, dass mit Einführung von § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG bereits zusätzliche Personalkapazitäten zur zügigeren Erledigung von Verständigung- und Schiedsverfahren beim Bundeszentralamt für Steuern geschaffen wurden.¹⁰⁷⁸ Hierbei handelt es sich um fünf Stellen.¹⁰⁷⁹ Im Übrigen besitzt das Bundeszentralamt für Steuern zudem die Möglichkeit, Aufträge an Kanzleien etc. jedenfalls zur Vorbereitung dieser Verfahren zu vergeben. Es ist schließlich zudem nicht erforderlich, dass § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG an die Vorschläge der OECD angenähert werden, da die OECD keine Preisanpassungsklausel erwähne. Denn Tz. 6.192 OECD Verrechnungspreisleitlinien zeigt, dass die OECD Verrechnungspreisleitlinien eine Preisanpassungsklausel durchaus vorsehen. Zudem wird der Steuerverwaltung das Recht

¹⁰⁷¹ Zech, S. 99.

¹⁰⁷² Zech, S. 99.

¹⁰⁷³ Zech, S. 99.

¹⁰⁷⁴ Zech, S. 99.

¹⁰⁷⁵ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 511; Micker, IStR 2010, 829, 831.

¹⁰⁷⁶ Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 511.

¹⁰⁷⁷ Bei § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG handelt es sich jedoch um ein Einzelsteuergesetz i. S. v. § 42 Absatz 1 Satz 2 AStG.

¹⁰⁷⁸ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

¹⁰⁷⁹ BT-Drs. 16/4841, S. 2.

eingräumt, Preisanpassungen vorzunehmen.¹⁰⁸⁰ Die OECD hat mit ihrem Ansatz eine Lösung innerhalb des Fremdvergleichsgrundsatzes gefunden. Wie dieser Ansatz im staatlichen Recht berücksichtigt wird, ist Sache der Einzelstaaten. So dürfen sie vorsehen, dass Preisanpassungen in den entsprechenden Fällen, ohne Vorliegen einer sachgerechten Anpassungsregelung, erfolgen. Jedoch dürfen sie ebenfalls regeln, dass die steuerpflichtigen Personen sachgerechte Anpassungsregelungen selbst vereinbaren dürfen. Dies geht über den Ansatz der OECD nicht hinaus, sondern bietet den steuerpflichtigen Personen lediglich mehr Rechtssicherheit über die Anerkennung selbst vereinbarter, sachgerechter Anpassungsklauseln, ohne sie schlechter zu stellen. Eine Pflicht zur Vereinbarung einer sachgerechten Anpassungsklausel besteht indes nicht. Die steuerpflichtige Person kann hierauf verzichten und das Risiko eingehen, dass eine Korrektur unter Zugrundelegung einer sachgerechten Anpassungsklausel seitens der Finanzverwaltung erfolgt. Die gesetzliche Vermutung des Satzes 11 führt zudem zu keiner solchen Pflicht. Denn diese gesetzliche Vermutung ist widerlegbar, so dass z. B. die Methode der Einpreisung gewählt werden kann und dann ggf. der Beweis zu führen ist, dass alle vorhersehbaren Risiken bei der Bestimmung des Preises berücksichtigt wurden und ihre Eintrittswahrscheinlichkeit nicht deutlich über- oder unterschätzt wurde und dass auch unabhängige Dritte unter vergleichbaren Verhältnissen keine sachgerechte Anpassungsklausel vereinbart hätten.¹⁰⁸¹ Hätten fremde Dritte dies jedoch getan, so verlangen die OECD Verrechnungspreisleitlinien ebenfalls, dass die steuerpflichtigen Personen dies tun.¹⁰⁸² Die Kritik daran, dass feste Preise lediglich bei hinreichend sicheren Prognosen zwischen fremden Dritten vereinbart würden, ist ebenfalls abzulehnen. Denn Maßstab ist hier nicht der tatsächliche Fremdvergleich, sondern der hypothetische Fremdvergleich. Die Auffassung zu Tz. 6.184 OECD Verrechnungspreisleitlinien ist gleichfalls abzulehnen, dass nachträgliche Preisanpassungen ausschließlich auf Dauerschuldverhältnisse zu begrenzen seien. Ebenso wenig wie die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ausschließlich auf Dauerschuldverhältnisse begrenzt ist, wie sich nicht zuletzt aus § 313 Absatz 3 Satz 2 BGB ergibt, ist dies hier der Fall. Hierbei kann davon ausgegangen werden, dass Neuverhandlungen mangels Nutzens nicht im Einvernehmen erfolgen würden. Das Beispiel in Tz. 6.184 OECD Verrechnungspreisleitlinien ist jedoch, entgegen einer gegenteiligen Auffassung, nicht der einzige nachvollziehbare

¹⁰⁸⁰ Vgl. Bernhardt in: Oestreicher, BEPS konkret, S. 67.

¹⁰⁸¹ Vgl. Tz. 6.181, 6.182, 6.183, 6.187, 6.188 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹⁰⁸² Vgl. nur: Tz. 6.181, 6.183, 6.185 und 6.192 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Fall.¹⁰⁸³ Vielmehr kann zudem die Aussicht auf ein Gerichtsverfahren dazu führen, dass Parteien sich auf Neuverhandlungen einlassen. Der Grund für die abweichende Regelung im Falle immaterieller Werte, deren Verrechnungspreis mittels des hypothetischen Fremdvergleichs bestimmt wurde, gegenüber nachträglichen Preisanpassungen bei „normaler“ Verrechnungspreisermittlung liegt ferner in der Schwierigkeit, die zuerst Genannten zu bewerten. Dieser Grund ist zudem überzeugend und rechtfertigt eine Ungleichbehandlung sachlich. Diesen Bewertungsschwierigkeiten kann mit einer Preisanpassungsklausel des Weiteren sachgerecht begegnet werden. Die Intention der Preisanpassungsklausel ist entgegen der Gegenauffassung zudem nicht, nahestehende Unternehmen zu zivilrechtlich gültigen Preisanpassungsklauseln zu zwingen, sondern, mit einer überzeugenden anderen Auffassung, bestünde sie darin, reine Missbrauchsfälle zu bekämpfen.¹⁰⁸⁴ Daher würde selbst eine Fremdunüblichkeit der Preisanpassungsklausel in der Praxis nicht gegen Artikel 2 Absatz 1 GG verstoßen.¹⁰⁸⁵ Denn aufgrund der besonderen Beziehung verbundener Unternehmen wäre es verhältnismäßig, selbst eine Pflicht zur Vereinbarung einer sachgerechten Anpassungsklausel vorzusehen, jedoch erst recht, den Ausschluss der gesetzlichen Regelung vorzusehen, falls eine sachgerechte Anpassungsregelung vereinbart worden sei, um Missbrauch zu bekämpfen.¹⁰⁸⁶ Eine Preisanpassungsklausel sei nach überzeugender Auffassung sachgerecht, wenn sie dem Fremdvergleichsgrundsatz entspreche.¹⁰⁸⁷ Obwohl Rechtsunsicherheit über die Frage bestünde, wann eine vereinbarte Preisanpassungsklausel sachgerecht sei, könne jedenfalls festgestellt werden, dass der Begriff „sachgerecht“ in § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG noch hinreichend bestimmt sei.¹⁰⁸⁸ Des Weiteren gibt selbst die Gegenauffassung zu, dass die Möglichkeit einer selbst vereinbarten Preisanpassungsklausel Gestaltungsspielräume biete.¹⁰⁸⁹ Aus diesem Grund böten zudem nach der Gegenauffassung selbst vereinbarte Preisanpassungsklauseln den Vorteil, dass sie praxisnäher und ausgewogener ausgestaltet werden könnten als die gesetzliche Preisanpassungsklausel.¹⁰⁹⁰ Ferner spräche selbst nach der

¹⁰⁸³ Vgl. zu einer solchen gegenteiligen Auffassung: Kroppen, Rasch, Band II, OECD–Verrechnungspreisleitlinien, Bestimmung von Fremdvergleichspreisen für Geschäftsvorfälle mit immateriellen Werten, deren Wertermittlung im Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles höchst unsicher ist (Lfg. 31), Rn. 975.

¹⁰⁸⁴ Schwenke in: Piltz, Schaumburg (Hg.)–Grenzüberschreitende Gesellschaftsstrukturen im internationalen Steuerrecht, S. 117.

¹⁰⁸⁵ Vgl. Zech, S. 144 f..

¹⁰⁸⁶ Vgl. Zech, S. 144 f..

¹⁰⁸⁷ Vgl. Flick/Wassermeyer/Baumhoff u. a., Ditz/Greinert, § 1 AStG, Rn. 1384.

¹⁰⁸⁸ Micker, IStR 2010, 829, 830.

¹⁰⁸⁹ Baumhoff/Ditz/Greinert, DStR 2007, 1649, 1655; Kahle, Der Konzern 2007, 647, 656.

¹⁰⁹⁰ Vgl. Bernhardt/Ham/Kluge, IStR 2008, 844, 849; Kasten, S. 201.

Gegenauffassung für sie, dass sie unabhängig davon, ob sie sich steuererhöhend oder steuermindernd auswirkten, zu berücksichtigen seien.¹⁰⁹¹ Die Gefahr der Doppelbesteuerung steigt hierdurch ebenfalls nicht. Denn die OECD Verrechnungspreisleitlinien sehen vor, dass sachgerechte Anpassungsregelungen dem Fremdvergleichsgrundsatz in den hier in Rede stehenden Fällen entsprechen.¹⁰⁹² Sollte es dennoch zu Doppelbesteuerung kommen, stehen die üblichen Streitschlichtungsinstrumente zur Verfügung. Schließlich ist selbst die Gegenauffassung der Meinung, dass die Regelungen des § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG jedenfalls die Rechtssicherheit erhöhten.¹⁰⁹³ Aus diesem Grund ist diese Kritik abzulehnen.

1.6. Einkünfterminderung

Die Einkünfte müssen nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG gemindert worden sein. Die Einkünfte sind gemindert, wenn die Einkünfte gemindert sind, die unter Anwendung der Einkünftermittlungsvorschriften betragsmäßig vorläufig berechnet wurden.¹⁰⁹⁴ Diese sind gemindert, wenn das Ergebnis gemindert ist im Verhältnis zu demjenigen Ergebnis, das sich ergäben hätte, falls der Fremdvergleichsgrundsatz gewahrt worden wäre.¹⁰⁹⁵

1.7. Kausalität

Der Verstoß der steuerpflichtigen Person gegen den Fremdvergleichsgrundsatz muss kausal für die Einkünfterminderung gewesen sein.¹⁰⁹⁶ Dies ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs „dadurch“ in § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG.¹⁰⁹⁷

1.8. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge regelt § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG, dass die Einkünfte der steuerpflichtigen Person unbeschadet anderer Vorschriften so anzusetzen sind, wie sie unter den zwischen voneinander unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären. Dies setzt

¹⁰⁹¹ Schaumburg, IStR 2009, 877, 881.

¹⁰⁹² Vgl. Tz. 6.183 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹⁰⁹³ Höreth/Ortmann-Babel, S. 293.

¹⁰⁹⁴ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 51.

¹⁰⁹⁵ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 129.

¹⁰⁹⁶ So auch Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 71; a. A. scheinbar: Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 2.

¹⁰⁹⁷ So auch Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 71.

eine zweistufige Gewinnermittlung voraussetzt.¹⁰⁹⁸ Auf der ersten Stufe wird der Gewinn unter Berücksichtigung des Handels- und Steuerrechts bei Wahrung des Fremdvergleichsgrundsatzes ermittelt.¹⁰⁹⁹ Dieser wird mit dem ursprünglichen Gewinn verglichen und der Differenzbetrag festgestellt.¹¹⁰⁰ Auf der zweiten Stufe der Einkünftermittlung erfolgt dann eine Hinzurechnung der Einkünfterkorrektur nach § 1 AStG in Form eines außerbilanziellen Zuschlags.¹¹⁰¹ Hier erfolgt der Ansatz der fiktiv um die fremdüblichen Einkünfte bei der jeweiligen Einkunftsart erhöhten Einkünfte.¹¹⁰² Die Rechtsfolge des § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG besteht ausschließlich in einer außerbilanziellen Erhöhung der Einkünfte.¹¹⁰³ Insbesondere werden weder die Bedingungen verändert, noch werden Einnahmen, Forderungen oder die Verwendung des Korrekturbetrages auf eine Beteiligung fingiert.¹¹⁰⁴ Im Hinblick auf die Verwendung der Begriffe „unbeschadet anderer Vorschriften“ ist an dieser Stelle lediglich zu bemerken, dass Ausführungen zu den Konkurrenzen sogleich unter dem nachfolgenden Gliederungspunkt erfolgen.

1.9. Konkurrenzen

Die Rechtsfolge des § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG tritt unbeschadet anderer Vorschriften ein.¹¹⁰⁵ In § 1 Absatz 1 Satz 4 AStG sind die Konkurrenzen zu anderen Korrektornormen klarstellend geregelt.¹¹⁰⁶ Hiernach ergänzen Berichtigungen nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG andere Regelungen.¹¹⁰⁷ Dies gilt, soweit die Rechtswirkungen des § 1 Absatzes 1 AStG über diejenigen der anderen Vorschriften hinausgehen.¹¹⁰⁸ Bei diesen anderen Vorschriften handelt es sich insbesondere um: verdeckte Gewinnausschüttung (vgl. § 8 Absatz 3 Satz 2 KStG), verdeckte Einlage (vgl. § 8 Absatz 3 Satz 3 KStG), Entnahme (vgl. § 4 Absatz 1 Satz 2 EStG) und Einlage (vgl. § 4 Absatz 1 Satz 8 EStG). Diese anderen Vorschriften haben unverändert

¹⁰⁹⁸ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 86 f.; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 4.

¹⁰⁹⁹ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 4.

¹¹⁰⁰ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 86.

¹¹⁰¹ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 87; Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 4.

¹¹⁰² Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 86; Rupp/Knies/Ott/Faust/Hüll, Rupp, S. 606.

¹¹⁰³ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Abs. 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 146 f..

¹¹⁰⁴ Fuhrmann/Mössner, Nientimp, § 1 AStG, Rn. 86.

¹¹⁰⁵ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Cortez, Vorbemerkung zu § 1 AStG (35. Erg.-Lfg.), Rn. 26.

¹¹⁰⁶ Vgl. Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Cortez, Vorbemerkung zu § 1 AStG (35. Erg.-Lfg.), Rn. 27.

¹¹⁰⁷ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

¹¹⁰⁸ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

grundsätzlich Vorrang vor Berichtigungen nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG.¹¹⁰⁹ Jedoch schließt ihre vorrangige Anwendung die Anwendung des § 1 AStG nicht aus.¹¹¹⁰ Denn es gelten insbesondere unterschiedliche Korrekturmaßstäbe.¹¹¹¹ Es kann eine Berichtigung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG möglich sein, jedoch können die Voraussetzungen der verdeckten Gewinnausschüttung nicht vorliegen.¹¹¹² Zudem kann ein nicht einlagefähiger, zugewendeter Vermögensvorteil zu einer Korrektur nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG führen.¹¹¹³ Nach neuer Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs allerdings stünden die verdeckte Gewinnausschüttung oder verdeckte Einlage neben § 1 AStG und habe der Rechtsanwender ein Wahlrecht hinsichtlich der Anwendung, falls die Rechtsfolgen nicht voneinander abwichen.¹¹¹⁴ Diese Entscheidung erging jedoch zu einem Sachverhalt, auf den § 1 Absatz 1 Satz 4 AStG noch nicht anwendbar war.¹¹¹⁵ Abzuwarten bleibt, ob der Bundesfinanzhof angesichts der Gesetzesbegründung zu § 1 Absatz 1 Satz 4 AStG zu der geltenden Rechtslage ebenso entscheiden würde.¹¹¹⁶ Nach Abschluss dieser Untersuchung hat das Bundesfinanzministerium seine Auffassung zu dieser Rechtsprechung in Tz. 1.3 Verwaltungsgrundsätzen Verrechnungspreise 2023 konkretisiert. Auf diese Auffassung wird am Ende dieses Kapitels kurz eingegangen werden.

2. Ergebnis

In diesem Titel wurden die Ergebnisse zu BEPS Bericht 8 herangezogen, um § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG auszulegen und fortzuentwickeln, mit dem Ziel, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und dazu beizutragen, dass BEPS Bericht 8 ebenfalls einheitlich eingeführt wird. Das Ergebnis der Untersuchung ist, dass dies möglich ist und daher das Untersuchungsziel hierdurch erreicht werden kann. Dieses Untersuchungsergebnis wird durch die Betriebsprüfungspraxis der deutschen Finanzverwaltung gestützt. Denn sie legt in

¹¹⁰⁹ BT-Drs. 16/4841, S. 85.

¹¹¹⁰ Cortez/Brucker, Steuer und Studium 2017, 185, 188.

¹¹¹¹ Cortez/Brucker, Steuer und Studium 2017, 185, 188; Kraft, AStG, Kraft, § 1, Rn. 157.

¹¹¹² Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Cortez, Vorbemerkung zu § 1 AStG (35. Erg.-Lfg.), Rn. 29.

¹¹¹³ Haun/Kahle/Goebel/Reiser, Rupp, § 1 Absatz 1 AStG (30. Erg.-Lfg.), Rn. 72; Tz. 1.3.1.2. Verwaltungsgrundsätze 1983.

¹¹¹⁴ Busch, DB 2020, 2369, 2369.

¹¹¹⁵ Busch, DB 2020, 2369, 2369.

¹¹¹⁶ A. A. wohl: Busch, DB 2020, 2369, 2370 f.; vgl. jedoch zudem Schnitger, IStR 2020, 821, 827, der die Rechtsprechung wohl lediglich für eine bestimmte Fallkonstellation erwägt.

Betriebsprüfungen diese Regelungen bereits im Einklang mit BEPS Bericht 8 aus.¹¹¹⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung können zwar ebenfalls § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG bereits nach geltendem Recht in Übereinstimmung mit den Ergebnissen zu BEPS Bericht 8 fortentwickelt werden.¹¹¹⁸ Die Auffassung in der Literatur, dass erforderlich sei, dass § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG geändert würden, um sie in Übereinstimmung mit der Preisanpassungsklausel nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien zu bringen, wird nicht geteilt.¹¹¹⁹ Aber eine gesetzliche Änderung von § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG wird dennoch begrüßt. Denn diese würde die Rechtssicherheit im Vergleich zu der ergänzenden Gesetzesauslegung, wie sie hier zu § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG vertreten wird, - jedenfalls geringfügig - erhöhen. Die in dieser Untersuchung vertretene Auffassung wurde durch §§ 1, 1a AStG n. F. teilweise bestätigt, deren Einführung jedoch erst nach Abschluss dieser Untersuchung erfolgte und auf die am Ende dieses Kapitels kurz eingegangen wird. Insbesondere wurde durch § 1a AStG nach Abschluss dieser Untersuchung jedoch die Preisanpassungsklausel teilweise neu geregelt. Hierbei wird insbesondere zulasten der Steuerpflichtigen in dem neuen § 1a Satz 3 AStG hinsichtlich der Legaldefinition des Begriffs der erheblichen Abweichung der oben genannten Gegenauffassung gefolgt. Abzuwarten bleibt, ob eine frühzeitige Prüfung der Übertragung schwer zu bewertender immaterieller Werte im Falle multinationaler Unternehmen im Rahmen des International Compliance-Assurance-Programme 2.0 erfolgen kann und sollte, wie teilweise gefordert wird.¹¹²⁰ Nach Abschluss dieser Untersuchung konnte durch Nachfrage beim Bundeszentralamt für Steuern jedoch in Erfahrung gebracht werden, dass jedenfalls bisher kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen International Compliance-Assurance-Programme 2.0-Verfahren und den Meldepflichten nach §§ 138d ff. AO existiert. Bisher führen Meldungen nach §§ 138d ff. AO weder dazu, dass ein solches Verfahren durchgeführt würde, noch dazu, dass die deutsche Steuerverwaltung dem betreffenden Steuerpflichtigen die Teilnahme an einem solchen Verfahren vorschlagen würde.

¹¹¹⁷ Kroppen/Dawid/Keil, IWB 2019, 590, 600.

¹¹¹⁸ Ähnlich wohl auch: Renaud/Werner, IWB 2018, 676, 678.

¹¹¹⁹ Ähnlich: Groß, IStR 2016, 233, 240; Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 650.

¹¹²⁰ Vgl. zu dieser Forderung: Oestreicher, IStR 2020, 575, 581.

3. §§ 1, 1a AStG neue Fassung

§§ 1, 1a AStG vom 8. September 1972 (BGBl. I S. 1713), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 27. März 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 108) geändert worden ist, lauten wie folgt:

§ 1 Berichtigung von Einkünften

(1) Werden Einkünfte eines Steuerpflichtigen aus einer Geschäftsbeziehung zum Ausland mit einer ihm nahestehenden Person dadurch gemindert, dass er seiner Einkünfteermittlung andere Bedingungen, insbesondere Preise (Verrechnungspreise), zugrunde legt, als sie voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten (Fremdvergleichsgrundsatz), sind seine Einkünfte unbeschadet anderer Vorschriften so anzusetzen, wie sie unter den zwischen voneinander unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären. Steuerpflichtiger im Sinne dieser Vorschrift sowie im Sinne des § 1a ist auch eine Personengesellschaft oder eine Mitunternehmerschaft; eine Personengesellschaft oder Mitunternehmerschaft ist selbst nahestehende Person, wenn sie die Voraussetzungen des Absatzes 2 erfüllt. Für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes ist davon auszugehen, dass die voneinander unabhängigen Dritten alle wesentlichen Umstände der Geschäftsbeziehung kennen und nach den Grundsätzen ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter handeln. Führt die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes zu weitergehenden Berichtigungen als die anderen Vorschriften, sind die weitergehenden Berichtigungen neben den Rechtsfolgen der anderen Vorschriften durchzuführen.

(2) Dem Steuerpflichtigen ist eine Person nahestehend, wenn

1. die Person

a) an dem Steuerpflichtigen oder der Steuerpflichtige an dieser Person mindestens zu einem Viertel unmittelbar oder mittelbar an dem gezeichneten Kapital, den Mitgliedschaftsrechten, den Beteiligungsrechten, den Stimmrechten oder dem Gesellschaftsvermögen beteiligt (wesentlich beteiligt) ist oder

b) gegenüber dem Steuerpflichtigen oder der Steuerpflichtige gegenüber dieser Person Anspruch auf mindestens ein Viertel des Gewinns oder des Liquidationserlöses hat; oder

2. die Person auf den Steuerpflichtigen oder der Steuerpflichtige auf diese Person unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann; oder

3. eine dritte Person

- a) sowohl an der Person als auch an dem Steuerpflichtigen wesentlich beteiligt ist,
 - b) sowohl gegenüber der Person als auch gegenüber dem Steuerpflichtigen Anspruch auf mindestens ein Viertel des Gewinns oder des Liquidationserlöses hat oder
 - c) auf die Person als auch auf den Steuerpflichtigen unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann; oder
4. die Person oder der Steuerpflichtige imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Steuerpflichtigen oder die Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat.

Satz 1 Nummer 3 Buchstabe a bis c gilt auch, soweit im Verhältnis der dritten Person zu der Person und dem Steuerpflichtigen jeweils eines der in Satz 1 Nummer 3

Buchstabe a bis c genannten Merkmale erfüllt ist.

(3) Für die Bestimmung der dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechenden Verrechnungspreise (Fremdvergleichspreise) für eine Geschäftsbeziehung im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 sind die tatsächlichen Verhältnisse maßgebend, die dem jeweiligen Geschäftsvorfall zugrunde liegen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, von welcher an dem Geschäftsvorfall beteiligten Person welche Funktionen in Bezug auf den jeweiligen Geschäftsvorfall ausgeübt, welche Risiken diesbezüglich jeweils übernommen und welche Vermögenswerte hierfür eingesetzt werden (Funktions- und Risikoanalyse). Die Verhältnisse im Sinne der Sätze 1 und 2 bilden den Maßstab für die Feststellung der Vergleichbarkeit des zu untersuchenden Geschäftsvorfalles mit Geschäftsvorfällen zwischen voneinander unabhängigen Dritten (Vergleichbarkeitsanalyse); die diesen Geschäftsvorfällen zugrunde liegenden Verhältnisse sind in entsprechender Anwendung der Sätze 1 und 2 maßgebend, soweit dies möglich ist. Abzustellen ist auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Geschäftsvorfalles. Der Fremdvergleichspreis ist grundsätzlich nach der im Hinblick auf die Vergleichbarkeitsanalyse und die Verfügbarkeit von Werten zu vergleichbaren Geschäftsvorfällen voneinander unabhängiger Dritter am besten geeigneten Verrechnungspreismethode zu bestimmen. Unterschiede zwischen den Verhältnissen der zum Vergleich herangezogenen Geschäftsvorfälle zwischen voneinander unabhängigen Dritten und den dem zu untersuchenden Geschäftsvorfall zugrunde liegenden Verhältnissen, die die Anwendung der Verrechnungspreismethode beeinflussen können, sind durch sachgerechte Anpassungen zu beseitigen, sofern dies möglich ist; dies gilt nur, wenn dadurch die Vergleichbarkeit erhöht wird. Können keine Vergleichswerte festgestellt werden, ist für die

Bestimmung des Fremdvergleichspreises ein hypothetischer Fremdvergleich unter Beachtung des Absatzes 1 Satz 3 aus Sicht des Leistenden und des jeweiligen Leistungsempfängers anhand ökonomisch anerkannter Bewertungsmethoden durchzuführen.

(3a) Die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes führt regelmäßig zu einer Bandbreite von Werten. Diese Bandbreite ist einzuengen, wenn nach Anwendung von Absatz 3 Satz 6 Unterschiede in der Vergleichbarkeit verbleiben. Bieten diese Werte selbst keine Anhaltspunkte für eine bestimmte Einengung, so bleiben aus dieser Bandbreite das Viertel der kleinsten und das Viertel der größten Werte unberücksichtigt. Liegt der vom Steuerpflichtigen für seine Einkünfteermittlung verwendete Wert außerhalb der Bandbreite gemäß Satz 1 oder der eingengten Bandbreite, ist der Median maßgeblich, wenn der Steuerpflichtige nicht glaubhaft macht, dass ein anderer Wert innerhalb der Bandbreite dem Fremdvergleichsgrundsatz besser entspricht. Bei der Anwendung des hypothetischen Fremdvergleichs nach Absatz 3 Satz 7 ergibt sich regelmäßig aus dem Mindestpreis des Leistenden und dem Höchstpreis des Leistungsempfängers ein Einigungsbereich. In den Fällen des Satzes 5 ist der Mittelwert des Einigungsbereichs zugrunde zu legen, wenn der Steuerpflichtige nicht glaubhaft macht, dass ein anderer Wert innerhalb des Einigungsbereichs dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht.

(3b) Wird eine Funktion einschließlich der dazugehörigen Chancen und Risiken sowie der mitübertragenen oder mitüberlassenen Wirtschaftsgüter oder sonstigen Vorteile verlagert und ist auf die verlagerte Funktion Absatz 3 Satz 7 anzuwenden, weil für die Verlagerung der Funktion als Ganzes (Transferpaket) keine Vergleichsdaten festgestellt werden können, ist der Einigungsbereich auf der Grundlage des Transferpakets zu bestimmen. Hiervon kann abgesehen werden, wenn der Steuerpflichtige glaubhaft macht, dass weder wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter noch sonstige Vorteile Gegenstand der Funktionsverlagerung waren. Dies gilt dann, wenn das übernehmende Unternehmen die übergehende Funktion ausschließlich gegenüber dem verlagernden Unternehmen ausübt und das Entgelt, das für die Ausübung der Funktion und die Erbringung der entsprechenden Leistungen anzusetzen ist, nach der Kostenaufschlagsmethode zu ermitteln ist.

(3c) Die Übertragung oder Überlassung zur Nutzung eines immateriellen Werts ist zu vergüten, wenn diese auf der Grundlage einer Geschäftsbeziehung im Sinne des Absatzes 4 erfolgt und hiermit eine finanzielle Auswirkung für den Übernehmer, den Nutzenden, den Übertragenden oder den Überlassenden verbunden ist. Immaterielle Werte sind Vermögenswerte,

1. die weder materielle Wirtschaftsgüter oder Beteiligungen noch Finanzanlagen sind,
2. die Gegenstand eines Geschäftsvorfalles sein können, ohne einzeln übertragbar sein zu müssen, und
3. die einer Person eine tatsächliche oder rechtliche Position über diesen Vermögenswert vermitteln können.

Die Feststellung des Eigentums oder der Inhaberschaft an einem immateriellen Wert, einschließlich aus einem solchen abgeleiteter Rechte, ist Ausgangspunkt für die Bestimmung, welchem an dem Geschäftsvorfall beteiligten Unternehmen der Ertrag zusteht, der sich aus jedweder Art der Verwertung dieses immateriellen Werts ergibt. Soweit eine dem Eigentümer oder dem Inhaber des immateriellen Werts nahestehende Person Funktionen im Zusammenhang mit der Entwicklung oder Erschaffung, der Verbesserung, dem Erhalt, dem Schutz oder jedweder Art der Verwertung des immateriellen Werts ausübt, hierzu Vermögenswerte einsetzt und Risiken übernimmt, sind diese Funktionen vom Eigentümer oder Inhaber der nahestehenden Person angemessen zu vergüten. Die Finanzierung der Entwicklung oder Erschaffung, des Erhalts oder des Schutzes eines immateriellen Werts ist angemessen zu vergüten und berechtigt nicht zum Ertrag aus dem finanzierten immateriellen Wert.

(3d) Es entspricht nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz, wenn ein aus einer grenzüberschreitenden Finanzierungsbeziehung innerhalb einer multinationalen Unternehmensgruppe resultierender Aufwand die Einkünfte des Steuerpflichtigen gemindert hat und

1. der Steuerpflichtige nicht glaubhaft machen kann, dass er
 - a) den Kapitaldienst für die gesamte Laufzeit dieser Finanzierungsbeziehung von Anfang an hätte erbringen können und
 - b) die Finanzierung wirtschaftlich benötigt und für den Unternehmenszweck verwendet oder
2. soweit der seitens des Steuerpflichtigen zu entrichtende Zinssatz für eine grenzüberschreitende Finanzierungsbeziehung mit einer ihm nahestehenden Person den Zinssatz übersteigt, zu dem sich das Unternehmen unter Zugrundelegung des Ratings für die Unternehmensgruppe gegenüber fremden Dritten finanzieren könnte. Wird im Einzelfall nachgewiesen, dass ein aus dem Unternehmensgruppenrating abgeleitetes Rating dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht, ist dieses bei der Bemessung des Zinssatzes zu berücksichtigen.

Als Finanzierungsbeziehung gelten insbesondere ein Darlehensverhältnis sowie die Nutzung oder die Bereitstellung von Fremdkapital und fremdkapitalähnlichen Instrumenten.

(3e) Es handelt sich regelmäßig um eine funktions- und risikoarme Dienstleistung, wenn

1. eine Finanzierungsbeziehung von einem Unternehmen gegenüber einem anderen Unternehmen innerhalb einer multinationalen Unternehmensgruppe vermittelt wird oder
2. eine Finanzierungsbeziehung von einem Unternehmen an ein anderes Unternehmen innerhalb einer multinationalen Unternehmensgruppe weitergeleitet wird.

Hiervon ist auch regelmäßig dann auszugehen, wenn ein Unternehmen in der Unternehmensgruppe für ein oder mehrere Unternehmen der Unternehmensgruppe die Steuerung von Finanzmitteln, wie etwa ein Liquiditätsmanagement, ein Finanzrisikomanagement, ein Währungsrisikomanagement oder die Tätigkeit als Finanzierungsgesellschaft, übernimmt. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn anhand einer Funktions- und Risikoanalyse nachgewiesen wird, dass es sich nicht um eine funktions- und risikoarme Dienstleistung handelt.

(4) Geschäftsbeziehungen im Sinne dieser Vorschrift sind

1. einzelne oder mehrere zusammenhängende wirtschaftliche Vorgänge (Geschäftsvorfälle) zwischen einem Steuerpflichtigen und einer ihm nahestehenden Person,

a) die Teil einer Tätigkeit des Steuerpflichtigen oder der nahestehenden Person sind, auf die die §§ 13, 15, 18 oder 21 des Einkommensteuergesetzes anzuwenden sind oder anzuwenden wären, wenn sich der Geschäftsvorfall im Inland unter Beteiligung eines unbeschränkt Steuerpflichtigen und einer inländischen nahestehenden Person ereignet hätte, und

b) denen keine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zugrunde liegt; eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung ist eine Vereinbarung, die unmittelbar zu einer rechtlichen Änderung der Gesellschafterstellung führt;

2. Geschäftsvorfälle zwischen einem Unternehmen eines Steuerpflichtigen und seiner in einem anderen Staat gelegenen Betriebsstätte (anzunehmende schuldrechtliche Beziehungen).

Liegt einem Geschäftsvorfall keine schuldrechtliche Vereinbarung zugrunde, ist davon auszugehen, dass voneinander unabhängige ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter eine schuldrechtliche Vereinbarung getroffen hätten oder eine bestehende Rechtsposition geltend machen würden, die der Besteuerung zugrunde zu legen ist, es sei denn, der Steuerpflichtige macht im Einzelfall etwas anderes glaubhaft.

(5) Die Absätze 1, 3 bis 4 sind entsprechend anzuwenden, wenn für eine Geschäftsbeziehung im Sinne des Absatzes 4 Satz 1 Nummer 2 die Bedingungen, insbesondere die

Verrechnungspreise, die der Aufteilung der Einkünfte zwischen einem inländischen Unternehmen und seiner ausländischen Betriebsstätte oder der Ermittlung der Einkünfte der inländischen Betriebsstätte eines ausländischen Unternehmens steuerlich zugrunde gelegt werden, nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechen und dadurch die inländischen Einkünfte eines beschränkt Steuerpflichtigen gemindert oder die ausländischen Einkünfte eines unbeschränkt Steuerpflichtigen erhöht werden. Zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes ist eine Betriebsstätte wie ein eigenständiges und unabhängiges Unternehmen zu behandeln, es sei denn, die Zugehörigkeit der Betriebsstätte zum Unternehmen erfordert eine andere Behandlung. Um die Betriebsstätte wie ein eigenständiges und unabhängiges Unternehmen zu behandeln, sind ihr in einem ersten Schritt zuzuordnen:

1. die Funktionen des Unternehmens, die durch ihr Personal ausgeübt werden (Personalfunktionen),
2. die Vermögenswerte des Unternehmens, die sie zur Ausübung der ihr zugeordneten Funktionen benötigt,
3. die Chancen und Risiken des Unternehmens, die sie auf Grund der ausgeübten Funktionen und zugeordneten Vermögenswerte übernimmt, sowie
4. ein angemessenes Eigenkapital (Dotationskapital).

Auf der Grundlage dieser Zuordnung sind in einem zweiten Schritt die Art der Geschäftsbeziehungen zwischen dem Unternehmen und seiner Betriebsstätte und die Verrechnungspreise für diese Geschäftsbeziehungen zu bestimmen. Die Sätze 1 bis 4 sind entsprechend auf ständige Vertreter anzuwenden. Die Möglichkeit, einen Ausgleichsposten nach § 4g des Einkommensteuergesetzes zu bilden, wird nicht eingeschränkt. Auf Geschäftsbeziehungen zwischen einem Gesellschafter und seiner Personengesellschaft oder zwischen einem Mitunternehmer und seiner Mitunternehmerschaft sind die Sätze 1 bis 4 nicht anzuwenden, unabhängig davon, ob die Beteiligung unmittelbar besteht oder ob sie nach § 15 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes mittelbar besteht; für diese Geschäftsbeziehungen gilt Absatz 1. Ist ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung anzuwenden und macht der Steuerpflichtige geltend, dass dessen Regelungen den Sätzen 1 bis 7 widersprechen, so hat das Abkommen nur Vorrang, soweit der Steuerpflichtige nachweist, dass der andere Staat sein Besteuerungsrecht entsprechend diesem Abkommen ausübt und deshalb die Anwendung der Sätze 1 bis 7 zu einer Doppelbesteuerung führen würde.

(6) Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates

durch Rechtsverordnung Einzelheiten des Fremdvergleichsgrundsatzes im Sinne der Absätze Absätze 1, 3 bis 3e und 5 und Einzelheiten zu dessen einheitlicher Anwendung zu regeln sowie Grundsätze zur Bestimmung des Dotationskapitals im Sinne des Absatzes 5 Satz 3 Nummer 4 festzulegen.

§ 1a

Preisanpassungsklausel

Sind wesentliche immaterielle Werte oder Vorteile Gegenstand einer Geschäftsbeziehung und weicht die tatsächliche spätere Gewinnentwicklung erheblich von der Gewinnerwartung ab, die der Verrechnungspreisbestimmung zugrunde lag, ist widerlegbar zu vermuten, dass zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses Unsicherheiten im Hinblick auf die Verrechnungspreisvereinbarung bestanden und unabhängige Dritte eine sachgerechte Anpassungsregelung vereinbart hätten. Wurde eine solche Regelung nicht vereinbart und tritt bezogen auf die ersten sieben Jahre nach Geschäftsabschluss eine erhebliche Abweichung im Sinne des Satzes 1 ein, ist für eine deshalb vorzunehmende Berichtigung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 ein angemessener Anpassungsbetrag auf den Verrechnungspreis im achten Jahr nach Geschäftsabschluss der Besteuerung zugrunde zu legen. Eine erhebliche Abweichung im Sinne des Satzes 1 liegt vor, wenn der unter Zugrundelegung der tatsächlichen Gewinnentwicklung zutreffende Fremdvergleichspreis um mehr als 20 Prozent von diesem Verrechnungspreis abweicht. Für die Bestimmung des unter Zugrundelegung der tatsächlichen Gewinnentwicklung zutreffenden Fremdvergleichspreises ist von denselben Grundsätzen auszugehen wie für die Bestimmung des Verrechnungspreises. Eine Anpassung des Verrechnungspreises ist im Sinne des Satzes 2 angemessen, wenn sie dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Verrechnungspreis und dem unter Zugrundelegung der tatsächlichen Gewinnentwicklung zutreffenden Fremdvergleichspreis entspricht. Eine Anpassung erfolgt insbesondere dann nicht, wenn

1. der Steuerpflichtige glaubhaft macht, dass die tatsächliche Entwicklung auf Umständen basiert, die zum Zeitpunkt des Geschäftsvorfalles nicht vorhersehbar waren, oder
2. der Steuerpflichtige nachweist, dass er bei der Bestimmung des Verrechnungspreises die aus der künftigen Entwicklung resultierenden Unsicherheiten angemessen berücksichtigt hat, oder

3. im Hinblick auf immaterielle Werte und Vorteile Lizenzvereinbarungen getroffen werden, die die zu zahlende Lizenz vom Umsatz oder Gewinn des Lizenznehmers abhängig machen oder für die Höhe der Lizenz Umsatz und Gewinn berücksichtigen.

Begonnen werden soll mit § 1 AStG.

Die Änderungen des § 1 Absatz 1 AStG sind rein redaktioneller Art.

In § 1 Absatz 2 AStG fällt zunächst auf, dass dieser nunmehr zwei Sätze und Satz 1 nicht mehr drei Nummern, sondern vier Nummern enthält. Grund hierfür ist die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs entsprechend Artikel 2 Absatz 4 Buchstabe a Anti Tax Avoidance Directive (ATAD). Satz 1 Nummer 1 enthält nunmehr die vormaligen Varianten 1 und 3 der Nummer 1 sowie neu die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs entsprechend Artikel 2 Absatz 4 Buchstabe a ATAD. In der Gesetzesbegründung heißt es zu Satz 1 Nr. 1: „Satz 1 Nummer 1 entspricht weitgehend der derzeit geltenden Nummer 1, sodass weiterhin auf das Erfordernis einer wesentlichen Beteiligung abgestellt wird. Der sachliche Anwendungsbereich wird jedoch entsprechend Artikel 2 Absatz 4 Buchstabe a ATAD erweitert. Diese Erweiterung dient der Vermeidung von Steuerumgehungen durch die Ausgabe von mit Mehrfachstimmrechten ausgestatteten oder stimmrechtslosen Anteilen, den Abschluss von Stimmbindungsverträgen oder vergleichbaren Vorgängen.“¹¹²¹ Satz 1 Nummer 2 enthält die vormaligen Varianten 2 und 4 der Nummer 1. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung: „Satz 1 Nummer 2 entspricht inhaltlich der derzeit geltenden Nummer 1 2. und 4. Variante.“¹¹²² Satz 1 Nummer 3 enthält die vormalige Nummer 2 und erweitert den sachlichen Anwendungsbereich ebenso wie Satz 1 Nummer 1. Zu Satz 1 Nummer 3 heißt es in der Gesetzesbegründung: „Satz 1 Nummer 3 erweitert die in Nummer 1 vorgenommene tatbestandliche Erweiterung auch auf sog. Dreiecksfälle, in denen eine dritte Person sowohl an dem Steuerpflichtigen als auch an dessen Geschäftspartner zu mehr als einem Viertel beteiligt ist. Dabei entspricht Nummer 3 Buchstabe a und c inhaltlich der derzeit geltenden Nummer 2.“¹¹²³ Zwar entspricht Satz 1 Nummer 4 der vormaligen Nummer 3, allerdings überrascht hier die Gesetzesbegründung, in der es heißt: „Satz 1 Nummer 4 entspricht inhaltlich der derzeit geltenden Nummer 3. Von einem eigenen Interesse an der Erzielung der

¹¹²¹ BT-Drs. 19/28652, S. 46.

¹¹²² BT-Drs. 19/28652, S. 46.

¹¹²³ BT-Drs. 19/28652, S. 46.

Einkünfte des anderen kann bspw. auch bei allen Beteiligten an Netzwerken und deren Organisationseinheiten auszugehen sein. Mithin können auch rechtlich selbständige Unternehmen in einem globalen Netzwerk, die sich insbesondere durch eine enge strategische und fachliche Vernetzung dieses Netzwerks ausweisen, als nahestehende Personen gelten. Jedoch werden fremde voneinander unabhängige Franchiseunternehmen beispielsweise hierunter nicht erfasst.¹¹²⁴ Satz 2 ist neu und ist ebenfalls der Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs geschuldet. Zu diesem heißt es in der Gesetzesbegründung: „Satz 2 stellt klar, dass gegenüber der Person und dem Steuerpflichtigen unterschiedliche Merkmale der Buchstaben a bis c bestehen können; so kann bspw. die dritte Person am Steuerpflichtigen wesentlich beteiligt sein und gegenüber der Person ein Anspruch auf ein Viertel des Liquidationserlöses bestehen.“¹¹²⁵

Zu § 1 Absatz 3 AStG heißt es in der Gesetzesbegründung: „Absatz 3 konkretisiert den in Absatz 1 Satz 1 enthaltenen Fremdvergleichsgrundsatz. Hierdurch wird die international anerkannte Vorgehensweise zur Bestimmung und Prüfung von Fremdvergleichspreisen im AStG deklaratorisch, konkretisierend und nachvollziehbar aufgenommen.“¹¹²⁶ Die wesentlichen Änderungen sind:

- Der Begriff des Fremdvergleichspreises wird in Satz 1 legal definiert als dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechender Verrechnungspreis. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu: „Zugleich wird eine Legaldefinition des Fremdvergleichspreises vorgenommen, um deutlich zu machen, dass es sich bei § 1 um eine Korrektornorm handelt. Der Steuerpflichtige kann auf der ersten Stufe seiner Einkünfteermittlung Verrechnungspreise ansetzen, die in einem zweiten Schritt im Rahmen des Fremdvergleichsgrundsatzes zu überprüfen und bis zur fristgerechten Abgabe der Steuererklärung anzupassen sind. Hier ist ein dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechender Verrechnungspreis, der zur Verdeutlichung als Fremdvergleichspreis bezeichnet wird, zu ermitteln und der Besteuerung zugrunde zu legen.“¹¹²⁷ Zu Satz 1 heißt es ferner: „Durch Satz 1 wird verdeutlicht, dass für die Bestimmung von fremdüblichen Verrechnungspreisen, also dem jeweiligen

¹¹²⁴ BT-Drs. 19/28652, S. 46.

¹¹²⁵ BT-Drs. 19/28652, S. 46.

¹¹²⁶ BR-Drs. 50/21, S. 76.

¹¹²⁷ BR-Drs. 50/21, S. 76.

Fremdvergleichspreis, die tatsächlichen Verhältnisse, die dem jeweiligen zu untersuchenden Geschäftsvorfall zugrunde liegen und die preisrelevant sind, festzustellen sind.“¹¹²⁸

- In Satz 2 wird die Funktions- und Risikoanalyse legal definiert als Analyse, von welcher an dem Geschäftsvorfall beteiligten Person welche Funktionen in Bezug auf den jeweiligen Geschäftsvorfall ausgeübt, welche Risiken diesbezüglich jeweils übernommen und welche Vermögenswerte hierfür eingesetzt werden. Ferner heißt es in der Gesetzesbegründung zu Satz 2: „Durch Satz 2 wird klargestellt, dass für die Bestimmung von Fremdvergleichspreisen insbesondere eine Funktions- und Risikoanalyse erforderlich ist (s. hierfür Abschnitt D.1.2 OECD-Verrechnungspreisleitlinien).“¹¹²⁹

- In Satz 3 wird sodann die Vergleichbarkeitsanalyse legal definiert als die Feststellung der Vergleichbarkeit des zu untersuchenden Geschäftsvorfalles mit Geschäftsvorfällen zwischen voneinander unabhängigen Dritten. Zu Satz 3 heißt es in der Gesetzesbegründung insbesondere: „Durch Satz 3 wird sichergestellt, dass die nach den vorhergehenden Sätzen festgestellten tatsächlichen Verhältnisse auf Seiten der einander nahestehenden Geschäftspartner zum Fremdvergleich heranzuziehen sind. Maßstab ist somit der am konkreten Geschäft zu vollziehende Fremdvergleich. Das heißt, dass Geschäftsvorfälle voneinander unabhängiger Dritter zum Zeitpunkt von deren Vereinbarung zu ermitteln sind und deren tatsächliche Verhältnisse ebenfalls festzustellen sind, die es dann mit den festgestellten Verhältnissen des zu untersuchenden Geschäftsvorfalles zu vergleichen gilt; mithin ist eine Vergleichbarkeitsanalyse durchzuführen (Tz. 3.1 ff. OECD-Verrechnungspreisleitlinien).“¹¹³⁰

- Satz 4 ist neu. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung insbesondere: „Den zu untersuchenden Geschäftsvorfällen und den zum Vergleich heranzuziehenden Geschäftsvorfällen sind daher diejenigen Verhältnisse einschließlich objektiv vorhersehbarer zukünftiger Entwicklungen zugrunde zu legen, die im Zeitpunkt der Vereinbarung des jeweiligen Geschäftsvorfalles bestanden haben; die zum Vergleich heranzuziehenden Geschäftsvorfälle dürfen jedoch nur insoweit berücksichtigt werden, als diese im Zeitpunkt der Vereinbarung des zu untersuchenden Geschäftsvorfalles bereits vereinbart worden waren.“¹¹³¹ Zum maßgeblichen Zeitpunkt heißt es hier: „Maßgebender Zeitpunkt für den

¹¹²⁸ BR-Drs. 50/21, S. 76.

¹¹²⁹ BR-Drs. 50/21, S. 76.

¹¹³⁰ BR-Drs. 50/21, S. 77.

¹¹³¹ BR-Drs. 50/21, S. 78.

Fremdvergleich ist der Abschluss des Vertrages, der der Gewährung des Vermögensvorteils zugrunde liegt (siehe auch OECD-Verrechnungspreisleitlinien, Tz. 3.69, 5.27 ff.).“¹¹³²

- Mit Satz 5 wird das Drei-Stufen-Modell aufgegeben sowie die am besten geeigneten Verrechnungspreismethode zum Maßstab erhoben. In der Gesetzesbegründung zu Satz 5 werden einzelne Methoden erwähnt, ohne dass ihre Aufzählung abschließend ist.¹¹³³ Insbesondere kann im Einzelfall zudem eine Kombination von Methoden angebracht sein.¹¹³⁴ Bei gleich zuverlässiger Anwendung bleibt es dabei, dass die Preisvergleichsmethode Vorrang hat.¹¹³⁵

- Nach Satz 6 können sachgerechte Anpassungen vorgenommen werden. Zu Satz 6 heißt es in der Gesetzesbegründung insbesondere: „Gemäß Satz 6 heißt vergleichbar sein, dass keiner der Unterschiede (sofern vorhanden) zwischen den im Rahmen der Methode verglichenen Gegebenheiten die untersuchten Bedingungen beeinflussen kann, oder dass hinreichend genaue Anpassungen erfolgen können, um die Auswirkung dieser Unterschiede auszuschließen (Tz. 3.47 OECD-Verrechnungspreisleitlinien). Vergleichbarkeitsanpassungen sollten nur dann in Betracht gezogen werden, wenn damit zu rechnen ist, dass sie die Verlässlichkeit der Ergebnisse erhöhen.“¹¹³⁶

- Satz 7 soll inhaltlich § 1 Absatz 3 Satz 5 AStG a. F. entsprechen.¹¹³⁷ Allerdings wird nunmehr im Rahmen des hypothetischen Fremdvergleichs keine Bewertungsmethode vorgegeben. Abgestellt werden soll vielmehr auf Bewertungsmethode, die ökonomisch anerkannt sind.¹¹³⁸ Die Gesetzesbegründung stellt klar: „Dabei kann aus OECD-Sicht eine solche Bewertungsmethode im Rahmen einer Verrechnungspreismethode, insbesondere der geschäftsvorfallbezogenen Gewinnaufteilungsmethode, oder als eigenständige Bewertungstechnik angewendet werden.“¹¹³⁹

§ 1 Absatz 3a Satz 1 enthält den Gedanken der Bandbreite, der sich bereits § 1 Absatz 3 Satz 1 AStG alte Fassung (a. F.) findet.¹¹⁴⁰ Satz 2 regelt die Pflicht zur Bandbreiteneinengung. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung: „Sind mehrere Werte vorhanden und bestehen

¹¹³² BR-Drs. 50/21, S. 78.

¹¹³³ BR-Drs. 50/21, S. 78 f.

¹¹³⁴ BR-Drs. 50/21, S. 79.

¹¹³⁵ BR-Drs. 50/21, S. 79.

¹¹³⁶ BR-Drs. 50/21, S. 79.

¹¹³⁷ BR-Drs. 50/21, S. 79.

¹¹³⁸ BR-Drs. 50/21, S. 79.

¹¹³⁹ BR-Drs. 50/21, S. 79.

¹¹⁴⁰ BR-Drs. 50/21, S. 80.

Unterschiede in der Vergleichbarkeit, so ist nach Satz 2 die sich ergebende Bandbreite einzuengen (Tz. 3.56 OECD-Verrechnungspreisleitlinien).¹¹⁴¹ Satz 3 regelt, wie die Einengung vorzunehmen ist: Bieten hiernach die verbleibenden Werte selbst keinen Anhaltspunkt für eine bestimmte Einengung, findet die Interquartilmethode Anwendung.¹¹⁴² Satz 4 entspricht inhaltlich § 1 Absatz 3 Satz 4 AStG a. F..¹¹⁴³ In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu: „Es erfolgt eine redaktionelle Anpassung und dem Steuerpflichtigen wird eine Nachweismöglichkeit eingeräumt darzulegen, weshalb ein anderer Wert dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht. Eine inhaltliche Änderung geht damit nicht einher. (...).“¹¹⁴⁴ Dieser Satz wurde durch das Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz) geändert, indem die Wörter „dem Fremdvergleichsgrundsatz“ durch die Wörter „innerhalb der Bandbreite dem Fremdvergleichsgrundsatz besser“ ersetzt wurden. Dies wurde wie folgt begründet: „Die im Gesetzentwurf vorgesehene Formulierung soll nach der Begründung des Gesetzentwurfs keine inhaltliche Änderung herbeiführen, aber dem Steuerpflichtigen erstmals die Möglichkeit einräumen, einen vom Median abweichenden Wert (innerhalb der Bandbreite) glaubhaft zu machen. Da grundsätzlich alle Werte innerhalb der Bandbreite eine ungefähr gleich große Wahrscheinlichkeit für sich beanspruchen können, wäre dem Gesetzentwurf zufolge der Steuerpflichtige nicht gehindert, den für ihn günstigsten Wert innerhalb der Bandbreite zu vertreten. Dieser Wert wäre ohne Weiteres glaubhaft. Damit würde aber der vom Gesetz vorgesehene Regelfall (Ansatz des Median) in der Praxis zur Ausnahme, wenn der Steuerpflichtige zunächst – ohne sachliche Begründung – einen Wert außerhalb der Bandbreite verwenden würde. Aus diesem Grund muss der Steuerpflichtige Gründe vortragen, dass ein anderer Wertansatz innerhalb der Bandbreite besser dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht als der Median.“¹¹⁴⁵ Satz 5 greift für den hypothetischen Fremdvergleich § 1 Absatz 3 Satz 7 AStG a. F. auf.¹¹⁴⁶ Inhaltlich entspricht Satz 6 § 1 Absatz 3 Satz 7 AStG a. F..¹¹⁴⁷

§ 1 Absatz 3b AStG regelt die Funktionsverlagerung und wird daher nicht untersucht.

¹¹⁴¹ BR-Drs. 50/21, S. 80.

¹¹⁴² BR-Drs. 50/21, S. 80.

¹¹⁴³ BR-Drs. 50/21, S. 80.

¹¹⁴⁴ BR-Drs. 50/21, S. 80.

¹¹⁴⁵ BT-Drs. 19/29848, S. 62.

¹¹⁴⁶ BR-Drs. 50/21, S. 81.

¹¹⁴⁷ BR-Drs. 50/21, S. 81.

§ 1 Absatz 3c AStG ist neu und regelt die wesentlichen Ergebnisse von BEPS Bericht 8: die Definition immaterieller Werte (Sätze 1 und 2), das DEMPE-Konzept (Sätze 3 und 4) sowie die reine Finanzierung der im Hinblick auf den immateriellen Wert auszuübenden Funktionen. Nach der Gesetzesbegründung war Grundlage der Verrechnungspreisprüfung immaterieller Werte jedoch bereits bisher die wirtschaftliche Betrachtungsweise.¹¹⁴⁸ Dies bestätigt die in dieser Untersuchung vertretene Auffassung im Grundsatz. Daher ist im Hinblick auf § 1 Absatz 3c AStG auf die bisher bereits erfolgten Ausführungen zur Definition immaterieller Werte, zum DEMPE-Konzept sowie zur reinen Finanzierung eines immateriellen Werts an dieser Stelle lediglich zu verweisen. Etwas näher einzugehen ist an dieser Stelle lediglich auf Absatz 3c Sätze 1 und 2: Zunächst fällt auf, dass die Definition immaterieller Werte von derjenigen in Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien im Wortlaut abweicht. Dort lautet die Definition:

„etwas (...), das weder ein materieller Vermögenswert noch ein finanzieller Vermögenswert² ist, das man zur Nutzung in Geschäftstätigkeiten besitzen oder kontrollieren kann und dessen Nutzung oder Übertragung bei einem Geschäftsvorfall zwischen unabhängigen Unternehmen unter vergleichbaren Umständen vergütet worden wäre.“¹¹⁴⁹ Die Fußnote 2 der Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien enthält ferner folgenden Text: „Im Sinne dieser Ziffer bezieht sich der Begriff „Finanzieller Vermögenswert“ auf jeden Vermögenswert, bei dem es sich um liquide Mittel, ein Eigenkapitalinstrument, ein vertragliches Recht bzw. eine vertragliche Verpflichtung, liquide Mittel oder einen anderen finanziellen Vermögenswert zu erhalten oder finanzielle Vermögenswerte bzw. Verbindlichkeiten zu tauschen, oder ein derivatives Finanzinstrument handelt. Beispiele hierfür sind Anleihen, Bankeinlagen, Aktien, Beteiligungen, nicht börsengehandelte oder börsengehandelte unbedingte Termingeschäfte und Swaps.“¹¹⁵⁰

Die Definition in § 1 Absatz 3c Sätze 1 und 2 AStG lautet hingegen:

„Die Übertragung oder Überlassung zur Nutzung eines immateriellen Werts ist zu vergüten, wenn diese auf der Grundlage einer Geschäftsbeziehung im Sinne des Absatzes 4 erfolgt und hiermit eine finanzielle Auswirkung für den Übernehmer, den Nutzenden, den Übertragenden oder den Überlassenden verbunden ist. Immaterielle Werte sind Vermögenswerte,

1. die weder materielle Wirtschaftsgüter oder Beteiligungen noch Finanzanlagen sind,

¹¹⁴⁸ BR-Drs. 50/21, S. 81.

¹¹⁴⁹ Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹¹⁵⁰ Fußnote 2 in Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

2. die Gegenstand eines Geschäftsvorfalles sein können, ohne einzeln übertragbar sein zu müssen, und
3. die einer Person eine tatsächliche oder rechtliche Position über diesen Vermögenswert vermitteln können.“

Zunächst kann festgestellt werden, dass die Voraussetzung nach der Definition in Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien „dessen Nutzung oder Übertragung bei einem Geschäftsvorfall zwischen unabhängigen Unternehmen unter vergleichbaren Umständen vergütet worden wäre“ in Absatz 3c nicht im Rahmen der Legaldefinition des Satzes 2 geregelt wurde, sondern vorweg im Satz 1. Dies lässt darauf schließen, dass entgegen der in dieser Untersuchung vertretenen Auffassung es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, diese Voraussetzung als Voraussetzung der Legaldefinition immaterieller Werte zu regeln, sondern als Voraussetzung der Vergütung der Übertragung oder Überlassung zur Nutzung immaterieller Werte. Dennoch trägt der Gesetzgeber mit § 1 Absatz 3c Satz 2 Nr. 2 AStG dem Gedanken Rechnung, der in dieser Voraussetzung zum Ausdruck kommt. Ferner konkretisiert der Gesetzgeber mit Satz 1, in welchen Fällen er diese Voraussetzung nach Tz. 6.6 OECD Verrechnungspreisleitlinien im deutschen Recht als gegeben ansieht. Zur finanziellen Auswirkung heißt es in der Gesetzesbegründung: „Mithin nur dann, wenn bspw. der Übertragende nicht auf ein Entgelt verzichten würde, weil der immaterielle Wert zum Beispiel zur Generierung von Cashflows beigetragen hat und auch in Zukunft beitragen würde. Zugleich müsste auch der Übernehmende bereit sein, ein Entgelt zu entrichten. Würde er den immateriellen Wert, bspw. Know-how, kostenlos nutzen können, weil bspw. das Know-how bekannt ist, oder würde sich dieser nicht beim Übernehmenden wirtschaftlich auswirken, so wäre die Entrichtung eines Entgelts irrational. Eine finanzielle Auswirkung auf Grund eines solchen immateriellen Werts würde sich nicht einstellen. Es ist daher in jedem Einzelfall genau zu würdigen, ob mit einem immateriellen Wert eine finanzielle Auswirkung verbunden ist und die Übertragung bzw. Überlassung zwischen fremden Dritten vergütet würde (Tz. 6.6 OECD-Verrechnungspreisleitlinien).“ Aus dem Gesetzeswortlaut sowie dieser Begründung ergibt sich zunächst, dass die Worte „den Übernehmer, den Nutzenden, den Übertragenden oder den Überlassenden“ den Begriffen „Übertragung oder Überlassung zur Nutzung“ jeweils wie folgt zuzuordnen sind: Dem Begriff „Übertragung“ sind das Wortpaar „Übernehmer“ sowie „Übertragender“ zuzuordnen. Dem Begriff „Überlassung zur Nutzung“ sind das Wortpaar „Nutzender“ sowie „Überlassender“ zuzuordnen. Ferner ergibt sich aus

dem Gesetzeswortlaut sowie der Begründung, dass sich die finanzielle Auswirkung auf beiden Seiten einstellen muss, andernfalls hätte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung nicht das Wort „Zugleich“ verwendet. Im Einklang mit der Definition in den OECD Verrechnungspreisleitlinien wird in § 1 Absatz 3c Satz 2 AStG der Begriff „Vermögenswerte“ verwendet. Die Voraussetzung „weder ein materieller Vermögenswert noch ein finanzieller Vermögenswert“ hat der Gesetzgeber in Nr. 1 mit „weder materielle Wirtschaftsgüter oder Beteiligungen noch Finanzanlagen“ lediglich an das deutsche Recht angepasst. Ausdrücklich geregelt hat er im Einklang mit Tz. 6.8 OECD Verrechnungspreisleitlinien mit Nr. 2, dass es einer Separierbarkeit nicht bedarf. Die Voraussetzung „das man zur Nutzung in Geschäftstätigkeiten besitzen oder kontrollieren kann“ hat der Gesetzgeber in das deutsche Recht schließlich lediglich eingepasst in Nr. 3 mit „die einer Person eine tatsächliche oder rechtliche Position über diesen Vermögenswert vermitteln können.“ Abweichend von der in dieser Untersuchung vertretenen einstufigen Prüfung des DEMPE-Konzepts ist nach dem Willen des Gesetzgebers ferner jedoch eine eigene Funktions- und Risikoanalyse hierfür erforderlich.¹¹⁵¹ Ferner wurde durch das ATAD-Umsetzungsgesetz der Satz 4 dieses Absatzes später geändert. Hier wurden die Wörter „hierzu Vermögenswerte einsetzt oder Risiken übernimmt“ durch die Wörter „hierzu Vermögenswerte einsetzt und Risiken übernimmt“ ersetzt. Dies wurde wie folgt begründet: „Die Regelung wird redaktionell angepasst. § 1 Absatz 3c Satz 4 AStG-E soll durch das AbzStEntModG (vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer, S. 20) eingeführt werden. Die oben neugefasste Formulierung ist bereits, in Anlehnung an die OECD Verrechnungspreisleitlinien, in der Gesetzesbegründung zu § 1 Absatz 3c Satz 4 AStG-E des AbzStEntModG (vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer, S. 86) entsprechend enthalten. Auch der im Rahmen des im AbzStEntModG neugefasste § 1 Absatz 3 Satz 2 AStG-E nennt bei der Definition der Funktions- und Risikoanalyse Vermögenswerte und Risiken kumulativ.“¹¹⁵²

§ 1 Absätze 3d und 3e AStG wurden durch das Gesetz zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovation sowie Steuervereinfachung und Steuerfairness

¹¹⁵¹ BR-Drs. 50/21, S. 83.

¹¹⁵² BT-Drs. 19/29848, S. 62.

(Wachstumschancengesetz) vom 27. März 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 108) neu eingeführt und regeln Finanzierungstransaktionen. Finanzierungstransaktionen ebenso wie alle anderen speziellen Geschäftsvorfälle waren nicht Schwerpunkt der Untersuchung. Daher wird auf diese Änderungen an dieser Stelle nicht eingegangen.

Abschließend ist § 1a AStG zu untersuchen. Hierzu ist zunächst zu bemerken, dass Sätze 1 und 2 inhaltlich § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG a. F. entsprechen, während Sätze 3 bis 6 keine Entsprechung in § 1 Absatz 3 AStG a. F. finden.¹¹⁵³ In Satz 1 fällt zunächst auf, dass es hier nicht mehr heißt „wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile“, sondern nunmehr „wesentliche immaterielle Werte oder Vorteile“. Hieraus ist zunächst ersichtlich, dass hier die Voraussetzung eines Wirtschaftsguts nicht erforderlich ist, weshalb der Begriff „Werte“ verwendet wird.¹¹⁵⁴ Außerdem ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs „oder“ zwischen den Begriffen „Werte“ und „Vorteile“, dass diese alternativ vorliegen können. Schließlich wurde der Begriff „Gewinnentwicklung“ durch den Begriff „Gewinnerwartung“ ersetzt. Dies geschah lediglich aus redaktionellen Gründen.¹¹⁵⁵ Die Gesetzesbegründung stellt zudem zum Begriff der wesentlichen immateriellen Werte klar, dass sich dieser Begriff im Rahmen einer Funktionsverlagerung nach § 1 Absatz 5 FVerIV richtet.¹¹⁵⁶ Im Übrigen soll diese Voraussetzung insbesondere vorliegen, „wenn sie [die immateriellen Werte; Anm. d. Verf.] für das betreffende Geschäftsmodell bzw. im Rahmen des Wertschöpfungsprozesses einen maßgebenden Werttreiber darstellen.“¹¹⁵⁷ In Satz 2 beträgt der Zeitraum für etwaige Preisanpassungen nun nicht mehr zehn, sondern sieben Jahre nach Geschäftsabschluss.¹¹⁵⁸ In Satz 3 wird der Begriff der erheblichen Abweichung nunmehr übereinstimmend mit Tz. 6.193 OECD Verrechnungspreisleitlinien definiert.¹¹⁵⁹ Satz 4 regelt, dass „(...) für die Ermittlung des Fremdvergleichspreises und für die Beurteilung, ob eine erhebliche Abweichung vorliegt, dieselben Grundsätze und Methoden zu verwenden sind.“¹¹⁶⁰ Ein Anpassungsbetrag ist nach Satz 5 angemessen, wenn er dem Betrag entspricht, in dessen Höhe der „zutreffende Fremdvergleichspreis von dem ursprünglich vereinbarten Verrechnungspreis abweicht.“¹¹⁶¹

¹¹⁵³ BR-Drs. 50/21, S. 84.

¹¹⁵⁴ Vgl. BR-Drs. 50/21, S. 82.

¹¹⁵⁵ BR-Drs. 50/21, S. 84.

¹¹⁵⁶ BR-Drs. 50/21, S. 84.

¹¹⁵⁷ BR-Drs. 50/21, S. 84.

¹¹⁵⁸ BR-Drs. 50/21, S. 84.

¹¹⁵⁹ BR-Drs. 50/21, S. 84.

¹¹⁶⁰ BR-Drs. 50/21, S. 84.

¹¹⁶¹ BR-Drs. 50/21, S. 85.

Die Ausnahmen in Satz 6 von der Preisanpassungsklausel sind nicht abschließend geregelt, wie sich aus der Verwendung des Begriffs „insbesondere“ ergibt. Die ersten beiden benannten Ausnahmen in Satz 6 setzen die entsprechenden Ausnahmen von der Preisanpassungsklausel nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien (Tz. 6.193 OECD Verrechnungspreisleitlinien) um. Die dritte genannte Ausnahme übernimmt hingegen § 9 FVerlV.¹¹⁶² Zu den ersten beiden benannte Ausnahme heißt es in der Gesetzesbegründung: „Eine Preisanpassung ist hingegen nach Satz 6 nicht vorzunehmen, wenn der Steuerpflichtige nachweisen kann, dass die Abweichung der Gewinnentwicklung von seiner Gewinnerwartung auf Umständen beruht, die er zum Zeitpunkt seiner Verrechnungspreisbestimmung nicht vorhersehen bzw. einkalkulieren konnte. Selbiges gilt, wenn der Steuerpflichtige nachweisen kann, dass er etwaige mit der Zukunftsbetrachtung inhärente Unsicherheiten ökonomisch plausibel im Zeitpunkt der Verrechnungspreisbestimmung berücksichtigt hat. Dies kann insbesondere durch extern veröffentlichte Informationen seitens des Unternehmens und auf der Grundlage von ökonomisch anerkannten Prinzipien und Methoden erfolgen, bspw. durch fremdübliche Risikozuschläge oder Risikoabschläge.“¹¹⁶³

Darüber hinaus sind seit Abschluss der Untersuchung zudem die OECD Verrechnungspreisleitlinien wie folgt ergänzt sowie geändert worden: Sie sind ergänzt worden durch den „Report on the Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to hard-to-value Intangibles“ in den Anhängen und den „Report on the Transfer Pricing Aspects of Financial Transactions“ in Kapitel I Abschnitt D.1.2.2. und Kapitel X.¹¹⁶⁴ Sie sind geändert worden durch die Revision von Kapitel II Abschnitt C zur geschäftsvorfallbezogenen Gewinnaufteilungsmethode sowie der Anhänge und schließlich durch eine Aktualisierung des Vorworts, der Einführung, des Glossars, der Kapitel I-IX sowie der Anhänge.¹¹⁶⁵ Diese Änderungen werden nicht berücksichtigt bis auf den „Report on the Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to hard-to-value Intangibles“, der bereits für diese Untersuchung herangezogen wurde. Denn Sie beruhen auf Änderungen im Zusammenhang mit Finanztransaktionen und der Verrechnungspreismethode der geschäftsvorfallbezogenen Gewinnaufteilungsmethode. Beides ist nicht der Schwerpunkt dieser Untersuchung.

¹¹⁶² BR-Drs. 50/21, S. 85.

¹¹⁶³ BR-Drs. 50/21, S. 85.

¹¹⁶⁴ Vorwort S. 4 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2022 (deutsch).

¹¹⁶⁵ Vorwort S. 5 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2022 (deutsch).

Schließlich ist ausdrücklich auf die neuen Verwaltungsgrundsätzen Verrechnungspreise 2023 hinzuweisen, die hier jedoch ebenfalls nicht berücksichtigt wurden, sowie in der gebotenen Kürze auf die Auffassung des Bundesministeriums der Finanzen in Tz. 1.3 Verwaltungsgrundsätzen Verrechnungspreise 2023 zum Urteil des Bundesfinanzhofs vom 27.11.2019 – I R 40/19 – einzugehen. Wie in dieser Untersuchung bereits erwähnt, stünden nach dieser Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs die verdeckte Gewinnausschüttung oder verdeckte Einlage neben § 1 AStG und habe der Rechtsanwender ein Wahlrecht hinsichtlich der Anwendung, falls die Rechtsfolgen nicht voneinander abwichen.¹¹⁶⁶ In Tz. 1.3 Verwaltungsgrundsätzen Verrechnungspreise 2023 heißt es seitens des Bundesfinanzministeriums jedoch:

„1.3 Die Einkünftekorrekturvorschriften sind grundsätzlich voneinander unabhängig und nebeneinander anwendbar. Aus der Formulierung „unbeschadet anderer Vorschriften“ in § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG ergibt sich kein Wahlrecht für die Anwendung des § 1 AStG oder einer daneben anwendbaren anderen Einkünftekorrekturnorm. § 1 AStG ist ergänzend (vergleiche insbesondere Rn. 1.4) oder in besonderen Fällen anstelle der anderen Korrekturnormen anzuwenden, soweit durch diese Korrekturnormen die Erfassung des zutreffenden Inlandsgewinns nicht sichergestellt wird. Die Höhe des zutreffenden Inlandsgewinns ist in einer Gesamtschau unter Berücksichtigung von Korrekturen und Gegenkorrekturen zu ermitteln, wobei die Auswirkungen auf die Einkünfte im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 2 EStG außer Betracht zu lassen sind. Ist danach die Erfassung des zutreffenden Inlandsgewinns bereits durch die Regelungen zur verdeckten Gewinnausschüttung oder verdeckten Einlage sichergestellt, erübrigt sich die Anwendung des § 1 AStG. Sofern sich Korrektur und Gegenkorrektur (Vorteilsverbrauch) im Inland kompensieren, ist ausschließlich § 1 AStG anzuwenden und die Anwendung der anderen Korrekturnormen – auch auf Gesellschafterebene – wird suspendiert. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn ein aus einer Korrektur nach § 8 Absatz 3 Satz 2 KStG resultierender Vorteilsverbrauch wiederum im Inland zu berücksichtigen wäre, da sich die verdeckte Gewinnausschüttung und der sich daraus ergebende Vorteilsverbrauch insoweit neutralisieren (vgl. BFH vom 27. November 2019, I R 40/19 [ehem. I R 14/16], BFH/NV 2020 S. 1307).

¹¹⁶⁶ Busch, DB 2020, 2369, 2369.

1.4 Sollten sich im Einzelfall nur der Höhe nach weitergehende Rechtsfolgen aus der Anwendung des § 1 AStG ergeben, sind die weitergehenden Berichtigungen neben den Rechtsfolgen der anderen Vorschriften durchzuführen (§ 1 Absatz 1 Satz 4 AStG).“

Damit vertritt das Bundesministerium der Finanzen ausdrücklich die Auffassung, dass der Rechtsanwender *kein* Wahlrecht im hier in Rede stehenden Sinne habe.

II. HANDELSRECHT

Um multinationalen Unternehmen Verwaltungsvereinfachungen zu verschaffen, wird in diesem Kapitel zunächst das Ziel verfolgt, BEPS Bericht 8, falls möglich, für die Auslegung von Regelungen des Handelsgesetzbuchs heranzuziehen, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen. Um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und um dazu beizutragen, dass Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen durch Offenlegung verringert werden, wird in diesem Kapitel sodann das Ziel verfolgt, die Auffassung der Arbeitsgruppe bedeutender Personen, die zur Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf die Entwicklung und die internationalen Beziehungen ernannt wurde, hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise zu berücksichtigen, indem das Prinzip der Offenlegung für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs herangezogen wird. Ferner wird das Ziel verfolgt, die den Konsolidierungsregelungen zugrunde liegende Theorie zu diskutieren. Diese Diskussion bereitet die Grundlage für die Beantwortung der Frage, wie die Auffassung der Arbeitsgruppe berücksichtigt werden kann, indem das Prinzip der Offenlegung für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs herangezogen wird.

1. Möglichkeit der Herstellung der Konvergenz de lege lata

In diesem Titel des zweiten Kapitels wird in erster Linie das erste der oben genannten Ziele verfolgt. Hierzu wird die Möglichkeit der Herstellung der Konvergenz de lege lata untersucht.

Soweit ersichtlich, wurde bisher dieses Ziel noch nicht explizit erforscht. Untersucht werden lediglich Regelungen, die für Kapitalgesellschaften gelten. Keine Berücksichtigung finden die Vorschriften für Großunternehmen, Genossenschaften, Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und bestimmte Unternehmen des Rohstoffsektors.¹¹⁶⁷ Die Regelungen über die anteilmäßige Konsolidierung und die assoziierten Unternehmen gemäß §§ 310, 311 f. HGB sind ebenfalls nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Denn hierbei handelt es sich um zwei spezielle Fälle. Im Rahmen dieser Untersuchung soll hingegen ausschließlich der Grundfall untersucht werden. Es wird die Möglichkeit untersucht, im Rahmen der Regelungen über die Bewertung BEPS Bericht 8 für diese Auslegung heranzuziehen, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen.

1.1. Einzel- und Konzernabschlüsse

Ausgelegt werden im Folgenden die Bewertungsregelungen im Falle der Übertragung oder Nutzung immaterieller Vermögensgegenstände für die Einzelabschlüsse und den Konzernabschluss.

1.1.1. Die Bewertung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände in der Bilanz gemäß §§ 253, 255 HGB

Maßgeblich für dieses Untersuchungsziel ist die Möglichkeit der Konvergenz mittels der Auslegung der Bewertungsregelungen der §§ 253, 255 HGB. Denn bei dem Fremdvergleichsgrundsatz des § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG handelt es sich ebenfalls um eine Bewertungsregelung. Der Fremdvergleichsgrundsatz ist es, der durch die OECD Verrechnungspreisleitlinien international konkretisiert wird. BEPS Bericht 8 wiederum dient der Revision dieses Fremdvergleichsgrundsatzes. Zu untersuchen ist also, ob es möglich ist, BEPS Bericht 8 für die Auslegung der §§ 253, 255 HGB heranzuziehen, um mehr Konvergenz herzustellen zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen.

¹¹⁶⁷ Siehe zu diesen: Coenenberg/Haller/Schultze, S. 30 ff..

Die Bewertungsvorschriften regeln, mit welchem Wert die Posten in der Bilanz ausgewiesen werden dürfen bzw. müssen.¹¹⁶⁸ Beispielhaft zu untersuchen ist hier die Bewertung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens. Denn einer der Standardfälle bei BEPS Bericht 8 erfasst die Übertragung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände. Nach § 253 Absatz 1 Satz 1 HGB sind Vermögensgegenstände höchstens mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten anzusetzen, vermindert um die Abschreibungen nach § 253 Absätze 3 bis 5 HGB. Da es sich hier um selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens handelt, sind diese höchstens mit den Herstellungskosten anzusetzen, vermindert um die o. g. Abschreibungen.¹¹⁶⁹ Dies ergibt sich insbesondere aus § 253 Absatz 3 Satz 3 HGB. Die Herstellungskosten eines selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenstands des Anlagevermögens sind die bei dessen Entwicklung anfallenden Aufwendungen nach § 255 Absatz 2 HGB. Hinzu kommt die Bilanzierungshilfe des § 255 Absatz 3 Satz 2 HGB. Nicht in die Herstellungskosten einbezogen werden dürfen hingegen die Forschungs- und Vertriebskosten (vgl. § 255 Absatz 2 Satz 4 HGB).

Es müssen die Herstellungskosten zur Zugangsbewertung herangezogen werden.¹¹⁷⁰ Weder darf ein höherer Wert, noch darf ein niedrigerer Wert angesetzt werden.¹¹⁷¹ Der Begriff „höchstens“ bedeutet, dass im Rahmen der Folgebewertung die Bewertungsobergrenze der ggf. fortgeführten Herstellungskosten nicht überschritten werden darf.¹¹⁷² Derart soll eine Überbewertung ausgeschlossen werden, um die Ausschüttung eines noch nicht realisierten Gewinns zu verhindern.¹¹⁷³ Der Begriff „Herstellungskosten“ steht einer Anwendung der Zeitwertbewertung im Rahmen der Zugangsbewertung ebenso entgegen, wie der Begriff „höchstens“ der Überschreitung der ggf. fortgeführten Herstellungskosten im Rahmen der Folgebewertung bei Wertaufholung nach § 253 Absatz 5 Satz 1 HGB. Jedenfalls eines von beidem wäre jedoch erforderlich, um BEPS Bericht 8 für das Handelsrecht in den Fällen heranzuziehen, in denen Vermögensgegenstände mit den Herstellungskosten anzusetzen sind. Dies ist jedoch nicht der einzige Grund, aus dem dies nicht möglich ist. Vielmehr stehen dem,

¹¹⁶⁸ Baumbach/Hopt, Merkt, § 246 HGB, Rn. 2.

¹¹⁶⁹ So auch: Hoppen/Hoppen, CR 2009, 761, 761.

¹¹⁷⁰ Vgl. NWB-Kommentar Bilanzierung, § 253 HGB, Rn. 12.

¹¹⁷¹ Zum niedrigeren Wert: NWB-Kommentar Bilanzierung, § 253 HGB, Rn. 12.

¹¹⁷² Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 253 HGB, Rn. 2; Koller/Kindler/Roth/Drüen, Morck/Drüen, § 253 HGB, Rn. 1; Mindermann/Brösel in: Petersen, Zwirner et al.–Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, S. 408; NWB-Kommentar Bilanzierung, § 253 HGB, Rn. 12.

¹¹⁷³ Hermann, S. 120.

in allen Fällen, die unterschiedlichen Zwecke der Bewertungsregelungen im Handelsrecht und im Steuerrecht entgegen. Hierauf wird im folgenden Gliederungspunkt näher eingegangen. Zunächst wird jedoch noch auf die Folgebewertung eingegangen. Diesbezüglich sind für diese Untersuchung lediglich § 253 Absatz 3 Satz 5 und Absatz 5 Satz 1 HGB von Relevanz. § 253 Absatz 3 Satz 5 HGB wird im Folgenden beispielhaft im Hinblick auf die erforderliche Bewertung dargestellt.

Sind die Voraussetzungen des § 253 Absatz 3 Satz 5 HGB gegeben, so sind zwingend, wie sich aus der Verwendung des Begriffs „sind“ ergibt, außerplanmäßige Abschreibungen vorzunehmen, um diese Vermögensgegenstände des Anlagevermögens mit dem niedrigeren Wert anzusetzen, der ihnen am Abschlussstichtag beizulegen ist.¹¹⁷⁴ Die hierzu erforderliche Bewertung immaterieller Vermögensgegenstände kann mittels marktpreisorientierter Verfahren erfolgen.¹¹⁷⁵ Diese Verfahren gehen davon aus, dass sich auf Wettbewerbsmärkten grundsätzlich ein Marktpreis einstellt.¹¹⁷⁶ Folgende hierarchische Reihenfolge ist hierbei einzuhalten: Börsenkurs, Marktpreis, Wiederbeschaffungswert bzw. Verkaufswert.¹¹⁷⁷ Bei den ersten beiden handelt es sich um Preise, die aus aktiven Märkten abgeleitet werden.¹¹⁷⁸ Der Wiederbeschaffungswert bzw. Verkaufswert ist nur hilfsweise heranzuziehen.¹¹⁷⁹ Wird er herangezogen, ist zu entscheiden, welche Marktseite zu betrachten ist.¹¹⁸⁰ Soll der Vermögensgegenstand weiterhin genutzt werden, ist grundsätzlich die Beschaffungsseite (Wiederbeschaffungswert) maßgeblich; andernfalls die Absatzseite (Verkaufswert).¹¹⁸¹ Im Falle selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens ist jedoch grundsätzlich nicht von dem Verkaufswert auszugehen.¹¹⁸² Denn Anlagevermögen dient dauerhaft dem Geschäftsbetrieb.¹¹⁸³ Außerdem ist von der Unternehmensfortführung auszugehen.¹¹⁸⁴ Daher soll der Vermögensgegenstand grundsätzlich weiterhin genutzt werden.

¹¹⁷⁴ BT-Drs. 16/10067, S. 56; NWB-Kommentar Bilanzierung, § 253 HGB, Rn. 178.

¹¹⁷⁵ Vgl. Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 161; Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹¹⁷⁶ Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 161.

¹¹⁷⁷ Hüttche, S. 151.

¹¹⁷⁸ Hüttche, S. 151.

¹¹⁷⁹ Hüttche, S. 151.

¹¹⁸⁰ Hüttche, S. 151.

¹¹⁸¹ Hüttche, S. 151; Seidel/Grieger/Muske, BB 2009, 1286, 1289.

¹¹⁸² Kreide, S. 273 f..

¹¹⁸³ Kreide, S. 273 f.; vgl. NWB-Kommentar Bilanzierung, § 253 HGB, Rn. 182.

¹¹⁸⁴ Kreide, S. 273 f..

Marktpreisorientierte Verfahren setzen die Homogenität der Vermögensgegenstände und einen aktiven Markt voraus.¹¹⁸⁵ Die Unternehmensspezifität immaterieller Vermögensgegenstände lässt es an Letzterem jedoch häufig mangeln.¹¹⁸⁶ Der Mangel beider Voraussetzungen kann zwar jeweils mit der Analogiemethode überwunden werden.¹¹⁸⁷ Diese erlaubt einen indirekten Rückschluss, indem Preise des zeitlich letzten vergleichbaren Geschäftsvorfalles verwendet werden.¹¹⁸⁸ Für die Übertragung der vergleichbaren Geschäftsvorfälle auf den immateriellen Vermögensgegenstand können Multiplikatormethoden verwendet werden.¹¹⁸⁹ In Ermangelung eines entsprechenden immateriellen Vermögensgegenstands auf dem Markt werden hierbei grundsätzlich strukturell ähnliche immaterielle Vermögensgegenstände zum Vergleich herangezogen.¹¹⁹⁰ Auf Basis der erlangten Informationen wird der jeweilige immaterielle Vermögensgegenstand dann bewertet.¹¹⁹¹ Allerdings mangelt es häufig an den erforderlichen Informationen, um ein marktpreisorientiertes Verfahren durchzuführen.¹¹⁹² Zum Beispiel mangelt es häufig an Fremdvergleichspreisen.¹¹⁹³ Ferner sind die Anforderungen an die Vergleichbarkeit sehr hoch.¹¹⁹⁴ Die Unternehmensspezifität immaterieller Vermögensgegenstände erschwert also die Anwendung der Analogiemethode. Zudem kann mittels der Richtwerte dieser Preise nicht der Gesamtwert des immateriellen Vermögensgegenstands bestimmt werden.¹¹⁹⁵ Denn der Fremdvergleichspreis ist das Ergebnis von Verhandlungen.¹¹⁹⁶ Dies berücksichtigen marktpreisorientierte Verfahren nicht.¹¹⁹⁷ Der Unterschied zwischen dem Buchwert und dem Marktwert eines Unternehmens sagt hingegen nichts über den Wert eines immateriellen Vermögensgegenstands aus.¹¹⁹⁸

Ist die Bewertung mittels eines marktpreisorientierten Verfahrens nicht möglich, hat die Wertermittlung mittels eines geeigneten Bewertungsverfahrens zu erfolgen.¹¹⁹⁹ Ein solches

¹¹⁸⁵ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹¹⁸⁶ Vgl. Gelhausen, S. 96; Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹¹⁸⁷ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹¹⁸⁸ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹¹⁸⁹ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹¹⁹⁰ Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 161.

¹¹⁹¹ Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 161.

¹¹⁹² Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹¹⁹³ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹¹⁹⁴ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹¹⁹⁵ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹¹⁹⁶ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹¹⁹⁷ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹¹⁹⁸ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹¹⁹⁹ Seidel/Grieger/Muske, BB 2009, 1286, 1289.

kann insbesondere das kapitalwertorientierte Verfahren darstellen.¹²⁰⁰ Im Falle selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände wird dieses Verfahren in der Praxis häufig gewählt.¹²⁰¹ Zunächst müssen hierzu die Nettozuflüsse bestimmt werden.¹²⁰² Hierzu stehen vier Methoden zur Verfügung.¹²⁰³ Die unmittelbare Cashflow-Prognose, Lizenzpreisanalogie, Mehrgewinnmethode und die Residualwertmethode.¹²⁰⁴ Die Nettozuflüsse müssen dann auf den Abschlussstichtag diskontiert werden.¹²⁰⁵ Die Bewertung eines immateriellen Vermögensgegenstands mittels kapitalwertorientierter Verfahren beinhaltet jedoch folgende Probleme: das Prognoserisiko der Erträge, die Bestimmung eines angemessenen Kontierungssatzes, insbesondere wenn dies den Vergleich eines Werts des immateriellen Vermögensgegenstands mit alternativen Investitionsmöglichkeiten umfasst, und die Zurechnung bestimmter Erträge zu dem jeweiligen immateriellen Vermögensgegenstand.¹²⁰⁶ Denn Erträge werden häufig in Zusammenhang mit vielen anderen immateriellen Vermögensgegenständen und der jeweiligen Marktsituation generiert.¹²⁰⁷ Da sich die Erträge nicht zweifelsfrei den einzelnen immateriellen Vermögensgegenständen zurechnen lassen, könnte die Eignung dieser Verfahren wegen eines Spannungsverhältnisses zum Einzelbewertungsgrundsatz in vielen Fällen zu verneinen sein.¹²⁰⁸ Kapitalwertorientierte Verfahren sind daher grundsätzlich am besten geeignet für sichere und stabile Erträge, z. B. bei festen Lizenzsätzen.¹²⁰⁹

Schließlich kann eine Bewertung mittels eines kostenorientierten Verfahrens erfolgen.¹²¹⁰ Für die Bewertung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens kommt hierbei die Wiederherstellungsmethode in Betracht.¹²¹¹ Hier wird der Wert des immateriellen Vermögensgegenstands mittels der Kosten der Wiederherstellung

¹²⁰⁰ Seidel/Grieger/Muske, BB 2009, 1286, 1289; Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff. und 572 ff..

¹²⁰¹ Kessler/Leinen/Strickmann, S. 245; vgl. auch: MüKo Bilanzrecht, Tiedchen, § 253 HGB, Rn. 121; Petersen/Zwirner, Brösel/Freichel/Wasmuth, § 253 HGB, Rn. 96.

¹²⁰² Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff. und 572 ff..

¹²⁰³ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹²⁰⁴ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹²⁰⁵ Vgl. NWB-Kommentar Bilanzierung, § 253 HGB, Rn. 182; Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff. und 572 ff..

¹²⁰⁶ Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 161; zum letzten Kritikpunkt vgl. auch: Gelhausen, S. 96; Seidel/Grieger/Muske, BB 2009, 1286, 1289.

¹²⁰⁷ Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 161; vgl. auch: NWB-Kommentar Bilanzierung, § 253 HGB, Rn. 182.

¹²⁰⁸ Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, Ekkenga, § 253 HGB, Rn. 119; NWB-Kommentar Bilanzierung, § 253 HGB, Rn. 182.

¹²⁰⁹ Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 161.

¹²¹⁰ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹²¹¹ MüKo Bilanzrecht, Tiedchen, § 253 HGB, Rn. 121.

bemessen.¹²¹² Dies ist jedoch keine geeignete Bewertungsmethode.¹²¹³ Denn im Falle immaterieller Vermögensgegenstände ist die Verhandlungsmacht der inhabenden Person wegen Informationsasymmetrien in der Regel höher, sodass sie mehr als lediglich die Untergrenze des Werts des immateriellen Vermögensgegenstands als Preis heraushandeln kann.¹²¹⁴ Der Kostenansatz sagt über den Wert jedoch nicht mehr als diese Untergrenze aus.¹²¹⁵ Der Kostenansatz eignet sich aus diesem Grund lediglich als ein erster Anhaltspunkt.¹²¹⁶ Gegen ihn spricht zudem, dass Kostensteigerungen und -senkungen zu höheren oder niedrigeren Wiederherstellungskosten führen können.¹²¹⁷ Der Kostenansatz eignet sich weiterhin lediglich zur Bestimmung des Werts, wenn ein Substanzverlust eintritt, der die Ursache der außerplanmäßigen Abschreibung ist.¹²¹⁸ Dies kann bei immateriellen Vermögensgegenständen mangels regelmäßig Körperlichkeit nicht der Fall sein.¹²¹⁹ Die Entwicklungskosten erlauben zudem lediglich bedingt Rückschlüsse auf zukünftige Zahlungsströme.¹²²⁰ Sie erlauben sie insoweit, als dass ein vernünftiger Kaufmann keine Ausgaben tätigen würde, die sich nicht lohnen; damit dürften die Herstellungskosten das Minimum der zukünftigen Zahlungsströme darstellen.¹²²¹ Für die Wertermittlung im Falle von immateriellen Vermögensgegenständen, die für das Unternehmen einen höheren Nutzen als im Falle ihrer Einzelveräußerung haben, eignet sich der Kostenansatz ebenfalls nicht.¹²²²

Wie der beizulegende Wert am Abschlussstichtag zu ermitteln ist, regelt das Gesetz zwar nicht.¹²²³ Dieser ist jedoch unter Beachtung des Vorsichtsprinzips und des Gläubigerschutzinteresses sowie aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.¹²²⁴ Außerplanmäßige Abschreibungen konkretisieren hierbei das allgemeine Vorsichtsprinzip.¹²²⁵ Die eröffneten subjektiven Bewertungseinflüsse sind nach dem Plan des Gesetzgebers

¹²¹² Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹²¹³ Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 160; Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹²¹⁴ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹²¹⁵ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 550 ff..

¹²¹⁶ Gallandi/Kratz, StB 2010, 157, 160.

¹²¹⁷ Kreide, S. 244 f.; Rohleder, DB 2016, 1645, 1649.

¹²¹⁸ Vgl. Haufe HGB Bilanz Kommentar, Bertram/Kessler, § 253 HGB, Rn. 243.

¹²¹⁹ Haufe HGB Bilanz Kommentar, Bertram/Kessler, § 253 HGB, Rn. 243.

¹²²⁰ Kreide, S. 244 f..

¹²²¹ Kreide, S. 244 f..

¹²²² Haufe HGB Bilanz Kommentar, Bertram/Kessler, § 253 HGB, Rn. 222.

¹²²³ Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 253 HGB, Rn. 109.

¹²²⁴ Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 253 HGB, Rn. 109.

¹²²⁵ Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, Ekkenga, § 253 HGB, Rn. 5.

hinnehmbar.¹²²⁶ Denn die Folgebewertung kann lediglich zu einer Unterbewertung, jedoch nie zu einer Überbewertung führen.¹²²⁷ Die Hierarchie der Verfahren dient der hier gewählten Reihenfolge der Darstellung.¹²²⁸ Diese Hierarchie ergibt sich jedoch zudem aus der Regelung über die Ermittlung des beizulegenden Zeitwerts gemäß § 255 Absatz 4 HGB. Dennoch bleibt die Wahl der Bewertungsmethode abhängig von der Art des immateriellen Vermögensgegenstands, der bewertet werden soll.¹²²⁹ Ferner ist der Wert von Vermögensgegenständen des Anlagevermögens mit Blick auf den Betriebszugehörigkeitswert nutzenorientiert zu bestimmen.¹²³⁰ Zudem ist der Zweck des Vermögensgegenstands und sind weitere Umstände des Einzelfalls bei der Wahl der Bewertungsmethode zu berücksichtigen.¹²³¹

1.1.2. Heranziehung von BEPS Bericht 8

Die Forschungsfrage lautet hier, ob es möglich ist, BEPS Bericht 8 für die Auslegung von Regelungen des Handelsgesetzbuchs heranzuziehen, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen. Der Aktionsplan zu BEPS Bericht 8 umfasst insgesamt vier Maßnahmen. Hiervon sind für diese Untersuchung lediglich drei von Relevanz. Hierbei handelt es sich um die Folgenden:

- „(i) Annahme einer breiten und klar beschriebenen Definition für immaterielle Werte;
- (ii) Sicherstellung, dass Gewinne, die mit der Übertragung und Nutzung von immateriellen Werten verbunden sind, sachgerecht und in Übereinstimmung mit der Wertschöpfung (und nicht davon getrennt) zugeordnet werden;
- (iii) Entwicklung von Verrechnungspreisregeln oder von besonderen Maßnahmen für die Übertragung von schwer zu bewertenden immateriellen Werten“.¹²³²

¹²²⁶ Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, Ekkenga, § 253 HGB, Rn. 5.

¹²²⁷ Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, Ekkenga, § 253 HGB, Rn. 5.

¹²²⁸ Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 572 ff..

¹²²⁹ Federmann/Müller, S. 424; Vögele/Vögele/Braukmann in: Vögele, Baumgartner (Hg.)–Geistiges Eigentum, S. 567.

¹²³⁰ Federmann/Müller, S. 424; Haufe HGB Bilanz Kommentar, Bertram/Kessler, § 253 HGB, Rn. 227.

¹²³¹ Federmann/Müller, S. 424.

¹²³² Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 906.

Für die Maßnahme betreffend die Definition immaterieller Werte stellt sich die vorliegende Forschungsfrage nicht. Denn diese Definition soll ausdrücklich nicht Rechnungslegungszwecken dienen.¹²³³

Die Maßnahme (ii), die zum DEMPE-Konzept der OECD führte, kann de lege lata nicht für die Auslegung der Bewertungsregelungen der §§ 253, 255 HGB herangezogen werden, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen. Denn nach diesen Bewertungsregelungen werden selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens höchstens mit den Herstellungskosten, vermindert um die Abschreibungen nach den § 253 Absatz 3 Satz 5 und Absatz 5 Satz 1 HGB, bewertet. Die Herstellungskosten umfassen indes lediglich pagatorische Kosten, jedoch keine Gewinne. Daher können Gewinne, die mit der Übertragung und Nutzung von immateriellen Werten verbunden sind, im Rahmen der Bestimmung der Herstellungskosten nicht sachgerecht und in Übereinstimmung mit der Wertschöpfung zugeordnet werden. Ausschließlich im Rahmen der Folgebewertung käme in Betracht, die oben genannten Gewinne zuzuordnen. In Betracht käme dies insbesondere im Rahmen der Bestimmung des beizulegenden Werts (vgl. § 253 Absatz 3 Satz 5 HGB). Denn die hierbei anwendbaren Bewertungsmethoden weisen teilweise Ähnlichkeit auf mit den Standardmethoden des § 1 Absatz 3 Satz 1 AStG, insbesondere der Preisvergleichsmethode, und dem hypothetischen Fremdvergleich des § 1 Absatz 3 Sätze 5 bis 8 AStG. Jedoch handelt es sich bei § 1 AStG um eine Vorschrift, die der Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs dient und die daher Gewinne sachgerecht und in Übereinstimmung mit der Wertschöpfung für steuerliche Zwecke zuordnen kann. Im Rahmen der Bestimmung des beizulegenden Werts ist dies indes de lege lata nicht möglich. Jedenfalls sofern es den Bereich der Rechtswissenschaft betrifft. Denn hiergegen spricht der Zweck der Bewertungsregelungen. Dies wird im Folgenden begründet.

Bewertung heißt: „einem Bilanzposten (...) im Hinblick auf das mit dem Jahresabschluss verfolgte Ziel nach bestimmten Regeln (...) einen Betrag beizumessen.“¹²³⁴ Der Betrag bzw. der Wert der Vermögensgegenstände ist hierbei jedoch keine feststehende Größe, sondern ist

¹²³³ Vgl. Tz. 6.7 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

¹²³⁴ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 1.

abhängig von Voraussetzungen.¹²³⁵ Die Bewertungsvorschriften regeln diese Voraussetzungen.¹²³⁶ Hierbei dienen die allgemeinen Bewertungsgrundsätze dazu, die speziellen Bewertungsregeln zu ergänzen und zu konkretisieren.¹²³⁷ Die geschriebenen allgemeinen Bewertungsgrundsätze (vgl. § 252 HGB) sind die bei der Bewertung anzuwendenden Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB).¹²³⁸ Die ungeschriebenen allgemeinen Bewertungsgrundsätze sind als GoB gemäß § 243 Absatz 1 HGB ebenfalls zu beachten.¹²³⁹ Die GoB gehen § 264 Absatz 2 Satz 1 HGB vor.¹²⁴⁰ Die Bewertung hängt außerdem von dem mit der jeweiligen Bilanz verfolgten Ziel ab.¹²⁴¹ §§ 252 ff. HGB gelten für den Jahresabschluss.¹²⁴² Mithin kommt es auf das mit dem Jahresabschluss verfolgte Ziel an.¹²⁴³ Der Jahresabschluss verfolgt zwei Ziele: die Zahlungsbemessungsfunktion für die Kapitalgesellschaften und die Steuer sowie die Informationsfunktion für alle Jahresabschlussadressaten.¹²⁴⁴

Im Rahmen der Zahlungsbemessungsfunktion ist die Bilanz die Grundlage für die Festlegung der Ausschüttungen an die teilhabenden Personen der Kapitalgesellschaft und der Abführungen der Steuer.¹²⁴⁵ Der Zahlungsbemessungsfunktion kommt wegen des im deutschen Recht stark ausgeprägten Gläubigerschutzes große Relevanz zu.¹²⁴⁶ Diesem Gläubigerschutz dient der Grundsatz der Bewertungsvorsicht und dienen Ausschüttungs- und Abführungssperrvorschriften im Handels- und Aktiengesetz.¹²⁴⁷ Die Zahlungsbemessungsfunktion in ihrer Ausprägung als Steuerbemessungsgrundlage folgt aus dem Maßgeblichkeitsprinzip des § 5 Absatz 1 Satz 1 EStG.¹²⁴⁸ Das Steuerrecht weicht vom Handelsrecht jedoch insbesondere dort ab, wo handelsrechtliche Manipulationsspielräume bestehen.¹²⁴⁹ Eine Abweichung erfolgt nicht lediglich bilanziell, sondern zudem durch außerbilanzielle Korrekturen. Andernfalls könnte die steuerpflichtige Person im Wege der

¹²³⁵ Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 1.

¹²³⁶ Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 1.

¹²³⁷ Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, Böcking/Gros/Wirth, § 252 HGB, Rn. 2.

¹²³⁸ Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, Böcking/Gros/Wirth, § 252 HGB, Rn. 1.

¹²³⁹ Haufe HGB Bilanz Kommentar, Kreipl/Müller, § 252 HGB, Rn. 3.

¹²⁴⁰ Haufe HGB Bilanz Kommentar, Kreipl/Müller, § 252 HGB, Rn. 18 f..

¹²⁴¹ Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 1.

¹²⁴² Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 1.

¹²⁴³ Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 1.

¹²⁴⁴ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 23.

¹²⁴⁵ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 23.

¹²⁴⁶ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 20.

¹²⁴⁷ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 20.

¹²⁴⁸ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 23.

¹²⁴⁹ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 22.

handelsrechtlichen Manipulationsspielräume ihren Gewinn schmälern.¹²⁵⁰ Dies könnte ihr gelingen, indem sie ihr Vermögen so niedrig wie möglich und ihre Schulden so hoch wie möglich ansetzt.¹²⁵¹ Dies würde jedoch dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung widersprechen, der fordert, gleich steuerliche Leistungsfähigkeit gleich zu besteuern.¹²⁵² Das Steuerrecht strebt mithin eine der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und dem Leistungsfähigkeitsprinzip entsprechende Besteuerungsgrundlage an, die aus diesem Grund der Bekämpfung der Gewinnverkürzungen und Gewinnverlagerung durch Gestaltungsmissbrauch bedarf. Anders verhält es sich mit der Zahlungsbemessungsfunktion in ihrer Ausprägung als Ausschüttungsbemessungsgrundlage. Zwar ist diesbezüglich der Gleichbehandlungsgrundsatz der Teilhabenden zu berücksichtigen. Jedoch ist nicht jede verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht und damit jede Ungleichbehandlung unzulässig.¹²⁵³ Der Geschäftsführer einer GmbH ist zwar nicht zuständig für eine Bilanzierungsentscheidung, die inhaltlich Ergebnisverwendung, da verdeckte Gewinnausschüttung, ist. Zuständig hierfür sind bei der GmbH die Gesellschafterinnen und Gesellschafter im Rahmen der Satzung oder durch einstimmigen Beschluss.¹²⁵⁴ Hieraus ergibt sich allerdings ein Manipulationsspielraum im Handelsrecht, dem das Steuerrecht wegen des dort geltenden Leistungsfähigkeitsprinzips nicht folgt. Die Abweichung des Steuerrechts erfolgt hier durch außerbilanzielle Korrekturen. Auch das Handelsrecht bekämpft jedoch verdeckte Gewinnausschüttungen, dort wo sie unzulässig sind. Im Handelsrecht erfolgt dies nicht im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses und ist daher nicht von dem Zweck der hier in Rede stehenden Bewertungsregelungen umfasst. Sondern ist dem vorgeschaltet. Sie ist sogar der Führung der zu führenden Bücher vorgeschaltet, obwohl sie Teil der Buchführung ist. Denn zwar hat der Kaufmann gemäß § 238 Absatz 1 Satz 1 HGB in seinen Handelsbüchern seine Geschäftsvorfälle nach den GoB ersichtlich zu machen. Allerdings müssen sich diese nach § 238 Absatz 1 Satz 3 HGB lediglich in ihrer Entstehung und Abwicklung verfolgen lassen. Dafür muss er insbesondere die Buchungsbelege der Geschäftsvorfälle geordnet aufbewahren. Diese Dokumentation erfolgt aufgrund des Belegprinzips als GoB auf der Grundlage der Buchungsbelege über die Geschäftsvorfälle. Bereits die Erstellung der Buchungsbelege erfordert jedoch die Abgrenzung und Bewertung der Geschäftsvorfälle. Diese Erstellung der Buchungsbelege und mit ihr die Abgrenzung und

¹²⁵⁰ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 22.

¹²⁵¹ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 22.

¹²⁵² Vgl. Coenenberg/Haller/Schultze, S. 21 f..

¹²⁵³ Vgl. für die GmbH: Beck'scher Bilanz-Kommentar, Störk/Büssow, § 272 HGB, Rn. 610.

¹²⁵⁴ Vgl. Beck'scher Bilanz-Kommentar, Störk/Büssow, § 272 HGB, Rn. 610.

Bewertung des jeweiligen Geschäftsvorfalles ist der Führung der zu führenden Bücher vorgeschaltet. Denn diese beginnt erst mit der Dokumentation der Geschäftsvorfälle. Die Abgrenzung und Bewertung des Geschäftsvorfalles ist dennoch Teil der Buchführung und muss dem Grundsatz der Richtigkeit als GoB entsprechen. Hier erfolgt die Bekämpfung der verdeckten Gewinnausschüttung im Handelsrecht und könnte daher BEPS Bericht 8 ggf. zur Auslegung herangezogen werden. Die verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht ist jedoch nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Denn die verdeckte Gewinnausschüttung wird häufig erst nach Feststellung des Jahresabschlusses erkannt. In dieser Untersuchung soll es jedoch um eine Konvergenz gehen, bei der die verdeckte Gewinnausschüttung bereits vor Feststellung des Jahresabschlusses aus dieser ersichtlich wird und mit der mithin über die Existenz verdeckter Gewinnausschüttungen Transparenz hergestellt werden kann. Mit Blick auf den Konzernabschluss zeigt sich hier eine Friktion im deutschen Recht, die ihre Grundlage in der Relativitätsthese findet. Denn im Gegensatz zum Steuerrecht gilt im Rahmen des handelsrechtlichen Konzernabschlusses die Einheitstheorie. Diese hat insbesondere zur Folge, dass Zwischengewinne nach § 304 HGB zu eliminieren sind. Wären die Zwischengewinne nicht zu eliminieren, dann könnte die Transparenz über verdeckte Gewinnausschüttungen im Wege der Geschäfte zwischen Nahestehenden über diese Zwischengewinne hergestellt werden. Hierfür könnte dann BEPS Bericht 8 herangezogen werden. De lege lata ist dies indes nicht möglich.

Im Rahmen der Informationsfunktion wiederum dient die Bilanz dazu, über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens nach Möglichkeit verlässliche und aussagefähige Informationen für alle Jahresabschlussadressaten bereitzustellen.¹²⁵⁵ Sie sollen damit dazu in die Lage versetzt werden, Grad und Wahrscheinlichkeit abzuschätzen, mit denen sie ihr Interesse am Unternehmen erreichen können.¹²⁵⁶ Insoweit ist der Unterschied zwischen dem Einzelabschluss und dem Konzernabschluss, dass der Einzelabschluss beiden Zielen dient, während der Konzernabschluss lediglich der Informationsfunktion dient.¹²⁵⁷ Der Abschluss nach internationaler Rechnungslegung dient ebenfalls der Informationsfunktion.¹²⁵⁸ Die Informationen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage dienen hier insbesondere dazu, für potenzielle Investoren und Kreditgeber nützlich zu sein, damit diese ihre

¹²⁵⁵ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 23.

¹²⁵⁶ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 23.

¹²⁵⁷ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 23.

¹²⁵⁸ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 24.

spezifischen, unternehmensbezogenen Entscheidungen treffen können.¹²⁵⁹ Den Gläubigerschutz, wie er in Ausschüttungs- und Abführungssperrvorschriften zum Ausdruck kommt, und rein steuerliche Bewertungskonzeptionen berücksichtigt die internationale Rechnungslegung hingegen nicht.¹²⁶⁰ Denn sie dient ebenfalls nicht der Zahlungsbemessungsfunktion.¹²⁶¹ Während im Rahmen der internationalen Rechnungslegung also die Informationsfunktion das verfolgte Ziel des Jahresabschlusses prägt, prägt die Gläubigerschutzfunktion das verfolgte Ziel des Jahresabschlusses nach HGB zusätzlich hierzu; dies gilt jedenfalls für den hier in Rede stehenden Einzelabschluss.¹²⁶² Dies tut sie insbesondere durch eine vorsichtige Bewertung.¹²⁶³

Beide Ziele des Jahresabschlusses nach HGB werden im Falle von Kapitalgesellschaften ferner erreicht, indem der Jahresabschluss unter Beachtung der GoB ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft vermittelt (vgl. § 264 Absatz 2 Satz 1 HGB).¹²⁶⁴ Die einzelnen allgemeinen Bewertungsgrundsätze als GoB dienen hierzu und werden, falls sie dies im Einzelfall nicht leisten können, nicht etwa verdrängt, sondern die geforderte Einblicksvermittlung wird in diesem Fall durch zusätzliche Angaben im Anhang erreicht.¹²⁶⁵ Dies wird später noch von Relevanz sein.

Zu den geschriebenen allgemeinen Bewertungsgrundsätzen und GoB zählt insbesondere der Grundsatz der Bewertungsvorsicht (vgl. § 252 Absatz 1 Nr. 4 HGB).¹²⁶⁶ Er dient dazu, den bilanziellen Erfolg nicht optimistischer darzustellen, als er ist.¹²⁶⁷ Bei diesem Grundsatz handelt es sich, wie bereits erwähnt, um das prägende Prinzip der Bewertung im Rahmen des Jahresabschlusses nach HGB.¹²⁶⁸ Denn der Zweck des Grundsatzes der Bewertungsvorsicht ist die Zahlungsbemessungs-, Ausschüttungs- und Abführungsbegrenzungsfunktion des

¹²⁵⁹ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 24.

¹²⁶⁰ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 24.

¹²⁶¹ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 24.

¹²⁶² Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 2.

¹²⁶³ Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Ballwieser, § 252 HGB, Rn. 95.

¹²⁶⁴ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 11.

¹²⁶⁵ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 11.

¹²⁶⁶ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 126.

¹²⁶⁷ Kirsch, Wohlgemuth/Radde, § 252 HGB, Rn. 34.

¹²⁶⁸ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 126; Petersen/Zwirner, Brösel, § 252 HGB, Rn. 41; Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 27.

Jahresabschlusses.¹²⁶⁹ Hiermit soll der Besteuerung und Ausschüttung nicht realisierter Gewinne vorgebeugt werden.¹²⁷⁰ Andernfalls würde dies zu einer Gefährdung der Haftungsgrundlage des Unternehmens führen.¹²⁷¹ Dieser Grundsatz ist daher wesentlich für den Gläubigerschutz.¹²⁷² Aus dem soeben genannten Zweck ergibt sich die zentrale Bedeutung dieses Grundsatzes im deutschen Bilanzrecht.¹²⁷³ Denn im deutschen Bilanzrecht ist der in der Bilanz ausgewiesene Gewinn gleichzeitig die Zahlungs- und Ausschüttungs- und Abführungsbemessungsgrundlage.¹²⁷⁴ Besteht bei der Bewertung eines Vermögensgegenstands ein Ermessensspielraum, z. B. da eine Schätzung oder eine Prognoseentscheidung erforderlich ist, soll im Zweifelsfall von dem ungünstigeren und nicht von dem günstigen Verlauf ausgegangen werden.¹²⁷⁵ Das gezielte legen stiller Reserven unter Verstoß gegen die Grundsätze getreuer Rechenschaft durch willkürliche Unterbewertung wird jedoch durch das Gebot der Bewertungsvorsicht nicht gerechtfertigt.¹²⁷⁶ Der Unterschied zwischen dem tatsächlichen und dem gesetzlich vorgeschriebenen Wert ist allerdings keine Unterbewertung im eigentlichen Sinne und daher handelt es sich hierbei nicht um stille Reserven im eigentlichen Sinne.¹²⁷⁷ Stille Reserve im eigentlichen Sinne ist erst die zusätzliche Differenz zwischen dem gesetzlich vorgeschriebenen Wert und dem durch willkürliche Unterbewertungsentscheidung des Bilanzierenden weiter verringerten Wert.¹²⁷⁸ Der Grundsatz der Bewertungsvorsicht wird durch den Grundsatz der Richtigkeit oder Willkürfreiheit und die Informationsfunktion des Jahresabschlusses begrenzt.¹²⁷⁹ Zu den ungeschriebenen allgemeinen Bewertungsgrundsätzen und GoB zählt insbesondere der Grundsatz der Richtigkeit oder Willkürfreiheit.¹²⁸⁰ Nach diesem hat die Bewertung frei von sachfremden Erwägungen zu erfolgen.¹²⁸¹ Zweck dieses Grundsatzes ist die Objektivierung

¹²⁶⁹ Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 41.

¹²⁷⁰ Kirsch, Wohlgemuth/Radde, § 252 HGB, Rn. 34.

¹²⁷¹ Kirsch, Wohlgemuth/Radde, § 252 HGB, Rn. 34.

¹²⁷² Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 10; vgl. auch: Petersen/Zwirner, Brösel, § 252 HGB, Rn. 41; Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 41.

¹²⁷³ Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 41.

¹²⁷⁴ Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 41.

¹²⁷⁵ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 127; Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 28.

¹²⁷⁶ Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 10; vgl. auch: Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 127; Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 29.

¹²⁷⁷ Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 12.

¹²⁷⁸ Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 14.

¹²⁷⁹ Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, Böcking/Gros/Wirth, § 252 HGB, Rn. 27.

¹²⁸⁰ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 36; Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 252 HGB, Rn. 20; Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 58.

¹²⁸¹ Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 58.

der Rechnungslegung.¹²⁸² Ziel der Rechnungslegung ist die getreue Rechenschaftslegung, die insbesondere durch die willkürliche Bildung stiller Reserven in Frage gestellt wird und beide Ziele des handelsrechtlichen Jahresabschlusses tangiert.¹²⁸³ Ein Vermögensgegenstand ist hierbei richtig und willkürfrei bewertet, wenn die bilanzierende Person plausible, nicht sachfremde Gründe für ihre Bewertung hat; diese also intersubjektiv nachprüfbar ist.¹²⁸⁴

Je mehr eine Bewertung auf Ermessensspielraum beruht, desto relevanter wird, was unter einer richtigen oder willkürfreien Bewertung zu verstehen ist.¹²⁸⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Ermessensspielraum immer zu einem Abwägungsbedarf zwischen Informationsinteresse (Objektivität der Bewertung) und Interesse an einer vorsichtigen Bewertung (Gläubigerschutzinteresse) führt.¹²⁸⁶ Zwar hat der Gesetzgeber zur Auflösung von Konkurrenzen und Konflikten zwischen den einzelnen allgemeinen Bewertungsgrundsätzen keine Rangfolge vorgegeben, jedoch ergibt sich eine stärkere Gewichtung einzelner allgemeiner Bewertungsgrundsätze aus den Zwecken der Rechnungslegung.¹²⁸⁷ Daher ist der Grundsatz der Bewertungsvorsicht besonders zu beachten, um dem Gläubigerschutzzweck zu entsprechen und Zielkonflikte zu minimieren.¹²⁸⁸ Erst wenn die höhere Gewichtung des Grundsatzes der Bewertungsvorsicht zu keiner Entscheidung führt, ist im Falle von Kapitalgesellschaften zu prüfen, ob es zu einer verfälschenden Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage kommt, um die Zielnorm des § 264 Absatz 2 Satz 1 HGB unter Beachtung der GoB zu erfüllen.¹²⁸⁹

Nach anderer Auffassung hingegen gehe der Grundsatz der Bewertungsvorsicht dem Grundsatz der Richtigkeit oder Willkürfreiheit nicht vor.¹²⁹⁰ Zudem soll der Zweck der handelsrechtlichen Rechnungslegung nicht auf den Gläubigerschutz beschränkt sein.¹²⁹¹ Er habe zudem keinen Vorrang vor den anderen Rechnungslegungszwecken.¹²⁹² Nach der hier vertretenen Auffassung verfolgt diese Gegenauffassung das Ziel, die handelsrechtliche

¹²⁸² Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 58.

¹²⁸³ Staub, Kleindiek, Bd. 5, § 252 HGB, Rn. 58.

¹²⁸⁴ Vgl. Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 38; vgl. auch: Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 252 HGB, Rn. 20.

¹²⁸⁵ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 39.

¹²⁸⁶ Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Pittroff/Schmidt/Siegel, B 161 (EL 36), Rn. 39.

¹²⁸⁷ Petersen/Zwirner, Brösel, § 252 HGB, Rn. 5.

¹²⁸⁸ So auch: Petersen/Zwirner, Brösel, § 252 HGB, Rn. 5.

¹²⁸⁹ Petersen/Zwirner, Brösel, § 252 HGB, Rn. 10.

¹²⁹⁰ So Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 10.

¹²⁹¹ Haufe HGB Bilanz Kommentar, Kreipl/Müller, § 252 HGB, Rn. 93.

¹²⁹² Haufe HGB Bilanz Kommentar, Kreipl/Müller, § 252 HGB, Rn. 93.

Rechnungslegung stärker an die internationale Rechnungslegung anzunähern, indem sie die Informationsfunktion stärkt. Dieser Meinungsstreit wird jedoch nicht erörtert. Denn dies ist nicht der Schwerpunkt dieser Untersuchung. Denn jedenfalls strebt die Informationsfunktion ebenfalls nicht eine der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und dem Leistungsfähigkeitsprinzip entsprechende Grundlage an, die aus diesem Grund der Bekämpfung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung durch Gestaltungsmissbrauch bedarf, und führt daher hier nicht zu einem anderen Untersuchungsergebnis.¹²⁹³ Letzteres gilt ebenfalls für den Konzernabschluss, der keine Zahlungsbemessungs-, Ausschüttungsbemessungs- und Abführungsbemessungsgrundlage darstellt, sondern lediglich der Informationsfunktion dient. Vielmehr ist es so, dass das Steuerrecht mit der Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs vom handelsrechtlichen Jahresabschluss abweicht, das Manipulationsspielräume zulässt. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Handelsrecht die verdeckte (Gewinn-) Ausschüttung ebenfalls kennt. Diese ist jedoch nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

Aus allem ist deutlich geworden, dass die Zwecke der Bewertungsregelungen des Handelsgesetzbuchs für Einzelabschlüsse die Zahlungsbemessungs-, Ausschüttungs- und Abführungsfunktion für die Kapitalgesellschaften und die Steuer sowie die Informationsfunktion für alle Jahresabschlussadressaten darstellen.¹²⁹⁴ Hierbei weicht das Steuerrecht jedoch mit der Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs vom handelsrechtlichen Jahresabschluss ab, das Manipulationsspielräume zulässt.¹²⁹⁵ Denn das Steuerrecht strebt, entgegen dem Handelsrecht, eine dem Leistungsfähigkeitsprinzip entsprechende Besteuerung an, die aus diesem Grund der Bekämpfung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung durch Gestaltungsmissbrauch bedarf. Wegen dieser unterschiedlichen Zwecke der Bewertungsregelungen im Handels- und im Steuerrecht ist im handelsrechtsrechtlichen Jahresabschluss eine Nichtanerkennung von Geschäftsvorfällen und ihre Umqualifizierung rechtlich ebenso wenig möglich, wie die Zuordnung anderer als vereinbarter Vergütungen und Gewinnanteile für ausgeübte Funktionen, übernommene Risiken oder eingebrachte Vermögensgegenstände. Dies ist jedoch der Zweck des DEMPE-Konzepts. Im Handelsrecht wird zudem versucht, in einem gewissen Umfang Transparenz bezüglich der Risiken der

¹²⁹³ Vgl. zur Prägung des Steuerrechts durch das Leistungsfähigkeitsprinzip: NWB-Kommentar Bilanzierung, § 252, Rnrm. 53 und 56.

¹²⁹⁴ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 23.

¹²⁹⁵ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 22.

Geschäfte mit Nahestehenden herzustellen, indem der Anhang die Angaben nach § 285 Nr. 21 und 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB erfordert.

Die unterschiedlichen Zwecke der Bewertungsregelungen, die bloße Bestimmung eines Werts für Informationszwecke und für die Zahlungsbemessungsfunktion des handelsrechtlichen Jahresabschlusses, jedoch ohne die Bekämpfung von Gestaltungsmissbrauch, einerseits und die Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs für steuerliche Zwecke andererseits, erlauben nicht Maßnahme (ii) für die Auslegung des beizulegenden Werts in § 253 Absatz 3 Satz 5 HGB zu verwendet, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen. Dies gilt zunächst für eine außerplanmäßige Abschreibung. Entsprechendes gilt jedoch ebenfalls für die Bestimmung des Werts im Rahmen einer Wertaufholung gemäß § 253 Absatz 5 Satz 1 HGB. Denn diese Regelung hat ebenfalls nicht zum Zweck, Gestaltungsmissbrauch zu verhindern, sondern sie soll die Abschlussadressaten unter Wahrung des Grundsatzes der Bewertungsvorsicht über einen möglichst objektiven Wert informieren und sie teilt ferner die oben genannten Zwecke der handelsrechtlichen Bewertungsregelungen. Hier kommt hinzu, dass zur Wahrung des Realisationsprinzips die Zuschreibungsgrenze der ggf. fortgeführten Herstellungskosten nicht überschritten werden darf. Aus diesem Grund ist eine Bewertung oberhalb der ggf. fortgeführten Herstellungskosten, selbst wenn eine solche objektiv ist, nicht möglich. Maßnahme (ii) kann nach alle dem für die Auslegung des Wertansatzes in § 253 Absatz 5 Satz 1 HGB ebenfalls nicht herangezogen werden, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen.

Aus demselben Grund, der für Maßnahme (ii) gilt, kann zudem Maßnahme (iii) nicht für die Auslegung der Werte in § 253 Absatz 3 Satz 5 und Absatz 5 Satz 1 HGB herangezogen werden, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen. Denn die „Entwicklung von Verrechnungspreisregeln (...) für die Übertragung von schwer zu bewertenden immateriellen Werten“ ist im Rahmen der Preisanpassungsklausel des § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG im deutschen Steuerrecht umzusetzen.¹²⁹⁶ Diese Regelung dient jedoch, ebenso wie diese Maßnahme, der Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs.

¹²⁹⁶ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 906.

1.1.3. Ergebnis

Damit kann die Forschungsfrage insoweit derart beantwortet werden, dass es nicht möglich ist, BEPS Bericht 8 für die Auslegung der §§ 253, 255 HGB heranzuziehen, um mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen.

Darüber hinaus kann aufgrund der Begründung des Untersuchungsergebnisses bereits an dieser Stelle festgestellt werden, dass dieses Ergebnis für alle handelsrechtlichen Bewertungsregelungen für den Jahresabschluss *de lege lata* gilt. Für die Regelungen über die Zugangsbewertung, die Folgebewertung und Wertminderung sowie –aufholung, den Abgang und den Ausweis sowie die Anhangangaben im Falle der Übertragung oder Nutzung immaterieller Vermögensgegenstände und für die Regelungen über die Gewinn- und Verlust-Rechnung besteht also die Möglichkeit, BEPS Bericht 8 für die Auslegung heranzuziehen, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen, sowohl im Falle des Einzelabschlusses als auch im Falle des Konzernabschlusses nicht. Denn die Bewertungsregelungen für den handelsrechtlichen Jahresabschluss und diejenigen für das Steuerrecht verfolgen unterschiedliche Zwecke, so dass die Bekämpfung von Gestaltungsmissbrauch zum Zwecke der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit lediglich für das Steuerrecht vorgesehen ist. Die verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Für die Regelungen der internationalen Rechnungslegung bleibt diese Möglichkeit noch zu untersuchen.

1.2. Internationale Rechnungslegung

Untersucht werden im Folgenden beispielhaft die Regelungen über die Bewertung immaterieller Vermögensgegenstände in der internationalen Rechnungslegung. Aufgrund der bisherigen Untersuchungsergebnisse wird der Zweck der Bewertungsregelungen untersucht. Denn sollte sich hier ebenfalls herausstellen, dass die Bewertungsregelungen für den Konzernabschluss nach internationaler Rechnungslegung und für das Steuerrecht unterschiedliche Zwecke verfolgen, würde sich hier ebenfalls eine weitere Untersuchung der Möglichkeit erübrigen, BEPS Bericht 8 für die Auslegung heranzuziehen, um nach

Möglichkeit mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen.

Der Anwendungsbereich des Konzernabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards ist in den drei Absätzen des § 315e HGB geregelt. Die anzuwendenden Vorschriften finden sich in § 315e Absatz 1 HGB. Es sind, neben den in das EU-Recht übernommenen internationalen Rechnungslegungsstandards, bestimmte Vorschriften des Handelsgesetzbuchs.¹²⁹⁷ Die Bewertungsvorschriften der §§ 252 bis 256a HGB zählen nicht zu diesen.

Zu dem Zweck der Bewertungsregelungen im Rahmen des Konzernabschlusses nach internationaler Rechnungslegung ist das Folgende auszuführen: Die International Financial Reporting Standards bzw. internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRS) wollen qualitativ hochwertige Standards zur Informationsvermittlung sein für die Entscheidungsunterstützung wirtschaftlicher Entscheidungen von Nutzenden, vorrangig Investierenden und des Kapitalmarktes.¹²⁹⁸ Zweck des IFRS-Abschlusses ist mithin die Informationsfunktion mit Blick auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens.¹²⁹⁹

Dieser Rechnungslegungszweck soll erreicht werden durch das Prinzip einer Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie der Mittelzu- und -abflüsse, die den tatsächlichen Verhältnissen entspricht.¹³⁰⁰ Dieses erfordert insbesondere eine Informationsdarstellung, die zu verlässlichen Informationen führt.¹³⁰¹ Es handelt sich hierbei um ein vorrangiges Prinzip, das jedoch lediglich in extremen Ausnahmefällen zum Vorrang gelangt.¹³⁰² Bereits hinsichtlich der Existenz dieses Vorrangs unterscheidet sich der IFRS-Abschluss vom HGB-Abschluss.¹³⁰³ Insbesondere die Glaubwürdigkeit der Darstellung, die Neutralität und die Vorsicht setzen den bereits angedeuteten Grundsatz der Verlässlichkeit um.¹³⁰⁴ Nach diesem Grundsatz müssen Informationen frei von wesentlichen Fehlern und verzerrenden Einflüssen

¹²⁹⁷ BT-Drs. 15/3419, S. 34.

¹²⁹⁸ Ballwieser, S. 12 f.; Born, S. 507.

¹²⁹⁹ Federmann/Müller, S. 36 und 233.

¹³⁰⁰ Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, Schiffers, Rechnungslegung, internationale.

¹³⁰¹ Federmann/Müller, S. 233 f..

¹³⁰² Federmann/Müller, S. 234 und 246.

¹³⁰³ Federmann/Müller, S. 245.

¹³⁰⁴ Winnefeld, S. 108.

sein, um nützlich zu sein.¹³⁰⁵ Eine glaubwürdige Darstellung ist hierbei grundlegendes Merkmal.¹³⁰⁶ Sie ist eine möglichst vollständige, neutrale und fehlerfreie Darstellung.¹³⁰⁷ Sie ist grundsätzlich gegeben, wenn insbesondere alle Vermögensgegenstände die entsprechenden IAS bzw. IFRS erfüllen.¹³⁰⁸ Eine glaubwürdige Darstellung ist nachprüfbar, wenn verschiedene Personen darin übereinstimmen könnten, wenn sie auch keine völlige Einigkeit erzielen könnten, dass eine Darstellung glaubwürdig ist.¹³⁰⁹ Der GoB der Willkürfreiheit entspricht der IFRS-Anforderung der Glaubwürdigkeit und hier insbesondere der Forderung nach Neutralität.¹³¹⁰ Die Neutralität ist gegeben, wenn die Informationen frei von verzerrenden Einflüssen sind.¹³¹¹ Die Vorsicht setzt voraus, dass die Ermessensausübung sorgfältig erfolgt.¹³¹² Der Grundsatz der Verlässlichkeit erstreckt sich insbesondere auf die Bewertung und erfordert insbesondere eine glaubwürdige Darstellung. Die hierzu erforderliche Bewertung nach IAS bzw. IFRS ist in verschiedenen Standards und dem Rahmenkonzept geregelt.¹³¹³

Für Vermögensgegenstände stehen Bewertungsmaßstäbe zur Verfügung.¹³¹⁴ Diese finden sich im Rahmenkonzept.¹³¹⁵ Das Rahmenkonzept wurde von der EU als verbindlicher Anhang zu den übernommenen Standards angehängt und damit jeweils übernommen.¹³¹⁶ Nach dem Rahmenkonzept sind die Anschaffungs- oder Herstellungskosten in erster Linie maßgeblich.¹³¹⁷ In der letzten Zeit besteht jedoch eine Tendenz der Standards hin zu einer Zeitwertbewertung, die ebenso wie die Zeitwertbewertung nach HGB ein Ansatzpunkt für die in Rede stehende Forschungsfrage sein könnte.¹³¹⁸ Neben diesen Bewertungsmaßstäben finden sich in den einzelnen Standards weitere konkrete Bewertungsmaßstäbe.¹³¹⁹ Insgesamt erfolgt nach den internationalen Rechnungslegungsstandards die Bewertung von Vermögensgegenständen grundsätzlich fast ausnahmslos zu den historischen Anschaffung-

¹³⁰⁵ Winnefeld, S. 107.

¹³⁰⁶ Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, Schiffers, Rechnungslegung, internationale.

¹³⁰⁷ Ballwieser, S. 17.

¹³⁰⁸ Winnefeld, S. 108.

¹³⁰⁹ Ballwieser, S. 25.

¹³¹⁰ Federmann/Müller, S. 249.

¹³¹¹ Winnefeld, S. 108.

¹³¹² Winnefeld, S. 108.

¹³¹³ Ballwieser, S. 91 ff..

¹³¹⁴ Winnefeld, S. 973 f..

¹³¹⁵ Winnefeld, S. 973 f..

¹³¹⁶ Winnefeld, S. 101.

¹³¹⁷ Winnefeld, S. 973 f..

¹³¹⁸ Winnefeld, S. 973 f..

¹³¹⁹ Winnefeld, S. 973 f..

oder Herstellungskosten, ohne dass diese immer eine zwingende Wertobergrenze darstellen.¹³²⁰ Dies gilt jedenfalls für die Zugangsbewertung.¹³²¹ Es handelt sich bei der Bewertung nach diesen Standards jedoch nicht um eine geschlossene Bewertungskonzeption.¹³²² Die Folgebewertung abnutzbarer Vermögensgegenstände des Anlagevermögens hat grundsätzlich zu den fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu erfolgen.¹³²³ Die IFRS sehen sowohl planmäßige als auch außerplanmäßige Abschreibungen und zudem die Wertaufholung vor.¹³²⁴

Immaterielle Vermögensgegenstände sind bei der Zugangsbewertung mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu bewerten.¹³²⁵ Die Folgebewertung erfolgt zu fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten; alternativ mit der Neubewertungsmethode.¹³²⁶ Entwicklungskosten sind zu den Herstellungskosten zu bewerten und abzuschreiben.¹³²⁷

Die Entwicklung einer geschlossenen Bewertungskonzeption erfolgte bis dato, jedenfalls formal, nicht.¹³²⁸ Allerdings zeichnet sich die IFRS-Bewertungsgrundkonzeption, im Gegensatz zur HGB-Bewertungskonzeption, durch die zunehmende Möglichkeit aus, Vermögensgegenstände, zudem zu einem gestiegenen, Zeitwert auszuweisen, sofern eine Neubewertung zulässig ist.¹³²⁹ Damit sind, anders als im Rahmen der Bewertung nach HGB, nicht nur Wertkorrekturen von Vermögensgegenständen nach unten möglich, sondern zudem solche zu einem höheren Neubewertungswert über die ggf. fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten hinaus.¹³³⁰ Jedoch handelt es sich bei dem IFRS-Abschluss nicht um eine reine Rechnungslegung nach Zeitwerten.¹³³¹ Der Unterschied der

¹³²⁰ Heidinger/Leible/Schmidt/Michalski, Sigloch/Keller/Meffert, Anh. §§ 41–42 a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 411; Meyer/Theile, Rn. 4360.

¹³²¹ So wohl: Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 181; Heidinger/Leible/Schmidt/Michalski, Sigloch/Keller/Meffert, Anh. §§ 41–42 a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 411; Winnefeld, S. 117 und 1425.

¹³²² Winnefeld, S. 118.

¹³²³ So wohl: Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 183; Heidinger/Leible/Schmidt/Michalski, Sigloch/Keller/Meffert, Anh. §§ 41–42 a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 419; Winnefeld, S. 1426.

¹³²⁴ Vgl. Heidinger/Leible/Schmidt/Michalski, Sigloch/Keller/Meffert, Anh. §§ 41–42 a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 420 und 426; Winnefeld, S. 1426.

¹³²⁵ Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 181; vgl. Meyer/Theile, Rn. 4360.

¹³²⁶ Meyer/Theile, Rn. 4355.

¹³²⁷ Vgl. Meyer/Theile, Rn. 4360.

¹³²⁸ Heidinger/Leible/Schmidt/Michalski, Sigloch/Keller/Meffert, Anh. §§ 41–42 a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 406 f.; Heno, S. 241; vgl. auch Meyer/Theile, Rn. 4350.

¹³²⁹ Heidinger/Leible/Schmidt/Michalski, Sigloch/Keller/Meffert, Anh. §§ 41–42 a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 420 und 426; Heno, S. 241.

¹³³⁰ Heidinger/Leible/Schmidt/Michalski, Sigloch/Keller/Meffert, Anh. §§ 41–42 a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 420.

¹³³¹ Heno, S. 241.

Bewertungs(grund)konzeptionen des HGB-Abschlusses und des IFRS-Abschlusses ergibt sich dennoch zwangsläufig aus den von diesen Rechnungslegungssystemen jeweils verfolgten Rechnungslegungszwecken; also der ebenfalls gegebenen, vorsichtig bemessenen Zahlungsbemessungsfunktion des HGB-Einzelabschlusses und der Informationsfunktion des IFRS-Abschlusses.¹³³²

Für die Zahlungsbemessungsfunktion kommt es beim HGB-Einzelabschluss auf die Gewinnermittlung an. Obwohl der Gewinn ebenfalls eine wesentliche Information für Investierenden im Rahmen des IFRS-Abschlusses darstellt, hat die Gewinnermittlung im Rahmen des HGB-Einzelabschlusses eine Bedeutung, die mit dem Gedankengebäude des IFRS-Abschlusses nicht im Einklang steht.¹³³³ Denn sie ist im Falle des HGB-Einzelabschlusses zudem maßgeblich für die Steuer.¹³³⁴ Der IFRS-Abschluss will jedoch keine sachdienliche Besteuerungsgrundlage liefern.¹³³⁵ Ebenfalls entspricht eine vorsichtige Bewertung, um im Rahmen der Zahlungsbemessungsfunktion in ihrer Ausprägung als Ausschüttungs- und Abführungsbemessungsfunktion dem Gläubigerschutz gerecht zu werden, nicht dem Rechnungslegungszweck des IFRS-Abschlusses.¹³³⁶ Beim HGB-Einzelabschluss jedoch wird der Gläubigerschutz insbesondere durch eine vorsichtige Bewertung gewährleistet, damit nicht die Substanz ebenfalls ausgeschüttet bzw. abgeführt wird.¹³³⁷ Folge des Gläubigerschutzes ist insbesondere, dass höchstens zu ggf. fortgeführten Anschaffungs- und Herstellungskosten zu bewerten ist.¹³³⁸ Der Gläubigerschutz hat also im Rahmen des HGB-Einzelabschlusses Vorrang vor der Informationsfunktion.¹³³⁹ Anders verhält es sich beim IFRS-Abschluss. Denn dieser dient der Informationsfunktion, er erfüllt jedoch keine Zahlungsbemessungsfunktion. Aus diesem Grund kommt dem Vorsichtsprinzip hier eine geringere Bedeutung zu als im Rahmen des Einzelabschlusses nach HGB.¹³⁴⁰ Der oben erwähnte Grundsatz der Verlässlichkeit, der insbesondere Vorsicht erfordert, steht im Rahmen

¹³³² Vgl. Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, Schiffers, Rechnungslegung, internationale; vgl. auch: Hubert, S. 190; Winnefeld, S. 119.

¹³³³ Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 39.

¹³³⁴ Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 39.

¹³³⁵ Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 39.

¹³³⁶ Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 40.

¹³³⁷ Vgl. Hubert, S. 190; vgl. auch: Hufnagel/Burgfeld-Schächer, S. 257.

¹³³⁸ Hubert, S. 190.

¹³³⁹ Born, S. 511 f.; Hufnagel/Burgfeld-Schächer, S. 257.

¹³⁴⁰ Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 41; Born, S. 508 f.; Federmann/Müller, S. 36 und 233; Rabenhorst in: Marsch-Barner, Schäfer-Handbuch börsennotierte AG, Konzernabschluss, Rn. 56.2 und 56.4; Winnefeld, S. 1004 und vgl. auch schon S. 105 und 108.

des IFRS-Abschlusses hierbei in einem Spannungsverhältnis zur Relevanz.¹³⁴¹ Relevant sind überwiegend zukunftsbezogene Informationen.¹³⁴² Denn Investitionsentscheidungen werden grundsätzlich auf der Grundlage künftiger Ertragskraft getroffen und damit auf der Grundlage von Informationen über die Zukunft.¹³⁴³ Diese sind jedoch wegen der Unsicherheit künftiger Entwicklungen unsicher.¹³⁴⁴ Aus vergangenen Geschäftsvorfällen abgeleitete Informationen sind hingegen für den IFRS-Abschluss weniger relevant.¹³⁴⁵ Jedoch liefern solche nachprüfbar und daher verlässliche Zahlen.¹³⁴⁶ Hieraus ergibt sich das oben erwähnte Spannungsverhältnis, das im Rahmen des IFRS-Abschlusses zu Gunsten der Informationsfunktion und im Rahmen des HGB-Abschlusses zu Gunsten des Gläubigerschutzes aufgelöst wird. Denn vergangenheitsbezogene Informationen liefern Informationen darüber, ob im Falle der Liquidation die bestehenden Schulden vollständig bedient werden können.¹³⁴⁷ Die Informationen, die im Falle einer vorsichtigen Bewertung zum Zwecke des Gläubigerschutzes zur Verfügung gestellt werden, stellen solche vergangenheitsbezogenen Informationen dar, insbesondere um zu verhindern, dass ein nicht realisierter Gewinn ausgeschüttet wird und so die Substanz des Unternehmens verloren geht.¹³⁴⁸ Wegen dieses Spannungsverhältnisses will der IFRS-Abschluss nicht eine Ausschüttungs- und Abführungsbemessungsgrundlage sein.¹³⁴⁹ Damit erfüllt er keine Zahlungsbemessungsfunktion. Der IFRS-Abschluss möchte vielmehr über das gesamte unternehmerische Potenzial informieren und daher stille Reserven vermeiden und alle Vermögensgegenstände mit dem aktuellen Marktpreis angesetzt sehen.¹³⁵⁰ Denn auf diese Weise können den Investierenden weit besser entscheidungsrelevante Informationen geliefert werden als mittels des gläubigerschutzorientierten Anschaffungs- bzw. Herstellungskostenprinzips.¹³⁵¹ Daher ermöglicht der IFRS-Abschluss die, im Vergleich zum HGB-Abschluss, umfassendere Möglichkeit der Zuschreibung sowohl auf das Umlauf- als auch das Anlagevermögen.¹³⁵² Hierbei zeigt sich, wie gesehen, der wesentliche Unterschied

¹³⁴¹ Winnefeld, S. 107.

¹³⁴² Winnefeld, S. 108.

¹³⁴³ Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 41.

¹³⁴⁴ Winnefeld, S. 108.

¹³⁴⁵ Winnefeld, S. 108.

¹³⁴⁶ Winnefeld, S. 108.

¹³⁴⁷ Vgl. Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 41.

¹³⁴⁸ Vgl. Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 40 f..

¹³⁴⁹ Beck'sches IFRS-Handbuch, Lübbig/Kühnel, § 2, Rn. 42.

¹³⁵⁰ Born, S. 508 f.; Federmann/Müller, S. 36; Hubert, S. 190; vgl. auch: Hufnagel/Burgfeld-Schächer, S. 257.

¹³⁵¹ Heno, S. 241.

¹³⁵² Hubert, S. 190.

der Bewertungs(grund)konzeptionen des HGB und der IFRS bei der Folgebewertung.¹³⁵³ Hier kennen die IFRS neben den ggf. fortgeführten Anschaffungs- und Herstellungskosten eine Neubewertungsmethode, bei der zum beizulegenden Zeitwert bewertet wird. Diese spielt eine größere Rolle als im Rahmen des HGB-Abschlusses. Daher könnte sie, wie bereits erwähnt, erst Recht einen Ansatzpunkt für die hier in Rede stehende Forschungsfrage bieten.¹³⁵⁴

Die Informationsfunktion, die die IFRS als Ziel verfolgen, wird wegen des Stellenwerts des Vorsichtsprinzips im HGB durch einen HGB-Einzelabschluss nicht erreicht.¹³⁵⁵ Im Gegensatz zum HGB-Einzelabschluss stellt der IFRS-Abschluss, wie bereits erwähnt, jedoch keinerlei Grundlage für die steuerliche Gewinnermittlung dar.¹³⁵⁶ Hierzu ist vielmehr eine separate Rechnungslegung erforderlich.¹³⁵⁷ Das Prinzip der Maßgeblichkeit gilt im Hinblick auf den Abschluss nach IFRS auch daher nicht.¹³⁵⁸ Zu berücksichtigen ist hierbei, dass bei der Bewertung zu steuerlichen Zwecken insbesondere die Forderung nach Steuergerechtigkeit zu beachten ist. Die Tendenz zur Zeitwertbewertung ändert hieran nichts.

Der Zweck der Bewertung im Rahmen des IFRS-Abschlusses ist nicht die Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs für steuerliche Zwecke. Aus diesem Grund kann BEPS Bericht 8 für die Bewertung nach IFRS ebenfalls nicht herangezogen werden.

Die Forschungsfrage lässt sich nach allem wie folgt beantworten: Bereits oben wurde erwähnt, dass die Definition der immateriellen Werte nach BEPS Bericht 8 nicht für Zwecke der Rechnungslegung dienen soll.¹³⁵⁹ Für die Maßnahme betreffend die Definition immaterieller Werte stellt sich die vorliegende Forschungsfrage daher nicht.

Die zweite Maßnahme (ii), die zum DEMPE-Konzept der OECD führte, kann de lege lata nicht für die Auslegung der Bewertungsregelungen nach internationaler Rechnungslegung herangezogen werden, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz herzustellen zwischen dem

¹³⁵³ Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, Schiffers, Rechnungslegung, internationale.

¹³⁵⁴ Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, Schiffers, Rechnungslegung, internationale.

¹³⁵⁵ Born, S. 511.

¹³⁵⁶ Federmann/Müller, S. 36; Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, Schiffers, Rechnungslegung, internationale; Kreipl, FR 2015, 739, 744; Rabenhorst in: Marsch-Barner, Schäfer–Handbuch börsennotierte AG, Konzernabschluss, Rn. 56.2 und 56.4.

¹³⁵⁷ Federmann/Müller, S. 233.

¹³⁵⁸ Heno, S. 129.

¹³⁵⁹ Vgl. Tz. 6.7 OECD Verrechnungspreisleitlinien 2017 (deutsch).

Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen. Denn hiergegen spricht der Zweck der Bewertungsregelungen. Bei § 1 AStG handelt es sich um eine Vorschrift, die der Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs dient und daher Gewinne sachgerecht und in Übereinstimmung mit der Wertschöpfung für steuerliche Zwecke zuordnen kann. Die Bewertung zum Zwecke der Rechnungslegung hängt von dem mit der jeweiligen Bilanz verfolgten Ziel ab.¹³⁶⁰ Der IFRS-Abschluss dient der Informationsfunktion.¹³⁶¹ Rein steuerliche Bewertungskonzeptionen, wie den Fremdvergleichsgrundsatz nach § 1 AStG, berücksichtigen die IFRS bzw. IAS nicht.¹³⁶² Denn die internationale Rechnungslegung dient nicht der Zahlungsbemessungsfunktion.¹³⁶³ Die Informationsfunktion ihrerseits strebt nicht eine der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und dem Leistungsfähigkeitsprinzip entsprechende Grundlage an, die daher der Bekämpfung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung durch Gestaltungsmissbrauch bedarf.¹³⁶⁴

Aus allem ist deutlich geworden, dass der Zweck der Bewertungsregelungen im Rahmen der internationalen Rechnungslegung die Informationsfunktion ist. Bei § 1 AStG wird hingegen eine dem Leistungsfähigkeitsprinzip entsprechende Besteuerung angestrebt, die daher der Bekämpfung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung durch Gestaltungsmissbrauch bedarf. Wegen dieser unterschiedlichen Zwecke der Bewertungsregelungen in der internationalen Rechnungslegung und im Steuerrecht ist in der internationalen Rechnungslegung die Zuordnung anderer als vereinbarter Vergütungen und Gewinnanteile für ausgeübte Funktionen, übernommene Risiken oder eingebrachte Vermögensgegenstände nicht möglich. Dies ist jedoch der Zweck des DEMPE-Konzepts, um den Gestaltungsmissbrauch besser als bisher zu bekämpfen. Die unterschiedlichen Zwecke der Bewertungsregelungen im Rahmen des IFRS-Abschlusses und bei § 1 AStG erlauben daher nicht, Maßnahme (ii) für die Auslegung der Bewertungsregelungen im Rahmen der internationalen Rechnungslegung heranzuziehen, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz herzustellen zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen. Der Informationsfunktion wegen der Risiken der Geschäfte mit Nahestehenden soll IAS 24 dienen.

¹³⁶⁰ Vgl. Baumbach/Hopt, Merkt, § 252 HGB, Rn. 1.

¹³⁶¹ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 24.

¹³⁶² Coenenberg/Haller/Schultze, S. 24.

¹³⁶³ Coenenberg/Haller/Schultze, S. 24.

¹³⁶⁴ Vgl. zur Prägung des Steuerrechts durch das Leistungsfähigkeitsprinzip: NWB-Kommentar Bilanzierung, § 252, Rn. 53 und 56.

Aus demselben Grund, der für Maßnahme (ii) gilt, kann Maßnahme (iii) ebenfalls nicht für die Auslegung der Bewertungsregelungen im Rahmen der internationalen Rechnungslegung herangezogen werden, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz herzustellen zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen. Denn Maßnahme (iii) ist im Rahmen der Preisanpassungsklausel des § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG im deutschen Steuerrecht umzusetzen.¹³⁶⁵ Diese Regelung dient der Bekämpfung des Gestaltungsmissbrauchs ebenso wie diese Maßnahme.

Die Untersuchung des Zwecks der Bewertungsregelungen der internationalen Rechnungslegung hat ergeben, dass die Bewertungsregelungen für den Konzernabschluss nach internationaler Rechnungslegung und für die Steuer unterschiedliche Zwecke verfolgen. Damit erübrigt sich hier ebenfalls eine weitere Untersuchung der Möglichkeit, BEPS Bericht 8 für die Auslegung heranzuziehen, um nach Möglichkeit mehr Konvergenz herzustellen zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen.

Die Forschungsfrage kann insoweit derart beantwortet werden, dass es nicht möglich ist, BEPS Bericht 8 für die Auslegung der Bewertungsregelungen nach den internationalen Rechnungslegungsstandards heranzuziehen, um mehr Konvergenz herzustellen zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen. Darüber hinaus kann aufgrund der Begründung des Untersuchungsergebnisses bereits an dieser Stelle festgestellt werden, dass dieses Ergebnis für alle Bewertungsregelungen nach internationaler Rechnungslegung *de lege lata* gilt.

2. Untersuchung der Regelungen über den Anhang

Im Folgenden werden die Regelungen über den Anhang untersucht, um festzustellen, ob die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise bereits vollumfänglich verwirklicht wurde. Hierzu werden jedoch lediglich diejenigen Regelungen über den Anhang untersucht, die einen Bezug zu internen Verrechnungspreisen und externen Transferpreisen aufweisen; also §§ 285 Nr. 21 und 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB sowie IAS 24. Die Untersuchung

¹³⁶⁵ Naumann/Groß, IStR 2014, 906, 906.

erfolgt aufgegliedert nach Einzelabschlüssen, den Konzernabschluss und die internationale Rechnungslegung.

2.1. Einzelabschlüsse

Für die Einzelabschlüsse ist die Anhangangabe nach § 285 Nr. 21 HGB maßgeblich. Mit ihr wurde indes die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise nicht bereits vollständig verwirklicht.

Denn der Zweck dieser Regelung ist nicht ebenfalls darin zu sehen, Verrechnungspreismanipulationen zu steuerlichen oder wettbewerbsrechtlichen Zwecken zu bekämpfen oder Benachteiligungen von Außenstehenden im Aktienrecht zu verhindern. Vielmehr besteht er lediglich darin, zumindest Angaben offenzulegen zu wesentlichen, marktunüblichen Geschäften mit Nahestehenden, die für die Beurteilung der Finanzlage notwendig sind. Hieraus ergibt sich, dass der Regelungszweck lediglich zu sehen ist in einer Verbesserung der Beurteilungsmöglichkeit des Einflusses der Geschäfte mit Nahestehenden auf die Finanzlage des bilanzierenden Unternehmens.¹³⁶⁶

Nach anderer Auffassung jedoch diene diese Regelung der Information Dritter über das Vorliegen von Gestaltungen.¹³⁶⁷ Diese Auffassung ist abzulehnen. Die hier vertretene Auffassung wird dadurch gestützt, dass nicht Angaben zu allen Geschäften mit Nahestehenden zu machen sind; z. B. nicht zu unterlassenen Rechtsgeschäften und Maßnahmen und zudem lediglich zu wesentlichen Geschäften. Diese Angaben wären jedoch ebenfalls erforderlich, um entsprechend der Lage beim Abhängigkeitsbericht (vgl. § 312 Absatz 1 AktG) ein vollständiges Bild zu erhalten. Die hier vertretene Auffassung wird ferner dadurch gestützt, dass lediglich über den Wert des Geschäfts zu berichten ist, jedoch nicht interne Verrechnungspreise und externe Transferpreise offenzulegen sind sowie zudem § 312 Absatz 1 Satz 3 und 4 AktG entsprechende Angaben nicht gemacht werden müssen.¹³⁶⁸ Hierfür spricht ebenfalls, dass das bilanzierende Unternehmen die Möglichkeit hat,

¹³⁶⁶ Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 285 HGB, Rn. 332.

¹³⁶⁷ So wohl auch: BeckOK HGB, Poll, § 285 HGB, Rn. 68; Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 285 HGB, Rn. 71.

¹³⁶⁸ Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 285 HGB, Rn. 75; Haufe HGB Bilanz Kommentar, Müller, § 285 HGB, Rn. 139; sofern weitere Angaben nicht für die Beurteilung lediglich der Finanzlage notwendig sind; Lotz, S. 190; vgl. auch: „Gesamtentgelt“: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 285 HGB, Rn. 332.

Informationen über Geschäfte nach Geschäftsarten zu bündeln, mit der einzigen Einschränkung, dass ausschließlich für die Beurteilung der Finanzlage eine getrennte Angabe nicht notwendig ist. Die hier vertretene Auffassung wird schließlich durch die Entlastung hoch integrierter Konzerne mit umfangreichem internen Leistungsverkehr gestützt. Denn die Geschäfte mit und zwischen mittel- oder unmittelbar in 100-prozentigem Anteilsbesitz des Mutterunternehmens stehenden in einen Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen, die hier ausgenommen sind, machen einen wesentlichen Teil derjenigen Geschäfte aus, bei denen es auf die Offenlegung ankommt, um Verrechnungspreismanipulationen und diskriminierende Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen.

Das Ergebnis der Untersuchung ist daher, dass die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise nicht bereits vollständig verwirklicht wurde. Hieraus ist zu schließen, dass dieses Problem weiterhin einer Lösung bedarf. Der im Rahmen dieser Untersuchung noch zu erfolgende Regelungsvorschlag ist also, jedenfalls sofern es die Einzelabschlüsse betrifft, nicht durch eine bereits gegebene Regelung obsolet.

2.2. Konzernabschluss

Für den Konzernabschluss zu untersuchen ist § 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB. Grundsätzlich kann es bei dem Verweis auf die Begründung zu § 285 Nr. 21 HGB verbleiben. In § 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB heißt es lediglich abweichend: „zwischen in einen Konzernabschluss einbezogenen nahestehenden Unternehmen, wenn diese Geschäfte bei der Konsolidierung weggelassen werden“. Ungeachtet dessen kann, aus denselben Gründen wie bei § 285 Nr. 21 HGB, festgestellt werden, dass mit § 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise nicht bereits vollständig verwirklicht wurde.¹³⁶⁹ Hieraus ist zu schließen, dass dieses Problem weiterhin einer Lösung bedarf. Der im Rahmen dieser Untersuchung noch zu erfolgende Regelungsvorschlag ist mithin, sofern es den Konzernabschluss betrifft, ebenfalls nicht durch eine bereits gegebene Regelung obsolet.

¹³⁶⁹ BeckOK HGB, Schorse/Reinhardt, § 314 HGB, Rn. 45; vgl. auch: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 314 HGB, Rnrn. 92 ff.; Staub, Kraft, Bd. 6, § 314 HGB, Rn. 73.

2.3. Internationale Rechnungslegung

Für die internationale Rechnungslegung zu untersuchen ist IAS 24 i. V. m. § 315e Absatz 1 HGB. IAS 24 ist nach den Artikeln 2, 3 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 übernommen worden und daher anzuwenden.¹³⁷⁰ Die Überschrift dieses Standards lautet „Angaben über Beziehungen zu nahestehenden Unternehmen und Personen“.

Ziel von IAS 24 ist es, darauf hinzuweisen, dass die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage ggf. durch die Existenz Nahestehender und durch Geschäftsvorfälle und ausstehende Salden mit diesen beeinflusst worden sind (vgl. IAS 24.1). Nach IAS 24 sind insbesondere im Falle von Geschäftsvorfällen mit Nahestehenden die Art der Beziehung zu dem Nahestehenden anzugeben und die Abschlussadressaten über jene Geschäftsvorfälle und ausstehenden Salden zu informieren, die erforderlich sind, um die möglichen Auswirkungen der Beziehung auf den Abschluss nachzuvollziehen (vgl. IAS 24.18). Diese Angaben müssen mindestens die Höhe der Geschäftsvorfälle (a)) und ausstehenden Salden und deren Bedingungen und Konditionen sowie die Art der Leistungserfüllung und Einzelheiten gewährter oder erhaltener Garantien (b)), Rückstellungen für zweifelhafte Forderungen im Zusammenhang mit ausstehenden Salden (c)) und den während der Periode erfassten Aufwand für uneinbringliche oder zweifelhafte Forderungen gegenüber Nahestehenden (d)) umfassen (vgl. IAS 24.18). Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Angabepflicht unabhängig davon besteht, ob ein Geschäftsvorfall zu marktüblichen Bedingungen zustande gekommen ist.¹³⁷¹ Zu berücksichtigen ist ferner, dass lediglich solche Geschäftsvorfälle mit Nahestehenden anzugeben sind, die nicht im Rahmen von Konsolidierungsmaßnahmen eliminiert wurden.¹³⁷² Zu den Konsolidierungsmaßnahmen zählt jedoch die Eliminierung aller Geschäftsvorfälle zwischen Mutterunternehmen und Tochterunternehmen im Konzernabschluss.¹³⁷³ Zulässig ist des Weiteren eine zusammengefasste Angabe gleichartiger Posten (vgl. IAS 24.24). Eine

¹³⁷⁰ Vgl. Artikel 3 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 i. V. m. Artikel 1 der Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 der Kommission vom 3. November 2008 zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2021/25 der Kommission vom 13. Januar 2021; vgl. zu der überarbeiteten IAS 24: HdJ, Schmitt/Stürke, VI/Rechnungslegung über Beziehungen zu nahe stehenden Unternehmen und Personen, Rn. 4.

¹³⁷¹ Vgl. Beck'sches IFRS-Handbuch, Senger/Pregel, § 20, Rn. 49.

¹³⁷² Beck'sches IFRS-Handbuch, Senger/Pregel, § 20, Rn. 3 und 40; Leibfried/Rummel/Weber, S. 352; Schildbach/Feldhoff, S. 338.

¹³⁷³ Vgl. Beck'sches IFRS-Handbuch, Senger/Pregel, § 20, Rn. 3.

Ausnahme gilt, wenn die gesonderte Angabe für die Beurteilung der Auswirkungen der Geschäftsvorfälle mit Nahestehenden auf den Abschluss erforderlich ist (vgl. IAS 24.24). Bei dieser zusammengefassten Angabe genügt ggf. die Angabe des Gesamtvolumens je Art der Transaktion.¹³⁷⁴ Schließlich ist die Wesentlichkeit zudem bei den Anhangangaben zu IAS 24 zu berücksichtigen.¹³⁷⁵

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass mit IAS 24 die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise nicht bereits vollständig verwirklicht wurde. Denn zwar besteht die Angabepflicht unabhängig davon, ob ein Geschäftsvorfall zu marktüblichen Bedingungen zustande gekommen ist. Der Zweck von IAS 24 erschöpft sich jedoch darin, darauf hinzuweisen, dass die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage ggf. durch die Existenz Nahestehender und durch Geschäftsvorfälle und ausstehende Salden mit diesen beeinflusst worden sind. Der Zweck ist mithin nicht die Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen zu steuerlichen oder wettbewerbsrechtlichen Zwecken oder um Benachteiligungen von Außenstehenden zu verhindern. Angegeben werden müssen zudem nicht alle Geschäftsvorfälle, sondern lediglich jene, die erforderlich sind, um die möglichen Auswirkungen der Beziehung auf den Abschluss nachzuvollziehen. Es sind weiterhin lediglich nicht im Rahmen von Konsolidierungsmaßnahmen eliminierte Geschäftsvorfälle offenzulegen. Bei der Konsolidierung werden jedoch alle Geschäftsvorfälle zwischen Mutterunternehmen und Tochterunternehmen im Konzernabschluss eliminiert. Gerade hierbei handelt es sich jedoch um Geschäftsvorfälle, die für die Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen für die hier relevanten Zwecke von besonderer Bedeutung sind. Schließlich ist die Wesentlichkeit zu berücksichtigen. Damit sind lediglich die wesentlichen Geschäftsvorfälle offenzulegen. Aus diesem Gesichtspunkt sind daher ebenfalls nicht alle Geschäftsvorfälle offenzulegen.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist, dass die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise nicht bereits vollständig verwirklicht wurde. Hieraus ist zu schließen, dass dieses Problem weiterhin einer Lösung bedarf. Der im Rahmen

¹³⁷⁴ Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg, § 30, Rn. 47.

¹³⁷⁵ HdJ, Schmitt/Stürke, VI/Rechnungslegung über Beziehungen zu nahe stehenden Unternehmen und Personen, Rn. 64; vgl. Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg, § 30, Rnrn. 47.

dieser Untersuchung noch zu erfolgende Regelungsvorschlag ist also, sofern es die internationale Rechnungslegung betrifft, ebenfalls nicht durch eine bereits gegebene Regelung obsolet.

2.4. Ergebnis

Im Rahmen der obigen Untersuchung wurden für die Einzelabschlüsse, den Konzernabschluss und die internationale Rechnungslegung die Regelungen über den Anhang untersucht. Dies erfolgte, um festzustellen, ob die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise bereits vollständig verwirklicht wurde. Das Ergebnis ist, dass dies noch nicht erfolgt ist. Hieraus ist zu schließen, dass dieses Problem weiterhin einer Lösung bedarf. Daher wird im Rahmen dieser Untersuchung ein Regelungsvorschlag unterbreitet.

3. Berücksichtigung der Auffassung der Arbeitsgruppe durch Fortentwicklung des Rechts de lege ferenda

Um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und um dazu beizutragen, dass Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen durch Offenlegung verringert werden, wird in diesem Titel des zweiten Kapitels vorgeschlagen, die Auffassung der Arbeitsgruppe, die zur Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf die Entwicklung und die internationalen Beziehungen ernannt wurde, hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise zu berücksichtigen, indem das Prinzip der Offenlegung für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs herangezogen wird. Diese Arbeitsgruppe empfahl mit Blick auf die Schaffung von Transparenz zur Lösung des Problems insbesondere die Offenlegung interner und externer Preise multinationaler Unternehmen. Diese Offenlegung sollte nicht lediglich Verrechnungspreismanipulationen wegen des Aufdeckungsrisikos erschweren, sondern gleichzeitig dem Problem der Diskriminierung und damit Wettbewerbsbeschränkungen entgegenwirken. Zunächst wird jedoch die den Konsolidierungsregelungen zugrunde liegende Theorie diskutiert. Denn diese Diskussion bereitet die Grundlage für die Beantwortung der

Frage, wie die Auffassung der Arbeitsgruppe berücksichtigt werden kann. Mit dieser Diskussion wird die Untersuchung im Folgenden daher fortgesetzt.

3.1. Diskussion der den Konsolidierungsregelungen zugrundeliegenden Theorie

Um zu verstehen, weshalb diese Diskussion die Grundlage für die Beantwortung der Frage bereitet, wie die Auffassung der Arbeitsgruppe hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen berücksichtigt werden kann, lohnt sich zunächst ein Blick in die Vergangenheit:

Bereits in den Siebzigerjahren des vorherigen Jahrhunderts wurde erkannt, dass multinationale Unternehmen über Grenzen hinweg agieren und insbesondere rechtliche Probleme erzeugen, die die einzelnen Staaten vor Schwierigkeiten stellen, da diese Gesetze lediglich für ihr Staatsgebiet erlassen können. Der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen befasste sich daher im Jahre 1972 mit den Auswirkungen multinationaler Unternehmen und fasste den Beschluss 1721 (LIII). Seiner Auffassung nach bedurften friedliche und freundschaftliche Beziehungen zwischen den Völkern stabiler Verhältnisse und des Wohlstands. Erreichen wollte er dieses Ziel durch eine integrierte Weltwirtschaft, die gleichzeitig einen ungehinderten und fairen Fortschritt sicherstellt. Hierzu müsse jedoch der ständige Wandel der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse berücksichtigt werden, der daher regelmäßig, genau zu untersuchen sei. Daher beschloss er die Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf den Entwicklungsprozess und auf internationale Beziehungen. In beiden Bereichen sah er Risiken für die Sicherstellung des ungehinderten und fairen Fortschritts durch die Auswirkungen multinationaler Unternehmen. Die Risiken für den Entwicklungsprozess hätten zwei Dimensionen: eine soziale (vgl. Absatz 5 des Beschlusses 1721 (LIII)) und eine wirtschaftliche (vgl. Absatz 6 des Beschlusses 1721 (LIII)). Das Risiko für die internationalen Beziehungen sah er in dem Risiko für die Souveränität der Staaten (vgl. Absatz 4 des Beschlusses 1721 (LIII)). Der Generalsekretär wurde gebeten, eine Arbeitsgruppe zu ernennen, um diesen Risiken zu begegnen. Die Arbeitsgruppe hatte den Auftrag, die Rolle multinationaler Unternehmen und ihre Auswirkungen auf den Entwicklungsprozess, insbesondere auf denjenigen der Entwicklungsländer, und zudem ihre Folgen für die internationalen Beziehungen zu untersuchen, Ergebnisse zu formulieren, die Regierungen dazu nutzen könnten, souveräne

Entscheidungen über nationale Strategien zu treffen, und angemessene internationale Maßnahmen zu empfehlen. Der Arbeitsgruppe wurde ferner für jede der beiden Dimensionen der Risiken für den Entwicklungsprozess eine Auflage erteilt. Im Folgenden wird es lediglich um die wirtschaftliche Dimension gehen.

Es befasste sich nicht lediglich der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen damals mit den multinationalen Unternehmen, sondern jedenfalls zudem die Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD). Dem trug die o. g. Auflage betreffend die wirtschaftliche Dimension Rechnung, indem darin empfohlen wurde, dass die Arbeitsgruppe informiert werde über die Ergebnisse der Ad hoc Expertengruppe der UNCTAD zu wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken und über die Bemerkungen des Industriausschusses der UNCTAD hierzu. Dies sollte der Arbeitsgruppe ermöglichen, insbesondere das nach Auffassung der Ad hoc Expertengruppe wichtige Problem der Wettbewerbsbeschränkungen bei ihrer Untersuchung multinationaler Unternehmen zu berücksichtigen.

Die Arbeitsgruppe legte ihre Untersuchung im Jahre 1974 unter dem Titel vor „The impact of multinational corporations on development and on international relations“. Sie empfahl hinsichtlich Verrechnungspreisen in ihrer ersten Empfehlung, dass „Heimat- und Gaststaaten überall dort, wo dies angemessen ist, den Fremdvergleichsgrundsatz anwenden sollten; und Regeln über Verrechnungsmethoden für Steuerzwecke ausarbeiten sollten“¹³⁷⁶ [Übersetzung der Verfasserin] und in ihrer zweiten Empfehlung, dass „Heimat- und Gaststaaten Regelungen über den Austausch verfügbarer Informationen in bilateralen Steuerabkommen einführen sollten und die Machbarkeit einer internationalen Vereinbarung über Regelungen für Verrechnungspreise zum Zwecke der Besteuerung erörtern sollten“¹³⁷⁷ [Übersetzung der Verfasserin]. Die o. g. Auflage erfüllte sie und berücksichtigte im Hinblick auf Verrechnungspreise die Ergebnisse der Ad hoc Expertengruppe; allerdings mit einer anderen Schwerpunktsetzung.

Einerseits stellte die Arbeitsgruppe darauf ab, dass Verrechnungspreismanipulationen für diejenigen Staaten, in denen multinationale Unternehmen tätig seien, ein Problem seien, da sie

¹³⁷⁶ U. N., The impact of multinational corporations, S. 89.

¹³⁷⁷ U. N., The impact of multinational corporations, S. 89.

dazu genutzt werden könnten, Gewinne zwischen Staaten zu verschieben und den örtlichen Wettbewerb zu beschränken.¹³⁷⁸ Hier berücksichtigt sie das nach Auffassung der Ad hoc Expertengruppe wichtige Problem der Wettbewerbsbeschränkungen. Denn die Ad hoc Expertengruppe betrachtete die Fähigkeit multinationaler Unternehmen ebenfalls kritisch, Verrechnungspreise zu kontrollieren und Kapital international zu transferieren, und stritt darüber, ob Verrechnungspreise unter die wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken fielen.¹³⁷⁹ Allerdings ist in den obigen beiden Empfehlungen der Arbeitsgruppe eine andere Gewichtung zu erkennen: Während viele der Experten der Ad hoc Expertengruppe der Auffassung waren, dass die Manipulation von Verrechnungspreisen als wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktik und als regulierten Preisen ähnlich betrachtet werden könne, sei nicht zu übersehen, dass Verrechnungspreise von Regierungen im Wesentlichen als interne Buchhaltungsangelegenheit des multinationalen Unternehmens betrachtet würden.¹³⁸⁰ Die Gegenauffassung hingegen vertrat die Auffassung, dass es zwar der Überwachung von Verrechnungspreismanipulationen durch angemessene Maßnahmen der Steuerbehörden und der Behörden für Währungskontrolle bedürfe, jedoch Verrechnungspreisstrategien nicht im Zusammenhang mit Wettbewerbsstrategien zu sehen seien.¹³⁸¹ Denn innerhalb der verschiedenen Unternehmen des multinationalen Unternehmens existiere kein wahrer Wettbewerb und Preisstrategien seien eine interne Buchhaltungsangelegenheit.¹³⁸² Einig war man sich in der Ad hoc Expertengruppe lediglich darüber, dass Bedarf bestand für mehr Informationen und Überwachung auf diesem Gebiet durch Regierungen hinsichtlich der Verrechnungspreise, zu denen Importe und Exporte von Tochtergesellschaften abgewickelt würden.¹³⁸³ Die Empfehlungen der Arbeitsgruppe lassen jedoch eine andere Gewichtung erkennen. Denn während diese das Problem der steuerrelevanten Gewinnverschiebung zwischen Staaten in den Vordergrund rückten, bestand über diese rein fiskalische Sichtweise innerhalb der Ad hoc Expertengruppe jedenfalls keine Einigkeit.

Andererseits wies die Arbeitsgruppe jedoch zudem darauf hin, dass die Offenlegung interner und externer Preise nicht lediglich Verrechnungspreismanipulationen wegen des

¹³⁷⁸ U. N., *The impact of multinational corporations*, S. 88.

¹³⁷⁹ TD/B/C.2/119/Rev.1, Absatz 46 f..

¹³⁸⁰ TD/B/C.2/119/Rev.1, Absatz 47.

¹³⁸¹ TD/B/C.2/119/Rev.1, Absatz 47.

¹³⁸² TD/B/C.2/119/Rev.1, Absatz 47.

¹³⁸³ TD/B/C.2/119/Rev.1, Absatz 48.

Aufdeckungsrisikos erschweren könnte, sondern gleichzeitig dem Problem der Diskriminierung und damit Wettbewerbsbeschränkungen entgegenwirken würde.¹³⁸⁴ Dies wird von der Arbeitsgruppe sogar als die grundsätzliche Lösung beider Probleme angesehen.¹³⁸⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat sich jedoch der oben erörterten Auffassung angeschlossen. Denn er hat sich für die Einheitstheorie entschieden. § 297 Absatz 3 Satz 1 HGB regelt: „Im Konzernabschluss ist die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der einbezogenen Unternehmen so darzustellen, als ob diese Unternehmen insgesamt ein einziges Unternehmen wären.“ Hiermit hat sich der Gesetzgeber nach Auffassung der Verfasserin für die Einheitstheorie entschieden.

Es stellt sich nunmehr die Frage, wie die Auffassung der Arbeitsgruppe hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise berücksichtigt werden kann, indem das Prinzip der Offenlegung für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs herangezogen wird. Hierzu sind jedenfalls zwei Alternativen denkbar: Die erste Alternative würde darin bestehen, die Einheitstheorie aufzugeben. Die zweite Alternative würde darin bestehen, unter Beibehaltung der Einheitstheorie eine andere Lösung zu finden.

Die erste Alternative ist ebenfalls denkbar. Denn, obwohl sich der deutsche Gesetzgeber nach der hier vertretenen Auffassung für die Einheitstheorie entschieden hat, bedeutet dies nicht, dass die Frage, ob die Einheitstheorie die richtige Konzeption ist, nunmehr unstrittig wäre. Vielmehr werden die Konzerntheorien in der Wissenschaft strittig diskutiert. Die Konzerntheorien basieren auf Theorien über die Behandlung von Eigenkapitalanteilen in der Bilanz und behandeln nunmehr das Wesen des Konzernabschlusses und daraus abgeleitet die Stellung der Minderheitsteilhabenden¹³⁸⁶ der Töchter zu den Teilhabenden der Mutter¹³⁸⁷.¹³⁸⁸ Sie stellen Gestaltungskonzeptionen des Konzernabschlusses dar.¹³⁸⁹ Diese sind Grundlage

¹³⁸⁴ U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

¹³⁸⁵ Vgl. U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

¹³⁸⁶ Im Folgenden als Minderheitsteilhabenden bezeichnet, sofern nicht anders bezeichnet.

¹³⁸⁷ Im Folgenden als Mehrheitsteilhabenden bezeichnet, sofern nicht anders bezeichnet.

¹³⁸⁸ Küting/Weber, S. 91 und 120.

¹³⁸⁹ Küting/Weber, S. 120.

der sachgerechten Abbildung des Konzerns.¹³⁹⁰ Ferner werden aus ihnen zweckadäquate Konsolidierungsregeln abgeleitet.¹³⁹¹ Im Wesentlichen werden die Einheitstheorie und die Interessentheorie vertreten. Keine der beiden Theorien konnte sich bisher durchsetzen.¹³⁹² Beide haben ihren Ursprung in der US-amerikanischen Konsolidierungspraxis.¹³⁹³ Ihre Ursprünge wurden bei Bores 1935 im deutschen Schrifttum dargestellt und die Theorien erhielten hier die o. g. Bezeichnungen.¹³⁹⁴

3.1.1. Einheitstheorie

Die Einheitstheorie geht davon aus, dass die Mehrheitsteilhabenden ihre Interessen gegenüber den Minderheitsteilhabenden wegen ihres beherrschenden Einflusses durchsetzen können.¹³⁹⁵ Die Interessen der Minderheitsteilhabenden werden daher nach dieser Theorie ignoriert und es wird Interessenshomogenität aller Teilhabenden unterstellt.¹³⁹⁶ Die Minderheitsteilhabenden werden als abhängig und daher nicht als Außenstehende angesehen. Alle Teilhabenden werden gleichermaßen als solche des Konzerns behandelt.¹³⁹⁷ Mit Töchtern wird lediglich wie mit unselbständigen Betriebsstätten verfahren.¹³⁹⁸ Der Konzernabschluss ist ein solcher der speziellen bzw. wirtschaftlichen Einheit Konzern.¹³⁹⁹ Der Konzern steht im Mittelpunkt. Aufgrund der unterstellten Interessenshomogenität werden die Töchter vollständig in den Konzernabschluss einbezogen, d. h. mit allen Vermögensgegenständen und Schulden sowie Aufwendungen und Erträgen zu hundert Prozent. Konzerninterne Geschäftsvorfälle und Beziehungen werden behandelt, als seien sie mit sich selbst abgeschlossen, und werden daher vollständig eliminiert. Diese Behandlung wird als Vollkonsolidierung bezeichnet.

Diejenigen, die die Einheitstheorie vertreten, verweisen zur Begründung ihrer Auffassung auf das Aktiengesetz 1965, Artikel 26 Absatz 1 Satz 1 der 7. EG-Richtlinie sowie Regelungen der

¹³⁹⁰ Küting/Weber, S. 120.

¹³⁹¹ Küting/Weber, S. 120.

¹³⁹² Wysocki/Wohlgemuth/Brösel, S. 12.

¹³⁹³ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 16.

¹³⁹⁴ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 16.

¹³⁹⁵ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 16; Beck'scher Bilanz-Kommentar, Winkeljohann/Rimmelpacher, § 297 HGB, Rn. 190 ff.; Gräfer/Scheld, S. 84 ff.; Küting/Weber, S. 121; Wysocki/Wohlgemuth/Brösel, S. 11.

¹³⁹⁶ HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 14.

¹³⁹⁷ Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Busse von Colbe/Fehrenbacher, § 297 HGB, Rn. 52.

¹³⁹⁸ Küting/Weber, S. 121.

¹³⁹⁹ Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Busse von Colbe/Fehrenbacher, § 297 HGB, Rn. 52.

internationalen Rechnungslegung.¹⁴⁰⁰ Ferner begründen sie ihre Auffassung mit der Eignung der Einheitstheorie für die Informationsfunktion im Hinblick auf Investitionsentscheidungen.¹⁴⁰¹ Denn bei solchen stünden die Liquidität und Ertragslage des Konzerns und damit zudem der übrigen Konzerngesellschaften im Vordergrund.¹⁴⁰² Hier erfülle die Einheitstheorie die Informationsfunktion sowohl für die Konzernmutter als auch die übrigen Konzerngesellschaften.¹⁴⁰³ Dies sei relevant, da die Liquidität und Ertragslage beider sich gegenseitig beeinflussen könne.¹⁴⁰⁴ Die Eignung der Einheitstheorie für die Information über die Liquidität und die Ertragslage des Konzerns resultiere daraus, dass durch sie ein Einblick vermittelt werde in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Konzerns, als handele es sich hierbei um ein einziges Unternehmen.¹⁴⁰⁵

Jedoch geben selbst diejenigen, die die Einheitstheorie vertreten, zu, dass sich durch die Einheitstheorie die Liquidität des Konzerns lediglich eingeschränkt beurteilen lasse und schränken damit die Eignung der Einheitstheorie für die Informationsfunktion selbst ein.¹⁴⁰⁶ Sie sind ferner der Auffassung, dass die Einheitstheorie der Bilanzpolitik ebenfalls nicht stärker entgegenzuwirken vermöge, als es bei Einzelabschlüssen der Fall sei.¹⁴⁰⁷ Jedoch erweiterten die zusätzlichen Rechenwerke den Informationswert über den von Einzelabschlüssen hinaus.¹⁴⁰⁸

3.1.2. Interessentheorie

Die Interessentheorie hingegen richtet ihren Fokus auf die Teilhabenden und anerkennt divergierende Interessen von Mehrheits- und Minderheitsteilhabenden.¹⁴⁰⁹ Der Konzernabschluss stellt divergierende Interessen dar, misst jedoch den Interessen der

¹⁴⁰⁰ Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 26 ff..

¹⁴⁰¹ Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 26.

¹⁴⁰² Vgl. Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 27.

¹⁴⁰³ Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 27.

¹⁴⁰⁴ Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 27.

¹⁴⁰⁵ Vgl. Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 26.

¹⁴⁰⁶ Vgl. Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 27, Fußnote 84, in der auf die Grenzen der Vorhersagekraft hingewiesen wird.

¹⁴⁰⁷ Vgl. Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 27.

¹⁴⁰⁸ Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 27.

¹⁴⁰⁹ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 18; Beck'scher Bilanz-Kommentar, Winkeljohann/Rimmelpacher, § 297 HGB, Rn. 190 ff.; Colbe/Ordelheide/Gebhardt/Pellens, S. 26 ff.; Gräfer/Scheld, S. 87; HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15; Küting/Weber, S. 123; vgl. Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 77; Wysocki/Wohlgemuth/Brösel, S. 11 f..

Mehrheitsteilhabenden eine größere Relevanz zu.¹⁴¹⁰ Denn der Konzern wird als erweiterter Wirkungsbereich der Mutter betrachtet.¹⁴¹¹ Die Minderheitsteilhabenden werden im Verhältnis zum Konzern als Außenstehende behandelt.¹⁴¹² Denn sie sind nach der Interessentheorie ausschließlich am Einzelabschluss der jeweiligen Tochter interessiert.¹⁴¹³ Der Konzernabschluss gewährt den Mehrheitsteilhabenden einen Überblick über die wirtschaftliche Einheit von ihrem Standpunkt aus und stellt einen erweiterten Abschluss der Mutter dar.¹⁴¹⁴ Die Interessentheorie kennt zwei Ausprägungen, die im Folgenden dargestellt werden.

a. Interessentheorie mit partieller Konsolidierung

Nach dieser kapitalistisch orientierten Auffassung zeige der Konzernabschluss den Mehrheitsteilhabenden das Eigentum, das hinter der Beteiligung an den Töchtern stünde.¹⁴¹⁵ Die Vermögenswerte und Schulden sowie die Erträge und Aufwendungen der Töchter ginge lediglich dem Anteil der Mutter an der jeweiligen Tochter entsprechend in den Konzernabschluss ein.¹⁴¹⁶ Nach Auffassung der neueren Vertreterinnen und Vertreter dieser Ansicht seien insbesondere die Zwischenergebnisse, die aus konzerninternen Geschäftsvorfällen resultierten, lediglich in Höhe des Anteils der Mehrheitsteilhabenden jeweils zu eliminieren, da sie in Höhe des Anteils der Minderheitsteilhabenden als realisiert gälten.¹⁴¹⁷ Diese Auffassung widerspricht jedoch den handelsrechtlichen Konsolidierungsregelungen bzw. dem Einheitsgrundsatz.¹⁴¹⁸

b. Interessentheorie mit Vollkonsolidierung

Nach dieser Auffassung zeige der Konzernabschluss den Mehrheitsteilhabenden hingegen die wirtschaftliche Verfügungsmacht, die hinter der Beteiligung an den Töchtern stünde; daher

¹⁴¹⁰ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 18; HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15.

¹⁴¹¹ HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15.

¹⁴¹² Baetge/Kirsch/Thiele, S. 18; HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15.

¹⁴¹³ HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15.

¹⁴¹⁴ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 18; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Busse von Colbe/Fehrenbacher, § 297 HGB, Rn. 52.

¹⁴¹⁵ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 19; ohne Bezeichnung als solche Ausprägung: Beck'scher Bilanz-Kommentar, Winkeljohann/Rimmelpacher, § 297 HGB, Rn. 190 ff.; HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15; Küting/Weber, S. 124.

¹⁴¹⁶ Küting/Weber, S. 124 f..

¹⁴¹⁷ Vgl. Gräfer/Scheld, S. 87.

¹⁴¹⁸ HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15.

müssten die Töchter vollkonsolidiert werden.¹⁴¹⁹ Denn sie stünden unter der Leitung der Mutter.¹⁴²⁰ Diese Auffassung kommt zu Ergebnissen, die mit denen der Einheitstheorie vergleichbar sind.¹⁴²¹ Innerhalb dieser Mischform zur Lösung der Minderheitsproblematik sind das „parent company concept“ und das „parent company extension concept“ zu unterscheiden.¹⁴²² Sie unterscheiden sich insbesondere hinsichtlich der Auffassung, die zu konzerninternen Geschäftsvorfällen vertreten wird, und sind hier aus diesem Grund von Interesse. Teilweise wird im Rahmen des parent company concepts vertreten, dass Geschäftsvorfälle innerhalb des Konzerns lediglich in Höhe des Konzernanteils zu eliminieren seien.¹⁴²³ Mehrheitlich wird hingegen die Auffassung vertreten, dass alle Innenumsatzerlöse und alle konzerninternen Forderungen und Verbindlichkeiten vollständig zu eliminieren seien.¹⁴²⁴ Dies gelte zudem für Zwischenergebnisse aus Lieferungen oder Leistungen der Mutter an die Tochter.¹⁴²⁵ Jedoch seien Zwischenergebnisse aus Lieferungen oder Leistungen der Tochter an die Mutter oder an eine andere Tochter lediglich in Höhe des Konzernanteils zu eliminieren.¹⁴²⁶ Nach Auffassung der Vertreterinnen und Vertreter des parent company extension concepts seien hingegen alle konzerninternen Geschäftsvorfälle vollständig zu eliminieren.¹⁴²⁷

3.1.3. Kritik

Eine Auffassung betrachtet die Interessentheorie als eine lediglich früher verbreitete Auffassung.¹⁴²⁸ Sie kritisiert an ihr, dass der Konzernabschluss lediglich ein zusätzliches Instrument zur Information der Teilhabenden der Mutter sei.¹⁴²⁹

¹⁴¹⁹ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 20; vgl. auch Beck'scher Bilanz-Kommentar, Winkeljohann/Rimmelspacher, § 297 HGB, Rnrn. 190 ff.; vgl. zudem HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15; Küting/Weber, S. 125.

¹⁴²⁰ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 20.

¹⁴²¹ Baetge/Kirsch/Thiele, S. 20 f.

¹⁴²² HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15; vgl. Küting/Weber, S. 125 f..

¹⁴²³ Vgl. Küting/Weber, S. 125.

¹⁴²⁴ Küting/Weber, S. 125.

¹⁴²⁵ Vgl. HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15; Küting/Weber, S. 125 f.

¹⁴²⁶ Vgl. HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15; Küting/Weber, S. 126.

¹⁴²⁷ HdJ, von Oertzen, V/Konzernabschluss und Konsolidierungskreis, Rn. 15; Küting/Weber, S. 126.

¹⁴²⁸ Vgl. Colbe/Ordeltz/Ordeltz/Gebhardt/Pellens, S. 27.

¹⁴²⁹ Colbe/Ordeltz/Ordeltz/Gebhardt/Pellens, S. 27.

Eine andere Auffassung kommt zu dem Ergebnis, dass sich im deutschen Bilanzrecht bisher keine der Theorien habe vollständig durchsetzen können.¹⁴³⁰ Sie kritisiert an der Interessentheorie mit partieller Konsolidierung jedoch im Hinblick auf die Einbeziehung der Töchter, dass weder die Mehrheits- noch die Minderheitsteilhabenden einen Anspruch hätten auf Bruchteile von Vermögenswerten und dass schließlich alle Vermögenswerte und Schulden der einheitlichen Konzernleitung unterlägen.¹⁴³¹

Eine dritte Auffassung kritisiert insbesondere sowohl an der Einheits- als auch der Interessentheorie, dass andere Abschlussadressaten nach beiden Theorien nicht Konzernabschlussadressaten seien, obwohl sie ein vergleichbares Interesse am Konzernabschluss hätten wie die jeweiligen Konzernabschlussadressaten nach diesen Theorien.¹⁴³²

Hier wird hingegen die Auffassung vertreten, dass die Interessentheorie mit partieller Konsolidierung vorzugswürdig ist. Denn sie spiegelt die Interessenlage im Konzern besser wieder als die anderen Theorien. Die Richtigkeit dieser Begründung ergibt sich aus den Gründen, die zur Einführung der § 311 ff. AktG geführt haben. Diese Regelungen widersprechen, jedenfalls sofern es die Aktiengesellschaft betrifft, zudem den Grundannahmen der anderen Theorien hinsichtlich der Interessendurchsetzung der Mehrheitsteilhabenden im Konzern, sofern es sich, wie in der Mehrheit der Fälle um einen faktischen Konzern und nicht um einen Vertragskonzern handelt. Allerdings ist die Interessentheorie mit partieller Konsolidierung de lege lata mit dem Einheitsgrundsatz nicht vereinbar.

3.1.4. Einheitsgrundsatz

Der Einheitsgrundsatz ist in § 297 Absatz 3 Satz 1 HGB geregelt. Nach einer überzeugenden Auffassung sei der Einheitsgrundsatz als Kodifizierung der Einheitstheorie anzusehen.¹⁴³³ Nach dem Einheitsgrundsatz bilde der Konzernabschluss einen eigenständigen Abschluss der

¹⁴³⁰ Küting/Weber, S. 126.

¹⁴³¹ Küting/Weber, S. 125.

¹⁴³² Baetge/Kirsch/Thiele, S. 21.

¹⁴³³ Beck'scher Bilanz-Kommentar, Winkeljohann/Rimmelspacher, § 297 HGB, Rnrrn. 190 ff.; Gräfer/Scheld, S. 84; Küting/Weber, S. 91 f. ohne sich dieser Auffassung selbst anzuschließen; vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Busse von Colbe/Fehrenbacher, § 297 HGB, Rn. 48; aber auch: Wysocki/Wohlgemuth/Brösel, S. 13 und 15.

Gesamtheit der Konzerngesellschaften ab, die eine wirtschaftliche Einheit seien.¹⁴³⁴ Dies seien sie, da die Mutter die Leitungsmacht über das Vermögen aller übrigen Konzerngesellschaften ausübe und daher wirtschaftlich über diese disponiere.¹⁴³⁵ Wirtschaftlich hätten die übrigen Konzerngesellschaften den Charakter unselbständiger Betriebsstätten.¹⁴³⁶

Die Gegenauffassung negiert dies jedoch.¹⁴³⁷ § 297 Absatz 3 Satz 1 HGB enthalte vielmehr lediglich den Einheitsgrundsatz, der keine strenge Festlegung auf eine methodische Grundüberlegung beinhalte.¹⁴³⁸ Denn die Vorschriften des deutschen Rechts folgten nicht allein der Einheitstheorie.¹⁴³⁹ Der Gesetzgeber habe vielmehr im Rahmen seiner Festlegungen zum Konzernabschluss unterschiedliche Regelungsansätze verfolgt.¹⁴⁴⁰ Diese Festlegungen ergäben zwar, dass die Einheitstheorie bei vielen Vorschriften eine wesentliche Bedeutung habe, jedoch nicht bei allen.¹⁴⁴¹ Außerdem sei keine der Theorien methodenrein umgesetzt worden.¹⁴⁴²

Diejenigen, die die erste Auffassung vertreten, wenden gegen das erste dieser beiden Argumente ein, dass der Grund hierfür vor allem die Absicht des Gesetzgebers sei, alle Wahlrechte der 7. EG-Richtlinie an deutsche Unternehmen weiterzugeben, damit diese ihre Konzernrechnungslegung flexibel gestalten könnten.¹⁴⁴³ Die Berücksichtigung der Interessentheorie durch § 310 HGB sei ferner lediglich als Kompromiss zu verstehen.¹⁴⁴⁴ Nach teilweise vertretener Auffassung sei die Quotenkonsolidierung gar mit der Einheitstheorie vereinbar.¹⁴⁴⁵ Hierzu würde die Zerlegung des quotalkonsolidierten Unternehmens in verschiedene rechtlich selbständige Einheiten fingiert und der konsolidierte Teil würde hiernach als Tochter betrachtet, an der eine hundertprozentige Beteiligung des Konzerns bestünde.¹⁴⁴⁶ Andere sehen keinen Widerspruch darin, dass die

¹⁴³⁴ Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 76.

¹⁴³⁵ Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 76.

¹⁴³⁶ Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 76.

¹⁴³⁷ So auch: Küting/Weber, S. 91 f.; Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 78.

¹⁴³⁸ Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 79.

¹⁴³⁹ Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 79.

¹⁴⁴⁰ Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 79.

¹⁴⁴¹ Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 78.

¹⁴⁴² Staub, Kraft, Bd. 6, § 297 HGB, Rn. 79.

¹⁴⁴³ Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Busse von Colbe/Fehrenbacher, § 297 HGB, Rn. 59.

¹⁴⁴⁴ Wysocki/Wohlgemuth/Brösel, S. 15.

¹⁴⁴⁵ Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, Claussen/Scherrer, § 297 HGB, Rn. 134.

¹⁴⁴⁶ Beck'scher Bilanz-Kommentar, Winkeljohann/Rimmelspacher, § 297 HGB, Rn. 190 ff..

Konzernrechnungslegung insgesamt eine Mischform zwischen Einheits- und Interessentheorie sei.¹⁴⁴⁷ Nach einer Auffassung handele es sich hierbei lediglich um eine Einschränkung des Einheitsgrundsatzes.¹⁴⁴⁸

3.1.5. Ergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung hat sich der deutsche Gesetzgeber für die Einheitstheorie entschieden. Aus dem Obigen ergibt sich zudem, dass die Frage, ob die Einheitstheorie die richtige Konzeption ist, weiterhin strittig ist und die Konzerntheorien in der Wissenschaft strittig diskutiert werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Interessentheorie mit partieller Konsolidierung im Grundsatz sogar vorzugswürdig, de lege lata jedoch mit dem Einheitsgrundsatz gemäß § 297 Absatz 3 Satz 1 HGB unvereinbar. Die hier vertretene Auffassung muss jedoch nicht weiter begründet werden. Denn die erste Alternative, die darin bestünde, die Einheitstheorie aufzugeben, würde eine weit grundsätzlichere Änderung des deutschen Rechts bedeuten. Es wäre zudem schwieriger durchzusetzen, die Konzerntheorie zu ändern, die nach geltendem deutschen Recht die Gestaltungskonzeption des Konzernabschlusses darstellt, als unter Beibehaltung der Einheitstheorie eine andere Lösung zu finden. Daher erfolgt hier eine Entscheidung zu Gunsten der zweiten Alternative. Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung werden im Folgenden aktuelle Vorschläge zur Verhinderung von Verrechnungspreismanipulationen multinationaler Unternehmen und ein eigener Regelungsvorschlag, der unter Beibehaltung der Einheitstheorie umgesetzt werden kann, untersucht.

3.2. Aktuelle Vorschläge

Aktuelle Vorschläge wurden im Rahmen der Diskussion über die Herausforderungen der digitalen Wirtschaft bei BEPS Bericht 1 diskutiert. Insbesondere wurde im Oktober des Jahres 2019 das Konsultationspapier zur Säule 1 veröffentlicht, das den Vorschlag des „Unified Approach“ enthält.¹⁴⁴⁹ Eine Aufgabe des Fremdvergleichsgrundsatzes ist trotz des

¹⁴⁴⁷ Gräfer/Scheld, S. 85 und 91.

¹⁴⁴⁸ Baumbach/Hopt, Merkt, § 297 HGB, Rn. 5.

¹⁴⁴⁹ Boehle/Scholtholt, IStR 2019, 919, 921; Hidien/Versin, FR 2020, 10, 10 f..

Vorschlag zur Säule 1 nicht zu erwarten.¹⁴⁵⁰ Denn dieser Vorschlag soll jedenfalls in zwei neuen Artikeln der OECD-MA geregelt werden.¹⁴⁵¹ Diese ersetzen z. B. Artikel 9 OECD-MA nicht, sondern ergänzen die bestehenden Artikel.¹⁴⁵² Ein Vorschlag, der demjenigen im Rahmen dieser Untersuchung entsprechen würde, also die Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise im Anhang oder gegenüber allen Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, zu erhöhen, wurde im Rahmen der Diskussionen zu BEPS Bericht 1 bisher ebenfalls nicht unterbreitet. Ende des Jahres 2020 soll eine Finalisierung erfolgen. In der Literatur werden weitere unterschiedliche Vorschläge diskutiert, um den Herausforderungen der digitalen Wirtschaft zu begegnen.¹⁴⁵³ Keiner dieser Vorschläge sieht jedoch die Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise vor, wie es Gegenstand des Regulierungsvorschlags im Rahmen dieser Untersuchung ist. Es kann mithin festgestellt werden, dass die aktuellen Vorschläge im Rahmen der Diskussion zu BEPS Bericht 1 den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung nicht umfassen. Im Übrigen ist der Verfasserin zum Steuer- und Wettbewerbsrecht ebenfalls kein Vorschlag bekannt, der demjenigen im Rahmen dieser Untersuchung vollumfänglich entsprechen würde. Hieraus kann geschlossen werden, dass gegenwärtig die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen, wie sie der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung vorsieht, jedenfalls im Steuer- und Wettbewerbsrecht nicht diskutiert wird. Daher ist eine Berücksichtigung anderer Vorschläge hier nicht erforderlich. Im Gesellschaftsrecht ist dies anders. Jedoch wird dies im nächsten Kapitel an geeigneter Stelle erörtert. Im Folgenden erfolgt aus diesem Grund umgehend die Untersuchung des Regelungsvorschlags, der unter Beibehaltung der Einheitstheorie umgesetzt werden kann.

3.3. Vorschlag zur Verhinderung von Verrechnungspreismanipulationen multinationaler Unternehmen

Für den Regelungsvorschlag wird im Folgenden die Auffassung der Arbeitsgruppe, die zur Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf die Entwicklung und die internationalen Beziehungen ernannt wurde, hinsichtlich der Lösung des Problems der

¹⁴⁵⁰ Vgl. Heidecke/Lappe/Pandeya-Koch/Wilmanns, IWB 2019, 931, Gliederungspunkt I. 2. c); Hidien/Versin, FR 2020, 10, 13; ähnlich: Mank/Kuhn, IWB 2019, 799, 800.

¹⁴⁵¹ Hidien/Versin, FR 2020, 10, 12.

¹⁴⁵² Hidien/Versin, FR 2020, 10, 12.

¹⁴⁵³ Cloer/Gerlach, FR 2018, 105, 108 f.; Hinder/Feldhaus, GmbHR 2018, R276, R277; vgl. hierzu auch: Kofler/Mayr/Schlager, BB 2017, 1815, 1815; Lück, ISR 2018, 158, 168; Mammen/Jansen, Ubg 2019, 344, 348 und 352.

Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise berücksichtigt. Hierzu wird das Prinzip der Offenlegung für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs herangezogen. Denn Transparenz erhöht nach der Spieltheorie, die im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts hier Anwendung findet, die Eintrittswahrscheinlichkeit der Sanktion, steigert damit den einzupreisenden Erwartungswert der Sanktion und stärkt derart die hier relevanten sanktionsbewährten Rechtspflichten.¹⁴⁵⁴ Die Auffassung der Arbeitsgruppe wird zunächst vorgestellt. Dann wird ein Vorschlag zur Umsetzung dieser Auffassung in den Vorschriften über den Anhang für Unternehmen ab einer bestimmten Größenklasse unterbreitet. Ferner erfolgt ein Vorschlag zum Geheimnisschutz. Schließlich wird geprüft, ob § 315e Absatz 1 HGB der Regelung dieses Vorschlags im Anhang entgegensteht.

3.3.1. Die Auffassung der Arbeitsgruppe

Nach der Auffassung der Arbeitsgruppe sei die grundlegende Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen in dem Prinzip der Offenlegung zu sehen.¹⁴⁵⁵ Interne Verrechnungspreise und externe Transferpreise sollten entweder offengelegt oder den Parteien, die ein berechtigtes Interesse hätten, auf Nachfrage zur Kenntnis gebracht werden.¹⁴⁵⁶ Interne Verrechnungspreise seien die Bedingungen, insbesondere Preise, die zwischen sich nahestehenden Personen im Rahmen einer Geschäftsbeziehung vereinbart würden.¹⁴⁵⁷ Externe Transferpreise seien die Bedingungen, insbesondere Preise, die mit fremden Dritten im Rahmen einer Geschäftsbeziehung vereinbart würden.¹⁴⁵⁸ Im Folgenden wird ein Vorschlag unterbreitet zur Umsetzung dieser Offenlegung in den Vorschriften über den Anhang nach Möglichkeit für multinationale Unternehmen und daher ab einer bestimmten Größenklasse. Ferner wird die Alternative erörtert, die betreffenden Angaben den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage zur Kenntnis zu bringen. Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, sind jeder, der einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat, Tochterunternehmen, Partnerunternehmen, Lieferanten und Leistungserbringer, Verbände und Einrichtungen im Sinne des § 33 Absatz 4 GWB, Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter,

¹⁴⁵⁴ Magen in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, Rn. 252.

¹⁴⁵⁵ U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

¹⁴⁵⁶ U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

¹⁴⁵⁷ Vgl. U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

¹⁴⁵⁸ Vgl. U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

Minderheitsteilhabende, Journalistinnen und Journalisten und Steuerbehörden.¹⁴⁵⁹ Die Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise werde nach Auffassung der Arbeitsgruppe nicht nur Verrechnungspreismanipulationen wegen des Aufdeckungsrisikos erschweren, sondern gleichzeitig dem Problem der Diskriminierung und damit wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken entgegenwirken.¹⁴⁶⁰

3.3.2. Umsetzung der Auffassung der Arbeitsgruppe

Es wird vorgeschlagen, die soeben vorgestellte Auffassung der Arbeitsgruppe in den Vorschriften über den Anhang umzusetzen. Ferner wird vorgeschlagen, zur Offenlegung erst ab einer bestimmten Größenklasse zu verpflichten, um diese Verpflichtung nach Möglichkeit lediglich multinationalen Unternehmen aufzuerlegen. Schließlich wird vorgeschlagen, die Offenlegung im Anhang lediglich dann zu regeln, falls eine Evaluation nach fünf Jahren ergibt, dass eine Verpflichtung nicht effektiv war, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage dieselben Angaben zur Kenntnis zu bringen. Es werden sodann ähnliche Offenlegungspflichten außerhalb des Handelsgesetzbuchs vorgestellt. Alle Vorschläge werden anschließend begründet. Die Begründung orientiert sich an der Begründung im Rahmen von Gesetzesbegründungen und berücksichtigt, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer Normenkontrolle die Vereinbarkeit von Bundesgesetzen mit dem Grundgesetz überprüft und der Verhältnismäßigkeitsprüfung in diesem Kontext eine hohe Relevanz zukommt. In diesem Rahmen findet eine Auseinandersetzung statt mit den vorgestellten Offenlegungspflichten außerhalb des Handelsgesetzbuchs.

International besitzen die meisten multinationalen Unternehmen eine Rechtsform als Kapitalgesellschaft.¹⁴⁶¹ Im Rahmen dieser Untersuchung wird daher lediglich die Kapitalgesellschaft berücksichtigt, obwohl in Deutschland zudem multinationale Unternehmen als Personengesellschaften organisiert sind.¹⁴⁶² Die Frage der Personengesellschaft muss jedoch einer anderen Untersuchung überantwortet werden.¹⁴⁶³

¹⁴⁵⁹ Vgl. U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

¹⁴⁶⁰ U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

¹⁴⁶¹ Vgl. Lüdicke/Salewski, ISR 2017, 99, 106.

¹⁴⁶² Vgl. Lüdicke/Salewski, ISR 2017, 99, 106.

¹⁴⁶³ Vgl. Lüdicke/Salewski, ISR 2017, 99, 106.

a. Umsetzung in den Vorschriften über den Anhang

Es wird in der Hauptsache vorgeschlagen, für Einzelabschlüsse die Offenlegungspflicht in den Vorschriften über den Anhang zu regeln, wie aus § 285 HGB des Hauptvorschlags (A.) ersichtlich. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird für den Regelungsvorschlag auf den Schlussteil dieser Untersuchung verwiesen. Dies gilt für alle nachfolgenden Regelungsvorschläge.

Es wird in der Hauptsache ferner vorgeschlagen, für den Konzernabschluss die Offenlegungspflicht in den Vorschriften über den Anhang zu regeln, wie aus § 314 HGB des Hauptvorschlags (A.) ersichtlich.

Es wird in der Hauptsache schließlich vorgeschlagen, für den Fall des Konzernabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards die Offenlegungspflicht zu regeln, wie aus § 315e HGB und § 325 HGB des Hauptvorschlags (A.) ersichtlich.

b. Größenabhängige Offenlegungspflicht

Ferner wird vorgeschlagen, zur Offenlegung ab einer bestimmten Größenklasse zu verpflichten. Denn diese Verpflichtung soll lediglich solchen Unternehmen auferlegt werden, bei denen dies aufgrund ihrer Größe verhältnismäßig ist.

Eine Beschränkung auf multinationale Unternehmen kommt nicht in Frage, obwohl dies aufgrund der Regelung in § 138a Absatz 1 Satz 1 AO naheliegend ist. Eine Umschreibung der Größenklasse, die derjenigen des § 138a Absatz 1 Satz 1 AO entspricht, kennt das Handelsgesetzbuch nicht. Zudem ist eine Beschränkung auf Unternehmen, die einen Konzernabschluss aufstellen oder aufzustellen haben, und auf Geschäftsbeziehungen zum Ausland mit nahe stehenden Personen (vgl. § 138a Absatz 1 Satz 1 AO) sachlich nicht gerechtfertigt. Denn im Hinblick auf die Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes oder einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 AktG wäre eine Ungleichbehandlung von Unternehmen aufgrund dieser Voraussetzungen willkürlich. Denn, anders als bei dem Fremdvergleich des § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG, begründet das Beherrschungsverhältnis, das Nahestehen oder der Auslandsbezug nicht den Regelungszweck der Missbrauchsbekämpfung bei der privaten

Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Für den Auslandsbezug gilt dies ebenfalls im Hinblick auf den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 311 Absatz 1 AktG. Es ist daher nicht gerechtfertigt, Unternehmen, die diese Voraussetzungen aufweisen, undifferenziert ungleich zu behandeln.

Vielmehr ist eine Beschränkung der Offenlegungspflicht auf eine dem Handelsgesetzbuch bekannte Größenklasse vorzunehmen. Verhältnismäßig aufgrund der Größe ist die hier vorgeschlagene Verpflichtung bei großen Kapitalgesellschaften. Ferner weisen diese die größte Übereinstimmung mit den multinationalen Unternehmen i. S. v. § 138a Absatz 1 Satz 1 AO auf. Daher wird vorgeschlagen, zur Offenlegung ab der Größenklasse der großen Kapitalgesellschaften zu verpflichten. Ihre Größenklasse ist in § 267 Absatz 3 HGB umschrieben.

Es wird in der Hauptsache vorgeschlagen, für Einzelabschlüsse die größenabhängigen Erleichterungen zu regeln, wie aus § 288 HGB des Hauptvorschlags (A.) ersichtlich.

Es wird ferner in der Hauptsache vorgeschlagen, für den Konzernabschluss die Offenlegungspflicht nicht zu beschränken. Denn aufgrund der größenabhängigen Befreiungen nach § 293 HGB von der Pflicht, einen Konzernabschluss und einen Konzernlagebericht aufzustellen, ist die Offenlegungspflicht bereits hinreichend beschränkt.

Es wird schließlich in der Hauptsache vorgeschlagen, für den Fall des Konzernabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards die Offenlegungspflicht ebenfalls nicht zu beschränken. Denn die internationalen Rechnungslegungsstandards kennen eine Größenabhängigkeit grundsätzlich nicht. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass § 293 Absatz 5 HGB eine größenabhängige Befreiung ausschließt, wenn das Mutterunternehmen oder ein in dessen Konzernabschluss einbezogenes Tochterunternehmen am Abschlussstichtag kapitalmarktorientiert im Sinne des § 264d HGB ist.

c. Priorität der Alternative

Schließlich wird vorgeschlagen, die Offenlegung im Anhang lediglich dann zu regeln, falls eine Evaluation nach fünf Jahren ergibt, dass eine Verpflichtung nicht effektiv war, den

Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage dieselben Angaben zur Kenntnis zu bringen.

Hierzu wird als Alternative vorgeschlagen, diese Verpflichtung in den Vorschriften über den Anhang für Einzelabschlüsse zu regeln, wie aus § 287 HGB der Alternative (B.) ersichtlich. Es wird vorgeschlagen, für Einzelabschlüsse die größenabhängigen Erleichterungen in der Alternative zu regeln, wie aus § 288 HGB der Alternative (B.) ersichtlich.

Es wird als Alternative ferner vorgeschlagen, diese Verpflichtung in den Vorschriften über den Anhang für den Konzernabschluss zu regeln, wie aus § 314a HGB der Alternative (B.) ersichtlich. Es wird vorgeschlagen, für den Konzernabschluss die größenabhängigen Befreiungen in der Alternative zu regeln, wie aus § 314a Absatz 5 HGB der Alternative (B.) ersichtlich.

Es wird als Alternative schließlich vorgeschlagen, diese Verpflichtung für den Fall des Konzernabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards, ohne größenabhängige Erleichterung, zu regeln, wie aus § 315e HGB und § 325 HGB der Alternative (B.) ersichtlich.

d. Offenlegungspflichten außerhalb des Handelsgesetzbuchs

Bevor im Folgenden die vorgeschlagenen Vorschriften begründet werden, werden ähnliche Offenlegungspflichten außerhalb des Handelsgesetzbuchs vorgestellt. Die Auseinandersetzung mit diesen erfolgt jedoch im Rahmen der Begründung der vorgeschlagenen Vorschriften. Ähnliche Offenlegungspflichten außerhalb des Handelsgesetzbuchs, die zur Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen dienen und sich auf die Besteuerung auswirken, finden sich in §§ 90 Absatz 3, 138a AO. Von der Ermächtigungsgrundlage in § 90 Absatz 3 Satz 11 AO ist durch die Gewinnabgrenzungsaufzeichnungs-Verordnung Gebrauch gemacht worden.¹⁴⁶⁴ Ähnliche Offenlegungspflichten außerhalb des Handelsgesetzbuchs, die zur Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen dienen, die sich als wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken auswirken, finden sich in § 33g GWB. Eine Auseinandersetzung mit den aktienrechtlichen Offenlegungspflichten, die zur Bekämpfung von

¹⁴⁶⁴ Hiller in: Sinz, Kahle–Brennpunkt Verrechnungspreise, S. 26 f..

Verrechnungspreismanipulationen dienen, die sich auf den Schutz der Außenstehenden auswirken (vgl. §§ 311 ff. AktG), erfolgt jedoch erst im Rahmen der Ausführungen zum Gesellschaftsrecht.

e. Begründungen der vorgeschlagenen Vorschriften

Im Folgenden werden die vorgeschlagenen Vorschriften begründet.

aa. Einzelabschlüsse

Zunächst wird der Vorschlag in der Hauptsache zu § 285 Nr. 21a HGB begründet, sofern es den außensteuerrechtlichen Fremdvergleich betrifft. Sodann erfolgt die Begründung, sofern es das Wettbewerbsrecht betrifft.

aaa. Fremdvergleich

Dieser Vorschlag wird, sofern es den außensteuerrechtlichen Fremdvergleich betrifft, wie folgt begründet.

(1) Legitimes Ziel

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht in § 285 Nr. 21a HGB des Hauptvorschlags verfolgt das legitime Ziel, Verrechnungspreismanipulationen zu bekämpfen. Der Zweck ist, die Steuergerechtigkeit zu erhöhen und Wettbewerbsnachteile für diejenigen Unternehmen zu beseitigen, die keine Verrechnungspreismanipulationen vornehmen. Hierzu soll die Transparenz erhöht und die Möglichkeit der öffentlichen Kontrolle verbessert werden. Dies soll erreicht werden, indem der bestehende Rechtsrahmen für die Offenlegungspflichten von Unternehmen im Interesse der Teilhabenden, Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter und Kunden sowie im öffentlichen Interesse angepasst wird.¹⁴⁶⁵ Außerdem wird derart das Vertrauen in die Steuergerechtigkeit erhöht und eine sachkundigere Debatte gefördert über mögliche Mängel bei der Bekämpfung von

¹⁴⁶⁵ Vgl. bereits COM(2016) 198 final, S. 13.

Verrechnungspreismanipulationen.¹⁴⁶⁶ Weiterhin wird derart die Steuererhebung verbessert, die Effizienz der Arbeit der Steuerbehörden erhöht, die Steuerbehörde entlastet, die gleichmäßige Besteuerung durch die Erhöhung der personellen und zeitlichen Ressourcen in Form der Öffentlichkeit und der Möglichkeit, externes Know-how in der Öffentlichkeit zu nutzen, gefördert und schließlich die Finanzierung des öffentlichen Haushalts gestärkt.

Sofern es die Teilhabenden, Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter und Kunden betrifft, wird ihr Interesse gefördert an der Offenlegung von Angaben, die es ermöglichen, Auswirkungen auf die Finanzlage des Unternehmens der Höhe nach genauer einzuschätzen. Gleichzeitig wird also das legitime Ziel verfolgt, die Informationsfunktion des Abschlusses zu verbessern, indem Informationsasymmetrien zwischen den genannten Personengruppen und dem Unternehmen durch Offenlegung abgebaut werden.

Diese legitimen Ziele werden im Rahmen der Alternative zunächst dadurch verfolgt, dass den Personenkreisen, die ein berechtigtes Interesse haben, also den Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter, Minderheitsteilhabenden und Journalistinnen und Journalisten dieselben Informationen wie den Steuerbehörden offengelegt werden. Hierbei wird den Journalistinnen und Journalisten sowohl ein berechtigtes Interesse im Hinblick auf die öffentliche Kontrolle steuerlich relevanter Verrechnungspreismanipulationen zugestanden als auch ein berechtigtes Interesse im Hinblick auf die Information der Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger und Kunden. Dieselben Informationen wie den Steuerbehörden gegenüber werden offengelegt, da die betreffenden Personen, ebenso wie die Steuerbehörden, durch Transparenz und den Abbau von Informationsasymmetrien dazu in die Lage versetzt werden müssen, Gewinnverkürzungen und -verlagerung aufzudecken. Die den Steuerbehörden offengelegten Informationen versetzen sie hierzu in die Lage. Dadurch werden Verrechnungspreismanipulationen bekämpft und die Informationsfunktion des Abschlusses verbessert. Gleichzeitig erweist sich die Offenlegung ausschließlich gegenüber den obengenannten Personenkreisen zunächst als milderer, gleich wirksames Mittel gegenüber der Offenlegung im Anhang des Abschlusses. Dies gilt jedenfalls solange, wie die Evaluation dieser Maßnahme nicht ergibt, dass sie nicht die erforderliche Effektivität besitzt.

¹⁴⁶⁶ Vgl. bereits COM(2016) 198 final, S. 2.

Ist die Offenlegung im Anhang des Abschlusses bereits eine geeignete, erforderliche und im engeren Sinne verhältnismäßige Maßnahme, so ist es, als milderer Mittel, die Offenlegung lediglich gegenüber diesen Personenkreisen ebenfalls. Nur die gleiche Wirksamkeit der Alternative ist nicht gegeben, falls dies das Ergebnis der Evaluation ist. Daher wird im Folgenden lediglich die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne der Offenlegung im Anhang des Abschlusses begründet. Unter Berücksichtigung des engen Kontextes des Vorschlags mit der unternehmerischen Berichterstattung, inklusive der nichtfinanziellen, wird eine Änderung der Rechnungslegungsvorschriften für die Alternative ebenfalls vorgeschlagen.¹⁴⁶⁷

(2) Geeignetheit

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist eine geeignete Maßnahme. Denn mittels ihrer können Transparenz und öffentliche Kontrolle erhöht und derart Verrechnungspreismanipulationen bekämpft werden. Denn der Anhang wird offengelegt. Die Angaben werden im Unternehmensregister veröffentlicht. Dies schafft Gewissheit und Verfügbarkeit über längere Zeit.¹⁴⁶⁸ Die Abschlussprüferinnen und -prüfer werden prüfen, ob der Anhang die Angaben enthält, die den Steuerbehörden offengelegt werden.¹⁴⁶⁹

Entgegen einer anderen Auffassung, die einen Nachweis der Eignung von mehr Transparenz und öffentlicher Kontrolle für die Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen fordert, ist die Erhöhung der Transparenz und öffentlichen Kontrolle hierzu geeignet.¹⁴⁷⁰ Denn mehr Transparenz und öffentliche Kontrolle im Bereich der Unternehmensbesteuerung kann wegen des erhöhten Aufdeckungs- und Reputationsrisikos sowie der selbstregulierenden Wirkung Verrechnungspreismanipulationen bekämpfen, die Steuererhebung verbessern, die Effektivität der Arbeit der Steuerbehörden erhöhen und das öffentliche Vertrauen in die Steuergerechtigkeit steigern.¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁷ Vgl. bereits COM(2016) 198 final, S. 4.

¹⁴⁶⁸ Vgl. COM(2016) 198 final, S. 9.

¹⁴⁶⁹ Vgl. COM(2016) 198 final, S. 9.

¹⁴⁷⁰ Vgl. zu der hier vertretenen Auffassung in einem anderen, aber vergleichbaren Kontext: COM(2016) 198 final, S. 2; vgl. zu der anderen Auffassung in einem anderen Kontext: Ihering, Kreditwesen 2017, 1070, 1074.

¹⁴⁷¹ Vgl. COM(2016) 198 final, S. 10.

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist zudem im Hinblick auf die Verbesserung der Informationsfunktion des Abschlusses eine geeignete Maßnahme. Denn mittels ihrer kann die Transparenz von steuerlichen Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen erhöht und derart die Informationsfunktion des Jahresabschlusses verbessert werden.

(3) Erforderlichkeit

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist zudem erforderlich. Denn es gibt kein anderes Mittel, das im selben Maße geeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und für die Betroffenen weniger belastend ist.

Das andere, geeignete Mittel hierzu sind die geltenden §§ 90 Absatz 3, 138a AO. Diese sind zwar weniger belastend, jedoch nicht gleich wirksam. Anhand BEPS Bericht 8 ist bereits exemplarisch gezeigt worden, dass die Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen sich aktuellen Herausforderungen, insbesondere hinsichtlich immaterieller Werte, zu stellen vermag. Jedoch bedarf es hier ebenfalls in erster Linie der Bekämpfung der Informationsasymmetrie. Insbesondere aus diesem Grund hat die Bekämpfung der Informationsasymmetrie mittels der steuerlichen Offenlegungspflichten durch BEPS Bericht 13 neue Empfehlungen erhalten. Deren Mindeststandard einer dreigliedrigen Verrechnungspreisdokumentation wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnverkürzungen und -verlagerungen vom 20. Dezember 2016 (BGBl I 3000) in § 90 Absatz 3 AO und § 138a AO in deutsches Recht aufgenommen. Durch die Gewinnabgrenzungsaufzeichnungs-Verordnung vom 12. Juli 2017 (BGBl I 2367) erfolgte eine Konkretisierung.¹⁴⁷² Hinsichtlich § 138a AO ist lediglich das BMF-Schreiben vom 11. Juli 2017 betreffend die Anforderungen an den länderbezogenen Bericht multinationaler Unternehmensgruppen (Country-by-Country Report), Gz.: IV B 5 - S 1300/16/10010 :002, zu erwähnen. § 90 Absatz 3 AO regelt die landesspezifische, unternehmensbezogene Dokumentation (Local File) und die Stammdokumentation (Master File); § 138a AO regelt den länderbezogenen Bericht (Country-by-Country-Reporting).¹⁴⁷³ Der länderbezogene Bericht soll im Jahre 2020 einer abschließenden Wirksamkeitsanalyse und Diskussion auf Ebene der OECD unterzogen

¹⁴⁷² Hiller in: Sinz, Kahle–Brennpunkt Verrechnungspreise, S. 22 f. und 26.

¹⁴⁷³ Dawid/Ruhmer-Krell/Steinhoff/Sommer, ISR 2017, 313, 313.

werden.¹⁴⁷⁴ Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Offenlegung von Ertragsteuerinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen (Transparenzinitiative) schließlich zielt darauf, dass multinationale Unternehmen die von ihnen entrichtete Ertragsteuer gemeinsam mit anderen relevanten steuerlichen Informationen in einem speziellen Bericht offenlegen müssen.¹⁴⁷⁵

Der Umsetzung dieser neuen Regelungen, also §§ 90 Absatz 3, 138a AO, wird hier mit der Alternative Zeit gelassen, bevor ihre Effektivität beurteilt wird. Denn im Gegensatz zu § 33g GWB, wie noch zu sehen sein wird, werden die Informationen hier einer der Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage bereits offengelegt, ohne dass hierbei die Hürden zu überwinden sind, die es bei § 33g GWB zu überwinden gilt. Lediglich der Personenkreis wird erweitert. Denn die anderen betreffenden Personenkreise haben ebenfalls ein berechtigtes Interesse. Erst, wenn diese neuen Regelungen weiterhin nicht die Informationsasymmetrie zu beseitigen in der Lage sind und effektiv Verrechnungspreismanipulationen bekämpfen, wird die Offenlegung im Anhang nach der Evaluationsphase gefordert. Offengelegt werden sollen lediglich Angaben, die notwendig sind, um Verrechnungspreismanipulationen zu bekämpfen. Um eine Detailtiefe zu gewährleisten, die zu beurteilen ermöglicht, ob Verrechnungspreismanipulationen vorliegen, sind diejenigen Informationen offenzulegen, die der Steuerverwaltung diese Beurteilung ebenfalls ermöglichen sollen.¹⁴⁷⁶ Mit dem Evaluationsergebnis wäre die geringere Effektivität der §§ 90 Absatz 3, 138a AO zur Erreichung des angestrebten Ziels erwiesen. Die höhere Wirksamkeit der vorgeschlagenen Vorschrift ergäbe sich in diesem Fall aus der erhöhten Transparenz und öffentlichen Kontrolle. Denn durch diese würde das Aufdeckungs- und Reputationsrisikos erhöht und hierdurch eine selbstregulierende Wirkung entfaltet. Derart können Verrechnungspreismanipulationen multinationaler Unternehmen wirksamer bekämpft werden. Ferner würde hierdurch die Möglichkeit geschaffen, externes Know-how zu nutzen. Hierdurch könnte die Informationsasymmetrie stärker beseitigt werden. Mangels anderer ersichtlicher Mittel, die im selben Maße geeignet sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und für die Betroffenen weniger belastend sind, ist die Erforderlichkeit der hier vorgeschlagenen Vorschrift zu bejahen.

¹⁴⁷⁴ Frey in: Sinz, Kahle–Brennpunkt Verrechnungspreise, S. 60.

¹⁴⁷⁵ COM(2016) 198 final, S. 2.

¹⁴⁷⁶ Vgl. COM(2016) 198 final, S. 8.

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht im Anhang ist jedoch zudem im Hinblick auf die Verbesserung der Informationsfunktion erforderlich. Denn es gibt hier ebenfalls kein anderes Mittel, das im selben Maße geeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und für die Betroffenen weniger belastend ist. Ein anderes Mittel, das für die Betroffenen weniger belastend ist, sind die bestehenden Regelungen im Handelsgesetzbuch. Diese Regelungen sind jedoch nicht im selben Maße geeignet. Eine Auseinandersetzung mit diesen Regelungen ist bereits erfolgt. Dort wurde gezeigt, dass die bestehenden Regelungen diesem Vorschlag nicht entsprechen und dass die Informationen, die durch sie zur Verfügung gestellt werden, hinter dieser vorgeschlagenen Regelung zurückbleiben. Durch die vorgeschlagene Regelung kann die Informationsfunktion des Abschlusses verbessert werden, indem Angaben offengelegt werden, die es ermöglichen, die Auswirkungen auf die Finanzlage des multinationalen Unternehmens genauer einzuschätzen. Die gilt insbesondere im Hinblick auf steuerliche Risiken der Verrechnungspreise. Damit ist die vorgeschlagene Regelung effektiver, um die Informationsfunktion zu gewährleisten. Mangels anderer ersichtlicher Maßnahmen, die im selben Maße geeignet sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und für die Betroffenen weniger belastend sind, ist die Erforderlichkeit der vorgeschlagenen Vorschrift hier ebenfalls zu bejahen.

(4) Verhältnismäßigkeit i. e. S.

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht im Anhang ist zudem verhältnismäßig i. e. S. Denn die Belastungen der Betroffenen stehen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel, Verrechnungspreismanipulationen seitens multinationaler Unternehmen durch erhöhte Transparenz und öffentliche Kontrolle zu bekämpfen. Dies ergibt die Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Teilhabenden, Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern und Kunden sowie dem öffentlichen Interesse, bei der die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels und die auch verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen, die Intensität der Belastung der Betroffenen sowie die Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels beachtet wurden.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der o. g. Personengruppen sowie den öffentlichen Interessen sind zunächst die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des jeweiligen verfolgten Ziels und die auch verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen zu beachten. Im Rahmen der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen ist die Berufsausübungsfreiheit aus Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG zu beachten. Im Rahmen der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des verfolgten Ziels ist das Interesse der o. g. Personengruppen an Transparenz und damit der Möglichkeit von Kontrolle zu beachten. Dieses überwiegt hier als vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls das Interesse der Betroffenen und rechtfertigt den Eingriff in Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG. Sofern Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, wird weiter unten eine ihren Schutz bezweckende Regelung vorgeschlagen. Im Rahmen der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des verfolgten Ziels sind ferner das öffentliche Interesse an der Finanzierung des öffentlichen Haushalts mittels der Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung sowie der Beseitigung von Wettbewerbsnachteilen für rechtstreue Unternehmen und damit Artikel 3 Absatz 1 ggf. i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG zu beachten. Sowohl der Finanzierung des öffentlichen Haushalts als auch Artikel 3 Absatz 1 ggf. i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG kommen eine hohe auch verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Denn die Finanzierung des öffentlichen Haushalts mittels der Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs garantiert die Funktionsfähigkeit des Staates. Artikel 3 Absatz 1 GG ggf. i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG garantiert die Gleichheit im Staat. Diese Gleichheit ist ein wesentliches Element eines demokratischen Staates, sodass ihr eine sehr hohe verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt. Zudem handelt es sich bei alle diesen öffentlichen Interessen um vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls. Das öffentliche Interesse überwiegt hier daher ebenfalls das Interesse der Betroffenen an ihrer Berufsausübungsfreiheit. Hier ist ebenfalls die vorgeschlagene Geheimnisschutzregelung zu berücksichtigen. Hieraus ergibt sich, dass der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des verfolgten Ziels jeweils eine größere Bedeutung zukommt als der Bedeutung des betroffenen Grundrechts der Betroffenen. Hieraus resultiert, dass bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der o. g. Personengruppen sowie den öffentlichen Interessen die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels jeweils die verfassungsrechtliche Bedeutung des betroffenen Grundrechts der Betroffenen überwiegt.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Teilhabenden, Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmervertreterinnen und –vertreter und Kunden sowie den öffentlichen Interessen ist ferner die Intensität der Belastung der Betroffenen zu beachten. Im Hinblick auf die Intensität der Belastung der Betroffenen sind ihre Kosten und der Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu berücksichtigen.

Zunächst sind die Kosten zu berücksichtigen. Denn die Vorbereitung der Offenlegung kann die Intensität der Belastung steigern, da hierdurch in erheblicher Weise in den betrieblichen oder geschäftlichen Ablauf eingegriffen werden kann und dies mit Kosten verbunden ist. Dem Umfang der Angaben wird im Rahmen des Vorschlags jedoch bereits dadurch Rechnung getragen, dass Angaben über Geschäfte unter bestimmten Voraussetzungen nach Geschäftsarten zusammengefasst werden dürfen. Die Intensität der Belastung der Betroffenen durch die Kosten der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht ist jedoch im Übrigen zudem sehr gering. Denn die vorgeschlagene Offenlegungspflicht regelt, dass von den Unternehmen die Offenlegung derjenigen Angaben verlangt wird, die sie gegenüber den Steuerbehörden nach §§ 90 Absatz 3 und 138a AO offenlegen müssen. Es sind zudem lediglich jene Unternehmen zur Offenlegung dieser Angaben verpflichtet, die nach § 90 Absatz 3 AO i. V. m. der Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung und § 138a AO hierzu gegenüber den Steuerbehörden verpflichtet sind. Hierdurch wird der Kreis der verpflichteten großen Gesellschaften ferner weiter eingeschränkt. Im Hinblick auf die Angaben nach § 138a AO haben sie die Angaben zudem lediglich zu dem Zeitpunkt offenzulegen, zu dem sie sie gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern offenzulegen haben. Zusätzliche Kosten entstehen den Betroffenen daher nicht im nennenswerten Umfang. Dies gilt ebenfalls im Hinblick darauf, dass nicht in jedem Jahr eine Außenprüfung stattfindet, jedoch die Angaben, die die Betroffenen nach § 90 Absatz 3 AO zudem i. V. m. der Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung gegenüber den Steuerbehörden offenlegen müssen, in der Regel lediglich im Rahmen einer Außenprüfung offengelegt werden (vgl. § 90 Absatz 3 Satz 5 AO). Denn jedenfalls erfolgen Außenprüfungen derart regelmäßig, dass der Steueranspruch nicht verjährt, und sie umfassen aus demselben Grund den Zeitraum zwischen zwei Außenprüfungen. Damit sind diese Angaben bereits bisher für jedes Jahr zu erstellen. Lediglich der Zeitraum, zu dem die Dokumentation erstellt wird, ändert sich in einen jährlichen Zeitraum. Dies erhöht die Kosten jedoch nicht nennenswert. Dass lediglich

diejenigen Unternehmen zur Veröffentlichung des länderbezogenen Berichts nach § 138a AO verpflichtet sind, die eine entsprechende Offenlegungspflicht gegenüber der deutschen Steuerverwaltung trifft, ist unschädlich. Denn hierdurch werden Kosten gesenkt, ohne dass der Informationsgewinn für die Durchführung des Fremdvergleichs wesentlich geschmälert würde. Denn zwar müssen nicht alle Unternehmen, von denen die deutsche Steuerverwaltung einen länderbezogenen Bericht erhält, diesen im Anhang offenlegen. Denn dies müssen lediglich jene, die einen solchen Bericht an die deutsche Steuerverwaltung selbst übermitteln und nicht jene, deren Bericht die deutsche Steuerverwaltung durch den automatischen Informationsaustausch aus dem Ausland erhält. Da der Bericht jedoch lediglich der Risikoabschätzung dient und nicht der Durchführung des Fremdvergleichs, geht für die Durchführung des Fremdvergleichs keine wesentliche Information verloren, es können jedoch Kosten erspart werden. Die Ungleichbehandlung von multinationalen Unternehmen in Deutschland mit solchen weltweit ist mithin durch die Kostenerleichterung gerechtfertigt.

Schließlich ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu beachten. Dieser Schutz stellt ein wesentliches Interesse der Betroffenen dar und ihn nicht zu gewähren, bedeutet die intensivste Belastung der Betroffenen. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind Informationen, die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich sind und daher von wirtschaftlichem Wert sind und die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhabenden sind und bei denen ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht (vgl. § 2 Nr. 1 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)). Diese Auslegung wird gestützt durch eine in der Literatur vertretene Auffassung zu § 33g GWB, nach der der Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Einklang mit der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie auszulegen sei.¹⁴⁷⁷ Hiernach könne jedenfalls nicht ohne Weiteres an der bisherigen Rechtsprechung zu diesen Begriffen angeknüpft werden.¹⁴⁷⁸ Zu den wirtschaftlichen Betriebsgeheimnissen zählen z. B. Bezugsquellen, Einkaufspreise und Preiskalkulationen.¹⁴⁷⁹ Gerade solche Angaben können jedoch für die Durchführung eines Fremdvergleichs erforderlich sein. Ohne sie ist es in manchen Fällen unmöglich, einen Fremdvergleich durchzuführen. Mit dem unbedingten

¹⁴⁷⁷ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 100.

¹⁴⁷⁸ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 100.

¹⁴⁷⁹ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 58.

Schutz dieser wirtschaftlichen Betriebsgeheimnisse würde die öffentliche Kontrolle von Verrechnungspreismanipulationen seitens multinationaler Unternehmen und die Information der und die Kontrolle seitens der o. g. Personengruppen daher unmöglich gemacht. Im Hinblick auf ältere Marktdaten gilt, dass an diesen bereits kein Geheimhaltungsinteresse besteht.¹⁴⁸⁰ Denn sie lassen keine Rückschlüsse auf das aktuelle Marktgeschehen zu.¹⁴⁸¹ Im Übrigen wird dem Interesse des Schutzes vor einem erheblichen Nachteil des Unternehmens durch eine spezielle Regelung Rechnung getragen. Das Interesse multinationaler Unternehmen daran, Verrechnungspreise zu manipulieren, ist jedoch nicht schutzwürdig.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Teilhabenden, Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter und Kunden sowie den öffentlichen Interessen ist schließlich die Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels zu beachten. Dieses ist die Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen.

Wie bereits erwähnt, ist die vorgeschlagene Offenlegungspflicht eine geeignete Maßnahme. Denn mittels ihrer können Transparenz und öffentliche Kontrolle von Verrechnungspreismanipulationen seitens multinationaler Unternehmen erhöht werden. Die Erhöhung der Transparenz und öffentlichen Kontrolle wiederum ist dazu geeignet, Verrechnungspreismanipulationen zu bekämpfen. Denn mehr Transparenz und öffentliche Kontrolle im Bereich der Unternehmensbesteuerung kann wegen des erhöhten Aufdeckungs- und Reputationsrisikos und seiner selbstregulierenden Wirkung helfen, dass Verrechnungspreismanipulationen bekämpft werden. Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht würde bereits dadurch das Aufdeckungs- und Reputationsrisiko erhöhen und dadurch vor Verrechnungspreismanipulationen abschrecken, dass die Transparenz und öffentliche Kontrolle von Verrechnungspreismanipulationen seitens multinationaler Unternehmen erhöht würde. Dies würde dazu beitragen, dass Verrechnungspreismanipulationen aufgedeckt würden. Dies ist dazu geeignet, multinationale Unternehmen mit Blick auf das Aufdeckungsrisiko und ihre Reputation davon abzuschrecken, Verrechnungspreismanipulationen vorzunehmen. Damit entfaltet dies und somit die vorgeschlagene Offenlegungspflicht eine selbstregulierende Wirkung auf die multinationalen

¹⁴⁸⁰ Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 273; Oesterreich, BB 2017, 1865, 1871.

¹⁴⁸¹ Oesterreich, BB 2017, 1865, 1871.

Unternehmen. Diese selbstregulierende Wirkung wird das Ziel der Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen ebenfalls fördern.

Ferner begründet all dies gleichzeitig eine besondere Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht. Die öffentliche Kontrolle der Verrechnungspreismanipulationen seitens multinationaler Unternehmen kann schließlich die Finanzierung des öffentlichen Haushalts mittels der Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs, die gleichmäßige Besteuerung der steuerpflichtigen Personen und die Bekämpfung von Wettbewerbsnachteilen für regeltreue Unternehmen durch den Einsatz von mehr Ressourcen zur Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen stärken. Dies wird durch die vorgeschlagene Offenlegungspflicht wegen der Erhöhung der personellen und zeitlichen Ressourcen in Form der Öffentlichkeit und der Möglichkeit, externes Know-how in der Öffentlichkeit zu nutzen, gefördert. Hierbei handelt es sich um einen besonders wichtigen Aspekt, da Verrechnungspreismanipulationen in hohem Maße zur Gewinnverkürzung und –verlagerung seitens multinationaler Unternehmen beitragen. Gleichzeitig wird hierdurch die Steuererhebung verbessert, die Effektivität der Arbeit der Steuerbehörden gesteigert und die Steuerbehörde entlastet. Darüber hinaus wird durch die erhöhte Transparenz das Vertrauen in die Steuergerechtigkeit und eine sachkundigere Debatte über mögliche Mängel bei der Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen gefördert. Die besondere Eignung der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht folgt zudem daraus, dass das Interesse der Teilhabenden, Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmervertreterinnen und –vertreter und Kunden gestärkt wird an der Offenlegung von Angaben, die es ermöglichen, Auswirkungen auf die Finanzlage des multinationalen Unternehmens genauer zu quantifizieren und damit einzuschätzen. Denn im Hinblick auf die Informationsfunktion des Abschlusses ist die vorgeschlagene Regelung effektiver als die geltende Rechtslage. Denn die im Anhang bereits offenzulegenden Angaben erlauben, im Gegensatz zu der hier vorgeschlagenen Regelung, eine Quantifizierung der Auswirkungen auf die Finanzlage sowohl hinsichtlich der Höhe der Auswirkungen auf die Finanzlage als auch hinsichtlich des Risikos von Steuernachzahlungen, Schätzungsbefugnissen der Finanzverwaltung und Zuschlägen sowie, um bereits auf die wettbewerbsrechtliche Dimension vorzugreifen, hinsichtlich des Risikos von Kartellschadenersatzansprüchen und Bußgeldern nicht derart genau, wie die vorgeschlagene Regelung. Im Hinblick auf die Arbeitnehmervertreter ist eine weitere positive Auswirkung dieser Regelung, dass durch mehr Transparenz die

Arbeitnehmerrechte auf Information und Konsultation gestärkt werden.¹⁴⁸² Schließlich ist die vorgeschlagene Regelung zudem im Hinblick auf die Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen effektiver als die geltende Rechtslage.

Nachdem die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels und die auch verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen, die Intensität der Belastung der Betroffenen und die Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels erörtert wurden, sind all diese Gesichtspunkte nunmehr im Rahmen einer Gesamtinteressenabwägung abzuwägen. Diese Gesamtinteressenabwägung ergibt, dass die Belastungen der Betroffenen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.

Denn zunächst ist hierbei zu berücksichtigen, dass die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels als vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls die verfassungsrechtliche Bedeutung der Berufsausübungsfreiheit als betroffenem Grundrecht der Betroffenen überwiegt.

Das Interesse der Teilhabenden, Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmervertreterinnen und –vertreter und Kunden an der möglichst genauen Quantifizierung der Auswirkungen auf die Finanzlage des multinationalen Unternehmens und das öffentliche Interesse an der Finanzierung des öffentlichen Haushalts mittels der Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs, der gleichmäßigen Besteuerung der steuerpflichtigen Personen sowie der Bekämpfung von Wettbewerbsnachteilen für regeltreue Unternehmen überwiegen jeweils ferner die Interessen der Betroffenen hinsichtlich der Kosten und des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Hinblick auf die Intensität der Belastung der Betroffenen. Hier ist zu berücksichtigen, dass die Kosten nicht im nennenswerten Umfang erhöht werden und dem Interesse der Betroffenen am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch eine eigene Geheimnisschutzregelung Rechnung getragen wird. Hinsichtlich der Interessen der o. g. Personengruppen gilt jedoch, dass hier typischerweise eine hohe Informationsasymmetrie bei gleichzeitig großer Bedeutung von Angaben der Durchführung eines Fremdvergleichs entgegenstehen. Die o. g.

¹⁴⁸² Vgl. COM(2016) 198 final, S. 38: die betreffenden Informationen sind hierbei lediglich dazu geeignet, auf bestimmte Risiken hinzuweisen, wohingegen der vorliegende Vorschlag die Transparenz und Kontrolle von Verrechnungspreisen ermöglicht.

Personengruppen sind also auf die Offenlegung der Angaben regelmäßig angewiesen, um einen Fremdvergleich durchführen zu können und damit die Auswirkungen auf die Finanzlage des multinationalen Unternehmens genauer als bisher quantifizieren zu können. Mit dem Vorschlag wird ferner das o. g. öffentliche Interesse gefördert. Gleichzeitig wird durch die erhöhte Transparenz zudem das Vertrauen in die Steuergerechtigkeit gestärkt und eine sachkundigere Debatte über mögliche Mängel bei der Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen gefördert.

Schließlich kommt hinzu, dass die vorgeschlagene Offenlegungspflicht schon grundsätzlich eine geeignete Maßnahme ist. Für ihre besondere Geeignetheit spricht jedoch ihre gesteigerte Abschreckungswirkung. Denn die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist wegen des erhöhten Aufdeckungs- und Reputationsrisikos dazu geeignet, multinationale Unternehmen wirksamer davon abzuschrecken, Verrechnungspreise zu manipulieren, und wird daher eine gesteigerte selbstregulierende Wirkung auf multinationale Unternehmen entfalten. Die öffentliche Kontrolle der Verrechnungspreismanipulationen seitens multinationaler Unternehmen kann außerdem die Finanzierung des öffentlichen Haushalts mittels der Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs, die gleichmäßige Besteuerung der steuerpflichtigen Personen und die Bekämpfung von Wettbewerbsnachteilen für regeltreue Unternehmen durch den Einsatz von mehr Ressourcen in Form der Öffentlichkeit und privatem Know-how zur Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen stärken. Hier ist zu berücksichtigen, dass ein öffentliches Interesse besteht an der Durchsetzung des Steueranspruchs und der gleichmäßigen Besteuerung der steuerpflichtigen Personen, um die Finanzierung des öffentlichen Haushalts und damit das Funktionieren des Staates, die Gleichbehandlung im Zuge der Steuererhebung sowie die Bekämpfung von Wettbewerbsnachteilen für regeltreue Unternehmen sicherzustellen und das Vertrauen in die Steuergerechtigkeit zu erhöhen. Gleichzeitig wird die Steuererhebung verbessert, die Effektivität der Arbeit der Steuerbehörden erhöht und die Steuerbehörde entlastet. Ferner sinken durch die erhöhte Transparenz die Steuerbefolgungskosten. Denn das Personal der Betriebsprüfung wird von Aufgaben entlastet. Schließlich wird durch die erhöhte Transparenz das Vertrauen in die Steuergerechtigkeit und eine sachkundigere Debatte über mögliche Mängel bei der Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen gefördert. Voraussetzung für all dies ist jedoch, dass ein Fremdvergleich seitens der Öffentlichkeit überhaupt erst durchgeführt werden kann; also die Öffentlichkeit Verrechnungspreismanipulationen überhaupt

kontrollieren kann. Hierzu bedarf es der Offenlegung der betreffenden Angaben, so wie es die vorgeschlagene Regelung vorsieht. Die besondere Eignung der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht folgt jedoch zudem daraus, dass das Interesse der Teilhabenden, Investierenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmervertreterinnen und –vertreter und Kunden gestärkt wird an der Offenlegung von Angaben, die es ermöglichen, Auswirkungen auf die Finanzlage des multinationalen Unternehmens genauer zu quantifizieren und damit einzuschätzen. Wägt man all dies ab, dann steht weniger bedeutenden Belastungen der Betroffenen, die durch die Interessen der o. g. Personengruppen und die öffentlichen Interessen jeweils überwogen werden, das bedeutendere angestrebte Ziel der Bekämpfung von Verrechnungspreismanipulationen gegenüber. Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist zudem besonders geeignet, dieses Ziel zu erreichen, und hat ferner noch weitere positive Auswirkungen.

Aus allem ergibt sich, dass die Belastungen der Betroffenen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen. Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist daher auch verhältnismäßig i. e. S.

Die systematische Stellung dieses Regelungsvorschlags im Anhang ist bereits dadurch begründet, dass es sich bei den hier geforderten Angaben um entscheidungsnützliche Informationen handelt.¹⁴⁸³ Denn sie enthalten zusätzliche Kriterien für die Unternehmensanalyse und –beurteilung in finanzieller Hinsicht.¹⁴⁸⁴ Sie offenbaren nicht lediglich mehr Informationen hinsichtlich der Auswirkungen von Geschäften mit Nahestehenden, sondern zudem Risiken von nachträglichen Verrechnungspreiskorrekturen.¹⁴⁸⁵ Mithin kommt es auf den Meinungsstreit, ob der Anhang lediglich finanzielle Informationen enthalten darf, nicht an.¹⁴⁸⁶ Denn um solche handelt es sich hier. Abgesehen hiervon enthält der Anhang bereits gegenwärtig ebenfalls nichtfinanzielle Angaben.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸³ Vgl. Grotherr, KOR 2015, 532, 533.

¹⁴⁸⁴ Vgl. Grotherr, KOR 2015, 532, 533.

¹⁴⁸⁵ Vgl. Grotherr, KOR 2015, 532, 534.

¹⁴⁸⁶ Vgl. zu dieser Meinung, obwohl bereits gegenwärtig auch nichtfinanzielle Angaben im Anhang enthalten sind: Hüttemann, AG 2009, 774, 775.

¹⁴⁸⁷ Vgl. zu dem Zweck der Regelung nach nichtfinanziellen Angaben: Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 285 HGB, Rn. 32; vgl. Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, Böcking/Gros/Wirth, § 285 HGB, Rn. 14; Koller/Kindler/Roth/Drüen, Morck/Drüen, § 285 HGB, Rn. 23; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 285 HGB, Rn. 208 und 292; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch,

bbb. Wettbewerbsbeschränkung

Nunmehr wird der Vorschlag in der Hauptsache zu § 285 Nr. 21a HGB begründet, sofern es das Wettbewerbsrecht betrifft.

(1) Legitimes Ziel

Die Offenlegungspflicht verfolgt das legitime Ziel, die zweite Säule der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu stärken, also seine Durchsetzung im Wege der privatrechtlichen Durchsetzung. Durch die Offenlegungspflicht soll die private Durchsetzung und dadurch die Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt effektiver gestaltet werden. Denn bisher trägt die private Durchsetzung insbesondere wenig zur Aufdeckung von Verstößen bei.¹⁴⁸⁸ Daher ist ihre Abschreckungswirkung sehr gering.¹⁴⁸⁹ Die Offenlegungspflicht führt jedoch ferner zu einer Selbstregulierung, die mit Blick auf die abschreckende Wirkung, dass der Verstoß bekannt wird, schon den Verstoß selbst verhindert. Schließlich hilft sie, Verstöße aufzudecken, die dennoch auftreten. Nach einer Meinung bestünde jedoch gar kein Interesse an der Stärkung der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, da bei entsprechender Schadenshöhe die Durchsetzung ohnehin erfolge.¹⁴⁹⁰ Mit der Gegenauffassung ist dem zu entgegnet, dass selbst eine geringfügige Steigerung der Durchsetzungswahrscheinlichkeit insbesondere die Abschreckungswirkung stärkt.¹⁴⁹¹

Der privatrechtlichen Durchsetzung steht bei Wettbewerbsstreitigkeiten typischerweise die Unkenntnis des Privaten vom Verstoß entgegen sowie eine hohe Informationsasymmetrie bei gleichzeitig großer Bedeutung von Beweismitteln.¹⁴⁹² Der Private kann als außenstehende Person einen Verstoß regelmäßig nicht ohne Weiteres erkennen und verfügt dann zudem häufig nicht über ausreichend Informationen, um seinen Anspruch dem Grunde und der Höhe nach darzulegen und zu beweisen.¹⁴⁹³ Ziel der Offenlegungspflicht ist es daher, die Möglichkeit des Privaten zu verbessern, einen Verstoß als außenstehende Person, unabhängig

Poelzig, § 314 HGB, Rn. 69; vgl. NWB-Kommentar Bilanzierung, § 285 HGB, Rn. 115; Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 285 HGB, Rn. 51, 77 und 103.

¹⁴⁸⁸ Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 161.

¹⁴⁸⁹ Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 161.

¹⁴⁹⁰ Vgl. Darstellung dieser Meinung in einem anderen Kontext: Drixler, S. 374.

¹⁴⁹¹ Vgl. in einem anderen Kontext: Drixler, S. 374 f..

¹⁴⁹² Vgl. Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 161; vgl. Rosenfeld/Brand, WuW 2017, 247, 247.

¹⁴⁹³ Drixler, S. 120 und 121; Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 161.

von follow-on Klagen, zu erkennen und Beweis zu führen. Denn dieser ist auf die Offenlegung hierfür in der Regel angewiesen.¹⁴⁹⁴ Relevante Informationen sind hierbei insbesondere die Informationen, die die interne Preiskalkulation betreffen, wie die Beschaffungskosten und andere kostenrelevante Vorgänge, sowie Informationen, die für die Ermittlung des Mehrerlöses erforderlich sind, wie die Preise im Zeitraum vor und nach der Kartellabsprache.¹⁴⁹⁵ Ferner zählen zu den relevanten Informationen die Preispolitik der Kartellteilnehmerinnen und -teilnehmer, ggf. die Preispolitik der unmittelbaren Abnehmerinnen und Abnehmer, die den Schaden weiterwälzen, sowie die genaue Vernetzung vorgeschalteter Marktakteure.¹⁴⁹⁶

Die Offenlegungspflicht stärkt die private Durchsetzung als zweite Säule zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.¹⁴⁹⁷ Denn die Hindernisse, die dem entgegenstehen, nämlich Unkenntnis und unzulängliche Beweismittel, werden durch die Offenlegungspflicht beseitigt. Denn hierdurch werden Informationsasymmetrien abgebaut.¹⁴⁹⁸ Ein vorprozessualer Zugang zu allen wesentlichen Informationen, wie z. B. das britische Recht es ebenfalls vorsieht, ist hierbei offensichtlich vorteilhaft, um die Erfolgsaussichten einer Klage einzuschätzen und die Klage vorzubereiten.¹⁴⁹⁹ Die Offenlegungspflicht ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i. e. S., um dieses legitime Ziel zu erreichen. Hierbei sprechen die besseren Gründe für die vorgeschlagene Regelung im Vergleich zu der bestehenden Rechtslage (vgl. § 33g GWB).

(2) Geeignetheit

Die Offenlegungspflicht ist eine geeignete Maßnahme. Denn mittels ihrer kann die zweite Säule der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gestärkt werden. Die Hindernisse, die der privaten Durchsetzung regelmäßig entgegenstehen, nämlich die Informationsasymmetrie in Form der Unkenntnis und unzulänglicher Beweismittel, werden durch die Offenlegungspflicht beseitigt.

¹⁴⁹⁴ Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 245.

¹⁴⁹⁵ Vgl. zu der Relevanz dieser Informationen: Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 21.

¹⁴⁹⁶ Drixler, S. 120 f.

¹⁴⁹⁷ Vgl. schon zu § 33g GWB: Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 246.

¹⁴⁹⁸ Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 246 f..

¹⁴⁹⁹ Vgl. Drixler, S. 220 f..

(3) Erforderlichkeit

Die Offenlegungspflicht ist zudem erforderlich. Denn es gibt kein anderes Mittel, das im selben Maße geeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und für die Betroffenen weniger belastend ist. Denn das andere, geeignete Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels ist der geltende § 33g GWB. Dieser ist zwar weniger belastend, jedoch nicht gleich wirksam. Vielmehr bedarf es, um die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts als zweite Säule tatsächlich zu stärken, durchgreifenderer Maßnahmen, als sie bisher eingeführt wurden.¹⁵⁰⁰ Ohnehin ist § 33g GWB nicht als das Ende des Prozesses der Stärkung der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu verstehen.¹⁵⁰¹

Die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, trotz § 33g GWB, hemmende Aspekte sind Rechtsunsicherheit, eine vermutete, lange Verfahrensdauer und finanzkräftige potenzielle Schädigende, die die Bereitschaft signalisieren, sehr stark in die Abwehr der Klage investieren zu wollen.¹⁵⁰² Nach § 33g Absatz 1 GWB erfordert der Offenlegungsanspruch, dass diejenige Person, die den Anspruch stellt, glaubhaft macht, einen Kartellschadenersatzanspruch zu haben, und die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist.

Selbst nach einer weniger restriktiven Auslegung der Voraussetzung der Glaubhaftmachung erfordert diese, dass die anspruchstellende Person ihren Schadenersatzanspruch jedenfalls hinreichend plausibel macht.¹⁵⁰³ Hierzu muss sie ihn begründen und die mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismittel genutzt haben.¹⁵⁰⁴ Der Anspruch muss schlüssig vorgetragen werden.¹⁵⁰⁵ Hierzu muss sie Tatsachen vortragen, die unter Zugrundelegung eines Rechtssatzes geeignet und erforderlich sind, ihren Schadenersatzanspruch in ihrer Person als entstanden erscheinen zu lassen.¹⁵⁰⁶

¹⁵⁰⁰ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 608.

¹⁵⁰¹ Drixler, S. 65.

¹⁵⁰² MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 5; vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 559.

¹⁵⁰³ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 16.

¹⁵⁰⁴ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 16.

¹⁵⁰⁵ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 17.

¹⁵⁰⁶ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 17.

Unklar sei, welche Anforderungen an die Darlegung der Schadenshöhe gestellt werden.¹⁵⁰⁷ Eine Meinung vertritt hierzu, dass, unbeschadet der Vermutungstatbestände des § 33a Absatz 2 GWB, die Darlegung und Glaubhaftmachung von Tatsachen erforderlich sei, die darauf hindeuteten, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Schaden vorläge.¹⁵⁰⁸ Die Gegenmeinung ist der Auffassung, dass es sich hierbei um eine nicht richtlinienkonforme Auslegung handele, die daher abzulehnen sei.¹⁵⁰⁹ Ferner sei eine Auslegung im Sinne von § 294 ZPO nicht sachgerecht und sie würde zudem den Anforderungen eines materiellen Herausgabeanspruchs nicht gerecht.¹⁵¹⁰ Denn es gehe nicht darum, der anspruchstellenden Person die besondere Beweisführung durch Glaubhaftmachung zu ermöglichen, sondern darum, dass sie ihren Anspruch plausibilisiere, indem sie diejenigen Tatsachen und Beweismittel ausschöpfe, die ihr mit zumutbarem Aufwand zur Verfügung stünden.¹⁵¹¹ Die Plausibilität könne nach dieser Auffassung jedoch zudem nicht mit der abstrakten, erheblichen oder hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Schadenersatzanspruchs gleichgesetzt werden, sondern es sei im Einzelfall zu entscheiden, welches Niveau an Darlegung und Beweis der jeweiligen anspruchstellenden Person zumutbar sei.¹⁵¹² Indes ist dieser Meinungsstreit hier nicht zu entscheiden, da er nicht der Schwerpunkt dieser Untersuchung ist.

Dieselbe weniger restriktive Auffassung zur Auslegung der Voraussetzungen des § 33g Absatz 1 GWB vertritt zur Bezeichnung der Beweismittel die Meinung, dass für den Fall, dass von der antragstellenden Person lediglich eine verhältnismäßig grobe Bezeichnung der Beweismittel gefordert werden könne, dies zu einer Einschränkung der anzuordnenden Offenlegung führen könne.¹⁵¹³ Die Anforderungen an die Bezeichnung der Beweismittel seien zudem von der Art der betroffenen Beweismittel abhängig.¹⁵¹⁴ Der Offenlegungsanspruch richte sich jedoch nicht lediglich auf individuelle Beweismittel, sondern es könne zudem die Offenlegung von Kategorien von Beweismitteln verlangt werden.¹⁵¹⁵

¹⁵⁰⁷ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 17.

¹⁵⁰⁸ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 17.

¹⁵⁰⁹ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 18.

¹⁵¹⁰ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 19.

¹⁵¹¹ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 19.

¹⁵¹² Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 21.

¹⁵¹³ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 24.

¹⁵¹⁴ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 24.

¹⁵¹⁵ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 26.

Bereits hier wird deutlich, dass selbst unter Zugrundelegung einer weniger restriktiven Auffassung dieser Offenlegungsanspruch bereits aus dem Grund weniger wirksam ist, da beide oben genannten Voraussetzungen Hürden für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches darstellen, wenn es bereits darum geht, zu erfahren, ob ein solcher Anspruch bestehen könnte.

Zu berücksichtigen ist hier, dass eine gerichtliche Entscheidung die Geltendmachung dieses Offenlegungsanspruchs im praktisch wichtigen Verfahren des § 89b Absatz 5 GWB bereits erschwert hat.¹⁵¹⁶ Dem soll durch § 89b Absatz 5 Satz 2 GWB in der Fassung des GWB-Digitalisierungsgesetzes zwar begegnet werden.¹⁵¹⁷ Jedoch ist dies bereits ein Indiz dafür, dass die gerichtliche Handhabung des Offenlegungsanspruchs nach § 33g GWB eher restriktiv sein wird.¹⁵¹⁸ Diese wird sich im besonderen Maße auf die Auslegung der Voraussetzung der Erforderlichkeit auswirken. Bevor auf diese Voraussetzung eingegangen wird, soll eines erwähnt werden: § 33g GWB wird ferner wegen seines Spezifikationserfordernisses hinsichtlich der offenzulegenden Informationen zu hohen Kosten bei den privaten Geschädigten führen.¹⁵¹⁹ In Deutschland treten also zu dem hemmenden Aspekt der Rechtsunsicherheit noch hohe Kosten.

Dieser Offenlegungsanspruch ist jedoch zudem wegen der Voraussetzung der Erforderlichkeit des Beweismittels bzw. der Auskunft weniger wirksam. Wie diese Voraussetzung auszulegen ist, ist streitig. Nach einer weniger restriktiven Auslegung sei die Voraussetzung der Erforderlichkeit richtlinienkonform im Sinne einer Eignung des Beweismittels für den Rechtsstreit auszulegen, um die Position der Geschädigten zu verbessern.¹⁵²⁰ Diese Voraussetzung sei weit auszulegen und daher eher anzunehmen als abzulehnen.¹⁵²¹ Nach anderer Auffassung seien jedoch einige Merkmale der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 33g Absatz 3 GWB „negative Tatbestandsmerkmale“ der Erforderlichkeit.¹⁵²² Dies dürfte insbesondere für das Ausforschungsverbot gelten.¹⁵²³ Der Auffassung, die dies ablehnt, wird gefolgt. Ihre Begründung ist überzeugend: Die drei europarechtlich vorgegebenen

¹⁵¹⁶ Weitbrecht, NZKart 2020, 106, 110.

¹⁵¹⁷ Vgl. BT-Drs. 19/23492, S. 138 f..

¹⁵¹⁸ MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 7; Weitbrecht, NZKart 2020, 106, 110.

¹⁵¹⁹ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 362.

¹⁵²⁰ Bach in: FS Schroeder, S. 52; Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 44.

¹⁵²¹ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 46.

¹⁵²² Vgl. Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 45 mit Ausführungen zu dieser Gegenauffassung.

¹⁵²³ Vgl. Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 30 ff..

Prüfungsschritte würden unzulässigerweise vermischt.¹⁵²⁴ Denn bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, bei der die in § 33g Absatz 3 GWB genannten Kriterien jedoch lediglich zu berücksichtigen seien, ohne dass eines dieser Kriterien isoliert zum Anspruchsausschluss führe.¹⁵²⁵ Könnten diese Kriterien jedoch die Voraussetzung der Erforderlichkeit einschränken, wäre dies anders.¹⁵²⁶ Eine wiederum andere Meinung ist der Auffassung, dass die Voraussetzung der Erforderlichkeit derart auszulegen sei, dass Erforderlichkeit für die Entscheidung des Schadenersatzanspruchs gegeben sein müsse.¹⁵²⁷ Nach der oben genannten weniger restriktiven Auffassung sei diese Meinung ebenfalls abzulehnen, da sie Sinn und Zweck des § 33g GWB zuwiderlaufe.¹⁵²⁸ Ferner würde hierdurch die Prüfung dieser Voraussetzung mit einer Fülle von Rechtsfragen aus dem Prozess belastet werden.¹⁵²⁹ Im Ergebnis würde eine Offenlegung hierdurch verhindert oder zeitlich verzögert, obwohl der Gesetzgeber gerade einen frühzeitigen Zugang gewähren wollte.¹⁵³⁰ Dieser Argumentation wird jedoch nicht gefolgt, da dem objektiven Willen des Gesetzgebers folgend die Erforderlichkeit im gleichen Sinne wie im Recht des geistigen Eigentums auszulegen ist und daher, zur Verhinderung eines Ausforschungsbeweises, Erforderlichkeit lediglich gegeben ist, wenn die anspruchstellende Person die Kenntnisse, die sie durch die Beweismittel gewinnt, zur Anspruchsdurchsetzung benötigt.¹⁵³¹ Dieses ergibt sich ferner daraus, dass die Erforderlichkeit jedenfalls derart auszulegen ist, dass eine im Zivilprozess unzulässige Ausforschung verhindert wird und für die verpflichtete Person jedenfalls bestimmbar ist, welche Auskünfte bzw. Beweismittel von ihr verlangt werden.¹⁵³² Erforderlichkeit erfordert daher nach der hier vertretenen Auffassung, dass das Beweismittel sowohl zur Beweiserbringung geeignet ist als auch dass die anspruchstellende Person ohne dieses beweisfällig bliebe.¹⁵³³ Im besonderen Maße ist hier, wie oben bereits erwähnt, mit einer eher restriktiven Handhabung durch die Gerichte zu rechnen. Diese Voraussetzungen stellt daher ebenfalls eine Hürde für die Geltendmachung des

¹⁵²⁴ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 45.

¹⁵²⁵ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 45.

¹⁵²⁶ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 45.

¹⁵²⁷ So wohl auch: MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 25 und 29; vgl.

Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 47 mit Hinweis auf diese Auffassung.

¹⁵²⁸ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 47.

¹⁵²⁹ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 48.

¹⁵³⁰ Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 48.

¹⁵³¹ Vgl. zu dieser Auslegung der Erforderlichkeit im Bereich des geistigen Eigentums: Immenga/Mestmäcker, Bach, § 33g GWB, Rn. 31.

¹⁵³² Vgl. zum Ersten: BT-Drs. 18/10207, S. 63; vgl. zu Letzterem: BT-Drs. 18/10207, S. 62; vgl. zu den Anforderungen: Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 25; Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 258; Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 163.

¹⁵³³ Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 164.

Schadenersatzanspruches dar und senkt die Wirksamkeit des § 33g GWB im Verhältnis zu dem hier unterbreiteten Regelungsvorschlag.

Hinzu kommt, dass der Anspruch nach § 33g Absatz 1 GWB gegen die richtige Partei geltend gemacht werden muss, will man kein Prozess(kosten)risiko eingehen. Diese ist die besitzende Person des Beweismittels.¹⁵³⁴ Jedoch ist häufig nicht bekannt, in wessen Besitz sich ein Beweismittel befindet.

All diese Hürden sind Folge dessen, dass dieser materiell-rechtliche Offenlegungsanspruch regelmäßig prozessual durchzusetzen ist. Dahingegen werden die Informationen im Rahmen der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht unabhängig von derlei prozessualen Hürden offengelegt.

Darüber hinaus ist dieser Offenlegungsanspruch jedoch zudem weniger wirksam, da er lediglich die Fälle des Schadenersatzanspruches nach § 33a Absatz 1 GWB erfasst oder Verteidigungssituationen gegen einen solchen Anspruch. Im Vergleich hierzu eignet sich die vorgeschlagene Offenlegungspflicht zudem für die Fälle von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach § 33 Absatz 1 GWB und selbst dann, wenn diese Ansprüche nicht vom Betroffenen (vgl. § 33 Absatz 3 GWB), sondern von den Verbänden und Einrichtungen i. S. d. § 33 Absatz 4 GWB geltend gemacht werden.

Ferner ist § 33g GWB aus dem Grund weniger wirksam, da, im Gegensatz zu der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht, eine Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörden (vgl. § 34 Absatz 1 GWB) und eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen i. S. d. § 33 Absatz 4 GWB (vgl. § 34a Absatz 1 GWB) ebenfalls nicht umfasst sind.

Außerdem ist § 33g GWB weniger wirksam, da diejenige Person, die ohnehin schon in Beweisnot ist, und dies dürfte wegen der hohen Informationsasymmetrie jenseits von follow-on-Klagen der Regelfall sein, zudem einen geringeren Umfang der Herausgabepflicht aus eben diesem Grund hinnehmen muss (vgl. § 33g Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 GWB).¹⁵³⁵ Zwar sind manche der Auffassung, dass derjenige, der in Beweisnot sei, nicht durch § 33g Absatz 3 Satz

¹⁵³⁴ Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 163.

¹⁵³⁵ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 36.

2 Nr. 1 GWB schlechter gestellt werde, da ein stufenweises Vorgehen dies vermeiden würde.¹⁵³⁶ Dem ist jedoch zu entgegnen, dass mit einem solchen Vorgehen Zeit- und Kostensteigerungen einhergehen, die Hindernisse für die Geltendmachung von Offenlegungsansprüchen sind.

Ferner ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des § 33g Absatz 3 Satz 2 Nr. 4 GWB die Bindungswirkung behördlicher oder gerichtlicher Entscheidungen zu berücksichtigen.¹⁵³⁷ Dies kann zu einem Abwägungsergebnis führen, bei dem nicht hinreichend berücksichtigt wurde, dass trotz dieser Entscheidungen Informationen erforderlich sein können, um den Wettbewerbsverstoß nachzuweisen.¹⁵³⁸ Hieraus ergibt sich ebenfalls eine geringere Wirksamkeit.

Eine geringere Wirksamkeit ergibt sich des Weiteren dadurch, dass der Aufwandsersatzanspruch nach § 33g Absatz 7 GWB ebenfalls eine Hürde für die Geltendmachung dieses Offenlegungsanspruchs darstellt.¹⁵³⁹ Denn dessen Höhe kann durchaus beträchtlich sein.¹⁵⁴⁰ Zu erwarten sind hohe Kosten für die anwaltliche Beratung und für die Dienstleistenden, die die Dokumente beurteilen und aufbereiten.¹⁵⁴¹ Die Begrenzung des Aufwandsersatzanspruchs auf Aufwendungen, die die offenlegungspflichtige Person nach den Umständen für erforderlich halten durfte, vermag diese Hürde nicht hinreichend zu senken.¹⁵⁴² Denn, in Situationen, in denen bereits unklar ist, ob ein Verstoß vorliegt, wird über diesen Aufwandsersatzanspruch das Kostenrisiko noch erhöht. Dies ist dazu geeignet, potenzielle Geschädigte davon abzuhalten, in Erfahrung bringen zu wollen, ob sie tatsächlich geschädigt wurden. Denn es steigert die Informationsgrenzkosten. Diese werden durch die vorgeschlagene Offenlegungspflicht hingegen gesenkt. Hier hilft die Geltendmachung dieser Aufwendungen als ersatzfähige Rechtsverfolgungskosten (vgl. §§ 33a Absatz 1 GWB, § 244 BGB) ebenfalls nicht weiter.¹⁵⁴³ Denn das Kostenrisiko verwirklicht sich dennoch im Unterliegensfall. Im Vergleich dazu sind die Informationsgrenzkosten für die Informationssuchenden bei der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht sehr gering.

¹⁵³⁶ MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33 GWB, Rn. 69.

¹⁵³⁷ MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33 GWB, Rn. 75 f..

¹⁵³⁸ MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33 GWB, Rn. 75 f..

¹⁵³⁹ In einem anderen Kontext: vgl. MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 148.

¹⁵⁴⁰ Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 269.

¹⁵⁴¹ Vgl. zu dem Bestehen des Aufwandsersatzanspruchs: Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 167.

¹⁵⁴² A. A. wohl Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 60.

¹⁵⁴³ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 61.

Ferner ist die Richtigkeit der Auskünfte und Beweismittel nicht überprüfbar. Hier hilft der Schadenersatzanspruch nach § 33g Absatz 8 GWB nicht. Denn dieser sanktioniert lediglich einen Verstoß, führt jedoch nicht zur Überprüfbarkeit. Anders verhält es sich mit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht, deren Angaben jedenfalls die Abschlussprüferinnen und -prüfer prüfen und die zudem mehr Sicherheit bieten, da sie ohne konkrete Befürchtung eines Schadenersatzanspruchs erstellt werden. Zudem steigert § 33g Absatz 8 GWB nicht die Effektivität des Offenlegungsanspruchs nach § 33g Absatz 1 GWB. Denn er wird keine praktische Relevanz entfalten, da sein Nachweis ohne die erforderlichen Informationen kaum möglich sein wird.¹⁵⁴⁴

Insgesamt kann konstatiert werden, dass § 33g GWB relativ hohe Anforderungen an eine Offenlegung stellt.¹⁵⁴⁵ Im Vergleich hierzu stellt die vorgeschlagene Offenlegungspflicht sehr geringe Anforderungen an den Zugang zu den erforderlichen Informationen. Zudem besteht hinsichtlich der Auslegung von § 33g GWB noch sehr viel Rechtsunsicherheit.¹⁵⁴⁶ Dies ist bei der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht nicht der Fall. Denn sie muss nicht vor Gericht geltend gemacht werden. Hiermit gehen ferner Prozesskostenrisiken einher. Diese führen ebenfalls zu einer geringeren Wirksamkeit des § 33g GWB im Vergleich zu der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht. Denn hieraus ergibt sich ebenfalls eine Hürde für die Geltendmachung des Offenlegungsanspruchs. In bestimmten Verfahrenskonstellationen hat die beklagte Partei außerdem die Möglichkeit, durch Rechtsmittel das Verfahren in die Länge zu ziehen.¹⁵⁴⁷ Diese Strategie kann zudem die Geltendmachung von Ansprüchen erschweren, da dadurch die Kosten und insbesondere das Kostenrisiko steigen. Schließlich ist § 33g GWB weniger wirksam, da er auf Einzelfallentscheidungen seitens der Gerichte zielt. Das, obwohl es bereits wegen der hohen Informationsasymmetrie an den erforderlichen Informationen mangelt, um einen Verstoß zu erkennen. Die geringe Wirksamkeit gerichtlich geltend zu machender Offenlegungspflichten zeigt sich in dem sehr niedrigen Anteil der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, sofern es die Aufdeckung von Verstößen betrifft und nicht follow-on Klagen. Zwar hat die Kartellschadenersatzrichtlinie insofern bereits eine Erleichterung mit sich gebracht, als dass zuvor das Gericht von dem Bestehen eines

¹⁵⁴⁴ Vgl. MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 159.

¹⁵⁴⁵ Vgl. hierzu in einem anderen Kontext: Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 287; vgl. hierzu auch: Oesterreich, BB 2017, 1865, 1872.

¹⁵⁴⁶ Oesterreich, BB 2017, 1865, 1872; Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 167.

¹⁵⁴⁷ Vgl. zu dieser Strategie: Oest/Hess/Janutta, CCZ 2017, 273, 276; Rosenfeld/Brand, WuW 2017, 247, Gliederungspunkt VII.

Kartellschadenersatzanspruchs dem Grunde nach vollständig überzeugt werden musste, um einen Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB zuzusprechen.¹⁵⁴⁸ Wohingegen im Rahmen des § 33g Absatz 1 GWB lediglich die Glaubhaftmachung gefordert wird.¹⁵⁴⁹ Die Gegenauffassung berücksichtigt jedoch nicht, dass es bereits Schwierigkeiten bereitet, einen Verstoß zu erkennen.

Aus diesem Grund ist das geltende Recht mit § 33g GWB weiterhin weniger wirksam als die hier vorgeschlagene, nicht gerichtlich geltend zu machende, Offenlegungspflicht. Denn mit ihr können die Informationssuchenden regelmäßig mit geringeren Kosten das Vorliegen von Verstößen besser prüfen. Die Kartellbehörden können ebenfalls Verstöße derart leichter aufdecken. Auf der Grundlage der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht und zudem wegen der gesunkenen Informationsgrenzkosten können Journalistinnen und Journalisten und die Zivilgesellschaft zur Aufdeckung von Verstößen beitragen und Verbände, Einrichtungen und Verbraucher ermutigt werden, ihre Ansprüche geltend zu machen. Im Hinblick auf die zuletzt genannten Personengruppen gilt dies zudem wegen der gesunkenen Prozess(kosten)risiken. Außerdem würde, aufgrund der verbesserten Informationssituation, die Schadenersatzhöhe eher dem erlittenen Schaden entsprechen. Derart wird die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts wirksamer gestärkt und verbessert. Gleichzeitig findet eine Entlastung der Gerichte statt. Denn viele Informationen wären bereits öffentlich zugänglich. Zudem würde die Lösung von Wettbewerbsstreitigkeiten im Vergleichswege gestärkt. Anderenfalls steht zu befürchten, dass die Kapazitäten an den zuständigen Landgerichten überschritten werden.¹⁵⁵⁰ Schließlich würde die öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung durch die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ebenfalls gefördert werden.¹⁵⁵¹ Denn aufgrund des gestiegenen Aufdeckungsrisikos würden sich mehr Kronzeugen die Vorteile von Kronzeugenanträgen sichern wollen. Damit ist die vorgeschlagene Offenlegungspflicht aus all den genannten Gründen wirksamer zur Erreichung des angestrebten Ziels als § 33g GWB und daher erforderlich. Die Kartellschadenersatzrichtlinie steht einer weitergehenden Offenlegungspflicht in den Mitgliedstaaten nicht entgegen, da es sich bei ihr um eine Mindestharmonisierung handelt.¹⁵⁵² §§ 33g und 89c GWB werden nach Umsetzung dieses

¹⁵⁴⁸ Vgl. zum Absenken des Beweismaßes: Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 3.

¹⁵⁴⁹ A. A. wohl: Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 10.

¹⁵⁵⁰ Vgl. Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 167.

¹⁵⁵¹ Vgl. zur Wirkung des § 33g GWB: Rosenfeld/Brand, WuW 2017, 247, Gliederungspunkt X.

¹⁵⁵² Vgl. Rosenfeld/Brand, WuW 2017, 247, 247.

Vorschlags, insbesondere wegen des Anspruchs gegen Wettbewerbsbehörden (vgl. § 89c GWB) oder nicht große Unternehmen (vgl. § 33g GWB), zudem nicht wegfallen dürfen.

(4) Verhältnismäßigkeit i. e. S.

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist zudem verhältnismäßig i. e. S. Denn die Belastungen der Betroffenen stehen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel, die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu stärken. Dies ergibt die Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie den öffentlichen Interessen, bei der die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels und die auch verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen, die Intensität der Belastung der Betroffenen sowie die Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels beachtet wurden.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie den öffentlichen Interessen sind zunächst die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels und die auch verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen zu beachten. Im Rahmen der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen ist die Berufsausübungsfreiheit gemäß Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG zu beachten. Sofern Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, wird weiter unten eine ihren Schutz bezweckende Regelung vorgeschlagen. Im Rahmen der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des verfolgten Ziels sind hingegen die Gewährleistung des Wettbewerbsrechts und der positiven Auswirkungen des Wettbewerbs in Form von Preissenkungen und Qualitätssteigerungen, wie z. B. durch Innovationen, für Verbraucher sowie die wirtschaftliche Handlungsfreiheit für Unternehmer und Unternehmen als Grundrecht aus Artikel 12 Absatz 1 ggf. i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG zu beachten. Nachdem dem Interesse der Betroffenen am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereits Rechnung getragen wurde und der Eingriff in Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG als Berufsausübungsregelung schon gerechtfertigt ist, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen, kann hier festgestellt werden, dass der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des verfolgten Ziels als

entsprechender Erwägung hier eine größere Bedeutung zukommt als der Bedeutung des betroffenen Grundrechts der Betroffenen.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie den öffentlichen Interessen ist ferner die Intensität der Belastung der Betroffenen zu beachten. Im Rahmen der Interessen der Betroffenen sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: in welchem Umfang ein Verstoß auf zugängliche Informationen und Beweismittel gestützt wird, der Umfang der Informationen und die Kosten, der Ausschluss der Ausforschung von Tatsachen, die für die Feststellung des Verstoßes und für Grund und Höhe von Ansprüchen nicht erheblich sind, sowie der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Diese Gesichtspunkte sind § 33g Absatz 3 GWB entnommen.

Im Rahmen der Interessen der Betroffenen ist zunächst zu berücksichtigen, in welchem Umfang ein Verstoß auf zugängliche Informationen und Beweismittel gestützt wird. Denn ein Eingriff darf in einer zivilprozessualen Situation umso belastender sein, je mehr ein Verstoß nachgewiesen werden kann. Dieser Abwägungsgesichtspunkt dient im Rahmen von § 33g Absatz 3 GWB der Verhinderung der im Zivilprozess unzulässigen Ausforschung.¹⁵⁵³ Jedoch sieht der Vorschlag keine zivilprozessuale Situation vor. Ferner wird dem Aspekt der Ausforschung bereits dadurch Rechnung getragen, dass ohnehin lediglich die erheblichen Informationen offenzulegen sind. Daher ist dieser Abwägungsgesichtspunkt bei dem vorliegenden Vorschlag nicht zu beachten.

Sodann sind der Umfang der Informationen und die Kosten zu berücksichtigen. Denn die Vorbereitung der Informationserteilung kann die Intensität der Belastung steigern, da hierdurch in erheblicher Weise in den betrieblichen oder geschäftlichen Ablauf eingegriffen werden kann und dies mit Kosten verbunden ist. Dem Umfang der Informationen wird im Rahmen des Vorschlags jedoch bereits dadurch Rechnung getragen, dass Angaben über Geschäfte unter bestimmten Voraussetzungen nach Geschäftsarten zusammengefasst werden dürfen. Die Kosten im Falle der Alternative werden vermutlich bei 35.000 bis 60.000 EUR pro Nachfrage liegen.¹⁵⁵⁴

¹⁵⁵³ Vgl. BT-Drs. 18/10207, S. 63.

¹⁵⁵⁴ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 589.

Ferner ist der Ausschluss der Ausforschung von Tatsachen, die für die Feststellung des Verstoßes und für Grund und Höhe von Ansprüchen nicht erheblich sind, zu beachten. Hier gilt ebenfalls, dass der Vorschlag keine zivilprozessuale Situation vorsieht und dem Aspekt der Ausforschung ohnehin bereits dadurch Rechnung getragen wird, dass lediglich die erheblichen Informationen offenzulegen sind.¹⁵⁵⁵ Zu berücksichtigen ist zudem, dass selbst diejenigen, die bei einer vorgerichtlichen Offenlegungspflicht amerikanische Verhältnisse befürchten, eine Missbrauchsgefahr lediglich aufgrund der Kumulierung der Klageanreize im amerikanischen Recht als gegeben ansehen.¹⁵⁵⁶ Für sich genommen sehen sie jedoch in den einzelnen Elementen, wie der sog. Pre Trial Discovery, Anreize zur Überwindung des rationalen Desinteresses der privaten Klägerinnen und Kläger.¹⁵⁵⁷ Obwohl sie die hohen Kosten der sog. Pre Trial Discovery beklagen.¹⁵⁵⁸ Den Kosten ist jedoch durch geeignete technische Verfahren zu begegnen. Außerdem bemängeln sie an der sog. Pre Trial Discovery den mangelnden Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.¹⁵⁵⁹ Der vorliegende Regelungsvorschlag sieht allerdings eine interessengerechte Regelung zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor.

Des Weiteren ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu beachten. Dieser Schutz stellt ein wesentliches Interesse der Betroffenen dar und ihn nicht zu gewähren, bedeutet die intensivste Belastung der Betroffenen. Der Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wurde im Rahmen der Begründung des außensteuerrechtlichen Fremdvergleichs bereits definiert. Zu ihrem Schutz wird eine spezielle Regelung vorgeschlagen.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie den öffentlichen Interessen ist schließlich die Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels der Stärkung der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu beachten. Wie bereits erwähnt, ist die vorgeschlagene Offenlegungspflicht eine geeignete Maßnahme. Denn sie stärkt die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, indem sie die Hindernisse, die dieser regelmäßig entgegenstehen, beseitigt; nämlich die Informationsasymmetrie in Form der Unkenntnis von

¹⁵⁵⁵ Vgl. zu diesem Abwägungsgesichtspunkt: BT-Drs. 18/10207, S. 63.

¹⁵⁵⁶ Drixler, S. 360 f. und 361.

¹⁵⁵⁷ Drixler, S. 360.

¹⁵⁵⁸ Drixler, S. 358.

¹⁵⁵⁹ So wohl in einem anderen Kontext: Drixler, S. 402.

Verstößen und unzulänglicher Beweismittel. Für die besondere Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht sprechen jedoch zudem weitere Gründe. Auf diese wird im Rahmen der Gesamtinteresseabwägung im Einzelnen eingegangen, um Wiederholungen zu vermeiden.

Nachdem die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels und die auch verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen, die Intensität der Belastung der Betroffenen und die Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels einzeln erörtert wurden, sind all diese Gesichtspunkte nunmehr im Rahmen einer Gesamtinteressenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie den öffentlichen Interessen abzuwägen. Diese Gesamtinteressenabwägung ergibt, dass die Belastungen der Betroffenen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.

Denn zunächst ist hierbei zu berücksichtigen, dass die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels als vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls die verfassungsrechtliche Bedeutung der Berufsausübungsfreiheit als betroffenem Grundrecht der Betroffenen hier überwiegt.

Das Interesse der Informationssuchenden an der Informationsbeschaffung zur effektiven Durchsetzung der eigenen Ansprüche und das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts überwiegen ferner die Interessen der Betroffenen hinsichtlich der Kosten und des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Hinblick auf die Intensität der Belastung der Betroffenen.¹⁵⁶⁰ Das Interesse der Informationssuchenden und das öffentliche Interesse sind teilweise § 33g Absatz 3 GWB entnommen.

Hinsichtlich der Kosten überwiegt das öffentliche Interesse an der Offenlegung das Interesse der Betroffenen, nicht mit Kosten belastet zu werden. Denn mit dem Vorschlag wird die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gestärkt und damit die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts effektiver gestaltet sowie ferner die öffentliche Durchsetzung des

¹⁵⁶⁰ Zu den Interesse der Informationssuchenden: vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 33.

Kartellrechts entlastet.¹⁵⁶¹ Hierdurch werden die positiven Auswirkungen des Wettbewerbs sichergestellt. Hiervon profitieren ebenfalls die mit Kosten belasteten Unternehmen. Denn für diese sinken die Kosten und steigt die Qualität ebenfalls. Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht erhöht die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln und trägt zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs bei.¹⁵⁶² Denn sie ermöglicht, dass ein Verstoß seitens Privater erkannt werden kann und dass die Parteien ausgewogen zu eigenem Sachvortrag und Beweisantritt berechtigt werden.

Hinsichtlich des Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse überwiegen das Interesse der Informationssuchenden und das öffentliche Interesse dieses Interesse der Betroffenen. Zu den wirtschaftlichen Betriebsgeheimnissen zählen insbesondere Bezugsquellen, Einkaufspreise und Preiskalkulationen.¹⁵⁶³ Gerade solche Informationen sind jedoch regelmäßig für die Feststellung eines Verstoßes erforderlich. Ohne sie dürfte es Außenstehenden nicht möglich sein, einen Wettbewerbsverstoß zu erkennen. Mit dem unbedingten Schutz dieser wirtschaftlichen Betriebsgeheimnisse würde die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts daher beinahe unmöglich gemacht. Lediglich zu erwähnen ist, dass die Offenlegung hier nicht in einer Prozesssituation erfolgt und dass daher § 384 Nr. 3 ZPO hier nicht zu berücksichtigen ist. Aus den o. g. Gründen überwiegen das private Interesse der Informationssuchenden an der Informationsbeschaffung zur effektiven Durchsetzung der eigenen Ansprüche und das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im Wege der privaten Durchsetzung das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen. Dies gilt im Hinblick auf ältere Marktdaten bereits, da kein Geheimhaltungsinteresse an ihnen besteht.¹⁵⁶⁴ Denn sie lassen keine Rückschlüsse auf das aktuelle Marktgeschehen zu.¹⁵⁶⁵ Dies gilt jedoch zudem im Übrigen. Dem Interesse des Schutzes vor einem erheblichen Nachteil des Unternehmens wird durch eine spezielle Regelung Rechnung getragen. Das Interesse desjenigen, der einen Verstoß begangen hat, daran, dass dieser nicht aufgedeckt wird, ist schließlich nicht schutzwürdig.¹⁵⁶⁶

¹⁵⁶¹ Vgl. zu dem Abwägungsgesichtspunkt der Kosten: BT-Drs. 18/10207, S. 63.

¹⁵⁶² Vgl. Lettl, S. 395.

¹⁵⁶³ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 58.

¹⁵⁶⁴ Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 273; Oesterreich, BB 2017, 1865, 1871.

¹⁵⁶⁵ Oesterreich, BB 2017, 1865, 1871.

¹⁵⁶⁶ BT-Drs. 18/10207, S. 63.

Im Rahmen der Interessen der Informationssuchenden ist deren Interesse an der Informationsbeschaffung zur effektiven Durchsetzung der eigenen Ansprüche zu beachten.¹⁵⁶⁷ Dieses überwiegt die Interessen der Betroffenen. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass bei den hier relevanten Verstößen typischerweise die Unkenntnis des Privaten vom Verstoß und eine hohe Informationsasymmetrie bei gleichzeitig großer Bedeutung von Beweismitteln in Wettbewerbsstreitigkeiten der effektiven Durchsetzung der eigenen Ansprüche entgegenstehen.¹⁵⁶⁸ Der Private ist auf die Offenlegung der Informationen regelmäßig angewiesen, um den Verstoß zu erkennen.¹⁵⁶⁹ Das gilt zudem, sofern es die Substanziierung der Ansprüche nach Grund und Höhe betrifft.¹⁵⁷⁰ Deutlich wird dieses Angewiesensein daran, dass die private Durchsetzung sich in Deutschland häufig auf follow-on Klagen beschränkt, zur Aufdeckung von Verstößen wenig beiträgt und zudem von § 33g GWB bisher wenig Gebrauch gemacht wurde.¹⁵⁷¹ Zu berücksichtigen ist hierbei, dass es keinen Vorrang der staatlichen gegenüber der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gibt.¹⁵⁷² Vielmehr stehen beide gleichrangig neben einander.¹⁵⁷³ Dieses Überwiegen der staatlichen Durchsetzung gegenüber der privaten ließe sich jedoch durch die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ändern. Zu der Auffassung, dass gegen die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen das Risiko der Wirtschaftsspionage spräche, wird ebenfalls kurz, wie folgt, Stellung genommen.¹⁵⁷⁴ Sofern es den Schutz der Unternehmen vor Wirtschaftsspionage betrifft, werden diese durch eine ebenfalls vorgeschlagene Regelung vor der Zufügung erheblicher Nachteile geschützt. Die Volkswirtschaft selbst hat insofern keinen Anspruch auf Schutz vor Wirtschaftsspionage. Denn die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Unternehmen stehen nicht der Volkswirtschaft, sondern den einzelnen Unternehmen zur Verfügung. Die erwähnte vorgeschlagene Regelung wird jedoch ggf. zu längeren Verfahren führen; allerdings ist nicht ersichtlich, dass diese Verfahren länger dauern werden als zum gegenwärtigen Zeitpunkt.¹⁵⁷⁵ Denn bereits gegenwärtig kann die Offenlegung nach § 33g GWB aus Gründen verweigert werden, die vom Gericht geprüft werden müssen (vgl. § 33g Absatz 6 ggf. i. V. m. Absatz 10 GWB, § 89b Absatz 6 GWB; § 33g Absatz 4 Satz 3 ggf. i. V.

¹⁵⁶⁷ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 33.

¹⁵⁶⁸ Vgl. Peters/Ziegenrucker, KSzW 2017, 161, 161; vgl. auch: Rosenfeld/Brand, WuW 2017, 247, 247.

¹⁵⁶⁹ Insbesondere mittelbar Geschädigte und Verbraucher: vgl. Drixler, S. 48 und vgl. S. 70 f..

¹⁵⁷⁰ Hier zudem die Marktteilnehmer: vgl. Drixler, S. 48 f. und S. 69 f..

¹⁵⁷¹ Vgl. Drixler, S. 48 und S. 69.

¹⁵⁷² Drixler, S. 72 f..

¹⁵⁷³ Drixler, S. 73.

¹⁵⁷⁴ Vgl. Seer, IWB 2016, 6, 12.

¹⁵⁷⁵ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 581.

m. Absatz 10 GWB, § 89b Absatz 8 GWB). Das Risiko, die Kostenlast zu steigern, zum Beispiel um die potenziell geschädigte Person von einer Offenlegungsnachfrage abzubringen, ist im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage daher ebenfalls nicht erhöht.¹⁵⁷⁶ Vielmehr führt die Erleichterung des nicht gerichtlichen Zugangs zu Informationen zu Gunsten der potenziellen Geschädigten verbunden mit dieser Regelung, die vom Offenlegungspflichtigen im Antragswege geltend gemacht werden muss, und seiner Darlegungs- und Beweislast insofern zu einem Sinken des Kostenrisikos für die potenziell Geschädigten.

Im Rahmen des öffentlichen Interesses ist das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu beachten. Hieran besteht ein öffentliches Interesse, um die positiven Wirkungen des Wettbewerbs, also sinkende Preise und höhere Qualität, sicherzustellen, das die oben genannten Interessen der Betroffenen überwiegt. Das Bestehen dieses öffentlichen Interesses zeigt sich insbesondere in der Betroffenenregelung in § 33 Absatz 3 GWB und der "Courage"- und "Manfredi"-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH).¹⁵⁷⁷ Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht kann die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln erhöhen und zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs beitragen, indem sie den Grundsatz der Waffengleichheit wahrt.¹⁵⁷⁸ Dieser erfordert eine ausgewogene Berechtigung der Parteien zu eigenem Sachvortrag und Beweisantritt.¹⁵⁷⁹ Voraussetzung hierfür ist jedoch zunächst, dass ein Verstoß seitens Privater erkannt werden kann. Ferner können die Anspruchsberechtigten aus demselben Gesichtspunkt ihre Ansprüche effektiver durchsetzen.¹⁵⁸⁰

In aller Kürze wird auf die Auffassung eingegangen, dass Deutschland durch strengere Offenlegungspflichten zur Förderung der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts einen Standortnachteil erleiden werde. Dies ist nicht zu erwarten.¹⁵⁸¹ Denn erstens wirkt dem Artikel 6 Absatz 3 der Rom II-Verordnung entgegen, indem dieser das Recht des Staates, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird, zur Anwendung gelangen lässt, und nicht das Recht des Sitzstaates.¹⁵⁸² Zweitens würde dies ohnehin lediglich von neu in den Markt eintretenden Unternehmen bei ihrer Standortwahl in Betracht gezogen

¹⁵⁷⁶ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 581.

¹⁵⁷⁷ Vgl. Lettl, S. 393 f..

¹⁵⁷⁸ Vgl. Lettl, S. 395.

¹⁵⁷⁹ Vgl. Lettl, S. 395.

¹⁵⁸⁰ Vgl. Lettl, S. 414.

¹⁵⁸¹ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 556.

¹⁵⁸² Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 556.

werden.¹⁵⁸³ Denn bereits am Standort etablierte Unternehmen werden nicht den Standort wechseln, lediglich um nicht strengeren Offenlegungspflichten zu unterliegen.¹⁵⁸⁴

Nach allem sind bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie den öffentlichen Interessen hinsichtlich der Intensität der Belastung der Betroffenen auf Seiten der Betroffenen im Wesentlichen die Kosten und ihr Interesse am Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu beachten. Es wurde begründet, weshalb das Interesse der Informationssuchenden an der Informationsbeschaffung zur effektiven Durchsetzung der eigenen Ansprüche und das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts diese Interessen der Betroffenen überwiegen.

Schließlich kommt hinzu, dass die vorgeschlagene Offenlegungspflicht bereits grundsätzlich eine geeignete Maßnahme ist. Denn sie beseitigt die Hindernisse, die der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts regelmäßig entgegenstehen. Für ihre besondere Geeignetheit spricht zudem die Präventivfunktion der Wettbewerbsregeln.¹⁵⁸⁵ Jedenfalls gilt dies für das Ziel, den Wettbewerb durchzusetzen. Der Verzicht auf die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts führt gegenwärtig jährlich zu nicht geltend gemachten Schadenersatzansprüchen in Höhe von mehreren Milliarden Euro.¹⁵⁸⁶ Dies schwächt die Präventivfunktion der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.¹⁵⁸⁷ Diese Präventivfunktion dient der Abschreckung vor Wettbewerbsverstößen.¹⁵⁸⁸ Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht würde das Aufdeckungsrisiko erhöhen, indem sie die Aufdeckung erheblich erleichtern würde. Dies würde dazu beitragen, dass mehr Anspruchsberechtigte ihren Anspruch erkennen würden und es würde für sie das Prozess- und Prozesskostenrisiko senken. Dies ist dazu geeignet, Unternehmen davon abzuschrecken, Wettbewerbsverstöße zu begehen. Ferner wird dies eine selbstregulierende Wirkung auf die Unternehmen entfalten. Dies wird das Ziel der Durchsetzung des Wettbewerbs fördern. Die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts kann schließlich die Kartellbehörden entlasten. Damit würde die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln durch das Freiwerden von Ressourcen für weitere

¹⁵⁸³ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 556.

¹⁵⁸⁴ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 556.

¹⁵⁸⁵ Lettl, S. 416; Drixler, S. 96 f..

¹⁵⁸⁶ Drixler, S. 125.

¹⁵⁸⁷ Drixler, S. 124.

¹⁵⁸⁸ Vgl. Lettl, S. 416.

Ermittlungstätigkeiten der Kartellbehörden noch weiter gestärkt.¹⁵⁸⁹ Negative Auswirkungen auf die öffentliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, z. B. wegen einer zurückhaltenderen Inanspruchnahme von Kronzeugenregelungen, sind nicht zu erwarten.¹⁵⁹⁰ Denn die verhängten Bußgelder haben regelmäßig eine derart beträchtliche Höhe, dass die Anreizwirkung allein durch die hier gegebenen Möglichkeiten nicht gemindert wird.¹⁵⁹¹ Die private Durchsetzung wird durch die vorgeschlagene Offenlegungspflicht wegen des Sinkens der Informationsgrenzkosten und der (Prozess-)Kostenrisiken erleichtert. Dies ist besonders wichtig, da Verstöße flächendeckend auftreten.¹⁵⁹² Gleichzeitig erhöht die vorgeschlagene Offenlegungspflicht neben dieser Geeignetheit die Wahrscheinlichkeit eines außergerichtlichen Vergleichs und entlastet damit die Gerichte.¹⁵⁹³

Wägt man all dies ab, steht weniger bedeutenden Belastungen der Betroffenen, denen gegenüber die Interessen der Informationssuchenden und die öffentlichen Interessen überwiegen, das bedeutendere angestrebte Ziel gegenüber, die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu stärken. Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist zudem besonders geeignet, dieses Ziel zu erreichen, und hat ferner noch weitere positive Auswirkungen. Aus allem ergibt sich, dass die Belastungen der Betroffenen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen. Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist daher zudem verhältnismäßig i. e. S.

Zu der Begründung der systematischen Stellung dieses Regelungsvorschlags im Anhang kann auf die obige Begründung zu den Angaben zum Fremdvergleich verwiesen werden. Denn die hier geforderten Angaben offenbaren insbesondere Risiken von wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzansprüchen und Bußgeldern.

bb. Konzernabschluss

aaa. Fremdvergleich

¹⁵⁸⁹ Vgl. Oesterreich, BB 2017, 1865, 1865.

¹⁵⁹⁰ MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 104.

¹⁵⁹¹ MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 104.

¹⁵⁹² Oesterreich, BB 2017, 1865, 1865.

¹⁵⁹³ Vgl. Oesterreich, BB 2017, 1865, 1865.

Es wird der Vorschlag in der Hauptsache zu § 314 Absatz 1 Nr. 13a HGB begründet, sofern es den außensteuerrechtlichen Fremdvergleich betrifft. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird jedoch zum Zwecke der Begründung lediglich auf diejenige zu dem Vorschlag zu § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache verwiesen.

bbb. Wettbewerbsbeschränkung

Nunmehr wird der Vorschlag in der Hauptsache zu § 314 Absatz 13a HGB begründet, sofern es das Wettbewerbsrecht betrifft. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hier ebenfalls zum Zwecke der Begründung lediglich auf diejenige zu dem Vorschlag zu § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache verwiesen.

cc. Internationale Rechnungslegung

Schließlich wird der Vorschlag in der Hauptsache zu § 315e und 325 HGB begründet. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird zudem hier zum Zwecke der Begründung auf diejenige zu dem Vorschlag zu § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache verwiesen.

dd. Größenabhängige Offenlegungspflicht

Der Vorschlag zu § 288 HGB in der Hauptsache wird wie folgt begründet: Kleine und mittelgroße Kapitalgesellschaften werden von der hier vorgeschlagenen Offenlegungspflicht entlastet, da diese bei ihnen nicht zwingend geboten erscheint und sie nicht übermäßig mit Offenlegungspflichten belastet werden sollen. Denn ihre finanzielle Ausstattung und ihre typischerweise geringe Macht erlaubt ihnen nicht, entsprechende wesentliche Maßnahmen durchzuführen.¹⁵⁹⁴ Je größer die Kapitalgesellschaft ist, desto eher kann es ihr jedoch zugemutet werden, hinsichtlich der Anhangangaben den Erstellungsaufwand und die Preisgabe von Betriebsinterna im Interesse der Abschlussadressaten hinzunehmen, deren Offenlegung als Wettbewerbsnachteil gegenüber Wettbewerbern, Großabnehmern und mächtigen Lieferanten zu sehen ist.¹⁵⁹⁵ Zudem besteht bei großen Kapitalgesellschaften ein erhebliches öffentliches Interesse an der Informationsfunktion des Abschlusses, der den

¹⁵⁹⁴ Vgl. Staub, Kindler, Bd. 6, § 293 HGB, Rnrn. 1 und 2.

¹⁵⁹⁵ Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Reiner, § 274a HGB, Rn. 1.

Anhang umfasst.¹⁵⁹⁶ Dies belegt § 267 HGB. Denn § 267 HGB bezweckt nicht lediglich die Klassenzuordnung von Kapitalgesellschaften nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, sondern zudem nach ihrer sozialen Bedeutung, und belegt damit, dass ein öffentliches Interesse an Informationen über solche Gesellschaften besteht, das umso größer ist, je größer das Unternehmen ist.¹⁵⁹⁷

ee. Begründungen der Alternative

aaa. Einzelabschlüsse

(1) Fremdvergleich

Der Vorschlag zu § 287 HGB als Alternative wird wie folgt begründet, soweit es den außensteuerrechtlichen Fremdvergleich betrifft: Um Wiederholungen zu vermeiden, wird zum Zwecke der Begründung auf diejenige zu dem Vorschlag zu § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache verwiesen. Die Ausnahme von der Offenlegungspflicht für Fälle von Vorabverständigungsverfahren besteht hier nicht, da dies wegen des kleineren Personenkreises nicht erforderlich ist, der Zugang zu diesen Informationen erhält. Der Unterschied besteht im Übrigen einzig darin, dass den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, die Angaben auf Nachfrage zur Kenntnis zu bringen sind. Absatz 2 enthält eine abschließende Aufzählung dieser Parteien. Dieser Personenkreis geht über den der §§ 90 Absatz 3, 138a AO hinaus. Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter und Minderheitsteilhabende gehören zu diesem Personenkreis. Denn beide Personengruppen sind von Gewinnverschiebung durch Verrechnungspreismanipulationen in ihren berechtigten Interessen betroffen. Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter sind, ohne die Kenntnis dieser Angaben, nicht hinreichend dazu in der Lage, im Rahmen von Tarifverhandlungen Gewinnverschiebung durch Verrechnungspreismanipulationen zu erkennen. Sie sind daher auf die Kenntnis dieser Angaben angewiesen, um Löhne auszuhandeln, die sie hinreichend am Erfolg des Unternehmens partizipieren lassen. Minderheitsteilhabende haben insbesondere ein berechtigtes Interesse, Kenntnis über nicht ausgeglichene Benachteiligungen der abhängigen Aktiengesellschaft zu erlangen. Gläubigerinnen und Gläubiger, Investierende und Kunden

¹⁵⁹⁶ Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Reiner, § 274a HGB, Rn. 1.

¹⁵⁹⁷ Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 285 HGB, Rn. 106.

zählen nicht zu diesen Parteien. Denn diese Personengruppen sind zu groß. Dies hätte einen zu hohen Aufwand und zu hohe Kosten für die Unternehmen zur Folge. Die Öffentlichkeit, zu der insbesondere die Gläubigerinnen und Gläubiger, Investierenden und Kunden zählen, soll jedoch durch die Journalistinnen und Journalisten vertreten werden. Diese erhalten Kenntnis dieser Angaben. Denn nicht nur hat die Öffentlichkeit ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis von Gewinnverkürzungen und -verlagerung bei Unternehmen, die derart groß sind, dass ein öffentliches Interesse an ihnen besteht. Sondern speziell die Gläubigerinnen und Gläubiger, Investierenden und Kunden haben ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis dieser Angaben. Die Gläubigerinnen und Gläubiger haben ein solches, da Gewinnverkürzungen und -verlagerung Einfluss auf die Solvenz und das vollstreckbare Vermögen ihres Schuldnerunternehmens haben können. Investierende haben ein berechtigtes Interesse, da Gewinnverkürzungen und -verlagerung ihre Investitionsentscheidung beeinflussen können. Kunden haben ein berechtigtes Interesse, da sie erstens ebenfalls Gläubigerinnen und Gläubiger des Unternehmens sein können. Zweitens können ihre Kaufentscheidungen von ethischen Gesichtspunkten abhängen und mithin kann die Reputation des Unternehmens für die Kaufentscheidungen der Kunden relevant sein. Das gilt im Übrigen zudem für die Investierenden. Systematisch ist der Standort mit Blick auf eine mögliche spätere Eingliederung in die sonstigen Pflichtangaben des § 285 HGB gewählt. Zudem gewährleistet dieser Standort eine zentrale und damit leichtere Auffindbarkeit für Informationssuchende. Eine solche fördert insbesondere den Investitionsstandort Deutschland.

(2) Wettbewerbsbeschränkung

Der Vorschlag zu § 287 HGB als Alternative wird wie folgt begründet, soweit es das Wettbewerbsrecht betrifft: Um Wiederholungen zu vermeiden, wird zum Zwecke der Begründung auf die entsprechende Begründung zu dem Vorschlag zu § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache verwiesen. Der Unterschied besteht hier ebenfalls einzig darin, dass den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, die Informationen auf Nachfrage zur Kenntnis zu bringen sind. Absatz 2 enthält eine abschließende Aufzählung dieser Parteien. Dieser Personenkreis geht über den des § 33g GWB hinaus. Verbraucher zählen nicht zu diesen Parteien, sofern sie nicht einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 GWB haben. Denn der Personenkreis ist zu groß. Dies hätte einen zu hohen Aufwand und zu hohe Kosten für die Unternehmen zur Folge, obwohl es an einem eigenen Schaden mangelt.

Die über den eigenen Schaden hinausgehenden Verbraucherinteressen werden jedoch über die Einrichtungen im Sinne des § 33 Absatz 4 Nr. 2 GWB berücksichtigt. Offengelegte Angaben könnten außerdem in anderen als wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten genutzt werden. Es besteht sogar die Gefahr, dass die Offenlegung in erster Linie nachgefragt wird, um Informationsasymmetrien in anderen als wettbewerbsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten abzubauen; z. B. in Rechtsstreitigkeiten über Vertragsverletzungen.¹⁵⁹⁸ Dieser Gefahr wird durch die Regelung des Absatzes 4 begegnet. Dieser Absatz beinhaltet, dass in anderen als wettbewerbsrechtlichen Verfahren ein Beweisverwertungsverbot für die aufgrund dieser Vorschrift gewonnen wettbewerbsrechtlichen Angaben besteht. Systematisch ist der Standort des § 287 mit Blick auf eine mögliche spätere Eingliederung in die sonstigen Pflichtangaben des § 285 HGB gewählt. Hier gelten zudem die o. g. weiteren Gesichtspunkte für die Standortwahl. Der Vorschlag enthält keine Nebenbestimmungen, wie Bußgeld- und Strafregelungen für Zuwiderhandlung, und keinen spezifischen einstweiligen Rechtsschutz zum Schutz vor der Vernichtung von Dokumenten. Solche Regelungen zu entwickeln, muss anderen Untersuchungen überantwortet werden.

(3) Größenabhängige Erleichterungen

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird zum Zwecke der Begründung des § 288 HGB in der Alternative auf diejenige zu dem Vorschlag zu § 288 HGB in der Hauptsache verwiesen.

bbb. Konzernabschluss

(1) Fremdvergleich

Der Vorschlag zu § 314a HGB als Alternative wird wie folgt begründet, soweit es den außensteuerrechtlichen Fremdvergleich betrifft: Um Wiederholungen zu vermeiden, wird zum Zwecke der Begründung auf die entsprechenden Begründungen zu den Vorschlägen zu §§ 287, 288 HGB in der Alternative verwiesen. Insbesondere die Begründung des Vorschlags zu § 288 HGB in der Alternative greift hier Platz. Denn § 293 HGB und die größenabhängigen Erleichterungen für kleine und mittelgroße Kapitalgesellschaften nach § 288 HGB folgen derselben Ratio, wie sich aus dem Vergleich der Größenklassen des § 267 Absatz 3 HGB mit

¹⁵⁹⁸ Vgl. Renda/Peysner/Riley/Rodger et al., S. 378.

§ 293 HGB ergibt. Systematisch ist der Standort mit Blick auf eine mögliche spätere Eingliederung in die sonstigen Pflichtangaben des § 314 HGB gewählt. Hier gelten die o. g. sonstigen Gründe ebenfalls.

(2) Wettbewerbsbeschränkung

Der Vorschlag zu § 314a HGB als Alternative wird wie folgt begründet, soweit es das Wettbewerbsrecht betrifft: Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hier ebenfalls zum Zwecke der Begründung auf die entsprechenden Begründungen zu den Vorschlägen zu §§ 287, 288 HGB in der Alternative verwiesen. Insbesondere die Begründung des Vorschlags zu § 288 HGB in der Alternative greift hier Platz. Denn § 293 HGB und die größenabhängigen Erleichterungen für kleine und mittelgroße Kapitalgesellschaften nach § 288 HGB folgen, wie bereits erwähnt, derselben Ratio, wie sich aus dem Vergleich der Größenklassen des § 267 Absatz 3 HGB mit § 293 HGB ergibt. Systematisch ist der Standort hier ebenfalls mit Blick auf eine mögliche spätere Eingliederung in die sonstigen Pflichtangaben des § 314 HGB gewählt. Die o. g. sonstigen Gründe für die Standortwahl gelten hier ebenfalls.

ccc. Internationale Rechnungslegung

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird zum Zwecke der Begründung der Vorschläge zu §§ 315e und 325 HGB als Alternative auf die entsprechenden Begründungen zu den Vorschlägen zu §§ 287, 314a HGB in der Alternative verwiesen.

3.3.3. Geheimnisschutz

Ferner wird vorgeschlagen, in Ausnahmefällen das Unterlassen von Angaben zu gestatten, um im Hinblick auf den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen einen verhältnismäßigen Regelungsvorschlag zu unterbreiten.

a. Einzelabschlüsse

Es wird vorgeschlagen, für Einzelabschlüsse das Unterlassen von Angaben in den Vorschriften über den Anhang zu regeln, wie aus § 286 Absätze 5 und 6 HGB in der Hauptsache ersichtlich.

Dieser Vorschlag wird wie folgt begründet: Die nach § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache geforderten Angaben können unter bestimmten Voraussetzungen unterlassen werden. Die Ausnahmeregelung ist eng auszulegen.¹⁵⁹⁹ Sie dient der Abwehr von Nachteilen, die dadurch entstehen, dass Informationen an Wettbewerber weitergegeben werden.¹⁶⁰⁰ Sie dient also dazu, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu schützen.¹⁶⁰¹

Der Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist bereits im Rahmen der Begründung zu § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache definiert worden. Betriebsgeheimnisse sind hierbei technisches Wissen im weitesten Sinne und Geschäftsgeheimnisse kaufmännisches Wissen.¹⁶⁰² Beispiele für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind Bezugsquellen, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kalkulationsunterlagen, Konditionen, Kundenlisten, Marktstrategien, Umsätze, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können.¹⁶⁰³

Das Unterlassen kann die gesamten Angaben oder einen Teil der Angaben betreffen. Aus dem Begriff „soweit“ ergibt sich, dass die Frage, ob die gesamten Angaben unterlassen werden dürfen oder welcher Teil der Angaben unterlassen werden darf, sich danach richtet, ob alle Angaben oder welcher Teil der Angaben die Voraussetzungen des Unterlassens erfüllen. Lediglich Angaben, die die Voraussetzungen des Unterlassens erfüllen, dürfen weggelassen werden. Das Vorliegen der Voraussetzungen des Unterlassens ist jeweils für Angaben, die für

¹⁵⁹⁹ Vgl. Bekanntmachung des Deutschen Rechnungslegungs Änderungsstandards Nr. 8 (DRÄS 8) des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committees e. V., Berlin, nach § 342 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs, BAnz AT 04.12.2017 B1, Rn. 304; vgl. Haufe HGB Bilanz Kommentar, Müller, § 286 HGB, Rn. 10; vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 231.

¹⁶⁰⁰ Siehe zu einem entsprechenden Zweck bereits: Haufe HGB Bilanz Kommentar, Müller, § 286 HGB, Rn. 8; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 26.

¹⁶⁰¹ Siehe zu einem entsprechenden Zweck bereits: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 26.

¹⁶⁰² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 87.

¹⁶⁰³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 87.

die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG notwendig sind, und für solche, die für die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde notwendig sind, sowie für solche, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 AktG notwendig sind, getrennt festzustellen.¹⁶⁰⁴ Unterlassen werden dürfen jedoch zudem innerhalb dieser Gruppen von Angaben lediglich jene, die die Voraussetzungen des Unterlassens erfüllen.

Die Voraussetzung des Unterlassens erfüllen Angaben, die nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet sind, der Kapitalgesellschaft einen erheblichen Nachteil zuzufügen. Ein Nachteil ist ein geschäftlicher Schaden.¹⁶⁰⁵ Der Nachteil muss erheblich sein. Erheblich ist ein Nachteil, der ein beachtliches Ausmaß hat, wie z. B. im Falle einer signifikanten Schwächung der Marktposition.¹⁶⁰⁶ Geringe Nachteile hat die Kapitalgesellschaft hinzunehmen.¹⁶⁰⁷ Ein ggf. hoher Reputationsverlust ist jedoch kein Nachteil.¹⁶⁰⁸ Denn ansonsten würde der Zweck der Regelung konterkariert.¹⁶⁰⁹ Die Angaben müssen zur Nachteilszufügung geeignet sein. Hierzu muss der erhebliche Nachteil hinreichend konkretisierbar sein.¹⁶¹⁰ Der Nachteil darf also nicht lediglich rein theoretisch existieren, sondern muss objektiv überprüfbar sein, auch

¹⁶⁰⁴ Vgl. zu einer anderen Ausnahmeregelung bereits: Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 286 HGB, Rn. 5; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 27; NWB-Kommentar Bilanzierung, § 286 HGB, Rn. 5.

¹⁶⁰⁵ Vgl.: Bekanntmachung des Deutschen Rechnungslegungs Änderungsstandards Nr. 8 (DRÄS 8) des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committees e. V., Berlin, nach § 342 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs, BAnz AT 04.12.2017 B1, Rn. 305; Haufe HGB Bilanz Kommentar, Müller, § 286 HGB, Rn. 8: wirtschaftlicher Nachteil; Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, Böcking/Gros/Bundle, § 286 HGB, Rn. 7; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 28 f.; Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 286 HGB, Rn. 11; a. A. soweit es das Erfordernis eines Schadens betrifft: vgl. Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 286 HGB, Rn. 5.

¹⁶⁰⁶ Vgl. Bekanntmachung des Deutschen Rechnungslegungs Änderungsstandards Nr. 8 (DRÄS 8) des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committees e. V., Berlin, nach § 342 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs, BAnz AT 04.12.2017 B1, Rn. 305.

¹⁶⁰⁷ Vgl.: Haufe HGB Bilanz Kommentar, Müller, § 286 HGB, Rn. 10; Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, Böcking/Gros/Bundle, § 286 HGB, Rn. 7; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 30; Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 286 HGB, Rn. 11.

¹⁶⁰⁸ Vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 233.

¹⁶⁰⁹ Vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 234 mit Verweis auf das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC), 26. Öffentliche Sitzung des DRSC zur Verabschiedung von DRÄS 8, 22.09.2017, Rz. 14, (https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/33_02_HGB-FA_26.-Oeff-Sitzung_CoverNote_rev.pdf, abgerufen am 27.12.2017).

¹⁶¹⁰ Vgl.: Bekanntmachung des Deutschen Rechnungslegungs Änderungsstandards Nr. 8 (DRÄS 8) des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committees e. V., Berlin, nach § 342 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs, BAnz AT 04.12.2017 B1, Rn. 305; Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, Böcking/Gros/Bundle, § 286 HGB, Rn. 7; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 28 f.; Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 286 HGB, Rn. 11; a. A. soweit es das Erfordernis eines Schadens betrifft: vgl. Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 286 HGB, Rn. 5.

wenn er nicht konkret messbar sein muss.¹⁶¹¹ Die Eignung zur Nachteilszufügung muss plausibel erscheinen.¹⁶¹² Der Eintritt muss überwiegend wahrscheinlich sein, braucht jedoch nicht sicher zu erwarten sein.¹⁶¹³ Nicht geeignet hierzu sind historische Angaben aus länger zurückliegenden Zeiträumen, wenn diese wegen Zeitablaufs ihre Schutzwürdigkeit verloren haben. Denn sie spielen für den Markterfolg des Unternehmens keine oder jedenfalls keine wichtige Rolle mehr.¹⁶¹⁴ Dies ist insbesondere grundsätzlich für Angaben anzunehmen, die älter als fünf Jahre sind.¹⁶¹⁵ Ferner sind zudem den Adressaten bekannte Angaben grundsätzlich hierzu nicht geeignet.¹⁶¹⁶ Der Nachteil muss der Kapitalgesellschaft drohen.¹⁶¹⁷

Ob die Voraussetzungen des Unterlassens vorliegen, ist nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung zu entscheiden.¹⁶¹⁸ Das heißt, dass diejenigen Organe, die zur Aufstellung des Jahresabschlusses verpflichtet sind, über die Anwendung der Ausnahmeregelung im pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden haben.¹⁶¹⁹ Bei der Ermessensentscheidung ist ein objektiver, eine willkürliche Anwendung ausschließender, Maßstab anzuwenden.¹⁶²⁰ Es kommt daher darauf an, wie ordentliche Kaufleute vernünftigerweise entscheiden würden, wenn sie die ihnen obliegende Sorgfalt anwenden.¹⁶²¹ Dieser objektive Maßstab erfordert, dass die Entscheidung auf nachprüfbaren, sachgerechten sowie sinnvollen Kriterien beruht

¹⁶¹¹ Vgl.: Baumbach/Hopt, Merkt, § 286 HGB, Rn. 2; Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 286 HGB, Rn. 5; Haufe HGB Bilanz Kommentar, Müller, § 286 HGB, Rn. 10; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 29.

¹⁶¹² Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 27; so wohl auch: vgl. NWB-Kommentar Bilanzierung, § 286 HGB, Rn. 4.

¹⁶¹³ Vgl.: Mit unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsgraden: Überwiegend wahrscheinlich sein: Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 286 HGB, Rn. 5; wahrscheinlich sein: Haufe HGB Bilanz Kommentar, Müller, § 286 HGB, Rn. 10; mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten oder jedenfalls plausibel sein: Joost/Strohn/Boujong/Ebenroth, Böcking/Gros/Bundle, § 286 HGB, Rn. 7; keine nur geringe Wahrscheinlichkeit: Kirsch, DStZ 2018, 230, 233; sehr wahrscheinlich sein: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 27; a. A.: Bestehen einer ernsthaften Gefahr: Baumbach/Hopt, Merkt, § 286 HGB, Rn. 2; Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 286 HGB, Rn. 11; Gefahr nahe liegt: Koller/Kindler/Roth/Drüen, Morck/Drüen, § 289e HGB, Rn. 1.

¹⁶¹⁴ Vgl.: Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 44; Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 273; vgl. auch: Seitz in: Berg, Mäscher (Hg.)–Deutsches und europäisches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 6.

¹⁶¹⁵ Vgl.: Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 44; Seitz in: Berg, Mäscher (Hg.)–Deutsches und europäisches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 6.

¹⁶¹⁶ Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 29.

¹⁶¹⁷ So wohl auch: vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 233.

¹⁶¹⁸ Vgl. Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 286 HGB, Rn. 10.

¹⁶¹⁹ Vgl.: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 33; Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 286 HGB, Rn. 9.

¹⁶²⁰ Vgl.: Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 286 HGB, Rn. 5; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 33; jedenfalls Ausschluss von Willkür: Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 286 HGB, Rn. 10.

¹⁶²¹ Vgl. Ensthaler/Bandasch, Lezius, § 286 HGB, Rn. 5.

und nicht willkürlich ist.¹⁶²² Der dennoch vorhandene Beurteilungsspielraum im Rahmen der Ermessensentscheidung bezieht sich vor allem auf die Auswahl der Beurteilungskriterien.¹⁶²³ Bei der Entscheidung, ob die Voraussetzungen des Unterlassens vorliegen, ist zudem nach pflichtgemäßem Ermessen abzuwägen zwischen dem schutzwürdigen Interesse der Kapitalgesellschaft an der Geheimhaltung zur Vermeidung der Zufügung eines erheblichen Nachteils und dem Interesse der Jahresabschlussadressaten und der Öffentlichkeit an möglichst umfassenden Informationen.¹⁶²⁴ Je ungünstiger das Weglassen der Angabe ist, desto größer muss die Wahrscheinlichkeit der Zufügung eines erheblichen Nachteils sein.¹⁶²⁵ Wie bereits erwähnt, ist Willkür ausgeschlossen. Daher dürfen Angaben grundsätzlich nicht unterlassen werden, falls sie für die Feststellung eines zu Lasten der Steuer gehenden Verstoßes gegen den Fremdvergleichsgrundsatz nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 AktG sachdienlich sind und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse an der Offenlegung der Angaben das Interesse an deren Unterlassen zur Vermeidung der Zufügung eines erheblichen Nachteils überwiegt. Wird von der Ausnahmeregelung Gebrauch gemacht, ist dies im Anhang anzugeben.¹⁶²⁶ Aus dem Begriff „können“ ergibt sich, dass hinsichtlich des Unterlassens der Angaben ein Wahlrecht besteht.¹⁶²⁷

Die Entscheidung, die Angaben zu unterlassen, darf die Kapitalgesellschaft jedoch nicht ungeprüft selbst treffen. Vielmehr hat sie, um von dieser Ausnahmeregelung Gebrauch machen zu dürfen, das zuständige Gericht im Antragswege um Entscheidung anzurufen. Zuständig ist das Landgericht. Die Angaben nach § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache sind nach Aufforderung des Gerichts diesem gegenüber, so wie es das Gericht ggf. unter Wahrung des Geheimnisschutzes anordnet, zu machen und es ist anzugeben, welche Angaben unterlassen werden wollen. Das Gericht kann durch Beschluss entscheiden. Es hat die Antragstellerin vor seiner Entscheidung anzuhören. Das Gericht gibt dem Antrag statt, soweit

¹⁶²² Vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 233.

¹⁶²³ Vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 233.

¹⁶²⁴ Vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 33.

¹⁶²⁵ Ähnlich: vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 33.

¹⁶²⁶ Vgl. zu einer anderen Regelung: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 35; Staub, Hüttemann/Meyer, Bd. 5, § 286 HGB, Rn. 13.

¹⁶²⁷ Vgl. Koller/Kindler/Roth/Drüen, Morck/Drüen, § 286 HGB, Rn. 2.

die Voraussetzungen des § 286 Absatz 5 Satz 1 Halbsatz 1 HGB vorliegen, Sachdienlichkeit nicht gegeben ist und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse der Anspruchstellerin an dem Unterlassen der Angaben zur Vermeidung der Zufügung eines erheblichen Nachteils das Interesse an der Offenlegung überwiegt. Das Fehlen der Sachdienlichkeit hat das Gericht selbst festzustellen. Die Interessenabwägung hat das Gericht ebenfalls selbst vorzunehmen. Auf Seiten der Antragstellerin sind die Relevanz der betroffenen Angaben für ihre unternehmerische Tätigkeit und der Nachteil, der ihr aus der Offenlegung erwächst, zu berücksichtigen.¹⁶²⁸ Das Interesse an der Offenlegung bezieht sich auf das Interesse der Abschlussadressaten und der Öffentlichkeit an der Offenlegung. Im Rahmen des Offenlegungsinteresses wird der Wert eines Rechtsverstoßes zu berücksichtigen sein.¹⁶²⁹ Zudem werden, dort, wo dies relevant ist, die Schutzmaßnahmen zum Schutz des Geheimnisses in die Interessenabwägung auf Seiten des Offenlegungsinteresses einzubeziehen sein.¹⁶³⁰ Je ungünstiger das Weglassen der Angabe ist, desto größer muss die Wahrscheinlichkeit der Zufügung eines erheblichen Nachteils sein.¹⁶³¹ Angaben dürfen jedoch grundsätzlich nicht unterlassen werden, falls sie für die Feststellung eines zu Lasten der Steuer gehenden Verstoßes gegen den Fremdvergleichsgrundsatz nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AStG oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 AktG sachdienlich sind.¹⁶³² In einem solchen Fall überwiegt das Interesse an der Offenlegung der Angaben das Interesse an deren Unterlassen zur Vermeidung der Zufügung eines erheblichen Nachteils lediglich dann nicht, wenn ein geringfügiger Rechtsverstoß in keinem Verhältnis zum drohenden erheblichen Nachteil steht.¹⁶³³ Das Interesse desjenigen ist nicht zu berücksichtigen, der gegen das Recht verstoßen hat, daran, die Offenlegung seines Rechtsverstoßes zu vermeiden.¹⁶³⁴ Daher ist dieses Interesse im Rahmen der Interessenabwägung nicht in die Abwägung

¹⁶²⁸ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 44.

¹⁶²⁹ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 46 f..

¹⁶³⁰ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 46 f.; vgl. zudem in einem anderen Kontext: MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 88 und § 89b GWB, Rn. 76.

¹⁶³¹ Ähnlich: vgl. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Poelzig, § 286 HGB, Rn. 33.

¹⁶³² Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 45.

¹⁶³³ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 45.

¹⁶³⁴ Vgl. hierzu auch: § 33g Absatz 3 Satz 3 GWB; vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 44.

einzustellen. Liegt ein Rechtsverstoß vor, überwiegt, wie bereits erwähnt, grundsätzlich das Offenlegungsinteresse.¹⁶³⁵

Es handelt sich bei Satz 6 um eine Generalklausel, die den im Immaterialgüterrecht zur Gewährleistung des Geheimnisschutzes üblichen Schutzklauseln entspricht. Dieser Regelungsvorschlag nimmt Auffassungen auf, die in der Literatur zum Schutz von Geheimnissen vertreten werden, und führt mithin ein „in-camera-Verfahren“ im Zivilprozess ein.¹⁶³⁶

In der Literatur gibt es jedoch Gegner eines solchen „in-camera-Verfahrens“ im Zivilprozess. Sie machen geltend, dass im Zivilprozess das grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör aus Artikel 103 Absatz 1 GG insbesondere in § 357 Absatz 1 ZPO (Parteiöffentlichkeit) und in § 285 Absatz 1 ZPO (Recht zur Stellungnahme auf das Beweisergebnis) zur Geltung komme.¹⁶³⁷ Zudem verstoße ein solches Verfahren gegen das Mündlichkeitsprinzip des Zivilprozesses (vgl. § 286 Absatz 1 Satz 1 ZPO).¹⁶³⁸ Es werde jedoch nicht lediglich gegen Grundrechte einer Partei verstoßen, sondern die Partei, um deren Geheimnis es gehe, könne die Richtigkeit einer Entscheidung ebenfalls mangels Vollständigkeit der Entscheidungsgründe nicht abschließend beurteilen und daher werde zudem gegen ihr Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Artikel 2 Absatz 1 bzw. Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 20 Absatz 3 GG (allgemeiner Justizgewährungsanspruch) verstoßen.¹⁶³⁹ Schließlich bestünden gegen die Übertragung des verwaltungsgerichtlichen in-camera-Verfahrens auf den Zivilprozess Bedenken, da zweifelhaft sei, ob das hoheitlich geprägte in-camera-Verfahren tatsächlich mit zivilprozessualen Fallgestaltungen vergleichbar sei.¹⁶⁴⁰

Diese Auffassung ist jedoch aus den überzeugenden Gründen der Gegenauffassung abzulehnen, die lauten: Die betroffenen Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte seien:

¹⁶³⁵ Vgl. Bornkamm/Tolkmitt in: Bunte, Langen et al.–Deutsches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 45.

¹⁶³⁶ Vgl. Stadler, NJW 1989, 1202, 1202; einem solchen Verfahren aufgeschlossen gegenüber: vgl. in einem anderen Kontext: MüKo Wettbewerbsrecht, Makatsch/Kacholdt, § 33g GWB, Rn. 98.

¹⁶³⁷ Prütting in: Laumen/Prütting–Handbuch der Beweislast, Kapitel 7 Das beweisrechtliche Geheimverfahren, Rn. 6.

¹⁶³⁸ Prütting in: Laumen/Prütting–Handbuch der Beweislast, Kapitel 7 Das beweisrechtliche Geheimverfahren, Rn. 10.

¹⁶³⁹ Prütting in: Laumen/Prütting–Handbuch der Beweislast, Kapitel 7 Das beweisrechtliche Geheimverfahren, Rn. 10; zum allgemeinen Justizgewährungsanspruch: Sachs, Murswiek/Rixen, Artikel 2 GG, Rn. 117 und 118.

¹⁶⁴⁰ Prütting in: Laumen/Prütting–Handbuch der Beweislast, Kapitel 7 Das beweisrechtliche Geheimverfahren, Rn. 12.

Ein effektiver und zumutbarer Rechtsschutz gemäß Artikel 2 Absatz 1 i. V. m. Artikel 20 Absatz 3 GG, die Durchsetzbarkeit des Schutzes von Geheimnissen gemäß Artikel 2 Absatz 1 bzw. Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 20 Absatz 3 GG und das Recht auf rechtliches Gehör gemäß Artikel 103 Absatz 1 GG.¹⁶⁴¹ Zu beachten sei, dass es bei dem hier in Rede stehenden Regelungsvorschlag nicht um den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG, sondern um die Durchsetzbarkeit des Geheimnisschutzes und mithin um effektiven Rechtsschutz gemäß Artikel 2 Absatz 1 bzw. Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 20 Absatz 3 GG gehe.¹⁶⁴² Denn die Regelung könne grundsätzlich bei jedem Begehren und Streitgegenstand von Bedeutung sein; obwohl hier eine spezialgesetzliche Regelung getroffen wird, um eine spezielle Regelung der Antragspflicht zu regeln, die jedoch lediglich das Verfahren betrifft, jedoch nicht das Begehren und den Streitgegenstand, und nicht eine Regelung in der Zivilprozessordnung.¹⁶⁴³ Bei alle dem komme es nicht darauf an, ob der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zudem nach Artikel 14 Absatz 1 i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG erfolge.¹⁶⁴⁴ Denn ein solcher Schutz reiche jedenfalls nicht weiter, als der Schutz nach Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG.¹⁶⁴⁵ Ein vollständiger Ausschluss von einem Verfahren erfordere nach der Auffassung, der hier gefolgt wird, eine gesetzliche Grundlage.¹⁶⁴⁶ Der hier in Rede stehende Regelungsvorschlag ist diese vom Bundesverfassungsgericht geforderte gesetzliche Grundlage für ein „in-camera-Verfahren“, das bereits bislang im Rahmen von § 142 ZPO für zulässig erachtet wurde.¹⁶⁴⁷ Mit diesem Regelungsvorschlag wird ein legitimes Ziel verfolgt, nämlich die Durchsetzung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, und die Regelung ist zur Zielerreichung zudem geeignet.¹⁶⁴⁸ Die Erforderlichkeit setze jedoch eine Regelung voraus, die den legitimen Geheimhaltungsinteressen Rechnung trage und hierbei die Rechtsschutzansprüche und das rechtliche Gehör bestmöglich in Einklang brächte, wie eine Regelung, nach der ein Gericht unter Wahrung der Geheimhaltung prüfe, ob Geheimhaltungsinteressen der Offenlegung im Einzelfall entgegenstünden.¹⁶⁴⁹ Eine solche Regelung wird hier vorgeschlagen. Den Geheimnisschutzinteressen wird durch die im

¹⁶⁴¹ Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 248.

¹⁶⁴² Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 64.

¹⁶⁴³ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 64.

¹⁶⁴⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 137.

¹⁶⁴⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 137.

¹⁶⁴⁶ Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 248.

¹⁶⁴⁷ Vgl. zu § 89b Absatz 7 GWB: Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 175.

¹⁶⁴⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 89 f..

¹⁶⁴⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 89 f..

Einzelfall erforderlichen Schutzmaßnahmen jeweils Rechnung getragen. Allerdings erfordert dies ggf. zudem eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts. Die genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte seien in solchen Fällen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit i. e. S. in praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen.¹⁶⁵⁰ Hierbei dürfe in das grundrechtsgleiche Recht der anderen Partei auf rechtliches Gehör gerechtfertigterweise eingegriffen werden, wenn entgegenstehende Belange, wie die Durchsetzbarkeit des Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der beweisbelasteten Partei, beachtet werden müssten.¹⁶⁵¹ Denn das Grundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes und das grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör dürften zueinander nicht in Gegensatz gerückt werden.¹⁶⁵² Vielmehr stünden der Anspruch auf rechtliches Gehör und die Rechtsschutzgarantie in einem engen Kontext zueinander.¹⁶⁵³ Sie dienten beide dem Ziel der Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes.¹⁶⁵⁴ Artikel 103 Absatz 1 GG werde durch eine Interessenabwägung und einen hierauf beruhenden Eingriff in das rechtliche Gehör nicht ausgeschlossen.¹⁶⁵⁵ In das rechtliche Gehör könne also eingegriffen werden, wenn der Eingriff hinreichend durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei.¹⁶⁵⁶ Eingriffe müssten jedoch zudem mit den Prinzipien einer rechtsstaatlichen Verfahrensordnung vereinbar sein und sie dürften den Rechtsschutz nicht in unzumutbarer Weise erschweren, indem sie durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigende Anforderungen stellten.¹⁶⁵⁷ Dies gelte jedoch im Hinblick auf beide Parteien im Zivilprozess: Der Durchsetzbarkeit des Geheimnisschutzes dürften ebenfalls durch unzumutbar hohe Anforderungen an die Beweisführung keine unüberwindlichen Hindernisse entgegengestellt werden, um den Anforderungen an die Ausgestaltung effektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess zu genügen; wie es die Opferung eigener Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zur Durchsetzung ihres Schutzes darstellen würde, der durch diese Opferung ferner ins Leere liefe.¹⁶⁵⁸ Ferner gelte: Kollidierten in der Person desselben Grundrechtsträgers der effektive Rechtsschutz und das Geheimhaltungsinteresse, könne eine gerichtliche Entscheidung auf der Basis aller entscheidungserheblicher Tatsachen vom Grundrechtsträger lediglicherreicht werden ohne die Möglichkeit von

¹⁶⁵⁰ Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 248.

¹⁶⁵¹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 74.

¹⁶⁵² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 92.

¹⁶⁵³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 92.

¹⁶⁵⁴ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 92.

¹⁶⁵⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 92.

¹⁶⁵⁶ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 92.

¹⁶⁵⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 74.

¹⁶⁵⁸ Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 251; Stürmer, JZ 1985, 453, 459.

Geheimnisschutzmaßnahmen zu Lasten der Grundrechte der anderen Partei, wie dem Eingriff in das Akteneinsichtsrecht eines Teils der Beteiligten und damit in das Recht dieser Personen auf rechtliches Gehör, wenn der Grundrechtsträger seine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse offenläge.¹⁶⁵⁹ In dieser Situation verbesserten Geheimnisschutzmaßnahmen den Rechtsschutz des Grundrechtsträgers und rechtfertigten daher den Eingriff in das rechtliche Gehör der anderen Beteiligten.¹⁶⁶⁰ Der Gegenauffassung, die eine solche Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht auf rechtliches Gehör nicht akzeptieren wolle, sei entgegenzuhalten, dass sie nicht dazu in der Lage sei, in einer solchen Situation praktische Konkordanz herzustellen.¹⁶⁶¹ Dem nicht beweisbelasteten Beteiligten entstünden durch ein Geheimnisschutzverfahren jedoch zudem keine verfassungswidrigen Rechtsschutznachteile.¹⁶⁶² Denn effektiver Rechtsschutz heiße, dass das Rechtsschutzbegehren umfassend, zudem in tatsächlicher Hinsicht, geprüft werde, jedoch nicht, dass die Chance erhalten bleibe, aus Beweislastgründen zu Obsiegen.¹⁶⁶³ Darüber hinaus würde vorliegend, wie bereits erwähnt, gerade ein Absehen von einem Geheimnisschutzverfahren zu einem geringeren Individualrechtsschutz führen und dieses Weniger an Rechtsschutz wiege hier weit schwerer als eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs.¹⁶⁶⁴ Denn die gegnerische Partei dürfte keine Offenlegung verlangen, ohne dass das Gesetz eine Geheimnisschutzregelung vorsähe. Statt die Effektivität des Rechtsschutzes zu erhöhen, würde das ungeschmälerte rechtliche Gehör dieses also im Ergebnis herabsetzen.¹⁶⁶⁵ Werde der effektive Rechtsschutz jedoch erst durch einen Eingriff in das rechtliche Gehör möglich, dann stelle der damit verbundene Vorteil, dass wenigstens das Gericht alle Tatsachen kenne und auf dieser Kenntnisgrundlage zu dem Ergebnis kommen könne, dass keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu schützen seien oder ihr Schutz jedenfalls nicht überwiege, einen sachlichen Grund dar, der hinreiche.¹⁶⁶⁶ Hierbei sei zu

¹⁶⁵⁹ Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 153 und 158.

¹⁶⁶⁰ Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 112 mit Verweis auf BVerfGE 101, 106, 128; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 159 mit Verweis auf BVerfGE 101, 106, 130.

¹⁶⁶¹ Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 159 mit Verweis auf einen Vertreter der Gegenauffassung: Ohlenburg, NVwZ 2005, S. 15, 19; ebenso: Stadler, ZZP 2010, 261, 276.

¹⁶⁶² Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 160.

¹⁶⁶³ Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 160.

¹⁶⁶⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 94.

¹⁶⁶⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 94.

¹⁶⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 95.

berücksichtigen, dass das Geheimhaltungsinteresse nicht absolut geschützt werde.¹⁶⁶⁷ Vielmehr trete es hinter dem Interesse an effektivem Rechtsschutz der anderen Partei zurück, falls dieses überwiege.¹⁶⁶⁸ Es gilt also: „Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der dem Rechtsschutz des Einzelnen dient, kann diesem nicht entgegengehalten werden, wenn der begrenzte Verzicht darauf [oder der Eingriff in ihn, Anm. der Verfasserin] seinen Rechtsschutz ausnahmsweise verbessert.“¹⁶⁶⁹ Dass die Urteilsgründe ggf. aus Geheimnisschutzgründen einer detaillierten Begründung teilweise ebenfalls entbehrten und derart eine Verteidigung der Rechte der unterlegenen Partei im Rechtsmittelverfahren erschwerten, spräche nicht gegen Geheimnisschutzmaßnahmen.¹⁶⁷⁰ Dieses Problem sei vielmehr dadurch zu lösen, dass die „Fachgerichte (...) bei Anwendung und Auslegung der Zulassungsgründe zu beachten haben, dass sie wegen der erschwerten Überprüfungsmöglichkeiten des Rechtsmittelklägers die Anforderungen namentlich hinsichtlich der Darlegung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (...) oder hinsichtlich einer besonderen tatsächlichen Schwierigkeit der Rechtssache (...) nicht überspannen“.¹⁶⁷¹ Der Gesetzgeber dürfe zudem das rechtliche Gehör derart ausgestalten, dass er Äußerungsmöglichkeiten einschränke, wenn dieser Eingriff in das rechtliche Gehör, wie hier, durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt sei.¹⁶⁷² Geschehe dies im Zuge der Einführung eines Geheimnisschutzverfahrens, so genüge es, wenn hierbei im Einzelfall zu entscheiden sei, dass der Eingriff in das rechtliche Gehör hinsichtlich des Geheimhaltungsinteresses verhältnismäßig ist.¹⁶⁷³ Im Übrigen genieße der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Geheimnisschutzverfahrens weitgehende Freiheit.¹⁶⁷⁴ Er könne insbesondere selbst Vorkehrungen treffen, um den Kreis der Geheimnisträger klein zu halten und den Schutz der Geheimnisse zu sichern.¹⁶⁷⁵ Er könne diese und andere erforderliche Maßnahmen jedoch zudem den Gerichten im Einzelfall überlassen, wie es der vorliegende Regelungsvorschlag vorsieht.

¹⁶⁶⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 114.

¹⁶⁶⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 114.

¹⁶⁶⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 95.

¹⁶⁷⁰ Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 161.

¹⁶⁷¹ Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 161.

¹⁶⁷² Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 165.

¹⁶⁷³ Vgl. abweichende Meinung: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 165.

¹⁶⁷⁴ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 96.

¹⁶⁷⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 -, Rn. 96.

Dafür, dass das hier vorgeschlagene Geheimnisschutzverfahren trotz des Eingriffs in das grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör im Zivilprozess ebenfalls zulässig ist, spricht nach der Auffassung, der hier gefolgt wird, zudem, dass §§ 259 Satz 2, 260 HGB vorsähen, dass das Gericht die Handelsbücher allein einsehen dürfe.¹⁶⁷⁶ Gegen den von der Gegenauffassung vorgebrachten Einwand, dass es sich hier um einen nicht verallgemeinerungsfähigen Spezialfall handele, spräche, dass zivilprozessuale Geheimnisschutzverfahren in vielen Gesetzen bereits eingeführt worden seien, wie durch § 89b Absatz 7 GWB, und in diesem Rahmen zudem Eingriffe in das rechtliche Gehör, z. B. im Rahmen von Maßnahmen entsprechend dem Düsseldorfer Verfahren, als zulässig erachtet werden würden.¹⁶⁷⁷

Zuständig für die Entscheidung über die erforderlichen Schutzmaßnahmen ist das Gericht. Dem Gericht kommt bei der Entscheidung, welche Schutzmaßnahmen im Einzelfall erforderlich sind, Ermessen zu. Ermessensleitend ist die Gewährleistung des im Einzelfall gebotenen Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Es können insbesondere die Maßnahmen erforderlich sein, die im Rahmen immaterialgüterrechtlicher Verfahren durch die Rechtsprechung entwickelt wurden, wie das Düsseldorfer Verfahren im Patentrecht.¹⁶⁷⁸ Es können jedoch zudem die Maßnahmen in Betracht kommen, die in den §§ 16 ff. GeschGehG zum Schutz von Geheimnissen geregelt sind. Nach einer Auffassung zu § 89b Absatz 7 Satz 1 GWB in der Literatur hingegen seien die Maßnahmen nach §§ 16 ff. GeschGehG nicht über die Generalklausel anzuwenden.¹⁶⁷⁹ Denn, da die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht selbst streitgegenständlich seien, bestünde, im Gegensatz zum Verfahren nach dem Geheimnisschutzgesetz, kein Interesse daran, dass die Partei selbst ebenfalls nicht vollständig vom Verfahren ausgeschlossen werde und nicht lediglich ihr anwaltlicher Vertreter nicht vollständig vom Verfahren ausgeschlossen werde.¹⁶⁸⁰ Dieser Auffassung wird sich nicht angeschlossen. Die Entscheidung über die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen wird vielmehr allein dem Gericht überlassen. Hierbei erscheint eine Situation denkbar, in der der Eingriff in das rechtliche Gehör lediglich gerechtfertigt wäre, wenn wenigstens für einen Teil der Partei die Parteiöffentlichkeit gewährleistet wäre. Dies muss das Gericht im Einzelfall

¹⁶⁷⁶ Vgl. Stadler, NJW 1989, 1202, 1205.

¹⁶⁷⁷ Prütting in: Laumen/Prütting–Handbuch der Beweislast, Kapitel 7 Das beweisrechtliche Geheimverfahren, Rn. 3.

¹⁶⁷⁸ Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 248; vgl. bereits: Seitz in: Berg, Mäsch (Hg.)–Deutsches und europäisches Kartellrecht, § 89b GWB, Rn. 7.

¹⁶⁷⁹ Vgl. Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 251.

¹⁶⁸⁰ Vgl. Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 251.

entscheiden und soll dies dürfen. Die Beteiligtenrechte sind hierbei auszuschließen, soweit nach Abwägung aller Umstände im Einzelfall das Geheimhaltungsinteresse das Interesse der Beteiligten auf rechtliches Gehör auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz überwiegt.¹⁶⁸¹

Maßnahmen zum Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen können insbesondere sein: Der Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verhandlung, die Beschränkung des Personenkreises, der zur Kenntnisnahme berechtigt ist und dem das Gericht Geheimhaltungs- und Schweigepflichten auferlegt hat, die Anweisung an Sachverständige, eine Zusammenfassung vorzulegen, die eine aggregierte oder sonstige nicht vertrauliche Form hat, und sensible Passagen in Dokumenten unkenntlich machen.¹⁶⁸² Eine Verschwiegenheitsverpflichtung des Rechtsanwalts gegenüber seiner Partei ist hierbei ebenfalls zulässig.¹⁶⁸³ Denn die Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege gemäß § 1 Bundesrechtsanwaltsordnung lässt erwarten, dass Rechtsanwälte diese Verschwiegenheitsverpflichtung wahren.¹⁶⁸⁴ Hierin sind zudem keine widerstreitenden Interessen gemäß § 43a Abs. 4 Bundesrechtsanwaltsordnung zu sehen.¹⁶⁸⁵ Denn die Interessenvertretung der von ihm vertretenen Partei erfolgt lediglich unter gerichtlich auferlegten Beschränkungen.¹⁶⁸⁶

Jedoch schafft, wie das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden hat, eine „Beweisführung durch einen neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen (Wirtschaftsprüfer) (...) keine geeignete Möglichkeit zur Sachverhaltsaufklärung. Die Einschaltung von Sachverständigen enthebt den Richter nicht der Pflicht, sich hinsichtlich des Sachverhalts (...) eine eigene Überzeugung zu bilden. Daher dürfen gutachterliche Ergebnisse nicht ungeprüft der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden.“¹⁶⁸⁷

Diesbezüglich schafft das GWB-Digitalisierungsgesetz ebenfalls ein wenig mehr Klarheit. § 89b Absatz 7 Satz 2 GWB lautet nunmehr: „Insbesondere kann das Gericht einen öffentlich bestellten Sachverständigen mit einem Gutachten zu dem erforderlichen Umfang des im

¹⁶⁸¹ Vgl. § 138 TKG.

¹⁶⁸² Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 275.

¹⁶⁸³ Bach/Wolf, NZKart 2017, 285, 290.

¹⁶⁸⁴ Bach/Wolf, NZKart 2017, 285, 290.

¹⁶⁸⁵ Bach/Wolf, NZKart 2017, 285, 290.

¹⁶⁸⁶ Bach/Wolf, NZKart 2017, 285, 290.

¹⁶⁸⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 -, Rn. 108.

Einzelfall gebotenen Schutzes beauftragen, sofern dieser Sachverständige berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet worden ist.“ Hierzu heißt es in der Begründung: „Mit der Ergänzung von Satz 2 in § 89b Absatz 7 soll eine Klarstellung getroffen werden in Bezug auf konkrete Maßnahmen, die von einem Gericht zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse im Zusammenhang mit Auskunfts- und Offenlegungsansprüchen vorgenommen werden können. Hiermit sollen Schwierigkeiten bei der Anwendung dieses Instruments behoben und dessen Anwendung gefördert werden. Zur Verringerung des Aufwands, der üblicherweise mit der Bereinigung von Unterlagen um Geschäftsgeheimnisse verbunden ist, sollen sich Gerichte auch eines Sachverständigen bedienen können. Dieser soll mit einer Einschätzung zur Erforderlichkeit der Bereinigung um Geschäftsgeheimnisse (beispielsweise in Form des Entwurfs einer nicht-vertraulichen Fassung von Dokumenten) eine Entscheidung des Gerichts vorbereiten, aber im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU zum Kartellschadenersatz nicht an Stelle des Gerichts selbst entscheiden. Voraussetzung der Einbindung eines Sachverständigen ist dabei, dass dieser berufsrechtlich zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse verpflichtet worden ist und die Parteien des Verfahrens somit hinreichend vor einer Offenlegung ihrer Geschäftsgeheimnisse geschützt sind.“¹⁶⁸⁸ Die Begründung stellt damit klar, dass die Einschaltung von Sachverständigen den Richter nicht seiner Pflichten enthebt. Dieser Vorschlag wird ferner, da er sinnvoll ist, in den eigenen Vorschlag der Verfasserin übernommen. Die Mitglieder des Gerichts sind ebenfalls zur Geheimhaltung verpflichtet.¹⁶⁸⁹ Die Entscheidungsgründe dürfen, soweit die Geheimhaltungsinteressen überwiegen, die Art und den Inhalt der geheim gehaltenen Unterlagen nicht erkennen lassen.¹⁶⁹⁰

Der Beschluss ist zu begründen. Gegen den Beschluss findet sofortige Beschwerde statt. Das Verfahren der sofortigen Beschwerde richtet sich nach §§ 567 ff. ZPO.¹⁶⁹¹ Hat eine Kapitalgesellschaft Angaben nach dieser Ausnahmeregelung unterlassen und sind nach der Offenlegung des Abschlusses die Gründe für das Unterlassen der Angaben entfallen, sind die Angaben in den darauf folgenden Jahresabschluss aufzunehmen. Das Nachholen der Angaben dient als weiterer Schutz vor willkürlicher Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung.¹⁶⁹²

¹⁶⁸⁸ BT-Drs. 19/23492, S. 139.

¹⁶⁸⁹ Vgl. § 138 TKG.

¹⁶⁹⁰ Vgl. § 138 TKG.

¹⁶⁹¹ Vgl. Grave/Kreifels/Mackenrodt/Meyer-Lindemann et al., S. 275.

¹⁶⁹² Vgl. Baumbach/Hopt, Merkt, § 289e HGB, Rn. 2; vgl. Kajüter, DB 2017, 617, IV. 6. Schutzklausel; vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 236; vgl. Wulf, DStZ 2017, 101, 109.

Ferner wird die Angabe wenigstens im Nachhinein zur Verfügung gestellt und erfolgt die Angabe damit lediglich zeitlich verschoben, entfällt jedoch nicht gänzlich.¹⁶⁹³ Schließlich wird einem zu großzügigem Ausnutzen des Wahlrechts zum Unterlassen der Angaben entgegengewirkt.¹⁶⁹⁴ Die Gründe für das Unterlassen der Angaben müssen entfallen sein. Dies ist für jede Angabe einzeln zu prüfen. Maßgeblich sind die jeweiligen Gründe, die zu dem Unterlassen der Angaben geführt haben. Treten neue Gründe hinzu, ist das Antragsverfahren durchzuführen, um die Angaben unterlassen zu dürfen. Der Zeitraum, in dem zu entscheiden ist, ob die Gründe für das Unterlassen der Angaben entfallen sind, ist der Zeitraum nach der Offenlegung des Abschlusses bis zum darauf folgenden Abschluss. Sind die Gründe für das Unterlassen der Angaben entfallen, sind die Angaben in den darauf folgenden Abschluss aufzunehmen. Dies gilt nicht lediglich bis zum jeweils auf das erste Unterlassen folgenden Abschluss, sondern so lange, bis die Angaben offengelegt sind. Das Wegfallen der Gründe ist also solange zu prüfen, bis die Angaben nachgeholt wurden.¹⁶⁹⁵ Der Schutz der Geheimnisse ist mithin nur ein Schutz auf Zeit.¹⁶⁹⁶

Absatz 6 dient ausschließlich dazu, §§ 33g Absatz 4 und 5 GWB sowie die Regelungen des § 89b Absatz 8 GWB zudem im Rahmen dieser Regelung sinngemäß zur Anwendung kommen zu lassen. Straf- und standesrechtliche Sanktionen bei Zuwiderhandlung sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung und müssen einer anderen Untersuchung überantwortet werden.

b. Konzernabschluss

Zur Begründung des § 314 Absatz 3 Satz 2 HGB in der Hauptsache wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Begründung zu § 286 Absatz 5 und 6 HGB in der Hauptsache verwiesen.

¹⁶⁹³ Vgl. Baumbach/Hopt, Merkt, § 289e HGB, Rn. 2; vgl. Kajüter, DB 2017, 617, IV. 6. Schutzklausel; vgl. Wulf, DStZ 2017, 101, 109.

¹⁶⁹⁴ Vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 236.

¹⁶⁹⁵ Vgl. Kirsch, DStZ 2018, 230, 236.

¹⁶⁹⁶ Vgl. Koller/Kindler/Roth/Drüen, Morck/Drüen, § 289e HGB, Rn. 2.

c. Internationale Rechnungslegung

Es wird vorgeschlagen, für den Fall des Konzernabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards keine eigenständige Regelung in der Hauptsache über das Unterlassen von Angaben zu treffen. § 315e Absatz 1 HGB in der Hauptsache verweist auf § 314 Absatz 3 HGB in der Hauptsache. Auf die dortige Begründung zu § 314 Absatz 3 HGB in der Hauptsache wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Für § 325 Absatz 2a Satz 3 HGB in der Hauptsache wird eine Folgeänderung vorgeschlagen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hier jedoch lediglich auf die Begründung zu § 286 Absatz 5 und 6 HGB in der Hauptsache verwiesen.

d. Alternative

aa. Einzelabschlüsse

Es wird vorgeschlagen, das Unterlassen von Angaben in den Vorschriften über den Anhang für Einzelabschlüsse zu regeln, wie aus § 287 Absätze 5 und 6 HGB als Alternative ersichtlich. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Begründung zu § 286 Absatz 5 und 6 HGB in der Hauptsache verwiesen, mit Ausnahme der nachfolgenden Abweichungen: Nach § 287 Absatz 5 Satz 1 Halbsatz 1 HGB in der Alternative können die Angaben ganz oder teilweise unterbleiben, deren Kenntnis durch Nachfrage von den Parteien verlangt wird, die ein berechtigtes Interesse haben. Nach dem zweiten Halbsatz ist die Anwendung der Ausnahmeregelung den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, unverzüglich mitzuteilen. Dem Landgericht gegenüber sind die Angaben hier ebenfalls erst auf dessen Aufforderung zu machen, um so den Geheimnisschutz zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit des Verfahrens zu gewährleisten. Anders als § 286 Absatz 5 HGB in der Hauptsache sieht § 287 Absatz 5 Satz 3 HGB in der Alternative eine Antragsfrist vor. Der Antrag ist hiernach innerhalb von zwei Wochen zu stellen, nachdem die Anwendung der Ausnahmeregelung den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, mitgeteilt wurde. Diese Antragsfrist wird geregelt, um die gegnerische Partei davor zu schützen, dass Angaben ihr gegenüber nicht offengelegt werden, da mangels Antragsfrist ein Antrag beliebig lange gestellt werden könnte. Das Gericht hat nach Anhörung der Betroffenen zu entscheiden. Denn

Beteiligte des Verfahrens ist hier nicht lediglich die antragstellende Person. Bei der Interessenabwägung kommt es auf das Interesse der antragstellenden Person an dem Unterlassen der Angaben und auf das Interesse der Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, an der Offenlegung an. Macht eine Kapitalgesellschaft von § 287 Absatz 5 Satz 1 HGB in der Alternative Gebrauch und entfallen die Gründe für das Unterlassen der Angaben hiernach, sind die Angaben unaufgefordert und unverzüglich nach dem Wegfall der Gründe zu machen.

bb. Konzernabschluss

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird zur Begründung des § 314a Absatz 6 HGB als Alternative auf die Begründung zu § 287 Absätze 5 und 6 HGB als Alternative verwiesen.

cc. Internationale Rechnungslegung

Es wird vorgeschlagen, das Unterlassen von Angaben für den Fall des Konzernabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards in § 315e HGB als Alternative nicht eigenständig zu regeln. In § 315e Absatz 1 HGB als Alternative wird auf § 314a HGB als Alternative verwiesen. In § 325 HGB als Alternative ist ebenfalls keine eigenständige Regelung erforderlich. In § 325 Absatz 2a Satz 3 HGB als Alternative wird auf § 287 HGB als Alternative verwiesen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird jeweils auf die Begründung zu § 287 Absatz 5 und 6 HGB als Alternative verwiesen.

3.3.4. Kein Entgegenstehen des § 315e Absatz 1 HGB

§ 315e HGB steht der Regelung dieser Vorschläge im Anhang nicht entgegen. Zwar könnte sich aus den Gesetzesmaterialien zu § 315e HGB n. F. (§ 315a HGB a. F.) etwas anderes ergeben. Denn hierin heißt es: „Die IAS bilden im Grundsatz ein in sich abgeschlossenes Regelwerk, das die an die Unternehmen zu stellenden Transparenzanforderungen umfassend beschreibt. Dem Ziel der IAS-Verordnung, für die Abschlüsse kapitalmarktorientierter Unternehmen in einem integrierten europäischen Finanzmarkt ein Höchstmaß an Vergleichbarkeit herzustellen, würde es zuwiderlaufen, wenn jeder Mitgliedstaat in weitem

Umfang nationale Regelungen über zusätzliche oder abweichende Transparenzanforderungen im Rahmen des Abschlusses aufstellen könnte.

Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht für bestimmte Bereiche, die von den IAS nicht abgedeckt werden. Hierzu haben Rat und Kommission anlässlich der Verabschiedung der sog. Modernisierungsrichtlinie 2003/51/EG (vgl. oben unter A. III) eine gemeinsame Erklärung abgegeben, die im Internetangebot des Rates zugänglich ist. Unter Nummer 2 dieser gemeinsamen Erklärung werden die Bestimmungen der EG-Bilanzrichtlinie 78/660/EWG und der EG Konzernbilanzrichtlinie 83/349/EWG zusammengefasst, die auch für einen IAS-Abschluss Bedeutung behalten. Dies betrifft im Wesentlichen:

- die Vorschriften darüber, welche Unternehmen zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet sind (die Abgrenzung des Konsolidierungskreises bestimmt sich demgegenüber nach den IAS);
- bestimmte Angaben im Anhang zum Konzernabschluss;
- den Konzernlagebericht;
- die Prüfung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts;
- die Offenlegung des Konzernabschlusses, des Konzernlageberichts und ergänzender Unterlagen.¹⁶⁹⁷

Jedoch heißt es hierin zudem: „Für anwendbar erklärt wird zudem § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB, der für jedes in den Konzernabschluss einbezogene börsennotierte Unternehmen einen Hinweis auf die in § 161 AktG vorgesehene Erklärung („compliance Erklärung“) fordert.

Für dieses Erfordernis gibt es keine Entsprechung in der Gemeinsamen Erklärung des Rates und der Kommission, doch ist in dem nach Artikel 52 der EG-Bilanzrichtlinie, Artikel 47 der EG-Konzernbilanzrichtlinie gebildeten Kontaktausschuss für Fragen der Rechnungslegung zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten Einvernehmen darüber erzielt worden, dass auch bestimmte, im Zusammenhang mit dem Abschluss bedeutsame Angaben insbesondere zur Corporate Governance im Anhang zum IAS Abschluss verlangt werden dürfen. Die Relevanz der Erklärung nach § 161 AktG für den Konzernabschluss ergibt sich

¹⁶⁹⁷ BT-Drs. 15/3419, S. 34.

jedenfalls daraus, dass der Deutsche Corporate Governance Kodex auch Empfehlungen zu Fragen der Rechnungslegung und Abschlussprüfung umfasst.

Auf entsprechende Erwägungen stützt sich auch die Verweisung auf § 314 Abs. 1 Nr. 9 HGB-E (vgl. oben Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe a), der bestimmte Angaben über die Vergütung des Abschlussprüfers verlangt.¹⁶⁹⁸

Hieraus ergibt sich zunächst, dass es dem Zweck des § 315e HGB lediglich widersprechen würde, falls Mitgliedstaat in weitem Umfang im Rahmen des Abschlusses nationale Regelungen über zusätzliche Transparenzanforderungen aufstellen könnten. Ein solcher Widerspruch wurde von Beginn an für bestimmte Bereiche nicht gesehen, die von den IFRS nicht abgedeckt werden. Zu diesen Bereichen haben Rat und Kommission anlässlich der Verabschiedung der sog. Modernisierungsrichtlinie 2003/51/EG eine gemeinsame Erklärung abgegeben. Diese Bereiche erweitern den Abschluss nach IFRS sachlich.¹⁶⁹⁹ Jedoch wurde zudem für Erfordernisse, die in dieser gemeinsamen Erklärung keine Entsprechung finden, in einem Kontaktausschuss Einvernehmen darüber erzielt, dass im Anhang ebenfalls bestimmte, im Zusammenhang mit dem Abschluss bedeutsame Angaben, verlangt werden dürfen. Es ist demnach nicht ausgeschlossen, dass Mitgliedstaaten im Rahmen des Abschlusses nationale Regelungen über zusätzliche Transparenzanforderungen aufstellen. Diese müssen zudem nicht zwingend in der gemeinsamen Erklärung des Rates und der Kommission eine Entsprechung finden, sofern im Anhang zusätzliche Transparenzanforderungen verlangt werden, die von den IFRS nicht abgedeckt und im Zusammenhang mit dem Abschluss bedeutsam sind. Auf dieser Grundlage sind bereits Offenlegungspflichten hinsichtlich des Deutschen Corporate Governance Kodexes und der Abschlussprüferhonorare eingeführt worden.¹⁷⁰⁰ Daher steht die als Einzelfall vorgeschlagene deutsche Einzelstaatenregelung nicht im Widerspruch zum Regelungszweck des § 315e HGB. Bei ihr handelt es sich um eine zusätzliche Transparenzanforderung im Anhang, die von den IFRS nicht abgedeckt wird und im Zusammenhang mit dem Abschluss bedeutsam ist. Die Relevanz ergänzender, in der gemeinsamen Erklärung nicht genannter Angaben für den Konzernabschluss erfordert lediglich, dass Fragen der Rechnungslegung ebenfalls umfasst sind.¹⁷⁰¹ Dies ist bei den hier

¹⁶⁹⁸ BT-Drs. 15/3419, S. 34 f..

¹⁶⁹⁹ Kirsch, Krawitz, § 315e HGB, Rn. 20.

¹⁷⁰⁰ Kirsch, Krawitz, § 315e HGB, Rn. 115 f..

¹⁷⁰¹ Vgl. BT-Drs. 15/3419, S. 34.

vorgeschlagenen Regelungen der Fall. Sofern es um die Alternative geht, ist der Zweck des § 315e HGB schon aus dem Grund nicht tangiert, da es um Offenlegungspflichten nicht im Anhang, sondern auf Nachfrage geht. Aus Sicht des IFRS-Regelwerks handelt es sich bei diesen zusätzlichen Angabepflichten nach HGB um freiwillige Angaben.¹⁷⁰²

3.3.5. Ergebnis

Es wurde ein Vorschlag unterbreitet zur Umsetzung der Offenlegung in den Vorschriften über den Anhang ab einer bestimmten Größenklasse. Außerdem wurde eine Alternative vorgeschlagen, um interne Verrechnungspreise und externe Transferpreise den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage zur Kenntnis zu bringen. Es wird vorgeschlagen, die Offenlegung im Anhang lediglich zu regeln, falls eine Evaluation nach fünf Jahren ergibt, dass eine Verpflichtung nicht effektiv war, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage dieselben Daten zur Kenntnis zu bringen. Der Vorschlag und die Alternative dienen der Umsetzung der Auffassung der Arbeitsgruppe bedeutender Personen. Diese vertrat die Auffassung, dass die grundlegende Lösung des Problems nicht lediglich der Verrechnungspreismanipulationen, sondern zudem des Schutzes der Interessen der involvierten Parteien, in dem Prinzip der Offenlegung zu sehen sei.¹⁷⁰³ Interne Verrechnungspreise und externe Transferpreise sollten nach Auffassung der Arbeitsgruppe entweder offengelegt oder den Parteien, die ein berechtigtes Interesse hätten, auf Nachfrage zur Kenntnis gebracht werden.¹⁷⁰⁴ Mit dem Vorschlag und der Alternative konnte diese Auffassung umgesetzt werden. Den berechtigten Geheimhaltungsinteressen wird Rechnung getragen. § 315e HGB steht dem Vorschlag nicht entgegen. Es bedarf der Umsetzung dieses Vorschlags, um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen durch Offenlegung zu verringern.

III. GESELLSCHAFTSRECHT

Um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden durch Offenlegung zu verringern, wird in diesem Kapitel das

¹⁷⁰² Vgl. NWB-Kommentar Bilanzierung, § 315e HGB, Rn. 11.

¹⁷⁰³ U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

¹⁷⁰⁴ U. N., The impact of multinational corporations, S. 90.

Ziel verfolgt, die Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen Nahestehenden insbesondere zum Schutz von Minderheitsteilhabenden offenzulegen sind, zu untersuchen und diese mit dem Regelungsvorschlag im Rahmen dieser Untersuchung zu vergleichen.

1. Untersuchung

1.1. Hinsichtlich verbundener Unternehmen nicht spezielle Offenlegungspflichten

Das Aktiengesetz kennt einige Offenlegungspflichten, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen Nahestehenden insbesondere zum Schutz von Minderheitsteilhabenden offenzulegen sind. Bevor auf die §§ 312 ff. AktG und das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) eingegangen wird, sollen einige, hier wegen ihrer systematischen Stellung außerhalb des Dritten Buches des Aktiengesetzes über verbundene Unternehmen weniger relevante Offenlegungspflichten, lediglich kurz erwähnt werden. Es handelt sich hierbei um folgende Offenlegungspflichten: § 90 Absatz 3 AktG, § 131 Absatz 1 Sätze 1 und 2, Absatz 3 Satz 1 Nr. 1 und Absatz 4 Sätze 1 und 2 AktG, §§ 142 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3, 145 Absätze 4 und 6 AktG, §§ 258 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 3 sowie 259 Absatz 1 Sätze 1 und 3, Absatz 4 Sätze 1 und 3 und Absatz 5 AktG. Der § 326 AktG, der ebenfalls erwähnt werden soll, ist systematisch zwar im Dritten Buch des Aktiengesetzes über verbundene Unternehmen geregelt. Allerdings sieht § 323 AktG eine andere Form des Minderheitenschutzes vor, die eine Offenlegung nicht erforderlich erscheinen lässt, wie sie §§ 312 ff. AktG für den Minderheitenschutz im faktischen Konzern regeln.

1.2. Hinsichtlich verbundener Unternehmen spezielle Offenlegungspflichten

Nunmehr werden die §§ 312 ff. AktG und das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) untersucht.

1.2.1. §§ 312 ff. AktG

§§ 312 ff. AktG sind systematisch in dem Dritten Buch des Aktiengesetzes über verbundene Unternehmen geregelt und hier im Zweiten Teil über Leitungsmacht und Verantwortlichkeit

bei Abhängigkeit von Unternehmen. In diesem Zweiten Teil sind sie im 2. Abschnitt über Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags geregelt.

Auf das Verhältnis zu den oben erwähnten Offenlegungspflichten soll hier lediglich kurz eingegangen werden, sofern es das Auskunftsrecht des § 131 AktG und die Sonderprüfung nach §§ 142 ff. AktG betrifft. Zum Auskunftsrecht des § 131 AktG ist zunächst zu erwähnen, dass der Abhängigkeitsbericht des § 312 AktG dieses Auskunftsrecht grundsätzlich nicht berührt.¹⁷⁰⁵ Insbesondere wird das Auskunftsrecht nach § 131 AktG nach h. M. durch die Vertraulichkeit des Abhängigkeitsberichts nicht grundsätzlich verdrängt.¹⁷⁰⁶ Zum Verhältnis zur Sonderprüfung nach §§ 142 ff. AktG ist zu erwähnen, dass die Sonderprüfung nach § 315 AktG ein Sonderfall der Sonderprüfung nach § 142 AktG ist.¹⁷⁰⁷ Sofern § 315 AktG keine vorrangige oder abschließende Regelung enthält, sind die §§ 142 ff. AktG subsidiär anzuwenden.¹⁷⁰⁸ Dennoch stehen § 315 AktG und § 142 AktG nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander.¹⁷⁰⁹

Aus der oben beschriebenen systematischen Stellung lässt sich folgern, dass die §§ 311 ff. AktG, die die §§ 312 ff. AktG umfassen, und damit den Abhängigkeits- und Sonderprüfungsbericht, bei verbundenen Unternehmen die Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen regeln, falls ein Beherrschungsvertrag fehlt. Obwohl der Gesetzgeber sich gegen die Bezeichnung „Abhängigkeitsbericht“ entschieden hat, da „sie das abhängige Unternehmen diskriminiere“, wird im Weiteren diese Terminologie statt der Bezeichnung „Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen“ verwendet.¹⁷¹⁰ Denn diese Terminologie ist kürzer und im Übrigen zudem in der Literatur üblich. Die systematisch erfassten Fälle sind diejenigen des „faktischen“ Konzerns. Um einen solchen handelt es sich bei der Mehrheit der Aktiengesellschaften.¹⁷¹¹ Denn sie sind in der Mehrheit

¹⁷⁰⁵ MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 16.

¹⁷⁰⁶ Rott in: Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 21 Konzernrecht, Recht der verbundenen Unternehmen, C. Unternehmensverbindungen, Rn. 197; Schubel in: Jannott, Frodermann–Handbuch des Aktienrechts, S. 918.

¹⁷⁰⁷ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 8; Schmidt/Lutter, Vetter, § 315 AktG, Rn. 3.

¹⁷⁰⁸ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 315 AktG, Rn. 6.

¹⁷⁰⁹ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 315 AktG, Rn. 7.

¹⁷¹⁰ Vgl. BT-Drs. zu 4/3296, S. 49.

¹⁷¹¹ Rott in: Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 21 Konzernrecht, Recht der verbundenen Unternehmen, C. Unternehmensverbindungen, Rn. 183.

lediglich faktisch, jedoch nicht vertraglich konzerniert.¹⁷¹² Bei den börsennotierten Aktiengesellschaften werden vierundvierzig Prozent durch ein anderes Unternehmen beherrscht; hier ebenfalls meistens durch faktische Beherrschung.¹⁷¹³ Hierbei überwiegen vorhandene Mehrheitsbeteiligungen.¹⁷¹⁴ Meistens existiert bei diesen zudem kein isolierter Gewinnabführungsvertrag.¹⁷¹⁵ Daher haben sie einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen.¹⁷¹⁶ Lediglich für eine Minderheit besteht eine unternehmensvertragliche Basis für die Beherrschung.¹⁷¹⁷

Grundsätzlich ist der faktische Konzern nach dem Aktiengesetz zulässig (vgl. §§ 18 Absatz 1 Satz 3, 17 Absatz 2, 16 AktG).¹⁷¹⁸ Einflussnahmen des herrschenden Unternehmens sind ebenfalls lediglich ausgeschlossen, soweit sie die Vermögenslage der abhängigen Gesellschaft negativ beeinträchtigen (vgl. § 311 Absatz 1 AktG).¹⁷¹⁹ Denn durch die §§ 311 ff. AktG wird nicht der Eigenwille, sondern lediglich das Eigeninteresse bzw. das Vermögensinteresse der abhängigen Gesellschaft geschützt.¹⁷²⁰ Hierbei soll dieser Schutz dadurch erreicht werden, dass das Recht vorsieht, dass jedes Rechtsgeschäft und jede Maßnahme, das oder die wegen des Einflusses des herrschenden Unternehmens nachteilig ist, einzeln ausgeglichen werden muss (vgl. § 311 Absatz 1 am Ende AktG).¹⁷²¹ Dieser Ausgleich kann bis zum Ende des Geschäftsjahres nachgeholt werden (vgl. § 311 Absatz 2 AktG).¹⁷²² Dieses auf den Einzelnachteilsausgleich gerichtete System des § 311 AktG wird durch das Berichts- und Überprüfungssystem der §§ 312 ff. AktG ergänzt.¹⁷²³ Der Sanktionierung dienen die §§ 317 ff. AktG.¹⁷²⁴

Der Zweck der §§ 311 ff. AktG ist der Schutz der Minderheitsteilhabenden und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft vor Benachteiligungen durch ein faktisch herrschendes

¹⁷¹² Rott in: Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 21 Konzernrecht, Recht der verbundenen Unternehmen, C. Unternehmensverbindungen, Rn. 183.

¹⁷¹³ Bayer/Hoffmann, AG 2018, R116, R119.

¹⁷¹⁴ Bayer/Hoffmann, AG 2018, R116, R119.

¹⁷¹⁵ Vgl. Bayer/Hoffmann, AG 2018, R116, R116.

¹⁷¹⁶ Vgl. Bayer/Hoffmann, AG 2018, R116, R116.

¹⁷¹⁷ Vgl. Bayer/Hoffmann, AG 2018, R116, R116.

¹⁷¹⁸ Rhiel, S. 23 und 25.

¹⁷¹⁹ Rhiel, S. 24; Zöllner/Noack, Koppensteiner, Vorb. § 311 AktG, Rn. 2.

¹⁷²⁰ Rhiel, S. 24.

¹⁷²¹ MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rnrn. 5 und 14 ff.; vgl. auch Zöllner/Noack, Koppensteiner, Vorb. § 311 AktG, Rn. 2.

¹⁷²² MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rnrn. 5 und 16; vgl. auch Zöllner/Noack, Koppensteiner, Vorb. § 311 AktG, Rn. 2.

¹⁷²³ Rhiel, S. 24; vgl. auch Zöllner/Noack, Koppensteiner, Vorb. § 311 AktG, Rn. 2.

¹⁷²⁴ Rhiel, S. 24.

Unternehmen.¹⁷²⁵ Denn es besteht die Gefahr, dass gerade ein solches Unternehmen seinen Einfluss ausübt, um anderweitige unternehmerische Interessen zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft zu verfolgen, und hierdurch die Vermögensinteressen der Außenstehenden beeinträchtigt.¹⁷²⁶

Solange keine teilhabende Person einen beherrschenden Einfluss hat, ist davon auszugehen, dass alle teilhabenden Personen dasselbe Ziel verfolgen, nämlich die Maximierung des auszuschüttenden Gewinns.¹⁷²⁷ Die Interessenidentität ist jedoch grundsätzlich dann nicht mehr gewährleistet, wenn ein herrschender Teilhabender eigene Interessen verfolgt oder selbst ein Unternehmen ist.¹⁷²⁸ Im letztgenannten Fall besteht die Möglichkeit, dass das Unternehmen seinen beherrschenden Einfluss derart einsetzt, dass es der Gesellschaft und damit den Außenstehenden schadet.¹⁷²⁹ Denn das Ziel dieses Unternehmens ist die Gewinnmaximierung für die Gesamtheit der von ihm konzernmäßig beherrschten Unternehmen, sodass die abhängige Gesellschaft droht, in den Dienst des herrschenden Unternehmens gestellt zu werden.¹⁷³⁰ Bei den Interessen des herrschenden Unternehmens und der abhängigen Gesellschaft und ihrer anderen Teilhabenden handelt es sich jedoch gleichermaßen um Vermögensinteressen, die für das Recht unabhängig von ihrer Größe gleich sind; daher ist dem Vermögensinteresse keiner teilhabenden Person ein Vorrang einzuräumen.¹⁷³¹ Die Vermögensinteressen der Minderheitsteilhabenden bezwecken §§ 311 ff. AktG aus diesem Grund zu schützen. Damit ist der Minderheitenschutz jedenfalls der vorrangige Zweck der §§ 311 ff. AktG.¹⁷³² Ein generelles Verbot der Durchsetzung von Konzerninteressen im Interesse dieses Schutzzwecks besteht jedoch nicht, da dies schlicht nicht realistisch wäre.¹⁷³³

Die Vermögensinteressen der Minderheitsteilhabenden können in dreierlei Weise geschädigt werden: Die Gewinne der abhängigen Gesellschaft können zunächst aufgrund der Einflussnahme in einem mit dem herrschenden Unternehmen verbundenen Unternehmen

¹⁷²⁵ Kellmann, ZGR 1974, 220, 220; MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 1; Zöllner/Noack, Koppensteiner, Vorb. § 311 AktG, Rn. 12.

¹⁷²⁶ MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 2.

¹⁷²⁷ Vgl. Wilcke, S. 28 f..

¹⁷²⁸ Vgl. Haesen, S. 1; Wilcke, S. 28 f..

¹⁷²⁹ Vgl. Haesen, S. 1; Wilcke, S. 29.

¹⁷³⁰ Wilcke, S. 29.

¹⁷³¹ Wilcke, S. 61 f.; Zöllner/Noack, Koppensteiner, Vorb. § 311 AktG, Rn. 12.

¹⁷³² Zöllner/Noack, Koppensteiner, Vorb. § 311 AktG, Rn. 12 und 13.

¹⁷³³ Wilcke, S. 61 f..

entstehen, an dem das herrschende Unternehmen kapitalmäßig höher beteiligt ist, um dort eine höhere Gewinnausschüttung an das herrschende Unternehmen zu bezwecken oder, im Extremfall, um die abhängige Gesellschaft durch Zugrunderichtung vom Markt zu drängen.¹⁷³⁴ Diese Schädigungsmöglichkeit kann insbesondere durch Verrechnungspreise erreicht werden.¹⁷³⁵ Sie ist nicht reine Theorie, sondern kommt in der Praxis vor.¹⁷³⁶ Ferner können Gewinne nicht ausgeschüttet werden.¹⁷³⁷ Schließlich kann der Aktienkurs manipuliert werden.¹⁷³⁸

Jedenfalls vor Einführung des Abhängigkeits- und Sonderprüfungsberichts in §§ 312 ff. AktG beschränkten sich die Informationsquellen der Minderheitsteilhabenden dennoch auf wenige gesetzliche oder freiwillige Informationen.¹⁷³⁹ Deren Aussagewert ist jedoch, und dies gilt nach wie vor, in erheblichem Maße von dem Willen des herrschenden Teilhabenden abhängig.¹⁷⁴⁰ Es bestand also eine Informationsasymmetrie zwischen Minderheitsteilhabenden und herrschendem Teilhabenden bzw. abhängiger Gesellschaft, die beide regelmäßig über detaillierte Kenntnisse über Lage und Zukunftsperspektiven der Gesellschaft verfügten.¹⁷⁴¹ Um diese Informationsasymmetrie zu Gunsten der Minderheitsteilhabenden abzubauen, hat der Gesetzgeber sich für den Abhängigkeits- und Sonderprüfungsbericht der §§ 312 ff. AktG entschieden. Hierbei erfüllt der Abhängigkeitsbericht des § 312 AktG drei Funktionen: die Präventivfunktion, Dokumentations- und Kontrollfunktion sowie die Beweisfunktion, die der Ermöglichung der Sonderprüfung nach § 315 AktG dient.¹⁷⁴² Wesentlich ist hierbei die Präventivfunktion, die durch die Offenlegung bereits die Schädigung der Vermögensinteressen verhindern soll.¹⁷⁴³

Der Abhängigkeitsbericht wird jedoch aus Gründen des Geheimnisschutzes nicht selbst offengelegt; auch nicht wenigstens gegenüber den Minderheitsteilhabenden.¹⁷⁴⁴ Die Frage, ob er mangels Offenlegung nicht effektiv ist, soll nicht im Rahmen der nachfolgenden

¹⁷³⁴ Wilcke, S. 33.

¹⁷³⁵ Wilcke, S. 34.

¹⁷³⁶ Wilcke, S. 34.

¹⁷³⁷ Wilcke, S. 35.

¹⁷³⁸ Wilcke, S. 36.

¹⁷³⁹ Vgl. Wilcke, S. 36, hier jedoch im Kontext der Schädigungsmöglichkeit der Aktienkursmanipulation.

¹⁷⁴⁰ Vgl. Wilcke, S. 36.

¹⁷⁴¹ Vgl. Wilcke, S. 36.

¹⁷⁴² Rhiel, S. 67 ff..

¹⁷⁴³ Rhiel, S. 67 ff..

¹⁷⁴⁴ MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 7.

Untersuchung untersucht werden, sondern erst später im Rahmen des Vergleichs. Der Gesetzgeber war jedenfalls bei Einführung des Abhängigkeitsberichts im Jahre 1965 der Auffassung, dass der Schutzzweck des Abhängigkeitsberichts sich gerade, jedoch zudem lediglich, durch die Prüfung des Abschlussprüfers erreichen ließe, nicht jedoch durch seine Offenlegung.¹⁷⁴⁵

Die Kontrolle durch den Abschlussprüfer hielt er für erforderlich, da der Aufsichtsrat häufig nicht über die erforderliche Sachkunde verfüge und personell mit dem herrschenden Unternehmen verflochten sei, sodass er in eigener Sache urteile.¹⁷⁴⁶ Die Verflechtung mit den Interessen des herrschenden Unternehmens wird zudem häufig auf den Vorstand zutreffen, der schließlich vom Aufsichtsrat ernannt wird.¹⁷⁴⁷

Allerdings ist, und das hat der Gesetzgeber nicht hinreichend berücksichtigt, zudem die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer kritisch zu hinterfragen. Denn diese werden im Falle einer Mehrheitsbeteiligung des herrschenden Unternehmens grundsätzlich von diesem selbst über den Weg der Hauptversammlungsmehrheit bestellt werden können (vgl. § 119 Absatz 1 Nr. 5 AktG).¹⁷⁴⁸ Im Übrigen erteilt der, regelmäßig vom herrschenden Unternehmen dominierte, Aufsichtsrat den Abschlussprüferinnen und -prüfern den Prüfungsauftrag für den Jahres- und Konzernabschluss (vgl. § 111 Absatz 2 Satz 3 AktG). Nicht zu übersehen ist in diesem Kontext, dass insbesondere die wirtschaftliche Abhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer von ihren Mandanten ihre Unabhängigkeit in Frage stellen kann, da sie auf die Bezahlung durch sie angewiesen sind.¹⁷⁴⁹ Kritisch zu sehen ist auf diesem Hintergrund insbesondere der Beurteilungsspielraum der Abschlussprüferinnen und -prüfer bei der Beurteilung der Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, der ein Einfallstor bieten kann.¹⁷⁵⁰ Es besteht die Gefahr der Zweckverfehlung des Abhängigkeitsberichts, wenn die Abschlussprüferinnen und -prüfer ihren Beurteilungsspielraum großzügig anwenden.¹⁷⁵¹ Ebenfalls bieten unbestimmte Rechtsbegriffe ein solches Einfallstor.¹⁷⁵² Der Frage, ob sich die Hoffnung als nicht gerechtfertigt erwiesen hat, die der Gesetzgeber in die

¹⁷⁴⁵ Wilcke, S. 79.

¹⁷⁴⁶ Wilcke, S. 79.

¹⁷⁴⁷ Wilcke, S. 79.

¹⁷⁴⁸ Wilcke, S. 81.

¹⁷⁴⁹ Lotz, S. 194 f.; Lotz, ZIP 2020, 1843, 1844; Wilcke, S. 82.

¹⁷⁵⁰ Vgl. Wilcke, S. 207.

¹⁷⁵¹ Vgl. Wilcke, S. 207 und 209.

¹⁷⁵² Vgl. Wilcke, S. 209.

Abschlussprüferinnen und -prüfer gesetzt hat, soll jedoch nicht an dieser Stelle nachgegangen werden, sondern im Rahmen des Vergleichs.

Das Problem des Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG ist es jedenfalls nach wie vor insbesondere, nachteilige Einflussnahmen zu erfassen und diese durch Dokumentations-, Publizitäts- und Haftungsnormen zu verhindern.¹⁷⁵³ Erreicht das Maß der berichtspflichtigen, jedoch nicht berichteten, Rechtsgeschäfte und Maßnahmen eine erhebliche Höhe, kann dies den Schutzzweck des Abhängigkeitsberichts gefährden.¹⁷⁵⁴ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Abschlussprüferinnen und -prüfer nicht zur eigentlichen Aufgabe haben, die Vollständigkeit des Abhängigkeitsberichts zu prüfen.¹⁷⁵⁵ Bereits der Gesetzgeber erkannte jedoch, dass eine Zweckverfehlung der §§ 312 ff. AktG zugleich die Regelungen über den Vertragskonzern (vgl. §§ 308 ff. AktG) entwerten würde.¹⁷⁵⁶ Denn wegen der relativen Risikofreiheit würde der faktische Konzern dem Vertragskonzern vorgezogen werden.¹⁷⁵⁷ Nach den oben dargestellten gegenwärtigen Zahlen ist nicht auszuschließen, dass eben dies mangels Offenlegung des Abhängigkeitsberichts geschehen ist. Jedenfalls wurden die Regelungen der §§ 311 ff. AktG international nicht von anderen Staaten übernommen.¹⁷⁵⁸

Im Folgenden werden die §§ 312 ff. AktG untersucht. Diese Untersuchung bildet die Grundlage für den später zu erfolgenden Vergleich.

a. § 312 AktG

Der Gesetzgeber von 1965 erkannte, wie oben bereits erwähnt, dass bei faktischen Beherrschungsverhältnissen die Leitungsmacht nicht mehr, wie erforderlich, mit der entsprechenden Verantwortlichkeit verknüpft war.¹⁷⁵⁹ Denn diese Verantwortlichkeit forderten in der Regel lediglich die Außenstehenden von dem herrschenden Unternehmen oder seinen Vorstandsmitgliedern ein.¹⁷⁶⁰ Diese litten jedoch an einer Informationsasymmetrie.¹⁷⁶¹ Denn,

¹⁷⁵³ Vgl. MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 5; vgl. auch schon: Wilcke, S. 206.

¹⁷⁵⁴ Wilcke, S. 206.

¹⁷⁵⁵ Wilcke, S. 206.

¹⁷⁵⁶ Haesen, S. 6; vgl. auch Kellmann, ZGR 1974, 220, 229.

¹⁷⁵⁷ Haesen, S. 6; vgl. auch Kellmann, ZGR 1974, 220, 229.

¹⁷⁵⁸ MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 1.

¹⁷⁵⁹ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁶⁰ BT-Drs. 4/171, S. 230; Wilcke, S. 70.

¹⁷⁶¹ Wilcke, S. 70.

zu welchen nachteiligen Geschäften der Vorstand der abhängigen Gesellschaft von dem herrschenden Unternehmen veranlasst wurde, erfuhren sie nicht.¹⁷⁶² Selbst wenn sie verdächtige Geschäfte vermuteten, kannten sie deren Umfang und Auswirkungen häufig nicht mit der für die Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs erforderlichen Sicherheit.¹⁷⁶³ Sie konnten also die Verantwortlichkeit bereits aus dem Grund nicht im Wege der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen einfordern, da es ihnen an den hierfür erforderlichen Beweisen mangelte.¹⁷⁶⁴ Demgegenüber verfügte die abhängige Gesellschaft über alle Unterlagen und wusste, ebenso wie das herrschende Unternehmen, welche Geschäfte und Maßnahmen auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens vorgenommen worden waren und kannte die mit diesen verbundenen Vor- und Nachteile.¹⁷⁶⁵ Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft und das herrschende Unternehmen hatten jedoch kein Interesse an der Aufdeckung.¹⁷⁶⁶ So wundert es den Gesetzgeber von 1965 angesichts dieser Beweisschwierigkeiten nicht, dass bis dahin kaum versucht wurde, auf der Grundlage der zuvor gegebenen rechtlichen Möglichkeiten, die Verantwortlichkeit eines herrschenden Unternehmens einzufordern.¹⁷⁶⁷ Er führte sodann zum Abbau dieser Informationsasymmetrie den Abhängigkeitsbericht ein.¹⁷⁶⁸ Dieser sollte den Außenstehenden jedoch nicht zugänglich gemacht werden.¹⁷⁶⁹ Für diese Entscheidung hat der Gesetzgeber Kritik erfahren, auf die erst im Rahmen des Vergleichs einzugehen ist. Der damalige Gesetzgeber meinte jedenfalls, dass der Abhängigkeitsbericht vertraulich bleiben müsse.¹⁷⁷⁰ Er befürchtete, dass „sonst nicht mit der erforderlichen Offenheit über Geschäfte berichtet würde, deren Bekanntwerden geeignet ist, der Gesellschaft einen Nachteil zuzufügen.“¹⁷⁷¹ Trotz mangelnder Offenlegung glaubte er, dass der Abhängigkeitsbericht zum Abbau der Informationsasymmetrie wesentlich beitragen könne.¹⁷⁷² Dies wollte er dadurch erreichen, dass jede teilhabende Person eine Sonderprüfung beantragen könne, falls sich bei der Überprüfung des Abhängigkeitsberichts durch die Abschlussprüferinnen und -prüfer (vgl. § 313 AktG) oder den Aufsichtsrat (vgl. § 314 AktG) ein nachteiliges Geschäft herausstelle

¹⁷⁶² BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁶³ Vgl. BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁶⁴ BT-Drs. 4/171, S. 230; Wilcke, S. 70.

¹⁷⁶⁵ BT-Drs. 4/171, S. 230; Wilcke, S. 70.

¹⁷⁶⁶ Wilcke, S. 70.

¹⁷⁶⁷ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁶⁸ Wilcke, S. 70.

¹⁷⁶⁹ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁷⁰ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁷¹ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁷² BT-Drs. 4/171, S. 230.

(vgl. § 315 AktG).¹⁷⁷³ Die Frage, ob sich die Hoffnungen des Gesetzgebers erfüllt haben, kann mit Blick auf die Einführung des § 315 Satz 2 AktG und seine Begründung bereits an dieser Stelle verneint werden. Im Folgenden wird der Abhängigkeitsbericht des § 312 AktG in der gebotenen Kürze dargestellt:

Besteht kein Beherrschungsvertrag, so hat nach § 312 Absatz 1 Satz 1 AktG der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs einen Abhängigkeitsbericht aufzustellen. Es muss sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine SE, also eine Europäische Aktiengesellschaft, mit Sitz in Deutschland handeln.¹⁷⁷⁴ Bei Gesellschaften anderer Rechtsform besteht hingegen keine Pflicht, einen Abhängigkeitsbericht aufzustellen.¹⁷⁷⁵ Dies gilt insbesondere für die GmbH.¹⁷⁷⁶ Im System des Rechts der verbundenen Unternehmen ist der Abhängigkeitsbericht die bedeutendste Regelung zum Schutz der Minderheitsteilhabenden.¹⁷⁷⁷ Seine Aufgabe ist es, die Beziehungen nahestehender Unternehmen offenzulegen und nachprüfbar zu machen.¹⁷⁷⁸ Sein Zweck besteht darin, die Einhaltung des § 311 AktG zu sichern insbesondere im Interesse des Minderheitenschutzes.¹⁷⁷⁹ Der Vorstand hat den Abhängigkeitsbericht für jedes Geschäftsjahr in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs aufzustellen.¹⁷⁸⁰

In dem Abhängigkeitsbericht sind alle Rechtsgeschäfte aufzuführen, die die Gesellschaft im vergangenen Geschäftsjahr mit dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen oder auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen vorgenommen hat, und alle anderen Maßnahmen, die sie auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr getroffen oder unterlassen hat (vgl. § 312 Absatz 1 Satz 2 AktG). Zu berichten ist demnach über drei Gruppen von Geschäften.¹⁷⁸¹

¹⁷⁷³ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁷⁴ Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 2; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rnrn. 37 und 40.

¹⁷⁷⁵ Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 2.

¹⁷⁷⁶ Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 2.

¹⁷⁷⁷ Wilcke, S. 44.

¹⁷⁷⁸ Wilcke, S. 70.

¹⁷⁷⁹ Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 1.

¹⁷⁸⁰ BT-Drs. 4/171, S. 230; MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 53.

¹⁷⁸¹ BT-Drs. 4/171, S. 230.

Über alle Rechtsgeschäfte mit dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen (Konzern-Rechtsgeschäfte).¹⁷⁸² Über Konzern-Rechtsgeschäfte ist stets zu berichten.¹⁷⁸³ Außerdem ist über alle anderen Rechtsgeschäfte zu berichten.¹⁷⁸⁴ Das sind solche mit konzernfremden Unternehmen.¹⁷⁸⁵ Allerdings, und hier liegt der Unterschied, ist über diese lediglich zu berichten, wenn sie auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens oder eines mit diesem verbundenen Unternehmens eingegangen worden sind.¹⁷⁸⁶ Schließlich sind in den Abhängigkeitsbericht alle Maßnahmen aufzunehmen.¹⁷⁸⁷ Über Maßnahmen ist jedoch lediglich zu berichten, wenn die abhängige Gesellschaft sie auf Veranlassung oder im Interesse der genannten Unternehmen getroffen oder unterlassen hat.¹⁷⁸⁸ Es sind unterlassene Maßnahmen, nach dem reinen Wortlaut jedoch nicht unterlassene Rechtsgeschäfte zu berichten.¹⁷⁸⁹ Dennoch ist, über den Wortlaut hinausgehend, zudem über unterlassene Rechtsgeschäfte zu berichten.¹⁷⁹⁰ Dies ergibt sich aus dem Verhältnis von Maßnahme und Rechtsgeschäft als Oberbegriff und Unterfall.¹⁷⁹¹ Eine Unterlassung ist jede bewusste Untätigkeit.¹⁷⁹² Eine solche liegt jedenfalls dann vor, wenn eine pflichtgemäß handelnde Geschäftsführung einer unabhängigen Gesellschaft gehandelt hätte.¹⁷⁹³ Unter die unterlassenen Maßnahmen und Rechtsgeschäfte fallen insbesondere die Erfüllungsgeschäfte, die nicht vereinbarungsgemäß abgewickelt wurden.¹⁷⁹⁴

Zu berichten ist über diese drei Gruppen von Geschäften, da bei ihnen die Gefahr einer Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft naheliegt.¹⁷⁹⁵ Daher gehen die inhaltlichen Anforderungen an den Abhängigkeitsbericht deutlich über die Voraussetzungen des § 311 AktG hinaus: Schließlich kommt es bei Rechtsgeschäften nicht stets darauf an, in wessen

¹⁷⁸² BT-Drs. 4/171, S. 230; MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rnrn. 98 und 99.

¹⁷⁸³ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁸⁴ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁸⁵ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁸⁶ BT-Drs. 4/171, S. 230; vgl. MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 102.

¹⁷⁸⁷ BT-Drs. 4/171, S. 230.

¹⁷⁸⁸ BT-Drs. 4/171, S. 230 f.; MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 102.

¹⁷⁸⁹ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, R. 35.

¹⁷⁹⁰ MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 95; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 38.

¹⁷⁹¹ Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 29.

¹⁷⁹² Schubel in: Jannott, Frodermann–Handbuch des Aktienrechts, S. 922.

¹⁷⁹³ MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 93.

¹⁷⁹⁴ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 68.

¹⁷⁹⁵ BT-Drs. 4/171, S. 230; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 1.

Interesse oder auf wessen Veranlassung gehandelt wurde.¹⁷⁹⁶ Dies dient, mit dem Abstellen auf die Gefahr, der effektiven Verwirklichung des Normzwecks des § 311 AktG.¹⁷⁹⁷

Es ist über alle, und nicht lediglich die wesentlichen, Rechtsgeschäfte und Maßnahmen zu berichten.¹⁷⁹⁸ Sonst mangelt es dem Abhängigkeitsbericht an dem erforderlichen vollständigen Bild.¹⁷⁹⁹ Im Interesse einer wirksamen Berichterstattung muss der hiermit einhergehende Verwaltungsaufwand für die abhängigen Gesellschaften in Kauf genommen werden.¹⁸⁰⁰ Er ist durch EDV-Lösungen zu bewältigen.¹⁸⁰¹

Nach § 312 Absatz 1 Satz 3 AktG sind bei den Rechtsgeschäften Leistung und Gegenleistung, bei den Maßnahmen die Gründe der Maßnahme und deren Vorteile und Nachteile für die Gesellschaft anzugeben. Handelt es sich bei einem Rechtsgeschäft um einen Austauschvertrag, sind Leistung und Gegenleistung anzugeben.¹⁸⁰² Ergibt sich die Angemessenheit nicht bereits aus dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung oder ist das Rechtsgeschäft nicht auf einen Leistungsaustausch gerichtet, sind die Gründe und die Vor- und Nachteile bei Rechtsgeschäften anzugeben, wie es bei Maßnahmen der Fall ist.¹⁸⁰³ Bei den Maßnahmen sind die Gründe der Maßnahme und deren Vorteile und Nachteile für die Gesellschaft anzugeben.¹⁸⁰⁴ Bei ihnen sind ferner ihre Art und ihr Gegenstand anzugeben.¹⁸⁰⁵

Die in § 312 Absatz 1 Satz 3 AktG geregelten Angaben sind nicht abschließend.¹⁸⁰⁶ Vielmehr muss der Abhängigkeitsbericht bei den Angaben ins Einzelne gehen.¹⁸⁰⁷ Denn er soll die Nachprüfung der Angemessenheit aller Geschäfte ermöglichen.¹⁸⁰⁸ Die Angaben im Abhängigkeitsbericht müssen daher derart umfassend sein, dass es den Abschlussprüferinnen und -prüfern und dem Aufsichtsrat möglich ist, die Angemessenheit zu prüfen; also die

¹⁷⁹⁶ Rhiel, S. 72; vgl. auch: Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 27.

¹⁷⁹⁷ Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 27.

¹⁷⁹⁸ BT-Drs. 4/171, S. 231; Dornemann, S. 118 f.; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 67.

¹⁷⁹⁹ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁰⁰ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁰¹ Dornemann, S. 119.

¹⁸⁰² MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 115.

¹⁸⁰³ Dornemann, S. 120; MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 116 f.; so wohl auch: Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 39.

¹⁸⁰⁴ Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 49; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, R. 35.

¹⁸⁰⁵ MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 118.

¹⁸⁰⁶ Rhiel, S. 76; Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 47; vgl. auch: Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 25.

¹⁸⁰⁷ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁰⁸ BT-Drs. 4/171, S. 231.

Nachteiligkeit und ggf. den Nachteilsausgleich.¹⁸⁰⁹ Bei Rechtsgeschäften, bei denen es sich um Austauschverträge handelt, haben derart detaillierte Angaben zu erfolgen, dass auf der Basis des Abhängigkeitsberichts ein Fremdvergleich möglich ist.¹⁸¹⁰ Dies gilt zudem für Maßnahmen.¹⁸¹¹ Hierzu müssen alle wesentlichen Gesichtspunkte angegeben werden, sodass die Abschlussprüferinnen und -prüfer beurteilen können, ob tatsächlich alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt wurden.¹⁸¹²

Ferner ist nach § 312 Absatz 1 Satz 4 AktG bei einem Ausgleich von Nachteilen im Einzelnen anzugeben, wie der Ausgleich während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt ist oder auf welche Vorteile der Gesellschaft ein Rechtsanspruch gewährt worden ist. Sieht der Vorstand einen Nachteilsausgleich als gegeben an, so hat er zudem über diesen zu berichten.¹⁸¹³

Zusammen ergeben die Informationen aus § 312 Absatz 1 Sätze 3 und 4 AktG den Tatsachenbericht, an den sich die Schlusserklärung des Vorstandes mit dem Inhalt des § 312 Absatz 3 AktG anschließt.¹⁸¹⁴ Sind in einem Geschäftsjahr keine berichtspflichtigen Vorgänge erfolgt, dann ist dennoch ein Negativbericht zu erstellen, der eben diese Information enthält.¹⁸¹⁵ Der Abhängigkeitsbericht ist schriftlich zu erstatten.¹⁸¹⁶ Nach § 312 Absatz 2 AktG hat er den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen.

Nach § 312 Absatz 3 Satz 1 AktG hat der Vorstand am Schluss des Abhängigkeitsberichts zu erklären, ob die Gesellschaft nach den Umständen, die ihm in dem Zeitpunkt bekannt waren, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen wurde, bei jedem Rechtsgeschäft eine angemessene Gegenleistung erhielt und dadurch, dass die Maßnahme getroffen oder unterlassen wurde, nicht benachteiligt wurde. Dies ist die Schlusserklärung des Vorstands.¹⁸¹⁷ Bei dieser ihrem Inhalt nach gesetzlich näher festgelegten Schlusserklärung handelt es sich um eine zusammenfassende Erklärung über die

¹⁸⁰⁹ Rhiel, S. 76; Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 47; vgl. Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 25.

¹⁸¹⁰ Bürgers/Körper, Fett, § 312 AktG, Rn. 24.

¹⁸¹¹ Bürgers/Körper, Fett, § 312 AktG, Rn. 26.

¹⁸¹² Bürgers/Körper, Fett, § 312 AktG, Rn. 26; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 75.

¹⁸¹³ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸¹⁴ Wilcke, S. 72.

¹⁸¹⁵ Dißbars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 1; MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 28; Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 28.

¹⁸¹⁶ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 61.

¹⁸¹⁷ Dißbars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 3.5.

Angemessenheit aller Rechtsgeschäfte und Maßnahmen.¹⁸¹⁸ Damit stellt sie insbesondere eine Bewertung der angegebenen Tatsachen mit Blick auf die §§ 311, 317 AktG dar.¹⁸¹⁹ Beurteilungsmaßstab ist sowohl bei Rechtsgeschäften als auch bei Maßnahmen der Fremdvergleich.¹⁸²⁰ Maßgeblich sind ferner diejenigen Umstände, die dem Vorstand bei Vornahme des Rechtsgeschäfts, beim Treffen der Maßnahme oder bei Unterlassen bekannt waren.¹⁸²¹ Die Angaben über die Beurteilung der Rechtsgeschäfte und Maßnahmen müssen derart ausführlich sein, dass die Abschlussprüferinnen und -prüfer und der Aufsichtsrat in die Lage versetzt werden, sich auf dieser Grundlage ein eigenes Urteil zu bilden.¹⁸²² Die Pflicht zur Abgabe der Schlusserklärung soll eine ständige Mahnung an den Vorstand der abhängigen Gesellschaft sein, dass er die Interessen der abhängigen Gesellschaft gegenüber einem herrschenden Unternehmen ebenfalls zu wahren hat.¹⁸²³ Hierdurch soll die Präventivwirkung des Abschlussberichts verstärkt werden.¹⁸²⁴ Derart soll ihm ferner die Abwehr eines Verlangens des herrschenden Unternehmens erleichtert werden, das unangemessen ist.¹⁸²⁵ Ist in einem Geschäftsjahr kein Rechtsgeschäft oder keine Maßnahme erfolgt, ist eine Negativerklärung vom Vorstand abzugeben.¹⁸²⁶

Wurde die Gesellschaft benachteiligt, hat der Vorstand nach § 312 Absatz 3 Satz 2 AktG außerdem zu erklären, ob die Nachteile ausgeglichen worden sind. Hierbei ist im Einzelnen darzulegen, wie im Geschäftsjahr der Nachteilsausgleich vorgenommen oder welcher Rechtsanspruch hierzu eingeräumt wurde.¹⁸²⁷ Beurteilungsmaßstab ist hier ebenfalls der Fremdvergleich.¹⁸²⁸ Kann ein Nachteil nicht ausgeglichen werden, ist der Sachverhalt darzulegen.¹⁸²⁹

¹⁸¹⁸ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸¹⁹ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 78.

¹⁸²⁰ Vgl. Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 3.3.

¹⁸²¹ MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 145; Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 67; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 80.

¹⁸²² Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 23.

¹⁸²³ BT-Drs. 4/171, S. 231; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 105.

¹⁸²⁴ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 105.

¹⁸²⁵ BT-Drs. 4/171, S. 231; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 105.

¹⁸²⁶ Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 3.5.

¹⁸²⁷ Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 3.3.

¹⁸²⁸ Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 3.3.

¹⁸²⁹ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 77.

Im Kern geht es damit in der Abschlusserklärung darum, dass der Vorstand erklärt, ob der Gesellschaft ein Nachteil zugefügt wurde und ob dieser ausgeglichen wurde.¹⁸³⁰ Lediglich diese Erklärung wird allen Interessierten durch die Offenlegung im Lagebericht zugänglich.¹⁸³¹ Denn nach § 312 Absatz 3 Satz 3 AktG ist lediglich die Abschlusserklärung in den Lagebericht aufzunehmen.¹⁸³² In der Literatur wird kritisiert, dass der Abhängigkeitsbericht selbst nicht zu veröffentlichen sei.¹⁸³³ Der Abhängigkeitsbericht wird zudem weder gegenüber den Teilhabenden noch gegenüber den Gläubigerinnen und Gläubigern offengelegt, selbst wenn diese Schadenersatzansprüche geltend machen.¹⁸³⁴ Dies soll dem Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens dienen.¹⁸³⁵ Der Abhängigkeitsbericht wird lediglich den Abschlussprüferinnen und -prüfern und dem Aufsichtsrat gegenüber offengelegt.¹⁸³⁶ § 313 AktG behandelt die Prüfung durch die Abschlussprüferinnen und -prüfer.

b. § 313 AktG

Der Zweck der Prüfung durch die Abschlussprüferinnen und -prüfer nach § 313 AktG ist in erster Linie, darauf hinzuwirken, dass der Abhängigkeitsbericht vollständig und zutreffend ist.¹⁸³⁷ Diese Prüfung bildet ein eigenständiges Kontrollelement.¹⁸³⁸ Denn, um den Schutzzweck des Abhängigkeitsberichts zu erreichen, bedarf es einer Überprüfung des Abhängigkeitsberichts durch sachkundige und unabhängige Dritte.¹⁸³⁹ Eine Prüfung ausschließlich durch den Aufsichtsrat, obwohl dieser das Kontrollorgan der Gesellschaft ist, ist zur Erreichung dieses Zwecks nicht geeignet.¹⁸⁴⁰ Dies gilt nicht lediglich, da den Mitgliedern des Aufsichtsrats hierfür die erforderliche Sachkunde fehlen kann.¹⁸⁴¹ Vielmehr kann ihnen hierfür zudem die Unabhängigkeit vom herrschenden Unternehmen fehlen.¹⁸⁴²

¹⁸³⁰ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 1.

¹⁸³¹ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 1.

¹⁸³² Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 3.5; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 114; MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 141 und 151; Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 69; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 78.

¹⁸³³ Vgl. Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 3.5.

¹⁸³⁴ Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 7.

¹⁸³⁵ Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 8.

¹⁸³⁶ MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 7.

¹⁸³⁷ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 2.

¹⁸³⁸ Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 1.

¹⁸³⁹ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁴⁰ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁴¹ BT-Drs. 4/171, S. 231; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 1.

¹⁸⁴² BT-Drs. 4/171, S. 231.

Denn in der Regel übt das herrschende Unternehmen einen großen Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft aus, insbesondere indem es seine eigenen gesetzlichen Vertreter oder leitenden Angestellten in dieses Organ wählt.¹⁸⁴³ Es ist nicht ausgeschlossen, dass diese Mitglieder des Aufsichtsrats die Interessen des herrschenden Unternehmens über die der abhängigen Gesellschaft stellen.¹⁸⁴⁴ Das Risiko der mangelnden Unabhängigkeit des Aufsichtsrats als Organ besteht insbesondere dann, wenn diese Repräsentanten des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat überwiegen.¹⁸⁴⁵ Bei dieser Sachlage urteilt der Aufsichtsrat in eigener Sache.¹⁸⁴⁶ Erforderlich ist daher eine Überprüfung des Abhängigkeitsberichts durch sachkundige und unabhängige Dritte.¹⁸⁴⁷ Solche sah der Gesetzgeber in den Abschlussprüferinnen und -prüfern.¹⁸⁴⁸ Ihre Sachkunde soll nicht in Frage gestellt werden, obwohl der Berufsstand der Wirtschaftsprüferinnen und -prüfer hiervon nicht in jeder Hinsicht überzeugt ist. Kritik hat der Gesetzgeber jedoch erfahren, sofern er zudem von der Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer ausgegangen ist.¹⁸⁴⁹ Er hat zwar erkannt, dass ihnen diese Aufgabe „eine beträchtliche und nicht bequeme Verantwortung aufbürdet“, da Spannungen zwischen den Abschlussprüferinnen und -prüfern und dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft und des herrschenden Unternehmens entstehen können.¹⁸⁵⁰ Er hat dennoch erwartet, dass „der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer den ihm damit gestellten Aufgaben unter Berücksichtigung ihrer rechts- und gesellschaftspolitischen Bedeutung gerecht werden wird.“¹⁸⁵¹ Ob er hierbei insbesondere die finanzielle Abhängigkeit hinreichend berücksichtigt hat, die auf Seiten der Abschlussprüferinnen und -prüfer entstehen kann, denen der Gesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum zugestanden hat, lässt sich jedoch bezweifeln.¹⁸⁵² Jedoch hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren bereits Maßnahmen zur Stärkung der Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer ergriffen. An dieser Stelle soll es mit diesem kurzen Hinweis sein Bewenden haben. Im Rahmen des Vergleichs wird zu erörtern sein, ob dennoch weiterhin Defizite der Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer bestehen.

¹⁸⁴³ BT-Drs. 4/171, S. 231; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 1.

¹⁸⁴⁴ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁴⁵ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁴⁶ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁴⁷ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁴⁸ BT-Drs. 4/171, S. 231.

¹⁸⁴⁹ Vgl. Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 4.

¹⁸⁵⁰ BT-Drs. 4/171, S. 232.

¹⁸⁵¹ BT-Drs. 4/171, S. 232.

¹⁸⁵² Vgl. auch: Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 4.

§ 313 Absatz 1 Satz 1 AktG regelt, dass, falls der Jahresabschluss durch Abschlussprüferinnen und -prüfer zu prüfen ist, ihnen gleichzeitig mit dem Jahresabschluss und dem Lagebericht auch der Abhängigkeitsbericht vorzulegen ist. Der Abhängigkeitsbericht ist ihnen also unverzüglich nach deren Aufstellung vorzulegen.¹⁸⁵³ Prüfungszuständig sind die Jahresabschlussprüferinnen und -prüfer.¹⁸⁵⁴ Diese werden gemäß § 119 Absatz 1 Nr. 5 AktG von der Hauptversammlung bestellt. Der Aufsichtsrat erteilt den Prüfungsauftrag (vgl. § 111 Absatz 2 Satz 3 AktG).¹⁸⁵⁵

Nach § 313 Absatz 1 Satz 2 AktG haben die Abschlussprüferinnen und -prüfer zu prüfen, ob die tatsächlichen Angaben des Berichts richtig sind (Nr. 1), ob bei den im Bericht aufgeführten Rechtsgeschäften nach den Umständen, die im Zeitpunkt ihrer Vornahme bekannt waren, die Leistung der Gesellschaft nicht unangemessen hoch war; soweit sie dies war, ob die Nachteile ausgeglichen worden sind (Nr. 2.) und schließlich ob bei den im Bericht aufgeführten Maßnahmen keine Umstände für eine wesentlich andere Beurteilung als die durch den Vorstand sprechen (Nr. 3.). Hiermit wird der Prüfungsgegenstand festgelegt.¹⁸⁵⁶

Die tatsächlichen Angaben des Abhängigkeitsberichts sind hierbei zunächst auf ihre Richtigkeit zu prüfen (vgl. Nr. 1).¹⁸⁵⁷ Kein unmittelbarer Prüfungsgegenstand ist die Vollständigkeit des Abhängigkeitsberichts.¹⁸⁵⁸ Nach § 313 Absatz 2 Satz 2 AktG haben jedoch die Abschlussprüferinnen und -prüfer, sofern sie bei der Abschlussprüfung oder der Prüfung des Abhängigkeitsberichts feststellt, dass der Abhängigkeitsbericht unvollständig ist, dies im Prüfungsbericht festzustellen.¹⁸⁵⁹

Der zweite Prüfungsgegenstand sind die im Abhängigkeitsbericht aufgeführten Rechtsgeschäfte.¹⁸⁶⁰ Es geht bei diesem Prüfungsgegenstand um die Nachteiligkeit von Rechtsgeschäften und deren Nachteilsausgleich.¹⁸⁶¹ Nachteilig ist die Leistung der

¹⁸⁵³ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 30; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 11.

¹⁸⁵⁴ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 27; Rhiel, S. 77; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 6.

¹⁸⁵⁵ Bürgers/Körber, Fett, § 313 AktG, Rn. 10.

¹⁸⁵⁶ BT-Drs. 4/171, S. 232; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 2.

¹⁸⁵⁷ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 37; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 12; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 17.

¹⁸⁵⁸ BT-Drs. 4/171, S. 232.

¹⁸⁵⁹ BT-Drs. 4/171, S. 232.

¹⁸⁶⁰ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 20.

¹⁸⁶¹ Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 12.

abhängigen Gesellschaft, wenn sie unangemessen hoch ist.¹⁸⁶² Dies ist der Fall, wenn sie bei vernünftiger kaufmännischer Überlegung als nicht mehr vertretbar erscheint.¹⁸⁶³ Denn der Wortlaut „nicht unangemessen hoch“ belässt den Abschlussprüferinnen und -prüfern einen Beurteilungsspielraum.¹⁸⁶⁴ Denn es geht nicht um die Beurteilung der Angemessenheit.¹⁸⁶⁵ Ein genauer Maßstab steht hierfür nicht stets zur Verfügung, ferner ist das Geschäftsführungsermessen zu berücksichtigen und haben sich die Abschlussprüferinnen und -prüfer schließlich in den maßgeblichen Wissensstand zurückzusetzen.¹⁸⁶⁶ Aus all diesen Gründen hat der Gesetzgeber den Prüfungsmaßstab großzügiger gestaltet und die Prüfung auf die unangemessene Höhe beschränkt.¹⁸⁶⁷ Daher brauchen die Abschlussprüferinnen und -prüfer geringfügige Abweichungen von dem nach ihrer Meinung angemessenen Preis nicht zu beachten.¹⁸⁶⁸ Kommen sie zu dem Ergebnis, dass das Rechtsgeschäft nachteilig ist, oder hat der Vorstand dies im Abhängigkeitsbericht selbst eingeräumt, müssen sie den Nachteilsausgleich prüfen.¹⁸⁶⁹ Für die Prüfung des Nachteilsausgleichs gilt der Maßstab für die Nachteiligkeit entsprechend.¹⁸⁷⁰ Für Maßnahmen gilt diese Prüfung entsprechend.¹⁸⁷¹ Der Nachteilsausgleich ist gewährt, wenn es für eine ordentliche und gewissenhafte Geschäftsführung vertretbar wäre, die Maßnahme unter Berücksichtigung des Nachteilsausgleichs zu treffen oder zu unterlassen.¹⁸⁷² In beiden Fällen, also des Rechtsgeschäfts und der Maßnahme, darf der Nachteil lediglich nicht im Verhältnis zum Nachteilsausgleich unangemessen hoch sein.¹⁸⁷³

Schließlich haben die Abschlussprüferinnen und -prüfer beim dritten Prüfungsgegenstand, also bei den Maßnahmen, lediglich zu prüfen, ob ihnen bekannte Umstände für eine wesentlich andere Beurteilung als die durch den Vorstand sprechen (vgl. Nr. 3).¹⁸⁷⁴ Es geht mithin bei den Maßnahmen ebenfalls um die Prüfung ihrer Nachteiligkeit und deren

¹⁸⁶² Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 17; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 18.

¹⁸⁶³ Vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 17.

¹⁸⁶⁴ BT-Drs. 4/171, S. 232; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 18.

¹⁸⁶⁵ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 43.

¹⁸⁶⁶ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 43; zur Berücksichtigung des Geschäftsleiterermessens: Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 12.

¹⁸⁶⁷ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 43.

¹⁸⁶⁸ BT-Drs. 4/171, S. 232; vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 12.

¹⁸⁶⁹ Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 19; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 21.

¹⁸⁷⁰ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 313 AktG, Rn. 25; MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 50; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 19.

¹⁸⁷¹ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 50; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 23; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 23.

¹⁸⁷² So wohl: MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 50.

¹⁸⁷³ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 51; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 19 und 23.

¹⁸⁷⁴ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 44.

Nachteilsausgleich.¹⁸⁷⁵ Die Beurteilung der Maßnahmen ist jedoch besonders schwierig, da mangels Gegenleistung ein objektiver Vergleich nicht möglich ist.¹⁸⁷⁶ Daher sollen die Abschlussprüferinnen und -prüfer auf der Basis ihrer allgemeinen Sachkunde und ihrer besonderen Vertrautheit mit den Verhältnissen der abhängigen Gesellschaft lediglich beurteilen, ob der Vorstand alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und ob diese für eine Vertretbarkeit der Beurteilung der Maßnahme durch den Vorstand sprechen.¹⁸⁷⁷ Eine Abweichung von der Beurteilung seitens des Vorstands in Schattierungen ist irrelevant.¹⁸⁷⁸ Die Abschlussprüferinnen und -prüfer sollen ihren Beurteilungsspielraum zudem nicht an die Stelle des kaufmännischen Ermessens des Vorstands setzen.¹⁸⁷⁹ Daher sollen sie nicht die Zweckmäßigkeit der Maßnahme beurteilen oder beurteilen, ob die Maßnahme mit den Pflichten einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung vereinbar ist.¹⁸⁸⁰ Zu prüfen haben sie ausschließlich, ob der Abhängigkeitsbericht die Maßnahmen schlüssig begründet.¹⁸⁸¹ Liegt eine Benachteiligung vor, ist bei Maßnahmen ebenfalls ein etwaiger Nachteilsausgleich zu überprüfen.¹⁸⁸² Die Prüfung der Rechtsgeschäfte und Maßnahmen nach § 313 Absatz 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 AktG erfordert eine Beurteilung der Abschlussprüferinnen und -prüfer, für die ihnen das Gesetz einen Beurteilungsspielraum eingeräumt hat.¹⁸⁸³ Sie sind zwar zur gewissenhaften und unabhängigen Prüfung verpflichtet (vgl. auch § 323 Absatz 1 HGB, § 43 Absatz 1 WiPrO).¹⁸⁸⁴ Dennoch setzt an diesem Beurteilungsspielraum die Skepsis gegenüber ihrer Unabhängigkeit an.¹⁸⁸⁵ Denn ein weiter Beurteilungsspielraum bietet ein Einfallstor, um bei finanzieller Abhängigkeit von einer Mandantin oder einem Mandanten die Gewissenhaftigkeit der Prüfung flexibler zu handhaben. An dieser Stelle soll es mit dieser Bemerkung sein Bewenden haben. Auf diese Frage wird später im Rahmen des Vergleichs einzugehen sein.

¹⁸⁷⁵ Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 12.

¹⁸⁷⁶ BT-Drs. 4/171, S. 232.

¹⁸⁷⁷ BT-Drs. 4/171, S. 232; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 22.

¹⁸⁷⁸ BT-Drs. 4/171, S. 232.

¹⁸⁷⁹ BT-Drs. 4/171, S. 232; MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 44; vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 12.

¹⁸⁸⁰ BT-Drs. 4/171, S. 232.

¹⁸⁸¹ BT-Drs. 4/171, S. 232.

¹⁸⁸² Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 23; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 23.

¹⁸⁸³ Rhiel, S. 79.

¹⁸⁸⁴ Vgl. Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 313 AktG, Rn. 35.

¹⁸⁸⁵ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 4.

Die Abschlussprüferinnen und -prüfer haben über das Ergebnis der Prüfung schriftlich zu berichten (vgl. § 313 Absatz 2 Satz 1 AktG).¹⁸⁸⁶ Nach § 313 Absatz 2 Satz 3 AktG haben die Abschlussprüferinnen und -prüfer ihren Bericht zu unterzeichnen und dem Aufsichtsrat vorzulegen; dem Vorstand ist vor der Zuleitung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.¹⁸⁸⁷ Mit der Vorlage des unterschriebenen Prüfungsberichts an den Aufsichtsrat endet ihre Prüfung.¹⁸⁸⁸ § 313 Absatz 3 und Absatz 4 Satz 1 AktG regeln den Bestätigungsvermerk der Abschlussprüferinnen und -prüfer zum Abhängigkeitsbericht, seine Einschränkung oder Versagung.¹⁸⁸⁹ Der Bestätigungsvermerk wird in § 313 Absatz 3 Satz 1 AktG wörtlich geregelt. Er ist zu erteilen, wenn nach dem abschließenden Ergebnis der Prüfung keine Einwendungen zu erheben sind.¹⁸⁹⁰ Sind Einwendungen zu erheben oder haben die Abschlussprüferinnen und -prüfer festgestellt, dass der Abhängigkeitsbericht unvollständig ist, so haben sie nach § 313 Absatz 4 Satz 1 AktG die Bestätigung einzuschränken oder zu versagen.¹⁸⁹¹ Jedenfalls in ihrem Prüfungsbericht ist die Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks zu begründen.¹⁸⁹²

Den Bestätigungsvermerk oder den Vermerk über seine Versagung haben die Abschlussprüferinnen und -prüfer schließlich mit Angabe von Ort und Tag zu unterzeichnen (vgl. § 313 Absatz 5 Satz 1 AktG).¹⁸⁹³ Er ist in den Prüfungsbericht der Abschlussprüferinnen und -prüfer aufzunehmen (vgl. § 313 Absatz 5 Satz 2 AktG).¹⁸⁹⁴ Der Bestätigungsvermerk wird zudem in den Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung aufgenommen (vgl. § 314 Absatz 2 Satz 3 AktG).¹⁸⁹⁵ Damit wird er also der Hauptversammlung bekannt.¹⁸⁹⁶ Der Bestätigungsvermerk oder seine Versagung ist das Einzige von dem Prüfungsbericht der Abschlussprüferinnen und -prüfer, was an die Öffentlichkeit gelangt.¹⁸⁹⁷ Der

¹⁸⁸⁶ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 80; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 29.

¹⁸⁸⁷ Vgl. zu Halbsatz 1: MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 85; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 31.

¹⁸⁸⁸ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 31; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 10.

¹⁸⁸⁹ Vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 37.

¹⁸⁹⁰ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 90.

¹⁸⁹¹ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 96; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 36.

¹⁸⁹² Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 36.

¹⁸⁹³ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 102; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 38; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 40.

¹⁸⁹⁴ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 87; Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 37.

¹⁸⁹⁵ BT-Drs. 4/171, S. 232; MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 87.

¹⁸⁹⁶ BT-Drs. 4/171, S. 232; MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 87; vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 37; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 33.

¹⁸⁹⁷ Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 36; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 29.

Abhängigkeitsbericht erlangt hierdurch eine begrenzte, mittelbare Publizität.¹⁸⁹⁸ Einschränkung und Versagung des Bestätigungsvermerks eröffnen den Weg zur Sonderprüfung nach § 315 AktG.¹⁸⁹⁹

c. § 314 AktG

§ 314 AktG regelt die Prüfung des Abhängigkeitsberichts seitens des Aufsichtsrats.¹⁹⁰⁰ § 314 Absatz 2 Satz 1 AktG regelt, dass der Aufsichtsrat den Abhängigkeitsbericht zu prüfen und in seinem Bericht an die Hauptversammlung (vgl. § 171 Absatz 2 AktG) über das Ergebnis seiner Prüfung zu berichten hat.

Der Aufsichtsrat hat den Abhängigkeitsbericht sorgfältig dahingehend zu prüfen, ob gegen die Angemessenheit von Rechtsgeschäften oder Maßnahmen Bedenken bestehen und einem Aufsichtsratsmitglied bekannte Umstände auf die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des Abhängigkeitsberichts hindeuten oder auf die Nichtberücksichtigung wesentlicher Gesichtspunkte seitens der Abschlussprüferinnen und -prüfer.¹⁹⁰¹ Die Aufsichtsratsmitglieder müssen sich bei ihrer Prüfung ausschließlich von dem Interesse der abhängigen Gesellschaft leiten lassen.¹⁹⁰² Der Gesetzgeber sah darin, die Aufsichtsratsmitglieder für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Abhängigkeitsberichts in die Mitverantwortung zu nehmen, die Möglichkeit den Zweck des Abhängigkeitsberichts zu fördern.¹⁹⁰³ Nach Stimmen in der Literatur darf indes die Kontrollfunktion der Aufsichtsratsmitglieder nicht überbewertet werden, da sie typischerweise von dem herrschenden Unternehmen in den Aufsichtsrat gewählt wurden.¹⁹⁰⁴ Mit Blick auf den Schadenersatzanspruch nach § 317 AktG ist ebenfalls zu bezweifeln, dass in der Realität der Prüfungsmaßstab der Interessen der abhängigen Gesellschaft tatsächlich angelegt wird.¹⁹⁰⁵ Selbst bei Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat ist dies nicht sicher.¹⁹⁰⁶

¹⁸⁹⁸ Schmidt/Lutter, Vetter, § 313 AktG, Rn. 2.

¹⁸⁹⁹ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 33.

¹⁹⁰⁰ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 314 AktG, Rn. 1.

¹⁹⁰¹ MüKo AktG, Altmeppen, § 314 AktG, Rn. 20; so wohl auch: Rhiel, S. 80.

¹⁹⁰² Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 314 AktG, Rn. 18; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 314 AktG, Rn. 6.

¹⁹⁰³ BT-Drs. 4/171, S. 233.

¹⁹⁰⁴ Schmidt/Lutter, Vetter, § 314 AktG, Rn. 3.

¹⁹⁰⁵ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 314 AktG, Rn. 6.

¹⁹⁰⁶ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 314 AktG, Rn. 6.

Jedenfalls ist das Prüfungsergebnis des Aufsichtsrats in den Bericht an die Hauptversammlung aufzunehmen und erlangt auf diesem Wege eine beschränkte Publizität.¹⁹⁰⁷ Ist der Jahresabschluss durch Abschlussprüferinnen und -prüfer zu prüfen, hat der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung ferner Stellung zu nehmen zu dem Ergebnis der Prüfung des Abhängigkeitsberichts seitens der Abschlussprüferinnen und -prüfer (vgl. § 314 Absatz 2 Satz 2 AktG).¹⁹⁰⁸ In den Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung ist ein von den Abschlussprüferinnen und -prüfern erteilter Bestätigungsvermerk aufzunehmen, eine Versagung des Bestätigungsvermerks ist hierin ausdrücklich mitzuteilen (vgl. § 314 Absatz 2 Satz 3 AktG).¹⁹⁰⁹ Am Schluss des Berichts an die Hauptversammlung hat der Aufsichtsrat zu erklären, ob nach dem abschließenden Ergebnis seiner Prüfung Einwendungen gegen die Abschlusserklärung des Vorstands zu erheben sind (vgl. § 314 Absatz 3 AktG).¹⁹¹⁰

Diese Erklärung ist entscheidend für das Recht der Teilhabenden, eine Sonderprüfung zu beantragen.¹⁹¹¹ Der Bericht an die Hauptversammlung erlangt, wie bereits erwähnt, Publizität (vgl. § 325 HGB).¹⁹¹² Der Abhängigkeitsbericht und der Prüfungsbericht der Abschlussprüferinnen und -prüfer sind jedoch nicht offenzulegen.¹⁹¹³ Die Information der Außenstehenden beschränkt sich auf den Inhalt des Berichts des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung.¹⁹¹⁴ Diese Information soll jeden einzelnen Teilhabenden in die Lage versetzen, darüber zu entscheiden, ob er mit Erfolg eine Sonderprüfung nach § 315 Satz 1 AktG beantragen kann.¹⁹¹⁵

d. § 315 AktG

Um Schadenersatzansprüche durchzusetzen, müssen den Außenstehenden die erforderlichen Informationen zugänglich sein.¹⁹¹⁶ Hierzu dient das Recht der Teilhabenden, unter den Voraussetzungen des § 315 AktG eine Sonderprüfung einzuleiten.¹⁹¹⁷ Denn die Informationen,

¹⁹⁰⁷ Vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 314 AktG, Rn. 3.

¹⁹⁰⁸ Schmidt/Lutter, Vetter, § 314 AktG, Rn. 15; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 314 AktG, Rn. 8.

¹⁹⁰⁹ Schmidt/Lutter, Vetter, § 314 AktG, Rn. 16; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 314 AktG, Rn. 8.

¹⁹¹⁰ Schmidt/Lutter, Vetter, § 314 AktG, Rn. 17; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 314 AktG, Rn. 10.

¹⁹¹¹ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 314 AktG, Rn. 10.

¹⁹¹² MüKo AktG, Altmeppen, § 314 AktG, Rn. 25; Schmidt/Lutter, Vetter, § 314 AktG, Rn. 15.

¹⁹¹³ Wilcke, S. 73 und 74.

¹⁹¹⁴ Wilcke, S. 74.

¹⁹¹⁵ Wilcke, S. 74.

¹⁹¹⁶ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 1.

¹⁹¹⁷ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 2.

die die Teilhabenden bis zur Sonderprüfung durch Offenlegung erhalten, einschließlich derer, die durch die lediglich begrenzte Publizität der anderen Kontrollinstrumente der §§ 312 ff. AktG ihnen gegenüber offengelegt werden, genügen für die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen nicht.¹⁹¹⁸ Dieses Informationsdefizit soll durch die Sonderprüfung ausgeglichen werden.¹⁹¹⁹ Denn der Sonderprüfungsbericht ist nach seiner Einreichung beim Handelsregister jedermann zugänglich.¹⁹²⁰ Dies soll eine ausreichende Information der Teilhabenden gewährleisten.¹⁹²¹ Außerdem soll derart die Präventivwirkung der §§ 312 ff. AktG deutlich gesteigert werden.¹⁹²²

Auf Antrag einer teilhabenden Person hat das Gericht nach § 315 Satz 1 AktG Sonderprüfer zur Prüfung der geschäftlichen Beziehungen der abhängigen Gesellschaft zu dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen zu bestellen, wenn die Abschlussprüferinnen und -prüfer den Bestätigungsvermerk zum Abhängigkeitsbericht eingeschränkt oder versagt haben (Nr. 1), der Aufsichtsrat erklärt hat, dass Einwendungen gegen die Schlusserklärung des Vorstands zu erheben sind (Nr. 2) oder der Vorstand selbst erklärt hat, dass die abhängige Gesellschaft durch bestimmte Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen benachteiligt worden ist, ohne dass die Nachteile ausgeglichen worden sind (Nr. 3).¹⁹²³ Voraussetzung der Sonderprüfung nach § 315 Satz 1 AktG sind demnach drei formale Erklärungen zu Verstößen gegen § 311 AktG, die alle in dem Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung enthalten sind.¹⁹²⁴ Allerdings ist bisher kein Fall einer Sonderprüfung auf diesem Wege bekannt geworden.¹⁹²⁵ Denn die Voraussetzungen der Sonderprüfung nach Satz 1 sind sehr restriktiv und knüpfen an reine Formalanlässe an.¹⁹²⁶ Nachdem dies in der Literatur kritisiert wurde, wurde nach dem Satz 1 ein Satz 2 eingefügt.¹⁹²⁷

¹⁹¹⁸ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 2; Rhiel, S. 84.

¹⁹¹⁹ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 3; Rhiel, S. 84.

¹⁹²⁰ Rhiel, S. 84; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 2.

¹⁹²¹ Vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 315 AktG, Rn. 2; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 2.

¹⁹²² Rhiel, S. 84; Schmidt/Lutter, Vetter, § 315 AktG, Rn. 2.

¹⁹²³ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 5.

¹⁹²⁴ Schmidt/Lutter, Vetter, § 315 AktG, Rn. 5.

¹⁹²⁵ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 6.

¹⁹²⁶ Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt IV; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 315 AktG, Rn. 13;

Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 4.

¹⁹²⁷ BT-Drs. 13/9712, S. 25; vgl. Bürgers/Körber, Fett, § 315 AktG, Rn. 5; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 4.

Nach Satz 2 kann der Antrag, falls sonstige Tatsachen vorliegen, die den Verdacht einer pflichtwidrigen Nachteilszufügung rechtfertigen, auch von Teilhabenden gestellt werden, deren Anteile zusammen den Schwellenwert des § 142 Absatz 2 AktG erreichen, wenn sie glaubhaft machen, dass sie seit mindestens drei Monaten vor dem Tage der Antragstellung Inhaberinnen oder Inhaber der Aktien sind.¹⁹²⁸ Damit wurde die Regelung des Satzes 1 dahingehend erweitert, dass die Sonderprüfung nach § 315 AktG zudem in Fällen beantragt werden kann, in denen zwar keine der in den § 315 Satz 1 Nummern 1 bis 3 AktG genannten Voraussetzungen gegeben ist, sich jedoch aus anderen Tatsachen der Verdacht einer pflichtwidrigen Nachteilszufügung ergibt.¹⁹²⁹ Allerdings wird die Effektivität dieser Regelung ebenfalls skeptisch gesehen wegen der hohen Quoren und des erforderlichen Tatsachenvortrags, der einen Anfangsverdacht rechtfertigen muss.¹⁹³⁰

Obwohl der Gläubigerschutz ebenfalls zu den Schutzzwecken dieser Norm zählt, haben Gläubigerinnen und Gläubiger kein Recht, eine Sonderprüfung nach § 315 AktG zu beantragen.¹⁹³¹ Lediglich, falls Teilhabende eine Sonderprüfung angestrengt haben, kommt dies den Gläubigerinnen und Gläubigern ebenfalls zu Gute, die dann den Sonderprüfungsbericht einsehen können, der beim Handelsregister eingereicht wird.¹⁹³²

Über das Ergebnis der Sonderprüfung ist schriftlich zu berichten.¹⁹³³ Der Sonderprüfungsbericht ist unverzüglich dem Vorstand zu übermitteln und beim Handelsregister der abhängigen Gesellschaft einzureichen (vgl. § 145 Absatz 6 Satz 3 AktG).¹⁹³⁴ Er ist nach seiner Einreichung beim Handelsregister jedermann zugänglich und wird uneingeschränkt offengelegt.¹⁹³⁵ Der Abhängigkeitsbericht erlangt jedoch selbst im Falle einer Sonderprüfung keine Publizität.¹⁹³⁶ Nach Ansicht des Gesetzgebers erhalte die

¹⁹²⁸ Vgl. MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 7.

¹⁹²⁹ BT-Drs. 13/9712, S. 25.

¹⁹³⁰ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 4.

¹⁹³¹ Vgl. Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 315 AktG, Rn. 17; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 7.

¹⁹³² Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 315 AktG, Rn. 17.

¹⁹³³ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 34; Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 16.

¹⁹³⁴ Bürgers/Körber, Fett, § 315 AktG, Rn. 13; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 315 AktG, Rn. 47.

¹⁹³⁵ Vgl. MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 4; Schmidt/Lutter, Vetter, § 315 AktG, Rn. 27;

Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 315 AktG, Rn. 2.

¹⁹³⁶ Rott in: Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 21 Konzernrecht, Recht der verbundenen Unternehmen, C. Unternehmensverbindungen, Rn. 196.

teilhabende Person mit dem Sonderprüfungsbericht genügend Informationen, um etwaige Schadenersatzansprüche nach den §§ 317 und 318 AktG geltend zu machen.¹⁹³⁷

e. § 316 AktG

§ 316 AktG schließt jedenfalls die Geltung der §§ 312 bis 315 AktG aus für den Fall des Bestehens eines isolierten Gewinnabführungsvertrags zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen.¹⁹³⁸

1.2.2. Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)

Die Regelungen des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II), die hier relevant sind, sind die neu in das Aktiengesetz eingeführten §§ 111a-c AktG. Sie stehen systematisch im Zusammenhang mit der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats, wie sie in § 111 Absatz 2 Sätze 1 und 2 und Absatz 4 AktG zum Ausdruck kommt. All diese Regelungen sind im ersten Buch des Aktiengesetzes über Aktiengesellschaften, dort im vierten Teil über die Verfassung der Aktiengesellschaft und dort schließlich im 2. Abschnitt über den Aufsichtsrat systematisch geregelt.

Während die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats in besonderem Maße in § 111 Absatz 2 Sätze 1 und 2 AktG zum Ausdruck kommt, kommt in § 111 Absatz 4 Satz 1 AktG zum Ausdruck, dass der Aufsichtsrat eben lediglich diese Kontrollfunktion innehat, während die Geschäftsführung dem Vorstand obliegt. Im Sinne dieser Funktionsteilung der beiden Organe regelt § 111 Absatz 4 Satz 2 AktG lediglich einen Zustimmungsvorbehalt für den Aufsichtsrat. § 111 Absatz 4 Satz 3 AktG sieht ferner eine subsidiäre Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Zustimmung auf Verlangen des Vorstands vor. An diese Regelungen über den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats und die subsidiäre Zustimmung durch die Hauptversammlung knüpfen die §§ 111a-c AktG an. Wobei es bei § 111 Absatz 4 Satz 2 AktG konkreter um die Mitwirkung des Aufsichtsrats an Maßnahmen des Vorstands geht, wohingegen es bei §§ 111a-c AktG lediglich um die Kontrolle der Geschäfte mit

¹⁹³⁷ BT-Drs. 4/171, S. 233; MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 4; Schmidt/Lutter, Vetter, § 315 AktG, Rn. 2.

¹⁹³⁸ Schmidt/Lutter, Vetter, § 316 AktG, Rn. 1; Zöllner/Noack, Koppenssteiner, Vorb. § 311 AktG, Rn. 27, § 312 AktG, Rn. 9, § 316 AktG, Rn. 1 und 4.

Nahestehenden geht.¹⁹³⁹ Im Verhältnis zu § 111 Absatz 4 Sätze 2 bis 4 AktG regeln die §§ 111a-c AktG lediglich eine positivrechtliche Erzwingungsmöglichkeit der Beschlussfassung seitens des Aufsichtsrats.¹⁹⁴⁰ Eine nennenswerte, weitergehende Effektivität kommt der neuen Schutzmaßnahme jedoch kaum zu, was ihre Relevanz schmälert.

Bei dem Blick auf die Ausgestaltung der Maßnahme nach §§ 111a-c AktG als vorgelagertem, prozeduralem Zustimmungsvorbehalt wird ferner deutlich, dass es sich hierbei um einen anderen Schutz als durch die §§ 312 ff. AktG handelt. Die §§ 312 ff. AktG flankieren das Benachteiligungsverbot des § 311 AktG im Falle eines faktischen Konzerns, um das Informationsdefizit der Außenstehenden der abhängigen Gesellschaft abzubauen, damit diese ihre Schadenersatzansprüche im Nachhinein geltend machen können. Bei §§ 111a-c AktG handelt es sich jedoch um spezielle Regelungen hinsichtlich des Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats, der vorgelagert ist und bereits zuvor in § 111 Absatz 4 AktG geregelt war. Die Regelungen des Zustimmungsvorbehalts speziell für Geschäfte mit Nahestehenden in den §§ 111a-c AktG sind allerdings tatsächlich, wie der Gesetzgeber darstellt, neu.¹⁹⁴¹ Diese dienen der Stärkung der vorgelagerten Kontrollfunktion des Aufsichtsrats. Sie dienen jedoch nicht dazu, Außenstehenden im Falle eines faktischen Konzerns über Schadenersatzansprüche im Nachhinein die Mittel an die Hand zu geben, um den Vorstand und den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft verantwortlich zu halten. Dies macht deutlich, dass es sich hierbei um zwei verschiedene Schutzmechanismen des Aktiengesetzes handelt. Diese sind zwar funktionsähnlich, wie es die Gesetzesbegründung zu ARUG II ausdrückt.¹⁹⁴² Denn sie dienen demselben Zweck.¹⁹⁴³ Allerdings handelt es sich um zwei verschiedene Maßnahmen, um diesen Zweck zu erreichen. Dies erkennt der Gesetzgeber ebenfalls, der von einem Bündel von Maßnahmen spricht, die weitgehend demselben Zweck dienen.¹⁹⁴⁴

Hiermit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, wie effektiv die einzelnen Maßnahmen zur Erreichung des Zwecks sind. Diese Frage wird sich an die Untersuchung von § 111c AktG anschließen. Zu berücksichtigen ist, dass diese Untersuchung sich mit einem Vorschlag befasst zur Bekämpfung von Missbräuchen durch die Erhöhung von Transparenz gegenüber

¹⁹³⁹ Grigoleit, ZGR 2019, 412, 419 und vgl. auch 461.

¹⁹⁴⁰ Grigoleit, ZGR 2019, 412, 445.

¹⁹⁴¹ BT-Drs. 19/9739, S. 35.

¹⁹⁴² BT-Drs. 19/9739, S. 35.

¹⁹⁴³ BT-Drs. 19/9739, S. 35.

¹⁹⁴⁴ BT-Drs. 19/9739, S. 35.

Außenstehenden. Die §§ 111a-c AktG wollen hingegen in erster Linie verhindern, dass es zu solchen Missbräuchen kommt, indem sie bestimmte Geschäfte, die dieses Risiko bergen, einem vorherigen Zustimmungsvorbehalt unterwerfen. Daher sind die mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung vergleichbaren Regelungen nicht die §§ 111a-c AktG, sondern die §§ 312 ff. AktG. Diese haben den Abbau von Informationsasymmetrie durch Transparenz zum Gegenstand, um im Nachhinein Regressansprüche geltend machen zu können. Der Vergleich wird sich daher lediglich auf §§ 312 ff. AktG beschränken. Dies mag eine nähere Darstellung der §§ 111a-c AktG erhellen:

Nach § 111a Absatz 1 Satz 1 AktG sind Geschäfte mit nahestehenden Personen Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen, durch die ein Gegenstand oder ein anderer Vermögenswert entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder zur Nutzung überlassen wird (Nr. 1.) und die mit nahestehenden Personen gemäß § 111a Absatz 1 Satz 2 AktG getätigt werden (Nr. 2.). Für die nachfolgenden Regelungen definiert § 111a Absatz 1 Satz 1 AktG damit vorab die Geschäfte mit nahestehenden Personen legal.¹⁹⁴⁵

Nr. 1 regelt den Begriff des Geschäfts näher. Der Begriff erfasst nicht lediglich Rechtsgeschäfte, sondern zudem Maßnahmen.¹⁹⁴⁶ Dieser Begriff des Geschäfts entspricht weitgehend dem Anwendungsbereich des § 311 Absatz 1 AktG.¹⁹⁴⁷ Allerdings regelt § 111a Absatz 1 Satz 3 AktG, dass ein Unterlassen kein Geschäft im Sinne des § 111a Absatz 1 Satz 1 AktG ist.¹⁹⁴⁸ Aus der Legaldefinition ausgeschlossen sind sowohl unterlassene Rechtsgeschäft als auch unterlassene Maßnahmen.¹⁹⁴⁹

Nr. 2 regelt, dass die Geschäfte mit nahestehenden Personen gemäß § 111a Absatz 1 Satz 2 AktG getätigt werden müssen. Dort sind nahestehende Personen legal definiert als nahestehende Unternehmen oder Personen im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards. Damit hat der Begriff der nahestehenden Personen dieselbe Bedeutung wie der Begriff „nahestehende Unternehmen und Personen“ in den internationalen

¹⁹⁴⁵ BT-Drs. 19/9739, S. 79; BT-Drs. 19/15153, S. 64.

¹⁹⁴⁶ BT-Drs. 19/9739, S. 79; Florstedt, ZHR 2020, 10, 27.

¹⁹⁴⁷ Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 867.

¹⁹⁴⁸ Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 867.

¹⁹⁴⁹ BT-Drs. 19/9739, S. 79; vgl. auch: Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 867.

Rechnungslegungsstandards.¹⁹⁵⁰ Maßgeblich für die Auslegung sind hierbei gegenwärtig insbesondere IAS 24, IFRS 10 und IFRS 11 sowie IAS 28.¹⁹⁵¹

Nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen gelten nach § 111a Absatz 2 Satz 1 AktG Geschäfte, die im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen mit nahestehenden Personen getätigt werden. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.¹⁹⁵² Erste Voraussetzung ist der Abschluss des Geschäfts zu marktüblichen Bedingungen.¹⁹⁵³ Grundsätzlich ist dies im Wege eines Fremdvergleichs festzustellen.¹⁹⁵⁴ Die zweite Voraussetzung ist, dass das Geschäft im ordentlichen Geschäftsgang abgeschlossen wurde.¹⁹⁵⁵ Vor allem handelt es sich hierbei um typische, sich wiederholende Alltagsgeschäfte und derartige konzerninterne Geschäfte.¹⁹⁵⁶ Ausgenommen sind außergewöhnliche Geschäfte.¹⁹⁵⁷ § 111a Absatz 2 Satz 2 AktG regelt, dass die börsennotierte Gesellschaft ein internes Verfahren einrichten muss, um regelmäßig zu bewerten, ob die Voraussetzungen nach § 111a Absatz 2 Satz 1 AktG vorliegen. Von diesem Verfahren sind die an dem Geschäft beteiligten nahestehenden Personen ausgeschlossen. § 111a Absatz 2 Satz 3 AktG regelt, dass die Satzung bestimmen kann, dass § 111a Absatz 2 Satz 1 AktG nicht anzuwenden ist. Bestimmt die Satzung Entsprechendes, gilt die Fiktion des Absatzes 2 Satz 1 mithin nicht.¹⁹⁵⁸

§ 111a Absatz 3 AktG enthält weitere Ausnahmen, bei denen fingiert wird, dass Geschäfte mit nahestehenden Personen nicht vorliegen. Nach § 111a Absatz 3 Nr. 1 AktG gelten nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen Geschäfte mit Tochterunternehmen, die unmittelbar oder mittelbar in 100-prozentigem Anteilsbesitz der Gesellschaft stehen oder an denen keine andere der Gesellschaft nahestehende Person beteiligt ist oder die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union haben und deren Aktien zum Handel an einem in einem Mitgliedstaat gelegenen oder dort betriebenen geregelten Markt zugelassen sind. Neunzig Prozent der Tochtergesellschaften deutscher Konzerne sind hierbei hundertprozentige Tochtergesellschaften.¹⁹⁵⁹

¹⁹⁵⁰ BT-Drs. 19/9739, S. 79; vgl. auch: Heldt, AG 2018, 905, 913; Zwirner/Vodermeier, IRZ 2020, 53, 55.

¹⁹⁵¹ BT-Drs. 19/9739, S. 79 f..

¹⁹⁵² BT-Drs. 19/9739, S. 80.

¹⁹⁵³ BT-Drs. 19/9739, S. 81.

¹⁹⁵⁴ BT-Drs. 19/9739, S. 81; Grigoleit, ZGR 2019, 412, 431; Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 868.

¹⁹⁵⁵ BT-Drs. 19/9739, S. 81.

¹⁹⁵⁶ BT-Drs. 19/9739, S. 81.

¹⁹⁵⁷ BT-Drs. 19/9739, S. 81.

¹⁹⁵⁸ BT-Drs. 19/9739, S. 81.

¹⁹⁵⁹ Florstedt, ZHR 2020, 10, 16.

Nach § 111a Absatz 3 Nr. 2 AktG gelten ferner nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen Geschäfte, die einer Zustimmung oder Ermächtigung der Hauptversammlung bedürfen. Und nach § 111a Absatz 3 Nr. 3 AktG gelten zudem nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen alle in Umsetzung der Hauptversammlungszustimmung oder -ermächtigung vorgenommenen Geschäfte und Maßnahmen, insbesondere Maßnahmen der Kapitalbeschaffung oder Kapitalherabsetzung (§§ 182 bis 240 AktG), Unternehmensverträge (§§ 291 bis 307 AktG) und Geschäfte auf Grundlage eines solchen Vertrages (a)), die Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens gemäß § 179a AktG (b)), der Erwerb eigener Aktien nach § 71 Absatz 1 Nummer 7 und 8 Satzteil vor Satz 2 AktG (c)), Verträge der Gesellschaft mit Gründerinnen und Gründern im Sinne des § 52 Absatz 1 Satz 1 AktG (d)), der Ausschluss von Minderheitsteilhabenden nach den §§ 327a bis 327f AktG (e)) sowie Geschäfte im Rahmen einer Umwandlung im Sinne des Umwandlungsgesetzes (f)). Eine umfassende Ausnahme genießt hierbei der Konzern (vgl. § 111a Absatz 3 Nr. 2 AktG).¹⁹⁶⁰ Zudem sind Geschäfte auf Grundlage eines solchen Vertrages ausgenommen (vgl. § 111a Absatz 3 Nr. 3 Buchstabe a AktG).¹⁹⁶¹ Handelt es sich bei dem Unternehmensvertrag um einen Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Absatz 1 Satz 1 Alternative 1 AktG umfasst der Anwendungsbereich Geschäfte, deren Grundlage das vertragliche Konzernverhältnis ist; also grundsätzlich alle konzerninternen Geschäfte und nicht lediglich solche, die auf einer konzernrechtlichen Weisung der Muttergesellschaft beruhen.¹⁹⁶²

Nach § 111a Absatz 3 Nr. 4 AktG gelten außerdem nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen Geschäfte, die die Vergütung betreffen, die den Mitgliedern des Vorstands oder Aufsichtsrats im Einklang mit § 113 Absatz 3 AktG oder § 87a Absatz 2 AktG gewährt oder geschuldet wird. Nach § 111a Absatz 3 Nr. 5 AktG gelten des Weiteren nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen Geschäfte von Kreditinstituten, die zur Sicherung ihrer Stabilität durch die zuständige Behörde angeordnet oder gebilligt wurden. Nach § 111a Absatz 3 Nr. 6 AktG gelten schließlich nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen Geschäfte, die allen Aktionärinnen und Aktionären unter den gleichen Bedingungen angeboten werden.

Gemäß § 111b Absatz 1 AktG bedarf ein Geschäft der börsennotierten Gesellschaft mit nahestehenden Personen, dessen wirtschaftlicher Wert allein oder zusammen mit den

¹⁹⁶⁰ BT-Drs. 19/9739, S. 82.

¹⁹⁶¹ BT-Drs. 19/9739, S. 82.

¹⁹⁶² BT-Drs. 19/9739, S. 82.

innerhalb des laufenden Geschäftsjahres vor Abschluss des Geschäfts mit derselben Person getätigten Geschäften 1,5 Prozent der Summe aus dem Anlage- und Umlaufvermögen der Gesellschaft gemäß § 266 Absatz 2 Buchstabe A und B des Handelsgesetzbuchs nach Maßgabe des zuletzt festgestellten Jahresabschlusses übersteigt, der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats oder eines gemäß § 107 Absatz 3 Satz 4 bis 6 bestellten Ausschusses. Der Anwendungsbereich der §§ 111a-c AktG ist entsprechend dem Anwendungsbereich der 2. ARRL auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt.¹⁹⁶³ Er umfasst neben börsennotierten Aktiengesellschaften zudem börsennotierte Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie börsennotierte SE.¹⁹⁶⁴

Die Angemessenheit des Geschäfts für die Zustimmung des Aufsichtsrats entspricht dem Begriff des Nachteils in § 311 Absatz 1 AktG.¹⁹⁶⁵ Das Zustimmungserfordernis besteht lediglich für wesentliche Geschäfte mit nahestehenden Personen.¹⁹⁶⁶ Der Schwellenwert für wesentliche Geschäfte und entsprechende Bezugsgrößen werden in § 111b Absatz 1 AktG festgelegt.¹⁹⁶⁷ Es sind hierbei zwei Bezugsgrößen ins Verhältnis zu setzen: Die Summe aus Anlage- und Umlaufvermögen im Sinne von § 266 Absatz 2 Buchstabe A und B HGB und der wirtschaftliche Wert des Geschäfts.¹⁹⁶⁸ Das Verhältnis dieser beiden Bezugsgrößen darf 1,5 Prozent nicht übersteigen.¹⁹⁶⁹ Es wird jedoch vermutet, dass es zu bilanzpolitischen Maßnahmen seitens der Unternehmen kommen wird, um den Schwellenwert optimal unterschreiten zu können; insbesondere um den Veröffentlichungspflichten zu entgehen.¹⁹⁷⁰ Nach § 111b Absatz 3 AktG tritt, für den Fall, dass die Gesellschaft Mutterunternehmen (vgl. § 290 Absatz 1 und 2 HGB) ist und nicht gemäß § 290 Absatz 5 oder den §§ 291 bis 293 HGB von der Konzernrechnungslegungspflicht befreit ist, an die Stelle der Summe des Anlage- und Umlaufvermögens der Gesellschaft die Summe aus dem Anlage- und Umlaufvermögen des Konzerns gemäß § 298 Absatz 1 in Verbindung mit § 266 Absatz 2 Buchstabe A und B HGB nach Maßgabe des zuletzt gebilligten Konzernabschlusses oder in den Fällen des § 315e HGB die Summe aus den entsprechenden Vermögenswerten des Konzernabschlusses nach den internationalen Rechnungslegungsstandards.

¹⁹⁶³ BT-Drs. 19/9739, S. 78.

¹⁹⁶⁴ BT-Drs. 19/9739, S. 79.

¹⁹⁶⁵ Müller, ZGR 2019, 97, 121.

¹⁹⁶⁶ BT-Drs. 19/9739, S. 83.

¹⁹⁶⁷ BT-Drs. 19/9739, S. 83.

¹⁹⁶⁸ BT-Drs. 19/9739, S. 83.

¹⁹⁶⁹ BT-Drs. 19/9739, S. 83 und BT-Drs. 19/15153, S. 64.

¹⁹⁷⁰ Hakelmacher, WPg 2019, 303, 308.

Die Geschäfte innerhalb des Geschäftsjahres, welche vor Abschluss des Geschäftes mit derselben nahestehenden Person getätigt wurden, sind für die Berechnung des Schwellenwertes zu aggregieren.¹⁹⁷¹ Nur das letzte, die Schwelle überschreitende Geschäft, ist zustimmungspflichtig.¹⁹⁷² Lediglich die Geschäfte mit derselben nahestehenden Person sind zu aggregieren.¹⁹⁷³ Für das Zustimmungserfordernis bleiben Geschäfte einer Tochter mit Nahestehenden der börsennotierten Mutter außer Betracht.¹⁹⁷⁴

Das Zustimmungsverfahren kann auf zwei Arten gestaltet werden: Der Aufsichtsrat kann einen Ausschuss nach § 107 Absatz 3 Satz 4 AktG einrichten, der selbstständig über die Zustimmung entscheiden kann.¹⁹⁷⁵ In diesem Fall gilt § 107 Absatz 3 Satz 5 und 6 AktG.¹⁹⁷⁶ Insbesondere darf bei der Mehrheit der Ausschussmitglieder keine Besorgnis eines Interessenkonflikts bestehen und dürfen keine nahestehenden Personen dem Ausschuss angehören, die an dem Geschäft beteiligt sind.¹⁹⁷⁷ Der Aufsichtsrat darf jedoch zudem selbst entscheiden.¹⁹⁷⁸ In diesem Fall gelten die Stimmverbote gemäß § 111b Absatz 2 AktG.¹⁹⁷⁹ Hiernach ist ein Aufsichtsratsmitglied von der Abstimmung ausgeschlossen, wenn es selbst als nahestehende Person an einem Geschäft beteiligt ist oder die Besorgnis eines Interessenkonflikts auf Grund seiner Beziehungen zu der nahestehenden Person besteht.¹⁹⁸⁰ Zu erwähnen bleibt, dass nach dem Kommissionsentwurf die Prüfung durch unabhängige Dritte erfolgen musste; dies änderte der Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft, der als Alternative eine Übertragung dieser Aufgabe auf den Aufsichtsrat vorsah, wenn eine maßgebliche Einflussnahme seitens des Nahestehenden ausgeschlossen ist.¹⁹⁸¹ Dies ist mit Blick auf die Sachkunde der Aufsichtsratsmitglieder und die Tatsache erwähnenswert, dass die Geschäfte teilweise sehr komplexe unternehmerische Vorgänge sind.¹⁹⁸²

¹⁹⁷¹ BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁷² BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁷³ BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁷⁴ BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁷⁵ BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁷⁶ BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁷⁷ BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁷⁸ BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁷⁹ BT-Drs. 19/9739, S. 84.

¹⁹⁸⁰ BT-Drs. 19/9739, S. 79.

¹⁹⁸¹ Selzner, ZIP 2015, 753, 754.

¹⁹⁸² Vgl. jedoch in einem anderen Kontext und mit Blick auf die Fähigkeit der Minderheitsteilhabenden: Selzner, ZIP 2015, 753, 758.

Gemäß § 111b Absatz 4 Satz 1 AktG kann, für den Fall, dass der Aufsichtsrat seine Zustimmung verweigert, der Vorstand verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Die an dem Geschäft beteiligten nahestehenden Personen dürfen ihr Stimmrecht bei der Beschlussfassung der Hauptversammlung weder für sich noch für einen anderen ausüben (vgl. § 111b Absatz 4 Satz 2 AktG).

§ 111c Absatz 1 Satz 1 AktG regelt zunächst, dass die börsennotierte Gesellschaft Angaben zu solchen Geschäften mit nahestehenden Personen, die gemäß § 111b Absatz 1 AktG der Zustimmung bedürfen, unverzüglich gemäß § 111c Absatz 2 AktG zu veröffentlichen hat. Ist die Zustimmungsbedürftigkeit eines Geschäfts nach § 111b Absatz 1 AktG durch Zusammenrechnung mehrerer Geschäfte ausgelöst worden, so sind zudem diese Geschäfte zu veröffentlichen (vgl. § 111c Absatz 1 Satz 2 AktG). Diese Offenlegungspflicht dient nicht dem Abbau von Informationsasymmetrien, um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch Außenstehende zu ermöglichen, sondern dem Informationsinteresse der Investierenden im handelsbilanzrechtlichen Sinne, damit diese über potenzielle Auswirkungen auf die Finanzlage des Unternehmens informiert werden.¹⁹⁸³

Nach § 111c Absatz 2 Satz 1 AktG hat die Veröffentlichung in einer Art und Weise zu erfolgen, die der Öffentlichkeit einen leichten Zugang zu den Angaben ermöglicht. Gemäß § 111c Absatz 2 Satz 2 AktG hat die Veröffentlichung entsprechend den Regelungen in § 3a Absatz 1 bis 4 der Wertpapierhandelsanzeigeverordnung zu erfolgen. Nach § 111c Absatz 2 Satz 3 AktG muss die Veröffentlichung alle wesentlichen Informationen enthalten, die erforderlich sind, um zu bewerten, ob das Geschäft aus Sicht der Gesellschaft und der Aktionäre, die keine nahestehenden Personen sind, angemessen ist. Dies umfasst nach § 111c Absatz 2 Satz 4 AktG mindestens Informationen zur Art des Verhältnisses zu den nahestehenden Personen, die Namen der nahestehenden Personen sowie das Datum und den Wert des Geschäfts. Die beispielhafte Aufzählung in § 111c Absatz 2 Satz 4 AktG ist nicht abschließend.¹⁹⁸⁴ Weitere erforderliche Informationen können sein: Eine kurze Beschreibung des Geschäfts, bei Rechtsgeschäften Angaben zu Leistung und Gegenleistung sowie bei Maßnahmen Angaben zu Vor- und Nachteilen.¹⁹⁸⁵ Die Angaben sind zudem nach § 111c Absatz 2 Satz 5 AktG auf der Internetseite der Gesellschaft für einen Zeitraum von

¹⁹⁸³ Vgl. Absatz 44 der Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017, S. 8.

¹⁹⁸⁴ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁸⁵ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

mindestens fünf Jahren öffentlich zugänglich zu machen. § 111c AktG geht damit deutlich über die bestehenden bilanzrechtlichen Publizitätspflichten hinaus.¹⁹⁸⁶

Handelt es sich bei dem Geschäft mit einer nahestehenden Person um eine Insiderinformation gemäß Artikel 17 der Marktmissbrauchsverordnung (MMVO), sind nach § 111c Absatz 3 Satz 1 AktG die nach § 111c Absatz 2 AktG erforderlichen Angaben in die Mitteilung gemäß Artikel 17 MMVO aufzunehmen. In diesem Fall entfällt gemäß § 111c Absatz 3 Satz 2 AktG die Verpflichtung nach § 111c Absatz 1 AktG. Die zeitlichen Vorgaben der Ad-hoc-Publizität müssen gewahrt bleiben.¹⁹⁸⁷ Die Veröffentlichungspflicht ist der kapitalmarktrechtlichen Pflicht zur Veröffentlichung von Insiderinformationen gemäß Artikel 17 MMVO angepasst.¹⁹⁸⁸ Dies ist insbesondere Folge des hohen Schwellenwerts der Zustimmungspflicht.¹⁹⁸⁹ In dessen Folge dürften viele der nach § 111c AktG offenzulegenden Geschäfte gleichzeitig eine Veröffentlichungspflicht zu Insiderinformationen gemäß Artikel 17 MMVO auslösen.¹⁹⁹⁰ Nach § 111c Absatz 3 Satz 3 AktG gilt ferner Artikel 17 Absatz 4 und 5 MMVO sinngemäß. Liegen die Voraussetzungen einer Selbstbefreiung nach Artikel 17 Absatz 4 und 5 MMVO vor, ist eine Veröffentlichung der wesentlichen Geschäfte also entbehrlich.¹⁹⁹¹ Dies dient dazu, den Schutz sensibler Informationen nicht zu gefährden, den Artikel 17 Absatz 4 und 5 MMVO bezwecken.¹⁹⁹² Der Geheimnisschutz nach § 111c Absatz 3 Satz 3 AktG gilt unabhängig davon, ob gleichzeitig Insiderinformationen gemäß Artikel 17 MMVO zu veröffentlichen sind; er ist also ebenfalls in den übrigen Fällen des § 111c AktG entsprechend anwendbar.¹⁹⁹³ Zum Geheimnisschutz hieß es in der Gesetzesbegründung jedoch ferner: „Ein zusätzlicher allgemeiner Ausnahmetatbestand von der Veröffentlichungspflicht für Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen gemäß § 111c AktG-Entwurf im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist nicht vorgesehen, da ein solcher trotz des umfangreichen Ausnahmekatalogs in Artikel 9c Absatz 5 und 6 der 2. ARRL in der Richtlinie nicht enthalten ist. Die 2. ARRL enthält insoweit in Artikel 9c Absatz 9

¹⁹⁸⁶ BT-Drs. 19/9739, S. 85 und vgl. auch S. 87.

¹⁹⁸⁷ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 19/9739, S. 85.

¹⁹⁸⁹ BT-Drs. 19/9739, S. 85.

¹⁹⁹⁰ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁹¹ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁹² BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁹³ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

lediglich einen Verweis auf die Vorschriften in Artikel 17 (...) (Marktmissbrauchsverordnung) (...).¹⁹⁹⁴

§ 111c Absatz 4 AktG regelt schließlich, dass, falls die Gesellschaft Mutterunternehmen im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards ist, § 111c Absatz 1 Satz 1 sowie die Absätze 2 und 3 AktG entsprechend für ein Geschäft eines Tochterunternehmens mit der Gesellschaft nahestehenden Personen gelten, sofern dieses Geschäft, wenn es von der Gesellschaft vorgenommen worden wäre, nach § 111b Absatz 1 und 3 einer Zustimmung bedürfte. Die Veröffentlichungspflicht des § 111c Absatzes 1 AktG, und ausschließlich diese, erfasst nach dieser Regelung zudem Geschäfte von Töchtern, falls diese mit Personen geschlossen wurden, die der Gesellschaft selbst nahestehen.¹⁹⁹⁵ Dies dient der Vermeidung von Umgehungsgestaltungen der Zustimmungspflicht bei dem Mutterunternehmen durch Verlagerung der Geschäfte auf eine Tochter und die künstliche Aufspaltung in Einzelgeschäfte.¹⁹⁹⁶ Es besteht also eine Veröffentlichungspflicht nach § 111c Absatz 4 AktG unabhängig davon, ob die Ausnahmeregelung in § 111a Absatz 3 Nummer 1 AktG eingreift, falls die Tochter ihrerseits ein Geschäft mit einer nahestehenden Person vornimmt.¹⁹⁹⁷ Jedoch muss ein Geschäft der Tochter lediglich veröffentlicht werden, wenn es zustimmungspflichtig nach § 111b Absatz 1 AktG wäre, wäre es von der Gesellschaft vorgenommen worden.¹⁹⁹⁸ Hierbei ist es gleichgültig, ob das Geschäft für sich genommen zustimmungspflichtig wäre oder infolge einer Aggregation der Geschäfte im selben Geschäftsjahr.¹⁹⁹⁹ Allerdings sind lediglich die Geschäfte der jeweiligen Tochter mit derselben nahestehenden Person zu aggregieren.²⁰⁰⁰ Eine Gruppenaggregation im Sinne einer Aggregation der Geschäfte zwischen den einzelnen Töchtern untereinander oder mit dem Mutterunternehmen ist hingegen nicht erforderlich.²⁰⁰¹

Der Umgehungsschutz in § 111c Absatz 4 AktG ist nicht abschließend.²⁰⁰² Vielmehr bleibt der Umgehungsschutz nach allgemeinen Grundsätzen von ihr unberührt, wo er über diese

¹⁹⁹⁴ BT-Drs. 19/15153, S. 60.

¹⁹⁹⁵ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁹⁶ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁹⁸ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

¹⁹⁹⁹ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

²⁰⁰⁰ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

²⁰⁰¹ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

²⁰⁰² BT-Drs. 19/9739, S. 88.

spezialgesetzliche Regelung hinausgeht.²⁰⁰³ Beispielsweise gilt dies im Falle eines Gesamtplans zur Umgehung des Zustimmungserfordernisses.²⁰⁰⁴ Allerdings dürfte die Darlegung einer solchen Umgehung schwierig sein. Die Effektivität einer Maßnahme bemisst sich jedoch ebenfalls danach, ob sie tatsächlich durchgesetzt werden kann. In diesem Fall bedeutet das, ob die Umgehung bewiesen und daher unterbunden werden kann. Dies dürfte jedenfalls Schwierigkeiten bereiten.

Nicht zu leugnen ist an dieser Stelle, dass § 111c AktG ebenfalls eine Offenlegungspflicht und damit Transparenz vorsieht. Daher stellt sich die Frage, ob noch Bedarf bleibt für den Vorschlag, der im Rahmen dieser Untersuchung unterbreitet wird. Diese Frage ist hier zu bejahen.

Denn zunächst unterfallen den §§ 111a-c AktG lediglich börsennotierte Gesellschaften.²⁰⁰⁵ Hinsichtlich der Risiken, die Geschäfte mit Nahestehenden bergen, unterscheiden sich börsennotierte und nicht börsennotierte Gesellschaften jedoch nicht.²⁰⁰⁶ Die Teilhabenden nicht börsennotierter Gesellschaften sind sogar besonders schutzbedürftig, da sie nur schwer und unter hohen Kosten ihre Aktien abstoßen können.²⁰⁰⁷ Nach Angaben im Gesetzentwurf zum ARUG II gibt es außerdem 15.000 Aktiengesellschaften in Deutschland, von denen jedoch lediglich ca. 450 börsennotiert sind.²⁰⁰⁸ Somit ist die überwiegende Mehrheit der Aktiengesellschaften in Deutschland nicht börsennotiert. In der Literatur wurde daher eine Ausweitung der Regelungen in §§ 111a-c AktG auf nicht börsennotierte Gesellschaften erwogen.²⁰⁰⁹ Jedoch konnte sich selbst der Vorschlag des Rechtsausschusses des EU-Parlaments nicht durchsetzen, den Anwendungsbereich auf große Unternehmen und große Gruppen im Sinne der Bilanzrichtlinie auszuweiten.²⁰¹⁰ Die sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung börsennotierter und nicht börsennotierter Gesellschaften liegt ausschließlich darin, dass das Kapitalmarktrecht europarechtlich determiniert ist, also hier die Gesetzgebungskompetenz des europäischen Gesetzgebers gegeben ist.²⁰¹¹ Dem

²⁰⁰³ BT-Drs. 19/9739, S. 88; Florstedt, ZHR 2020, 10, 14.

²⁰⁰⁴ BT-Drs. 19/9739, S. 88.

²⁰⁰⁵ MüKo AktG Nachtrag ARUG II, Habersack, § 111a AktG, Rn. 4.

²⁰⁰⁶ Vgl. in einem anderen Kontext: Selzner, ZIP 2015, 753, 760; Tarde, ZGR 2017, 360, 386.

²⁰⁰⁷ Vgl. Klene, GWR 2018, 210, 213.

²⁰⁰⁸ Vgl. BT-Drs. 19/9739, S. 38.

²⁰⁰⁹ Tarde, ZGR 2017, 360, 386.

²⁰¹⁰ Bungert/Raet, Der Konzern 2015, 289, 291.

²⁰¹¹ Klene, GWR 2018, 210, 213; vgl. in einem anderen Kontext: Selzner, ZIP 2015, 753, 760.

Kapitalmarktrecht sind jedoch lediglich börsennotierte Gesellschaften unterworfen.²⁰¹² Da der Gesetzgeber jedoch lediglich eine europäische Richtlinie derart minimalistisch wie irgend möglich umgesetzt hat, hat er die Regelungen der §§ 111a-c AktG ausschließlich für börsennotierte Gesellschaften eingeführt.²⁰¹³ Bereits insofern bleibt Raum für den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung. Denn dieser beschränkt sich nicht lediglich auf börsennotierte Gesellschaften. Er geht damit in einem Bereich über die Neuregelung der §§ 111a-c AktG hinaus, in dem das Schutzbedürfnis mindestens ebenso hoch ist wie im Anwendungsbereich dieser Neuregelung.

Der Gesetzgeber hat zudem seine Umsetzungsspielräume derart genutzt, dass er den Anwendungsbereich der Neuregelung möglichst klein gehalten hat.²⁰¹⁴ So hat der Gesetzgeber die europarechtlichen Wahlrechte zur Herausnahme von Geschäften vollständig ausgenutzt und derart zwar die börsennotierten Gesellschaften deutlich entlastet, jedoch zudem die Bedeutung und Effektivität der Neuregelung stark eingeschränkt.²⁰¹⁵ Zu berücksichtigen ist hierbei, dass es viele solcher Ausnahmen gibt. Der Gesetzgeber spricht selbst von einem umfangreichen Ausnahmekatalog.²⁰¹⁶ Hierdurch wird ferner nicht das erforderliche vollständige Bild der Geschäfte abgebildet. Dies war jedoch der Grund, beim Abhängigkeitsbericht keine Wesentlichkeitsgrenze einzuführen. Hier besteht jedoch nicht lediglich eine Wesentlichkeitsgrenze mit hohem Schwellenwert, sondern es gibt zudem noch sehr viele Ausnahmen.²⁰¹⁷ Die erwähnte Wesentlichkeit hat der deutsche Gesetzgeber übrigens selbst festgelegt. Die 2. ARRL hat ihm hierzu den erforderlichen Spielraum eingeräumt.²⁰¹⁸ Ohne das erforderliche umfassende Bild können jedoch Vorstand und Aufsichtsrat über Schadenersatzansprüche nicht verantwortlich gehalten werden. In diesen Bereichen bleibt mithin ebenfalls Raum für den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung. Dieser will keine Neuregelung einführen, sondern lediglich bestehende Regelungen durch mehr Transparenz stärken, die sämtliche dieser Geschäfte erfassen.

²⁰¹² Vgl. in einem anderen Kontext: Selzner, ZIP 2015, 753, 760.

²⁰¹³ Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 866; vgl. in einem anderen Kontext: Selzner, ZIP 2015, 753, 760.

²⁰¹⁴ Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 866.

²⁰¹⁵ Vgl. BT-Drs. 19/9739, S. 35 und Art. 9c Absatz 6 Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017; vgl. Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 868.

²⁰¹⁶ Vgl. BT-Drs. 19/15153, S. 60.

²⁰¹⁷ Zur Erfassung lediglich wesentlicher Geschäfte: MüKo AktG Nachtrag ARUG II, Habersack, § 111a AktG, Rn. 4.

²⁰¹⁸ Vgl. BT-Drs. 19/9739, S. 35.

Raum bleibt aus diesem Grund zudem unter Berücksichtigung, dass nach § 311 Absatz 3 AktG Geschäfte der börsennotierten abhängigen Gesellschaft mit Nahestehenden im faktischen Konzern ausdrücklich nicht von der Anwendung der §§ 111a-c AktG ausgenommen werden.²⁰¹⁹ Die Pflicht zur Erstellung eines Abhängigkeitsberichts besteht jedoch ebenfalls neben den Pflichten fort, die sich aus §§ 111a-c AktG ergeben.²⁰²⁰ Die Offenlegung nach § 111c AktG kann mithin § 312 AktG nicht verdrängen.²⁰²¹ Denn § 111c AktG erfasst lediglich einen geringen Teil der von § 312 AktG umfassten Vorgänge.²⁰²² Die kapitalmarktrechtliche Publizität ergänzt damit lediglich den Minderheitenschutz durch die §§ 311 ff. AktG.²⁰²³

Es verbleibt jedoch zudem Raum für den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung, da die §§ 111a-c AktG zudem weitere Effektivitätsmängel aufweisen: So ist der Schwellenwert des § 111b AktG weiterhin derart hoch, dass viele Geschäfte von den Regelungen der §§ 111a-c AktG nicht erfasst werden.²⁰²⁴ Hinzu kommt, dass der Schwellenwert und die dazugehörigen Bezugsgrößen rein formale Voraussetzung sind, die sich sehr einfach dadurch umgehen lassen, dass die Geschäfte, wie in der Literatur befürchtet, gezielt ein wenig unterhalb dieser Schwelle bleiben oder dadurch, dass Bilanzpolitik betrieben wird. Außerdem sind Begriffe wie „nahestehende Person“ und „marktüblich“ sowie die Bewertung der Schwelle oder der aggregierten Geschäfte für die Zustimmungspflichtigkeit unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. eröffnen sie einen Beurteilungsspielraum, die ein Einfallstor für eine flexible Handhabung des Schutzinstruments bieten. Des Weiteren werden diejenigen Geschäfte, die unter die Ausnahmen der § 111a Absatz 2 und 3 AktG fallen, bei der Aggregation der Geschäfte nach § 111b Absatz 1 AktG nicht berücksichtigt.²⁰²⁵ Ferner sind alle Aufsichtsratsmitglieder überwachungsbedürftig. Denn kein Aufsichtsratsmitglied ist vor Korruption gefeit. Diese Überwachung kann ausschließlich erreicht werden über die Offenlegung aller relevanten Geschäfte und damit des Abhängigkeitsberichts und ggf. des Prüfungsberichts der Abschlussprüferinnen und -prüfer. Dies sieht der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung vor. Diese Überwachung und das Verantwortlichhalten insbesondere des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder wird in der Regel jedoch lediglich von den Außenstehenden geleistet.

²⁰¹⁹ Heldt, AG 2018, 905, 915; Paschos/Goslar, AG 2018, 857, 869.

²⁰²⁰ Grigoleit, ZGR 2019, 412, 449.

²⁰²¹ Müller, ZGR 2019, 97, 123.

²⁰²² Müller, ZGR 2019, 97, 123.

²⁰²³ Florstedt, ZHR 2020, 10, 19.

²⁰²⁴ Vgl. Grigoleit, ZGR 2019, 412, 444.

²⁰²⁵ Vgl. in einem anderen Kontext: Hirte/Heidel, Heidel/Illner, § 111b AktG, Rn. 15.

Zudem ist die Sachkompetenz der Aufsichtsratsmitglieder zur Beurteilung der durchaus komplexen Geschäfte fraglich. Hier unterschätzt der Gesetzgeber bei Weitem die Komplexität dieser Aufgabe, wenn er sie mit einer mittleren Komplexität bewertet und sie nicht sachlich kompetenteren Dritten jedenfalls zusätzlich überträgt wie im Falle der §§ 312 ff. AktG.²⁰²⁶ Weiterhin müssen selbst wesentliche Geschäfte nicht offengelegt werden, solange die Voraussetzungen einer Selbstbefreiung vorliegen. Der Grund hierfür ist, den Schutz sensibler Informationen nicht zu gefährden, den Artikel 17 Absätze 4 und 5 MMVO bezweckt.²⁰²⁷ Den Schutz sensibler Informationen einer Selbstbefreiung zu unterstellen, statt eine gerichtliche Überprüfung vorzunehmen, wie es in dieser Untersuchung vorgeschlagen wird, genügt den Schutzinteressen der Außenstehenden jedoch nicht. Denn alle Erfahrungen mit dem Minderheitenschutz durch § 315 Satz 1 AktG belegen, dass eine Selbstprüfung zur Unwirksamkeit eines Schutzinstruments führt. Dort erfolgt sogar eine Prüfung seitens Dritter, deren finanzielle Unabhängigkeit jedoch nicht zweifelsfrei ist. Dies wird im Hinblick auf sensible Informationen nicht anders sein. Unter dem Vorwand sensibler Informationen wird nicht offengelegt werden, was benachteiligungsverdächtig ist. Der Gesetzgeber hat mit ARUG II schließlich insgesamt lediglich die Mindestschutzanforderungen umgesetzt, die diese Richtlinie vorsieht für den Minderheitenschutz bei wesentlichen Geschäften mit Nahestehenden. Damit weisen die §§ 111a-c AktG weitere Effektivitätsmängel auf, die ebenfalls Raum für den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung lassen.

Außerdem kann gegenwärtig von einem Scheitern der bestehenden Schutzmechanismen ausgegangen werden. Aus diesem Grund ist weiterhin der faktische Konzern gegenüber dem Vertragskonzern attraktiver. Hierbei dürfte die Dunkelziffer der faktisch beherrschten Gesellschaften sogar noch höher sein als die bekannte Zahl. Daher hätte eine Erhöhung des Schutzniveaus für sämtliche abhängigen Gesellschaften nahegelegen und genügt die Erhöhung des Schutzniveaus lediglich für börsennotierte Gesellschaften nicht. Es kann ferner davon ausgegangen werden, dass bereits bei den zuvor bestehenden Schutzmechanismen alle Mittel zur Umgehung genutzt wurden. Dies wird bei §§ 111a-c AktG nicht anders sein. In einer solchen Situation hätte der Gesetzgeber die Transparenz aller relevanten Geschäfte, zudem unabhängig von der Börsennotierung der Gesellschaft, erhöhen müssen, um im Wege des Aufdeckungsrisikos eine Selbstregulierung herbeizuführen. Die 2. ARRL steht dem,

²⁰²⁶ Zur Bewertung seitens des Gesetzgebers: vgl. BT-Drs. 19/9739, S. 51.

²⁰²⁷ BT-Drs. 19/9739, S. 87.

insbesondere in ihrem Anwendungsbereich, nicht entgegen. Denn sie stellt ausdrücklich klar: „Durch diese Richtlinie werden die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert, strengere Bestimmungen in dem durch diese Richtlinie erfassten Bereich zu erlassen oder beizubehalten, um (...) die Interessen von Minderheitsaktionären zu schützen (...).“²⁰²⁸ Daher schließt diese Richtlinie eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und ggf. des Prüfungsberichts der Abschlussprüferinnen und -prüfer im Jahresabschluss nicht aus, wie sie in dieser Untersuchung vorgeschlagen wird. Vielmehr gilt mit Blick auf den Prüfungsbericht der Abschlussprüferinnen und -prüfer, dass der Gesetzgeber ausdrücklich ebenfalls eine andere Möglichkeit gehabt hätte. Er hätte regeln können, dass der Offenlegung ein Bericht beizufügen sei, in dem bewertet wird, ob das Geschäft angemessen und vernünftig ist, und in dem die Annahmen, auf denen diese Bewertung beruht, sowie die angewandten Methoden erklärt werden.²⁰²⁹ Dieser Bericht hätte insbesondere von unabhängigen Dritten erstellt werden dürfen, also den Abschlussprüferinnen und -prüfern.²⁰³⁰

Überflüssig würden die §§ 111a-c AktG dennoch nicht werden. Denn der Abhängigkeitsbericht hat ebenfalls Schwächen, denen mit dem Zustimmungsvorbehalt in §§ 111a-c AktG begegnet werden kann. Der Vorstand hat nämlich einen erheblichen Einfluss auf den Inhalt und die Aussagekraft des Abhängigkeitsberichts. Dieser Schwäche der §§ 312 ff. AktG kann durch den Zustimmungsvorbehalt der §§ 111a-c AktG begegnet werden.²⁰³¹

Die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und ggf. des Prüfungsberichts der Abschlussprüferinnen und -prüfer, wie sie hier vorgeschlagen wird, wird jedoch ebenfalls nicht überflüssig. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der Alternative, den Anwendungsbereich der §§ 111a-c AktG auf nicht börsennotierte Gesellschaften auszuweiten. Denn eine entsprechende Ausweitung wäre mit einem viel höheren Verwaltungsaufwand und mit viel höheren Kosten verbunden als die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und ggf. des Prüfungsberichts. Denn der Abhängigkeitsbericht wird ohnehin erstellt und muss daher lediglich gegenüber einem größeren Kreis offengelegt werden. Die Abschaffung des Abhängigkeitsberichts und das Entfallen seiner Offenlegung wäre mit Blick auf die weitgehend bereits erfolgende Offenlegung im Rahmen der §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr.

²⁰²⁸ Vgl. Absatz 55 der Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017, S. 10.

²⁰²⁹ Vgl. Art. 9c Absatz 3 Unterabsatz 1 und Absatz 7 Satz 2 Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017.

²⁰³⁰ Vgl. Art. 9c Absatz 3 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017.

²⁰³¹ Vgl. Rhiel, S. 204.

13 HGB, IAS 24 zu Gunsten einer Ausweitung des Zustimmungsvorbehalts ebenfalls keine bessere Alternative. Denn die Daten werden wegen der genannten Offenlegungspflichten ohnehin überwiegend gesammelt. Durch die Abschaffung des Abhängigkeitsberichts könnten daher kaum Verwaltungsaufwand und Kosten gespart werden. Durch die Ausweitung des Zustimmungsvorbehalts entstünden jedoch sehr viel zusätzlicher Verwaltungsaufwand und Kosten. Hinzu kämen die Kosten für die Einführung einer neuen Maßnahme für einen größeren Kreis von Gesellschaften als lediglich den der börsennotierten Gesellschaften. Schließlich käme ein geringeres Schutzniveau hinzu wegen der Wesentlichkeitsgrenze, der vielen Ausnahmen und der weiteren Effektivitätsmängel der §§ 111a-c AktG.

Insgesamt bleibt also neben den §§ 111a-c AktG Raum für den Vorschlag, der im Rahmen dieser Untersuchung unterbreitet wird. Dieser Vorschlag ist zudem vorzugswürdig gegenüber einer Ausweitung der §§ 111a-c AktG auf nicht börsennotierte Gesellschaften. Daher wird diese Untersuchung fortfahren mit dem Vergleich der Offenlegungspflichten nach §§ 312 ff. AktG mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung.

2. Vergleich

Der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung wird im Folgenden vorgestellt und begründet. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird an dieser Stelle lediglich auf die Vorschläge im Schlussteil verwiesen und mit der Begründung fortgefahren. Im Rahmen dieser Begründung werden die Offenlegungspflichten nach §§ 312 ff. AktG, bei der Frage der Erforderlichkeit, verglichen mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung. Ausdrücklich klargestellt sei, dass der unterbreitete Vorschlag nicht vorsieht, dass die Offenlegungspflichten nach §§ 312 ff. AktG entfallen. Dadurch wird sichergestellt, dass das Prüfungsrecht des Aufsichtsrats nicht verkürzt wird wegen der vorgeschlagenen Geheimhaltungsregelung. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird lediglich der Vorschlag zu § 285 Nr. 21a HGB in der Hauptsache begründet. Bei allen anderen in diesem Kapitel ergänzten Vorschlägen ist auf diese Begründung zu verweisen.

2.1. Legitimes Ziel

Die Offenlegungspflicht verfolgt das legitime Ziel, den Außenstehende sowie den übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten diejenigen Informationen zugänglich zu machen, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG feststellen zu können. Zweck ist, die Informationsasymmetrie zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen einerseits und den Außenstehenden andererseits abzubauen, sodass den Außenstehenden diejenigen Informationen besser zugänglich sind, die sie benötigen, um von dem Bestehen von Schadenersatzansprüchen nach §§ 317 ff. AktG Kenntnis zu erlangen und diese besser nachweisen zu können.²⁰³² Dies soll die tatsächliche Durchsetzung dieser Schadenersatzansprüche verbessern. Hierbei handelt es sich um einen legitimen Zweck.²⁰³³ Gleichzeitig sollen den übrigen Jahresabschlussadressatinnen und – adressaten diejenigen Informationen über Benachteiligungen zugänglich gemacht werden, die sie benötigen, um eine informierte Entscheidung treffen zu können. Hiervon profitiert zudem die abhängige Gesellschaft.²⁰³⁴ Denn durch die Transparenz kann sie Vertrauen gewinnen, welches sich insbesondere in einer höheren Investitionsbereitschaft, niedrigeren Zinsen und Risikoabschlägen niederschlägt.²⁰³⁵ Schließlich sollen Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern jederzeit diejenigen Informationen zugänglich gemacht werden, die sie benötigen, um Benachteiligungen der abhängigen Gesellschaft erkennen zu können, die ihre Verhandlungsposition schwächen. Bisher ist die Informationslage der Außenstehenden und der übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten schlecht. Dies führt zu einer geringen Effektivität der Regelungen der §§ 311 ff. AktG und damit des Minderheitenschutzes durch sie. Durch die Offenlegungspflicht des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts der Abschlussprüferinnen und -prüfer wird die Abschreckungswirkung gesteigert. Ferner führt die Offenlegungspflicht zu einer Selbstregulierung. Denn die abschreckende Wirkung, dass der Verstoß bekannt wird, verhindert bereits den Verstoß selbst. Schließlich hilft sie, Verstöße aufzudecken, die dennoch auftreten.

Der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen steht bei Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG typischerweise die Unkenntnis der Außenstehenden vom Verstoß und eine

²⁰³² Vgl. zum Zweck von Transparenz als Regulierungsmittel: Ungerer, S. 369.

²⁰³³ Vgl. Kalss, ZHR 2007, 146, 152.

²⁰³⁴ Vgl. Lotz, S. 29 f..

²⁰³⁵ Vgl. jedoch in einem anderen Kontext: Drygala, AG 2013, 198, 207.

hohe Informationsasymmetrie bei gleichzeitig großer Bedeutung von Beweismitteln entgegen. Die Außenstehenden können einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot regelmäßig nicht ohne Weiteres erkennen und verfügen zudem häufig nicht über ausreichend Informationen, um Schadenersatzanspruch dem Grunde und der Höhe nach darzulegen und zu beweisen. Ziel der Offenlegungspflicht ist es daher, die Kenntnis- und Beweismöglichkeit der Außenstehenden zu verbessern. Denn die Außenstehenden sind hierfür in der Regel auf die Offenlegung angewiesen. Relevante Informationen sind die Informationen, die der Abhängigkeitsbericht und der Prüfungsbericht enthalten und die der Aufsichtsrat ebenfalls erhält, um Verstöße festzustellen. Die Offenlegungspflicht stärkt damit die tatsächliche Durchsetzung der Schadenersatzansprüche nach §§ 317 ff. AktG. Die Offenlegungspflicht ist ferner geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i. e. S., um dieses legitime Ziel zu erreichen. Außerdem sprechen die besseren Gründe für die vorgeschlagene Regelung im Vergleich zu der bestehenden Rechtslage.

Zudem sind die übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten von dieser Informationsasymmetrie hinsichtlich Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot betroffen. Sie misstrauen wegen der mangelnden Information häufig der abhängigen Gesellschaft. Das resultiert in einer geringeren Investitionsbereitschaft, höheren Zinsen und Risikoabschlägen. Eine ganze Reihe der abhängigen Gesellschaften geben zu diesem Misstrauen jedoch keinen Anlass. Diese können, gerade bei der hohen Konzentration des Aktienbesitzes hierzulande, durch die höhere Transparenz Vertrauen gewinnen und profitieren daher von einer höheren Investitionsbereitschaft, niedrigeren Zinsen und Risikoabschlägen.²⁰³⁶

Schließlich haben Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter nicht jederzeit Zugang zu denjenigen Informationen, die sie benötigen, um Benachteiligungen erkennen zu können, die ihre Verhandlungsposition schwächen. Ihre Verhandlungsposition wird durch den jederzeitigen Zugang zu diesen Informationen gestärkt.

2.2. Geeignetheit

Die Offenlegungspflicht ist eine geeignete Maßnahme. Denn mittels ihrer können den

²⁰³⁶ Vgl. Fülber/Gassen in: Bergmann, Drescher et al. (Hg.) 2020 – Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, S. 54 ff.; vgl. Lotz, S. 201; vgl. Wiersch, NZG 2014, 1131, 1136.

Außenstehenden sowie den übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten diejenigen Informationen zugänglich gemacht werden, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen festzustellen. Hierdurch kann die tatsächliche Durchsetzung der Schadenersatzansprüche nach §§ 317 ff. AktG gestärkt werden. Ferner kann das Misstrauen der übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten reduziert werden und hierdurch die Investitionsbereitschaft gesteigert und die Kapitalkosten gesenkt werden. Schließlich kann die Verhandlungsposition der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter hierdurch gestärkt werden. Denn das Hindernis, das all dem regelmäßig entgegensteht, wird durch die Offenlegungspflicht beseitigt, nämlich die Informationsasymmetrie.

2.3. Erforderlichkeit

Die Offenlegungspflicht ist zudem erforderlich. Denn ein anderes Mittel, das im selben Maße geeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und für die Betroffenen weniger belastend ist, ist nicht ersichtlich. Das andere, geeignete Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels ist die geltende Rechtslage. Diese ist zwar weniger belastend, jedoch nicht gleich wirksam. Vielmehr bedarf es mehr Transparenz, um den Außenstehenden sowie übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten diejenigen Informationen zugänglich zu machen, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen festzustellen.

Die Durchsetzung der Schadenersatzansprüche nach §§ 317 ff. AktG hemmende Aspekte sind der mangelnde Zugang der Außenstehenden zu Informationen, die tatsächliche Kenntnis über das Bestehen solcher Ansprüche und deren Grund und Höhe vermitteln, und die daraus folgende Unkenntnis hiervon sowie die mangelnde Möglichkeit ihres Beweises nach Grund und Höhe. Die bisherige Rechtslage verschafft den Zugang zu diesen Informationen den Außenstehenden lediglich unzureichend.

Dies ergibt sich aus den Schwächen der §§ 311 ff. AktG. Das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG will nachteilige Einflussnahmen erfassen und diese durch Dokumentations-, Publizitäts- und Haftungsnormen verhindern.²⁰³⁷ Um Benachteiligungen zu verhindern, soll bereits im Rahmen der §§ 311 ff. AktG die Informationsgrundlage der Außenstehenden verbessert

²⁰³⁷ MüKo AktG, Altmepen, Vor § 311 AktG, Rn. 5.

werden, damit diese Schadenersatzansprüche gemäß §§ 317 ff. AktG durchsetzen können.²⁰³⁸ Geleistet werden soll dies durch den Abhängigkeitsbericht.²⁰³⁹ Jedoch steht der Abhängigkeitsbericht in der Kritik.

2.3.1. Grundsätzliche Kritik am Abhängigkeitsbericht

Insbesondere kann der Vorstand, der den Abhängigkeitsbericht aufstellt, leicht in einen Interessenkonflikt geraten.²⁰⁴⁰ Denn die Wiederwahl seiner Mitglieder hängt vom Willen des herrschenden Unternehmens ab.²⁰⁴¹ Vor diesem Hintergrund besteht keine Gewähr dafür, dass der Abhängigkeitsbericht richtig und vollständig ist.²⁰⁴² Dies führt zur Unwirksamkeit des Abhängigkeitsberichts.²⁰⁴³ Die Abschlusserklärung des Vorstands kann hierbei lediglich eine moralische Wirkung erzielen.²⁰⁴⁴

Fraglich ist ferner, ob die Präventivwirkung des Abhängigkeitsberichts tatsächlich greift.²⁰⁴⁵ Denn der Abhängigkeitsbericht ist aus Gründen des Geheimnisschutzes nicht offenzulegen.²⁰⁴⁶ Und zwar weder gegenüber den Gläubigerinnen und Gläubigern noch gegenüber den Teilhabenden; auch wenn diese Schadenersatzansprüche geltend machen.²⁰⁴⁷ Durch diese mangelnde Offenlegung des Abhängigkeitsberichts entfällt die Kontrolle durch Publizität.²⁰⁴⁸

Dies soll durch die Prüfung durch den Aufsichtsrat und die Abschlussprüferinnen und -prüfer kompensiert werden.²⁰⁴⁹ Es wird jedoch bezweifelt, dass die Prüfung des Abhängigkeitsberichts durch sie effektiv ist.²⁰⁵⁰ Im Wege der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder über die Hauptversammlung kann eine Aktionärin oder ein Aktionär

²⁰³⁸ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 2.

²⁰³⁹ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 2.

²⁰⁴⁰ Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 18; vgl. auch: Wilcke, S. 79.

²⁰⁴¹ Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. 35; Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 18; vgl. auch: Wilcke, S. 79.

²⁰⁴² Vgl. Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 18.

²⁰⁴³ Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 18.

²⁰⁴⁴ Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. 35.

²⁰⁴⁵ Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 312 AktG, Rn. 5.

²⁰⁴⁶ MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 7; Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 8.

²⁰⁴⁷ Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 7.

²⁰⁴⁸ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 1.

²⁰⁴⁹ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 1.

²⁰⁵⁰ Klene, GWR 2018, 210, 211.

mit Hauptversammlungsmehrheit jedenfalls alle Aufsichtsratssitze der Anteilseignerbank mit eigenen Repräsentanten besetzen.²⁰⁵¹ Hinzu kommt, dass der Aufsichtsrat häufig nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt.²⁰⁵² An eine wirksame Kontrolle seitens des Aufsichtsrats glaubt daher selbst der Gesetzgeber nicht.²⁰⁵³

Aus diesem Grund lässt sich der Schutzzweck des Abhängigkeitsberichts lediglich durch die Prüfung der Abschlussprüferinnen und -prüfer erreichen.²⁰⁵⁴ Allerdings ist ihre Unabhängigkeit kritisch zu hinterfragen.²⁰⁵⁵ Denn sie werden, im Falle einer Mehrheitsbeteiligung des herrschenden Unternehmens, auf Vorschlag des von ihm dominierten Aufsichtsrats grundsätzlich von dem herrschenden Unternehmen über den Weg der Hauptversammlungsmehrheit gewählt werden können.²⁰⁵⁶ Nicht zu übersehen ist zudem, dass insbesondere die wirtschaftliche Abhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer von ihrem Mandanten ihre Unabhängigkeit in Frage stellen kann, da sie auf die Bezahlung durch ihn angewiesen sind.²⁰⁵⁷

2.3.2. Bedenken gegen die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer

Wie angekündigt soll hier auf diese Frage näher eingegangen werden. Als problematisch erweist sich nach der Principal-Agent-Theorie, die nicht nur im Rahmen der Grundrechtsdogmatik hier Anwendung findet, da die Anwendung sozialwissenschaftlicher Methoden in diesem Rahmen üblich ist bei einem starken Wirklichkeitsbezug wie hier, sondern hier zudem als dezidierte Anleihe an der ökonomischen Analyse des Rechts Anwendung findet, Folgendes: Informationsasymmetrien zwischen den Minderheitsteilhabenden und dem Vorstand ermöglichen unentdeckte Schädigungen der Vermögensinteressen der Minderheitsteilhaber aufgrund moralischen Fehlverhaltens seitens des Vorstands in der Form der verborgenen Information, bei der jedoch im Rahmen des Abhängigkeitsberichts die Unsicherheit besteht, ob es sich bei ihr tatsächlich um eine

²⁰⁵¹ Rhiel, S. 194.

²⁰⁵² Wilcke, S. 79.

²⁰⁵³ Paehler, S. 55.

²⁰⁵⁴ Wilcke, S. 79.

²⁰⁵⁵ Rhiel, S. 81; Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 299; Wilcke, S. 81.

²⁰⁵⁶ Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. 35; vgl. auch: Rhiel, S. 81; Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 299; Wilcke, S. 81.

²⁰⁵⁷ Lotz, S. 194 f.; Lotz, ZIP 2020, 1843, 1844; Wilcke, S. 82; vgl. Zöllner/Noack, Koppensteiner, § 313 AktG, Rn. 4.

beachtliche verborgene Information - d. h. Informationsvorsprung des Vorstands vor der Entscheidung - oder um ein unbeachtliches verborgenes Handeln - d. h. Informationsstand von Minderheitsteilhabenden und Vorstand bis zur Entscheidung gleich, jedoch Informationsvorsprung des Vorstands nach der Entscheidung - handelt.²⁰⁵⁸

Diesem Problem des moralischen Fehlverhaltens kann insbesondere durch Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen begegnet werden.²⁰⁵⁹ Zwar übernimmt in Deutschland wegen der Eigentümerstruktur hierzulande das herrschende Unternehmen grundsätzlich diese Kontroll- und Überwachungsfunktion gegenüber dem Vorstand. Jedoch ermöglichen Informationsasymmetrien zwischen dem herrschenden Unternehmen und dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft einerseits und den Minderheitsteilhabenden andererseits wiederum unentdeckte Schädigungen der Vermögensinteressen der Minderheitsteilhabenden aufgrund moralischen Fehlverhaltens seitens des herrschenden Unternehmens und des Vorstands zugunsten des herrschenden Unternehmens durch Benachteiligungen im Sinne von § 311 Absatz 1 AktG.

Diesem Problem kann wiederum insbesondere durch Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen begegnet werden, wie durch die externe Rechnungslegung oder durch den Abhängigkeitsbericht.²⁰⁶⁰ Allerdings erstellt der Vorstand beides selbst, sodass der Vorstand, insbesondere durch Manipulation auf den Inhalt, Einfluss nehmen kann.²⁰⁶¹

Um wiederum diesem Problem zu begegnen, kommt den Abschlussprüferinnen und -prüfern eine wichtige Überwachungsfunktion zu.²⁰⁶² Jedoch bestehen zudem zwischen diesen und den Minderheitsteilhabenden Informationsasymmetrien.²⁰⁶³ Gleichzeitig können die Minderheitsteilhabenden die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilen; womit die Frage ihrer Unabhängigkeit in den Vordergrund rückt.²⁰⁶⁴

²⁰⁵⁸ Vgl. Schmidt, S. 72 f..

²⁰⁵⁹ Schmidt, S. 74.

²⁰⁶⁰ Schmidt, S. 74.

²⁰⁶¹ Vgl. Schmidt, S. 74.

²⁰⁶² Vgl. Schmidt, S. 74.

²⁰⁶³ Schmidt, S. 75.

²⁰⁶⁴ Vgl. Schmidt, S. 75.

Diese mangelnde Beurteilungsmöglichkeit kann wiederum bei den Abschlussprüferinnen und -prüfern zu moralischem Fehlverhalten führen, wenn sie z. B. gleichzeitig Nichtprüfungsleistungen für das zu prüfende Unternehmen erbringt.²⁰⁶⁵ Dies kann zum Verlust ihrer Unabhängigkeit führen, wenn sie die Zahlungen aus diesen Nichtprüfungsleistungen annehmen, um über aufgedeckte Unregelmäßigkeiten nicht zu berichten.²⁰⁶⁶ Ein ähnliches Risiko besteht, da sie ein Interesse daran haben, den Mandanten in Zukunft zu behalten.²⁰⁶⁷ Dieses Risiko steigt insbesondere mit der Höhe der zukünftig zu erwartenden Quasi-Rentenströme.²⁰⁶⁸ Hierbei spielt es in Deutschland wegen der Eigentümerstruktur keine Rolle, wer die Abschlussprüferinnen und -prüfer wählt und ihnen den Auftrag erteilt.²⁰⁶⁹ Die beiden oben genannten Risiken sind lediglich Beispiele. In diesen Fällen ist die wichtige Überwachungsfunktion gescheitert, die den Abschlussprüferinnen und -prüfern zukommt.²⁰⁷⁰

Zu fragen bleibt, ob angesichts der jüngst ergriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Stärkung der Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer diese weiterhin kritisch zu sehen ist. Denn ihre Unabhängigkeit hat der Gesetzgeber in jüngster Zeit insbesondere durch strengere Auswahlbestimmungen in den §§ 319, 319a HGB gestärkt.²⁰⁷¹ In der Literatur wird dennoch die Auffassung vertreten, dass das gegenwärtige Regelwerk nicht genüge, um die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer sicherzustellen.²⁰⁷² Gegenwärtig werden insbesondere folgende Probleme gesehen: nach wie vor die wirtschaftliche Abhängigkeit, das Wettbewerbsumfeld auf dem Prüfungsmarkt und die Erbringung von Nichtprüfungsleistungen für das zu prüfende Unternehmen.²⁰⁷³

Hierbei werden Unabhängigkeitsrisiken insbesondere gesehen, da die Grenze von siebenzig Prozent bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (vgl. Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über

²⁰⁶⁵ Vgl. Schmidt, S. 75.

²⁰⁶⁶ Vgl. Schmidt, S. 76.

²⁰⁶⁷ Vgl. Schmidt, S. 78.

²⁰⁶⁸ Vgl. Schmidt, S. 83, vgl. aber auch das Modell von Stefani zu einem Fall, bei dem es nicht auf die Quasi-Rentenströme ankommt: Schmidt, S. 93 ff..

²⁰⁶⁹ Vgl. Rhiel, S. 81; a. A. Lee/Gu: vgl. Schmidt, S. 91 ff..

²⁰⁷⁰ Vgl. Schmidt, S. 76.

²⁰⁷¹ MüKo AktG, Altmeppen, § 313 AktG, Rn. 5.

²⁰⁷² Vgl. Schmidt, S. 60.

²⁰⁷³ Schmidt, S. 126; vgl. zur Unabhängigkeitsgefährdung durch Prüfungshonorare, Gesamthonorare, abnormale Prüfungshonorare sowie abnormale Gesamthonorare (wirtschaftliche Abhängigkeit) jüngst: Günther, S. 260 ff..

spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission) teilweise als zu moderat wahrgenommen wird, womit weiterhin Bedenken gegenüber der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer bestehen.²⁰⁷⁴ Dieses Unabhängigkeitsrisiko ist durch den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität nicht beseitigt worden.

Unabhängigkeitsrisiken bestehen ferner bei hohen Honoraren des zu prüfenden Unternehmens an die Abschlussprüferinnen und -prüfer für die Nichtprüfungsleistungen der anderen Bestätigungsleistungen und sonstigen Beratungsleistungen.²⁰⁷⁵ Für den deutschen Rechtsraum gilt dies insbesondere für Bewertungsleistungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse.²⁰⁷⁶ Diese zählen zu den sonstigen Beratungsleistungen.²⁰⁷⁷ Dieses Unabhängigkeitsrisiko hingegen soll jedenfalls bezüglich der Bewertungsleistungen durch den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität beseitigt werden (vgl. Artikel 11 Ziffer 4 des Entwurfs).

Ob die Beseitigung von Unabhängigkeitsrisiken gelingt, bleibt indes abzuwarten. Denn und schließlich entfalten nicht alle Maßnahmen ihre bezweckte Wirkung, sodass die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer weiterhin in Frage steht, solange nicht alternative Maßnahmen ergriffen werden.²⁰⁷⁸ Insbesondere als alternative Maßnahmen werden zahlreiche Maßnahmen vorgeschlagen.²⁰⁷⁹ So wird vorgeschlagen: die parallele Erbringung von Prüfungs- und Nichtprüfungsleistungen durch dieselben Abschlussprüferinnen und -prüfer generell zu verbieten.²⁰⁸⁰ Es werden Haftungsverschärfungen für die Abschlussprüferinnen und -prüfer vorgeschlagen.²⁰⁸¹ Ferner wird ihre mehrjährige Bestellung gefordert.²⁰⁸² Weiterhin werden obligatorische Joint Audits gefordert.²⁰⁸³ Außerdem wird eine behördliche Bestellung bzw. Vergütung der Abschlussprüferinnen und -prüfer

²⁰⁷⁴ Vgl. Schmidt, S. 256.

²⁰⁷⁵ Vgl. Meuthen, WPg 2018, 1065, 1069; vgl. Schmidt, S. 256.

²⁰⁷⁶ Vgl. Schmidt, S. 250.

²⁰⁷⁷ Zwirner/Boecker, IRZ 2017, 8, 10.

²⁰⁷⁸ Vgl. Schmidt, S. 257.

²⁰⁷⁹ Schmidt, S. 60.

²⁰⁸⁰ Schmidt, S. 61.

²⁰⁸¹ Schmidt, S. 62 f..

²⁰⁸² Schmidt, S. 63 f..

²⁰⁸³ Schmidt, S. 64 f..

vorgeschlagen.²⁰⁸⁴ Schließlich wird die Einführung einer Gebührenordnung für Abschlussprüferinnen und -prüfer gefordert.²⁰⁸⁵

Alle dies zeigt, dass die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer weiterhin fraglich ist. Ein Einfallstor für eine nicht unabhängige Prüfung durch sie bieten unbestimmte Rechtsbegriffe und ihr Beurteilungsspielraum.²⁰⁸⁶ Denn die Abschlussprüferinnen und -prüfer können insbesondere ihren Beurteilungsspielraum großzügig anwenden.²⁰⁸⁷ Jedoch kann es zudem zu ihrer Überforderung durch schwierige Rechtsfragen kommen, sodass sie gegenüber ihren Aufgaben eine gleichgültige Haltung entwickeln.²⁰⁸⁸ Die Prüfung durch die Abschlussprüferinnen und -prüfer versagt schließlich ebenfalls dort, wo Maßnahmen verschwiegen werden, die selbst in den Büchern nicht ihren Niederschlag finden.²⁰⁸⁹ Denn es bereitet ihnen Schwierigkeiten, alle berichtspflichtigen Rechtsgeschäfte und Maßnahmen zu erfassen und festzustellen, auf wessen Veranlassung und in wessen Interesse sie erfolgen.²⁰⁹⁰

Dies gilt insbesondere für die unterlassenen Maßnahmen.²⁰⁹¹ Erreicht das Maß der berichtspflichtigen, jedoch nicht berichteten, Rechtsgeschäfte und Maßnahmen allerdings eine erhebliche Höhe, gefährdet dies den Schutzzweck des Abhängigkeitsberichts.²⁰⁹² Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Abschlussprüferinnen und -prüfer nicht zur eigentlichen Aufgabe haben, die Vollständigkeit des Abhängigkeitsberichts zu prüfen.²⁰⁹³

2.3.3. Unwirksamkeit der Sonderprüfung nach § 315 AktG

Die praktische Relevanz der Sonderprüfung nach § 315 Satz 1 AktG ist ihrerseits abhängig von der Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer und der Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit ihrer Prüfung, ohne insbesondere deren Aufdeckung der gesetzlichen

²⁰⁸⁴ Schmidt, S. 65 f..

²⁰⁸⁵ Schmidt, S. 66 f..

²⁰⁸⁶ Vgl. Paehler, S. 55; vgl. Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 299; vgl. Wilcke, S. 207 und 209; vgl. Zöllner/Noack, Koppenteiner, § 313 AktG, Rn. 4.

²⁰⁸⁷ Vgl. Paehler, S. 55; vgl. Wilcke, S. 207.

²⁰⁸⁸ Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. 35.

²⁰⁸⁹ Semler, WPg 1960, 552, 554.

²⁰⁹⁰ Vgl. Rhiel, S. 81 f.; Wilcke, S. 206.

²⁰⁹¹ Wilcke, S. 206.

²⁰⁹² Wilcke, S. 206.

²⁰⁹³ Wilcke, S. 206.

Voraussetzungen die Sonderprüfung nicht durchgesetzt werden kann.²⁰⁹⁴ Die Sonderprüfung wird auf zwei Wegen eröffnet: zunächst über § 315 Satz 1 AktG, wenn eine seiner Ziffern 1 bis 3 rein formal vorliegt.²⁰⁹⁵ Dies kann zwar jede Aktionärin bzw. jeder Aktionär beantragen.²⁰⁹⁶ Jedoch setzt dies voraus, dass eine der erforderlichen Erklärungen abgegeben wird.²⁰⁹⁷ Diese Voraussetzung ist allerdings sehr selten gegeben.²⁰⁹⁸ Denn Vorstand und Aufsichtsrat sind in den meisten Fällen nicht objektiv, sodass es auf die Entscheidung der Abschlussprüferinnen und -prüfer ankommt.²⁰⁹⁹ Die Wirksamkeit ihrer Prüfung leidet jedoch an unbestimmten Rechtsbegriffen und ihrem Beurteilungsspielraum.²¹⁰⁰ Dadurch wird der Schutz durch die Sonderprüfung gemäß § 315 Satz 1 AktG unwirksam.²¹⁰¹ So wundert es nicht, dass bisher kein Fall einer Sonderprüfung auf diesem Wege bekannt geworden ist.²¹⁰² Die Sonderprüfung gemäß § 315 Satz 1 AktG kann mithin die Rechte der Außenstehenden nicht schützen.²¹⁰³ Ferner wird das Recht der Sonderprüfung über § 315 Satz 2 AktG eröffnet. Die Sonderprüfung kann die dort bestimmte Minderheit beantragen, falls Verdachtsgründe bestehen.²¹⁰⁴ § 315 Satz 2 AktG soll die Möglichkeit der Sonderprüfung in der Praxis erweitern und die Effektivität der Sonderprüfung erhöhen.²¹⁰⁵ Jedoch ist eine Sonderprüfung nach § 315 Satz 2 AktG ein sehr unsicheres Unterfangen.²¹⁰⁶ Denn die Minderheitsteilhabenden haben kaum Kenntnis von den Unternehmensinterna und werden lediglich im Extremfall die erforderlichen Tatsachen vortragen können.²¹⁰⁷ Daher bedarf die Sonderprüfung nach § 315 Satz 2 AktG der hier vorgeschlagenen Erhöhung der Transparenz, um ihre Wirksamkeit zu stärken.²¹⁰⁸

²⁰⁹⁴ Paehler, S. 57; Wilcke, S. 209 und 210 f..

²⁰⁹⁵ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rnrn. 5 und 11.

²⁰⁹⁶ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rnrn. 5 und 16.

²⁰⁹⁷ Paehler, S. 57.

²⁰⁹⁸ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 6.

²⁰⁹⁹ Paehler, S. 57.

²¹⁰⁰ Vgl. Paehler, S. 57.

²¹⁰¹ Paehler, S. 57.

²¹⁰² Vgl. Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. 36; Bürgers/Körber, Fett, § 315 AktG, Rn. 2; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 315 AktG, Rn. 13; MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 6.

²¹⁰³ Paehler, S. 57.

²¹⁰⁴ MüKo AktG, Altmeppen, § 315 AktG, Rn. 5.

²¹⁰⁵ Bürgers/Körber, Fett, § 315 AktG, Rn. 5.

²¹⁰⁶ Vgl. Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 17.

²¹⁰⁷ Vgl. Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 17.

²¹⁰⁸ Vgl. Habersack, AG 2016, 691, 695.

2.3.4. Erfordernis der Effektivitätssteigerung des Schutzsystems durch gesteigerte Transparenz

Insgesamt ergibt sich aus allem dem, dass der Schutz der Minderheitsteilhabenden in Deutschland lediglich auf dem Papier gut ist.²¹⁰⁹ Aus diesem Grund bedarf es der Anhebung des Schutzniveaus durch Ausbau des bestehenden Schutzes, um die Effektivität zu steigern. Denn gegenwärtig sind die Regelungen zwar weniger belastend als der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung, jedoch sind sie nicht wirksam.²¹¹⁰ Zu berücksichtigen ist, dass der Abhängigkeitsbericht Stärken und Schwächen hat, die sich auf seine Effektivität auswirken.²¹¹¹ Zu den Schwächen zählt insbesondere die mangelnde Unabhängigkeit der handelnden Personen vom herrschenden Unternehmen.²¹¹² Das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG, und mit ihm der Abhängigkeitsbericht, ist dennoch nicht überflüssig. Denn es entfaltet eine präventive Wirkung.²¹¹³ Diese muss jedoch gesteigert werden, um die Schwächen des Schutzsystems zu beseitigen und seine Wirksamkeit zu steigern. Dies kann durch eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und ggf. des Prüfungsberichts der Abschlussprüferinnen und -prüfer erreicht werden, wie sie hier vorgeschlagen wird.

Die Effektivität des Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG ist allerdings umstritten.²¹¹⁴ Die hier vertretene Auffassung wird jedoch dadurch gestützt, dass andere an dem Abhängigkeitsbericht ebenfalls kritisieren, dass seine Effektivität daran leide, dass er nicht wenigstens gegenüber den Minderheitsteilhabenden offengelegt werde.²¹¹⁵ Sie sind ebenfalls der Auffassung, dass die Schwäche der Effektivität sich in der Praxis darin zeige, dass die Sonderprüfung nach § 315 AktG keine praktische Bedeutung erlangt habe und lediglich selten Schadenersatzklagen nach §§ 317 ff. AktG erhoben würden.²¹¹⁶ Der Grund wird darin gesehen, dass trotz der §§ 312 ff. AktG das Informationsdefizit der Minderheitsteilhabenden fortbestehe.²¹¹⁷ Und zwar, da die Regelungen über den Abhängigkeitsbericht ein Defizit insbesondere hinsichtlich der

²¹⁰⁹ Klene, GWR 2018, 210, 210.

²¹¹⁰ Ähnlich: Florstedt, ZHR 2020, 10, 59; Klene, GWR 2018, 210, 210 f..

²¹¹¹ Vgl. Fleischer, BB 2014, 2691, 2697; so wohl auch: Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 5.

²¹¹² Vgl. MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 26 f.; vgl. auch: Wiersch, NZG 2014, 1131, 1134.

²¹¹³ Vgl. Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. 40; vgl. MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 29.

²¹¹⁴ Wiersch, NZG 2014, 1131, 1134.

²¹¹⁵ Dißars, StuB 2014, 530, Gliederungspunkt II., 3.5; Grigoleit, Grigoleit, § 312 AktG, Rn. 2; Rhiel, S. 82; Seidel, AG 2018, 423, 426; eine entsprechende Offenlegung fordernd: Vetter, ZHR 2007, 342, 367; vgl. auch: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 253; Wiersch, NZG 2014, 1131, 1134.

²¹¹⁶ Vgl. Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 11; Rhiel, S. 82; vgl. auch: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 253.

²¹¹⁷ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 11; Kalss, ZHR 2007, 146, 195; Rhiel, S. 82.

Transparenz aufweisen.²¹¹⁸ Transparenz ermögliche es in der Praxis jedoch erst, die materiell-rechtlichen Regelungen des Benachteiligungsverbots des § 311 AktG über die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen nach §§ 317 ff. AktG geltend zu machen.²¹¹⁹ Daher sehen sie die Lösung dieses Problems darin, dass der Abhängigkeitsbericht und der Prüfungsbericht der Abschlussprüferinnen und -prüfer offengelegt werde, jedenfalls gegenüber den Minderheitsteilhabenden.²¹²⁰ Denn Transparenzanforderungen wirkten präventiv und verhaltenssteuernd und könnten damit die präventive Wirkung des Abhängigkeitsberichts stärken.²¹²¹ Dies werde die Effektivität des gesamten Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG erhöhen.²¹²²

Hierbei sei zudem zu berücksichtigen, dass eine Zweckverfehlung der §§ 312 ff. AktG zugleich die Regelungen über den Vertragskonzern mit ihrer Sicherung der Außenstehenden entwerte.²¹²³ Denn wegen der relativen Risikofreiheit werde der faktische Konzern dem Vertragskonzern gegenüber vorgezogen.²¹²⁴ So ist die Lage jedoch gegenwärtig bereits. Dies zeigt sich daran, dass die Mehrheit der Aktiengesellschaften lediglich faktisch, jedoch nicht vertraglich konzerniert ist.²¹²⁵ Eine Offenlegungspflicht des Abhängigkeits- und Prüfungsberichts würde hingegen den Vertragskonzern gegenüber dem faktischen Konzern vorteilhafter erscheinen lassen.

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass, trotz der zunächst international avantgardistischen Stellung des deutschen Konzernrechts, die Regelungen der §§ 311 ff. AktG überwiegend nicht von anderen Staaten übernommen wurden.²¹²⁶ Hier könnte das Defizit der Effektivität des Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG ebenfalls eine Rolle gespielt haben. All dies streitet dafür, dass die gegenwärtige Rechtslage weniger wirksam ist als der Vorschlag und ihre

²¹¹⁸ Selzner, ZIP 2015, 753, 757; Wiersch, NZG 2014, 1131, 1134.

²¹¹⁹ Selzner, ZIP 2015, 753, 757; vgl. Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254; Wiersch, NZG 2014, 1131, 1134.

²¹²⁰ So wohl auch: Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. 36; vgl. Rhiel, S. 82; vgl. auch: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²¹²¹ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 35; Selzner, ZIP 2015, 753, 757.

²¹²² Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 11; vgl. Kalss, ZHR 2007, 146, 196 f..

²¹²³ Vgl. auch: Kellmann, ZGR 1974, 220, 229.

²¹²⁴ Vgl. auch: Kellmann, ZGR 1974, 220, 229; Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 298.

²¹²⁵ Rott in: Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 21 Konzernrecht, Recht der verbundenen Unternehmen, C. Unternehmensverbindungen, Rn. 183.

²¹²⁶ MüKo AktG, Altmeppen, Vor § 311 AktG, Rn. 1.

Effektivitätsdefizite durch den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung beseitigt werden können.

a. Meinungsstreit über die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts

Die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts ist jedoch umstritten.²¹²⁷ Eine Diskussion hierüber wird bereits seit der Einführung des Aktiengesetzes in der Bundesrepublik im Jahre 1965 geführt und zurzeit durch die Einführung der §§ 111a-c AktG weiter befeuert.²¹²⁸ Hierbei wurden Stimmen laut, die die Forderung nach der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts zwar für legitim hielten, die Debatte hierüber jedoch erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zu ARUG II weiterführen wollten.²¹²⁹ Das Gesetzgebungsverfahren zu ARUG II ist nunmehr abgeschlossen. Mithin ist jetzt die Debatte um den in dieser Untersuchung unterbreiteten Vorschlag zu führen.

aa. Gegner der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts

Gegen die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts wird angeführt, dass seine Offenlegung zu einem erheblichen Schaden der abhängigen Gesellschaft oder der im Bericht erwähnten Unternehmen führen könne.²¹³⁰ Daher lehnte, maßgeblich Flume, eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts wegen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und der negativen Beeinträchtigung der Vollständigkeit der Berichterstattung durch den Vorstand ab und beeinflusste damit die Gesetzgebung zum Aktiengesetz aus dem Jahre 1965.²¹³¹ Die Gegenauffassung, die meine, dass es dem Vorstand durch die fehlende Publizität erleichtert werde, nicht vollständig zu berichten, überspiele die negative Beeinträchtigung lediglich.²¹³² Ferner stünden die Außenstehenden de lege lata nicht schutzlos da.²¹³³ IAS 24 und die Vorschriften des HGB ließen des Weiteren die Geheimhaltung des Abhängigkeitsberichts

²¹²⁷ Schmidt/Lutter, Vetter, § 312 AktG, Rn. 7.

²¹²⁸ Vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9; vgl. Selzner, ZIP 2015, 753, 760; vgl. Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 236; vgl. Wiersch, NZG 2014, 1131, 1136.

²¹²⁹ Müller, ZGR 2019, 97, 123; aber gegen eine Offenlegung: Spindler/Stilz, Müller, § 312 AktG, Rn. 4.

²¹³⁰ Wilcke, S. 73 f..

²¹³¹ Flume, DB 1959, 190, 191; Decher, ZHR 2007, 126, 138; gegen eine Offenlegung des Abhängigkeitsbericht selbst jedoch auch: Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 59.

²¹³² Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 59.

²¹³³ Roth, S. 97 f..

nicht verzichtbar erscheinen.²¹³⁴ Denn der Gesetzgeber habe sich eben bewusst dafür entschieden, lediglich die Offenlegung der dort genannten Transaktionen vorzusehen.²¹³⁵ Gegen eine Offenlegung werden ferner die damit einhergehenden hohen Kosten angeführt.²¹³⁶ Weiterhin sei vor einer Aktivierung von Berufsklägerinnen und -klägern zu warnen, da der Abhängigkeitsbericht im Falle seiner Offenlegung auf der Hauptversammlung im Einzelnen zu erörtern sei.²¹³⁷ Die Möglichkeit der Diskussion des Abhängigkeitsberichts auf der Hauptversammlung würde zudem die zeitlichen Grenzen der Hauptversammlung sprengen.²¹³⁸ Schließlich halten manche die gegenwärtige Präventivwirkung des Abhängigkeitsberichts für genügend, wie bereits erwähnt wurde.²¹³⁹ Im Hinblick auf Vorschläge zum Geheimnisschutz wird kritisiert, dass ein Geheimnisschutz nicht genüge, wie ihn § 8 Absatz 2 UmwG vorsehe.²¹⁴⁰ Denn die Anforderungen an die Darlegung der Gründe für den Geheimnisschutz seien zu hoch.²¹⁴¹ Es stelle sich zudem die Frage, wer über das Vorliegen geheimhaltungsbedürftiger Informationen nach welchem Maßstab zu entscheiden habe.²¹⁴² Eine Geheimnisschutzregelung führe daher zu Rechtsunsicherheit.²¹⁴³ Diese Auffassung, die die Geheimhaltungsinteressen der abhängigen Gesellschaft höher wertet als die Informationsinteressen der Aktionärinnen und Aktionäre, wird teilweise noch vertreten.²¹⁴⁴ Die rechtspolitische Bewertung Teile ihrer Vertreter knüpft indes an überholte Beurteilungen an und setzt sich mit jüngeren rechtspolitischen Beurteilungen nicht auseinander.²¹⁴⁵

bb. Befürworter der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts

Für die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts, und ggf. des Prüfungsberichts, spricht indes, dass selbst der Bundesjustizminister bereits zu dem Aktiengesetz aus dem Jahre 1965 ursprünglich der Auffassung war, dass der Abhängigkeitsbericht den Minderheitsteilhabenden zugänglich gemacht werden müsse; er hatte die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts

²¹³⁴ Roth, S. 98.

²¹³⁵ Roth, S. 98.

²¹³⁶ Nur berichtend: Schürnbrand, ZHR 2007, 241, 243.

²¹³⁷ Nur berichtend: Schürnbrand, ZHR 2007, 241, 243; so: Roth, S. 98 f..

²¹³⁸ Roth, S. 98.

²¹³⁹ Roth, S. 99.

²¹⁴⁰ Decher, ZHR 2007, 126, 138.

²¹⁴¹ Decher, ZHR 2007, 126, 138.

²¹⁴² Roth, S. 99.

²¹⁴³ Roth, S. 99.

²¹⁴⁴ So wohl: Lotz, S. 212; Spindler/Stilz, Müller, § 312 AktG, Rn. 4.

²¹⁴⁵ Roth, 99 f..

zunächst sogar angekündigt.²¹⁴⁶ Maßgeblich Flume überzeugte den Gesetzgeber damals jedoch vom Gegenteil.²¹⁴⁷ Zudem setzten sich die Vertreter des konservativen Liberalismus mit ihren politischen Interessen hier durch (vgl. Einleitung). Bereits seit dem wird an dem Abhängigkeitsbericht kritisiert, dass seine Effektivität an seiner mangelnden Publizität leide.²¹⁴⁸ Zur Zeit der Regelung des Abhängigkeitsberichts im Jahre 1965 wurde der Transparenz seitens des Gesetzgebers jedoch noch eine vergleichsweise geringe Bedeutung beigemessen.²¹⁴⁹ Bereits Artikel 7 Absatz 5 eines Vorschlags einer 9. (Konzern-)Richtlinie sah jedoch einen Sonderbericht vor, der gegenüber den Aktionärinnen und Aktionären offenzulegen sein sollte.²¹⁵⁰ Dieser Offenlegungspflicht wurde erhebliche Bedeutung beigemessen.²¹⁵¹ Denn durch sie würden die Minderheitsteilhabenden wirksamer geschützt als durch die Regelungen zum Abhängigkeitsbericht.²¹⁵² Die Minderheitsteilhabenden könnten durch diese Transparenz nicht lediglich die Beziehungen zwischen dem herrschenden und dem abhängigen Unternehmen besser kontrollieren.²¹⁵³ Die Transparenz wirke vielmehr zudem präventiv gegenüber Benachteiligungen.²¹⁵⁴ Zwar konnte sich die 9. (Konzern-)Richtlinie ebenfalls nicht durchsetzen. Mittlerweile haben sich die Wertungen des Gesetzgebers jedoch noch weiter verändert und er räumt der Transparenz, im Aktienrecht ebenfalls, immer häufiger den Vorrang vor den Geheimhaltungsinteressen ein.²¹⁵⁵ Nach Auffassung der Befürworter einer Offenlegungspflicht bewiesen dies IAS 24, §§ 285 Nr. 21 und 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB.²¹⁵⁶ Daher wäre es nicht systemwidrig, den Abhängigkeitsbericht offenzulegen.²¹⁵⁷

²¹⁴⁶ Vgl. Flume, DB 1959, 190, 191; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 236.

²¹⁴⁷ Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 236.

²¹⁴⁸ Böttcher in: FS Maier-Reimer, S. 30.

²¹⁴⁹ Fleischer, BB 2014, 835, 837.

²¹⁵⁰ Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 303; Vetter, ZHR 2007, 342, 366.

²¹⁵¹ Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 304.

²¹⁵² Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 304.

²¹⁵³ Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 304.

²¹⁵⁴ Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 304.

²¹⁵⁵ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 11 f.; vgl. Drygala, AG 2013, 198, 207; Fleischer, BB 2014, 835, 837 und 839 f.; Fleischer, BB 2014, 2691, 2698; Habersack, AG 2016, 691, 695; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 18; vgl. Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9; vgl. Seidel, AG 2018, 423, 426; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²¹⁵⁶ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 11; ähnlich: Drygala, AG 2013, 198, 207; Fleischer, BB 2014, 835, 837 f.; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 18; so wohl auch: Seidel, AG 2018, 423, 426; Vetter, ZHR 2007, 342, 366.

²¹⁵⁷ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 12.

International gehe die Tendenz ebenfalls in die Richtung einer höheren Transparenz von Geschäften mit Nahestehenden.²¹⁵⁸ So habe das US-amerikanische Kapitalmarktrecht bereits vor dem Jahre 1965 die Offenlegung der Geschäfte zwischen Großaktionärin bzw. -aktionär und Gesellschaft gekannt.²¹⁵⁹ Das französische Recht kenne ebenfalls die Offenlegung von Geschäften mit Großaktionärinnen bzw. -aktionären gegenüber den Aktionärinnen bzw. Aktionären.²¹⁶⁰ Schließlich sähe zudem das italienische Recht mehr Transparenz hinsichtlich konzerninterner Beziehungen vor als das deutsche Aktiengesetz.²¹⁶¹ In Belgien hätten jedenfalls die Aktionärinnen und Aktionäre das Recht, die Berichte über Geschäfte mit Nahestehenden ex post einzusehen.²¹⁶²

Die Vertraulichkeit des Abhängigkeitsberichts habe der Gesetzgeber zugesichert, da er befürchtete, dass sonst nicht über alle Geschäfte berichtet würde.²¹⁶³ Allerdings habe er mit dieser Zusicherung lediglich die Möglichkeit erhöht, über einzelne unangenehme Geschäfte nicht zu berichten.²¹⁶⁴ Denn der Anreiz zum Nichtberichten sei bei Geheimhaltung wesentlich höher als bei Offenlegung des Abhängigkeitsberichts.²¹⁶⁵ Die unangenehmen Geschäfte erschienen bereits wegen der Haftung des Vorstands selbst bei Zusicherung der Geheimhaltung nicht.²¹⁶⁶ Denn jedenfalls die Abschlussprüferinnen und -prüfer erhielten sonst Kenntnis.²¹⁶⁷ Im Falle einer Sonderprüfung würden dann diese Geschäfte erst recht der Öffentlichkeit bekannt werden.²¹⁶⁸ Die Vertraulichkeit des Abhängigkeitsberichts sei also nicht um seiner Vollständigkeit willen erforderlich.²¹⁶⁹ Jedoch werde das Nichtberichten durch die Vertraulichkeit erleichtert.²¹⁷⁰ Denn das Aufdeckungsrisiko sei bei einer breiten Öffentlichkeit und insbesondere bei den Außenstehenden höher als beim Aufsichtsrat und den

²¹⁵⁸ Vgl. Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 12; Fleischer, BB 2014, 835, 838; Fleischer, BB 2014, 2691, 2698; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 18.

²¹⁵⁹ Fleischer, BB 2014, 835, 838 f.; vgl. auch: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 18; vgl. auch Semler, WPg 1960, 552, 554; Vetter, ZHR 2007, 342, 366.

²¹⁶⁰ Fleischer, BB 2014, 835, 839; vgl. auch: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 18.

²¹⁶¹ Fleischer, BB 2014, 835, 839; vgl. auch: Fleischer, BB 2014, 2691, 2695 allerdings in einem anderen Kontext erörtert; vgl. auch: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 18; vgl. auch: Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Druey, Gutachten H, S. H 14 dort Rn. 64.

²¹⁶² Kalss, ZHR 2007, 146, 178.

²¹⁶³ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 20; Paehler, S. 52.

²¹⁶⁴ Paehler, S. 52.

²¹⁶⁵ Paehler, S. 52.

²¹⁶⁶ Paehler, S. 52.

²¹⁶⁷ Paehler, S. 52.

²¹⁶⁸ Paehler, S. 52.

²¹⁶⁹ Paehler, S. 52 f..

²¹⁷⁰ Paehler, S. 53.

Abschlussprüferinnen und -prüfern.²¹⁷¹ Selbst wenn es der Öffentlichkeit sowie den Außenstehenden an internem Wissen mangle, um die Vollständigkeit des Abhängigkeitsberichts anzuzweifeln, werde es doch die unabhängige Stellung der Abschlussprüferinnen und -prüfer stärken, wenn sie unter der Verantwortung gegenüber der Öffentlichkeit prüfen müssten.²¹⁷² Die Vertraulichkeit schade daher dem Sinn und Zweck des Abhängigkeitsberichts und bewirke lediglich, dass nicht ein Mal die wichtige und wirksame Kontrolle durch die Öffentlichkeit sowie die Außenstehenden erfolgen könne.²¹⁷³ Die Prüfungen seitens des Aufsichtsrats und der Abschlussprüferinnen und -prüfer können die Prüfung seitens der Öffentlichkeit sowie der Außenstehenden zudem nicht vollständig ersetzen.²¹⁷⁴ Der Blick über die Grenze zu anderen Rechtsordnungen führe ferner zu der Erkenntnis, dass eine Stärkung der Transparenz nicht zu Lasten der Vollständigkeit gehe.²¹⁷⁵ Schließlich habe sich der europäische Bilanzgesetzgeber von diesem Argument ebenfalls nicht überzeugen lassen und die Grundlagen geschaffen für die Offenlegung nach IAS 24, §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB.²¹⁷⁶

cc. Entscheidung des Meinungsstreits

Die Gegenauffassung wird zwar teilweise heute noch vertreten, jedoch sind im Laufe der Zeit die Stimmen mehr geworden, die sich gegen die Geheimhaltung des Abhängigkeitsberichts aussprechen; insbesondere seit kapitalmarktorientierte Gesellschaften nach IAS 24 Angaben über Beziehungen zu Nahestehenden machen müssen.²¹⁷⁷ Der Grund hierfür wird von den Befürwortern der Offenlegungspflicht darin gesehen, dass die meisten Angaben im Abhängigkeitsbericht ohnehin bereits offengelegt würden durch die Publikationspflichten der IAS 24, §§ 285 Nr. 21 und 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB.²¹⁷⁸ Angesicht der bereits weitgehenden Offenlegung durch diese Rechnungslegungsvorschriften und dem tatsächlichen Umfang der Angaben im Abhängigkeitsbericht überzeuge die Gegenauffassung nicht.²¹⁷⁹

²¹⁷¹ Paehler, S. 53.

²¹⁷² Paehler, S. 53.

²¹⁷³ Paehler, S. 53.

²¹⁷⁴ Paehler, S. 54.

²¹⁷⁵ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 12; Fleischer, BB 2014, 835, 840; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 20; ähnlich: Vetter, ZHR 2007, 342, 365 f..

²¹⁷⁶ Fleischer, BB 2014, 835, 840; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 20.

²¹⁷⁷ Fleischer, BB 2014, 835, 836 f.; nur darstellend: MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 20.

²¹⁷⁸ Fleischer, BB 2014, 835, 839; Heidel, Schatz/Schödel, § 312 AktG, Rn. 5; Rhiel, S. 83; vgl. auch: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²¹⁷⁹ Fleischer, BB 2014, 835, 839; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 19; Rhiel, S. 83.

Der Wertungswiderspruch zwischen IAS 24 und §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB müsse jedoch noch aufgelöst werden.²¹⁸⁰ Denn anzugeben seien nach §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB lediglich der Wert des Geschäfts und solche weiteren Angaben, die für die Beurteilung der Finanzlage erforderlich seien.²¹⁸¹ Ferner seien lediglich marktunübliche, wesentliche Geschäfte veröffentlichungspflichtig.²¹⁸² Dies führe dazu, dass im Zuge dieser Offenlegungspflichten kaum Geschäfte offengelegt würden und daher, entgegen der oben angeführten Gegenauffassung, die Außenstehenden nicht auf die Angaben verwiesen werden könnten aus §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB.²¹⁸³ Es gäbe jedoch keine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung von Bilanzierenden nach IFRS und HGB.²¹⁸⁴ Dieser Widerspruch könne ebenfalls durch eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts aufgelöst werden.²¹⁸⁵

Die Offenlegungspflicht nach IAS 24 genüge jedoch ebenfalls nicht. Denn zwar komme es hierbei nicht auf die Marktüblichkeit an, jedoch seien hier ebenfalls lediglich jene Geschäfte einschließlich ihrer Höhe anzugeben, deren Kenntnis erforderlich sei, damit die Abschlussadressaten die Auswirkungen auf den Abschluss nachvollziehen könnten.²¹⁸⁶ Die Abschlussadressaten könnten die Auswirkungen jedoch kaum prüfen und eine Prüfung durch einen sachverständigen Dritten sei nicht vorgesehen.²¹⁸⁷ Mangels einer solchen Prüfung könne ein entsprechender Prüfungsbericht eines sachverständigen Dritten nicht offengelegt werden.²¹⁸⁸

Hinsichtlich aller Angaben im Rahmen der Rechnungslegung gelte ferner, dass es zunächst der Vorstand sei, der entscheide, ob die Voraussetzungen erfüllt seien und mithin Angaben offenzulegen seien.²¹⁸⁹ Überdies bestünde nach den Regelungen der Rechnungslegung im

²¹⁸⁰ Vgl. Drygala, AG 2013, 198, 207; ähnlich: Wiersch, NZG 2014, 1131, 1135.

²¹⁸¹ Wiersch, NZG 2014, 1131, 1135.

²¹⁸² Drygala, AG 2013, 198, 207; vgl. auch: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254; Wiersch, NZG 2014, 1131, 1135.

²¹⁸³ Drygala, AG 2013, 198, 207; Ungerer, S. 367; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²¹⁸⁴ Drygala, AG 2013, 198, 207.

²¹⁸⁵ Vgl. Drygala, AG 2013, 198, 207.

²¹⁸⁶ Wiersch, NZG 2014, 1131, 1135.

²¹⁸⁷ Vgl. Wiersch, NZG 2014, 1131, 1135.

²¹⁸⁸ Vgl. Wiersch, NZG 2014, 1131, 1135.

²¹⁸⁹ Ungerer, S. 367; vgl. Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

Gegensatz zu den Regelungen zum Abhängigkeitsbericht keine Pflicht, die Nachteile zu beurteilen und zu begründen.²¹⁹⁰

Zu berücksichtigen sei beim Mangel der Überzeugungskraft der Gegenauffassung jedoch zudem, dass Fragen in der Hauptversammlung, z. B. zu Konzernverrechnungspreisen, bei wesentlichen Geschäften mit verbundenen Unternehmen bereits nach gegenwärtiger Rechtslage vom Vorstand zu beantworten seien, ohne dass sich aus §§ 312 ff. AktG ein Auskunftsverweigerungsrecht ergäbe.²¹⁹¹

Nicht zu übersehen sei ferner, dass sich ebenfalls im Aktienrecht die Transparenz als Rechtsprinzip und Regelungsinstrument immer mehr durchgesetzt habe.²¹⁹² Daher wirke die Geheimhaltung des Abhängigkeitsberichts heute umso unzeitgemäßer, berücksichtige man insbesondere die neuen Offenlegungspflichten in § 111c AktG.²¹⁹³

Um zu verhindern, dass der faktische Konzern attraktiver sei als der Vertragskonzern, dürfe auf das Bedürfnis der offenlegungspflichtigen Gesellschaft nach Erleichterungen und Vereinfachungen zwar ohnehin keine große Rücksicht genommen werden, obwohl diese Offenlegungspflicht dennoch praktikabel bleiben müsse.²¹⁹⁴ Jedoch sei zu berücksichtigen, insbesondere wenn von einigen Kostenargumente angeführt würden, dass die Effektivität des Minderheitenschutzes durch eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts erhöht würde, ohne erheblich mehr Verwaltungsaufwand zu generieren.²¹⁹⁵ Denn der Abhängigkeitsbericht werde ohnedies bereits erstellt.²¹⁹⁶ Er muss lediglich offengelegt werden.

Mit Blick auf die Berufsklägerinnen und -kläger sei solchen Missbrauchstendenzen durch die Einschränkung des Anfechtungsrechts zu begegnen.²¹⁹⁷ Der Auffassung, die die gegenwärtige Präventivwirkung des Abhängigkeitsberichts für genügend halte, sei zu entgegen, dass diese

²¹⁹⁰ Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²¹⁹¹ Vetter, ZHR 2007, 342, 366: zu der Frage nur wesentlicher Angaben im Abhängigkeitsbericht wird jedoch später noch Stellung genommen.

²¹⁹² Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 253.

²¹⁹³ Florstedt, ZHR 2020, 10, 56; vgl. auch: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²¹⁹⁴ Haesen, S. 6.

²¹⁹⁵ Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255.

²¹⁹⁶ Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255.

²¹⁹⁷ Nur berichtend: Schürnbrand, ZHR 2007, 241, 243.

Wirkung dort nicht entfaltet werde, wo der Vorstand auf den Einsatz der Abschreckungswirkung des Abhängigkeitsberichts verzichte oder dieser diese Wirkung nicht entfalte.²¹⁹⁸ Dies sei wegen des unternehmerischen Ermessens, der Schwierigkeiten des Fremdvergleichs und des Beurteilungsspielraums der Abschlussprüferinnen und –prüfer möglich.²¹⁹⁹

Befürwortet werde eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts, falls ein gezielter Geheimnisschutz für Angaben gegeben sei, bei deren Offenlegung ein Nachteil drohe, sodass im Rahmen der Interessenabwägung mehr Transparenz unter Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen erreicht werde.²²⁰⁰ Allerdings dürfte hierbei das Geheimhaltungsinteresse lediglich ausnahmsweise das Offenlegungsinteresse der Minderheitsteilhabenden überwiegen.²²⁰¹ Eine Geheimhaltungsregelung solle ferner eine Nachholung von Angaben enthalten, die aus Gründen des Geheimnisschutzes nicht offengelegt worden seien.²²⁰²

Insgesamt sprächen die besseren Gründe für eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts.²²⁰³ Denn seine Effektivität werde entscheidend dadurch verringert, dass er den Außenstehenden gegenüber nicht offengelegt werde.²²⁰⁴ Für seine Offenlegung spräche zunächst die Präventivwirkung der Publizität.²²⁰⁵ Diese könne die Präventivwirkung des Abhängigkeitsberichts hinsichtlich der Vorstandsmitglieder wesentlich erhöhen.²²⁰⁶ Denn hiermit werde ihr Aufdeckungsrisiko wesentlich gesteigert.²²⁰⁷ Der Grund läge darin, dass die

²¹⁹⁸ Rhiel, S. 83.

²¹⁹⁹ Rhiel, S. 83.

²²⁰⁰ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 12; Fleischer, BB 2014, 835, 839 f.; Fleischer, BB 2014, 2691, 2698; vgl. Habersack, AG 2016, 691, 695; vgl. Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rnrn. 19 und 22; Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9; nur berichtend: Schürnbrand, ZHR 2007, 241, 243; Vetter, ZHR 2007, 342, 367; vgl. Wiersch, NZG 2014, 1131, 1136.

²²⁰¹ Vgl. Wiersch, NZG 2014, 1131, 1136.

²²⁰² Florstedt, ZHR 2020, 10, 57; Vetter, ZHR 2007, 342, 367 f..

²²⁰³ Fleischer, BB 2014, 835, 840; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21; Schmidt, NZG 2018, 1201, 1214; Selzner, ZIP 2015, 753, 760.

²²⁰⁴ Ähnlich: Fleischer, BB 2014, 2691, 2698; Paehler, S. 51.

²²⁰⁵ Selzner, ZIP 2015, 753, 760; vgl. auch: Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 11/2677, S. 299.

²²⁰⁶ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 12; Fleischer, BB 2014, 835, 839; Fleischer, BB 2014, 2691, 2698; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21; Selzner, ZIP 2015, 753, 760; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²²⁰⁷ Fleischer, BB 2014, 835, 839; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

Minderheitsteilhabenden als wirksame Kontrollinstanz aktiviert würden.²²⁰⁸ Die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts entfalte damit vorrangig abschreckende Wirkung.²²⁰⁹ Die Prüfung durch die Abschlussprüferinnen und -prüfer wirke hingegen im Wesentlichen lediglich verwaltungsintern.²²¹⁰ Dies allein reiche jedoch nicht aus, um die Wahrung des Vermögensinteresses der abhängigen Gesellschaft im erforderlichen Maße zu schützen.²²¹¹ Daher müsse die Prüfung seitens der Abschlussprüferinnen und -prüfer durch die Offenlegung unterstützt werden.²²¹² Diese Unterstützungsmaßnahme der Offenlegung werde durch den Kontext des Dritten Buches des Handelsgesetzbuchs vorgegeben, im Rahmen dessen die Prüfung des Abhängigkeitsberichts ebenfalls gestaltet sei.²²¹³ Die Offenlegung werde die oben bereits erwähnte abschreckende und daher präventive Wirkung entfalten, auf die es vordringlich ankomme.²²¹⁴ Ferner werde das weiterhin bestehende Informationsdefizit der Außenstehenden abgebaut, um Schadenersatzansprüche zu erkennen und durchzusetzen.²²¹⁵ Zudem würden die Aufsichtsräte und Abschlussprüferinnen und -prüfer stärker angehalten, ihre Kontrollfunktion besser wahrzunehmen.²²¹⁶ Denn die Drohung ihnen gegenüber wäre glaubhafter.²²¹⁷ Gegenwärtig hätten beide eine zu große Nähe zum herrschenden Unternehmen, um die Neigung zu zeigen, den Abhängigkeitsbericht eingehend zu prüfen.²²¹⁸

²²⁰⁸ Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 58, der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist.

²²⁰⁹ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21; Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 58, der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist.

²²¹⁰ Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 58, der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist.

²²¹¹ Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 58, der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist.

²²¹² Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 58 f., der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist.

²²¹³ Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 58, der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist.

²²¹⁴ Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 59, der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist.

²²¹⁵ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 12; Fleischer, BB 2014, 835, 839; Fleischer, BB 2014, 2691, 2698; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21; Selzner, ZIP 2015, 753, 760; so bereits: Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 58, der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²²¹⁶ Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 12; Fleischer, BB 2014, 2691, 2698; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21; Selzner, ZIP 2015, 753, 760; so wohl auch: Vetter, ZHR 2007, 342, 364 f.; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254 f.

²²¹⁷ Fleischer, BB 2014, 835, 839.

²²¹⁸ Fleischer, BB 2014, 835, 839; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21.

Des Weiteren werde die Akzeptanz der §§ 311 ff. AktG gesteigert, wenn den Minderheitsteilhabenden mehr Transparenz und Kontrolle ermöglicht würden.²²¹⁹ Die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts würde ferner dem Trend auf deutscher und europäischer Ebene zu mehr Transparenz entsprechen.²²²⁰ Schließlich folge die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts der Erkenntnis, dass der Schwäche des deutschen Konzernrechts nicht mit Haftungsverschärfungen zu begegnen sei, sondern mit einer Verbesserung der Haftungsdurchsetzung.²²²¹

Sofern es aktuelle rechtspolitische Bewertungen betrifft, sei zu erwähnen, dass sich der 69. und zudem der 70. Deutsche Juristentag im Jahre 2012 und 2014 für eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts ausgesprochen hätten.²²²² Dies gelte ebenso für den Berliner Kreis.²²²³ Der 69. Deutsche Juristentag habe sich ferner für die Offenlegung des Prüfungsberichts offen gezeigt.²²²⁴

Eine systemgerechte Nebenwirkung der Offenlegungspflicht werde außerdem sein, dass er die Attraktivität des Vertragskonzerns steigern werde, um der Offenlegungspflicht zu entgehen.²²²⁵ Habe die bisherige Regelung bereits in bestimmten Fällen einen solchen Effekt gezeitigt, dann werde dies erst recht für die Offenlegung im Jahresabschluss oder jedenfalls gegenüber den Minderheitsteilhabenden gelten.²²²⁶ Schließlich könne die Offenlegungspflicht zudem dazu beitragen, die wesentlichen Maßnahmen im deutschen Recht zum Minderheitenschutz und zur Bekämpfung der Gefahren von Geschäften mit Nahestehenden für die Einschätzung des Kapitalmarkts leichter erkennbar zu machen.²²²⁷

²²¹⁹ Vgl. in einem anderen Kontext: Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 63, der jedoch gegen eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts selbst ist.

²²²⁰ Fleischer, BB 2014, 835, 840; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21.

²²²¹ Fleischer, BB 2014, 835, 840; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 21.

²²²² Vgl. zum 69. Deutschen Juristentag (DJT): Habersack in: 69. DJT, Bd. I, S. E 79 und E 103; vgl. zum 70. DJT: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 15.

²²²³ Inci, NZG 2017, 579, 580.

²²²⁴ Habersack in: 69. DJT, Bd. I, S. E 79 und E 103.

²²²⁵ MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 6.

²²²⁶ Vgl. MüKo AktG, Altmeppen, § 312 AktG, Rn. 6.

²²²⁷ Vgl. zu einem Defizit der gegenwärtigen Regelungen diesbezüglich: Selzner, ZIP 2015, 753, 755.

dd. Eigene Meinung

Dieser überzeugenden Auffassung schließt sich die Verfasserin an. Zu ergänzen ist, dass die Außenstehenden nicht auf die übrigen Schutzmechanismen verwiesen werden können. Denn der Schutz der Außenstehenden ist, wie bereits erwähnt, de lege lata lediglich auf dem Papier gut. Hieran haben andere Schutzmechanismen schon bisher nichts ändern können. International stehen die deutsche Regelung und der Minderheitenschutz gerade gegenwärtig mangels Transparenz stark in der Kritik. Auch hierunter leidet der Investitionsstandort Deutschland. Es ist nicht zu erwarten, dass die Kritik nach der Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie abnehmen wird. Denn deren Umsetzung grenzt beinahe an eine Unterumsetzung.

Zudem ist ein Verweis der Außenstehenden auf die Rechnungslegungsvorschriften aus den bereits genannten Gründen abzulehnen. Ergänzend ist anzuführen, dass bereits der historische Gesetzgeber für die Zwecke des Abhängigkeitsberichts eine Offenlegung lediglich der wesentlichen Geschäfte als unzureichend betrachtete, um das erforderliche vollständige Bild zu vermitteln. Was für die im Wesentlichen interne Prüfung des Abhängigkeitsberichts gilt, muss jedoch zudem für die Prüfung durch die Außenstehenden gelten.

Sollte die Hauptversammlung wegen der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts länger dauern, so ist dies im Interesse der grundrechtlich geschützten Vermögensinteressen der Außenstehenden hinzunehmen.

Zu ergänzen ist ferner, dass das Argument der Schädigung der abhängigen Gesellschaft und die Kritik insbesondere an den vorgeschlagenen Geheimnisschutzregelungen jedenfalls durch den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung zum Geheimnisschutz entkräftet werden.

Im Hinblick auf die Kritik insbesondere an den bisher vorgeschlagenen Geheimnisschutzregelungen gilt dies, da hier das Gericht nach bewährten Maßstäben prüft, ob es sich um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handelt, und hierbei die Darlegungslast angemessen hoch ist und gleichzeitig ebenso hoch ist, wie dies in anderen Fällen des gerichtlichen Geheimnisschutzes üblich ist. Im Gegensatz zu den bestehenden Vorschlägen zum Geheimnisschutz geht der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung also zudem auf die

weitergehende Kritik an Geheimnisschutzregelungen im Allgemeinen ein und ist im Vergleich zu ihnen außerdem aus anderen Gründen vorzugswürdig. Denn durch ihn werden Entwicklungen des gerichtlichen Geheimnisschutzes aufgegriffen, wie er in anderen Rechtsgebieten entwickelt wurde. Diese erlauben eine unabhängige Entscheidung durch ein Gericht bei gleichzeitig angemessenen Maßnahmen des Geheimnisschutzes insbesondere auch im gerichtlichen Verfahren. Die Rechtsunsicherheit, die mit jeder neuen Regelung einhergeht, wird durch die bewährten Maßstäbe und die Erfahrungen in anderen Rechtsgebieten geschmälert und ist im Übrigen lediglich von vorübergehender Art und daher hinzunehmen. Der Forderung, dass eine Geheimhaltungsregelung eine Nachholung von Angaben enthalten soll, die aus Gründen des Geheimnisschutzes nicht offengelegt wurden, wird mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung ebenfalls entsprochen.

Dem Kostenargument ist zu entgegnen, dass lediglich die Offenlegung des ohnehin zu erstellenden Abhängigkeitsberichts gefordert wird. Hierdurch entstehen kaum ein höherer Verwaltungsaufwand oder höhere Kosten. Sofern es den Verwaltungsaufwand und die Kosten der Erstellung des Abhängigkeitsberichts betrifft, entstehen diese bereits gegenwärtig. Hier und sofern es die Kosten der Offenlegung betrifft, überwiegen die Informationsinteressen der Außenstehenden. Ferner sei erwähnt, dass neben dem Aufdeckungsrisiko zudem das Reputationsrisiko bei einer Offenlegung zur Selbstregulierung führen wird.

Sofern es die Offenlegung des Prüfungsberichts betrifft, ist Folgendes anzuführen: Die Abschlussadressatinnen und -adressaten eines IFRS-Abschlusses können die Auswirkungen von Geschäften mit Nahestehenden auf den Abschluss kaum prüfen. Eine Prüfung durch sachverständige Dritte ist hier jedoch nicht vorgesehen. Die übrigen Abschlussadressatinnen und -adressaten einschließlich der Minderheitsteilhabenden können regelmäßig das Vorliegen einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 AktG ebenfalls nicht feststellen, falls der Prüfungsbericht nicht offengelegt wird.²²²⁸ Anders als im Falle des Fremdvergleichs nach § 1 AStG und des Verstoßes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gibt es bei Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG zudem häufig keine, jedenfalls zusätzliche, Interessenvertretung mit Sachverstand. Im Übrigen hat sich zudem der 69. Deutsche Juristentag für eine Offenlegung des Prüfungsberichts offen gezeigt.²²²⁹ Da bei diesem ebenfalls lediglich die

²²²⁸ In einem anderen Kontext: vgl. Lotz, S. 199 und S. 210.

²²²⁹ Habersack in: 69. DJT, Bd. I, S. E 79 und E 103.

nicht geheimhaltungsbedürftigen Angaben offengelegt werden, überwiegt hier ebenfalls das Informationsinteresse der Außenstehenden sowie der übrigen Abschlussadressatinnen und -adressaten das Geheimhaltungsinteresse der abhängigen Gesellschaft.

b. Im Detail abweichende Meinungen der Befürworter der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts

Die Befürworter der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts vertreten im Detail jedoch unterschiedliche Auffassungen.²²³⁰ So wird teils eine ex ante, statt einer ex post, Offenlegung gefordert, ähnlich §§ 111a-c AktG; jedoch ist diese Forderung zeitlich sehr viel früher erfolgt.²²³¹ Gefordert wird dies zudem, da den Teilhabenden derart die Abstimmung mit den Füßen ermöglicht würde.²²³² Eine weitere Auffassung fordert in Variation hierzu eine Ausweitung der Offenlegungspflicht nach § 111c AktG auf nicht-börsennotierte Gesellschaften neben dem weiterhin nicht offenzulegenden Abhängigkeitsbericht.²²³³ Nach anderer Auffassung solle der Abhängigkeitsbericht lediglich im Rahmen des Jahresabschlusses offengelegt werden, falls an der abhängigen Gesellschaft Minderheitsteilhabende beteiligt seien, also nicht bei lediglich hundertprozentigen Töchtern.²²³⁴ Ferner sei von einer Offenlegung abzusehen, bei solchen Töchtern, an denen keine andere nahestehende Person des herrschenden Unternehmens beteiligt sei.²²³⁵ In beiden Fällen mangle es an einem Konzernkonflikt.²²³⁶ Nach einer weiteren Auffassung sollen die Offenlegungspflichten nach §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB ausgeweitete werden.²²³⁷ Dies wird damit begründet, dass bereits eine Offenlegung nach § 111c AktG erfolge und daher der Abhängigkeitsbericht aufgegeben werden und stattdessen diese Ausweitung erfolgen solle.²²³⁸ Wieder andere möchten lediglich bei börsennotierten Gesellschaften einen Abhängigkeits- und Prüfungsbericht in „abgemagerter“ Form

²²³⁰ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 16.

²²³¹ Nur darstellend: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 16; Kalss, ZHR 2007, 146, 197; Seidel, AG 2018, 423, 427.

²²³² Seidel, AG 2018, 423, 427; vgl. zu dieser Ermöglichung: Lotz, S. 197.

²²³³ So wohl: Lotz, S. 197 f. und S. 209 ff..

²²³⁴ Nur darstellend: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 16; Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9 und Vetter, § 312 AktG, Rn. 34; Vetter, ZHR 2007, 342, 367; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255.

²²³⁵ Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9 und Vetter, § 312 AktG, Rn. 34; so auch derselbe: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255.

²²³⁶ Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9; so auch derselbe: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255.

²²³⁷ Nur darstellend: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 16; so wohl: Veil, NZG 2017, 521, 530.

²²³⁸ Veil, NZG 2017, 521, 530.

offenlegen.²²³⁹ Die Regierungskommission Corporate Governance hat sogar lediglich vorgeschlagen, die Abhängigkeits- und Prüfungsberichte der letzten fünf Jahre im Falle einer Insolvenz der abhängigen Gesellschaft offenzulegen.²²⁴⁰ Dieser Vorschlag erfolgte allerdings im Jahre 2001.²²⁴¹ Ferner wird im Zusammenhang mit der Offenlegung gefordert, dass der Abhängigkeitsbericht auf wesentliche Rechtsgeschäfte und Maßnahmen beschränkt werden solle.²²⁴² Hierdurch entstehende, kleinere Schutzlücken seien hinzunehmen.²²⁴³ Denn dies hätte den Vorteil, dass der von Routinegeschäften entschlackte Abhängigkeitsbericht den Blick freigäbe, auf die wirklich wichtigen Vorgänge.²²⁴⁴ Weiterhin genüge es nach dieser Auffassung dem Normzweck unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Gesellschaft, den Abhängigkeitsbericht lediglich gegenüber den Aktionärinnen und Aktionären offenzulegen, jedoch nicht im Jahresabschluss.²²⁴⁵ Dieser Vorschlag umfasst ferner einen gezielten Geheimnisschutz, falls besondere Gründe bestünden.²²⁴⁶ Allerdings sieht dieser Vorschlag nicht vor, die Entscheidung durch ein Gericht treffen zu lassen.²²⁴⁷ Ebenfalls wird eine Nachholung der Angaben vorgeschlagen, wenn das Geheimhaltungsinteresse entfällt.²²⁴⁸ Andere fordern schließlich, dass die Offenlegung, wie von Hommelhoff vorgeschlagen, im Lagebericht erfolgen solle.²²⁴⁹

Gegen die soeben genannten Varianten der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts werden von der Gegenauffassung verschiedene Gründe angeführt: So sei eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts im Jahresabschluss abzulehnen, die lediglich für den Fall erfolge, dass Minderheitsteilhabende an der abhängigen Gesellschaft beteiligt seien.²²⁵⁰ Denn dieser Bericht schützte nicht nur Minderheitsteilhabende, sondern zudem Gläubigerinnen und Gläubiger.²²⁵¹ Ferner wird angeführt, dass das Schutzbedürfnis bei nicht börsennotierten

²²³⁹ Nur darstellend: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 16.

²²⁴⁰ Nur darstellend: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 16.

²²⁴¹ Vgl. Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 16.

²²⁴² Nur darstellend: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 35; Schmidt/Lutter, Vetter, § 311 AktG, Rn. 9; so derselbe auch: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255.

²²⁴³ Nur darstellend: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 35.

²²⁴⁴ Nur darstellend: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 35.

²²⁴⁵ So: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 256.

²²⁴⁶ Vetter, ZHR 2007, 342, 367; vgl. auch: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255 f..

²²⁴⁷ Vetter, ZHR 2007, 342, 367; Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255 f..

²²⁴⁸ Vetter, ZHR 2007, 342, 367 f..

²²⁴⁹ Florstedt, ZHR 2020, 10, 57; Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hommelhoff, Gutachten G, S. G 59 f..

²²⁵⁰ Fleischer, BB 2014, 835, 841; Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 23 und 35.

²²⁵¹ Fleischer, BB 2014, 835, 841; so auch: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 23 und 35.

Gesellschaften sogar noch höher sei als bei börsennotierten Gesellschaften.²²⁵² Denn sie wiesen nicht das dichte Informationsumfeld börsennotierter Gesellschaften auf.²²⁵³ Das Bilanzrecht unterscheide schließlich ebenfalls nicht, wenn es Offenlegungspflichten sowohl nach IAS 24 als auch nach §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB vorsehe und lediglich größenabhängige Erleichterungen bei Letztgenannten kenne.²²⁵⁴ Der Vorschlag der Regierungskommission Corporate Governance führe des Weiteren zu keinem echten Fortschritt.²²⁵⁵ Denn der Insolvenzverwalter könne bereits gegenwärtig über den Abhängigkeitsbericht verfügen.²²⁵⁶ Entsprechende Regelungen im Insolvenzfall (vgl. § 321a Absatz 1 HGB) dienen zudem nicht vorrangig dem Minderheiten- und Gläubigerschutz, sondern dazu, das Vertrauen in die Abschlussprüferinnen und -prüfer zu stärken.²²⁵⁷

c. Eigene Auffassung zu den abweichenden Meinungen

Alle diesen überzeugenden Gründen schließt sich die Verfasserin an. Ergänzend wird angeführt, dass die Offenlegung des Abhängigkeits- und Prüfungsberichts im Jahresabschluss gegenüber einer ex ante Offenlegungspflicht für alle Aktiengesellschaften den Vorteil hat, dass sie kostengünstiger und weniger verwaltungsaufwändig ist. Hinzu kommen die eingesparten Implementierungskosten eines neuen Schutzsystems.

Der Auffassung, die eine ex ante Offenlegung befürwortet, wird nicht zugestimmt trotz Einführung der §§ 111a-c AktG für börsennotierte Gesellschaften. Denn deren Anwendungsbereich ist klein und es werden lediglich wenige Geschäfte mit Nahestehenden unter diese Regelungen fallen.²²⁵⁸ Wegen der hohen präventiven und verhaltenssteuernden Wirkung der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts und der geringen Kosten ist ein Verzicht hierauf weiterhin nicht geboten. Im Übrigen wird auf die Begründung im Rahmen der Untersuchung von ARUG II zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

²²⁵² Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 23.

²²⁵³ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 23.

²²⁵⁴ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 23.

²²⁵⁵ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 22.

²²⁵⁶ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 22.

²²⁵⁷ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 22.

²²⁵⁸ Vgl. insoweit auch: Grigoleit, ZGR 2019, 412, 416; Müller, ZGR 2019, 97, 123.

Gegen ein Nebeneinander einer ex post und ex ante Offenlegung ist jedoch nichts einzuwenden. Während die ex ante Offenlegungspflicht für alle Aktiengesellschaften die Abstimmung mit den Füßen ermöglichen würde, würde die ex post Offenlegung des Abhängigkeitsberichts ein umfassendes Bild der Geschäfte mit Nahestehenden vermitteln. Derart würden diese beiden Offenlegungspflichten sich ergänzen. Die ex ante Offenlegung könnte die ex post Offenlegung zudem insofern ergänzen, als dass der personelle Anwendungsbereich der ex post Offenlegung auf Unternehmen und einen beherrschenden Einfluss begrenzt und daher deutlich enger ist.²²⁵⁹ Ferner würden bei der ex ante Offenlegung die einzelnen Geschäfte regelmäßig ausführlicher beschrieben und erläutert.²²⁶⁰ Der Sanktion des Aufsichtsrats stünden bei einem nachteiligen Geschäft im Falle der ex post Offenlegung zudem höhere Hürden gegenüber als bei der Verweigerung der Zustimmung zu einem Geschäft; zumal es de lege lata an der Publizität des Abhängigkeitsberichts mangelt.²²⁶¹ Unter bestimmten Voraussetzungen könnten ferner die Außenstehenden eines börsennotierten Mutterunternehmens durch die ex ante Offenlegung geschützt werden, ohne dass dies bei der ex post Offenlegung ebenfalls der Fall wäre.²²⁶² Die ex post Offenlegung kann ihrerseits die ex ante Offenlegung ergänzen, da der Abhängigkeitsbericht durch die Abschlussprüferinnen und -prüfer geprüft wird.²²⁶³ Ferner stehen Schadenersatzansprüche zur Verfügung.²²⁶⁴ Allerdings ist diese Ergänzungsfunktion solange noch eingeschränkt, wie es an der Publizität des Abhängigkeitsberichts mangelt.²²⁶⁵ Dereinst sollten jedoch der Abhängigkeitsbericht und der Prüfungsbericht offengelegt werden. Denn dies erscheint wegen der geringen Kosten und des geringen Verwaltungsmehraufwands gegenwärtig eher realisierbar als beide Maßnahmen oder die ex ante Offenlegungspflicht für alle Aktiengesellschaften.

Ebenfalls abzulehnen ist, eine Offenlegung dieser Berichte im Jahresabschluss lediglich für den Fall, dass Minderheitsteilhabenden an der abhängigen Gesellschaft beteiligt sind, und zusätzlich ein Absehen hiervon bei solchen Töchtern, an denen keine andere nahestehende Person des herrschenden Unternehmens beteiligt ist. Denn erstens wäre eine Umgehung durch eine Verschiebung von Vermögenswerten auf die hundertprozentige Tochter und von dort aus

²²⁵⁹ Schmidt/Lutter, Vetter, § 111a AktG, Rn. 33; betreffend beherrschenden Einfluss ebenso: Grigoleit, Grigoleit, § 111a AktG, Rn. 9.

²²⁶⁰ Schmidt/Lutter, Vetter, § 111a AktG, Rn. 33.

²²⁶¹ Schmidt/Lutter, Vetter, § 111a AktG, Rn. 33.

²²⁶² Grigoleit, Grigoleit, § 111a AktG, Rn. 61.

²²⁶³ Schmidt/Lutter, Vetter, § 111a AktG, Rn. 33.

²²⁶⁴ Schmidt/Lutter, Vetter, § 111a AktG, Rn. 33.

²²⁶⁵ Schmidt/Lutter, Vetter, § 111a AktG, Rn. 33.

auf Nahestehende nicht ausgeschlossen.²²⁶⁶ Maßnahmen, wie die Aufgabe von Märkten zu Gunsten der Tochter auf Veranlassung der Mutter und der spätere Verkauf der Tochter wären zudem nicht mehr ersichtlich. Der Hinweis, dass derlei qualifizierte Nachteile unzulässig seien, hilft nicht.²²⁶⁷ Denn, dass etwas unzulässig ist, heißt nicht, dass es nicht geschieht. In diesem Fall sollte ebenfalls die Pflicht bestehen, dass über eine solche Maßnahme im Abhängigkeitsbericht zu berichten ist, um durch die Publizität im Jahresabschluss Schutz zu erreichen. Sollte sich im Rahmen der §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB die Vorstellung der Zwischengewinneliminierung durchgesetzt haben, mit der ihr zugrunde liegenden Idee, dass es im Konzern keinen Wettbewerb bzw. keine Interessengegensätze gäbe, da der Konzern eine wirtschaftliche Einheit sei, dann hat sich diese Idee jedenfalls nicht im Aktienrecht durchgesetzt. Denn das Aktienrecht weiß um die Gefahr der anders gelagerten Interessen des herrschenden Unternehmens. Es weiß zudem um die daraus resultierende Schutzbedürftigkeit der Minderheitsteilhabenden wegen der Gefahr der Ausbeutung der abhängigen Gesellschaft im Konzerninteresse. Es weiß also um den sogenannten Konzernkonflikt. Das Aktienrecht erlaubt gerade nicht die kompensationslose Indienstnahme der abhängigen Gesellschaft im übergeordneten Gruppeninteresse. Wer dies möchte, ist auf den Vertragskonzern zu verweisen. Die Schutzlücken dürfen insofern zudem nicht vernachlässigt werden. Denn es sind gerade diese Schutzlücken, die zur Benachteiligung der Minderheitsteilhabenden genutzt werden. Zweitens würde dem Gläubigerschutz hierdurch nicht Genüge getan. Drittens würde das erforderliche vollständige Bild nicht vermittelt werden. Und schließlich kann viertens die Offenlegung zudem das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Unternehmen stärken, unabhängig davon, ob Minderheitsteilhabende oder ein Konzernkonflikt existieren.

Von einer Erweiterung der §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB statt einer Offenlegung der hier in Rede stehenden Berichte ist ebenfalls abzusehen. Denn bei den genannten Rechnungslegungsvorschriften sind die Auswirkungen auf die Finanzlage maßgeblich, ohne dass dies bei diesen Regelungen leichthin geändert werden könnte. Überdies besteht nach diesen Regelungen im Gegensatz zum Abhängigkeitsbericht keine Pflicht, die Nachteiligkeit

²²⁶⁶ So Vetter selbst, in einem anderen Kontext: Schmidt/Lutter, Vetter, § 111 a AktG, Rn. 196, allerdings bestünde seiner Auffassung nach lediglich eine theoretische Möglichkeit.

²²⁶⁷ Vgl. zur Unzulässigkeit solcher qualifizierter Nachteile: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 250 f..

zu beurteilen und zu begründen.²²⁶⁸ Es spricht jedoch nichts dagegen, sich einer zusammenfassenden Darstellungsweise im Anhang zu bedienen.

Ferner haben die funktionsähnlichen, jedoch nicht funktionsgleichen, Schutzsysteme der §§ 111a-c AktG und der §§ 311 ff. AktG beide Stärken und Schwächen. Sie können einander daher ergänzen. Die Offenlegung nach § 111c AktG kann, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, den Abhängigkeitsbericht jedoch nicht ersetzen. Zur Begründung wird auf die entsprechende Begründung im Rahmen der Untersuchung von ARUG II zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Dies entspricht zudem der Auffassung des Gesetzgebers, der gerade keine Verdrängung der §§ 311 ff. AktG durch §§ 111a-c AktG vorgesehen hat.

Weiterhin ist eine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften nicht ersichtlich. Vielmehr ist das Schutzbedürfnis bei nicht börsennotierten Gesellschaften sogar noch höher. Denn sie weisen nicht das dichte Informationsumfeld börsennotierter Gesellschaften auf.²²⁶⁹ Der Vorschlag der Regierungskommission Corporate Governance jedoch stammt aus dem Jahre 2001 und bleibt hinter der Entwicklung im Bereich der Transparenz von Geschäften mit Nahestehenden zurück.

Diejenige Auffassung ist ebenfalls abzulehnen, die für den Abhängigkeitsbericht eine Wesentlichkeitsgrenze fordert. Denn ein derart verstümmelter Abhängigkeitsbericht würde nicht das vollständige Bild vermitteln, das für den Minderheitenschutz erforderlich ist. Das hat der Gesetzgeber bereits im Jahre 1965 richtig erkannt.²²⁷⁰ Die Einzelaufzählung aller Rechtsgeschäfte und Maßnahmen ist zudem nicht unpraktikabel. Denn hier wird lediglich die Offenlegung des ohnehin zu erstellenden Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts gefordert. Daher entstehen hierdurch kaum ein höherer Verwaltungsaufwand oder höhere Kosten. Sofern es den Verwaltungsaufwand und die Kosten der Erstellung des Abhängigkeitsberichts betrifft, überwiegen allerdings die Informationsinteressen der Außenstehenden. Dasselbe gilt für die dennoch entstehenden Kosten der Offenlegung.

²²⁶⁸ Jedoch nur zu IAS 24 so: Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 254.

²²⁶⁹ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 23.

²²⁷⁰ Vgl. hierzu: BT-Drs. 4/171, S. 231.

Der Forderung nach einer Offenlegung nicht im Jahresabschluss kann mit der Maßgabe zugestimmt werden, dass eine Offenlegung gegenüber den Parteien erfolgt, die ein berechtigtes Interesse haben. Sofern nach einem Zeitraum von fünf Jahren festgestellt werden kann, dass diese Art der Offenlegung effektiv ist, kann es hierbei verbleiben. Die Gläubigerinnen und Gläubiger würden hiervon ebenfalls profitieren. Denn die Informationsbeschaffung zu ihren Gunsten wird seitens der Journalistinnen und Journalisten erfolgen. Zudem würden die Minderheitsteilhabenden eine Sonderprüfung nach § 315 AktG anstrengen. Der Bericht hierüber würde den Gläubigerinnen und Gläubigern gegenüber ebenfalls offengelegt werden. Derart würden sie über das Bestehen ihrer Schadenersatzansprüche Kenntnis erlangen. Allerdings sollte zudem der Prüfungsbericht der Abschlussprüferinnen und -prüfer den Parteien gegenüber offengelegt werden, die ein berechtigtes Interesse haben. Damit hätten sie Zugang zu der Prüfung sachverständiger Dritter. Denn häufig mangelt es ihnen an dem Einblick in die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und an Sachverstand zur Beurteilung der Angemessenheit.²²⁷¹ Im Gegensatz zu der Situation beim Fremdvergleich nach § 1 AStG und beim Verstoß gegen Wettbewerbsregeln gibt es bei Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG häufig zudem keine, jedenfalls zusätzliche, Interessenvertretung mit Sachverstand. Es erleichtert diesen Parteien die Prüfung, wenn sie lediglich den Prüfungsbericht auf seine Plausibilität prüfen müssen.²²⁷² Sollte eine Evaluation nach fünf Jahren hingegen ergeben, dass diese Art der Offenlegung nicht effektiv war, sind der Abhängigkeitsbericht und der Prüfungsbericht im Jahresabschluss offenzulegen. Denn das hierdurch noch weiter erhöhte Aufdeckungsrisiko und der drohende Reputationsverlust sind geeignet, die Wirksamkeit des Abhängigkeitsberichts nochmals zu steigern.

Gegen berechtigte Interessen eines Geheimnisschutzes, ist ebenfalls nichts einzuwenden. Eine Ausnahme von der Offenlegungspflicht für den gesamten Abhängigkeitsbericht ginge zwar zu weit und ist nicht zielgerichtet. Einzelne schutzwürdige Angaben zu schützen, ist jedoch ein Abwägungsergebnis, das den berechtigten Interessen aller Betroffenen so weit wie möglich Rechnung trägt und sie derart miteinander in Einklang bringt. Die Verfasserin hat bereits begründet, dass sie ihren Vorschlag eines gerichtlichen Geheimnisschutzes hierbei für vorzugswürdig hält. Hierauf sei an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen

²²⁷¹ In einem anderen Kontext: Vgl. Lotz, S. 199 und S. 210.

²²⁷² In einem anderen Kontext: Vgl. Lotz, S. 199.

verwiesen. Auch nach Auffassung der Verfasserin genügt es ferner, einzelne Angaben lediglich für den Zeitraum ihrer Schutzwürdigkeit nicht offenzulegen. Nichts einzuwenden ist weiterhin, gegen die Maßstäbe, nach denen diese Auffassung die Schutzwürdigkeit eines Geheimnisses beurteilen will.²²⁷³ Ähnliches sieht der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung vor. Allerdings wird hier eine Regelung im Handelsgesetzbuch vorgeschlagen. Die Parallelen zu den entsprechenden Regelungen im Handelsgesetzbuch liegen daher näher.

Im Handelsgesetzbuch wird von der Verfasserin der Anhang mit Blick auf §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 und 315e HGB und das Zusammenfassungspotenzial, das diese systematische Stellung daher bietet, gegenüber dem Lagebericht bevorzugt.²²⁷⁴ Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Offenlegung entgegen §§ 285 Nr. 21, 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB nach dem Vorschlag in jedem Fall unabhängig von der (Un-)Angemessenheit erfolgen soll.²²⁷⁵ Zudem ist der Vorschlag der Verfasserin inhaltlich vorzugswürdig. Das erforderliche Maß an Transparenz geht über die Offenlegung der Informationen hinaus, die Hommelhoff einst vorschlug.

Vorgeschlagen wird schließlich die Offenlegung des Prüfungsberichts der Abschlussprüferinnen und -prüfer. Denn derart haben die Abschlussadressatinnen und -adressaten Zugang zu der Prüfung sachverständiger Dritter. Denn häufig mangelt es ihnen, wie bereits erwähnt, an dem Einblick in die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und an Sachverstand zur Beurteilung der Angemessenheit.²²⁷⁶ Es erleichtert ihnen die Prüfung, wenn sie lediglich den Prüfungsbericht auf seine Plausibilität prüfen müssen.²²⁷⁷ Andernfalls können sie, auch mangels sachverständiger Interessenvertretung, regelmäßig das Vorliegen einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 AktG nicht feststellen. Da bei dem Prüfungsbericht ebenfalls lediglich die nicht geheimhaltungsbedürftigen Angaben offengelegt werden, überwiegt hier das Informationsinteresse der Außenstehenden sowie der übrigen Abschlussadressatinnen und -adressaten ebenfalls das Geheimhaltungsinteresse der abhängigen Gesellschaft. Ferner entsteht hierdurch ein Anreiz für die Abschlussprüferinnen und -prüfer, ihre Unabhängigkeit zu wahren, da ihnen bei Aufdeckung eines nicht

²²⁷³ Vgl. Vetter in: Fleischer/Koch/Kroppf/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, S. 255 f..

²²⁷⁴ Diese systematische Stellung wohl ebenfalls bevorzugend: Lotz, S. 210.

²²⁷⁵ So wohl ebenfalls: Lotz, S. 210.

²²⁷⁶ In einem anderen Kontext: Vgl. Lotz, S. 199 und S. 210.

²²⁷⁷ In einem anderen Kontext: Vgl. Lotz, S. 199.

unabhängigen Verhaltens ein Reputationsverlust droht.²²⁷⁸ Die vorgeschlagenen Regelungen können zudem anderweitig die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer stärken. Denn sie könnten bei einem unzulässigen Begehren des Vorstands auf die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und ihres Prüfungsberichts verweisen und damit auf das gesteigerte Aufdeckungsrisiko sowohl für sich als auch für den Vorstand.

Bereits gegenwärtig wird Kritik wegen einer Doppelregulierung durch §§ 111a-c AktG und §§ 311 ff. AktG geübt. Der Gesetzgeber hat sich im Gesetzgebungsverfahren zu ARUG II zwar mit § 311 Absatz 3 AktG dafür entschieden, am Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG trotz der Einführung der §§ 111a-c AktG festzuhalten. Dennoch ist diese Diskussion damit nicht an ihr Ende gelangt. So wird die Kritik an der Doppelregulierung von den einen mit der Forderung verbunden nach einer partiellen Verdrängung der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts durch § 111c AktG. Von den anderen wird diese Kritik jedoch mit der Forderung verbunden nach einer Bereichsausnahme für §§ 311 ff. AktG. Schließlich wird eine Ausweitung der §§ 111a-c AktG gefordert. Es handelt sich hierbei um eine Alternative durch das Schutzsystem der §§ 111a-c AktG zu den hier vorgeschlagenen Regelungen. Auf die entsprechende Begründung im Rahmen der Untersuchung von ARUG II wird an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen lediglich verwiesen und ergänzend ausgeführt:

Es wurde Kritik wegen der Doppelregulierung durch die ex post Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und die ex ante Offenlegung durch § 111c AktG geübt. Gefordert wurde, dass zur Vermeidung dieser diejenigen Rechtsgeschäfte, die nach § 111c AktG offenzulegen seien, nicht mehr Gegenstand der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts sein sollten.²²⁷⁹ Gefordert wird mithin eine partielle Verdrängung der ex post Offenlegung durch eine ex ante Offenlegung. Im Grundsatz wird von dieser Auffassung zudem die Ungleichbehandlung börsennotierter und nichtbörsennotierter Gesellschaften als gerechtfertigt angesehen. Denn börsennotierte Gesellschaften seien wegen des Vorhandenseins einer größeren Anzahl von Kleinaktionärinnen und -aktionären schutzbedürftiger als andere Kapitalgesellschaften, einschließlich der nicht börsennotierten Aktiengesellschaft.²²⁸⁰ Die geringere Anzahl von Kleinaktionärinnen und -aktionären bedinge eine größere Nähe und damit einhergehend einen höheren Anreiz, interessenwahrende

²²⁷⁸ Schmidt, S. 76.

²²⁷⁹ Kalss, ZHR 2007, 146, 197.

²²⁸⁰ Kalss, ZHR 2007, 146, 153.

Schutzinstrumente einzusetzen.²²⁸¹ Kleinaktionärinnen und -aktionäre seien daher sowohl in der börsennotierten als auch in der nicht börsennotierten Aktiengesellschaft zu schützen, allerdings mit jeweils der Interessenwahrung und dem Regelungsanliegen entsprechenden Maßnahmen.²²⁸² Die Gegenmeinung ist jedoch der Auffassung, dass die Offenlegung nach § 111c AktG lediglich einen geringen Teil der von § 312 AktG umfassten Vorgänge erfasse und diesen daher nicht verdränge.²²⁸³ Insbesondere bleibe der Schutz hinter dem der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts zurück, da die §§ 111a-c AktG lediglich börsennotierte Gesellschaften erfassten und der Zustimmungsvorbehalt an einen Schwellenwert von eineinhalb Prozent des Aktivvermögens der Gesellschaft ggf. aggregiert geknüpft sei.²²⁸⁴ Ferner sei das Schutzbedürfnis bei nicht börsennotierten Gesellschaften sogar noch höher als bei börsennotierten Gesellschaften.²²⁸⁵ Denn sie weisten nicht das dichte Informationsumfeld börsennotierter Gesellschaften auf.²²⁸⁶ Die Verfasserin schließt sich der Gegenauffassung an, sofern es die partielle Verdrängung der Offenlegungspflicht des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts durch die Offenlegung nach § 111c AktG betrifft. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei hier auf ihre Stellungnahme zu dieser Forderung im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den Varianten verwiesen. Ergänzend sei die Frage gestellt, ob dieser Vorschlag eine wesentliche Reduktion der Bürokratie mit sich brächte. Denn der Löschungsaufwand wäre größer als der Aufwand, ohne diese Löschung den Abhängigkeitsbericht offenzulegen. Ein Abhängigkeitsbericht ohne diese Geschäfte unabhängig von seiner uneingeschränkten Publizität ist jedoch ebenfalls abzulehnen. Denn dieser würde nicht das erforderliche vollständige Bild ergeben, auf das es dem Gesetzgeber ankam. Dies wird jedoch, jedenfalls bisher, auch nicht gefordert.

Von der Gegenauffassung wird ferner zur Vermeidung einer Doppelregulierung die Gegenforderung erhoben, eine Erweiterung der Ausnahme in § 111a Absatz 3 Nr. 1 AktG einzuführen, also eine Bereichsausnahme.²²⁸⁷ Dies sei möglich und wünschenswert.²²⁸⁸ Hiergegen wird vorgebracht, dass der Gesetzgeber hiervon abgesehen habe, da er andernfalls

²²⁸¹ Kalss, ZHR 2007, 146, 153.

²²⁸² Kalss, ZHR 2007, 146, 153.

²²⁸³ Müller, ZGR 2019, 97, 123.

²²⁸⁴ Grigoleit, ZGR 2019, 412, 416; vgl. Müller, ZGR 2019, 97, 123.

²²⁸⁵ In anderem Zusammenhang: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 23.

²²⁸⁶ In anderem Zusammenhang: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 312 AktG, Rn. 23.

²²⁸⁷ Müller, ZGR 2019, 97, 119 und 124.

²²⁸⁸ Müller, ZGR 2019, 97, 119 und 124.

eine Unterumsetzung der Richtlinie befürchtet habe.²²⁸⁹ Nach der Gegenauffassung indes handele es sich gegenwärtig bei den §§ 311 ff. AktG nicht um ein angemessenes Schutzsystem i. S. d. Artikels 9c Absatz 6 2. ARRL, da sie einen strukturellen Mangel an klagerelevanten Informationen aufweisen.²²⁹⁰ Dies erschwere die Durchsetzung der Schadenersatzansprüche durch die Außenstehenden signifikant.²²⁹¹ Nach § 311 Absatz 3 AktG blieben daher die §§ 111a-c AktG anwendbar und ergänzten die §§ 311 ff. AktG sinnvoll.²²⁹² Dem erwähnten Effektivitätsmangel des Abhängigkeitsberichts könne jedoch mit seiner Offenlegung begegnet werden.²²⁹³ Der Gesetzgeber habe hiervon lediglich abgesehen, um die Vorgaben der Richtlinie, seinem Gesamtkonzept entsprechend, passgenau umzusetzen.²²⁹⁴ Dieser Gegenauffassung schließt sich die Verfasserin an.

Andere wiederum fordern eine Ausweitung der §§ 111a-c AktG.²²⁹⁵ Von dieser Auffassung wird ebenfalls bezweifelt, dass die Prüfung des Abhängigkeitsberichts durch Aufsichtsrat und Abschlussprüferinnen und -prüfer effektiv sei.²²⁹⁶ Dem müsse nach ihrer Auffassung durch mehr transaktionsbezogene Transparenz begegnet werden.²²⁹⁷ Dies zeige ein Blick auf die Rolle von Transparenz in anderen Rechtsordnungen wie der britischen oder australischen.²²⁹⁸ Hierzu solle der Gesetzgeber die Offenlegungspflichten nach § 111c AktG größenunabhängig regeln und eine Regelung zum Geheimnisschutz vorsehen.²²⁹⁹ Den Aktionärinnen und Aktionären würde hierdurch eine Verbesserung ihrer Kontrollmöglichkeiten an die Hand gegeben.²³⁰⁰ Sofern es die gegenwärtige Ungleichbehandlung von börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften beträfe, ergäbe sich diese lediglich aus der Gesetzgebungskompetenz des europäischen Gesetzgebers.²³⁰¹ Die Aktionärinnen und Aktionäre nicht börsennotierter Aktiengesellschaften seien jedoch sogar besonders schutzbedürftig, da sie lediglich schwer und unter hohen Kosten ihre Aktien abstoßen

²²⁸⁹ Grigoleit, ZGR 2019, 412, 451.

²²⁹⁰ Lieder/Wernert, ZIP 2018, 2441, 2447 f..

²²⁹¹ Lieder/Wernert, ZIP 2018, 2441, 2448.

²²⁹² Lieder/Wernert, ZIP 2018, 2441, 2448.

²²⁹³ Vgl. Lieder/Wernert, ZIP 2018, 2441, 2448.

²²⁹⁴ Vgl. Lieder/Wernert, ZIP 2018, 2441, 2448.

²²⁹⁵ Ähnlich: Lotz, S. 197 f. und S. 209 ff..

²²⁹⁶ Klene, GWR 2018, 210, 211.

²²⁹⁷ So wohl: Klene, GWR 2018, 210, 211 f..

²²⁹⁸ Klene, GWR 2018, 210, 211 f..

²²⁹⁹ Klene, GWR 2018, 210, 212.

²³⁰⁰ Klene, GWR 2018, 210, 212.

²³⁰¹ Klene, GWR 2018, 210, 213.

könnten.²³⁰² Ein Nebeneinander der beiden Schutzsysteme sei außerdem nicht ausgeschlossen. Sollte eine Ausweitung erwogen werden, spräche eine Doppelregulierung nicht gegen das Beibehalten der §§ 311 ff. AktG.²³⁰³ Denn unterschiedliche Maßnahmen könnten sich sinnvoll ergänzen und so zu einer Effektivitätssteigerung des Minderheitenschutzes beitragen.²³⁰⁴ Lediglich falls sich ein Teil einer Regelung als problematisch darstelle oder die Wechselwirkung zwischen den unterschiedlichen Maßnahmen zu Problemen führe, sei eine solche Doppelregulierung abzulehnen.²³⁰⁵ Die §§ 311 ff. AktG böten gegenüber einem präventiven Schutz durch internem Zustimmungsverfahren den ergänzenden Mehrwert, dass sie eine objektive Angemessenheitskontrolle gewährleisten, die gerichtlich überprüft werden könne.²³⁰⁶ Demgegenüber beruhe der präventive Schutz durch Zustimmungsverfahren auf einem ggf. ungerechtfertigten Vertrauensvorschuss.²³⁰⁷ Es bedürfe mithin einer haftungsrechtlichen Flankierung dieser präventiven Maßnahme, für den Fall, dass das Vertrauen enttäuscht werde.²³⁰⁸ Insbesondere bei einzelnen besonders nachteiligen Geschäften, die derart gewinnversprechend seien, dass den Beteiligten Reputationsschäden gleichgültig seien, könne jedoch zudem eine künftige Ausweitung des prozeduralen Schutzes den Schutz der Minderheitsteilhabenden durch §§ 311 ff. AktG sinnvoll ergänzen.²³⁰⁹ Gegen ein Nebeneinander der Schutzsysteme hat die Verfasserin nichts einzuwenden und schließt sich insofern der soeben genannten Auffassung an.

Dies gilt jedoch nicht, sofern der Abhängigkeitsbericht hierneben nicht ebenfalls offenzulegen sein soll.²³¹⁰ Denn die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts ist, wie oben bereits erörtert, zur Steigerung der Effektivität des Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG erforderlich. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Ausweitung der Offenlegungspflichten nach § 111c AktG erfolgt. Denn eine solche kann ebenfalls nicht eine Offenlegung des Abhängigkeitsberichts ersetzen, sondern lediglich ergänzen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die erörterten positiven Effekte der Transparenz im Hinblick auf die Geschäfte, die nicht nach dem ausgeweiteten § 111c AktG offenzulegen sind, lediglich durch die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts

²³⁰² Vgl. Klene, GWR 2018, 210, 213.

²³⁰³ Vgl. Mörsdorf/Piroth, ZIP 2018, 1469, 1474.

²³⁰⁴ Vgl. Mörsdorf/Piroth, ZIP 2018, 1469, 1474.

²³⁰⁵ Vgl. Mörsdorf/Piroth, ZIP 2018, 1469, 1474.

²³⁰⁶ Vgl. Mörsdorf/Piroth, ZIP 2018, 1469, 1474.

²³⁰⁷ Vgl. Mörsdorf/Piroth, ZIP 2018, 1469, 1474.

²³⁰⁸ Vgl. Mörsdorf/Piroth, ZIP 2018, 1469, 1474.

²³⁰⁹ Vgl. Ungerer, S. 369.

²³¹⁰ So jedoch: Lotz, S. 210 ff..

erreicht werden können. Andernfalls wären die Schutzlücken zu groß. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hinsichtlich der Begründung der hier vertretenen Auffassung im Übrigen ergänzend auf die Ausführungen der Verfasserin weiter oben zu der Frage des Nebeneinanders der Schutzsysteme verwiesen.

Zu bemerken ist noch, dass die 2. ARRL ausdrücklich klarstellt, dass sie strengere Bestimmungen der Mitgliedstaaten zum Zwecke des Minderheitenschutzes nicht ausschließt.²³¹¹ Daher schließt diese Richtlinie eine Steigerung der Effektivität des Abhängigkeitsberichts durch seine Offenlegung neben den §§ 111a-c AktG nicht aus. Dies gilt zudem für eine Ausweitung der §§ 111a-c AktG auf nicht börsennotierte Gesellschaften hier neben. Weiterhin hätte der Gesetzgeber ausdrücklich die Möglichkeit gehabt, vorzusehen, dass der Offenlegung nach § 111c AktG ein Bericht beigefügt wird, in dem bewertet wird, ob das Geschäft angemessen und vernünftig ist, und in dem die Annahmen, auf denen diese Bewertung beruht, sowie die angewandten Methoden erklärt werden.²³¹² Dieser Bericht hätte insbesondere von unabhängigen Dritten erstellt werden dürfen, also den Abschlussprüferinnen und -prüfern.²³¹³ Mithin schließt diese Richtlinie die vorgeschlagene Offenlegung des Prüfungsberichts ebenfalls nicht aus.

Eine Ersetzung des Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG durch das Schutzsystem der §§ 111a-c AktG ist jedoch abzulehnen. Die Verfasserin schließt sich insofern der Auffassung an, nach der die aus den USA stammenden Regelungsvorstellungen die Problemlage in Deutschland wegen der hiesigen Aktionärsstruktur nicht lösen, die viele Familienunternehmen und Großaktionärinnen und -aktionäre kenne, jedoch weniger Aktiengesellschaften im Streubesitz.²³¹⁴ Denn hier bestünde das Problem nicht darin, dass die Teilhabenden den Vorstand überwachen müssten.²³¹⁵ Diese Aufgabe werde von dem herrschenden Unternehmen bereits erfüllt.²³¹⁶ Das Problem bestünde vielmehr darin, dass das herrschende Unternehmen diese Kontrolle nicht im Interesse der Aktiengesellschaft, sondern im eigenen Interesse durchführen könnte und damit die Vermögensinteressen der Minderheitsteilhabenden

²³¹¹ Vgl. Absatz 55 der Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017, S. 10.

²³¹² Vgl. Art. 9c Absatz 3 Unterabsatz 1 und Absatz 7 Satz 2 Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017.

²³¹³ Vgl. Art. 9c Absatz 3 Unterabsatz 2 Richtlinie (EU) 2017/828, ABl. L 132 v. 20.5.2017.

²³¹⁴ Nur darstellend: Hopt, ZHR 2007, 199, 211.

²³¹⁵ Nur darstellend: Hopt, ZHR 2007, 199, 211.

²³¹⁶ Nur darstellend: Hopt, ZHR 2007, 199, 211.

gefährdet seien.²³¹⁷ Davor müssten die Minderheitsteilhabenden effektiver als bisher geschützt werden. Diesen Schutz verbessert der in dieser Untersuchung unterbreitete Vorschlag. Denn er ermöglicht den Außenstehenden, den Vorstand und den Aufsichtsrat verantwortlich zu halten, indem er ihnen die erforderlichen Informationen zugänglich macht.

Im Gegensatz zu einer Selbstbefreiung, wie sie § 111c AktG als Geheimnisschutz vorsieht, ermöglicht der Vorschlag ferner, die Geheimhaltungsinteressen der Vertragspartei der abhängigen Gesellschaft im Rahmen der Beurteilung der erheblichen Nachteilszufügung zu berücksichtigen. Durch die Publizität und ihre Aktivierungswirkung wird das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG darüber hinaus zum gelebten Recht.²³¹⁸ Die Rechtsdurchsetzung wird dadurch effektiver und damit wird das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG zu einem wirksameren Mittel, als es das bisher ist.²³¹⁹

Ergänzend sei angeführt, dass das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG die Minderheitsteilhabenden vor den Risiken, denen sie gerade wegen der hiesigen Aktionärsstruktur ausgesetzt sind, wirksamer schützt als die §§ 111a-c AktG. Denn diese bieten wegen der Gestaltungsmöglichkeiten des Zustimmungsverfahrens keinen derart wirksamen Schutz vor den Risiken, denen die Vermögensinteressen der Minderheitsteilhabenden gegenüber der Einflussnahme des herrschenden Unternehmens ausgesetzt sind. Vielmehr bieten die §§ 111 a-c AktG Schutz vor dem Missbrauch seitens des Vorstands.

Schließlich sei noch bemerkt, dass der Gesetzgeber die Effektivität der §§ 311 ff. AktG steigern sollte, falls er verhindern will, dass die §§ 311 ff. AktG in Zukunft durch einen präventiven Schutz durch verfahrensrechtliche Regelungen ersetzt werden, also §§ 111a-c AktG. Denn dies würde bereits der Argumentation für eine Ersetzung des Schutzsystems den Boden entziehen, mit all ihren Implementierungskosten. Eine solche Effektivitätssteigerung würde der Gesetzgeber erreichen, falls er die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts vorsehen und derart das Informationsdefizit der Minderheitsteilhabenden abbauen würde, damit diese Schadenersatzansprüche tatsächlich durchsetzen könnten.

²³¹⁷ Nur darstellend: Hopt, ZHR 2007, 199, 211.

²³¹⁸ Nur darstellend: Hopt, ZHR 2007, 199, 211 f..

²³¹⁹ Vgl. nur darstellend: Hopt, ZHR 2007, 199, 211 f..

d. Unabhängiges Mitglieder oder Minderheitsvertreterinnen oder -vertreter im Aufsichtsrat

Als weitere Alternative zu der vorgeschlagenen Regelung werden ein unabhängiges Mitglied bzw. Minderheitsvertreterinnen oder -vertreter im Aufsichtsrat gefordert. Daher soll in aller Kürze hierauf ebenfalls eingegangen werden. Im Zuge der Corporate Governance Debatte ist wieder die Forderung erhoben worden, die Kontrolle des Missbrauchs der Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen durch unabhängige Aufsichtsratsmitglieder zu erreichen.²³²⁰ Dies könne durch vom herrschenden Unternehmen unabhängige Organmitglieder oder Minderheitsvertreterinnen oder -vertreter erfolgen wie in Belgien oder Österreich.²³²¹ Es könne ein wichtiges Korrektiv sein, dürfe in Deutschland jedoch nicht dazu führen, dass das herrschende Unternehmen seinen nützlichen Einfluss zur Kontrolle des Vorstands nicht mehr geltend machen könne.²³²² Die soeben genannte Forderung sei in Deutschland jedoch nach der Gegenauffassung überwiegend auf verbreitete Skepsis gestoßen.²³²³ Gegen sie wird vorgebracht, dass es im dualistischen System Deutschlands mit Vorstand und Aufsichtsrat lediglich der Unabhängigkeit vom Vorstand und der Gesellschaft selbst bedürfe, jedoch nicht vom herrschenden Unternehmen.²³²⁴ Andernfalls könne im Falle einer abhängigen Gesellschaft mit paritätischer Mitbestimmung die Durchsetzung des Einflusses des herrschenden Unternehmens nicht sichergestellt werden.²³²⁵ Prognostiziert wird, dass diese Forderung nicht verwirklicht werde.²³²⁶ Dieser Auffassung ist jedoch die Corporate Governance Kommission entgegengetreten.²³²⁷ Ihrer Auffassung nach bedürfe es der Unabhängigkeit vom herrschenden Unternehmen.²³²⁸ Der entsprechend gestaltete Corporate Governance Kodex werde daher zur Folge haben, dass der Aufsichtsrat, entgegen der Konzernpraxis in Deutschland, in Zukunft nicht mehr ausschließlich mit Repräsentanten des herrschenden Unternehmens besetzt werde.²³²⁹ Hierin komme zudem die Auffassung der Corporate Governance Kommission zum Ausdruck, dass die Minderheitsteilhabenden durch

²³²⁰ Als Alternative für diskussionswürdig haltend: Florstedt, ZHR 2020, 10, 57; nur diese Auffassung darstellend: Kalss, ZHR 2007, 146, 157.

²³²¹ Nur diese Auffassung darstellend: Kalss, ZHR 2007, 146, 158.

²³²² Nur diese Auffassung darstellend: Kalss, ZHR 2007, 146, 157 f..

²³²³ Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 314 AktG, Rn. 7; Lotz, S. 180 ff..

²³²⁴ Nur darstellend: Drygala, AG 2013, 198, 200.

²³²⁵ Nur darstellend: Drygala, AG 2013, 198, 200.

²³²⁶ MüKo AktG, Altmeppen, § 314 AktG, Rn. 8.

²³²⁷ Nur darstellend: Drygala, AG 2013, 198, 200.

²³²⁸ Nur darstellend: Drygala, AG 2013, 198, 200.

²³²⁹ Nur darstellend: Drygala, AG 2013, 198, 200.

das deutsche Konzernrecht nicht hinreichend geschützt würden.²³³⁰ Daher habe sie den Minderheitenschutz durch die präventive Begrenzung der Einflussnahme des herrschenden Unternehmens gestärkt.²³³¹

Zum Zwecke des Minderheitenschutzes genügen jedoch unabhängige Aufsichtsratsmitglieder oder Minderheitsvertreterinnen und -vertreter nicht. Vielmehr bedarf es beider Maßnahmen: sowohl der größeren Transparenz als auch unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder oder Minderheitsvertreterinnen und -vertreter. Zu berücksichtigen sei, dass im paritätisch besetzten Aufsichtsrat diese Funktion bereits durch die Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter erfüllt werde.²³³² Diese gölten im Aufsichtsrat nach Anhang II Ziffer 1 Buchstabe b) der Empfehlung der Kommission 2005/162/EG (ABl. L 52, 51) als unabhängig.²³³³ Allerdings handelt es sich hierbei lediglich um eine Empfehlung. Außerdem besteht das Problem, dass Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter vorrangig das Wohl der Belegschaft ihres Unternehmens im Blick haben, jedoch nicht die Interessen der Minderheitsteilhabenden. Das Wohl der Belegschaft in der abhängigen Gesellschaft kann es jedoch durchaus erfordern, benachteiligende Geschäfte in Kauf zu nehmen, wenn derart Arbeitsplätze jedenfalls langfristig gesichert werden können. In diesem Fall besteht das Risiko, dass die Interessen der Minderheitsteilhabenden durch die Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter faktisch ebenfalls nicht geschützt werden, obwohl diese nach der Empfehlung unabhängig sind. Der Vorstand weiß ferner um dieses Dilemma der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter und kann durch die Drohung mit Arbeitsplatzabbau eine Drohkulisse aufbauen, die eine nicht unabhängige Entscheidung ihrerseits fördert. Vorzugswürdig sind daher unabhängige Aufsichtsratsmitglieder oder eine Minderheitenvertretung. Bezüglich dieser gilt:

Die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts könnte die Position der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder stärken. Denn diese könnten hierauf verweisen, um ggf. ein unangemessenes Begehren des Vorstands abzuwenden. Es bedarf zudem der größeren Transparenz neben dieser Maßnahme, da diese Personen, und zwar auch die Minderheitenvertretung, ebenfalls nicht vor Korruption gefeit sind. Denn durch die größere Transparenz steigt das Aufdeckungsrisiko korrupter unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder und

²³³⁰ Nur darstellend: Drygala, AG 2013, 198, 200.

²³³¹ Nur darstellend: Drygala, AG 2013, 198, 200.

²³³² So wohl auch: Hopt/Wiedemann, Fleischer, § 314 AktG, Rn. 6; vgl. auch: Vetter, ZHR 2007, 342, 365.

²³³³ Vgl. Anhang II Ziffer 1 Buchstabe b) der Empfehlung der Kommission 2005/162/EG vom 15. Februar 2005, ABl. L 52, 51, 51 ff.; in anderem Zusammenhang: Heldt, AG 2018, 905, 916.

Minderheitenvertreterinnen und -vertreter. Diese können derart kontrolliert werden. Schließlich ist der Vertrauensgewinn ein wichtiger Grund, der für eine Stärkung der Transparenz streitet. Größere Transparenz entspricht ferner dem internationalen Trend. Außerdem werden viele Informationen ohnehin bereits offengelegt. Für alle als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse schutzwürdigen Informationen wird darüber hinaus ein gerichtliches Geheimnisschutzverfahren vorgeschlagen. Die Kosten einer Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts sind zudem gering. Denn es werden Berichte offengelegt, die bereits erstellt werden. Die Implementierungskosten sind ebenfalls gering. Denn eine wesentliche Neuerung, auf die sich die Akteurinnen und Akteure einstellen müssten, geht damit nicht einher. Durch die vorgeschlagene Regelung wird zudem vermieden, dass in Zukunft das deutsche Konzernrecht überflüssig wird wegen der international üblichen, präventiv wirkenden Beschränkung des Einflusses des herrschenden Unternehmens. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass beide Schutzsysteme, sowohl der präventive Schutz als auch die nachgelagerte Kontrolle, Stärken und Schwächen besitzen und sich daher ergänzen. Dies erfordert allerdings, dass die Effektivität des Abhängigkeitsberichts, wie hier vorgeschlagen, gesteigert wird.

e. Ergänzung des Bestätigungsvermerks

Schließlich wird als weitere Alternative zur Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts vorgeschlagen, dass der von den Abschlussprüferinnen und -prüfern nach § 313 Absatz 3 AktG zu erteilende Bestätigungsvermerk um erläuternde Angaben zur Abhängigkeit ergänzt werden solle.²³³⁴ Hiergegen spricht indes, dass Bedenken gegen die Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer bestehen. Ferner ermöglicht diese Alternative nicht, dass die bereits an anderer Stelle erörterten Vorteile der Publizität realisiert werden.

2.3.5. Ergebnis der Erforderlichkeitsprüfung für Minderheitsteilhabende

Aus alle dem ergibt sich, dass die bisherige Rechtslage den Minderheitsteilhabenden den Zugang zu den Informationen lediglich unzureichend verschafft, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG festzustellen. Daher ist die bisherige Rechtslage

²³³⁴ So wohl in einem anderen Kontext: Tarde, S. 216.

zwar weniger belastend, jedoch nicht gleich wirksam. Also gibt es kein anderes Mittel, das im selben Maße geeignet, jedoch für die Betroffenen weniger belastend ist. Die beiden ersten diskutierten Alternativen können zwar neben die Offenlegungspflicht treten, jedoch können sie nicht statt ihrer eingeführt werden. Die dritte Alternative ist hingegen abzulehnen. Die Offenlegungspflicht ist daher im Hinblick auf die Minderheitsteilhabenden zudem erforderlich.

2.3.6. Erforderlichkeit mit Blick auf weitere Informationssuchende

Die §§ 311 ff. AktG entfalten ferner den Gläubigerinnen und Gläubigern sowie den übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten gegenüber lediglich eine beschränkte Publizität. Die eigenständige Möglichkeit des § 315 AktG steht diesen Personengruppen nicht offen. Die Effektivität des Schutzes der Gläubigerinnen und Gläubiger ist daher noch geringer als diejenige des Minderheitenschutzes. Die Wirksamkeit der Informationsversorgung der übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten ist bei den Vorschlägen im Rahmen dieser Untersuchung ebenfalls höher als bei der bisherigen Rechtslage. Sie werden hierdurch besser mit den Informationen versorgt, die sie benötigen, damit ihr Misstrauen reduziert, ihre Investitionsbereitschaft gesteigert und die Kapitalkosten gesenkt werden. Schließlich sind die vorliegenden Vorschläge wirksamer als die bisherige Rechtslage hinsichtlich des Zugangs der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter zu Informationen, die ihre Verhandlungsposition stärken. Denn durch diese Vorschläge erhalten sie ein jederzeitiges Recht auf Zugang zu diesen Informationen. Die bisherige Rechtslage verschaffte mithin zudem den Gläubigerinnen und Gläubigern und übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten sowie den Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern den Zugang zu den Informationen lediglich unzureichend, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG festzustellen. Daher ist die bisherige Rechtslage zudem im Hinblick auf diese Personenkreise zwar weniger belastend, jedoch nicht gleich wirksam. Die beiden ersten diskutierten Alternativen können mit Blick auf diese Personenkreise nicht statt der Offenlegungspflicht eingeführt werden. Die dritte Alternative ist abzulehnen. Damit gibt es hier ebenfalls kein anderes Mittel, das im selben Maße geeignet und für die Betroffenen weniger belastend ist.

Die im Rahmen dieser Untersuchung vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist also im Hinblick auf die Minderheitsteilhabenden, Gläubigerinnen und Gläubiger, die übrigen

Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten und schließlich die Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter erforderlich.

2.4. Verhältnismäßigkeit i. e. S.

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist schließlich verhältnismäßig i. e. S. Denn die Belastungen der Betroffenen stehen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel, den Außenstehenden sowie den übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten den Zugang zu den Informationen zu verschaffen, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG festzustellen. Dies ergibt die Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Außenstehenden sowie der übrigen Jahresabschlussadressatinnen und -adressaten, also den Informationssuchenden, und dem öffentlichen Interesse, bei der die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels und die auch verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen, die Intensität der Belastung der Betroffenen sowie die Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels beachtet wurden.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie den öffentlichen Interessen sind zunächst die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels und die auch verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen zu beachten. Im Rahmen der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen ist deren Berufsausübungsfreiheit aus Artikel 12 Absatz 1 i. V. m. Artikel 19 Absatz 3 GG zu beachten; jedoch lassen bereits vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls den Eingriff in dieses Grundrecht zweckmäßig erscheinen. Sofern Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, wird eine ihren Schutz bezweckende Regelung vorgeschlagen. Im Rahmen der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des verfolgten Ziels ist hingegen die Gewährleistung des Eigentums aus Artikel 14 Absatz 1 GG der Außenstehenden, die Stärkung der Verhandlungsposition der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter durch den Abbau von Informationsasymmetrien und das öffentliche Interesse an der Verbesserung des Investitionsklimas zu berücksichtigen. Hieraus ergibt sich, dass der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des verfolgten Ziels grundsätzlich eine größere Bedeutung zukommt als der Bedeutung des betroffenen Grundrechts der Betroffenen. Denn dem Eingriff

in die Berufsausübungsfreiheit der Betroffenen, bei dem vorrangig der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu berücksichtigen ist, steht zuvorderst die verfassungsrechtliche Bedeutung des Schutzes des Eigentums der Außenstehenden als vernünftiger Erwägung des Allgemeinwohls gegenüber. Dieses bedarf eines wirksamen Schutzes dadurch, dass ihnen der Zugang zu den Informationen verschafft wird, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen festzustellen. Nachdem den wesentlichen Interessen der Betroffenen, dem Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Rechnung getragen wurde, kommt bereits dem Schutz des Eigentums der Außenstehenden eine größere verfassungsrechtliche Bedeutung zu als der Berufsausübungsfreiheit der Betroffenen. Hinzu kommen bei der Bedeutung des verfolgten Ziels die Stärkung der Verhandlungsposition der Arbeitnehmervertreterinnen und –vertreter durch den Abbau von Informationsasymmetrien und das öffentliche Interesse an der Verbesserung des Investitionsklimas. Bei beiden handelt es sich ebenfalls um vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls. Aus allem resultiert, dass bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie dem öffentlichen Interesse die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels die verfassungsrechtliche Bedeutung des betroffenen Grundrechts der Betroffenen überwiegt.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden und den öffentlichen Interessen ist ferner die Intensität der Belastung der Betroffenen zu beachten. Im Rahmen der Interessen der Betroffenen sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: der Umfang der zusätzlich offenzulegenden Informationen und die Kosten sowie der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

Im Rahmen der Interessen der Betroffenen ist zunächst zu berücksichtigen, in welchem Umfang zusätzlich Informationen offenzulegen sind. Mit Blick auf die bereits erfolgende Offenlegung aufgrund von IAS 24, §§ 285 Nr. 21 und 314 Absatz 1 Nr. 13 HGB sind lediglich in einem nicht wesentlichen Maße zusätzliche Informationen offenzulegen. Im Hinblick auf die Intensität der Belastung der Betroffenen fällt dieser Gesichtspunkt daher kaum ins Gewicht. Sodann sind die Kosten zu berücksichtigen. Denn die Vorbereitung der Informationserteilung kann die Intensität der Belastung wegen der damit einhergehenden Kosten steigern. Allerdings werden lediglich Berichte offengelegt, die ohnehin erstellt werden. Ein erheblicher Eingriff in den betrieblichen oder geschäftlichen Ablauf ist hiermit

nicht verbunden. Daher sind die Mehrkosten durch die Offenlegung und damit die Intensität der Belastung für die Betroffenen vorliegend gering.

Des Weiteren ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu beachten. Dieser Schutz stellt ein wesentliches Interesse der Betroffenen dar und ihn nicht zu gewähren, würde die intensivste Belastung der Betroffenen bedeuten. Zu der Frage, was Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind, sind weiter oben im Rahmen der Begründung des außensteuerlichen Fremdvergleichs bei dem Vorschlag in der Hauptsache zu § 285 Nr. 21a HGB bereits Ausführungen erfolgt. An dieser Stelle sei zur Vermeidung von Wiederholungen lediglich hierauf verwiesen. Gerade die unter die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fallenden Informationen sind regelmäßig für die Feststellung einer Benachteiligung erforderlich. Ohne sie ist es Außenstehenden ggf. nicht möglich, eine Benachteiligung zu erkennen. Mit dem unbedingten Schutz dieser würde die Feststellung der Benachteiligung und die Durchsetzung der Schadenersatzansprüche daher beinahe unmöglich gemacht. Schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden nach den vorliegenden Vorschlägen jedoch für den Zeitraum ihrer Schutzwürdigkeit durch einen gerichtlichen Geheimnisschutz geschützt. Dadurch wird dem Interesse der Betroffenen Rechnung getragen und die Intensität der Belastung der Betroffenen, soweit es geht, verringert. Das Interesse desjenigen, der eine Benachteiligung vorgenommen hat, daran, dass diese nicht aufgedeckt wird, ist hingegen nicht schutzwürdig.

Bei der Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen und den Interessen der Informationssuchenden sowie den öffentlichen Interessen ist schließlich die Geeignetheit der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels zu beachten. Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist eine geeignete Maßnahme. Denn sie verschafft den Außenstehenden den Zugang zu den Informationen, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG festzustellen und um Schadenersatzansprüche nach §§ 317 ff. AktG effektiv durchzusetzen. Denn sie beseitigt die Hindernisse, die dem regelmäßig entgegenstehen, nämlich die Informationsasymmetrie in Form der Unkenntnis von Benachteiligungen und unzulängliche Beweismittel. Sie stärkt ferner die Verhandlungsposition der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter, indem sie Informationsasymmetrien zu ihren Gunsten abbaut. Schließlich verbessert sie das Investitionsklima. Denn sie verringert das Misstrauen der Investierenden und übrigen

Kapitalgeberinnen und -geber hinsichtlich Benachteiligungen. Dies gelingt ihr durch mehr Transparenz. Derart trägt sie zur Steigerung der Investitionsbereitschaft und dem Sinken der Kapitalkosten bei. Für ihre besondere Geeignetheit sprechen weitere Gründe. Diese werden im Rahmen der Gesamtinteressenabwägung dargelegt.

Nachdem die auch verfassungsrechtliche Bedeutung des verfolgten Ziels und die verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundrechten der Betroffenen, die Intensität der Belastung der Betroffenen und die Geeignetheit der Offenlegungspflicht zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels einzeln erörtert wurden, sind all diese Gesichtspunkte im Rahmen einer Gesamtinteressenabwägung abzuwägen. Diese Gesamtinteressenabwägung ergibt, dass die Belastungen der Betroffenen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.

Denn zunächst ist zu berücksichtigen, dass der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des verfolgten Ziels grundsätzlich eine größere Bedeutung zukommt als der Bedeutung des betroffenen Grundrechts der Betroffenen. Denn, nachdem dem wesentlichen Interesse der Betroffenen, dem Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Rechnung getragen wurde, kommt dem Schutz des Eigentums der Außenstehenden als einer vernünftigen Erwägung des Allgemeinwohls eine größere verfassungsrechtliche Bedeutung zu als der Berufsausübungsfreiheit der Betroffenen. Hinzu kommen bei der Bedeutung des verfolgten Ziels die Stärkung der Verhandlungsposition der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter durch den Abbau von Informationsasymmetrien. Sowie das öffentliche Interesse an der Verbesserung des Investitionsklimas.

Im Hinblick auf die Intensität der Belastung sind drei Gesichtspunkte zu berücksichtigen, deren Berücksichtigung jedoch insgesamt zu dem Ergebnis führt, dass die Intensität der Belastung für die Betroffenen gering ist. Auf Seiten der Informationssuchenden und der öffentlichen Interessen sind hingegen zu berücksichtigen: Im Rahmen der Interessen der Informationssuchenden das Interesse am Zugang zu Informationen, um Benachteiligungen festzustellen und, bei einem Teil von ihnen, um Schadenersatzansprüche nach §§ 317 ff. AktG effektiv durchzusetzen. Im Rahmen des öffentlichen Interesses das öffentliche Interesse an der Verbesserung des Investitionsklimas.

Hinsichtlich der Kosten überwiegen das Interesse der Informationssuchenden und das öffentliche Interesse das Interesse der Betroffenen. Denn mit dem Vorschlag wird die Durchsetzung der Schadenersatzansprüche nach §§ 317 ff. AktG und die Verhandlungsposition der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter durch den Abbau von Informationsasymmetrien gestärkt sowie das Investitionsklima verbessert. Dem stehen lediglich geringe Mehrkosten durch die Offenlegung gegenüber. Von der Verbesserung des Investitionsklimas werden allerdings die mit Kosten belasteten Unternehmen ebenfalls profitieren. Denn ebenfalls zu ihren Gunsten sinken die Kapitalkosten und steigt die Investitionsbereitschaft.

Hinsichtlich des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen überwiegen ebenfalls das Interesse der Informationssuchenden und das öffentliche Interesse die Interessen der Betroffenen. Im Rahmen der Interessen der Informationssuchenden ist deren Interesse am Zugang zu Informationen zu beachten, um Benachteiligungen festzustellen und, bei einem Teil von ihnen, um Schadenersatzansprüche effektiv durchzusetzen. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass bei Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG typischerweise die Unkenntnis des Außenstehenden von der Benachteiligung und eine hohe Informationsasymmetrie bei gleichzeitig großer Bedeutung von Beweismitteln der effektiven Durchsetzung der Schadenersatzansprüche nach §§ 317 ff. AktG entgegenstehen. Der Außenstehende ist auf die Offenlegung der Informationen regelmäßig bereits angewiesen, um Benachteiligungen zu erkennen. Darüber hinaus steht die hohe Informationsasymmetrie bei gleichzeitig großer Bedeutung von Beweismitteln der effektiven Durchsetzung der Schadenersatzansprüche entgegen. Denn der Außenstehende wird regelmäßig Grund und Höhe der Ansprüche, ohne die Offenlegung, nicht überzeugend vortragen können. Dies ließe sich jedoch durch die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ändern. Unter Berücksichtigung der Verringerung der Intensität der Belastung der Betroffenen durch einen gerichtlichen Geheimnisschutz auf das geringste Maß und unter Berücksichtigung des hohen Interesses der Informationssuchenden am Zugang zu den Informationen überwiegt das Interesse der Informationssuchenden das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen. Ferner ist im Rahmen des öffentlichen Interesses das Interesse an der Verbesserung des Investitionsklimas zu beachten. Es besteht ein öffentliches Interesse hieran, um die positiven Wirkungen dieser Verbesserung sicherzustellen, also eine höhere Investitionsbereitschaft und sinkende Kapitalkosten. Dieses verringert die Intensität der Belastung der Betroffenen dadurch, dass

die Betroffenen hieran ebenfalls partizipieren. Zudem wird der Investitionsstandort Deutschland hiervon profitieren. Die Offenlegungspflicht kann das Investitionsklima verbessern, indem sie dazu beiträgt, dass das Misstrauen der Investierenden und der übrigen Kapitalgeberinnen und -geber hinsichtlich Benachteiligungen verringert wird. Voraussetzung hierfür ist mehr Transparenz. Diese wird durch die vorgeschlagene Offenlegungspflicht geschaffen. Das öffentliche Interesse an der Verbesserung des Investitionsklimas überwiegt das Interesse der Betroffenen an einer möglichst geringen Belastung. Dies gilt insbesondere, da die Betroffenen an den positiven Wirkungen partizipieren.

Die Intensität der Belastung der Betroffenen ist jedoch zudem im Übrigen insgesamt gering. So ist der Umfang der zusätzlich offenzulegenden Informationen und sind die Mehrkosten gering, sodass beide Gesichtspunkte im Hinblick auf die Intensität der Belastung der Betroffenen kaum ins Gewicht fallen. Von dem Interesse am Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geht die intensivste Belastung der Betroffenen aus. Durch einen gerichtlichen Geheimnisschutz ist diesem Interesse indes bereits Rechnung getragen worden, sodass die Intensität der Belastung hierdurch bereits auf das geringste Maß reduziert wurde.

Nach allem sind bei der Interessenabwägung auf Seiten der Betroffenen im Wesentlichen die Kosten und ihr Interesse am Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu beachten. Der Umfang der zusätzlich offenzulegenden Informationen fällt hingegen kaum ins Gewicht. Es wurde begründet, weshalb das Interesse der Informationssuchenden am Zugang zu Informationen und das öffentliche Interesse an der Verbesserung des Investitionsklimas das Interesse der Betroffenen an einer möglichst geringen Belastung mit Blick auf die genannten Gesichtspunkte überwiegen. Auch eine Gesamtschau dieser Belastungen führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Belastung der Betroffenen durch den Umfang der zusätzlich offenzulegenden Informationen fällt kaum ins Gewicht. Es entstehen zudem lediglich geringe Mehrkosten. Die Intensität der Belastung der Betroffenen durch die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen schließlich wurde im Wege eines gerichtlichen Geheimnisschutz auf das geringste Maß reduziert. Diese ist daher ebenfalls nicht mehr als allzu hoch einzuschätzen.

Dieser geringen Intensität der Belastung der Betroffenen steht gegenüber, dass die Offenlegungspflicht bereits grundsätzlich eine geeignete Maßnahme ist zur Förderung des mit

ihr verfolgten Ziels. Hierüber hinaus entfaltet die Offenlegungspflicht weitere Wirkungen, die sie als besonders geeignet erscheinen lassen, um dieses Ziel und übergeordnete Ziele zu erreichen.

Für die besondere Geeignetheit der Offenlegungspflicht spricht ihre größere Wirksamkeit als die bestehende Rechtslage und ihre Vorzugswürdigkeit gegenüber einer Ersetzung des Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG durch die wesentlichen in der Diskussion stehenden Alternativen. Wobei die dritte Alternative abzulehnen ist.

Ferner spricht hierfür die Präventivfunktion der Schadenersatzansprüche nach §§ 317 ff. AktG. Diese Präventivfunktion dient der Abschreckung vor Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG. Die Offenlegungspflicht würde bereits dadurch das Aufdeckungsrisiko erhöhen und daher vor Benachteiligungen stärker als bisher abschrecken, dass der Zugang zu den erforderlichen Informationen erheblich erleichtert würde. Dies würde dazu beitragen, dass mehr Außenstehende Schadenersatzansprüche erkennen und es würde für sie das Prozess- und Prozesskostenrisiko senken. Dies wiederum ist dazu geeignet, Unternehmen von Benachteiligungen abzuschrecken und Vorstände und Aufsichtsräte zu einer größeren Sorgfalt hinsichtlich Benachteiligungen anzuhalten.

Für die besondere Geeignetheit der Offenlegungspflicht spricht weiterhin, dass sie die Position der Abschlussprüferinnen und -prüfer stärkt. Denn sie könnten bei einem unzulässigen Begehren seitens der Gesellschaft auf die Offenlegung und damit auf das gestiegene Aufdeckungsrisiko verweisen.

Hierfür spricht zudem, dass das gestiegene Aufdeckungsrisiko eine selbstregulierende Wirkung auf alle gesellschaftsseitig Beteiligten und die Abschlussprüferinnen und -prüfer entfaltet. Diese selbstregulierende Wirkung wird ebenfalls der drohende Reputationsverlust haben; und zwar für das herrschende Unternehmen und seine Vorstandsmitglieder, für die abhängige Gesellschaft und ihre Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder und für die Abschlussprüferinnen und -prüfer. All dies wird das übergeordnete Ziel fördern, den Minderheitenschutz nach §§ 311 ff. AktG effektiv zu gestalten.

Damit sinkt zudem das Risiko, dass das deutsche Konzernrecht in Zukunft durch ein präventives Schutzsystem ersetzt wird; mit all den Implementierungskosten, die ein solcher Wechsel mit sich brächte. Schließlich entfaltet die Offenlegungspflicht die positive Nebenwirkung, dass die Attraktivität des Vertragskonzerns gegenüber dem faktischen Konzern steigt. Denn diese Offenlegungspflicht besteht für den Vertragskonzern nicht. Nach allem ist die Offenlegungspflicht eine geeignete Maßnahme zur Förderung des mit ihr verfolgten Ziels und entfaltet hierüber hinaus weitere Wirkungen, die sie als besonders geeignet erscheinen lassen, um dieses Ziel und übergeordnete Ziele zu erreichen.

Wägt man all dies ab, steht weniger bedeutenden und lediglich geringfügig belastenden Beeinträchtigungen der Berufsausübungsfreiheit der Betroffenen das auch verfassungsrechtlich bedeutendere Ziel gegenüber, den Informationssuchenden den Zugang zu den Informationen zu verschaffen, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG festzustellen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Offenlegungspflicht besonders geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen. Außerdem hat sie weitere positive Auswirkungen. Aus allem ergibt sich, dass die Belastungen der Betroffenen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen. Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist mithin verhältnismäßig i. e. S.

3. Ergebnis

Um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern, wurde in diesem Kapitel das Ziel verfolgt, die Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen Nahestehenden insbesondere zum Schutz von Minderheitsteilhabenden offenzulegen sind, zu untersuchen und diese mit den Vorschlägen im Rahmen dieser Untersuchung zu vergleichen.

Zunächst wurden hinsichtlich verbundener Unternehmen nicht spezielle Offenlegungspflichten untersucht. Sodann wurden hinsichtlich verbundener Unternehmen spezielle Offenlegungspflichten untersucht; und zwar die §§ 312 ff. AktG und das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II).

Im Rahmen der Untersuchung der §§ 312 ff. AktG wurde angekündigt, dass folgende Fragen im Rahmen des Vergleichs aufgegriffen werden würden: Die Frage, ob der Abhängigkeitsbericht mangels Offenlegung seinen Zweck verfehle sowie die Frage der Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer. Angedeutet wurde schließlich die Frage, ob dem Minderheitenschutz dadurch Genüge getan sei, dass bei einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat diesem Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter angehörten.

Im Rahmen der Untersuchung des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) wurde festgestellt, dass die mit dem Vorschlag vergleichbaren Regelungen nicht die §§ 111a-c AktG, sondern die §§ 312 ff. AktG sind. Daher beschränkte sich der Vergleich auf diese Regelungen. Dennoch wurde die Frage erörtert, ob trotz der Einführung des § 111c AktG als neuer Transparenzregelung noch Bedarf bleibt für den Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung; diese Frage wurde bejaht.

Schließlich wurden im Rahmen des Vergleichs die Offenlegungspflichten nach §§ 312 ff. AktG mit den Vorschlägen verglichen. Hierzu wurden zunächst die Vorschläge vorgestellt und begründet. Im Rahmen der Begründung wurden die Offenlegungspflichten nach §§ 312 ff. AktG sodann mit den Vorschlägen verglichen. Hierbei verfolgt die vorgeschlagene Offenlegungspflicht den legitimen Zweck, den Außenstehenden sowie den übrigen Abschlussadressatinnen und -adressaten diejenigen Informationen besser zugänglich zu machen, derer sie bedürfen, um Benachteiligungen nach § 311 Absatz 1 AktG festzustellen. Bisher ist deren Informationslage sehr schlecht. Die Offenlegungspflicht ist eine geeignete Maßnahme. Sie ist zudem erforderlich.

Denn sie ist zwar belastender als die bisherige Rechtslage, jedoch zudem wirksamer als diese. Denn dem Abhängigkeitsbericht und mit ihm dem Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG mangelt es gegenwärtig an der erforderlichen Effektivität, insbesondere wegen der Bedenken gegenüber der Unabhängigkeit aller Akteurinnen und Akteure und dem Mangel an Kontrolle durch Publizität. In diesem Zusammenhang wurde auf die Frage der Unabhängigkeit der Abschlussprüferinnen und -prüfer näher eingegangen. Ihre Unabhängigkeit ist weiterhin und trotz der jüngst ergriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Stärkung ihrer Unabhängigkeit fraglich. Zudem wurde auf die übrigen oben genannten Fragen jeweils an geeigneter Stelle eingegangen. Aufgrund der mangelnden Effektivität des Abhängigkeitsberichts kann die

Sonderprüfung gemäß § 315 Satz 1 AktG die Rechte der Außenstehenden ebenfalls nicht schützen. Jedoch bedarf zudem die Sonderprüfung nach § 315 Satz 2 AktG der Offenlegung des Abhängigkeitsberichts, um effektiver zu werden. Dennoch ist das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG, und mit ihm der Abhängigkeitsbericht, nicht überflüssig. Vielmehr muss die Effektivität des Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG gesteigert werden. Dies kann durch die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts der Abschlussprüferinnen und -prüfer erreicht werden, wie sie hier vorgeschlagen wird. Denn dies ermöglicht die Kontrolle durch Publizität.

Mit Varianten der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht hat sich die Untersuchung ebenso auseinandergesetzt wie mit Alternativen zu ihr. Mit Blick auf die Varianten kann der Forderung nach einer Offenlegung nicht im Jahresabschluss mit der Maßgabe beigespflichtet werden, dass eine Offenlegung gegenüber den Parteien erfolgt, die ein berechtigtes Interesse haben. Allerdings sollte zudem der Prüfungsbericht der Abschlussprüferinnen und -prüfer offengelegt werden. Damit bestünde Zugang zu der Prüfung sachverständiger Dritter. Dies kann den Parteien ihre eigene Prüfung erleichtern. Sollte eine Evaluation nach fünf Jahren ergeben, dass diese Art der Offenlegung die Effektivität nicht steigern konnte, sind der Abhängigkeitsbericht und der Prüfungsbericht im Jahresabschluss offenzulegen. Denn das hierdurch noch weiter erhöhte Aufdeckungsrisiko und der drohende Reputationsverlust sind geeignet, die Effektivität des Abhängigkeitsberichts ein weiteres Mal zu steigern.

Gegen berechnigte Interessen eines Geheimnisschutzes, ist nichts einzuwenden. Eine Ausnahme für den gesamten Abhängigkeitsbericht ginge zwar zu weit und ist nicht zielgerichtet. Einzelne schutzwürdige Angaben zu schützen, ist jedoch ein Abwägungsergebnis, das den berechtigten Interessen aller Betroffenen so weit wie möglich Rechnung trägt und sie derart miteinander in Einklang bringt. Ferner genügt es, einzelne Angaben lediglich für den Zeitraum ihrer Schutzwürdigkeit nicht offenzulegen.

Hinsichtlich der erörterten Alternativen, ist gegen ein Nebeneinander der Schutzsysteme der §§ 111a-c AktG und §§ 311 ff. AktG nichts einzuwenden. Eine Ersetzung des Schutzsystems der §§ 311 ff. AktG durch das Schutzsystem der §§ 111a-c AktG wird indes abgelehnt. Als weitere Alternative wird ein unabhängiges Mitglied bzw. Minderheitsvertreterinnen oder -vertreter im Aufsichtsrat gefordert. Dies allein genügt jedoch nicht, um die Interessen der

Minderheitsteilhabenden zu wahren. Vielmehr bedarf es beider Maßnahmen: sowohl der größeren Transparenz als auch unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder oder Minderheitsvertreterinnen und -vertreter. Die dritte Alternative ist abzulehnen.

Die vorgeschlagene Offenlegungspflicht ist zudem verhältnismäßig i. e. S.. Nach alle dem bedarf es der Umsetzung des Vorschlags im Rahmen dieser Untersuchung, um den Minderheitenschutz des Aktiengesetzes effektiver zu gestalten und derart die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern.

IV. GESAMTERGEBNIS

Das Gesamtergebnis der Untersuchung ist, dass BEPS Bericht 8 herangezogen werden kann, um § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG auszulegen und fortzuentwickeln, und damit das Ziel erreicht werden kann, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und dazu beizutragen, dass BEPS Bericht 8 ebenfalls einheitlich eingeführt wird. Nach Abschluss der Untersuchung sind §§ 1, 1a AStG n. F. eingeführt worden. Hierauf wurde am Ende des ersten Kapitels eingegangen. Es besteht hingegen nicht die Möglichkeit, BEPS Bericht 8 für die Auslegung von Regelungen des Handelsgesetzbuchs, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, heranzuziehen, um mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen. Es bedarf ferner der Umsetzung des Vorschlags im Rahmen dieser Untersuchung, um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen und Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden durch Offenlegung zu verringern.

C. Schlussteil

Diese Untersuchung verfolgte das Ziel, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern, dazu beizutragen, dass BEPS Bericht 8 ebenfalls einheitlich eingeführt wird, und Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen und Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden durch Offenlegung zu verringern.

Hierzu wurde zunächst das Ziel verfolgt, die gegenwärtig erzielten Fortschritte auf internationaler Ebene aufzugreifen, sofern es die Besteuerung von Gewinnen multinationaler Unternehmen aus Verrechnungspreisen für immaterielle Werte betrifft, und einen Vorschlag für ihre konkrete Umsetzung in Deutschland zu unterbreiten. Dies sollte erreicht werden, indem BEPS Bericht 8 herangezogen wurde für die Auslegung und Rechtsfortbildung von § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG. Das ist Gegenstand des ersten Kapitels. Das Ergebnis dieser Forschungsfrage ist, dass eine entsprechende Auslegung und Rechtsfortbildung möglich ist. Das Ziel kann damit erreicht werden, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und dazu beizutragen, dass BEPS Bericht 8 ebenfalls einheitlich eingeführt wird. Nach der hier vertretenen Auffassung können zwar § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG ebenfalls bereits nach geltendem Recht im Einklang mit BEPS Bericht 8, also der Preisanpassungsklausel nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien, ausgelegt und fortentwickelt werden.²³³⁵ Die Auffassung in der Literatur wird daher nicht geteilt, dass zu erwarten sei, dass § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG geändert würden, um sie in Übereinstimmung mit der Preisanpassungsklausel nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien zu bringen.²³³⁶ Eine gesetzliche Änderung von § 1 Absatz 3 Sätze 11 und 12 AStG wird dennoch begrüßt. Denn diese würde die Rechtssicherheit - jedenfalls geringfügig - erhöhen im Vergleich zu der ergänzenden Gesetzesauslegung, wie sie hier zu § 1 Absatz 3 Satz 12 AStG vertreten wird. Die in dieser Untersuchung vertretene Auffassung wurde durch §§ 1, 1a AStG n. F. teilweise bestätigt, deren Einführung jedoch erst nach Abschluss dieser Untersuchung erfolgte und auf die am Ende des ersten Kapitels kurz eingegangen wurde. Insbesondere wurde durch § 1a AStG nach Abschluss dieser Untersuchung jedoch die Preisanpassungsklausel teilweise neu geregelt. Hierbei wird insbesondere zulasten der Steuerpflichtigen in dem neuen § 1a Satz 3 AStG hinsichtlich der Legaldefinition des Begriffs der erheblichen Abweichung der oben genannten Gegenauffassung gefolgt.

BEPS Bericht 8 sollte ferner, falls möglich, herangezogen werden für die Auslegung von Regelungen des Handelsgesetzbuchs, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, um mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen.

²³³⁵ Ähnlich wohl auch: Renaud/Werner, IWB 2018, 676, 678.

²³³⁶ Ähnlich: Groß, IStR 2016, 233, 240; Oestreicher/Hillmann, IStR 2017, 645, 650.

Um dieses Ziel zu verfolgen, sollte im zweiten Kapitel, das sich mit dem Handelsrecht befasst, BEPS Bericht 8 für die Auslegung von solchen Regelungen des Handelsgesetzbuchs herangezogen werden. Berücksichtigt wurden hierbei Einzel- und Konzernabschlüsse sowie die internationale Rechnungslegung. Nach dem Untersuchungsergebnis besteht diese Möglichkeit jedoch nicht. Hiermit war die Heranziehung von BEPS Bericht 8 vorerst abgeschlossen.

Die Untersuchung wandte sich sodann, weiterhin im zweiten Kapitel, der grundsätzlichen Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen zu. Hierzu verfolgte die Untersuchung zunächst das Ziel, die den Konsolidierungsregelungen zugrunde liegende Theorie zu diskutieren. Hiernach sollte die Auffassung der Arbeitsgruppe berücksichtigt werden, die zur Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf die Entwicklung und die internationalen Beziehungen ernannt wurde, hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise. Zu dem zuletzt genannten Zweck wurde das Prinzip der Offenlegung angewandt für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs *de lege ferenda*. Zu den soeben genannten Zwecken wurden zunächst für die Einzelabschlüsse, den Konzernabschluss und die internationale Rechnungslegung die Regelungen über den Anhang untersucht, um festzustellen, ob die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung bereits vollständig verwirklicht wurde. Die Untersuchung ergab, dass dies noch nicht erfolgt ist und dieses Problem daher weiterhin einer Lösung bedarf. Diesem Zweck sollte der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung dienen. Daher erfolgte sodann die oben bereits erwähnte Diskussion der den Konsolidierungsregelungen zugrunde liegenden Theorie. Denn diese Diskussion bereitete die Grundlage für die Beantwortung der Frage, wie die Auffassung der Arbeitsgruppe berücksichtigt werden konnte, indem das Prinzip der Offenlegung angewandt würde für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs. Diese Diskussion hatte zum Ergebnis, dass dies realistischere durch eine Fortentwicklung des Rechts *de lege ferenda* im Anhang zu erfolgen hatte. Hiermit stand fest, dass BEPS Bericht 8 für eine Lösung nicht mehr herangezogen werden würde. Denn die Alternative, die dies erfordert hätte, war nicht realistisch. An der Prüfung zunächst des Steuer- und sodann des Handelsrechts konnte zudem exemplarisch gezeigt werden, dass die Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulation im deutschen Recht nach Rechtsgebieten fragmentiert ist. Die

Relativitätsthese gilt gegenwärtig fort. Eine vereinheitlichende Lösung ist indes möglich. Diese hat den Vorteil der Übersichtlichkeit. Sie könnte den Investitionsstandort Deutschland stärken. Im Anschluss wurden aktuelle Vorschläge untersucht und der eigene Vorschlag unterbreitet, der unter Beibehaltung der Einheitstheorie im Anhang umgesetzt werden könnte und eine vereinheitlichende Lösung bietet. Die aktuellen Vorschläge zur Verhinderung von Verrechnungspreismanipulationen multinationaler Unternehmen wurden untersucht, um zunächst zu klären, ob diese im Rahmen der Unterbreitung des eigenen Vorschlags berücksichtigt werden mussten. Dies konnte für das Steuer- und Wettbewerbsrecht verneint werden und für das Gesellschaftsrecht wurde auf die Erörterungen dort verwiesen. Danach wurde der Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung unterbreitet. Er berücksichtigt die Auffassung der Arbeitsgruppe, indem das Prinzip der Offenlegung angewandt wird für die Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs de lege ferenda. Es wurde zunächst die Auffassung der Arbeitsgruppe vorgestellt. Sodann wurde ein Vorschlag zur Umsetzung dieser Auffassung in den Vorschriften über den Anhang für Unternehmen ab einer bestimmten Größenklasse sowie ein Vorschlag zum Geheimnisschutz unterbreitet und begründet. Schließlich wurde vorgeschlagen, die Offenlegung im Anhang lediglich zu regeln, falls eine Evaluation nach fünf Jahren ergibt, dass eine Verpflichtung den Zweck der Regelung nicht wirksam erreicht hat, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage dieselben Daten zur Kenntnis zu bringen. Hierzu wurde ein alternativer Vorschlag unterbreitet und begründet. Nach Auffassung der Arbeitsgruppe sollten interne Verrechnungspreise und externe Transferpreise entweder offengelegt oder den Parteien, die ein berechtigtes Interesse hätten, auf Nachfrage zur Kenntnis gebracht werden. Mit dem Vorschlag und der Alternative konnte diese Auffassung mithin umgesetzt werden. An dieser Stelle beschränkte sich die Begründung des Vorschlags auf die Offenlegung zu steuerlichen und wettbewerbsrechtlichen Zwecken. Denn dem Gesellschaftsrecht war ein eigenes Kapitel vorbehalten. Es bedarf der Umsetzung dieses Vorschlags bzw. zunächst der Alternative, um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen durch Offenlegung zu verringern.

Im dritten Kapitel, das sich mit dem Gesellschaftsrecht befasst, wurde schließlich das Ziel verfolgt, die Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen Nahestehenden insbesondere zum Schutz von Minderheitsteilhabenden offenzulegen sind, zu untersuchen und mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung zu

vergleichen. Die Untersuchung erwähnte zunächst hinsichtlich verbundener Unternehmen nicht spezielle Offenlegungspflichten. Sodann wurden hinsichtlich verbundener Unternehmen spezielle Offenlegungspflichten untersucht; und zwar die §§ 312 ff. AktG und das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II). Im Rahmen der Untersuchung des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) wurde festgestellt, dass die mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung vergleichbaren Regelungen nicht die §§ 111a-c AktG, sondern die §§ 312 ff. AktG sind. Daher beschränkt sich der Vergleich lediglich auf diese Regelungen. Schließlich wurden im Rahmen des Vergleichs die Offenlegungspflichten nach §§ 312 ff. AktG mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung verglichen. Hierzu wurde zunächst der Vorschlag vorgestellt und begründet, der Regelungen zur Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts der Abschlussprüferinnen und -prüfer enthält. Im Rahmen der Begründung wurden die Offenlegungspflichten nach §§ 312 ff. AktG mit dem Vorschlag im Rahmen dieser Untersuchung sodann verglichen. Der entsprechende Regelungsteil ist insbesondere erforderlich. Denn er ist, obwohl er belastender ist als die bisherige Rechtslage, ebenfalls wirksamer als diese. Denn dem Abhängigkeitsbericht und mit ihm dem Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG mangelt es gegenwärtig an der erforderlichen Effektivität. Insbesondere bestehen Bedenken gegenüber der Unabhängigkeit aller Akteurinnen und Akteure. Zudem mangelt es an der Kontrolle durch Publizität. Die Effektivität muss gesteigert werden durch die Offenlegung des Abhängigkeitsberichts und des Prüfungsberichts. Denn dies ermöglicht die Kontrolle durch Publizität. Diese Auffassung wird von zunehmend mehr Stimmen in der Literatur vertreten. Hier gilt der vorgeschlagene Geheimnisschutz ebenfalls. Das Ergebnis der Untersuchung dieses Kapitels ist, dass es der Umsetzung des Vorschlags im Rahmen dieser Untersuchung bedarf, um Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden durch Offenlegung zu verringern und derart die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern.

Das Gesamtergebnis der Untersuchung ist, dass BEPS Bericht 8 herangezogen werden kann, um § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG auszulegen und fortzuentwickeln. Damit kann das Ziel erreicht werden, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und dazu beizutragen, dass BEPS Bericht 8 ebenfalls einheitlich eingeführt wird. Nach Abschluss der Untersuchung sind §§ 1, 1a AStG n. F. eingeführt worden. Hierauf wurde am Ende des ersten Kapitels eingegangen. Es besteht hingegen nicht die Möglichkeit, BEPS Bericht 8 heranzuziehen für die Auslegung von

Regelungen des Handelsgesetzbuchs, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, um mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen. Es bedarf der Umsetzung des Vorschlags im Rahmen dieser Untersuchung, um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen und Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden durch Offenlegung zu verringern.

Die Kernaspekte der Untersuchung können demnach wie folgt zusammengefasst werden:

1. BEPS Bericht 8 kann herangezogen werden, um § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG auszulegen und fortzuentwickeln. Nach Abschluss der Untersuchung sind §§ 1, 1a AStG n. F. eingeführt worden. Hierauf wurde am Ende des ersten Kapitels eingegangen.

2. Es besteht hingegen nicht die Möglichkeit, BEPS Bericht 8 heranzuziehen für die Auslegung von Regelungen des Handelsgesetzbuchs, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, um mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen.

3. Es bedarf schließlich der Umsetzung des folgenden Vorschlags:

Vorschlag in der Hauptsache

§ 285

Sonstige Pflichtangaben

Ferner sind im Anhang anzugeben:

(...);

21a. die Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen sowie fremden Dritten, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des

Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind; Angaben über Geschäfte können nach Geschäftsarten zusammengefasst werden, sofern die getrennte Angabe für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes nicht notwendig ist. Der Pflicht zur Offenlegung von Angabe, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes notwendig sind, wird von den hierzu verpflichteten Unternehmen dadurch Genüge getan, dass diejenigen Angaben offengelegt werden, die den Steuerbehörden gegenüber nach § 90 Absatz 3 der Abgabenordnung und § 138a der Abgabenordnung offenzulegen sind. Im Falle einer Vorabverständigung zwischen der zuständigen deutschen öffentlichen Stelle und einer oder mehrerer zuständigen Stellen anderer Staaten zu Gunsten des Unternehmens besteht für das betreffende Unternehmen für das von der Vorabverständigung umfasste Steuerhoheitsgebiet und für den Zeitraum der Geltung der Vorabverständigung keine Pflicht zur Offenlegung von Angaben, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes notwendig sind. In diesem Falle muss nur die Angabe erfolgen, dass eine Vorabverständigung existiert und welches Steuerhoheitsgebiet und welchen Zeitraum sie umfasst. Der Pflicht zur Offenlegung von Angaben, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, wird von den hierzu verpflichteten Unternehmen dadurch Genüge getan, dass der Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen (§ 312 des Aktiengesetzes) und der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers (§ 313 des Aktiengesetzes) offengelegt werden; wird kein Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufgestellt, müssen Angaben, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, nicht offengelegt werden;

(...).“

§ 286

Unterlassen von Angaben

(1) (...).

(5) Die Angaben nach § 285 Nr. 21a können ganz oder teilweise unterbleiben, soweit sie nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet sind, der Kapitalgesellschaft einen erheblichen Nachteil zuzufügen; die Anwendung der Ausnahmeregelung ist im Anhang anzugeben. Möchte die Kapitalgesellschaft die Angaben unterlassen, hat sie das zuständige Landgericht um Entscheidung anzurufen und diesem gegenüber auf Aufforderung des Gerichts die Angaben nach § 285 Nr. 21a zu machen. Das Gericht kann auf diesen Antrag nach Anhörung durch Beschluss über das Unterlassen der Angaben entscheiden. Es gibt dem Antrag statt, soweit die Voraussetzungen des Absatz 5 Satz 1 Halbsatz 1 vorliegen und

1. es die Angaben für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes als nicht sachdienlich erachtet und

2. nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse des Anspruchstellers an dem Unterlassen der Angaben das Interesse an der Offenlegung überwiegt.

Das Interesse desjenigen, der gegen den Fremdvergleichsgrundsatz nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder gegen das Benachteiligungsverbot nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes verstoßen hat, die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes zu vermeiden, ist nicht zu berücksichtigen. Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu gewährleisten. Insbesondere kann das Gericht einen öffentlich bestellten Sachverständigen mit einem

Gutachten zu dem erforderlichen Umfang des im Einzelfall gebotenen Schutzes beauftragen, sofern dieser Sachverständige berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet worden ist. Der Beschluss ist zu begründen. Gegen den Beschluss findet sofortige Beschwerde statt. Macht eine Kapitalgesellschaft von Absatz 5 Satz 1 Gebrauch und entfallen die Gründe für das Unterlassen der Angaben nach der Offenlegung des Jahresabschlusses, sind die Angaben in den darauf folgenden Jahresabschluss aufzunehmen.

(6) §§ 33g Absatz 4 und 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten entsprechend. Absatz 5 Sätze 2 bis 4 und 6 bis 10 gelten entsprechend. Absatz 5 Satz 3 gilt im Falle der entsprechenden Anwendung des § 33g Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit der Maßgabe entsprechend, dass vor Beschlüssen nach Absatz 5 die Wettbewerbsbehörde anzuhören ist, gegenüber der die Kronzeugenerklärung oder Vergleichsausführung abgegeben worden ist. Absatz 5 Satz 4 gilt im Falle der entsprechenden Anwendung des § 33g Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit der Maßgabe entsprechend, dass das Gericht dem Antrag stattgibt, soweit die Angaben Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden, enthalten. Absatz 5 Satz 10 gilt im Falle der entsprechenden Anwendung des § 33g Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht.

§ 288

Größenabhängige Erleichterungen

(1) Kleine Kapitalgesellschaften (§ 267 Absatz 1) brauchen nicht

1. die Angaben nach § 264c Absatz 2 Satz 9, § 265 Absatz 4 Satz 2, § 284 Absatz 2 Nummer 3, Absatz 3, § 285 Nummer 2, 3, 4, 8, 9 Buchstabe a und b, Nummer 10 bis 12, 14, 15, 15a, 17 bis 19, 21, 21a, 22, 24, 26 bis 30, 32 bis 34 zu machen;

2. (...).

(2) Mittlere Kapitalgesellschaften (§ 267 Absatz 2) brauchen die Angaben nach § 285 Nummer 4, 21a, 29 und 32 nicht zu machen. (...).

§ 314

Sonstige Pflichtangaben

(1) Im Konzernanhang sind ferner anzugeben:

(...);

13a. die Geschäfte des Mutterunternehmens und seiner Tochterunternehmen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen sowie fremden Dritten, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind; Angaben über Geschäfte können nach Geschäftsarten zusammengefasst werden, sofern die getrennte Angabe für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes nicht notwendig ist. Der Pflicht zur Offenlegung von Angabe, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes notwendig sind, wird von den hierzu verpflichteten Unternehmen dadurch Genüge getan, dass diejenigen Angaben offengelegt werden, die den Steuerbehörden gegenüber nach § 90 Absatz 3 der Abgabenordnung und § 138a der Abgabenordnung offenzulegen sind. Im Falle einer Vorabverständigung der zuständigen deutschen öffentlichen Stelle und einer oder mehrerer zuständiger Stellen anderer Staaten zu Gunsten eines in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmens besteht für das betreffende Unternehmen im Konzernabschluss für das von der Vorabverständigung umfasste Steuerhoheitsgebiet und für den Zeitraum der Geltung der Vorabverständigung keine Pflicht zur Offenlegung von Angaben, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes notwendig sind. In diesem Falle muss nur die Angabe erfolgen, dass eine Vorabverständigung existiert und welches in den Konzernabschluss einbezogene Unternehmen und welches Steuerhoheitsgebiet sowie welchen Zeitraum sie umfasst. Der Pflicht zur Offenlegung von Angaben, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, wird von den hierzu verpflichteten Unternehmen dadurch Genüge getan, dass der Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen (§ 312 des Aktiengesetzes) und der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers (§ 313 des Aktiengesetzes) offengelegt werden;

wird kein Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufgestellt, müssen Angaben, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, nicht offengelegt werden;

(...).

(3) (...). Für die Angabepflicht gemäß Absatz 1 Nr. 13a gelten § 286 Abs. 5 und 6 entsprechend.

§ 315e

(1) Ist ein Mutterunternehmen, das nach den Vorschriften des Ersten Titels einen Konzernabschluss aufzustellen hat, nach Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 in der jeweils geltenden Fassung verpflichtet, die nach den Artikeln 2, 3 und 6 der genannten Verordnung übernommenen internationalen Rechnungslegungsstandards anzuwenden, so sind von den Vorschriften des Zweiten bis Achten Titels nur § 294 Abs. 3, § 297 Absatz 1a, 2 Satz 4, § 298 Abs. 1, dieser jedoch nur in Verbindung mit den §§ 244 und 245, ferner § 313 Abs. 2 und 3, § 314 Abs. 1 Nr. 4, 6, 8, 9 und 13a, Absatz 3, sowie die Bestimmungen des Neunten Titels und die Vorschriften außerhalb dieses Unterabschnitts, die den Konzernabschluss oder den Konzernlagebericht betreffen, entsprechend anzuwenden.

(2) Mutterunternehmen, die nicht unter Absatz 1 fallen, haben ihren Konzernabschluss nach den dort genannten internationalen Rechnungslegungsstandards und Vorschriften aufzustellen, wenn für sie bis zum jeweiligen Bilanzstichtag die Zulassung eines Wertpapiers im Sinne des § 2 Absatz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes zum Handel an einem organisierten Markt im Sinne des § 2 Absatz 11 des Wertpapierhandelsgesetzes im Inland beantragt worden ist.

(3) Mutterunternehmen, die nicht unter Absatz 1 oder 2 fallen, dürfen ihren Konzernabschluss nach den in Absatz 1 genannten internationalen Rechnungslegungsstandards und Vorschriften aufstellen. Ein Unternehmen, das von diesem Wahlrecht Gebrauch macht, hat die in Absatz 1 genannten Standards und Vorschriften vollständig zu befolgen.

§ 325

Offenlegung

(...).

(2a) Bei der Offenlegung nach Absatz 2 kann an die Stelle des Jahresabschlusses ein Einzelabschluss treten, der nach den in § 315e Absatz 1 bezeichneten internationalen Rechnungslegungsstandards aufgestellt worden ist. Ein Unternehmen, das von diesem Wahlrecht Gebrauch macht, hat die dort genannten Standards vollständig zu befolgen. Auf einen solchen Abschluss sind § 243 Abs. 2, die §§ 244, 245, 257, § 264 Absatz 1a, 2 Satz 3, § 285 Nr. 7, 8 Buchstabe b, Nr. 9 bis 11a, 14 bis 17, 21a, § 286 Abs. 1, 3, 5 und 6 anzuwenden. (...).

Alternative

§ 287

Vorlage auf Verlangen

(1) Den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, sind auf Nachfrage die Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen sowie fremden Dritten, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, zur Kenntnis zu bringen; Angaben über Geschäfte können nach Geschäftsarten zusammengefasst werden, sofern die getrennte Angabe für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes nicht notwendig ist.

(2) Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, sind jeder, der einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat, Tochterunternehmen, Partnerunternehmen, Lieferanten und Leistungserbringer, Verbände und Einrichtungen im Sinne des § 33 Absatz 4 des Gesetzes gegen

Wettbewerbsbeschränkungen, Arbeitnehmervertreter, Minderheitsaktionäre, Journalisten und Steuerbehörden.

(3) Der Verpflichtung nach Absatz 1, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage die Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes notwendig sind, zur Kenntnis zu bringen, wird im Falle der Arbeitnehmervertreter, Minderheitsaktionäre, Journalisten und Steuerbehörden von den hierzu verpflichteten Unternehmen dadurch Genüge getan, dass diejenigen Angaben offengelegt werden, die den Steuerbehörden gegenüber nach § 90 Absatz 3 der Abgabenordnung und § 138a der Abgabenordnung offenzulegen sind. Der Verpflichtung nach Absatz 1, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage die Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, zur Kenntnis zu bringen, wird im Falle der Arbeitnehmervertreter, Minderheitsaktionäre und Journalisten von den hierzu verpflichteten Unternehmen dadurch Genüge getan, dass der Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen (§ 312 des Aktiengesetzes) und der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers (§ 313 des Aktiengesetzes) offengelegt werden; wird kein Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufgestellt, müssen Angaben, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, nicht zur Kenntnis gebracht werden.

(4) In anderen als wettbewerbsrechtlichen Verfahren dürfen die aufgrund dieser Vorschrift gewonnen Angaben, die für die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde notwendig sind, nicht als Beweis verwertet werden.

(5) Die Angaben, deren Kenntnis durch Nachfrage von den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, verlangt wird, können ganz oder teilweise unterbleiben, soweit sie nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet sind, der Kapitalgesellschaft einen erheblichen Nachteil zuzufügen; die Anwendung der Ausnahmeregelung ist den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, unverzüglich mitzuteilen. Möchte die Kapitalgesellschaft die Angaben unterlassen, hat sie das zuständige Landgericht um Entscheidung anzurufen und

diesem gegenüber auf Aufforderung des Gerichts die Angaben zu machen. Der Antrag ist innerhalb von zwei Wochen zu stellen, nachdem die Anwendung der Ausnahmeregelung den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, mitgeteilt wurde. Das Gericht kann auf diesen Antrag nach Anhörung der Betroffenen durch Beschluss über das Unterlassen der Angaben entscheiden. Es gibt dem Antrag statt, soweit die Voraussetzungen des Absatz 5 Satz 1 Halbsatz 1 vorliegen und

1. es die Angaben für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes als nicht sachdienlich erachtet und

2. nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse des Anspruchstellers an dem Unterlassen der Angaben das Interesse der Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, an der Offenlegung überwiegt.

Das Interesse desjenigen, der gegen den Fremdvergleichsgrundsatz nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder gegen das Benachteiligungsverbot nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes verstoßen hat, die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes zu vermeiden, ist nicht zu berücksichtigen. Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu gewährleisten. Insbesondere kann das Gericht einen öffentlich bestellten Sachverständigen mit einem Gutachten zu dem erforderlichen Umfang des im Einzelfall gebotenen Schutzes beauftragen, sofern dieser Sachverständige berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet worden ist. Der Beschluss ist zu begründen. Gegen den Beschluss findet sofortige Beschwerde statt. Macht eine Kapitalgesellschaft von Absatz 5 Satz 1 Gebrauch und entfallen die Gründe für

das Unterlassen der Angaben hiernach, sind die Angaben unaufgefordert und unverzüglich nach dem Wegfall der Gründe zu machen.

(6) §§ 33g Absatz 4 und 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten entsprechend. Absatz 5 Sätze 2 bis 5 und 7 bis 11 gelten entsprechend. Absatz 5 Satz 4 gilt im Falle der entsprechenden Anwendung des § 33g Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit der Maßgabe entsprechend, dass vor Beschlüssen nach Absatz 5 die Wettbewerbsbehörde anzuhören ist, gegenüber der die Kronzeugenerklärung oder Vergleichsausführung abgegeben worden ist. Absatz 5 Satz 5 gilt im Falle der entsprechenden Anwendung des § 33g Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit der Maßgabe entsprechend, dass das Gericht dem Antrag stattgibt, soweit die Angaben Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden, enthalten. Absatz 5 Satz 11 gilt im Falle der entsprechenden Anwendung des § 33g Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht.

§ 288

Größenabhängige Erleichterungen

(1) Kleine Kapitalgesellschaften (§ 267 Absatz 1) brauchen nicht

1. die Angaben nach § 264c Absatz 2 Satz 9, § 265 Absatz 4 Satz 2, § 284 Absatz 2 Nummer 3, Absatz 3, § 285 Nummer 2, 3, 4, 8, 9 Buchstabe a und b, Nummer 10 bis 12, 14, 15, 15a, 17 bis 19, 21, 22, 24, 26 bis 30, 32 bis 34 zu machen sowie der Verpflichtung nach § 287 nachzukommen;

2. (...).

(2) Mittelgroße Kapitalgesellschaften (§ 267 Absatz 2) brauchen die Angaben nach § 285 Nummer 4, 29 und 32 nicht zu machen sowie der Verpflichtung nach § 287 nicht nachzukommen. (...).

§ 314a

Vorlage auf Verlangen

(1) Den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, sind auf Nachfrage die Geschäfte des Mutterunternehmens und seiner Tochterunternehmen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen sowie fremden Dritten, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der

Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, zur Kenntnis zu bringen; Angaben über Geschäfte können nach Geschäftsarten zusammengefasst werden, sofern die getrennte Angabe für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes oder die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes nicht notwendig ist.

(2) Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, sind jeder, der einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat, Tochterunternehmen, Partnerunternehmen, Lieferanten und Leistungserbringer, Verbände und Einrichtungen im Sinne des § 33 Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Arbeitnehmervertreter, Minderheitsaktionäre, Journalisten und Steuerbehörden.

(3) Der Verpflichtung nach Absatz 1, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage die Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Durchführung eines Fremdvergleichs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Außensteuergesetzes notwendig sind, zur Kenntnis zu bringen, wird im Falle der Arbeitnehmervertreter, Minderheitsaktionäre, Journalisten und Steuerbehörden von den hierzu verpflichteten Unternehmen dadurch Genüge getan, dass diejenigen Angaben offengelegt werden, die den Steuerbehörden gegenüber nach § 90 Absatz 3 der Abgabenordnung und § 138a der Abgabenordnung offenzulegen sind. Der Verpflichtung nach Absatz 1, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, auf Nachfrage die Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, zur Kenntnis zu bringen, wird im Falle der Arbeitnehmervertreter, Minderheitsaktionäre und Journalisten von den hierzu verpflichteten

Unternehmen dadurch Genüge getan, dass der Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen (§ 312 des Aktiengesetzes) und der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers (§ 313 des Aktiengesetzes) offengelegt werden; wird kein Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufgestellt, müssen Angaben, die für die Feststellung einer Benachteiligung nach § 311 Absatz 1 des Aktiengesetzes notwendig sind, den Parteien, die ein berechtigtes Interesse haben, nicht zur Kenntnis gebracht werden.

(4) In anderen als wettbewerbsrechtlichen Verfahren dürfen die aufgrund dieser Vorschrift gewonnen Angaben, die für die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde notwendig sind, nicht als Beweis verwertet werden.

(5) Der Verpflichtung aus Absatz 1 unterliegt ein Mutterunternehmen nicht, das nach § 293 von der Pflicht, einen Konzernabschluss und einen Konzernlagebericht aufzustellen, befreit ist.

(6) Für die Angabepflicht gemäß § 314a gelten § 287 Abs. 5 und 6 entsprechend.

§ 315e

(1) Ist ein Mutterunternehmen, das nach den Vorschriften des Ersten Titels einen Konzernabschluss aufzustellen hat, nach Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 in der jeweils geltenden Fassung verpflichtet, die nach den Artikeln 2, 3 und 6 der genannten Verordnung übernommenen internationalen Rechnungslegungsstandards anzuwenden, so sind von den Vorschriften des Zweiten bis Achten Titels nur § 294 Abs. 3, § 297 Absatz 1a, 2 Satz 4, § 298 Abs. 1, dieser jedoch nur in Verbindung mit den §§ 244 und 245, ferner § 313 Abs. 2 und 3, § 314 Abs. 1 Nr. 4, 6, 8 und 9, Absatz 3, § 314a sowie die Bestimmungen des Neunten Titels und die Vorschriften außerhalb dieses Unterabschnitts, die den Konzernabschluss oder den Konzernlagebericht betreffen, entsprechend anzuwenden.

(2) Mutterunternehmen, die nicht unter Absatz 1 fallen, haben ihren Konzernabschluss nach den dort genannten internationalen Rechnungslegungsstandards und Vorschriften aufzustellen, wenn für sie bis zum jeweiligen Bilanzstichtag die Zulassung eines Wertpapiers im Sinne des § 2 Absatz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes zum Handel an einem organisierten Markt im Sinne des § 2 Absatz 11 des Wertpapierhandelsgesetzes im Inland beantragt worden ist.

(3) Mutterunternehmen, die nicht unter Absatz 1 oder 2 fallen, dürfen ihren Konzernabschluss nach den in Absatz 1 genannten internationalen Rechnungslegungsstandards und Vorschriften aufstellen. Ein Unternehmen, das von diesem Wahlrecht Gebrauch macht, hat die in Absatz 1 genannten Standards und Vorschriften vollständig zu befolgen.

§ 325

Offenlegung

(...).

(2a) Bei der Offenlegung nach Absatz 2 kann an die Stelle des Jahresabschlusses ein Einzelabschluss treten, der nach den in § 315e Absatz 1 bezeichneten internationalen Rechnungslegungsstandards aufgestellt worden ist. Ein Unternehmen, das von diesem Wahlrecht Gebrauch macht, hat die dort genannten Standards vollständig zu befolgen. Auf einen solchen Abschluss sind § 243 Abs. 2, die §§ 244, 245, 257, § 264 Absatz 1a, 2 Satz 3, § 285 Nr. 7, 8 Buchstabe b, Nr. 9 bis 11a, 14 bis 17, § 286 Abs. 1, 3 und 5, § 287 anzuwenden.

(...).

Es ergeben sich weiterführende Fragestellungen und Forschungsperspektiven im Steuerrecht insbesondere hinsichtlich der Frage, ob eine frühzeitige Prüfung der Übertragung schwer zu bewertender immaterieller Werte im Falle multinationaler Unternehmen im Rahmen des International Compliance-Assurance-Programme erfolgen kann und sollte. Zum Handelsrecht bleibt insbesondere zu untersuchen, wie die hier unterbreiteten Vorschläge für Personengesellschaften aussehen müssten. Zum Gesellschaftsrecht bleibt insbesondere zu untersuchen, ob und ggf. wie die hier zum Aktiengesetz unterbreiteten Vorschläge für die GmbH umgesetzt werden könnten.

Zum Schluss ist festzustellen, dass multinationale Unternehmen über Grenzen hinweg agieren und insbesondere aus diesem Grund rechtliche Probleme erzeugen, die die einzelnen Staaten vor Schwierigkeiten stellen, da diese Gesetze lediglich für ihr Staatsgebiet erlassen können. Hierzu zählen die Verrechnungspreise multinationaler Unternehmen. Diese haben mannigfaltige Auswirkungen auf die Einnahmeseite der Staaten und damit auf die Finanzierung der Umsetzung der Ziele zur nachhaltigen Entwicklung. Die Antwort auf diese Probleme besteht jedoch nicht in einem Wiederaufkeimen von Nationalismus und

Unilateralismus, sondern in Multilateralismus und internationaler Kooperation. In diesem Sinne empfahl eine Arbeitsgruppe bedeutender Personen, die im Auftrag des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen eingesetzt worden war, bereits sehr früh mit Blick auf die Schaffung von mehr Transparenz zur Lösung des Problems der Verrechnungspreise insbesondere die Offenlegung interner und externer Transfer- und Verrechnungspreise multinationaler Unternehmen. Verrechnungspreise haben jedoch jüngst erneut Prominenz erlangt. Diesmal wieder auf dem Gebiet des internationalen Steuerrechts. Die Auswirkungen von Gewinnverkürzung und -verlagerungen, die insbesondere über den Weg der Verrechnungspreismanipulation betrieben werden, werden hierbei dahingehend geschätzt, dass sich die globalen Steuerausfälle aus Unternehmensteuern auf hundert bis zweihundertvierzig Milliarden US-Dollar jährlich belaufen könnten. Die vorliegende Untersuchung kann dazu beitragen, dass die Empfehlung der Arbeitsgruppe umgesetzt, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele gefördert und Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen und Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden verringert werden. Sie unterbreitet hierzu Vorschläge, die nicht auf Nationalismus und Unilateralismus basieren, die in den Jahren zuvor international wieder aufkeimten, und gleichzeitig den Investitionsstandort Deutschland stärken. Es ist nicht ganz auszuschließen, dass die Ursache für das Wiederaufkeimen des Nationalismus insbesondere zu sehen ist in den sozialen Folgen der finanziellen Schwächung des Staates durch Gewinnverkürzung und -verlagerungen. Umso wichtiger ist es, eine auf Multilateralismus und internationaler Kooperation basierende Lösung dieser Herausforderungen der Globalisierung zu unterbreiten und umzusetzen. Denn lediglich derart können die Chancen der Globalisierung, die überwiegen, genutzt und ihre Risiken, die unbestreitbar dennoch bestehen, minimiert werden, damit die Menschheit in Frieden und Wohlstand in dieser Welt zusammenleben kann.

Glossar

2030 Agenda für nachhaltige Entwicklung

Die 2030 Agenda für nachhaltige Entwicklung ist das Ergebnis des Gipfels der Vereinten Nationen zum Beschluss der post-2015 Entwicklungsagenda. Dieser Gipfel fand im Hauptquartier der Vereinten Nationen in New York vom 25.-27. September 2015 statt. Die 2030 Agenda enthält neue globale, nachhaltige Entwicklungsziele. Sie soll bis zum Jahre 2030 vollständig umgesetzt sein. Die 2030 Agenda baut auf den Fortschritten der Millennium Entwicklungsziele auf und zielt darauf ab, die Restagenda abzarbeiten. Sie enthält siebzehn nachhaltige Entwicklungsziele und hundertneunundsechzig Zielvorgaben. Diese sind das Ergebnis von über zwei Jahren intensiver öffentlicher Konsultation und des Engagements der Zivilgesellschaft und anderer Entscheidungsträger weltweit. Die Konsultationen beinhalten wertvolle Arbeiten der offenen Arbeitsgruppe der Hauptversammlung für nachhaltige Entwicklungsziele und der Vereinten Nationen, deren damaliger Generalsekretär im Dezember 2014 einen Synthesbericht vorlegte. Die neuen Ziele und Zielvorgaben sind am 1. Januar 2016 in Kraft getreten.

Aktionsagenda von Addis Abeba

Die Aktionsagenda von Addis Abeba ist das Ergebnis der Dritten Internationalen Konferenz zur Entwicklungsfinanzierung, die vom 13.-16. Juli 2015 in Äthiopien stattfand. Es handelt sich hierbei um einen globalen Rahmen zur Entwicklungsfinanzierung für den Zeitraum nach dem Jahre 2015. Sie enthält die starke politische Verpflichtung, die Herausforderung der Finanzierung nachhaltiger Entwicklung im Geiste globaler Partnerschaft und Solidarität anzugehen. Sie soll ein umfassender und auf die Zukunft ausgerichteter Rahmen mit konkreten Maßnahmen sein, um die Versprechen der 2030 Agenda für nachhaltige Entwicklung der Vereinten Nationen umzusetzen.

Vorabverständigung

Eine Kombination aus einer Vereinbarung zwischen Staaten, durch die die Verrechnungspreismethoden zwischen den jeweiligen nahestehenden Unternehmen für einen

bestimmten zukünftigen Zeitraum festgelegt werden, und einer hierauf basierenden Vorabzusage an diese Unternehmen.²³³⁷

Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)

Base Erosion and Profit Shifting, also BEPS, bezieht sich auf bestimmte Steuergestaltungen. Mittels dieser werden Regelungslücken, die im Rahmen der Interaktion verschiedener Steuersysteme entstehen, genutzt. Bezweckt wird hiermit, künstlich steuerbare Einkünfte zu verringern oder Gewinne in Niedrigsteuerländer oder Staaten ohne Steuern zu verlagern. Bei diesen Niedrigsteuerländern oder Staaten ohne Steuern handelt es sich um solche, in denen die wirtschaftliche Aktivität lediglich gering ist oder gar keine wirtschaftliche Aktivität erfolgt.

DEMPE-Konzept

Im Kern sieht das DEMPE-Konzept der OECD vor, dass im Falle der Verwertung eines immateriellen Werts die Erträge hieraus den jeweiligen Wertschöpfungsbeiträgen zu der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, dem Schutz und der Verwertung des immateriellen Werts vorrangig nach ökonomischen Gesichtspunkten zuzuordnen sind.²³³⁸ Hierbei steht DEMPE für die Abkürzung der englischen Begriffe Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation, die in die deutsche Sprache übersetzt werden mit Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, Schutz und Verwertung.²³³⁹

Arbeitsgruppe (bedeutender Personen)

Bei der Arbeitsgruppe bedeutender Personen handelte es sich um eine Arbeitsgruppe, die zur Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf die Entwicklung und die internationalen Beziehungen ernannt wurden. Hintergrund dieser Ernennung war, dass der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen sich im Jahre 1972 mit den Auswirkungen multinationaler Unternehmen befasste. Er fasste den Beschluss 1721 (LIII). Gegenstand dieses Beschlusses waren die Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf den Entwicklungsprozess und auf internationale Beziehungen. Diese Auswirkungen stellten insbesondere Risiken für die Sicherstellung des ungehinderten und fairen Fortschritts dar. Um

²³³⁷

<https://www.bzst.de/DE/Unternehmen/EUInternational/AdvancePricingAgreements/advancepricingagreements.html> (Datum des letzten Aufrufs: 09.02.2021).

²³³⁸ Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 119.

²³³⁹ Stein/Schwarz/Holinski, DStR 2017, 118, 118.

diesen Risiken zu begegnen, wurde der Generalsekretär gebeten, eine Arbeitsgruppe zu ernennen. Dies tat er. Insbesondere wurde diese Arbeitsgruppe damit beauftragt, die Rolle multinationaler Unternehmen und ihre Auswirkungen auf den Entwicklungsprozess, insbesondere auf diejenigen der Entwicklungsländer, sowie ihre Folgen für internationale Beziehungen zu untersuchen. Im Jahre 1974 legte die Arbeitsgruppe ihren Bericht vor (Department of Economic and Social Affairs, The impact of multinational corporations on development and on international relations, E/5500/Rev.1, United Nations, New York, 1974).

Anhang

Kurzfassungen der Ergebnisse der Dissertation

1. BEPS Bericht 8 kann herangezogen werden, um § 1 Absätze 1, 2, 3 Sätze 1 bis 8 und Sätze 11 und 12, 4 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AStG auszulegen und fortzuentwickeln. Damit kann das Ziel erreicht werden, die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und dazu beizutragen, dass auch BEPS Bericht 8 einheitlich eingeführt wird. Nach Abschluss der Untersuchung sind §§ 1, 1a AStG n. F. eingeführt worden. Hierauf wurde am Ende des ersten Kapitels eingegangen.

2. Es besteht hingegen nicht die Möglichkeit, BEPS Bericht 8 für die Auslegung von Regelungen des Handelsgesetzbuchs, die einen Bezug zu den Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen haben, heranzuziehen, um mehr Konvergenz zwischen dem Außensteuergesetz, dem Handelsgesetzbuch und den Aktienrechtsregelungen herzustellen.

3. Mit dem im Rahmen dieser Untersuchung unterbreiteten Vorschlag und seiner Alternative konnte die Auffassung der Arbeitsgruppe bedeutender Personen, die zur Untersuchung der Auswirkungen multinationaler Unternehmen auf die Entwicklung und die internationalen Beziehungen ernannt wurde, hinsichtlich der Lösung des Problems der Verrechnungspreismanipulationen durch das Prinzip der Offenlegung interner Verrechnungspreise und externer Transferpreise umgesetzt werden. Dies gelang, indem das Prinzip der Offenlegung für steuerliche, wettbewerbsrechtliche und aktionärsminoritätsschützende Zwecke zur Fortentwicklung der Regelungen des Handelsgesetzbuchs fruchtbar gemacht wurde. Insbesondere wurden hierzu die Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes, im Rahmen derer Verrechnungspreise zwischen Nahestehenden auch zum Schutz von Minderheitsteilhabenden offenzulegen sind, untersucht und mit den Vorschlägen im Rahmen dieser Untersuchung verglichen. Es bedarf der Umsetzung des Vorschlags im Rahmen dieser Untersuchung und seiner Alternative, um die Finanzierung der nachhaltigen Entwicklungsziele zu fördern und Diskriminierung sowie Wettbewerbsbeschränkungen und Benachteiligungen von Minderheitsteilhabenden durch Offenlegung zu verringern.