

Unternehmensführung (Corporate Governance) und Besteuerung

„Gute Unternehmensführung“ (Good Corporate Governance) und Besteuerung stehen in einer kräftigen Wechselbeziehung, die hier in ihren Grundlagen erörtert werden soll:

- Wie beeinflusst (regelt) *Corporate Governance* das steuerliche Verhalten von Unternehmen? Zum *Beispiel*: Welche Aufgaben haben Eigentümer, Aufsichtsorgane und Management dabei? Darf oder muss man im Unternehmen Steuern sparen/vermeiden? Und was muss wer im Unternehmen wem offenlegen?
- Umgekehrt: Wie beeinflusst die *Besteuerung* das unternehmerische Verhalten und insbesondere die *Corporate Governance* von Unternehmen? Zum *Beispiel*: Wie fördert oder beeinträchtigt das Steuerrecht die *Corporate Governance* durch allgemeine oder besondere Regeln (wie Realisationsprinzip, wirtschaftliche Doppelbesteuerung oder Veräußerungsgewinn-Steuerfreiheit oder Aktienoptionsbesteuerung, nicht abzugsfähige oder abzugsfähige Ausgaben)? Dazu mehr in Teil II und ansatzweise in Teil III, vorab aber in Teil I:
- Worum geht es bei der Paarung „*Corporate Governance*“ und „*Steuer*“, und worum geht es dabei nicht? Zum *Beispiel*: Um die *Governance* welcher Unternehmen geht es, um welche Steuern, und wie verhält sich das alles zu Themen wie Steuerehrlichkeit und Regel-Einhaltung (Compliance), „good corporate citizen“, „happy taxpayer“ und gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen (Corporate Social Responsibility)?

I. Worum geht es bei „Corporate Governance und Besteuerung“, und worum geht es dabei nicht?

Zwischen Unternehmensführung und Besteuerung muss es viele *Wechselbeziehungen* geben.¹ Denn *Corporate Governance* regelt die Führung des ganzen Unternehmens, also sicher auch das Steuerverhalten, das leicht über ein Drittel oder die Hälfte des Gewinns entscheidet. Und die Besteuerung, jedenfalls in sogenannten Hochsteuerländern (zu denen traditionell Deutschland und andere Industriestaaten zählten), beeinflusst das gesamte wirtschaftliche Leben, also alle Unternehmen, und darüber hinaus große Teile des Lebens insgesamt (von der Wahl von Wohnsitz und Arbeits- oder Anlage-Ort bis hin zu Eheschließung und Kinderkriegen).

¹ Vgl. auch die Wechselbeziehungen zwischen *Corporate Governance* und Unternehmenskauf (M&A), dazu *Verf.*, in Festschrift Lüer (2007).

Da verwundert es fast, dass die geläufigen Corporate-Governance-Kodizes² Steuern kaum erwähnen. Erst die OECD-Erklärung von Seoul zur Steuerverwaltung (im September 2006) fordert Management und Prüfungsausschüsse (Audit Committees) auf, für ihre Steuerstrategien mehr Interesse aufzubringen und mehr Verantwortung zu übernehmen.³

Zurückhaltung gegenüber Steuerfragen ist freilich weit verbreitet, zum Teil wegen der Komplexität aller Steuerthemen, die die Diskussion auf Fachleute und Politiker begrenzt. Fachleute diskutieren „Corporate Governance und Steuer“ miteinander sehr fachkundig.⁴

Beginnen wir mit dem, was man unter Corporate Governance versteht (in 1), und mit dem Steuerrecht (in 2), mit der Internationalität des einen und der Nationalität des anderen (in 3) und der Abgrenzung von Corporate Governance (Ordnung der Unternehmensführung) gegenüber Regeleinhaltung (Compliance, in 4) und gesellschaftlicher Verantwortung von Unternehmen (Corporate Social Responsibility/CSR, in 5).

1. Corporate Governance

Der deutsche Corporate-Governance-Kodex wendet sich vorrangig an börsennotierte Unternehmen. Er soll aber auch für andere Unternehmen nützlich sein, und eine Überarbeitung erstreckt ihn modifiziert auf Familienunternehmen.⁵ Corporate Governance befasst sich mit der Ordnung der Unternehmensführung einer Gesellschaft, also eines Unternehmens mit mehreren Eigentümern. Je weiter die Eigentümer vom Unternehmen weg sind, je mehr ein Überwachungsorgan wie der Aufsichtsrat für die Eigentümer dem Management gegenübersteht, desto angebrachter sind die Regeln der Corporate Governance zur Ordnung der Unternehmensführung. Im Einzelunternehmen, auch im großen, haben sie keinen rechten Platz. Auch der Alleingesellschafter, der selbst – allein oder mit seiner engeren Familie – das Unternehmen führt (als Geschäftsleiter) oder überwacht, bedarf kaum eines Regelwerkes zur Ordnung seiner Unternehmensführung. Aber auch er muss die Besteuerung in die Unternehmensführung einbeziehen, muss die rechtlichen einschließlich der steuerrechtlichen Regeln einhalten und die Einhaltung im Unternehmen sichern (Compliance) und muss seiner gesellschaftlichen Verantwortung gerecht werden („Corporate“ Social Responsibility).

² Zum Beispiel OECD, Principles of Corporate Governance, 2004; Deutscher Corporate Governance Kodex, Fassung vom 14. 6. 2007, abrufbar unter: www.corporate-governance-code.de.

³ OECD, Third Meeting of the OECD Forum on Tax Administration, 14.–15. Sept. 2006, Final Seoul Declaration, www.oecd.org/dataoecd/38/29/37415572.pdf, p. 4: „to take greater interest in, and responsibility for, their tax strategies“.

⁴ Vgl. die Joint Conference des INTR/Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law/IFA, 8.–9. Dez. 2006 in München (*Owens/Schön/Laule*) mit umfangreichem Materialordner und Schrifttum-Verzeichnissen; *Tietje/Kraft*, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Steuerrechts, Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, Arbeitspapier 2003.

⁵ Mit Vorsicht, vgl. Governance Kodex für Familienunternehmen, 2004, abrufbar unter: www.kodex-fuer-familienunternehmen.de.

Wenn im Folgenden von Corporate Governance die Rede ist, so meint das die Ordnung der Unternehmensführung bei einer Mehrzahl von Eigentümern und insbesondere unter gewisser Trennung von Eigentümerstellung, Überwachung (Aufsicht) und Geschäftsleitung. Wo nur einer alles entscheidet, herrscht klare Corporate Governance ohne Kodex, und er (ggf. mit seiner engeren Familie) nimmt alle sonst verteilten Funktionen ungeteilt wahr.

2. Steuern

a) Steuern sind zunächst einmal *Kosten* im Unternehmen wie alle anderen. Für die meisten Steuern sieht das jeder so, z. B. für die ertragsunabhängige Energiesteuer, die Stromsteuer, Grundsteuer usw. oder für die Umsatzsteuer, letztlich auch die Lohnsteuer. Als Kosten bedürfen sie des Kostenmanagements nach allgemeiner Üblichkeit und, soweit dabei Risiken möglich sind, auch des üblichen Risikomanagements.

Ertragsabhängige Steuern werden auch als stille Beteiligung des Staates beschrieben, als die Gewinnbeteiligung eines stimmrechtlosen (?) verdeckten (?) Mitgeschafters. Diese Beteiligung kann mit einem Drittel oder der Hälfte des Gewinns größer sein als die jedes „offenen“ Geschafters. Wegen der Anknüpfung direkt am Gewinn sieht man in den ertragsabhängigen Steuern etwas Besonderes, Herausragendes, auch wenn das Unternehmen z. B. sehr viel mehr Energie- oder Umsatzsteuer zahlt. Auf die Ertragsabhängigkeit ist sogleich noch näher einzugehen. Mit dieser Einschränkung gilt auch hier: Steuern sind Kosten (einschließlich Risiken), und Kosten (Risiken) hat das Unternehmen zu minimieren. Minimieren heißt nicht, die niedrigste Zahl ist die richtige oder beste, sondern die angemessen niedrigste ist es: angemessen im Verhältnis zu dem, wofür das Unternehmen diese Kosten eingeht, was es dafür erhält („relative to what?“).

b) Hier liegt der *Unterschied* zu allen anderen Kosten: Steuern⁶ sind begriffsnotwendig keine Gegenleistung, anders als die Kosten von Wareneinsatz oder Logistik oder Marketing oder allgemeiner Verwaltung. Für Steuern erlangt das Unternehmen nichts, deshalb gibt es keine Angemessenheit in einer Abwägung. Steuern zahlen und Steuern sparen sind gleichermaßen absolut (nicht relativ zu einer Leistung des Staates). So wie nur der Zwangsakt der gesetzlichen Auferlegung die Steuerpflicht und deren Grenzen (!) begründet – nicht ein Vorteil für den Steuerpflichtigen im Gegenzug –, so kann auch nur das Gesetz dem Steuersparen Grenzen setzen. Dazu mehr später.

c) Steuern unterscheiden sich wegen ihrer *gesetzlichen Auferlegung* und ihrer *rechtstaatlichen Begründung* auch sonst von anderen Kosten. Nach Grund und Höhe ergeben sie sich nicht aus Angebot und Nachfrage, nicht aus Verhandlungen und Vereinbarungen. Der Gläubiger Staat – ungleich dem Lieferanten – veröffentlicht die Regeln seiner „Preisbildung“ in Form von Steuergesetzen, -verordnungen, -richtlinien und -erlassen, für alle gleich und offen. Das Unternehmen kann also sein Steuer-Kosten- und -Risiko-Management viel

⁶ Ungleich Abgaben und Beiträgen.

besser planen, durchführen und überwachen als das Management von Kosten und Risiken gegenüber Geschäftspartnern, die ihre „Preise“ nicht offenlegen und die differenzieren dürfen und müssen (wenn auch vielleicht nicht im Rechtssinne diskriminieren).

Eben deshalb besonders kritisiert wird die Abweichung von dieser Planbarkeit, vor allem die *Rückwirkung* (oder auch nur Rückbezüglichkeit) von Steuergesetzänderungen. Ein anderer Kritikpunkt in diesem Zusammenhang ist die lange *Dauer* von Gerichtsverfahren: Oft erst zehn oder mehr Jahre nach dem Verwirklichen eines Steuersachverhaltes erfährt der Steuerpflichtige aus der Veröffentlichung einer Entscheidung von BFH oder EuGH, evtl. aus dem Verfahren eines anderen Steuerpflichtigen, ob und wie eine veröffentlichte Steuerregel seinen Sachverhalt betraf.

- d) Steuern als Zwangsabgaben müssen offen und gleich sein, schon um den *Wettbewerb* nicht ungewollt zu beeinflussen und zu beeinträchtigen (außer als gewollte Beeinflussung wie bei steuerlichen Anreizen, die aber ihrerseits in sich wieder gleich sein müssen aus denselben Gründen von Wettbewerb und Rechtsstaat). Legt man einem Unternehmen (oder legt sich ein Unternehmen) im Steuer-Kosten/-Risiken-Management vom Gesetz abweichende Grenzen auf, so stört das den Wettbewerb. Weichen solche Grenzen nach *unten* ab (außergesetzliche/gesetzeswidrige Steuerkostenminderung oder Steuerrisikoerhöhung), so ist der Wettbewerbsvorteil ohnehin rechtswidrig, und der Fiskus hat dafür zu sorgen, dass diese Wettbewerbsverzerrung erfolglos bleibt (am besten schon in der Steuerveranlagung, jedenfalls in der späteren steuerlichen Außenprüfung). Die lückenlose Durchsetzung des gesetzlichen Steueranspruchs dient also nicht nur dem Staat, sondern auch dem Wettbewerb und den Wettbewerbern. Sie alle müssen die Gewissheit der (praktikabel) lückenlosen *Prüfung* aller wollen, um nur mit ihren unternehmerischen Stärken konkurrieren zu können.
- e) Gleiches gilt umgekehrt: Legt sich ein Unternehmen engere Grenzen der Steuerreduzierung oder Risikoerhöhung auf, als das für alle gleiche Gesetz vorschreibt, so beeinträchtigt das seine *Wettbewerbsfähigkeit*. Das ist weder in seinem Interesse noch im allgemeinen Interesse. Zu erörtern bleibt, ob man das wegen Corporate Governance oder Corporate Social Responsibility anders zu sehen hätte.
- f) Schließlich ist eine Besonderheit der ertragsabhängigen Steuern hervorzuheben: ihre erhöhte *Komplexität* wegen der Komplexität ihrer *Bemessungsgrundlage* (Einkommen, Netto-Prinzip). Die Leistungsfähigkeit, gemessen am Reinvermögenszuwachs oder Nettoeinkommen, zu besteuern, hat hohe Überzeugungskraft als abstrakt „gerecht“. Zugleich ist die Messung dieser Leistungskraft so schwierig und deshalb in vielem so wenig überzeugend, dass die Steuer konkret als ungerecht empfunden wird. Daher der unüberhörbare und unerfüllbare Schrei nach Steuervereinfachung.⁷

⁷ Vgl. zur Steuervereinfachung: *Verf.*, Einkommensteuer – einfach am Ende, am Ende einfach, in: Festschrift für Arndt Raupach, 2006, S. 153–175; (Staatssekretär) *Nawrath*, Das Steuerrecht ist einfacher, als der Professor denkt, Die Zeit Nr. 34 vom 16. 8. 2007.

Die neueste BVerfG-Rechtsprechung (zum ErbSt-Bewertungsrecht)⁸ verschärft die Problematik. Sind alle Steuern mit „ungleicher“ Ermittlung der Bemessungsgrundlage (z. B. Buchwert/Niederstwert/Realisation) verfassungswidrig, so Einkommen-/Körperschaftsteuer wegen der GoB (siehe unten)? Beseitigt ein „Perfektionsgebot“ jegliche hochentwickelte Besteuerung?

Zur Ermittlung des steuerlichen *Einkommens* von Unternehmen gibt es *weltweit zwei Ansätze*:

- *eigenständige steuerliche* Regeln
(was gut erscheint für eine spezifische steuerliche Gerechtigkeit)
oder
- Anlehnung an/Ableitung aus *nichtsteuerlichen* Regeln
(was gut erscheint für eine eingebaute Kontrolle anhand von Gleichbehandlung und Checks and Balances mit außersteuerlichen Gesichtspunkten).

Den *eigenständigen steuerlichen Ansatz* praktizieren und propagieren z. B. die *USA*:

- *Trennung* der steuerlichen Einkommensermittlung nach dem Internal Revenue Code (IRC) von der handelsrechtlichen Gewinnermittlung nach Generally Accepted Accounting Principles (GAAP),
- teilweise Lockerung der strengen Anknüpfung an der *juristischen Person* als Steuersubjekt durch eigenständige steuerliche Subjektdefinition (oder als Wahlrecht des Steuerpflichtigen/„check the box“) und Ermöglichung steuerlicher *Konsolidierung* (Consolidated Tax Return).

Deutschland dagegen praktiziert und propagiert die *Anlehnung* des Steuerrechts an das *Handelsrecht*:

- *Maßgeblichkeit* der handelsrechtlichen Gewinnermittlung (GoB) auch für die Besteuerung („Handelsbilanz = Steuerbilanz“),
- juristische Person zugleich *Steuersubjekt* (Kapitalgesellschaft \neq Personengesellschaft) und Maßgeblichkeit des *Einzelabschlusses* je Kapitalgesellschaft (keine Konsolidierung, allenfalls Addition/Subtraktion aufgrund Ergebnisabführungsvertrags).

Das Problem „handels- oder steuerrechtliche Gewinnermittlung“ verschärft sich, und die in der deutschen Gleichstellung enthaltene „Richtigkeitsgewähr“ vermindert sich neuerdings:

- Die Berichterstattung der Unternehmen an ihre Eigentümer folgt immer mehr *IFRS* oder anderen Grundsätzen statt den GoB, die nur noch handelsrechtlich maßgeblich bleiben (für Dividende, Kapitalerhalt u. a.). Steuerlich gelten die IFRS aber als ungeeignet, mangels gesetzlicher Legitimation und wegen ihrer starken beurteilenden und zukunftsorientierten Elemente (z. B. Projektionen des Managements).
- Die Berichterstattung an die Gesellschafter blickt vorrangig auf den *Konzernabschluss*, auch bei mittelständischen Unternehmen, und der Einzelabschluss der Obergesellschaft wird manchen Geschäftsberichten nicht einmal mehr am Ende beigegeben, sondern nur noch beigelegt, damit man ihn leichter beiseitelegen kann.

⁸ BVerfG v. 7. 11. 2006 – 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573.

Die enge Verbindung von Handels- und Steuerbilanz diene (und dient, aber abnehmend) der „Selbstkontrolle“ durch *Interessen-Gegenlauf*: Wer seinen Gesellschaftern oder Banken einen hohen Gewinn zeigen will, muss ihn auch versteuern. Wer höchstmögliche Abschreibungen will zur Steuerminimierung, muss das auch bei Ausschüttung und Entnahme gegen sich gelten lassen. Deshalb bedürfen höchstmögliche Abschreibungen oder sonstige „konservative“ Bilanzierung ggf. der besonderen Anordnung durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss.

Die *Kontroll-Automatik* des Interessengegenlaufs bei der Abschlusserstellung und -feststellung setzt sich auch in der *Prüfung* fort: Wirtschaftsprüfer (Abschlussprüfer) und Steuerprüfer (Betriebsprüfer) prüfen denselben Abschluss nach weitgehend denselben Kriterien. Deshalb arbeiten Steuerprüfer zugleich für Minderheitsgesellschafter, vor allem sichtbar bei der Prüfung verdeckter Gewinnausschüttungen. Das Recht der *GoB* oder der *vGA* definiert der Bundesfinanzhof, weniger der Bundesgerichtshof. Auch wenn der Maßstab des „sorgfältigen Geschäftsführers“ den rein steuerlichen Maßstab des „Drittvergleichs“ um eine subjektive Komponente aufweicht: Sie tut auch dem steuerlichen Maßstab gut, indem sie die Bandbreite richtiger Preis- und anderer Geschäftsentscheidungen anerkennt (ähnlich wie die Business Judgement Rule oder andere Beurteilungsspielräume zum Schutz vor nachträglichem Besserwissen). Dass der Steuerprüfer seine Amtspflicht rechtlich nur dem Fiskus schuldet und seinerseits unzulänglich wirken mag (siehe den Fall Flowtex), mindert nicht seine reale, auch vorbeugende Bedeutung für Gesellschaft, Minderheitsgesellschafter und Gläubiger.

3. (Inter-)Nationalität

Unternehmensführung ist grenzüberschreitend wie das Unternehmen. Besteuerung ist so begrenzt wie der steuererhebende Staat, nicht nur, weil es „hinter der Grenze dunkel“ ist, sondern vor allem, weil jeder einzelne Staat gegen alle anderen steht. Unternehmensführung und Besteuerung bilden daher eine *multilaterale* Wechselbeziehung, *sternförmig* zwischen dem einen Unternehmen (mit seinen vielen Teilen und Gesellschaften) und den vielen Staaten, in denen es tätig ist. Die Anforderung an die Unternehmensführung, rechtlich (oder gar moralisch) geschuldete Steuern zu entrichten, gilt also *je Staat* (Fiskus). Verschiedene Fisci mögen sehr unterschiedliche und gegenläufige Vorstellungen von Richtigkeit haben, wie die Themen Verrechnungspreise, Secondary oder Corresponding Adjustment, Funktionsverlagerungen, Doppelbesteuerung usw. täglich zeigen.

Zudem stehen die verschiedenen Staaten im Wettbewerb nicht nur um das *Steuergut* „Gewinn“, von dem jeder Staat grundsätzlich *möglichst viel* „haben“ (= besteuern) will, unter Ausschluss des anderen oder wenigstens vorrangig vor dem anderen. Die Staaten (Fisci) konkurrieren auch um die *Unternehmen* selbst, um deren Arbeitsplätze, Investitionen, Lieferbeziehungen, Wirtschaftskraft: Dafür wollen sie von dem Unternehmen im „Steuerwettbewerb“ nicht möglichst viel, sondern *weniger* Steuer als der andere – genau genommen so viel Steuer, wie das Unternehmen in seiner Investitionsentscheidung noch akzeptiert, weil diese

Steuer als Teil der maßgeblichen Summe aller Kosten und Netto-Nachteile niedriger ist als die Summe aller Kosten und Netto-Nachteile im anderen Staat oder am anderen Ort. Dem Unternehmen aufzugeben, es möge seine geschuldete Steuer zahlen, greift deshalb mehrfach zu kurz:

- Wo, in welchem Staat und an welchen Fiskus *soll* die Steuer gezahlt werden unter mehreren möglichen, und
- *will* der eine oder andere Staat überhaupt so viel Steuer wie ein möglicher anderer, oder will er planmäßig und gezielt oder praktisch weniger?

Im Inland sind wir das gewohnt (bei der Gewerbesteuer, siehe unten II. 4. g), international begegnet man „Steuerwettbewerb“ auch mit Argwohn.

4. Regeleinhaltung (Compliance)

Corporate Governance ist nicht gleich Compliance, aber sie beinhaltet auch Regeln zur *Ordnung der Regeleinhaltung*. Compliance geht umgekehrt über Corporate Governance hinaus und betrifft auch Einzelpersonen, vom Vermögensträger bis zum Angestellten, Arbeiter und Rentner. Weil der Anteil z. B. der Lohnsteuer am Steueraufkommen den der Körperschaftsteuer um ein Vielfaches übertrifft, steht für den Fiskus die Compliance der Einzelpersonen weitaus im Vordergrund. Drastisch zugespitzt: Compliance der Unternehmen ist weniger unmittelbar fiskalisch bedeutsam als vielmehr mittelbar fiskalisch: nämlich insofern, wie eine als unzureichend empfundene Besteuerung und Regeleinhaltung der Unternehmen die gefühlte Steuergerechtigkeit und damit die Steuermoral der viel wichtigeren Einkommen- und Lohnsteuerzahler beeinträchtigen mag. Ansonsten fördert eine *niedrige* Steuerleistung von Unternehmen fiskalische Interessen, wenn sie mehr Investitionen und Arbeitsplätze schafft.

Corporate Governance richtet sich an Unternehmen als Gesellschaften („corporate“). Zu dieser Anknüpfung gibt es zwei Sichtweisen:

- Die mehr *wirtschaftliche* sieht in der Gesellschaft nur eine Organisationsform wie ein *Sondervermögen* mit *Haftungsbegrenzung*. Maßgeblich betroffen sind nur die Eigentümer (Principals) und die für sie (die Eigentümer) Tätigen (Agents). Folge dieser Sicht ist eine Konzentration und Bindung an reine Eigentümer-Interessen (z. B. Shareholder Value; nur intern gemildert z. B. durch die Business Judgement Rule).
- Die mehr *juristische* Sicht knüpft an der *Rechtsperson* (juristische Person) an, rechtlich wie auch steuerlich. An ihr sind nicht nur die Eigentümer (Shareholders) interessiert, sondern auch viele Dritte (Stakeholders) wie Mitarbeiter, Gläubiger, Nachbarn, Mitbürger und die Gemeinschaft insgesamt. Folge dieser Sicht ist eine Aufweichung von Entscheidungskriterien in Ermessen oder Beurteilung, was eine größere Brandbreite von Entscheidungen des Managements als richtig (vertretbar) erscheinen lässt. Zugleich liegt darin ein Einfallstor für Drittanliegen einschließlich Steuermoral als ein weiterer Maßstab steuerlichen Verhaltens über das steuergesetzliche Minimum hinaus (siehe unten II. 4).

In beiden Sichtweisen schulden Management und Aufsichtsrat ihre *Pflichten nur der Gesellschaft*, nicht z. B. dem Fiskus, außer wo persönliche Pflichten und Haf-

tungen eigens angeordnet sind (z. B. §§ 34, 69 AO oder stets bei Steuerstraftaten, vgl. §§ 369 ff. AO). Auch ist beiden Sichtweisen gemein, dass die Steuerpflicht nur auf gesetzlicher Basis entstehen oder bestehen kann. Darüber Hinausgehendes kann nicht Rechtspflicht sein, kann sich aber im Rahmen der Beurteilung der gebotenen Rücksichtnahme zu einer *Rechtspflicht verdichten*: in aller Regel nicht als absolute Pflicht, mehr als die geschuldete Steuer zu entrichten, aber jedenfalls als Pflicht, die Notwendigkeit einer höheren Steuerzahlung in Betracht zu ziehen und sie abzuwägen gegen Ruf- und Goodwill Schäden und -risiken oder gegen Schäden und Kosten von Rechtsstreitigkeiten oder öffentlichen Auseinandersetzungen. In anderen Bereichen als der Besteuerung, z. B. bei Umwelt oder Gesundheit, ist eine solche Verdichtung zu Rechtspflichten mit höheren als den Mindestkosten für das Unternehmen gang und gäbe.

5. *Gesellschaftliche Verantwortung (Corporate Social Responsibility)*

Unternehmen wie Einzelpersonen haben eine gesellschaftliche Verantwortung. Mit dem Begriff „Corporate Social Responsibility“ (CSR) soll diese Verantwortung nicht auf Unternehmen beschränkt werden (unter Ausschluss der Einzelpersonen), sondern von den Einzelpersonen auf Unternehmen (Gesellschaften) erweitert werden. Das ist jedenfalls da rechtlich klar, wo diese Verantwortung Rechtsqualität hat wie in gewissem Maße bei der Sozialbindung (Sozialpflichtigkeit) des Eigentums natürlicher wie juristischer Personen (Art. 14 GG). Auch in anderen Bereichen kann sich solche Verantwortung zu Rechtspflichten verdichten: Zumindest soweit eine Missachtung dieser Verantwortung dem Unternehmen Nachteile brächte (z. B. Reputation) oder die Beachtung Vorteile, werden Management und Aufsichtsorgane zur Einbeziehung von CSR in ihre Meinungsbildung verpflichtet sein, nicht dagegen zu einem konkreten CSR-konformen Tun, Dulden oder Unterlassen.

Aus CSR ergibt sich freilich nicht notwendigerweise etwas für das steuerliche Verhalten des Unternehmens, jedenfalls nicht im Verhältnis zum steuererhebenden Staat. Dagegen kann im Verhältnis zum und im *Unternehmen* CSR auch für das steuerliche Verhalten von Management und Aufsichtsorganen Konsequenzen haben. Denn der Schutz der Reputation des Unternehmens, die z. B. durch aggressive Steuerplanung und -gestaltung verletzt oder gefährdet würde, verpflichtet alle im Unternehmen dem Unternehmen. Freilich tragen CSR-Gedanken zur Bestimmung angemessenen steuerlichen Verhaltens wenig oder nichts bei: Begriffe wie Steuerumgehung, Missbrauch, Steuervorteilsuche (Tax Shelter) usw. sind unklar, aber immer noch klarer als CSR (siehe unten II. 3).

II. *Wie beeinflusst oder regelt Corporate Governance steuerliches Verhalten von Unternehmen?*

Corporate-Governance-Gesichtspunkte regeln vor allem das Verfahren der inneren Ordnung des Unternehmens (siehe unten II. 1 und 5) und beeinflussen kaum oder nicht inhaltliche Rechte und Pflichten (siehe unten II. 2 bis 4).

1. Funktionen der Organe

In erster Linie ordnet Corporate Governance die Funktionen der Organe des Unternehmens und ihr Verhältnis zueinander. Dazu einige steuerbezogene Gesichtspunkte.

a) Gesellschafter

Wegen der Bedeutung der Steuern (ob als Kosten oder auch als staatliche Gewinnbeteiligung) dürften die Gesellschafter einander verpflichtet sein, in den von ihnen besetzten Organen für ein *steuerliches Grundverständnis* zu sorgen, grundsätzlich durch Einsetzung einzelner hinreichend fachkundiger Funktions-träger. Das kann die Besetzung des Aufsichtsrats mitbestimmen oder (auch in Gesellschaften ohne Aufsichtsrat) die Besetzung der Geschäftsführung durch die Gesellschafter. Die so Bestellten brauchen nicht selbst steuerkundig zu sein, müssen aber Steuerkundige auswählen können.

Untereinander müssen die Gesellschafter *Grundfragen* regeln. Mangels abweichender Vereinbarung dürfte konservative Bilanzierung (z. B. „aggressive“ Abschreibungen) geboten sein, aber z. B. nicht die Wahrnehmung von steuerlichen Sonderabschreibungen, die Ausschüttung oder Entnahme mindern, und auch nicht steuerliche Sondergestaltungen (Tax Shelter). Liegt den Ausschüttungen oder Entnahmen aber z. B. ein Konzernjahresabschluss eines GmbH & Co. KG-Konzerns zugrunde, so sind im Einzelabschluss u. U. auch Sonderabschreibungen geboten, die Steuerkosten sparen.

Das Eingehen von *Steuerrisiken* ist eine Frage kaufmännischer Beurteilung. Risiken einzugehen, ist also nicht an sich schon verboten (siehe unten II. 2. b), sondern kann sogar geboten sein.

b) Aufsichtsorgane

Der Aufsichtsrat *überwacht* die Geschäftsführung auch in ihrem steuerlichen Gebaren anhand von Berichten und mittels der Revision und des Abschlussprüfers. Dazu gehört z. B. eine Überprüfung von Steuer(BP)rückstellungen sowohl darauf, ob sie die Risiken ausreichend (voll) abdecken, als auch darauf, ob in ihnen eine unangemessene (hohe oder niedrige) Risikobereitschaft des Managements zum Ausdruck kommt.

Das Aufsichtsorgan definiert die Grundzüge der *Steuerstrategie*. Dafür dürfte ein Grundsatz „kein Risiko“ ebenso fehlerhaft sein wie eine Bereitschaft zu beliebigen Risiken („downside“), wenn nur die Chance („upside“) groß genug ist. Ob Risikograde quantifiziert werden (z. B. 51 % oder 75 % oder 90 % Erfolgsaussicht), ist Sache des Aufsichtsrats. Er muss aber Anhaltspunkte für die Entscheidungen der Geschäftsführung geben. Geläufig sind *Kriterien* wie „überwiegend wahrscheinlich“ („more likely than not“), was 51 % entsprechen dürfte, oder „nach unserer Beurteilung zutreffend“ (in angelsächsischen Opinions „should“, nicht „will“). Zu solcher Einschätzung sind zumindest hausinterne Prüfvermerke nötig, bei besonders schwierigen oder gewichtigen Steuerrisiken auch externe

und ggf. auch Zweit- oder gar Dritt-Gutachten. Beurteilungen brauchen nicht wissenschaftlich alles aufzuarbeiten. Sie müssen die Sach- und Rechtslage aber einschließlich der negativen Punkte vollständig untersuchen. Zusammenfassende Vermerke genügen, aber nicht formelhafte.

Der Aufsichtsrat braucht die für seine Überwachung notwendigen und den Fachkundigen verständlichen Daten und *Informationen*. Er muss sich jederzeit auch unmittelbar berichten lassen können und gelegentlich berichten lassen. Der Aufsichtsrat muss Verantwortlichkeiten und Befugnisse festlegen. Er muss sich vergewissern, dass die Steuerabteilung angemessen organisiert ist, genug qualifizierte Mitarbeiter hat und internen Kontrollen unterliegt. Externe unabhängige Kontrollen (Konzernrevision; Abschlussprüfer, wenn nicht zugleich Steuerberater des Unternehmens) sind von Fall zu Fall und routinemäßig geboten. Dabei geht es stets um beides: um die Vermeidung von unangemessen hohen Risiken und um die Nutzung angemessener Steuerersparnis-Möglichkeiten.

c) *Geschäftsführung*

Entsprechendes gilt für die Organisation der Geschäftsführung und ihre Anleitung und Überwachung der *Steuerabteilung*. Oft wird verlangt, der Vorstandsvorsitzende und/oder der Finanzvorstand müssten Steuererklärungen selbst unterschreiben. In Deutschland regelt das schon die AO (§§ 34 Abs. 1, 150 Abs. 3 AO). Man könnte das sonst auch anders sehen.

Manager werden regelmäßig mit *Vergütungsanreizen* geführt, oft bezogen auf *Vor-Steuer-Kennzahlen* wie Umsatz, Cash-Flows (EBITDA) oder Gewinn vor Zinsen und Steuern (EBIT). Aus der Sicht des Gesellschafters und der Gesellschaft erscheint das bedenklich. Steuern sind auch hier zu berücksichtigen, weil sie Unternehmen und Gesellschafter wie Kosten belasten (siehe oben). Umgekehrt wird gelegentlich kritisiert, eine variable Vergütung z. B. des Steuerabteilungsleiters, die an der *Steuerquote* anknüpfe, könne unangemessen zu Steueraggressivität anreizen. Diese Kritik bedürfte besonderer Begründung: Schließlich kritisiert niemand entsprechende Vergütungsanreize für Verkäufer oder Einkäufer. Zu beachten ist aber, dass die Steuerquote in diversen Weisen gemessen werden kann und selbst „richtig“ gemessen wenig oder nichts über den Erfolg der Arbeit der Steuerabteilung aussagen mag. Zutreffender erscheinen qualitative *Einzelziele* steuerlicher Ergebnisse. Ob ein Leistungsanreiz für Steuersparen angemessen ist, ist eine inhaltliche Frage (dazu sogleich).

2. *Recht oder Pflicht zum Steuersparen?*

Gelten für die Rechtmäßigkeit oder Angemessenheit von Steuersparen andere Regeln als für das Sparen bei sonstigen Kosten? Grenzen für Kostensparen im Allgemeinen sind teils rechtlich (z. B. Entlassungen und Kündigungsschutz/ Abfindungen), teils außerrechtlich begründet (z. B. öffentliche Proteste gegen Entlassungen durch ein profitables Unternehmen oder unter dem Einfluss von Finanzinvestoren/ „Heuschrecken“).⁹

⁹ Vgl. hierzu *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 12. Aufl. 2005, Rn. 328.

a) Besonderheit von Steuerlasten: reine Pflicht

Steuern sind definiert durch die einseitig auferlegte Steuerpflicht. Das Fachwort „Steuerpflichtiger“ bringt das besser zum Ausdruck als das umgangssprachliche „Steuerzahler“: Steuern kann man nicht wahlweise zahlen oder nicht zahlen; man kann sie nicht „vereinbaren“ (wie Löhne durch Ein- oder Ausstellung). Das Unternehmen zahlt Steuern nur (!) deshalb, weil es sie schuldet, d. h., weil der Fiskus sie ihm als Pflicht auferlegt hat – ohne Gegenleistung oder Gegenvorteil oder auch nur Einflussmöglichkeit auf die Verwendung. Eine von der Pflicht abweichende Zahlung ist entweder steuerrechtswidrig (weil zu wenig oder zu spät bezahlt wird) oder zivilrechtswidrig (weil mehr oder früher zu zahlen das Management nicht berechtigt ist). Auch für „business judgement“ ist da wenig Raum, anders als bei Löhnen oder Lieferpreisen. Nur „in sich“ sind die Kosten der Steuerzahlung gegen die Risiken der Nichtzahlung abzuwägen, nicht aber abzuwägen gegen einen „außerhalb“ liegenden Vorteil. Über die *Kosten-Risiko-Abwägung* hinaus mehr oder weniger zu zahlen als geschuldet („Pflicht“), wäre Belieben, und *Belieben* im Management für andere („agent“ für „principal“, „other people’s money“) ist immer unvertretbar. Allenfalls der Alleineigentümer eines Unternehmens mag nach Belieben handeln, aber selbst er ist den anderen Stakeholders verpflichtet und auch rechtlich gebunden (Gläubiger, Mitarbeiter, Vermieter u. a.). Nach Belieben die Steuerpflicht übererfüllen ist zumindest zivilrechtlich, evtl. sogar strafrechtlich Pflichtverletzung und darüber hinaus Verletzung der Aufgaben des Managements zu rationaler, nachvollziehbarer, eben nicht beliebiger Unternehmensführung in allen Belangen, auch steuerlichen (zu CSR siehe unten, II. 4). Aus der Erfüllung seiner Pflicht mag man Befriedigung oder Stolz beziehen, nicht mehr und nicht weniger. Steuerzahlen bringt eben noch *nicht einmal* die vermeintlichen *Goodwill-Vorteile* des Sponsorings oder Spondens.

b) Zu wenig Steuer: Risiko

Die pflichtgemäß geschuldete Steuer zu unterschreiten ist steuer- und ggf. strafrechtswidrig. Wie bemisst sich die Pflicht, wer bemisst sie, wie bemisst das Management sie, und nach welcher Maßgröße richtet sich die Überwachung in der Corporate Governance?

Besonders an Steuern und anders als bei Pflichten gegenüber anderen Gläubigern ist zweierlei:

- Die *Regeln* des Steuergläubigers für Steuerpflicht in Inhalt und Verfahren sind im Voraus bekannt und *veröffentlicht*. Es gibt keine Kalkulation „hinter vorgehaltener Hand“, keine Kalkulationsspielräume, keine rechtlichen Spielräume für Kulanz vorher oder nachher.
- Die *Einhaltung* der Steuerpflichtenerfüllung wird im Nachhinein uneingeschränkt *kontrolliert*, ggf. schon in der Veranlagung, jedenfalls in der Betriebsprüfung. Zivilrechtlich mag einem Geschäftsgegner vieles oder das meiste unbekannt sein und bleiben; in Deutschland gibt es keine „discovery“. Aber der Fiskus braucht keine „discovery“-Verfahren, er kann prüfen und vor allem

einfach fragen. Die häufige Bemerkung von Managern und Eigentümern, wie solle das oder jenes der Fiskus denn je erfahren, geht an der Lebenswirklichkeit völlig vorbei: Ein Finanzprüfer kann, wenn er wirklich will, in einem normalen Unternehmen praktisch alles erfahren, indem er „die Leute“ (einschließlich der führenden Leute) einfach fragt. Auf intensive Fragen lügt keiner. Warum sollte ein Manager persönliche Risiken auf sich nehmen und etwas verheimlichen, was ein anderer Befragter vor oder nach ihm aufdeckt? Zur Transparenz siehe auch unten Nr. 5.

Das heißt, das Besondere der Steuerpflicht und ihrer Erfüllung ist die fast unbegrenzte Transparenz der Regelsetzung und der Regeleinhaltungsprüfung. *Fast unbegrenzt*, weil es eine bedeutende Begrenzung gibt: Sie liegt in der enormen, unvermeidlichen *Komplexität* eines Steuerrechts und einer Steuerpraxis, die so komplexe Lebenssachverhalte wie Gewinnerzielung und deren Messung erfassen soll. Aus dem Zusammenwirken beider, Transparenz und Komplexität, ergibt sich die beherrschende Bedeutung der *Risikoabwägung*:

- *Alles* wird *bekannt* oder kann zumindest bekannt werden; je gewichtiger das einzelne Steuerthema, desto sicherer wird es in allen Aspekten bekannt; davon muss man ausgehen, auch wenn es im Einzelfall anders käme.
- Alles ist *so oder anders* darzustellen und zu *beurteilen*; kein Sachverhalt ist „eindeutig“ oder „klar“, und seine steuerrechtliche Beurteilung ist es erst recht nicht.

Dieser Widerspruch – „Transparenz und Informationsfülle“ und „Komplexität und Unsicherheit“ – rührt an die Grundfesten der Besteuerung und an die Existenzberechtigung und Überlebensfähigkeit der komplexen Steuern wie der Ertragsteuern.¹⁰ Doch solange sie bestehen, bestimmt er die Steuerpraxis: Risiko-Erkennung, -Beurteilung, -Verarbeitung sind das Allerwichtigste.

Das heißt: Eine vorgebliche Steuerstrategie „*kein oder minimales Risiko*“ ist wirtschaftlich unsinnig und auch rechtlich fehlerhaft.¹¹ Sie ist auch unter Corporate-Governance-Aspekten unvertretbar. Die einzige Entschuldigung dafür, dass so etwas schon einmal so dahingesagt werden mag, ist wiederum die Komplexität, die der Dahinsager fühlt und nicht beherrscht. Umgekehrt ist eine Steuerstrategie „*hohes Risiko*“ ebenso unvertretbar, weil Risiken über fünf bis zehn Jahre (Abschluss einer Betriebsprüfung) oder mehr auflaufen könnten, die den Gewinn mehrerer Perioden auslöschen und die Existenz des Unternehmens gefährden würden. Oder das Risiko müsste sich in laufenden, Aufsehen erregenden Steuer-rückstellungen niederschlagen: An der Notwendigkeit der Rückstellung in Abschluss und Betriebsprüfung konkretisiert sich die Unmöglichkeit einer Hoch-Risiko-Strategie.

In die Risikoabwägung gehen ein die Steuerlast selbst (einschließlich ihrer möglichen Überbemessung durch eine provozierte Behörde), die Möglichkeit der Sofortfälligkeit ohne Aussetzung der Vollziehung trotz Streits und die Sanktionen (Nebenfolgen). Hauptsanktion und ggf. prohibitiv ist – weit unterhalb von Extremen wie Hinterziehungsfolgen – ganz einfach die sog. *Vollverzinsung* ab

¹⁰ Siehe oben Fn. 6.

¹¹ Siehe oben II. 1. b).

dem 16. Monat nach Ende des Steuerjahres: 6 % p. a. ohne Zinseszins, aber steuerlich nicht abzugsfähig, also real eher um die 10 % p. a. (vgl. §§ 233 a, 238 AO). Ihr entgeht man nur durch Umkehrung der Vorgehensweise und Offenlegung des Problems im Voraus: Steuererklärung und -zahlung gegen die eigene Steuerrechtsmeinung so, als sei der Fall gegen den Steuerpflichtigen zu entscheiden, und anschließend Vertreten und Durchsetzen der eigenen, günstigeren Meinung in der Betriebsprüfung (oder ganz ausnahmsweise vorab in einem Verfahren auf verbindliche Zusage). So etwas kann ein Unternehmen allenfalls in besonderen Einzelfällen tun. Im Erfolgsfall verdient es (steuerpflichtige) Zinsen auf die Erstattung. Die Erstattungsforderung ist in aller Regel erst ab Anerkennung durch die Steuerbehörde aktivierbar, also erst nach Jahr und Tag.

Mit anderen Worten: Es bleiben real nur Steuerstrategien mit Risikobeurteilungen in einem *Rahmen von 51 % bis vielleicht 75 %* (siehe auch oben zu „should/will“). Alles Planen darüber oder darunter ist regelmäßig unvertretbar.

c) Sachverhalt und Alternativen

Das Gesagte gilt uneingeschränkt für alternativlose Sachverhalte. Das sind alle abgeschlossenen Sachverhalte, die in der Vergangenheit liegen und von der Steuerabteilung nur be- und verarbeitet werden können. Dazu zählen vor allem die vielen aktuellen Geschäftsvorfälle, die im Geschäftsgang anfallen und nicht (auch nicht aus steuerlichen Erwägungen heraus) alternativ gestaltet werden können oder sollen. Nur wenige meist größere und rechtzeitig im Voraus erkannte Sachverhalte im Unternehmen werden überhaupt unter steuerlichen Gesichtspunkten auf Alternativen untersucht. Nur für sie kann sich – und auch das eher selten – die Frage nach den Grenzen der Steuergestaltung oder Steuervermeidung stellen.

3. Steuergestaltung, -vermeidung, -umgehung, -hinterziehung

Die steuerrechtlichen Grundsätze sind einfach:

- *Steuerhinterziehung* („evasion“) ist rechtsunwirksam und verboten, im Allgemeinen strafbar. Kein Unternehmen – unabhängig von Corporate Governance – wird Steuerhinterziehung wollen oder dulden („je Land“, siehe oben). Steuerhinterziehung ist leicht vermeidbar: Man legt der Finanzbehörde alle relevanten *Tatsachen offen*, dann kann auch eine noch so aggressive Steuergestaltung unmöglich Steuerhinterziehung sein. Steuerhinterziehung beginnt also nicht (graduell und beurteilend) bei einer gewissen Aggressivität der eingenommenen steuerrechtlichen Position (Beurteilung), sondern hängt (qualitativ und faktisch) daran, dass relevante Elemente des *Sachverhalts* verheimlicht werden.
- *Steuerumgehung* („avoidance“) ist jedenfalls nicht verboten oder strafbar. Sie kann ausnahmsweise rechtsunwirksam, weil missbräuchlich sein (siehe unten II. 3. b). In allen anderen Fällen ist sie rechtswirksam und erreicht ihr unmittelbares steuerliches Ziel, das der Steuervermeidung.

Unklar ist, ob es zwischen diesen beiden Kategorien eine *weitere* abgrenzbare *Kategorie* gibt mit Erkenntnisgewinn und Verhaltensfolgen, eine Kategorie der rechtswirksamen, aber dennoch bedenklichen und zu unterlassenden *Steuerver-*

meidung (z. B. sog. Tax Shelter). Hier wird vorgeschlagen, ein ohnehin schwer verstehbares Begriffsgebäude nicht durch weitere Kategorien zu verwirren. Unabhängig davon kann es gute Corporate Governance und insofern (!) geboten oder angebracht sein, eine mögliche Steuergestaltung zu unterlassen. Ist ein solches Unterlassen aus Corporate-Governance-Gründen im Unternehmensinteresse, so kann sich darauf z. B. ein Gesellschaftsorgan gegenüber dem anderen berufen, auch mit Rechts-, z. B. Haftungsfolgen, aber nicht der Fiskus.

a) *Steuerhinterziehung*

Steuerhinterziehung ist verboten, unabhängig davon, ob eine Gestaltung nur dem Sinn oder auch den Buchstaben einer Steuernorm widerspricht. Gute Corporate Governance erfordert Regeln und Kontrolle zur Einhaltung des Verbots und insbesondere zur Einhaltung des Gebots der Offenlegung. Erscheint bei unterstellt voller (auch „geschickter“) Offenlegung eine Steuergestaltung als nicht hinreichend (51 %?, 75 %; siehe oben) aussichtsreich (erfolgversprechend, steuerrechtswirksam), hat sie *zu unterbleiben*. Andernfalls *ist sie vorzunehmen*, ungeachtet ihrer möglichen „Aggressivität“, wenn nicht andere Erwägungen konkret und entscheidend dagegen sprechen (siehe unten II. 4).

b) *Steuerungsumgehung, Missbrauch*

Für Steuerungsumgehung gilt genau das Gleiche: Alle Sachverhaltselemente sind offenzulegen, ggf. positiv (geschickt, aber wahrheitsgemäß) dargestellt. Erscheint die Gestaltung sodann aussichtsreich – und nur dann –, so ist sie vorzunehmen, vorbehaltlich konkreter Gegengründe. Der Unterschied zur Kategorie „Steuerhinterziehung“, so „operativ“ gesehen, ist gering: Zusätzlich einzubeziehen ist nur der allgemeine Gesichtspunkt „Missbrauch“, der aber eigentlich ohnehin in jeder Überprüfung zu berücksichtigen ist.

Was ist (steuerlicher) *Missbrauch*? Manche Steuerrechte haben gesetzliche allgemeine Missbrauchsklauseln (z. B. § 42 AO), andere nicht. Unabhängig davon sind manche Steuerrechtsordnungen „strenger“ oder „inhaltlicher“ (z. B. die USA: *substance over form*), andere weniger streng und „formaler“ oder auch „rechtsstaatlicher“, wie man sagen könnte (z. B. wohl UK: eher *form over substance* oder „form and substance“ nebeneinander). Es kommt also offenbar nicht auf „Proklamationen“ an wie Missbrauchsverbote oder gar wie die jetzt erwogene und merkwürdige Ausweitung der Missbrauchsklausel des § 42 AO. Worauf kommt es an? Hier wird vorgeschlagen: auf Fallgruppen, in denen sich Generalklauseln („angemessen“, „üblich“, „Sinn und Zweck“ usw.) konkretisieren. Da Unwerturteile Einzelner nicht genügen können (wie oft schaut z. B. ein Steuerprüfer etwas an und sagt auf den ersten Blick zunächst „missbräuchlich!“) und das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht feststellbar ist, muss die *Rechtsprechung Fallgruppen* herausarbeiten. Dazu einige Beispiele:

– *Fristen*

Wer aus rein steuerlichen Gründen eine Maschine am Tag des Beginns der Abschreibungsbegünstigung (oder der Investitionszulage) kauft oder am letzten

Tag der Frist, handelt ebenso wenig missbräuchlich wie das Paar, das am 31. Dezember heiratet, um den Splittingtarif noch für das alte Jahr zu kriegen, oder ein Kind vor dem April zeugt. Aber wenn der Investor die Maschine wirtschaftlich nicht kauft (sondern z. B. mietet), kann das „missbräuchlich“ sein.

– *Vertragsform*

Der Investor, der sich aus rein steuerlichen Gründen für den Maschinenkauf entscheidet (statt für die Miete), kann nicht missbräuchlich handeln. Jedoch wenn der Investor den Vertrag „Kauf“ nennt, aber insgesamt „Miete“ vereinbart, kann das als Miete steuerlich zu behandeln sein.

– *Gesellschaftsform*

Wer nur aus Steuergründen die GmbH & Co. KG der GmbH vorzieht (wie vermutlich 1000 000 Deutsche), wählt nicht missbräuchlich. Er hat eben die Wahl.

– *Beteiligungsketten*

Solange es die Vermögensteuer gab, hielten tausende von Kapitalgesellschaften ihre Anteile mit anderen gepoolt, so dass jeder die Grenze des Schachtelprivilegs überschritt. Es entstanden z. T. ganze Netze von Pools und Ketten, soweit bekannt nicht als missbräuchlich angegriffen.

– *Zusammengesetzte Transaktionen*

Wenn der direkte Weg, z. B. einer Einbringung, nicht steuerneutral ist – vielleicht ist der Weg mit einem Zwischenschritt steuerneutral: Ist das missbräuchlich? Solche „step transactions“ (oder „stepping stone transactions“) werden wohl unterschiedlich gesehen, je nachdem wie lange der Zwischenschritt anhält. Der Steuergesetzgeber selbst mag solche Unsicherheit nicht leiden und setzt Fristen (z. B. 2 oder 5 oder 7 Jahre). Dann gilt das eingangs Gesagte. Ohne gesetzliche Frist spricht die Rechtsprechung vom sachlichen und (!) zeitlichen Zusammenhang. Das heißt, auch bei zeitlichem Zusammenhang (z. B. binnen zwei Jahren „Zusammenrechnung“ oder „Zusammenschau“) reicht ein Zwischenereignis, um den sachlichen Zusammenhang zu unterbrechen: Tut der Steuerpflichtige einen ersten Schritt und dann nach einem neuen externen Ereignis den zweiten, so spricht das gegen einen Gesamtplan von Anfang an, und wenn das Zwischenereignis Zweifel am Gesamtplan begründet, gehen sie zugunsten des Steuerpflichtigen: also kein Missbrauch.

Mit anderen Worten: Missbrauch ist eine Beurteilung aller Umstände des Einzelfalls. Dafür gibt es keine Pauschal- oder Generalregel.

– Corporate Governance prüft nicht, ob *steuerliche oder andere Gründe* vorliegen. Gleichwohl wäre es unvorteilhaft und irgendwie unpassend, eine Transaktion als steuerlich motiviert erscheinen zu lassen. Ein salopper Spruch sagte früher: Unsere Firma tut nichts aus steuerlichen Gründen, da passt schon die Steuerabteilung darauf auf. Aber entscheidend ist das nicht.

– Gute Corporate Governance prüft (1) *verfahrensmäßig*, ob eine interne und ggf. auch eine externe Fachbeurteilung vorliegen, und (2) *inhaltlich* (aber nur auf Plausibilität), ob die Beurteilung die Elemente des Einzelfalls angemessen wiedergibt und mit der vorgegebenen Wahrscheinlichkeit zu einem positiven Ergebnis kommt (also z. B. „überwiegend wahrscheinlich/more likely than not“/ 51 % oder „ganz überwiegend wahrscheinlich“/75 %).

Dass eine Gestaltung „steuerlich“ ist oder der Steuerersparnis dient, ist kein beachtliches Kriterium, sondern im Steuerstaat angesichts der Bedeutung der Besteuerung eine Selbstverständlichkeit.

c) Steuerverwaltungspraxis zu Tax Shelter

Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt für oder gegen die Angemessenheit einer Gestaltung ist die Verwaltungspraxis der Steuerbehörden. Sie zeigt einerseits, wie schwer oder unmöglich allgemeingültige Aussagen sind, und andererseits, wie relativ Missbrauchsvorwürfe sind, auch wenn sie „absolut“ daherkommen. Man denke nur an die Verwaltungspraxis zu Leasing-Steuermodellen (mit körperlichen und nichtkörperlichen Wirtschaftsgütern): Da gab es eine jahrzehntelange, sich stetig entwickelnde Verwaltungspraxis in enger, z.T. „geheimer“ Zusammenarbeit mit der Branche, die den Steuermodellen Sicherheit gab und geben sollte und sie damit überhaupt erst umsetzbar und attraktiv machte. Gleichzeitig betrieb die Finanzverwaltung verschiedene Steuergesetzänderungen gegen ebendiese Steuermodelle, und gleichzeitig wurden Elemente der Modelle (z. B. legal oder economic defeasance) allgemein „abgesegnet“, aber später im Einzelfall als missbräuchlich oder sogar strafbar angegriffen. Das mahnt zur Vorsicht, gegenüber schnellen Unwerturteilen ebenso wie gegenüber schneller Akzeptanz.

4. Gesellschaftliche Verantwortung (Corporate Social Responsibility/CSR)

Gibt es nun zwischen steuerrechtswidrigem Missbrauch und steuerrechtlich problematischer Steuervermeidung einen Graubereich, in dem Steuersparen für ein Unternehmen gesellschaftlich unverantwortlich sein kann? Umgekehrt gewendet: Sollten Unternehmen Steuersparen unterlassen und stattdessen „happy taxpayers“ sein, weil sie nur so „gute Bürger“ (Good Corporate Citizens) sind?

a) CSR im Allgemeinen: Schutz Privater

Die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen wird herangezogen, wo rechtliche Regeln fehlen oder sie allgemein (oder fast allgemein) als unzureichend angesehen werden. Das gilt nicht nur für Unternehmen, sondern auch für Private. Aber nur oder vor allem Unternehmen unterliegen gesellschaftlichen Sanktionen, die die Einhaltung von CSR-„Regeln“ erzwingen können. (Private unterliegen gleichen Sanktionen außer bei sozial akzeptierter Steuerunmoral.) CSR ist ein unspezifischer Kanon zum Schutze Privater oder *nichtstaatlicher* Personen und Gemeinschaftsgüter, z. B. Mitarbeiter (Arbeitsplätze), Kunden (Verbraucher), Umwelt u. Ä. CSR soll nicht den Staat schützen, sondern die nichtstaatliche Gemeinschaft (Gesellschaft). Das spricht gegen die Anwendung von CSR auf Steuern: Der Staat entscheidet und ist „Manns“ genug zu entscheiden, ob und wieviel Steuern er erheben will. Er erwartet und braucht keine überobligationsmäßige Steuerzahlung. Anders gewendet: In jeder Steuererhebung steckt eine *Grenzziehung* mit Wirkung und Aussage für beide Seiten des Grenz-

zauns: hier auf der einen Seite und insoweit Steuer, dort auf der anderen Seite eben keine Steuer. Diese negative Funktion „insoweit keine Steuer“ dient dem unverzerrten *Wettbewerb* der Leistungen, Kosten, Preise usw. CSR-Anforderungen verzerren den Wettbewerb; bei nicht anders hinreichend geschützten Gütern mag diese Verzerrung hinzunehmen sein, weil unvermeidlich oder in der Güterabwägung angemessen. Bei Steuern wäre diese Verzerrung nicht gerechtfertigt.

b) CSR im Interesse des Unternehmens

CSR beschränkt unternehmerisches Handeln, aber nur wiederum im Interesse des Unternehmens. Das Unternehmen unterlässt in eigener Entscheidung etwas sonst Vorgesehenes und Gewolltes, weil angesichts des Risikos oder der Gewissheit der Rufschädigung das Unterlassen im Interesse des Unternehmens und geboten ist. Bezüglich Steuern wäre Voraussetzung dafür, dass die Eigentümer/Gesellschafter dem Management diesen Spielraum einräumen oder anordnen. Ohne besondere Anordnung kann das Management nicht davon ausgehen, diesen Spielraum zu haben. Eine nicht geschuldete Steuer zu zahlen, ist gleichbedeutend mit Spenden. Die Unterscheidung ist bekannt von der *Anrechnung ausländischer Steuern*: Eine aus Nachlässigkeit oder gar Absicht zu Unrecht entrichtete ausländische Steuer ist im Inland nicht anrechenbar. Denn Steuer ist nur, was man gesetzlich schuldet, ggf. nach Kampf im Rechtsmittel. Eine bezahlte, aber nicht geschuldete Steuer ist Steuerzahlung (nicht Spende) innerhalb eines Beurteilungsspielraums, in dem das Management das Steuerrisiko (zuzüglich Sanktionsrisiken) für so hoch hält, dass es sich zur Entrichtung gezwungen oder zumindest bona fide veranlasst sieht, z. B. im Vergleich in einer Außenprüfung oder vor dem Finanzgericht.

Als *Spende* aber wäre eine „Steuer“zahlung nie gerechtfertigt. Denn wenn überhaupt, so rechtfertigt sich die freigiebige Spende nur durch anderweitige Vorteile für das Unternehmen (wie z. B. beim Sponsoring oder bei Goodwill-förderndem Auftreten des Unternehmens). Ebendas kann es bei einer „großzügigen Steuer“zahlung nicht geben: Für Steuern kriegt man keine Vorteile; von der Steuerüberzahlung weiß keiner, der über Vorteile disponiert.

Freiwillig (ungeschuldet) Gezahltes kann nicht Steuer sein. Aber widerwillig zahlen ist nicht freiwillig. Der Steuerpflichtige muss nicht alles ausprobieren und muss nicht alles Ausprobierte austreten (bis BP oder FG/BFH). Diese *Abwägung* beruht nicht auf CSR (ist nicht „social“), sondern liegt im Unternehmensinteresse:

- als Risiko-Abwägung (einzelfallbezogen) und
- als Abwägung, was sich gehört und was man tut – insofern wie in einer langen Geschäftsbeziehung, noch dazu in der Beziehung „Steuerpflichtiger–Steuergläubiger“ als einer lebenslangen, unauflöslchen.

Zu letzterer Abwägung: Ein Nachgeben durch Zahlen einer strittigen Steuer rechtfertigt sich nicht durch Gegenvorteile. Der Fiskus kann gar nicht von der Erhebung einer anderen, geschuldeten Steuer absehen. Aber die Abwägung ähnelt

der beim *Vergleich* als gegenseitigem Nachgeben im unklaren Graubereich, und sie vermeidet Provokation und Herausforderung des Finanzbeamten (z. B. Prüfer), seiner Kollegen und ihrer Behörde.

c) Spenden

Steuerzahlen als Akt von Sponsoring oder gar Spenden wäre zivilrechtlich Rechtsverletzung des Handelnden (z. B. Manager) gegenüber der Gesellschaft (z. B. Eigentümer). Das heißt, allenfalls der Alleininhaber eines Unternehmens darf so etwas alleine tun, jeder andere braucht die klare Zustimmung der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter.

Denn eine als Steuerzahlung ausgewiesene (d. h. verdeckte) Spende wäre Bilanzfälschung (evtl. sogar Untreue). Richtig als Sponsoring oder Spende ausgewiesen wäre sie zudem i. d. R. abzugsfähig, als Betriebs- oder Sonderausgabe, während persönliche Steuern (ESt, KöSt) nicht bei der Ermittlung ihrer eigenen Bemessungsgrundlage abzugsfähig sind (vgl. § 12 EStG).

d) Vergleich mit Steuersubventionen

Offenlegen von „freiwilligen Steuerzahlungen“ als eine Art von „Steuer-Sponsoring“ erinnert an den Begriff der „Steuer-Subventionen“ (Tax Subsidies), der seit den späten 1960er Jahren¹² helfen sollte, Steuervergünstigungen aufzuteilen in

- steuerlich vorteilhafte Sachverhalte und Gestaltungen, deren Vorteilhaftigkeit in dem gesetzlichen System der jeweiligen Steuer selbst begründet ist, und
- Steuervergünstigungen, die der Steuergesetzgeber außerhalb der steuerlichen Systematik aus außersteuerlichen Gründen gewährt und lediglich steuerlich „verpackt“, weil ihre offene Ausgestaltung als *Subvention* die Staatsquote (Steuerquote) erhöhen würde oder sonst auf Widerstand stieße.

Diese begriffliche Unterscheidung führte weder zur Abschaffung von „Steuer-subventionen“ noch zu letzter begrifflicher Klarheit. Denn das Kriterium der Abgrenzung – der intern steuersystematisch begründete Vorteil vs. die extern begründete, aber steuerlich eingekleidete oder verkleidete Vergünstigung –, dieses Kriterium unterliegt der Interpretation und Beurteilung:

Die Unterscheidung zwischen geschuldeter (wenn auch strittiger) Steuerzahlung vs. freiwilliger „Steuer“zahlung erinnert daran. Neben Ähnlichkeiten gibt es aber auch grundlegende Unterschiede, die gerade an dem eindeutigen Kriterium der (zumindest vergleichsweise) anerkannten Steuer„schuld“ hängen. Bei der Steuersubvention gestaltet der Steuergesetzgeber rechtswirksam das Steuerrecht. Bei der Zahlung oder dem Empfang einer nicht geschuldeten Steuer als „Sponsoring“ oder „Spende“ aus sozialer Verantwortung handeln beide Beteiligten rechtswidrig und rechtsunwirksam:

- die *Finanzbehörde*, die eine solche „Steuer“ nicht einmal entgegennehmen dürfte, sondern nach Buchung auf Verwahrkonto und Klärung zurücküberweisen müsste, und

¹² Ausgehend von den USA und vor allem von Stanley S. Surrey (Harvard Law School).

- der für den *Steuerpflichtigen* Handelnde, also z. B. der Manager (aber nicht z. B. die steuerpflichtige natürliche Person selbst), der mit der fehlerhaft gezahlten und ausgewiesenen „Steuer“ zumindest Gesellschafts- und Dienstvertragsrecht verletzt, evtl. sogar Strafrecht.

Denn beide, Exekutive (anders als Legislative) und Steuerpflichtiger sind an das Gesetz gebunden und stehen in einem gesetzlichen, nicht umgestaltbaren Schuldverhältnis. Steuersparen ist also nur die Kehrseite von Steuerschulden: (nur) die nicht geschuldete Steuer kann gespart werden, und sie darf und kann (!) auch nicht als „Steuer“ entrichtet bzw. entgegengenommen werden. Mit anderen Worten: Der steuerliche Berater hilft dem Steuerpflichtigen, (nur) die geschuldete Steuer zu entrichten (und die nicht geschuldete zu „sparen“ oder zu vermeiden). Die Finanzbehörde darf die „freiwillige“ Steuer ebenso wenig annehmen (erheben), wie die Justizverwaltung den „freiwillig“ Einsitzenden einsperren dürfte.

e) *Testüberlegung: Erklärbarkeit*

Es gibt eine einfache und praktische Testüberlegung, die im Einzelfall für das Unterlassen von Steuersparen spricht und dafür, dass dieses Unterlassen im Interesse des Unternehmens ist: Würde ich mich unwohl („peinlich“) fühlen, das Steuersparen – würde es auf- und angegriffen – vor einem kundigen Dritten zu verteidigen, also insbesondere gegenüber einem Finanzbeamten oder -richter? Freilich bleibt da ein weiter Spielraum, weshalb man die Testüberlegung nicht für eine einzige Person anstellen darf, die besonders sensibel oder unsensibel sein mag. Karl Kraus sagt: Der Ausdruck „nach bestem Wissen und Gewissen“ lasse offen, wie klein das Wissen und wie groß das Gewissen sein dürfe. Man muss also objektivierend auf das Wissen und Gewissen eines einschlägig Kundigen, Erfahrenen und Angesehenen abstellen, der eigene Reputation einsetzt.

f) *Bekundung guter Absicht*

Ungeachtet der Zweifel, ob CSR auf Steuern anwendbar ist, gilt auch für Steuern und gegenüber Steuerbehörden, was auch sonst oft für CSR gilt: Es ist immer richtig, den Lieferanten, Kunden, Umwelt- oder sozial Bewussten usw. die eigene gute Absicht zu annoncieren, verantwortlich handeln zu wollen. Das Gegenteil würde erschrecken und provozieren. So auch gegenüber dem Fiskus: Umgekehrt besonderen steuerlichen Aktivismus oder gar Aggressivität darzustellen, kann nicht im Interesse des Unternehmens sein. Die Darstellung des eigenen guten Willens hilft allerdings nur, wenn sie bona fide ist. Über die Entscheidung für oder gegen Steuersparen im Einzelfall ist damit nichts gesagt, sondern nur über das verantwortliche, sorgfältige, umsichtige Herangehen an die Entscheidungsfindung.

g) *Gewerbesteuer*

Das Gesagte lässt sich verdeutlichen an der Gewerbesteuerpraxis. Die Gewerbesteuer ist wegen ihres „kleineren“, kommunalen Steuergläubigers weniger ab-

strakt als Steuern für den Bund oder ein Land. Die Gewerbesteuer ist deshalb nicht weniger Steuer (also Zwangsabgabe ohne Gegenleistung) als die Einkommen- oder Körperschaftsteuer. Aber gerade bei einem „großen“ Unternehmen in einer „kleinen“ Gemeinde wird der Unterschied deutlich und praktisch.

- Einerseits wird der *Steuergläubiger* seinen *Hebesatz* sorgsam auch unter dem Aspekt der Attraktivität oder Erträglichkeit für die betroffenen Unternehmen und deren Bedeutung für die Gemeinde bestimmen (z. B. Arbeitsplätze: verstärkt durch den Zerlegungsschlüssel anhand der Lohnsumme).
- Andererseits mag ein *Unternehmen* auch in gewinnschwachen oder gewinnlosen Jahren die Bedürfnisse der Gemeinde zu wahren suchen, z. B. wenn der Gewerbeertrag des Unternehmens wegen Zusatzabschreibungen nach einem Auskauf eines Mitgesellschafters oder einem Unternehmenskauf drastisch einbricht. Dann wird das Unternehmen frühzeitig mit der Gemeinde sprechen und ihr erforderlichenfalls auch *Finanzmittel* zur Verfügung stellen (z. B. durch Vorauszahlungen, vorgezogene Nachzahlungen, Darlehen).

Wegen der Nähe Steuerschuldner/Steuergläubiger liegen die Dinge bei der Gewerbesteuer eben praktisch besonders (aber theoretisch und dogmatisch gleich wie bei allen Steuern).

5. *Transparenz und Offenlegung*

Je schwerer die *Inhalte* von Regeln zu bestimmen sind, desto wichtiger sind Regeln für *Verfahrensweisen*, die inhaltlich richtige oder zumindest akzeptable Ergebnisse erwarten lassen. Solche Verfahrensregeln wurden oben mehrfach angesprochen, so in Nr. 1 (Verfahren zwischen Eigentümer, Aufsichtsrat, Management) oder in Nr. 4 (Vertretbarkeit von Steuerspar-Entscheidung vor Dritten, verantwortliches Herangehen an Entscheidungsfindung). Hier ist näher auf die inhaltliche Richtigkeitsgewähr einzugehen (über die Offenlegung zur Vermeidung von Hinterziehungsvorwürfen hinaus, siehe oben II. 3).

a) *Verbindliche Zusagen*

Ein guter Anreiz zur Offenlegung ist die Möglichkeit verbindlicher Zusagen vor einer Maßnahme oder Gestaltung. Die Zusage schützt nur bei voller Offenlegung aller relevanten Tatsachen. Behörde wie Unternehmen profitieren also von der großzügigen Möglichkeit von Zusagen durch Rechtsicherheit aufgrund Offenlegung. Die deutsche Erweiterung der Zusage-Praxis durch Einführung einer Gebühr ist ein Schritt in die richtige Richtung.¹³

b) *Jahresabschluss (Rückstellung)*

Ein formalisiertes Verfahren zur Offenlegung ist die Beurteilung der Bildung von Rückstellungen für Steuerrisiken nach Grund und Höhe durch Management, Abschlussprüfer, Aufsichtsrat/Audit Committee und Gesellschafter. Auch hier gilt der Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit: Im Normalfall

¹³ Siehe oben Fn. 7.

sollte es also keine Steuerrückstellungen wegen bewusster Gestaltungen geben, weil diese eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit* des Erfolges beim Steuersparen voraussetzen sollten (siehe oben). Überwiegende Wahrscheinlichkeit des Gelingens als Voraussetzung der Gestaltung und überwiegende Wahrscheinlichkeit des Mislingens als Voraussetzung der Rückstellung schließen einander aus.

Steuerrückstellungen gibt es aber für allgemeine Betriebsrisiken und für evtl. negative Steuerfolgen außerhalb von Steuergestaltungen. Die Tendenz geht zu mehr Offenlegung.¹⁴

c) Offenlegung in Steuererklärungen (Anlagen)

In der Steuererklärung oder in Anlagen zu ihr sind alle Tatsachen offenzulegen, die die Finanzbehörde gerade in kritischen Fällen zur Beurteilung der Steuerpflicht nach Grund und Höhe braucht. Sonst drohen Steuerhinterziehungsvorwürfe (siehe oben II. 3). Dabei muss die Offenlegung nicht besonders ausgewiesen oder bezeichnet („ausgeflaggt“) werden, so wie ja auch eine (inhaltliche und formale) Selbstanzeige nicht so zu heißen und nicht einmal so auszusehen braucht. Offenlegung ist gut und kann auch verfahrensrechtlich schützen; jedenfalls schützt es den eigenen Goodwill.

Davon zu unterscheiden sind steuerverfahrensrechtliche *Sondervorschriften*, wie die USA sie seit Jahrzehnten praktizieren und Deutschland sie nun vorsieht: Offenlegung von Steuergestaltungen (*Tax Shelter*) in einer besonderen, formalisierten Anlage zur Steuererklärung sowie zusätzliche Offenlegungsregeln zu Lasten der Steuerberater von steuergetriebenen Gestaltungen. Ein Hauptproblem ist die Definition, welche „Gestaltung“ offenzulegen ist. Denn, wie dargestellt, im Steuerstaat dürften wenige wichtige Gestaltungen nicht auch wichtigen steuerlichen Einflüssen unterliegen. Das liegt nicht so sehr am Steuerpflichtigen und an seiner steuerlichen Motivation, sondern an Steuergesetzgebung und Finanzverwaltung und ihrem weitreichenden Zugriff. Zur Praktikabilität ist Einengung nötig; Einengung durch Begriffe wie „modellhaft“ (§ 2b EStG) ist unzureichend.

d) Sonstige Offenlegung gegenüber Behörden

Über das Dargestellte hinaus sind Offenlegungen an Steuerbehörden *abzulehnen*. Das gilt für freiwillige Offenlegungen, aber auch für behördlich verlangte Offenlegungen, z. B. im Veranlagungs- oder Steuerprüfungsverfahren.

Offenlegungswünsche können sich auf viele *Papiere* im Unternehmen erstrecken; denn sorgfältige Steuergestaltung erfordert zivilrechtlich sorgfältige Prüfung und Dokumentation. Darüber hinaus mag Offenlegung auch durch *Befragung* geschehen, d. h., der Steuerprüfer befragt den Steuerabteilungsmitarbeiter, den Vorstand oder den externen Berater oder den Geschäftsgegner. Dem Unternehmen und jedem im Unternehmen muss klar sein, dass solchen Offenlegungswünschen und Untersuchungen *kaum rechtlich durchsetzbare Grenzen* gesetzt sind:

¹⁴ Z. B. FASB Interpretation No. 48 Uncertainty in Income Taxes, www.fasb.org/st/summary/finsum48.shtml.

Alles und jedes (z. B. Vorstandsprotokolle, interne Arbeitspapiere, auch Vorüberlegungen) steht offen, und am Ende ist nahezu jeder befragbar und wird zutreffend (und im Zweifel evtl. sogar im Übermaß) antworten. Hinzu kommt die Möglichkeit der nicht so seltenen Zufallsfunde oder der Aussagen von ehemaligen Mitarbeitern, Ehegatten und Lebens- und Weggefährten. Die einzigen rechtlich klaren Grenzen sind der *Beschlagnahmeschutz* und das *Aussageverweigerungsrecht* von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, und auch diese Grenzen können praktisch weniger klar und hart sein als rechtlich. Wenn schon evtl. Mörder rechtsstaatlich so geschützt sind, kann für Steuerpflichtige nicht weniger Schutz gelten. Aber wie gesagt, Vorsicht ist geboten, und Umsicht bei der Beweisvorsorge ist selbstverständliche Routine auch in Corporate-Governance-Prozeduren. So sollte jeder Vermerk über Steuerthemen nur *Steuerfolgen* prüfen und erörtern und den Anschein von vornherein vermeiden, es gehe um „Steergestaltung“: Es geht immer und nur um wirtschaftlich, persönlich oder rechtlich zweckmäßige Gestaltungen und die zutreffende Erfassung ihrer *Steuerfolgen*.

e) *Corporate Governance*

Die andere Richtung der Offenlegung von Steuerüberlegungen und -risiken ist die *gegenüber dem Gesellschafter* und *gegenüber Aufsichtsorganen*. Die oben genannte Offenlegung durch Rückstellung im Jahresabschluss ist dabei der eher seltene und extreme Fall. Der Normalfall ist die Erörterung und Erläuterung weit unterhalb der Rückstellungspflicht.

Öffentliche Offenlegung an Aktionäre börsenorientierter Unternehmen ist gerade in Steuersachen eine seltene Ausnahme. Aber Offenlegung zwischen Steuerabteilung, Geschäftsleitung und Aufsichtsorganen ist normal und weithin unvermeidlich. Wie spezifiziert, substantiiert und „gemein“verständlich müssen solche Offenlegung und deren Dokumentation sein? Die Dokumentation kann auch summarisch sein; nur muss der Offenlegungspflichtige sich bewusst sein, dass er ggf. die Erfüllung seiner Offenlegungs- und Erläuterungspflicht beweisen muss.

Die Erörterung und Erläuterung muss so sein, dass sie dem Empfänger die *Wahrnehmung seiner Funktion* ermöglicht, also z. B. dem Audit Committee die Prüfung und Beurteilung der möglichen Risiken. Das heißt nicht, dass das Audit Committee oder gar jedes seiner Mitglieder jeden fachlichen Aspekt selbständig verstehen muss. Committee und Mitglied müssen die für ihre Beurteilung (!) notwendigen Fakten kennen. Es kann genügen, dass sich Committee und Mitglied auf die Beurteilung angesehener, als verlässlich bekannter interner und/oder externer *Fachleute* verlassen, wenn sie diese Verlässlichkeit sorgfältig geprüft haben. Das Audit Committee braucht ja auch nicht einen High-Tech-Produktionsprozess oder in einem Bauunternehmen die Statik einer Brücke oder eines Tunnels selbst zu durchdringen und zu verstehen. Dazu sind schon die Geschäftsbeziehungen zu komplex, geschweige denn ihre steuerliche Würdigung im Widerstreit möglicher Meinungen.

f) *Gesellschafterwechsel*

Schließlich gibt es Offenlegungspflichten in M&A-Transaktionen.¹⁵

III. *Wie beeinflussen Steuerrecht und -praxis die Corporate Governance in einem Unternehmen?*

Unternehmensführung und Besteuerung stehen in einer Wechselwirkung: Auch die Besteuerung beeinflusst die Corporate Governance. Dazu zwei einfache Beispiele:

- Steuerliche Mehrlasten im Inland fördern den Wegzug ins Ausland, Steuerlasten auf einer Rechtsform fördern die Wahl anderer Gesellschaftsformen. Beide Male ändern sich die Corporate-Governance-Regeln und -Praktiken.
- Verschärfte Offenlegungswünsche von Steuerprüfern auf Einsicht in Vorstands- oder Ausschussprotokolle oder in Arbeitspapiere sind Abreize gegen die Offenlegung innerhalb des Unternehmens und zumindest gegen deren Dokumentation.

Die Einflüsse sind so vielfältig, dass sie hier nur angerissen werden können. Die wissenschaftliche und praktische Diskussion muss weiter und tiefer gehen.

1. *Allgemeine Steuer-Ursachen*

Corporate-Governance-Wirkungen können auf ganz allgemeinen Struktur-Entscheidungen im Steuerrecht beruhen. Hier einige Beispiele:

a) *Veräußerungsgewinn-Besteuerung*

Alle Steuerrechte besteuern Veräußerungsgewinne schonender als laufende Gewinne, also auch Gewinne aus der Veräußerung von Unternehmensanteilen schonender als Unternehmensgewinne und Dividenden. Das gilt jedenfalls z. B. für Fonds, aber auch für viele andere Aktionäre. Fachwissenschaftlich wird daraus gefolgert, dass Aktionäre bei Unzufriedenheit mit der Corporate Governance eines Unternehmens eher versucht sein könnten, zu verkaufen, als bessere Corporate Governance durchzusetzen. Empirische Anhaltspunkte dafür glaubt man in den USA im größten Teil des 20. Jahrhunderts und im UK gefunden zu haben („*flight rather than fight*“). Man kann den Zusammenhang aber auch anders deuten. Der Verkauf der Aktie ist unter Umständen (!) die Sanktion für schlechte Corporate Governance, der Verkauf drückt den Kurs und „erzucht“ das Unternehmen zu guter Corporate Governance.

b) *Thesaurierungs-/Dividenden-Besteuerung*

Das sogenannte klassische System der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung von *Kapitalgesellschaft* und -gesellschafter (vor allem in den USA, NL u. a.) begünstigt die Thesaurierung. Es beschränkt damit die Entscheidungsfreiheit der Gesell-

¹⁵ Siehe oben Fn. 1; vgl. auch *Holzzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf (Fn. 9), Rn. 12.

schafter über die Kapitalallokation und stärkt das Management gegen Aufsicht und Gesellschafter. Im Ergebnis mag das Corporate Governance schwächen. Interessant, dass dies gerade in den USA seit jeher der Fall ist, also in dem Land, das sich außerhalb des Steuerrechts die Effizienz der Kapitalallokation gerade zwischen Gesellschaft und Gesellschafter auf alle Fahnen geschrieben hat.

c) Aktienoptionen

Die US-Besteuerung von Aktienoptionen (Stock Options) des Managements nach Veräußerungsgewinn-Regeln, also günstiger als Gehalt und Bonus, fördert die *Verlagerung* von Management-Vergütung *hinaus* aus der Transparenz der Gewinn- und -Verlust-Rechnung. Die Verlagerung geht auch materiell zu Lasten der Gesellschafter (durch Belastung ihres Aktienwerts und zusätzlich wegen des sich daraus ergebenden Nichtabzugs als Unternehmensaufwand: zugunsten des Fiskus). Das untergräbt Corporate Governance ganz allgemein und wird für Fehlentwicklungen bei Großunternehmen verantwortlich gemacht.

d) Management-Beteiligung bei Private Equity

Die ähnliche Steuer-Vergünstigung für Management-Beteiligungen (analog Kapitalbeteiligungen von Investoren) wie z. B. bei Private Equity stärkt den *Interes- sengleichlauf* zwischen Management und Kapitalinvestoren mehr als jede noch so gute Corporate Governance und ähnlich wie beim traditionellen eigentümergeführten Mittelstand (Owner-operated Business).¹⁶ Anders als bei Aktienoptionen und wichtig ist der Einsatz eigener Mittel des Managers, zumindest als Haftung (Downside; Risiko und Chance, nicht Über-Anreiz zu Risiko).

2. Spezielle Steuervorschriften

Andere unmittelbare oder mittelbare Corporate-Governance-Wirkungen beruhen auf steuerlichen Einzelvorschriften, z. B.:

a) Nichtabzugsfähige Ausgaben

Steuerliche Abzugsverbote schaffen Abreize von gewissen Aufwendungen, z. B. Bewirtung, Bestechung (früher und praktisch auch heute noch unterschieden zwischen In- und Ausland), Aufsichtsratsvergütungen (1/2), US-Green-Mail-Zahlungen oder Bewirtungen.

b) Zinsschranke¹⁷

Entsprechendes gilt für Beschränkungen des steuerlichen Zinsabzugs, allgemein oder als Earnings Stripping oder für Acquisition Debt (so in den USA oder jetzt vorgesehen in Deutschland).

¹⁶ Vgl. Pöllath + Partners (Hrsg.), Unternehmensfortführung durch Nachfolge oder Verkauf, 2007, S. 252, Schritt 749.

¹⁷ Vgl. zur Zinsschranke Töben/Fischer, GmbHR 2007, 532 ff.

c) Verlustvorträge

Beschränkungen des steuerlichen Verlustabzugs nach Gesellschafterwechsel können Verlustunternehmen (einschließlich z. B. VC- und andere Start-up-Unternehmen) markt- und verkehrsunfähig machen (vgl. § 8 Abs. 4, § 8 c KStG) – also eine Art Umkehrung des o. g. „flight or fight“. Allgemeine Beschränkungen des Verlustabzugs (sog. Mindestbesteuerung) mindern die Bereitschaft eines Unternehmens zum Risiko und fördern die Unternehmenskonzentration.

d) Spendenabzug

Steuerabzugsmöglichkeiten für nichtbetriebliche Ausgaben wie Spenden fördern die Bereitschaft zu Aufwendungen, die nicht im Interesse des Unternehmens sind, sondern auf persönlichen Vorlieben von Managern beruhen können. Zugleich vermeiden sie Abgrenzungsprobleme gegenüber echten Betriebsausgaben, z. B. bei Sponsoring o.Ä.

Die Beispiele allgemeiner und spezieller Art ließen sich lange fortsetzen. Ihre Systematisierung und inhaltliche Aufarbeitung bedarf gesonderter Untersuchung. Diese ist schwieriger als die Untersuchung der Corporate-Governance-Regeln und -Praxis für Steuerangelegenheiten und könnte sehr viel tiefer greifende Wirkungsketten herausarbeiten.

