

Unternehmer beteiligt ist; dies gilt insbesondere für Lieferungen mit Dienstleistungsanteil (gemischte Leistungen).

Hieraus dürften sich zahlreiche Probleme und Unstimmigkeiten ergeben, die bisher noch nicht gesehen worden sind; wahrscheinlich ist auch eine in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Handhabung von Detailfragen. Insgesamt dürften die erweiterten Kontrollmöglichkeiten der Steuerbehörden und die erhöhten Erklärungspflichten der Unternehmer sowohl bei der Finanzverwaltung als auch bei den Unternehmern zu einem zusätzlichen Aufwand führen. Naturgemäß werden kleinere und mittlere Unternehmen von diesen Belastungen und Unsicherheiten stärker betroffen sein als international tätige Konzerne. In der Steuerberatung und auch in der Finanzverwaltung ist eine stärkere Spezialisierung zu erwarten; die Rechtsprechung wird in Zukunft noch stärker auf den Europäischen Gerichtshof zulaufen. Da bei den Verbrauchsteuern das Prinzip der Be-

steuerung „am Fabrikstor“ aufgegeben wird und sich damit die Zahl der Steuerpflichtigen sprunghaft erhöht, werden auf diesem Gebiet mehr Steuerberater tätig werden als bisher.

Für die Zukunft muß das wichtigste Ziel sein, möglichst bald das endgültige Mehrwertsteuersystem zu erarbeiten, damit der Zeitplan für die Einführung der endgültigen, (für den Steuerpflichtigen) auf dem Ursprungslandprinzip basierenden Regelung eingehalten werden kann. Die Kommission ist zwar verpflichtet, dem Rat vor dem 31. 12. 1994 Vorschläge über die Einzelheiten der endgültigen Regelung der Besteuerung des Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten vorzulegen; in Anbetracht der Problematik des Finanzausgleichs und der Sensibilität der Mitgliedstaaten gegenüber einem grenzüberschreitenden Vorsteuerabzug kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Übergangssystem länger in Kraft bleiben wird als jetzt in Aussicht genommen.

Dr. Reinhold Beiser, Univ.-Doz., Innsbruck

## Die grenzüberschreitende Finanzierung von Betriebsstätten aus der Sicht des Arm's length-Prinzips

*Finanziert das Stammhaus ausländische Betriebsstätten mit Fremdkapital, so sind die Schuldzinsen im Rahmen der zwischenstaatlichen Gewinnaufteilung der jeweiligen ausländischen Betriebsstätte anzulasten. Finanziert das Stammhaus ausländische Betriebsstätten mit Eigenkapital, so ist umstritten, ob nach dem arm's length-Prinzip fiktive Schuldzinsen (Quasi-Schuldzinsen) zu verrechnen sind.*

*Der Autor sucht die Lösung im Grundsatz der Finanzierungsfreiheit des Unternehmers: Dem Unternehmer steht es danach frei, einen ausländische Betriebsstätte mit Eigenkapital oder mit Fremdkapital zu finanzieren. Soweit der Unternehmer eine ausländische Betriebsstätte mit Eigenkapital ausstattet, handelt es sich um Eigenkapital, das der ausländischen Betriebsstätte zuzurechnen ist und weder gegenüber dem Stammhaus noch gegenüber dem Unternehmer zu verzinsen ist.*

### 1. Einleitung

Finanziert ein Stammunternehmen mit Sitz in einem Staat eine Betriebsstätte in einem anderen Staat, so stellt sich die Frage der Abzugsfähigkeit der Finanzierungskosten einmal auf zwischenstaatlicher Ebene und zweimal auf innerstaatlicher Ebene, nämlich sowohl im Sitzstaat des Stammunternehmens als auch im Betriebsstättenstaat.

### 2. Kritik an der herrschenden Auffassung

#### 2.1 Das arm's length-Prinzip (der Fremdverhaltensgrundsatz)

Art. 7 Abs. 2 OECD-Musterabkommen bestimmt über die zwischenstaatliche Aufteilung von Unternehmensgewinnen:

„Übt ein Unternehmen eines Vertragsstaates seine Tätigkeit im anderen Vertragsstaat durch eine dort gelegene Betriebsstätte aus, so werden in jedem Vertragsstaat dieser Betriebsstätte die Gewinne zugerechnet, die sie hätte erzielen können, wenn sie eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen als selbständiges Unternehmen ausgeübt hätte und im Verkehr mit dem Unternehmen, dessen Betriebsstätte sie ist, völlig unabhängig gewesen wäre.“

Art. 7 OECD-Musterabkommen unterstellt im Verhältnis zwischen Stammhaus und Betriebsstätte einen Leistungsaustausch zwischen selbständigen und unabhängigen Unternehmen: Im Rahmen der zwischenstaatlichen Gewinnaufteilung ist von Leistungsentgelten auszugehen, wie sie bei Leistungen zwischen unabhängigen fremden Unternehmen angefallen wären. Man spricht insofern vom „arm's length-Prinzip“ oder vom sogenannten Fremdverhaltensgrundsatz<sup>1</sup>. Fast alle Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland enthalten eine dem Art. 7 Abs. 2 OECD-Musterabkommen entsprechende Regelung<sup>2</sup>, so z. B. Art. 4 Abs. 2 des deutsch-österreichischen Doppelbesteuerungsabkommens<sup>3</sup>.

#### 2.2 Fremdfinanzierung der Betriebsstätte

Nimmt das Stammhaus einen Bankkredit zur Finanzierung einer ausländischen Betriebsstätte auf, so sind die Schuldzinsen aus diesem Kredit der Betriebsstätte zu belasten. Der aus dem Kredit erwachsene Zinsaufwand des Stammhauses steht im wirtschaftlichen Zusammenhang mit der ausländischen Betriebsstätte. Wäre die Betriebsstätte ein selbständiges Unternehmen, müßte sie selbst den Kredit aufnehmen und die Kreditzinsen bezahlen. Nach dem arm's length-Prinzip sind somit die Schuldzinsen aus dem Bankkredit des Stammhauses im Rahmen der zwischenstaatlichen Gewinnaufteilung bei der Betriebsstätte gewinnmindernd als Betriebsausgaben abzuziehen und beim Stammhaus gewinnerhöhend aus dem Aufwand auszuscheiden. Insoweit ist sich die Lehre einig<sup>4</sup>.

1) Vogel, DBA-Komm. 2. Aufl., Art. 7, Rz. 57; Loukota, Internationale Steuerfälle, 154 (Tz. 577).

2) Vogel, a. a. O., Art. 7, Rz. 73.

3) Zu den Abweichungen einzelner DBA s. Vogel, DBA-Komm., 2. Aufl., Art. 7, Rz. 73ff.

4) Becker, DB 1990, 393; Ziff. 17 des OECD-Komm. zu Art. 7 OECD-Musterabkommen 1977; Debatin, DB 1989, 1741; BFH, 27. 7. 1965, I 110/63 S, BStBl. III 1966, 24; Vogel, DBA-Komm., 2. Aufl., Art. 7, Rz. 100; Loukota, Internationale Steuerfälle, 155 (Tz. 580); Philipp/Loukota/Pollak, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl., Z 7 - 59ff. (Stand: 1. Lieferung).

### 2.3 Eigenfinanzierung der Betriebsstätte

Finanziert das Stammhaus seine ausländische Betriebsstätte mit Eigenkapital, so ist umstritten, ob nach dem arm's length-Prinzip im Rahmen der zwischenstaatlichen Gewinnaufteilung bei der Betriebsstätte fiktive Schuldzinsen abzuziehen sind oder nicht. Die bisher herrschende Auffassung will im Fall der Finanzierung einer ausländischen Betriebsstätte mit Eigenmitteln des Stammhauses weder bei der Betriebsstätte fiktive Schuldzinsen gewinnmindernd abziehen noch beim Stammhaus fiktive Schuldzinsen gewinnerhöhend als Einnahmen erfassen<sup>5</sup>. Begründet wird dies mit der Formel: „Unternehmerisches Eigenkapital kann nicht vom Unternehmensstammhaus an die Betriebsstätte gegen Verzinsung verliehen werden“<sup>6</sup>. *Loukota* meint, es handle sich um „reine Innentransaktionen, die den Gesamtgewinn des Unternehmens nicht beeinflussen können“<sup>7</sup>. *Berger* schließt den Abzug bzw. die Erfassung fiktiver Schuldzinsen aus, weil „man sich selbst wirtschaftlich kein Darlehen gewähren kann“<sup>8</sup>. Auch nach Ziff. 17 des OECD-Kommentars zu Art. 7 OECD-Musterabkommens 1977 sind fiktive Schuldzinsen im Fall der Finanzierung einer ausländischen Betriebsstätte mit Eigenmitteln des Stammhauses nicht zu berücksichtigen (weder bei der Betriebsstätte noch beim Stammhaus)<sup>9</sup>.

### 2.4 Becker's Kritik an der Begründung der herrschenden Auffassung

*Becker*<sup>10</sup> widerspricht der herrschenden Auffassung: Nach *Becker* gilt der Satz der Unverzinslichkeit für unternehmerisches Eigenkapital nur für eine angemessene Eigenkapitalausstattung der Betriebsstätte<sup>11</sup>. Das heißt: Nur soweit die Betriebsstätte im Rahmen der gedachten Verselbständigung nach dem arm's length-Prinzip mit Eigenkapital ausgestattet werden muß, um als selbständiges Unternehmen bestehen bzw. überleben zu können, sind fiktive Schuldzinsen nicht anzusetzen. Erhält die Betriebsstätte darüber hinaus Eigenkapital des Stammhauses, so erbringt das Stammhaus im Rahmen der gedachten Verselbständigung nach dem arm's length-Prinzip eine Finanzierungsleistung an die Betriebsstätte. Für diese Finanzierungsleistung sind nach *Becker* jene Schuldzinsen anzusetzen, die bei einer Kapitalüberlassung zwischen Fremden zu bezahlen wären<sup>12</sup>. Die Frage der zwischenstaatlichen Gewinnaufteilung läßt sich nach *Becker* „nur sachgerecht beantworten, wenn man dem Stammunternehmen für eine Mittelüberlassung an die Betriebsstätte außerhalb der Ausstattung mit Dotationskapital einen Finanzierungsnutzen zugesteht. Aus dem tatsächlich erzielten Gesamtgewinn erhalte demnach das Stammunternehmen zu Lasten des Betriebsstättenergebnisses einen Finanzierungsnutzen, der sich nach dem Quasi-Entgelt einer gedachten Darlehenshingabe richtet. Das Stammunternehmen würde demnach einen Finanzierungsnutzen in Höhe eines arm's length-Zinses zugeordnet erhalten“<sup>13</sup>. Beim Stammhaus würden also fremdübliche Zinsen als Einnahmen erfaßt und bei der Betriebsstätte als Ausgaben abgezogen.

### 2.5 Die Fiktion des Leistungsaustausches nach dem arm's length-Prinzip

*Becker* ist insofern zuzustimmen, als die Begründung der herrschenden Auffassung nicht überzeugt. Richtig ist: Bei der Mittelüberlassung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte handelt es sich um eine rein innerbetriebliche Transaktion. Ein Leistungsaustausch liegt auf Grund der Identität des leistungserbringenden und des leistungsempfangenden Unternehmers nicht vor. Man kann sich nicht selbst ein Darlehen gewähren.

Das Eigenkapital des Unternehmers steht dem Unternehmen unverzinslich zur Verfügung. Ein verzinsliches Darlehen ist reine Fiktion. Alle diese Argumente der herrschenden Auffassung sind für sich genommen richtig. Falsch sind jedoch die Schlußfolgerungen der herrschenden Auffassung: Auch wenn z. B. Waren zwischen Stammhaus und Betriebsstätte „geliefert“ werden, liegt auf Grund der Identität des leistenden und des leistungsempfangenden Unternehmers nicht ein Leistungsaustausch vor, sondern eine rein innerbetriebliche Transaktion. Ebenso wie man nicht sich selbst ein Darlehen gewähren kann, kann man auch nicht an sich selbst liefern. Wäre die Schlußfolgerung der herrschenden Auffassung richtig, die Tatsache des Innenumsatzes bzw. des fehlenden Leistungsaustausches stehe dem Ansatz angemessener Verrechnungspreise entgegen, dann wäre dem arm's length-Prinzip im Verhältnis zwischen Betriebsstätte und Stammhaus bzw. im Verhältnis zwischen verschiedenen Betriebsstätten desselben Stammhauses zur Gänze der Boden entzogen. Denn in allen diesen Fällen liegen bloß „innerbetriebliche Transaktionen“ vor; ein Leistungsaustausch ist Fiktion. Die herrschende Auffassung übersieht jedoch: Der Gesetzgeber bzw. die einschlägigen Abkommen unterstellen bzw. fingieren einen Leistungsaustausch, wenn sie anordnen, dem Stammhaus und der Betriebsstätte sei im Rahmen der zwischenstaatlichen Gewinnaufteilung jeweils der Gewinn bzw. Gewinnanteil zuzurechnen, den Betriebsstätte und Stammhaus als „selbständige Unternehmen ohne jede Abhängigkeit von einander“ erzielt hätten<sup>14</sup>. Mit anderen Worten: Der Abkommensgesetzgeber selbst fingiert einen Leistungsaustausch zwischen selbständigen voneinander unabhängigen Unternehmen. Die Fiktion eines Leistungsaustausches entspricht dem Geist der Abkommen bzw. dem Willen des Abkommensgesetzgebers. Daß tatsächlich kein Leistungsaustausch, sondern bloße Innenumsätze vorliegen, steht dem Ansatz von arm's length-Entgelten (Fremdentgelten) weder im Fall von Lieferungen noch im Fall von sonstigen Leistungen entgegen.

Im übrigen nimmt auch die herrschende Auffassung ihre eigene Argumentation nicht ernst: Nicht nur im Fall von Lieferungen stört die Tatsache des Innenumsatzes bzw. der rein innerbetrieblichen Transaktion den Ansatz angemessener Verrechnungspreise nach dem arm's length-Prinzip nicht. Auch bei Eigenkapitalüberlassungen zwischen den Betriebsstätten und dem Stammhaus einer Bank sollen angemessene Zinsen nach dem OECD-Kommentar zu Art. 7 Musterabkommen verrechnet werden<sup>15</sup>. Warum Banken Darlehen an sich selbst gewähren können – um bei der Argumentation der herrschenden Auffassung zu bleiben – bzw. warum die in den Abkommensbestimmungen vorgesehene Fiktion eines Leistungsaus-

5) *Debatin*, DB 1989, 1741; Ziff. 17 des OECD-Komm. zu Art. 7 des OECD-Musterabkommens 1977; RFH, 26. 10. 1937, I 9/37, RStBl. 1938, 46; BFH, 27. 7. 1965, I 110/63 S, BStBl. III 1966, 24; *Vogel*, DBA-Komm., 2. Aufl., Art. 7, Rz. 100; *Loukota*, Internationale Steuerfälle, 156 (Tz. 585); *Berger*, SWK 1990, AI, 381.

6) *Debatin*, DB 1989, 1741 (m. w. N.).

7) *Loukota*, Internationale Steuerfälle, 156 (Tz. 585).

8) *Berger*, SWK 1990, AI, 381.

9) *Vogel*, DBA-Komm., 2. Aufl., Art. 7, Rz. 79.

10) *Becker*, DB 1989, 10 ff; *ders.*, DB 1990, 392 ff.; w. N. finden sich bei *Vogel*, DBA-Komm., 2. Aufl., Art. 7, Rz. 100.

11) *Becker*, DB 1990, 393.

12) *Becker*, DB 1990, 393 f.

13) *Becker*, DB 1990, 393 f. (Hervorhebungen vom Autor).

14) In Anlehnung an die Formulierungen in Art. 4 des deutsch-österreichischen DBA und Art. 7 des OECD-Musterabkommens 1977. Siehe dazu 2.1.

15) Ziff. 17 des OECD-Komm. zu Art. 7 des OECD-Musterabkommens 1977; *Debatin*, DB 1989, 1741 (m. w. N.).

nehmen  
hen ist  
Auffas-  
och die  
h wenn  
„gelie-  
len und  
istungs-  
saktion.  
n kann,  
hlußfol-  
che des  
es stehe  
n, dann  
hen Be-  
nen ver-  
r Gänze  
gen bloß  
ustausch  
och: Der  
erstellen  
ordnen,  
men der  
Gewinn  
tte und  
: Abhän-  
Worten:  
istung-  
hängigen  
hes ent-  
des Ab-  
ungsaus-  
dem An-  
veder im  
istung

g ihre ei-  
on Liefe-  
r rein in-  
ner Ver-  
ht. Auch  
bsstätten  
ie Zinsen  
kommen  
ich selbst  
errschen-  
Abkom-  
ungsaus-

tausches zwischen selbständigen voneinander unabhängigen Unternehmen auf Banken beschränkt bleiben soll, läßt die herrschende Auffassung unbeantwortet. Nach dem Wortlaut der einschlägigen Abkommensbestimmungen<sup>16</sup> und nach dem Ziel einer sach- und leistungsgerechten<sup>17</sup> Gewinnaufteilung ist das arm's length-Prinzip uneingeschränkt auf jede Art von tatsächlich erbrachten Leistungen anzuwenden. Angemessene Verrechnungspreise sind somit nicht nur im Fall von Lieferungen, sondern auch im Fall von sonstigen Leistungen anzusetzen.

finden sich  
r).  
utsch-öster-  
is 1977. Sie-  
)-Musterab-

u Art. 7 des  
'37, RStBl.  
24; Vogel,  
onale Steu-

finden sich

r).  
utsch-öster-  
is 1977. Sie-  
)-Musterab-

### 3. Die Reichweite der Fiktion der Selbständigkeit nach dem arm's length-Prinzip

#### 3.1. Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Unternehmensteile Stammhaus und Betriebsstätte und die Identität der Person des Unternehmers

Stammhaus und Betriebsstätte sind nach dem arm's length-Prinzip als selbständige und voneinander unabhängige Unternehmen zu sehen, zwischen denen ein wechselseitiger Leistungsaustausch möglich ist<sup>18</sup>. Die Fiktion eines Leistungsaustausches zwischen Stammhaus und Betriebsstätte widerspricht dem arm's length-Prinzip nicht; im Gegenteil: die Fiktion eines Leistungsaustausches ist geradezu eine Forderung des arm's length-Prinzips. Becker will dem Stammhaus außerhalb der Ausstattung mit Dotationskapital einen Finanzierungsnutzen zugestehen. Dieser Finanzierungsnutzen soll mit einem Quasi-Entgelt einer gedachten Darlehenshingabe bzw. in Höhe eines arm's length-Zinses zugunsten des Stammhauses angesetzt werden<sup>19</sup>. Es ist jedoch zu beachten: Die Frage einer angemessenen Eigenkapitalausstattung (Ausstattung mit Dotationskapital) stellt sich im Verhältnis zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nicht. Die Person des Unternehmensträgers wird nach dem arm's length-Prinzip nicht verändert. Ist eine natürliche Person Träger des Stammhauses und der Betriebsstätte, so stellt sich die Frage nach einer angemessenen Eigenkapitalausstattung weder für das Stammhaus noch für die Betriebsstätte. Die Frage der Kreditwürdigkeit stellt sich beispielsweise aus der Sicht der Gläubiger ausschließlich für die Person des Unternehmers nach seinem gesamten Verhalten und seinem gesamten Vermögen. Nicht anders verhält es sich bei einer Kapitalgesellschaft: Ist eine Kapitalgesellschaft Träger des Stammhauses und der Betriebsstätte, so kann die Frage der angemessenen Eigenkapitalausstattung nur nach der gesamten Tätigkeit und dem gesamten Vermögen dieser Kapitalgesellschaft beurteilt werden. Eine Verselbständigung der Betriebsstätte zu einer Tochtergesellschaft ist eine Fiktion, die durch das arm's length-Prinzip nicht mehr gedeckt ist. Ist das Stammhaus ein Einzelunternehmer, so ist auch die Betriebsstätte eine Betriebsstätte eines Einzelunternehmers. Die Fiktion des arm's length-Prinzips beschränkt sich auf die Fiktion der Selbständigkeit und Unabhängigkeit von Stammhaus und Betriebsstätte. Bildlich gesprochen: Die rechte und die linke Hand eines Unternehmers werden gedanklich verselbständigt, bleiben jedoch Hände desselben Unternehmers. Eine Änderung in der Person des Unternehmensträgers ist durch das arm's length-Prinzip nicht gedeckt. Stammhausunternehmer und Betriebsstättenunternehmer sind zwar gedanklich verselbständigt. Es handelt sich jedoch um zwei völlig identische Personen. Die Person des Unternehmensträgers wird nach dem arm's length-Prinzip gedanklich verdoppelt, aber nicht verändert. Gentechnisch würde man von eineiigen Zwillingen oder von einer perfekten Klonung sprechen.

#### 3.2 Identität von Stammhaus- und Betriebsstättenunternehmer und Übertragung von Fremdkapital zu unveränderten Konditionen

Sind Stammhaus- und Betriebsstättenunternehmer zwar gedanklich verselbständigt, handelt es sich aber dennoch um jeweils dieselbe Person bzw. um identische Personen, so ist zunächst einmal die Annahme der herrschenden Auffassung<sup>20</sup> gerechtfertigt, Kreditmittel (Fremdkapital) könnten zu unveränderten Konditionen vom Stammhaus auf die Betriebsstätte übertragen werden (und umgekehrt)<sup>20</sup>. Wären Stammhausunternehmer und Betriebsstättenunternehmer voneinander verschiedene Personen, so würde sich im Rahmen des nach dem arm's length-Prinzip erforderlichen Fremdvergleichs die Frage stellen: Zu welchen Bedingungen könnte der Betriebsstättenunternehmer von einem Dritten Fremdkapital bzw. Kreditmittel bekommen? Das arm's length-Prinzip führt jedoch nicht zu einer Fiktion verschiedener Unternehmensträger mit unterschiedlicher Kreditwürdigkeit, unterschiedlichem Zugang zu Kapitalmärkten und somit unterschiedlichen Kreditbeschaffungsmöglichkeiten. Das arm's length-Prinzip begnügt sich mit der Fiktion der Selbständigkeit und Unabhängigkeit von Stammhaus und Betriebsstätte, ohne die jeweilige Person des Unternehmensträgers zu verändern<sup>21</sup>. Die Annahme einer Personenverschiedenheit von Stammhaus- und Betriebsstättenunternehmer ist nach dem arm's length-Prinzip nicht gerechtfertigt. Sind Stammhausunternehmer und Betriebsstättenunternehmer jeweils dieselbe Person bzw. gedanklich verselbständigte und unabhängige, aber dennoch identische Personen, so ist auch die Annahme der herrschenden Auffassung gerechtfertigt, Stammhausunternehmer und Betriebsstättenunternehmer könnten einen Kredit von Dritten exakt zu denselben Bedingungen bekommen. Fremdmittel wie z. B. Bankkredite können somit zu unveränderten Konditionen vom Stammhaus auf die Betriebsstätte oder von einer Betriebsstätte auf das Stammhaus übertragen werden<sup>22</sup>.

#### 3.3 Identität von Stammhaus- und Betriebsstättenunternehmer und Verlagerung von Eigenkapital

Ist der Unternehmensträger der Betriebsstätte gedanklich zwar verselbständigt, aber dennoch mit der Person des Unternehmensträgers des Stammhauses identisch, so ist das Eigenkapital, das vom Stammhaus in die Betriebsstätte fließt, Eigenkapital nicht nur des Unternehmers des Stammhauses, sondern ebenso Eigenkapital des Unternehmers der Betriebsstätte. Ebenso wie das Fremdkapital, das vom Stammhaus in die Betriebsstätte fließt, Fremdkapital derselben Person bleibt – die Person des Kapitalschuldners bleibt dieselbe –, bleibt das Eigenkapital, das vom Stammhaus in die Betriebsstätte fließt,

16) Siehe 2.1.

17) Becker, DB 1990, 392ff. spricht von einer funktionsgerechten Gewinnaufteilung bzw. von einer Gewinnaufteilung nach dem Funktionsnutzen der von den verschiedenen Betriebsteilen erbrachten Leistungen.

18) Siehe 2.1.

19) Siehe 2.4.

20) Siehe 2.2 sowie Vogel, DBA-Komm., 2. Aufl., Art. 7, Rz. 100.

21) Die Fiktion nach dem arm's length-Prinzip läßt sich auf die Kurzformel bringen: Fiktion der Selbständigkeit und Unabhängigkeit ja; Fiktion einer Personenverschiedenheit des Unternehmensträgers (des Stammhausunternehmers und des Betriebsstättenunternehmers) nein.

22) Buchhalterisch läßt sich das wie folgt darstellen:

Kreditverbindlichkeit an Bank

+ Bank an Kreditverbindlichkeit

Geldmittel und Kreditschuld werden bei dem einen Betriebsteil ausgebucht und beim anderen Betriebsteil eingebucht.

Eigenkapital derselben Person. Die Fiktion der Selbständigkeit der Betriebsstätte ermöglicht die Zurechnung von Eigen- und Fremdkapital an die Betriebsstätte bzw. an den gedanklich verselbständigten Betriebsstättenunternehmer. Eigenkapital, das in die Betriebsstätte fließt, ist somit Eigenkapital des Betriebsstättenunternehmers. Ist das Eigenkapital der Betriebsstätte Eigenkapital des Betriebsstättenunternehmers, so stellt sich die Frage nach einer Verzinsung nicht: Ebenso wie das Eigenkapital des Stammhauses weder gegenüber dem Stammhausunternehmer noch gegenüber Dritten zu verzinsen ist, ist das Eigenkapital der Betriebsstätte weder gegenüber dem Betriebsstättenunternehmer noch gegenüber Dritten zu verzinsen.

### 3.4 Der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit

Becker will der Betriebsstätte eine angemessene Eigenkapitalausstattung zugestehen, darüber hinaus jedoch einen Finanzierungsnutzen in Form von Quasi-Darlehenszinsen abschöpfen<sup>23</sup>. Mit anderen Worten: Eigenkapital des Stammhauses wird der Betriebsstätte gedanklich vom Stammhaus als verzinsliches Quasi-Darlehen zur Verfügung gestellt. Das Argument, der Unternehmer könne nicht an sich selbst Darlehen gewähren<sup>24</sup>, ist nicht geeignet, die Auffassung von Becker zu entkräften. Denn das arm's length-Prinzip fordert die gedankliche Verselbständigung der Unternehmensteile Stammhaus und Betriebsstätte zu selbständigen und von einander unabhängigen Unternehmen. Verzinsliche Darlehen zwischen Stammhaus und Betriebsstätte sind auf Grund dieser Fiktion ebenso möglich wie entgeltliche Lieferungen und sonstige Leistungen.

Die Frage, ob zwischen Stammhaus und Betriebsstätte ein verzinsliches Darlehen oder eine Verlagerung von Eigenkapital anzunehmen ist, mündet letztlich in die Frage: Gesteht man dem Unternehmer die freie Wahl der Finanzierung seines Unternehmens zu oder nicht? Gesteht man dem Unternehmer die Finanzierungsfreiheit zu, so entscheidet der Unternehmer mit welchen Mitteln er welchen Betriebsteil finanziert. Nach der österreichischen und deutschen Rechtsprechung ist der Unternehmer in der Wahl der Finanzierung frei<sup>25</sup>. So steht es dem Unternehmer z. B. frei, Betriebseinnahmen zu entnehmen und Betriebsausgaben fremdzufinanzieren<sup>26</sup>. Gesteht man dem Unternehmer mit der österreichischen und deutschen Rechtsprechung<sup>27</sup> die Freiheit zu, sein Eigenkapital aus seinem Betrieb zu entnehmen und zur Finanzierung seiner Privatsphäre zu verwenden, so wird man dem Unternehmer auch das Recht zugestehen müssen, sein Eigenkapital aus seinem Stammhaus zu entnehmen und zur Finanzierung einer (ausländischen) Betriebsstätte zu verwenden<sup>28</sup>.

Weder das OECD-Musterabkommen noch die von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen verwehren dem Unternehmer die Entnahme seines Eigenkapitals. Nach dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit steht es dem Unternehmer frei, sein Eigenkapital aus seinem Stammhaus zu entnehmen<sup>29</sup> und in eine Betriebsstätte einzulegen<sup>30</sup>. Es steht dem Unternehmer somit frei, mit seinem Eigenkapital sein Stammhaus oder eine ausländische Betriebsstätte zu finanzieren. Becker setzt bei seiner Lösung voraus, daß das Eigenkapital des Stammhauses Eigenkapital des Stammhauses bleibt, obwohl es in eine ausländische Betriebsstätte fließt. Becker setzt also voraus, daß das Eigenkapital des Stammhauses nicht entnommen wird, sondern als verzinsliches Darlehen bzw. Quasi-Darlehen vom Stammhaus der Betriebsstätte zur Verfügung gestellt wird. Nach dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit hat der Unternehmer jedoch das Recht, sein Eigenkapital aus seinem Stammhaus zu entnehmen und in eine Betriebsstätte einzulegen. Hält man sich vor Augen, daß

der Unternehmensträger des Stammhauses und der Betriebsstätte zwar nach dem arm's length-Prinzip gedanklich verselbständigte, aber dennoch identische Personen sind – bildlich gesprochen handelt es sich um zwei selbständige Arme desselben Unternehmers –, so werden die vom Stammhaus entnommenen und in die Betriebsstätte eingelegten Mittel Eigenkapital der Betriebsstätte bzw. des Betriebsstättenunternehmers. Die Fiktion der Selbständigkeit und Unabhängigkeit nach dem arm's length-Prinzip führt zur gedanklichen Verselbständigung der Betriebsstätte bzw. des Betriebsstättenunternehmers. Im Sinne dieser Fiktion liegt nicht vom Stammhaus geliehenes Kapital, sondern Eigenkapital der Betriebsstätte bzw. des Betriebsstättenunternehmers vor. Die Tatsache, daß hinter dem Stammhaus und der Betriebsstätte dieselbe Person als Unternehmer steht, ermöglicht die Verlagerung von Eigenkapital vom Stammhaus zur Betriebsstätte (und umgekehrt) auf dem Weg einer Entnahme und Einlage. Der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit erlaubt es dem Unternehmer, sein Eigenkapital aus dem einen Betrieb zu entnehmen und in einen anderen Betrieb einzulegen. Das arm's length-Prinzip führt zur gedanklichen Verselbständigung von Stammhaus und Betriebsstätte, ändert aber nichts an der Person des Unternehmers und seiner Finanzierungsfreiheit.

### 3.5 Ein Größenschluß aus der Behandlung von selbständigen verbundenen Unternehmen

Auch ein Größenschluß bestätigt die Finanzierungsfreiheit des Unternehmers im Verhältnis zwischen Stammhaus und Betriebsstätte: Gibt eine inländische Muttergesellschaft einer ausländischen Tochtergesellschaft ein zinsloses Darlehen, so sind nach dem arm's length-Prinzip des Art. 9 OECD-Musterabkommen angemessene Zinsen zu verrechnen (bei der Tochtergesellschaft als Zinsaufwand, bei der Muttergesellschaft als Zinseinnahme).<sup>31</sup> Es steht der Muttergesellschaft jedoch frei, das Stamm- oder Grundkapital der Tochtergesellschaft durch Einlagen zu erhöhen. Das dadurch erhöhte Eigenkapital der Tochtergesellschaft ist dann nach dem arm's length-Prinzip nicht zu verzinsen, weil insofern nicht von der Muttergesellschaft geliehenes Kapital, sondern eigenes Eigenkapital der Tochtergesellschaft vorliegt. Das gilt selbst dann, wenn die Tochtergesellschaft von der Muttergesellschaft mehr als nur eine angemessene Mindestkapitalausstattung erhält. Wird die Freiheit, die Eigenkapitalausstattung einer Betriebsstätte nach eigenem Ermessen zu bestimmen, selbst dann anerkannt, wenn Stammhaus und Betriebsstätte juristisch als Mutter- und Tochtergesellschaft verselbständigt sind, dann muß diese Freiheit erst recht anerkannt werden, wenn Stammhausunternehmer und Betriebsstättenunternehmer identisch bzw. ein und dieselbe Person sind. Weder das OECD-Musterabkommen noch die

23) Siehe 2.4.

24) Siehe 2.3.

25) Siehe dazu *Beiser*, Der Abzug von Schuldzinsen in der Einkommensteuer, 31ff., 43, 62ff., 86f. mit zahlr. Hinw. auf Rspr. und Schrifttum.

26) *Beiser*, a. a. O. (FN 25), 31ff., 43, 50; ebenso der Große Senat des BFH, 4. 7. 1990, GrS 2-3/88, BStBl. II 1990, 817.

27) Siehe FN 25 und 26.

28) Zur Finanzierungsfreiheit des Steuerpflichtigen als Ausfluß der Selbstbestimmung (Privatautonomie) s. *Beiser*, a. a. O. (FN 25), 86f. und 147.

29) Z. B. Privatkapital an Bank.

30) Z. B. Bank an Privatkapital.

31) *Loukota*, Internationale Steuerfälle, 157 (Tz. 586); *Philipp/Loukota/Polla*, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl., Z 9 - 5 (Stand: 10. Lieferung); *Berger*, SWK 1990, A I, 381; Ziff. 180ff. der OECD-Empfehlung „Verrechnungspreise und multinationale Unternehmen“, AÖF 1986/79.

einsc  
Hanc  
ausst  
eine  
zu b  
heit  
te ü  
sein  
verte

#### 4. E

De  
kurz  
De  
Nicht  
schei  
ziert.  
stätte  
mers  
Insov  
dem  
auslä  
Eigen  
zurec

Prof.

#### Kri

Der  
vom  
Nied  
Verfe  
und  
einer  
chung  
Pend  
tungs

#### 1. E

Ar  
blem  
Deut  
weite  
Dies  
sung  
Verti  
der  
13. 1  
Per  
ren I  
unter  
schrä  
lich  
wird  
Berü

## AUFsätze

einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen bieten eine Handhabe, dem Unternehmer eine bestimmte Mindestkapitalausstattung seiner Betriebsstätte vorzuschreiben oder ihn auf eine bestimmte Höchstkapitalausstattung seiner Betriebsstätte zu beschränken. Nach dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit entscheiden nicht die Finanzverwaltung oder Steuergerichte über die Kapitalverteilung des Unternehmers, sondern der Unternehmer selbst bestimmt, wie er sein Eigenkapital und sein Fremdkapital auf sein Stammhaus und seine Betriebsstätte verteilt.

#### 4. Ergebnis

Das Ergebnis läßt sich aus der Sicht der Finanzierungsfreiheit kurz zusammenfassen:

Der Unternehmer ist in der Wahl der Finanzierung frei. Nicht die Finanzverwaltung, sondern der Unternehmer entscheidet, mit welchen Mitteln er welche Betriebsteile finanziert. Finanziert der Unternehmer eine ausländische Betriebsstätte mit Fremdkapital, so ist das Fremdkapital des Unternehmers insoweit der ausländischen Betriebsstätte zuzurechnen. Insoweit sind auch die Schuldzinsen der Betriebsstätte (nicht dem Stammhaus) anzulasten. Finanziert der Unternehmer eine ausländische Betriebsstätte mit Eigenkapital, so ist auch das Eigenkapital des Unternehmers insoweit der Betriebsstätte zuzurechnen. Das Eigenkapital der Betriebsstätte ist ebenso wie

das Eigenkapital des Stammhauses nicht zu verzinsen (weder gegenüber dem Unternehmer noch gegenüber anderen Personen). Das arm's length-Prinzip und die damit verbundene gedankliche Verselbständigung von Stammhaus und Betriebsstätte berühren nicht die Freiheit des Unternehmers, sein Eigenkapital und sein Fremdkapital nach seinem Willen auf seine Privatsphäre, sein Stammhaus und seine (in- und ausländischen) Betriebsstätten (und allfällige andere Einkunftsquellen) zu verteilen. Fremdkapital der Betriebsstätte ist nicht Fremdkapital, das die Betriebsstätte vom Stammhaus erhält, sondern Fremdkapital, das die Betriebsstätte bzw. der gedanklich verselbständigte Betriebsstättenunternehmer der Bank oder einem sonstigen Dritten schuldet. Ebenso ist das Eigenkapital der Betriebsstätte nicht vom Stammhaus geliehenes Kapital, sondern Eigenkapital der Betriebsstätte, das weder gegenüber dem Unternehmer noch gegenüber anderen Personen zu verzinsen ist. Mögen Stammhaus und Betriebsstätte nach dem arm's length-Prinzip gedanklich zu selbständigen und unabhängigen Betrieben verselbständigt sein, so handelt es sich dennoch um „Arme“ bzw. Betriebe desselben Unternehmers, der sowohl sein Stammhaus als auch seine Betriebsstätte nach seinem Willen mit Eigenkapital oder mit Fremdkapital ausstatten kann. Die Finanzierungsfreiheit des Unternehmers ist nicht auf sein Stammhaus beschränkt. Die Finanzierungsfreiheit des Unternehmers erstreckt sich auf seine Privatsphäre, sein Stammhaus und seine (in- und ausländischen) Betriebsstätten.

Prof. Dr. Wolfgang Kaefer, StB/vBp, Aachen

## Kritische Anmerkungen zum Grenzgängererlaß Niederlande

*Der Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen hat mit Erlaß vom 23. 3. 1992 Einzelfragen der Besteuerung von Pendlern aus den Niederlanden geregelt. Er geht jedoch in keiner Weise auf Fragen der Verfassungsmäßigkeit der Grundlagen des Gesetzes (AGGrenz-NL) und des Erlasses ein. Hier hakt der Verfasser ein und zeigt anhand einer umfassenden Bestandsaufnahme von Literatur und Rechtsprechung, welche fundamentalen verfassungsrechtlichen Zweifel an der Pendlerbesteuerung bestehen. Er gibt Argumentationshilfen und Beratungshinweise für benachteiligte Pendler und deren Berater.*

### 1. Einführung

Angesichts des Schlagwortes Europa '92 dürfte es kein Problem sein, ohne steuerliche Nachteile den Wohnsitz von Deutschland in ein angrenzendes EG-Land zu verlegen und weiterhin in Deutschland zu arbeiten und Steuern zu zahlen. Dies ist aber weiterhin hoch problematisch, weil eine Anpassung des deutschen Einkommensteuerrechts an die Römischen Verträge von den Finanzministerien des Bundes und der Länder trotz einer Beschlußresolution des Gesetzgebers vom 13. 12. 1985<sup>1</sup> immer noch nicht erfolgt ist.

Pendler mit Wohnsitz in einem angrenzenden EG-Staat, deren Einkünfte nach einem DBA der deutschen Besteuerung unterliegen, werden aufgrund der Sondervorschriften für beschränkt Steuerpflichtige (§§ 49 ff. EStG) in der Regel wesentlich ungünstiger besteuert als in Deutschland Ansässige. Das wird von der Finanzverwaltung damit gerechtfertigt, daß die Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse (Familienstand,

Kinderzahl, Vorsorgeaufwendungen etc.) dem Wohnsitzstaat vorbehalten sei und daß eine Berücksichtigung in Deutschland zu ungerechtfertigten Mehrfachbegünstigungen führe.

Dies ist aber bei Personen, deren Einkommen nahezu ausschließlich der deutschen Besteuerung unterliegt, nicht mit dem europäischen Grundrecht auf Freizügigkeit zu vereinbaren. Es entsteht folgendes Dilemma:

- (1) Der Tätigkeitsstaat will keine familienbezogenen Entlastungen gewähren, weil diese dem Wohnsitzstaat vorbehalten sind.
- (2) Der Wohnsitzstaat kann nicht familiengerecht entlasten, weil ihm kein steuerpflichtiges Einkommen verbleibt.

Dieses Problem hat das deutsch-niederländische Grenzgängerabkommen vom 13. 3. 1980<sup>2</sup> und das dazu am 21. 10. 1980 veröffentlichte Ausführungsgesetz Grenzgänger Niederlande<sup>3</sup> dergestalt gelöst, daß Einpendler aus den Niederlanden, deren Welteinkommen zu mindestens 90 % der deutschen Besteuerung unterliegt, unbeschadet der Fortgeltung der beschränkten Steuerpflicht inländischen Arbeitnehmern nahezu gleichgestellt werden<sup>4</sup>.

1) BT-Drs. 568/85.

2) BStBl. I 1980, 646 ff.

3) AGGrenz NL, BStBl. I 1988, 725.

4) Eingehende Besprechungen bei Baranowski, Die Neuregelungen der Einkommensbesteuerung niederländischer Grenzgänger, Herne/Berlin 1980, und Kaefer, Modell für eine bessere Besteuerung von Grenzgängern? – Kritische Analyse des Grenzgängerabkommens mit den Niederlanden, DB 1980, 2362 ff. und 2416 ff.