

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

---

Band 123

**Aktienrechtliche Pflichten und Haftung  
von Vorstand und Aufsichtsrat  
in Bezug auf Steuergestaltungen**

Von

**Philipp M. P. Schrage**



**Duncker & Humblot · Berlin**

PHILIPP M. P. SCHRAGE

Aktienrechtliche Pflichten und Haftung von Vorstand  
und Aufsichtsrat in Bezug auf Steuergestaltungen

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 123

# Aktienrechtliche Pflichten und Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat in Bezug auf Steuergestaltungen

Von

Philipp M. P. Schrage



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit  
im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626  
ISBN 978-3-428-15501-9 (Print)  
ISBN 978-3-428-55501-7 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85501-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern  
und Angelika*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnten die bis einschließlich Februar 2018 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt werden. An erster Stelle gilt mein Dank meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Rainer Hüttemann, der die Arbeit nicht nur betreut, sondern mich vor allem für das Thema begeistert hat. Von Beginn an hat er mein Dissertationsvorhaben in wissenschaftlicher wie auch in persönlicher Hinsicht mit wertvollen Anregungen unterstützt und gefördert. Herrn Prof. Dr. Jens Koch schulde ich Dank für die Erstattung des Zweitgutachtens. Des Weiteren möchte ich den Herren Prof. Dr. Gerald Spindler, Prof. Dr. Hanno Merkt und Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe danken. Ferner darf ich mich bei Frau Regine Schädlich und Frau Diana Güssow vom Verlag Duncker & Humblot für die umfassende Betreuung bei der Erstellung der Druckfassung bedanken.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Dr. Daniel Schlering für die kritische Sichtung des Manuskripts. Nicht zuletzt gilt mein besonderer Dank meinen Eltern Angela und Bruno Schrage sowie meiner Freundin Angelika Meiswinkel, die mich auf dem Weg bis zu diesem letzten Satz stets motivierend begleitet haben.

Bonn, im Mai 2018

*Philipp Schrage*



# Inhaltsübersicht

Einleitung .....	23
------------------	----

## *Kapitel 1*

### **Steergestaltung** 28

A. Definition Steergestaltung .....	28
-------------------------------------	----

B. Definition „aggressive“ Steergestaltung .....	32
--	----

I. „Aggressive“ Steuerplanung oder „aggressive“ Steergestaltung .....	32
---	----

II. Abgrenzung der „aggressiven“ Steergestaltung zu Steuerstraftaten, Steuerordnungswidrigkeiten und Tax Compliance .....	33
--	----

III. Das Verhältnis von „aggressiver“ Steergestaltung zur missbräuchlichen Steergestaltung § 42 AO .....	34
---	----

IV. Meinungsstand .....	38
-------------------------	----

V. Stellungnahme .....	40
------------------------	----

## *Kapitel 2*

### **Die Pflicht zur Steergestaltung** 42

A. Steergestaltung als Vorstands- oder Aufsichtsratspflicht .....	42
---	----

I. Steergestaltung als Pflicht des Aufsichtsrats .....	42
--	----

II. Steergestaltung als Pflicht des Vorstands .....	43
---	----

III. Stellungnahme .....	44
--------------------------	----

B. Ableitung und Inhalt der Pflicht zur Steergestaltung .....	45
---	----

I. Steergestaltung als aus § 76 Abs. 1 oder § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG abgeleitete Pflicht .....	45
--	----

II. Allgemeiner Maßstab für die Konkretisierung der Pflicht zur Steergestaltung .	49
---	----

III. Konkretisierung der Pflicht zur Steuergestaltung .....	159
---	-----

### *Kapitel 3*

<b>Die Delegation der Pflicht zur Steuergestaltung</b>	218
A. Die Delegationsfähigkeit der Pflicht zur Steuergestaltung .....	218
B. Die Pflichten der Delegationsempfänger .....	221
C. Die Überwachungspflichten des delegierenden Vorstands .....	222
I. Die horizontale Delegation .....	222
II. Die vertikale Delegation .....	225
D. Das Verhältnis der vertikalen Delegation der Entscheidungsvorbereitung zur Einholung von Expertenrat .....	226
E. Zwischenergebnis .....	228

### *Kapitel 4*

<b>Die Haftung der Vorstandsmitglieder für die Verletzung der Pflicht zur Steuergestaltung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG</b>	229
A. Die Tatbestandsvoraussetzungen .....	229
B. Die Darlegungs- und Beweislast .....	232
C. Fallgruppen .....	234
I. Die Verletzung der Pflicht zur Steuergestaltung .....	234
II. Die Verletzung der Überwachungspflicht bei Delegation der Pflicht zur Steuergestaltung .....	241
III. Die Verletzung der Legalitätspflicht als absolute Grenze der Pflicht zur Steuergestaltung .....	243
D. Zwischenergebnis .....	245

*Kapitel 5*

**Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für die Verletzung der Auswahl- oder Überwachungspflicht nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG im Kontext der Pflicht zur Steuergestaltung** 248

A. Die Tatbestandsvoraussetzungen und die Darlegungs- und Beweislast . . . . . 248

B. Fallgruppen . . . . . 249

    I. Die Verletzung der Auswahlpflicht . . . . . 249

    II. Die Verletzung der Überwachungspflicht . . . . . 254

    III. Pflichtverletzungen in Delegationsfällen . . . . . 259

C. Zwischenergebnis . . . . . 260

*Kapitel 6*

**Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse** 263

**Literaturverzeichnis** . . . . . 267

**Sachwortverzeichnis** . . . . . 289



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	23
-------------------------	----

## *Kapitel 1*

### **Steuergestaltung** 28

A. Definition Steuergestaltung .....	28
B. Definition „aggressive“ Steuergestaltung .....	32
I. „Aggressive“ Steuerplanung oder „aggressive“ Steuergestaltung .....	32
II. Abgrenzung der „aggressiven“ Steuergestaltung zu Steuerstraftaten, Steuerordnungswidrigkeiten und Tax Compliance .....	33
III. Das Verhältnis von „aggressiver“ Steuergestaltung zur missbräuchlichen Steuergestaltung § 42 AO .....	34
1. Innen- vs. Außentheorie – Meinungsstand .....	35
2. Stellungnahme .....	37
IV. Meinungsstand .....	38
V. Stellungnahme .....	40

## *Kapitel 2*

### **Die Pflicht zur Steuergestaltung** 42

A. Steuergestaltung als Vorstands- oder Aufsichtsratspflicht .....	42
I. Steuergestaltung als Pflicht des Aufsichtsrats .....	42
II. Steuergestaltung als Pflicht des Vorstands .....	43
III. Stellungnahme .....	44
B. Ableitung und Inhalt der Pflicht zur Steuergestaltung .....	45
I. Steuergestaltung als aus § 76 Abs. 1 oder § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG abgeleitete Pflicht .....	45
II. Allgemeiner Maßstab für die Konkretisierung der Pflicht zur Steuergestaltung ..	49
1. Interessenmonistische und interessenhierarchische Zielkonzeptionen als Maß- stab des Leitungsermessens und das Shareholder-Value-Konzept .....	50
2. Die interessenpluralistische Zielkonzeption als Maßstab des Leitungsermessens und das Stakeholder-Value-Konzept .....	52

3. Die Bedeutung des Diskurses für die Konkretisierung der Pflicht zur Steuer- gestaltung .....	55
a) Meinungsstand .....	55
b) Stellungnahme .....	57
4. Entscheidung des Diskurses für die interessenpluralistische Zielkonzeption ...	59
a) Das Wortlautargument aus § 76 Abs. 1 AktG .....	59
b) Die systematischen Argumente .....	60
aa) § 84 Abs. 3 Satz 1 AktG .....	60
bb) § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ ...	60
cc) § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG „zum Wohle der Gesellschaft“ .....	61
dd) §§ 311 ff. AktG .....	63
ee) Zwischenergebnis .....	64
c) Die historischen Argumente .....	64
aa) Art. 207 ff. ADHGB (1861) und §§ 178 ff. HGB (1897) .....	65
bb) § 70 Abs. 1 AktG (1937), die Vorgängervorschrift des heutigen § 76 Abs. 1 AktG .....	67
cc) § 76 Abs. 1 AktG .....	72
dd) Meinungsstand .....	78
ee) Stellungnahme .....	81
d) Die teleologischen Argumente .....	83
aa) Verbands-/Gesellschaftszweck vs. Unternehmensinteresse .....	83
bb) Schutzbedürftigkeit der Stakeholder .....	88
cc) Prinzipal-Agent-Konflikt .....	91
dd) Präambel/Ziffer 4.1.1 Deutscher Corporate Governance Kodex .....	94
ee) Corporate Social Responsibility .....	99
ff) Zwischenergebnis .....	103
e) Die verfassungsrechtlichen Argumente aus Art. 14 GG .....	103
f) Das europarechtliche Argument – CSR-Richtlinie 2014/95/EU .....	107
g) Stellungnahme .....	112
5. Die (Steuer-)Staaten als Stakeholder .....	114
a) Der deutsche (Steuer-)Staat als Teil des Allgemeininteresses .....	114
aa) Keine verfassungswidrige Flucht ins Privatrecht .....	117
bb) Die Schutzwürdigkeit des (Steuer-)Staates .....	118
(1) Die Schutzwürdigkeit der Gemeinden im nationalen Steuerwettbe- werb .....	122
(a) Die Gewerbesteuer und der beschränkte nationale Steuerwett- bewerb .....	122
(b) Die Schutzwürdigkeit der Gemeinden .....	125

- (2) Die Schutzwürdigkeit des (Steuer-)Staates im internationalen Steuerwettbewerb ..... 128
  - (a) Keine zwingende Schutzwürdigkeit des (Steuer-)Staates aufgrund des internationalen Steuerwettbewerbs im Allgemeinen ..... 131
  - (b) Die Schutzwürdigkeit des (Steuer-)Staates aufgrund des gegenwärtigen internationalen Steuerwettbewerbs ..... 133
  - (c) Kein Ausschluss der Schutzwürdigkeit durch die (Mit-)Verantwortung des (Steuer-)Staates für den gegenwärtigen und zukünftigen internationalen Steuerwettbewerb ..... 141
  - (d) Stellungnahme und Zwischenergebnis ..... 142
- (3) Ausblick: Mögliche andere Beurteilung der Schutzwürdigkeit des (Steuer-)Staates aufgrund des zukünftigen internationalen Steuerwettbewerbs ..... 144
  - cc) Zwischenergebnis ..... 150
  - b) Ausländische (Steuer-)Staaten als Teil des Allgemeininteresses ..... 150
  - c) Zwischenergebnis ..... 157
- 6. Die sonstigen Stakeholder der Aktiengesellschaft ..... 158
- 7. Zwischenergebnis ..... 159
- III. Konkretisierung der Pflicht zur Steuergestaltung ..... 159
  - 1. Das steuerrechtliche Umfeld ..... 160
  - 2. Die Interessen der verschiedenen Stakeholder im Hinblick auf die Steuergestaltung und sich daraus ergebende Vorstandspflichten ..... 171
    - a) Das Interesse der Shareholder ..... 171
    - b) Die Interessen der (Steuer-)Staaten ..... 179
    - c) Die Interessen der sonstigen Stakeholder ..... 182
    - d) Zwischenergebnis ..... 183
  - 3. Die Grenzen der Pflicht zur Steuergestaltung ..... 184
    - a) Die Legalitätspflicht ..... 184
    - b) Die Pflicht, Bestand und dauerhafte Rentabilität der Gesellschaft sicherzustellen ..... 191
    - c) Zwischenergebnis ..... 197
  - 4. Konkretisierung der Pflicht zur Steuergestaltung durch § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG 198
    - a) „Unternehmerische Entscheidung“ ..... 199
    - b) „Vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information (...) zu handeln“ ..... 201
      - aa) Die Einholung von (Steuer-)Expertenrat ..... 205
      - bb) Die Beantragung von verbindlichen Zusagen der Finanzbehörden ..... 210
    - c) „Vernünftigerweise annehmen durfte, (...) zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“ ..... 211
    - d) Dokumentation ..... 215
  - 5. Zwischenergebnis ..... 216

*Kapitel 3*

<b>Die Delegation der Pflicht zur Steuergestaltung</b>	218
A. Die Delegationsfähigkeit der Pflicht zur Steuergestaltung	218
B. Die Pflichten der Delegationsempfänger	221
C. Die Überwachungspflichten des delegierenden Vorstands	222
I. Die horizontale Delegation	222
II. Die vertikale Delegation	225
D. Das Verhältnis der vertikalen Delegation der Entscheidungsvorbereitung zur Einholung von Expertenrat	226
E. Zwischenergebnis	228

*Kapitel 4*

<b>Die Haftung der Vorstandsmitglieder für die Verletzung der Pflicht zur Steuergestaltung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG</b>	229
A. Die Tatbestandsvoraussetzungen	229
B. Die Darlegungs- und Beweislast	232
C. Fallgruppen	234
I. Die Verletzung der Pflicht zur Steuergestaltung	234
1. Wirksame Gestaltungen	234
2. Unwirksame Gestaltungen	237
3. Unrealisierte Gestaltungen	240
II. Die Verletzung der Überwachungspflicht bei Delegation der Pflicht zur Steuergestaltung	241
III. Die Verletzung der Legalitätspflicht als absolute Grenze der Pflicht zur Steuergestaltung	243
D. Zwischenergebnis	245

*Kapitel 5*

<b>Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für die Verletzung der Auswahl- oder Überwachungspflicht nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG im Kontext der Pflicht zur Steuergestaltung</b>	248
A. Die Tatbestandsvoraussetzungen und die Darlegungs- und Beweislast	248

B. Fallgruppen ..... 249

    I. Die Verletzung der Auswahlpflicht ..... 249

    II. Die Verletzung der Überwachungspflicht ..... 254

        1. Die pflichtwidrige Überwachung unentschiedener Gestaltungen ..... 257

        2. Die pflichtwidrige Überwachung entschiedener Gestaltungen ..... 258

    III. Pflichtverletzungen in Delegationsfällen ..... 259

C. Zwischenergebnis ..... 260

*Kapitel 6*

**Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse** ..... 263

**Literaturverzeichnis** ..... 267

**Sachwortverzeichnis** ..... 289

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEAO	Anwendungserlass zur Abgabenordnung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft oder Zeitschrift „Die Aktiengesellschaft“
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
APA	Advance Pricing Agreement
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründung
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BJR	Business Judgement Rule
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance-Berater
CbCR	Country-by-Country Reporting
CC	Corporate Citizenship
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CFI	Corporate Finance law
CMS	Compliance-Management-System
COM	Commission
CSR	Corporate Social Responsibility

CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz	Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten
DATEV	Datenverarbeitungszentrale der steuerberatenden Berufe
DB	Der Betrieb
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
d. h.	das heißt
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
EIC	European Investigative Collaboration
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
ESTG	Einkommensteuergesetz
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU-Beihilfeverordnungsverordnung	Verordnung 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof bzw. Gerichtshof der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende/fortfolgende
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Finanzgericht oder Festgabe
FGO	Finanzgerichtsordnung
FKAustG	Gesetz zum automatischen Austausch von Informationen über Finanzkonten in Steuersachen und zur Änderung weiterer Gesetze
Fn.	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau
FS	Festschrift
GesellR	Gesellschaftsrecht
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKKKB	Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Großkomm	Großkommentar
HGB	Handelsgesetzbuch
HHSp	Hübschmann, Hepp, Spitaler
hrsg.	herausgegeben
IAA	Internationales Arbeitsamt
ICIJ	International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ)
Ifo	Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München e. V.

IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
ISO	International Organization for Standardization
IStR-LB	Internationales Steuerrecht Länderbericht
i. V.m.	in Verbindung mit
IWB	Internationale Wirtschafts-Briefe
IZPB	Informationen zur politischen Bildung
JbFSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht
JCMS	Journal of Common Market Studies
JStG	Jahressteuergesetz
JZ	JuristenZeitung
KK	Kölner Kommentar
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOM	Kommission
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KonzernR	Konzernrecht
KÖSDI	Kölner Steuerdialog
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
lit.	Litera
MüKo	Münchener Kommentar
Münch. Hdb. GesR.	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
NGO	Non-governmental organization
NJT	National Tax Journal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report
No.	Number
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe
NY Times	New York Times
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
RAO	Reichsabgabenordnung
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite(n)
sog.	sogenannt(e)
StAuskV	Steuer-Auskunftsverordnung
Stbg	Die Steuerberatung
SteuK	Steuerrecht kurzgefaßt
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVergAbG	Steuervergünstigungsabbaugesetz
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität
Tz.	Textziffer
u. a.	und andere

UAbs.	Unterabsatz
Ubg.	Die Unternehmensbesteuerung
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
vgl.	vergleiche
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WISO	Wirtschafts- und Sozialpolitische Zeitschrift
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WiWo	WirtschaftsWoche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organization
z. B.	zum Beispiel
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZfB-Special	Zeitschrift für Betriebswirtschaft – Special
zfwu	Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



## Einleitung

„Aggressive Steuerplanung beeinträchtigt die Steuermoral, wenn Arbeitnehmer und Unternehmen das Gefühl bekommen, sie seien die Dummen, weil ein anderer mit einer anderen steuerlichen Gestaltung die Steuern nahezu vermeiden kann.“<sup>1</sup>

Diese Aussage des ehemaligen Bundesfinanzministers Wolfgang Schäuble aus dem Jahr 2013 ist im Jahr 2018 aktueller denn je. Wie bereits der weitverbreitete Begriff der „*aggressiven Steuerplanung*“ verrät, ist das Thema der Dissertation: „*Aktienrechtliche Pflichten und Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat in Bezug auf Steuergestaltungen*“, ein Politikum. Die „aggressiven“ Steuergestaltungen multinationaler Unternehmen wie Amazon<sup>2</sup>, Apple<sup>3</sup> und Starbucks<sup>4</sup> und die damit einhergehende Steuervermeidung haben durch die Medien große Aufmerksamkeit erhalten.<sup>5</sup> Im April 2013 veröffentlichten investigative Journalisten unter der Leitung des International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ) nach Auswertung von geheimen Bank- und Steuerdaten die „*Offshore-Leaks*“, 2014 folgten die „*Luxemburg-Leaks*“, 2015 die „*Swiss-Leaks*“ und wiederum im April 2016 die „*Panama-Papers*“. Im Mai 2017 hat die European Investigative Collaboration (EIC) die „*Malta-Files*“ veröffentlicht. Die jüngste Veröffentlichung sind die „*Paradise-Papers*“ des ICIJ vom November 2017. Spätestens seit den *Luxemburg-Leaks* ist auch die Steuergestaltung deutscher multinationaler Unternehmen (E.ON, Deutsche Bank und Fresenius Medical Care) öffentlich bekannt.<sup>6</sup> Ein Bericht zu den jüngst veröffentlichten *Malta-Files* nennt zudem BASF, BMW, K+S, Lufthansa, und Sixt.<sup>7</sup> Infolge dieser Veröffentlichungen ist die Steuergestaltung multinationaler Unternehmen ein Dauerthema, das die Öffentlichkeit ebenso wie die Fachwelt bewegt.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Schäuble zitiert nach: Wüllenweber, Legale Staatsfeinde, stern vom 14. März 2013, Nr. 12, S. 84 (90).

<sup>2</sup> Europäische Kommission, SA.38944.

<sup>3</sup> Europäische Kommission, SA.38373; Pinkernell, IStR-LB 2014, 59 (59 f.).

<sup>4</sup> Europäische Kommission, SA.38374.

<sup>5</sup> Wüllenweber, Legale Staatsfeinde, stern vom 14. März 2013, Nr. 12, S. 84.

<sup>6</sup> Giesen/Ott/Strozyk/Strunz, Rausgeputzt für das Finanzamt; Obermayer, Luxemburg-Leaks zu Eon; so auch Grotherr, Ubg 2015, 360 (360).

<sup>7</sup> Dahlkamp/Henrichs/Latsch/Pauly/Schmitt, Wenn kein Postmann klingelt, Der Spiegel vom 20. Mai 2017, Nr. 21, S. 58 (58 ff.).

<sup>8</sup> So schrieb beispielsweise Stiglitz Anfang des Jahres 2017 adressiert an die Teilnehmer des Weltwirtschaftsforums in Davos in der FAZ: „Zahlt eure Steuern. Das ist der Grundbaustein der unternehmerischen Verantwortung.“ Siehe Stiglitz, Wachstumsrisiko Ungleichheit, FAZ vom 16. Januar 2017, Nr. 13, S. 18.

Nicht zuletzt die mediale Aufmerksamkeit hat auch die Politik auf den Plan gerufen. Im Oktober 2015 haben die OECD/G20 die 13 Abschlussberichte ihres Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)-Projektes vorgestellt.<sup>9</sup> Diese sehen Maßnahmen gegen „aggressive“ Steuergestaltung vor, die von den OECD-Staaten umgesetzt werden sollen. Die Europäische Kommission hat im Juni 2015 fünf Aktionsschwerpunkte für „Eine faire und effiziente Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union“<sup>10</sup> vorgeschlagen und arbeitet aktuell an der schrittweisen Realisierung. Einzelne Maßnahmen wie der automatische Informationsaustausch wurden bereits auf nationaler Ebene umgesetzt.<sup>11</sup>

Des Weiteren hat die Kommission Beihilfeverfahren gegen die Mitgliedstaaten durchgeführt, die multinationalen Unternehmen, wie Amazon<sup>12</sup>, Apple<sup>13</sup> und Starbucks<sup>14</sup>, die im Rahmen der Luxemburg-Leaks bekannt gewordenen Steuergestaltungen ermöglicht haben. Sie hat die Staaten dazu verpflichtet, die Steuern bei den Unternehmen durchzusetzen. Dagegen haben sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Unternehmen vor dem EuGH klagt, dessen Entscheidungen noch ausstehen.<sup>15</sup>

All dies erfordert es, neben der politischen die rechtliche Dimension nicht aus den Augen zu verlieren.<sup>16</sup> Diese ist nicht nur durch das Steuer-, sondern auch durch das Gesellschaftsrecht geprägt. Die Frage, ob und gegebenenfalls wie Steuergestaltung von Vorständen und Aufsichtsräten realisiert werden darf oder sogar muss, ist jedenfalls primär gesellschaftsrechtlicher Natur.<sup>17</sup> Unter den Rechtswissenschaftlern, die sich mit den damit verbundenen gesellschafts- und steuerrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen, ist allen voran Wolfgang Schön zu nennen. Bereits im Jahr 2006 organisierte er eine internationale Konferenz zum Thema „*Tax and Corporate Governance*“.<sup>18</sup> Im Jahr 2004 ist des Weiteren die Dissertation „*Die Haftung der Unternehmensleiter für die Steuerplanung in Kapitalgesellschaften*“

---

<sup>9</sup> Die 13 Berichte sind abrufbar unter: [http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-g20-base-erosion-and-profit-shifting-project\\_23132612](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-g20-base-erosion-and-profit-shifting-project_23132612) (zuletzt abgerufen am 6. Juni 2017).

<sup>10</sup> Mitteilung der Kommission vom 17. Juni 2015, Eine faire und effiziente Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union – Fünf Aktionsschwerpunkte, COM (2015) 302 endg. (im Folgenden: Mitteilung der Kommission vom 17. Juni 2015, COM (2015) 302 endg.).

<sup>11</sup> Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen, BGBl. I 2016, 3000 (im Folgenden: Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie).

<sup>12</sup> Europäische Kommission, SA.38944.

<sup>13</sup> Europäische Kommission, SA.38373; *Pinkernell*, IStR-LB 2014, 59 (59 f.).

<sup>14</sup> Europäische Kommission, SA.38374.

<sup>15</sup> Siehe insgesamt dazu unten Kap. 2, B. II. 5. a) bb) (2) (b) (S. 133 ff.).

<sup>16</sup> Die diesbezügliche Verantwortung der Rechtswissenschaft betont *Mellinghoff*, DATEV magazin 2016, 6 (6).

<sup>17</sup> *Schön*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 1085 (1085 ff.); *Stenert*, Corporate Governance und Besteuerung, S. 120 f.

<sup>18</sup> Siehe dazu den von *Schön* herausgegebenen gleichnamigen Tagungsband *Tax and Corporate Governance*, insbesondere *Schön*, in: *Tax and Corporate Governance*, S. 31.

von Saßmann und im Jahr 2011 die Dissertation „*Corporate Governance und Besteuerung: Der Einfluss des Steuerrechts auf die Pflichten und die Besetzung des Managements von Aktiengesellschaften*“ von Stenert erschienen.<sup>19</sup>

Alle drei sehen – trotz abweichender Argumentationsgänge – den Vorstand einer Aktiengesellschaft grundsätzlich im Interesse der Aktionäre in der Pflicht, langfristig einen möglichst hohen Gewinn nach Steuern zu erwirtschaften.<sup>20</sup> Verletzt ein Vorstandsmitglied diese Pflicht, z. B. indem es eine stark steuerreduzierende Gestaltung nicht vornimmt, könnte es dafür grundsätzlich nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG haften. Im Hinblick auf die Höhe des Gewinns des Unternehmens nach Steuern geht es bei der Frage, ob eine Steuergestaltung vorgenommen wird oder nicht, schnell um sehr hohe Summen. Die Höhe des Gewinns nach Steuern wird sich regelmäßig auch auf die Höhe der Gewinnausschüttung an die Aktionäre und auf etwaige Kursgewinne auswirken. Legt man nun das Ergebnis von Schön, Stenert und Saßmann zugrunde, sind Szenarien nicht ausgeschlossen, in denen ein Großaktionär oder ein Aktionärskonsortium Druck auf den Aufsichtsrat ausübt, Haftungsansprüche gegen einen eher „gemäßigt“ steuergestaltenden Vorstand geltend zu machen.<sup>21</sup> Der Schaden der Gesellschaft bestünde dabei aufgrund des Unterlassens einer „aggressiven“ Steuergestaltung in den mehr zu zahlenden Steuern.<sup>22</sup>

Das objektivierte Interesse der Aktionäre als Gesellschafter des Unternehmens ist grundsätzlich nachvollziehbar. Sie haben in das Unternehmen investiert und ein Interesse daran, dass sich die Investition auszahlt. Dies gilt umso mehr, als die private und institutionalisierte Investition und die damit einhergehende Lenkung von (Spar-) Kapital hin zur Realwirtschaft volkswirtschaftlich gewollt ist (optimale Allokation der Ressourcen).<sup>23</sup> Insoweit spricht auf einer, wenn auch noch sehr allgemeinen Ebene, einiges dafür, die dargestellte Pflicht des Vorstands zur langfristig möglichst hohen Gewinnerzielung nach Steuern anzuerkennen.

Was aber gilt, wenn multinationale Unternehmen beispielsweise mangelnde Abstimmungen im internationalen Steuerrecht (*tax arbitrage*) dazu verwenden, keine oder extrem reduzierte Steuersätze zu zahlen? Hier wird man sich die Frage stellen müssen, ob es volkswirtschaftlich gewollt und gesellschaftsrechtlich zwingend ist, dass Unternehmen durch gezielte Steuergestaltung einerseits durch den Staat zur Verfügung gestellte Ressourcen, wie Infrastruktur und hoch qualifizierte Arbeitskräfte nutzen, und andererseits durch diese Unternehmen selbst kaum Steuern

---

<sup>19</sup> Saßmann, Haftung Steuerplanung; Stenert, Corporate Governance und Besteuerung.

<sup>20</sup> Saßmann, Haftung Steuerplanung, S. 31; Schön, in: FS Hoffmann-Becking, S. 1085 (1089 ff.); Stenert, Corporate Governance und Besteuerung, S. 59 f.

<sup>21</sup> Unter einem Stakeholder-Ansatz ist diese Gefahr dagegen gebannt, siehe Schön, in: Tax and Corporate Governance, S. 31 (36).

<sup>22</sup> Zur Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten für Vorteile, die der Gesellschaft aufgrund von Pflichtverletzungen entgangen sind, siehe Loritz/Wagner, DStR 2012, 2189 (2190). Zur Haftung für unrealisierte Steuergestaltungen siehe unten Kap. 4, C. I. 3. (S. 240 ff.).

<sup>23</sup> Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 9.