

Schriften zur Rechtsgeschichte

---

Band 178

# Itineraria iuris – Von Rom nach China

Festschrift für Ulrich Manthe zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Gröschler, Jan Dirk Harke,  
Dietmar Schanbacher und Lutz-Christian Wolff



Duncker & Humblot · Berlin

Peter Gröschler, Jan Dirk Harke, Dietmar Schanbacher  
und Lutz-Christian Wolff (Hrsg.)

Festschrift für Ulrich Manthe zum 70. Geburtstag

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 178

# Itineraria iuris – Von Rom nach China

Festschrift für Ulrich Manthe zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Gröschler, Jan Dirk Harke,  
Dietmar Schanbacher und Lutz-Christian Wolff



Duncker & Humblot · Berlin

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, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Frontispiz: R. Melcak, Universität Passau

Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Das Druckteam Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7379

ISBN 978-3-428-14710-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54710-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84710-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

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

## Vorwort

Ulrich Manthe, der in diesem Jahr seinen 70. Geburtstag feiert und seit mehr als 30 Jahren an der Universität Passau als Professor für Bürgerliches Recht und Römisches Recht wirkt, wird mit dieser, von seinen Schülern verfassten Festschrift geehrt. Seine beiden großen Interessensgebiete, das römische und das chinesische Recht, spiegeln sich in den Beiträgen der Festschrift wider. Ulrich Manthe hat nicht nur eine Vielzahl von Veröffentlichungen zum römischen Recht vorzuweisen, genannt seien nur seine allseits bekannten Studien zu den Institutionen des Gaius, sondern auch zahlreiche Publikationen zum chinesischen Recht und zur chinesischen Sprache und Kultur. Immer wieder betreute er auch chinesische Forschungsarbeiten. So erklärt es sich, dass auch Beiträge in chinesischer Sprache Aufnahme in die Festschrift fanden.

Die Festschrift trägt den Titel „Itineraria iuris“, denn Wegbeschreibungen des Rechts waren es, die Ulrich Manthe in seinen unvergessenen Vorlesungen bot. Humorvoll und kurzweilig präsentierte er selbst die trockensten und schwierigsten Materien, wie etwa die Differenztheorie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht oder die Aktiv- und Passivdelegation im römischen Recht. Dabei schärfte er bei seinen Hörern den Blick dafür, dass es in der Jurisprudenz meist keine abschließend gültigen Lösungen gibt. Angesichts der Vielfalt der Meinungen und Deutungen, die das Recht sowohl in der Vergangenheit als auch in der Gegenwart prägen, war Ulrich Manthe immer offen für eine differenzierte Sicht der Dinge. Sichere rechtsgeschichtliche Erkenntnisse wurden dagegen gekennzeichnet mit dem lapidaren Satz: „Und das war dann halt so.“

Gleichermaßen Philologe und Jurist und mit dem Entdeckerdrang eines Marco Polo steht Ulrich Manthe in der besten Tradition der humanistischen Juristen. Seine Schüler wünschen ihm ungebrochene Schaffenskraft und alles erdenklich Gute für viele weitere Jahre.

Unser Dank gilt dem Verlag Duncker & Humblot, insbesondere Frau Regine Schädlich, für die hervorragende Betreuung der Festschrift.

Passau, im April 2017

*Peter Gröschler, Jan Dirk Harke,  
Dietmar Schanbacher, Lutz-Christian Wolff*



## Inhaltsverzeichnis

<i>Bettina Bokeloh</i> Unentgeltliche Gesellschaftersicherheiten unter Verrechnungspreisaspekten . . .	9
<i>Marius Bolten</i> <i>That Fox: A Case Study on Civil Law in Kent's New York Supreme Court</i> . . . .	25
迟颖 ( <i>Chi Ying</i> ) 中国法上的表见代理制度 (Das Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht im chinesischen Recht) . . . . .	77
<i>Anne Daentzer</i> Aufbau eines <i>Compliance-Management-Systems</i> in einer chinesischen Tochtergesellschaft . . . . .	93
<i>Ulrike Glück</i> Besonderheiten der Vertragsgestaltung bei Unternehmenskäufen in China . . . . .	111
<i>Peter Gröschler</i> Überlegungen zum Aufbau der Klagformel: <i>demonstratio</i> und <i>intentio</i> . . . . .	129
<i>Jan Dirk Harke</i> Das Doppelte und die Hälfte . . . . .	149
<i>Beatrix Joos</i> Der Leasingvertrag und das Wahlrecht des Leasinggebers bei Zahlungsverzug des Leasingnehmers im Vertragsrecht der Volksrepublik China . . . . .	161
<i>Antje Jungk</i> Ein Blick auf das Berufs- und Haftungsrecht der Rechtsanwälte in der Volksrepublik China . . . . .	177
<i>Friederike Rotsch und Matthias Paul</i> Abhilfemaßnahmen bei Unternehmenszusammenschlüssen in der Volksrepublik China . . . . .	191
<i>Dirk Rüffert</i> Das Insolvenzanfechtungsrecht im Spannungsfeld öffentlicher und privater Interessen . . . . .	211

<i>Dietmar Schanbacher</i>	
Diokl./Max. C. 3.36.24 (a.294) – Überlegungen zu einer <i>lex damnata</i> . . . . .	229
<i>Stephan Schuster-Oppenheim</i>	
„Warum gerade gegen meine Person?“. Die Ministerverantwortlichkeit im Kö- nigreich Bayern und ihre Bedeutung für die konstitutionelle Monarchie . . . . .	237
<i>Simon Werthwein</i>	
Gutgläubiger Erwerb abhandengekommenen Bargeldes nach chinesischem Sa- chenrecht: unmöglich, unnötig oder unsicher? . . . . .	261
<i>Lutz-Christian Wolff</i>	
Hongkonger Rechtsgeschichte – warum und wofür denn? . . . . .	275
<i>Dirk Wüstenberg</i>	
Eine Mitfahrgelegenheit in Peking – Gelegenheitsverkehr-Apps im Recht . . . . .	297

# Unentgeltliche Gesellschaftersicherheiten unter Verrechnungspreisaspekten

Von *Bettina Bokeloh\**

Die Behandlung unentgeltlicher Gesellschaftersicherheiten unter Verrechnungspreisaspekten ist nach wie vor umstritten. Dabei konzentriert sich die Diskussion im Wesentlichen auf grenzüberschreitende Sachverhalte und die Vorschrift des § 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 AStG. Der nachfolgende Beitrag untersucht, inwieweit nationale und grenzüberschreitende Sachverhalte sich tatsächlich unterscheiden. Hierfür wird zunächst die steuerliche Behandlung von Sicherheiten eines inländischen Gesellschafters nach allgemeinen Grundsätzen dargestellt. Daran schließt sich die Untersuchung der Anwendung des § 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 AStG in der derzeit geltenden Fassung auf Sicherheiten eines inländischen Gesellschafters an eine ausländische Gesellschaft an, wobei ein besonderer Schwerpunkt auf europarechtlichen Implikationen liegt.

## I. Behandlung von Gesellschaftersicherheiten nach den Grundsätzen der verdeckten Einlage

Die Frage nach den steuerlichen Konsequenzen einer unentgeltlichen Stellung von Gesellschaftersicherheiten ist grundsätzlich auf Basis der Grundsätze zur verdeckten Einlage im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 3 KStG zu beantworten. Eine verdeckte Einlage liegt dann vor, wenn ein Gesellschafter oder eine ihm nahe stehende Person einer Körperschaft außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen einen einlagefähigen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist.<sup>1</sup> Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis ist dabei auf Basis eines Fremdvergleichs festzustellen. Wenn und soweit die unentgeltliche Gesellschaftersicherheit als verdeckte Einlage zu qualifizieren ist, ist sie nach § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 6 EStG mit dem Teilwert anzusetzen, so dass es auf Ebene der Sicherheit stellenden Muttergesellschaft zu einer Gewinnrealisierung in Höhe der fremdüblichen Vergütung kommen könnte.

---

\* Dr. iur., Rechtsanwältin, Willkie Farr & Gallagher LLP, Frankfurt a.M.

<sup>1</sup> s. R 40 Abs. 1 KStR; vgl. *F. Lang*, in: E. Dötsch/A. Pung/R. Möhlenbrock (Hrsg.), Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 3 KStG Teil B Tz. 17.

## 1. Fremdüblichkeit der Stellung von Gesellschaftersicherheiten

Eine Vergütung für die Stellung einer Gesellschaftersicherheit wird man unter Fremdvergleichsgesichtspunkten grundsätzlich nur dann verlangen können, wenn die Stellung von Gesellschaftersicherheiten selbst fremdüblich ist. Dies wird grundsätzlich nur dann der Fall sein, wenn der Gesellschafter für einen unabhängigen Schuldner vergleichbarer Bonität zu denselben Bedingungen ebenfalls Sicherheit stellen würde.<sup>2</sup>

In dem in der Praxis häufigsten Fall der Stellung von Gesellschaftersicherheiten, in dem das Eigenkapital nicht ausreicht, die Betriebsmittel zu beschaffen, die zur Erfüllung des Geschäftszwecks erforderlich sind, wird man bei fehlenden über das Gesellschaftsverhältnis hinausgehenden geschäftlichen Beziehungen grundsätzlich davon ausgehen müssen, dass die Stellung von Sicherheiten gesellschaftsrechtlich veranlasst ist. Diese Auffassung wird gestützt durch die Rechtsprechung des BFH zu Darlehen von Trägerkörperschaften an Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts; der BFH behandelt Zinsen auf solche Darlehen als verdeckte Gewinnausschüttung, wenn die Darlehen dazu dienen, eine unzureichende Eigenkapitalausstattung des Betriebs gewerblicher Art sicherzustellen. Als Maßstab soll dabei die Eigenkapitalquote vergleichbarer Unternehmen der Privatwirtschaft dienen.<sup>3</sup> Auf dieser Linie liegt auch das „Patronatsurteil“ des BFH<sup>4</sup> und seine nachfolgende Rechtsprechung zu § 1 Abs. 4 AStG in seiner bis zum 31. 12. 2002 geltenden Fassung;<sup>5</sup> der BFH hatte diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass Stützungsmaßnahmen einer unzureichend kapitalisierten Gesellschaft, durch die die Gesellschaft in die Lage versetzt wird, ihren Geschäftszweck zu verfolgen, als der Aufbringung des Eigenkapitals der Gesellschaft vergleichbar anzusehen und daher als ausschließlich im Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen sind. Maßstab aller vorgenannten Entscheidungen ist dabei der Fremdvergleich, der auch im Rahmen der Prüfung von verdeckten Einlagen maßgeblich ist, so dass die vom BFH entwickelten Grundsätze auch für verdeckte Einlagen Anwendung finden sollten.

## 2. Fremdüblichkeit der Unentgeltlichkeit von Gesellschaftersicherheiten

Wenn die Stellung der Sicherheit durch einen Gesellschafter als solche fremdüblich ist, ist zu prüfen, unter welchen Aspekten gleichwohl auf eine Vergütung ver-

---

<sup>2</sup> Vgl. *K. Tauser/A. Keller*, Ertragsteuerliche Aspekte von Kreditsicherheiten bei Akquisition- und Konzernfinanzierungen, in: BB 2015, 2135, 2137.

<sup>3</sup> s. BFH, Urteil vom 1. 9. 1982, I R 52/78, BeckRS 1982, 22006225; BFH, Urteil vom 9. 7. 2003, I R 48/02, BeckRS 2003, 24000289.

<sup>4</sup> s. BFH, Urteil vom 29. 11. 2000, I R 85/99, IStR 2001, 312.

<sup>5</sup> s. BFH, Urteil vom 27. 8. 2008, I R 28/07, BeckRS 2008, 25014186; BFH, Urteil vom 23. 6. 2010, I R 37/09, IStR 2010, 740; BFH, Beschluss vom 29. 4. 2009, I R 26/08, BeckRS 2009, 25015330.

zichtet werden kann. Dabei kommen insbesondere die nachfolgenden Fälle in Betracht:

*a) Eigenbetriebliche Interessen der Muttergesellschaft*

Eine Vergütung für die Stellung einer Sicherheit kann dann entbehrlich sein, wenn der Gesellschafter ein eigenes betriebliches Interesse an der Bestellung der Sicherheit hat. Dies kommt z. B. in Betracht, wenn eine Sicherheit für ein Vertriebsunternehmen gestellt wird, das neue Märkte erschließt.<sup>6</sup> Auch hier wird man aber eine Fremdüblichkeit ausschließen, wenn eine Inanspruchnahme aus der Sicherheit überwiegend wahrscheinlich und Regressansprüche<sup>7</sup> wertlos sind.

*b) Kontrolle über Risiken aus der Sicherheit*

Eine Vergütung wird von manchen Autoren in der Literatur jedenfalls für Mehrheitsgesellschafter grundsätzlich für fremdunüblich gehalten, weil diese aufgrund ihrer Gesellschafterrechte einen beherrschenden Einfluss auf die Tochtergesellschaften ausüben und hierdurch Risiken aus der Sicherheit minimieren können.<sup>8</sup> Dies wird vor allem mit der Rechtsprechung des BFH begründet, wonach für die Vergabe von Gesellschafterdarlehen unter Fremdvergleichsgesichtspunkten keine Sicherheiten erforderlich sind, weil durch die Einflussmöglichkeiten bereits eine Besicherung vorliegt.<sup>9</sup> Ein Verstoß gegen den Fremdvergleich liege nicht vor, weil letzterer nur das Wegdenken des Nahestehens verlange, nicht aber aller übrigen Verhältnisse.<sup>10</sup>

M.E. ist diese Argumentation nicht zwingend. Man könnte auch argumentieren, dass die Konzernzugehörigkeit nicht schon bei der Frage der Fremdüblichkeit des „Ob“ der Vergütung, sondern erst bei der Ermittlung der Höhe der fremdüblichen

---

<sup>6</sup> s. BFH, Urteil vom 15. 10. 1997, I R 80/96, juris STRE985007960; BMF, Schreiben vom 23. 2. 1983, IV C 5 – S 1341–4/83, BeckVerw 027721, Tz. 4.4.2 Nr. 2; H. Baumhoff/X. Ditz/M. Greinert, Klärung des Begriffs „Geschäftsbeziehung“ i. S. des § 1 AStG durch das BMF-Schreiben vom 12. 1. 2010, in: DStR 2010, 476, 479; vgl. auch BFH, Urteil vom 9. 3. 1983, I R 182/78, BeckRS 1983 22006436.

<sup>7</sup> Zivilrechtlich handelt es sich bei der Stellung einer Sicherheit entweder um einen (unentgeltlichen) Auftrag im Sinne des § 662 BGB oder um eine (entgeltliche) Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB. In beiden Fällen hat der Sicherheitengeber im Fall einer Inanspruchnahme einen Anspruch auf Aufwandsersatz nach § 670 BGB.

<sup>8</sup> So z. B. Baumhoff/Ditz/Greinert, DStR 2010, 476, 479; X. Ditz/V. Tcherveniachki, Abzugsfähigkeit von Teilwertabschreibungen auf eigenkapitalersetzende Darlehen – Eine Analyse des BFH-Urteils vom 14. 1. 2009 unter besonderer Berücksichtigung des § 1 AStG, in: IStR 2009, 709, 712.

<sup>9</sup> s. BFH, Urteil vom 21. 12. 1994, I R 65/94, BB 1995, 1174.

<sup>10</sup> s. BFH, Urteil vom 29. 10. 1997, I R 24/97, DStR 1998, 522; vgl. Lang, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock (Hrsg.), Die Körperschaftsteuer (Fn. 1), § 8 Abs. 3 KStG Teil B Tz. 60.